

دانشگاه
شهید بهشتی
دانشکده حقوق

مجله تحقیقات حقوقی

شماره ۳۹

بهار - تابستان

۱۳۸۳



این صفحه در اصل مجلد ناقص بوده است

این صفحه در اصل مجلد ناقص بوده است

مجله تحقیقات حقوقی

مدیر مسؤؤل: دكتر گودرز افتخار جهرمی

سردبیر: دكتر سید محمد قاری سید فاطمی

اعضای هیأت تحریریه: دكتر محمد آشوری، دكتر محمدرضا احمدی، دكتر محمدرضا پاسبان،
دكتر عبدالله شمس، دكتر مهدی شهیدی، دكتر سید حسین صفایی، دكتر عزت‌اله عراقی،
دكتر امیرحسین فخاری، دكتر هدایت‌اله فلسفی، دكتر سید مصطفی محقق داماد، دكتر رضا نوربها،
دكتر سید محمد هاشمی

با همکاری انجمن ایرانی حقوق تطبیقی، انجمن ایرانی حقوق جزا، و انجمن ایرانی داوری

تاریخ نشر: بهار - تابستان ۱۳۸۳

تعداد ۲۰۰۰ نسخه

مرکز پخش:

- فروشگاه کتاب دانشگاه شهید بهشتی، اوین، ضلع جنوبی دانشگاه،

تلفن ۹-۲۸۲۸۰۲۹۹، نمابر ۲۴۲۲۶۵۶

- انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، تهران، اوین، تلفن ۲۴۰۰۵۰۱

- دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، اوین، تلفن ۲۴۲۲۶۴۹

دورنگار ۲۴۲۲۶۴۸

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

راهنمای نگارش و ارسال مقاله

۱- «مجله تحقیقات حقوقی» هر شش ماه یکبار منتشر می‌شود و مقالاتی (اعم از تألیف یا ترجمه) را در زمینه‌های مختلف حقوقی و مباحث مرتبط با این رشته منتشر می‌نماید. ۲- نوع مقالاتی که برای چاپ ارسال می‌شود باید محصول تحقیقات نویسنده‌گان بوده و متضمن دست‌آورد علمی جدیدی باشد. ۳- در مواردی که مقاله از منابع علمی معتبر خارجی ترجمه شده باشد، متن اصلی مقاله ترجمه شده با مشخصات کامل نشریه مربوط باید ارسال شود. ۴- مقاله قبلاً در مجلات داخل کشور چاپ نشده باشد و همزمان به نشریه داخلی دیگری ارسال نشده باشد. ۵- زبان مجله فارسی است، بنابراین تا جای ممکن بهتر است از کلمات و معادل‌های فارسی برای بیان مطالب علمی در مقاله استفاده شود.

مقاله باید مشتمل بر قسمت‌های زیر باشد:

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

نحوه فرستادن مقاله: مقاله اصلی و سه نسخه تصویر آن همراه با تمامی متن بر روی یک دیسک ۳/۵ اینچ تایپ شده با Word 97 - Windows 98 همراه با تقاضای کتبی نویسنده یا مترجم به نشانی دفتر مجله «تهران، بزرگراه شهید چمران، اوین، دانشگاه شهید بهشتی، انتهای بلوار، دانشکده حقوق، معاونت پژوهشی، دفتر مجله تحقیقات حقوقی» ارسال گردد.

مجله تحقیقات حقوقی

شماره ۳۹

صفحه		بخش تحقیق
۱۱	♦	موارد صدور دستور موقت و عوامل مؤثر در تشخیص آن دکتر عبدالله شمس
۴۹	♦	تفکیک روایات قضایی از روایات فقهی دکتر سیدمصطفی محقق داماد
۷۵	♦	پیدایش حقوق بشردوستانه جنگ و جلوه‌هایی از حفظ حیثیت انسانی در رفتار رزمندگان با یکدیگر دکتر سیدعلی هنجنی
۱۱۷	♦	عدم قابلیت اجرای قانون صلاحیتدار به هنگام اضطرار دکتر فرهاد خماسی زاده
۱۳۳	♦	سقط جنین در بارداری ناشی از زنا به عنف دکتر محمدعلی اردبیلی
۱۶۳	♦	مسائل مطرح در قانون حاکم بر قرارداد دکتر حمیدرضا نیکبخت
۲۰۳	♦	مسئولیت مأموران مادی و مقامات مافوق در اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی دکتر حسین میرمحمد صادقی
۲۲۱	♦	قانون «نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور» در بوطه نقد و تحلیل دکتر محمدجواد صفار
۲۵۹	♦	مرحله پیش از محاکمه در دادرسی ویژه نوجوانان دکتر رجب گلدوست جویباری و حسام‌الدین سیداصفهانی
۲۹۹	♦	استفاده از بندر امن یکی از تعهدات مستأجر کشتی دکتر مسعود اربابی

بخش ترجمه

- ۳۱۹ ♦ رهیافت جرم‌شناختی و بزه‌دیده‌شناختی به تروریسم
(تحلیل جرم‌شناسی تروریسم)
دکتر علی‌حسین نجفی ابرندآبادی

دیدگاه

- ۳۴۵ ♦ گزارشی از دعوی ایران در دیوان بین‌المللی دادگستری علیه ایالات متحده
امریکا در رابطه با اتهام‌های نفتی
دکتر محمدعلی موحد

- ♦ خلاصه مقالات به زبان انگلیسی یا فرانسه

بخش

تحقیق

موارد صدور دستور موقت و عوامل مؤثر در تشخیص آن

دکتر عبدالله شمس

چکیده

نهاد دستور موقت چنان اهمیتی یافته است که می‌توان آن را یکی از بخشهای بنیادین نظام دادرسی برشمرد. در این خصوص به موضوعی اساسی پرداخته شده است، این که در چه مواردی دادگاه باید اقدام به صدور قرار دستور موقت، به مفهوم اخص واژه، نماید. با توجه به نهادهای گوناگون دستور موقت، به مفهوم اعم واژه، ابتدا، نهادهای مزبور بررسی اجمالی گردیده و با نهاد دستور موقت، به مفهوم اخص واژه، مقایسه گردیده‌اند. در حقیقت، نهادهای مزبور، اگرچه شباهتهایی با این نهاد دارند، اما در عین حال، از حیث مبنای قانونی و ویژگیها از آن متمایز می‌باشند. سپس، مفهوم و دامنه «فوریت» بررسی شده است، زیرا دادگاه در صورتی می‌تواند دستور موقت صادر کند که درخواست‌کننده «فوریت» را اثبات نماید.

مقدمه

۱- «دستور موقت» و «تأمین خواسته» را می‌توان «دو شمشیر بران» آیین دادرسی مدنی دانست؛ زیرا، با به کارگیری آنها، از جمله، مرحله اجرایی و اقدامات قهرآمیز آن، که معمولاً پس از پیمودن راه دراز دادرسی و گرفتن حکم قطعی باید آغاز شود، دست کم جزئاً، از پایان راه به آغاز آن جابجا می‌شود؛ جابجایی برق‌آسایی که گاه «طرف» را غافلگیر نموده و به تسلیم و تمکین وادار می‌نماید و به دعوا پایان می‌دهد، اگرچه متن و شیوه آرایش مواد مربوط به دو نهاد مزبور هدف دیگری را برای آنها به نمایش می‌گذارد و آن، فراهم نگه داشتن زمینه اجرای حکمی است که در پایان، احتمالاً، به نفع خواهان صادر می‌شود. پس خواهان انگیزه زیادی در به کارگیری هر یک از دو نهاد مزبور دارد که البته تنها ناشی از دو کاربردی که در بالا از آن یاد شد نمی‌باشد. از این رو پرسش این است که در چه مواردی می‌توان هر یک از آنها را به کار گرفت؟ در پاسخ باید گفت که آنچه مربوط به «تأمین خواسته» است، بندهای چهارگانه ماده ۱۰۸ و ماده ۱۱۳ قانون جدید آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹^۱ (که از مواد ۲۲۵ و ۲۳۰ قانون قدیم آیین دادرسی مدنی گرفته شده)،^۲ موارد و نیز شرایط اختصاصی به کارگیری آن را، به شیوه‌ای به نسبت روشن آورده است. اما در مقابل، قانونگذار، صدور دستور موقت را «در اموری که تعیین تکلیف آن فوریت دارد» پیش‌بینی نموده است، بی‌آن که معیار «فوریت» را ارائه نموده باشد.

۱. از این پس در این مقاله با علامت اختصاری ق. ج. مشخص می‌شود.

۲. از این پس در این مقاله با علامت اختصاری ق. ق. مشخص می‌شود.

۲- دستور موقت نهادی است که در بیشتر موارد ذی نفع یا وکیل او تمایل و اصرار دارد که آن را به کارگیرد و، در نتیجه، تشخیص موارد صدور دستور موقت نه تنها برای ذی نفع بلکه برای قاضی از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. صدور قرار دستور موقت و اجرای آن، در اغلب موارد، برای طرفی که قرار علیه او صادر می‌شود، تزییقات و مشکلات فراوانی را ایجاد می‌نماید و خسارات به نسبت قابل توجهی را به بار می‌آورد و این در حالی است که تا آن زمان وارد بودن دعوی ذی نفع، در ماهیت، احراز نگردیده و چه بسا تا آن زمان دعوا نیز اقامه نشده باشد. پس قرار در صورتی باید صادر شود که امر از اموری باشد که تعیین تکلیف آن فوریت دارد. از سوی دیگر، رد درخواست و صادر نشدن قرار دستور موقت، می‌تواند موجب شود که، از جمله، زمینه اجرای حکمی که خواهان، پس از سالها صرف عمر و هزینه‌های قانونی تحمل می‌نماید، از بین رفته و در نتیجه حکم مزبور «نوشداروی پس از مرگ سهراب» شمرده شود و یا به علت صادر و اجرا نشدن قرار، حق اصلی خواهان به شیوه‌ای بر باد رود که جبران مافات غیرممکن و یا بسیار مشکل شود.

۳- اهمیت ارائه معیارها و ضوابط دقیق در تشخیص امور فوری از آن جا است که اختلاف نظرها در این امر فاحش است و آراء منتشر شده در مجموعه‌ها نشان می‌دهد که، جز در موارد مشخصی، رویه قضایی هماهنگ و مستقری نیز، در این زمینه وجود ندارد؛ واقعیاتی که ارائه معیارها و ضوابط را با دشواری مواجه و در عین حال آن را تشویق می‌نماید. آنچه از برخی آراء و نظرها برداشت می‌شود این است که اشکال نه تنها در تشخیص معیارها و ضوابط «فوریت» است، بلکه از برخی

ویژگیهای «دستور موقت» و تفاوت آن با نهادهای مشابه نیز چشم پوشی شده و علاوه بر آن ارتباط احتمال پیروزی ذی نفع در «اصل دعوا» با جواز صدور دستور موقت نیز روشن نمی‌باشد. در نتیجه پرسش این است که در تشخیص موارد صدور دستور موقت تا چه اندازه عوامل مزبور باید مورد توجه قرار گیرد.

در این مقاله کوشش شده است که به پرسش مزبور پاسخ داده شود. در این راه قبل از ارائه معیارها و ضوابط «فوریت» (گفتار سوم)، ویژگیهای دستور موقت (گفتار اول) و نیز ارتباط احتمال پیروزی ذی نفع در دعوا با جواز صدور دستور موقت (گفتار دوم) بررسی می‌شود. اما چون «دستور موقت» نهادی به نسبت «جدید» می‌باشد و از غرب گرفته شده، مناسب است، در ابتدا به سابقه تاریخی آن و حقوق تطبیقی پرداخته شود (گفتار مقدماتی). البته قبل از هر چیز باید بر این نکته تأکید شود که عوامل مؤثر در تشخیص موارد صدور دستور موقت نه تنها در دادگاه نخستین بلکه در دادگاه تجدید نظر (پژوهشی) نیز باید مورد توجه قرار گیرد؛ خواه این دادگاه در مقام صدور دستور موقت باشد، خواه در مقام رسیدگی به درخواست تجدید نظر نسبت به دستور موقتی باشد که دادگاه نخستین صادر نموده و ضمن تجدید نظر خواهی نسبت به رأی که در ماهیت صادر شده، از آن درخواست تجدید نظر شده است.

گفتار مقدماتی

سابقه تاریخی و حقوق تطبیقی

۴- «دادرسی فوری» در قانون اصول محاکمات حقوقی و اصلاحات بعدی آن پیش‌بینی نشده بود. نهاد مزبور، با نام «محاکمات عاجله» برای اولین بار در ایران در سال ۱۳۰۹، توسط مرحوم استاد دکتر احمد متین‌دفتری، با الهام از قانون قدیم آیین دادرسی مدنی فرانسه، در رساله‌ای به همان نام معرفی گردید. متن رساله مزبور در شماره مسلسل ۵۸ سال ۱۳۱۷ مجموعه حقوقی و همچنین به شکل کتابچه‌ای، به نام «محاکمات فوری (عاجله)» انتشار یافت. رساله مزبور در سال ۱۳۱۶ که لایحه آیین دادرسی مدنی در وزارت دادگستری تحت مطالعه بود، مورد توجه کمیسیون قوانین مدنی واقع و منشأ باب دوازدهم قانون قدیم آیین دادرسی مدنی («در دادرسی فوری») گردید.^۳ البته اصطلاح «دستور موقت» از قانون آیین دادرسی مدنی آلمان اقتباس شده است.^۴ بنابراین «دادرسی فوری» برای اولین بار در قانون قدیم آیین دادرسی پیش‌بینی گردید (مواد ۷۷۰ تا ۷۸۸).

۵- همان‌گونه که گفته شد، مقررات «دادرسی فوری» با الهام از قانون (قدیم) آیین دادرسی مدنی فرانسه تدوین شده است. البته باید توجه شود که قانون مزبور شامل دو بخش (Partie) بوده است. بخش اول آن دارای پنج «کتاب» (Livre) و کتاب پنجم آن، اختصاص به اجرای آرا داشته («در اجرای آرا») و دارای شانزده عنوان (Titre) بوده است.

۳. متین‌دفتری، دکتر احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، چاپ دوم - تهران، ۱۳۴۲، جلد ۲، زیرنویس ص. ۲۳۴.

۴. منبع پیشین، زیرنویس ص. ۲۴۶.

شانزدهمین عنوان، شامل مواد ۸۰۶ تا ۸۱۱ «Des référés»^۵ نام گذاری شده بود. به موجب ماده ۸۰۶ ق. آ. د. م. ف. «در تمام موارد فوری، و همچنین در مورد اشکالاتی که در اجرای آراء محاکم و یا برگه‌های لازم الاجرا پیش می‌آید به ترتیب زیر عمل می‌شود». بنابراین تأسیس مزبور بیشتر در جهت حل و فصل سریع اشکالات ناشی از اجرای احکام و اسناد لازم الاجرا بوده است. همان‌گونه که دیده می‌شود نه تنها در عنوان شانزدهم کتاب پنجم قانون مزبور واژه «دادرسی» به کار نرفته، بلکه در ماده ۸۰۶ ق. آ. د. م. ف. نیز واژه مزبور دیده نمی‌شود. در نتیجه می‌توان گفت که نهاد مزبور باید «آیین» (Procédure)، ویژه‌ای شمرده شود. البته مفهوم اخص این واژه فرانسوی «دادرسی» و «آیین دادرسی» می‌باشد. استاد فقیه فرانسوی آیین دادرسی مدنی Professeur Vincent، حتی در اولین سال لازم الاجرا شدن قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه، تأسیس مزبور را تحت عنوانی بررسی نموده که آن را «آیین» (دادرسی) های خاص نزد دادگاه شهرستان نام نهاده است.^۶

۵. واژه Référé در لغت نامه‌های فرانسوی به معنای «فوری» نیامده است. در بسیاری از آنها، ضمن اشاره به این امر که از فعل Référer گرفته شده و اسم آن است، تنها مفهوم حقوقی آن، با استناد به مؤلفین آیین دادرسی مدنی آمده است.

Le Robert, Dictionnaire de la langue française, 1987, T. 5, p. 723.

فعل مزبور را مرحوم استاد نفیسی، از جمله به معنی «محول کردن، خیر دادن و آگاهاندن» آورده است؛ نفیسی، سعید، فرهنگ فرانسه - فارسی، کتابفروشی یهودابروخیسم و پسران، تهران، ۱۳۵۲، جلد ۲، ص. ۶۲۵. اما با توجه به تعاریفی که در حقوق فرانسه از تأسیس مزبور ارائه شده می‌توان به طور کوتاه آن را «رسیدگی فوری»، «دستور فوری» و یا «دستور موقت» نامید. «Référé» آیینی تناظری است که اجازه می‌دهد، در موارد خاصی، از قاضی واحدی تصمیم سریعی تحصیل شود...»

Raymond Guillien et... Lexique des termes Juridiques, Dalloz, Paris, 2001, 13ème. éd. p. 468.

6. Jean Vincent, Procédure Civile, Dalloz, Paris, 1976, 18ème. éd. N. 478 à 485-3, pp. 634-659.

می‌توان پذیرفت که در ایران تدوین‌کنندگان ق.ق. در انتخاب عنوان نهاد مزبور، با مسامحه، مفهوم اخص Procédure را در نظر گرفته و آن را «دادرسی فوری» گفته‌اند و مرحوم دکتر متین دفتری نیز ظاهراً با مسامحه آن را زیر عنوان «دادرسی‌های استثنایی»، در کنار «دادرسی اختصاری» بررسی نموده‌اند،^۷ در حالی که در بررسی درخواست دستور موقت، دادگاه به معنای دقیق واژه «دادرسی»، انجام نمی‌دهد و از این رو بهتر بود «دستور موقت» نام‌گذاری می‌شد. نهاد مزبور در قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه نیز زیر عنوان «قرارهای فوری»^۸ (مواد ۸۰۸-۸۱۱) آمده است.

۶- نکته‌ای که مناسب است در همین جا تصریح شود این است که دامنه تأسیسی که در حقوق فرانسه Référé خوانده می‌شود بسیار وسیع‌تر از دستور موقت در حقوق ایران است، به گونه‌ای که حتی «تأمین دلیل» را در بر می‌گیرد (ماده ۱۴۵ ق.ج.آ.د.م.ف.) و از این رو مؤلفین فرانسوی در کتب خود «تأمین دلیل» را زیر عنوان «قرارهای فوری» بررسی می‌نمایند.^۹ حاصل آن که در حقوق فرانسه آیین فوری در موارد متنوعی انجام می‌شود که به آنها اشاره می‌شود:

۷- به موجب ماده ۸۰۸ ق.ج.آ.د.م.ف. «در تمام موارد فوری

۷. متین دفتری، دکتر احمد، منبع پیشین، جلد ۲، ش. ۱۷۱ به بعد، ص. ۲۱۰ به بعد.

۸. Les ordonnances de référé.

۹. Jean Vincent et Serge Guinchard, Procédure Civile, Dalloz, Paris, 2001, 26ème. éd. N. 247, p. 272.

رئیس دادگاه عمومی^{۱۰} می‌تواند تمام ترتیباتی را که با هیچ مناقشه جدی مواجهه نمی‌شود و یا وجود اختلاف توجیه می‌نماید مورد دستور فوری قرار دهد.^{۱۱} این ماده با ماده ۳۱۰ قانون جدید آیین دادرسی مدنی ایران قابل تطبیق می‌باشد.

پاراگراف اول ماده ۸۰۹ همان قانون نیز مقرر می‌دارد «رئیس دادگاه می‌تواند حتی با وجود مناقشه جدی ترتیبات تأمینی یا برگرداندن اوضاع به حالت قبل را که ضروری به نظر می‌رسد، خواه در جهت پیش‌گیری از خسارت قریب‌الوقوع خواه برای خاتمه دادن به اختلالی که آشکارا غیرمشروع است، مورد دستور فوری قرار دهد».^{۱۲} این ماده جزئاً قابل تطبیق با «دستور فوری» مقرر در ماده ۱۷۴ ق. ج. است.

به موجب ماده ۸۱۱ همان قانون «به درخواست یکی از اصحاب دعوا و اگر فوریت ایجاب نماید رئیس دادگاهی که مورد مراجعه فوری قرار گرفته می‌تواند امر را به جلسه‌ای که تاریخ آن را خود مشخص می‌کند ارجاع دهد تا نسبت به ماهیت اتخاذ تصمیم کند. رئیس دادگاه توجه خواهد نمود که خوانده از فرصت کافی برای تدارک دفاع خود بهره‌مند شده باشد. قرار موجب اشتغال دادگاه می‌شود...». همان‌گونه که دیده می‌شود، هرگاه دستور موقت درخواست شود، به درخواست هر یک از اصحاب دعوا، رئیس دادگاه می‌تواند، چنانچه فوریت اقتضاء نماید، رسیدگی به ماهیت دعوا و صدور رأی را «فوراً» انجام دهد. بنابراین در این حالت

10. Président du tribunal de grande instance.

11. Nouveau code de procédure civile. Dalloz. Paris 2003, 95è. é. J. Vincent et ..., op cit., 26ème. éd. N. 242, p. 267.

12. J. Vincent et ..., op. cit., 26è. é. N. 243, p. 268.

«اصل دعوا» مورد رسیدگی «فوری» قرار گرفته و اقدام به صدور رأی ماهوی، یعنی حکم، می‌شود.^{۱۳} نص فعلی ماده ۸۱۱ مزبور در اواخر سال ۱۹۹۸ جایگزین نص پیشین گردید.^{۱۴}

به موجب پاراگراف دوم ماده ۸۰۹ همان قانون «در مواردی که وجود تعهد به طور جدی قابل مناقشه نمی‌باشد رئیس دادگاه می‌تواند درخواست بستانکار مبنی بر دریافت مساعده از متعهد را پذیرفته و حتی دستور اجرای تعهد را دهد اگرچه تعهد به انجام عمل باشد».^{۱۵}

به موجب ماده ۱۴۵ همان قانون «در صورت وجود علت مشروع برای تأمین یا ایجاد دلیل موضوعاتی که حل و فصل اختلاف می‌تواند بستگی به وجود آنها داشته باشد، اقدامات تحقیقی مجاز می‌تواند به درخواست ذی نفع، قبل از اقامه دعوا، بر اساس آیین فوری مورد دستور قرار گیرد».^{۱۶} این ماده قابل تطبیق با ماده ۱۴۹ ق. ج. است.

۸- همان گونه که دیده می‌شود دامنه نهادی که «دستور موقت» خوانده می‌شود در حقوق فرانسه بسیار وسیع و اعم از اموری است که تعیین تکلیف آن «فوریت» دارد. بنابراین در تفسیر حقوق ایران، حقوق فرانسه و به ویژه رویه قضایی آن با احتیاط و تأمل باید مورد مراجعه قرار گیرد. از سوی دیگر همان گونه که مؤلفین فرانسوی، حتی در حکومت ق. ق. آ. د. م. ف. از همان ابتدا، پیش‌بینی می‌نمودند، «دستور موقت» به صورت

۱۳. جزوه آیین دادرسی مدنی تطبیقی، دوره دکتری حقوق خصوصی، تألیف نگارنده، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۷، ش. ۱۱۵، ص. ۶۸ و ش. ۱۴۱، ص. ۸۴.

۱۴. بر اساس ماده ۸۱۱ منسوخ به رئیس دادگاه اجازه داده شده بود که به اشکالات ناشی از اجرای احکام و اسناد لازم الاجرا فوراً رسیدگی و اتخاذ تصمیم نماید.

15. J. Vincent et ... op. cit., 26ème. éd. N. 245-246, pp. 270-272.

16. Op. cit., N. 247, pp. 272-273.

روزافزون و چشمگیری مورد استناد و استفاده قضاوت شوندگان قرار گرفت و رویه قضایی فرانسه نیز از همان ابتدا در هر چه بیشتر گشودن راه مراجعه به تأسیس مزبور نهایت سخاوت را نشان داده است؛ روشی که همواره مورد تأیید قانونگذار نیز قرار گرفته و ضروریات زندگی، کیفیت روابط حقوقی امروزی و «سرعت» که بر همه جا و همه چیز سایه افکننده آن را توجیه می نماید.

۹- در حقوق ایران آنچه از «دستور موقت» به مفهوم دقیق اصطلاح باید برداشت شود، نهادی است که در مواد ۳۱۰ تا ۳۲۵ ق. ج. پیش‌بینی شده است. مواد مزبور، با تغییراتی، از مواد ۷۷۰ تا ۷۸۸ ق. ج. گرفته شده است.^{۱۷}

۱۷. ماده ۷۷۰ قانون قدیم آیین دادرسی مدنی ایران، با الهام از ماده ۸۰۶ قانون قدیم آیین دادرسی مدنی فرانسه، صدور دستور موقت را در سه مورد پیش‌بینی می‌کرد. به موجب ماده مزبور «در اموری که محتاج به تعیین تکلیف فوری است و همچنین در مسوورد اشکالاتی که در جریان اجرای احکام یا اسناد لازم‌الاجرای اداره ثبت پیش می‌آید و محتاج به دستور فوری است، دادرس دادگاه می‌تواند به درخواست ذی نفع موافق مواد زیر دستور موقت صادر نماید». قانون قدیم در زمانی تصویب گردید که اجرای احکام مدنی، بر اساس باب ششم قانون اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۳۲۹ ه. ق. انجام می‌شد. در قانون مزبور ترتیب ویژه و سریعی برای رسیدگی به اشکالاتی که در جریان اجرای احکام پیش می‌آمده و نیاز به تعیین تکلیف فوری داشت پیش‌بینی نشده بود و بنابراین در اکثر موارد ذی نفع مکلف به اقامه دعوا می‌گردید. برای مثال هرگاه شخص ثالثی نسبت به مال بارداشت شده ادعای حقی داشت ناچار بود ادعای خود را به شکل دعوی اعتراض بر عملیات اجرایی در دادگاه صالح مطرح نماید. اما چون رسیدگی به دعوا و صدور حکم قطعی معمولاً مدت زیادی به درازا می‌کشید و صرف اقامه دعوا مانع ادامه عملیات اجرایی نمی‌گردید، احتمال زیادی وجود داشت که مزایده مال مورد ادعا انجام شود و مدعی حق، حتی در صورت پیروزی در دعوی اعتراض، نتواند حق خود را بگیرد و ناچار شود دعوایی نیز علیه برنده مزایده و حتی منتقل الیه احتمالی بعدی اقامه کند. برای پیش‌گیری از این حالت، قانون قدیم در ماده ۷۷۰ اجازه داد که مدعی حق مزبور، از دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به دعوی اعتراض بر عملیات اجرایی را دارد، صدور دستور موقت مبنی بر عدم انجام مزایده مال مورد ادعا، تا تعیین تکلیف نهایی دعوی اعتراض، را درخواست کند. تا هرگاه حکم به سود معترض صادر شد، زمینه اجرای آن فراهم مانده باشد. اما از سال ۱۳۵۶ که قانون اجرای احکام مدنی تصویب و باب ششم ق. ج. (قانون اصول محاکمات

در عین حال دستور موقت و یا رسیدگی فوری در موارد دیگری نیز انجام می‌شود که در سایر مقررات پیش‌بینی شده و باید توجه داشت که در

حقوقی) صریحاً نسخ گردید، در بسیاری از موارد که ذی نفع، در حکومت باب ششم ق.ا.م.ح. ناچار به اقامه دعوا می‌گردید، و در کنار آن، بر اساس ماده ۷۷۰ ق.ق.آ.د.م. برای پیش‌گیری از مشکلاتی که نمونه آن در مثال آورده شد، به دستور موقت نیز روی می‌آورد، قانون اجرائی احکام مدنی، در مواد متعددی مرجع صالح را مکلف نموده که به اشکالات ناشی از اجرائی احکام «فوری» رسیدگی ماهوی و اتخاذ تصمیم نماید و در نتیجه از آن تاریخ (۱۳۵۶) ذی نفع از تکلیف اقامه دعوا، به معنای دقیق اصطلاح، و روی آوردن به نهاد «دستور موقت» رها گردید (برای مثال مواد ۱۱، ۲۴، ۲۵، ۲۶، ۲۹، ۳۰، ۱۴۲، ۱۴۶ و ... قانون اجرائی احکام مدنی). دادنامه آتی بر همین پایه صادر شده که اعلام می‌نماید:

«تجدید نظر خواهی آقایان حمشید ... و مهدی ... با وکالت آقای احمدی ... نسبت به دادنامه‌های ۵۴۱ و ۵۴۰ - ۱۳۷۱/۷/۲۷ صادره از شعبه ۴۷ دادگاه حقوقی ۲ تهران قابل پذیرش نبوده و نتیجتاً رد می‌شود، زیرا هر چند به موجب ماده ۷۷۰ قانون (قدیم) آیین دادرسی مدنی (ماده ۳۱۰ ق.ج.) اشکالاتی که در جریان اجرائی احکام پیش می‌آید نیز از جمله مواردی ذکر شده که انجام دادرسی فوری نسبت به آن وجود داشته است، اما به نظر دادگاه با تصویب و اجرائی قانون اجرائی احکام مدنی (مصوب ۱۳۵۶) که مؤخر التصویب بر قانون سابق الذکر است و خصوصاً توجه به ماده ۲۴ (مواد بعدی در باب ترتیب اجرائی احکام و تعیین تکلیف نسبت به اشکالات حادث در جریان انجام آنها) موردی برای اعمال دادرسی فوری در اموری که قانون اجرائی احکام مدنی نسبت به آنها تعرض نموده و تعیین تکلیف کرده باقی نمانده است با توجه به مراتب فوق دادنامه‌های ۵۴۱ و ۵۴۰ - ۱۳۷۱/۷/۲۷ صادره از شعبه ۴۷ دادگاه حقوقی ۲ تهران تأیید و استوار می‌شوند»؛ دادنامه شماره ۵۰۸-۷۱/۸/۱۱-شعبه ۲۵ دادگاه حقوقی یک تهران، کامیار (کارکن) - محمد رضا، گزیده آرای دادگاههای حقوقی، چاپ اول، انتشارات حقوقدان، تهران، ۱۳۷۶، مجموعه سوم، ش. ۶۲، ص. ۱۰۱.

پس باید توجه داشت علت این که مورد مزبور (اشکالاتی که در جریان اجرائی احکام پیش می‌آید و محتاج به دستور فوری است)، به حق در ماده ۳۱۰ ق.ج. نیامده است، منتفی شدن ضرورت اقامه دعوا و روی آوردن به نهاد دستور موقت در موارد مزبور می‌باشد. نیامدن مورد «اشکالاتی که در جریان ... اسناد لازم الاجرا اداره ثبت پیش می‌آید و محتاج به دستور فوری است» در ماده ۳۱۰ ق.ج. نیز به همان علتی است که در خصوص اجرائی احکام گفته شد؛ با نگاهی به مواد ۱ و ۵ قانون اصلاح بعضی از مواد قانون ثبت و دفاتر اسناد رسمی (مصوب ۲۲ شهریور ۱۳۲۲) و ماده ۲۲۹ آیین نامه اجرائی مفاد رسمی لازم الاجرا، مصوب ۱۳۵۵، این امر تأیید می‌شود. بنابراین آنچه در حال حاضر به موجب ماده ۳۱۰ ق.ج. می‌تواند درخواست و باید صادر شود، «دستور موقت»، به معنی دقیق اصطلاح و در «اموری که تعیین تکلیف آن فوریت دارد» می‌باشد. در حقوق فرانسه نیز در تاریخ نهم ژوئیه ۱۹۹۱، قانونگذار به رئیس دادگاه شهرستان، به عنوان قاضی اجرا صلاحیت رسیدگی به اشکالات ناشی از اجرائی احکام و اسناد لازم الاجرا را اعطا نموده و بنابراین در فرانسه نیز امور مزبور از شمول «دستور موقت» به معنای دقیق اصطلاح خارج گردید.

آن موارد معنای لغوی و مفهوم کلی و عام «دستور موقت» مورد نظر است و در نتیجه مشمول احکام و آثار «دستور موقت» به معنی دقیق اصطلاح (موضوع مواد ۳۲۵ - ۳۱۰ ق.ج.)، نگردیده و در هر مورد احکام و آثار خود را دارد.

از سوی دیگر، قانونگذار، در مواردی رسیدگی خارج از نوبت و بدون رعایت تشریفات دادرسی به ماهیت اختلاف را پیش‌بینی نموده، که نباید با نهاد «دادرسی فوری» اشتباه شود.

گفتار اول

ویژگی‌های اساسی «دستور موقت»، در مقایسه با نهادهای مشابه

۱۰- برای تشخیص مواردی که «دستور موقت» می‌تواند درخواست و باید صادر شود، مناسب است، ابتدا، ویژگی‌های اساسی نهاد مزبور مورد مطالعه قرار گیرد تا با نهادهای مشابه اشتباه نشود. ویژگی‌های اساسی دستور موقت نیز در زیر بررسی می‌شود.

بند اول - دستور موقت اقدامی تبعی است

۱۱- دستور موقت اقدامی است که به تبع «اصل دعوا» درخواست می‌شود. به دلالت مواد ۳۱۱ و ۳۱۸ ق.ج. درخواست صدور دستور موقت ممکن است قبل از مطرح شدن «اصل دعوا»، ضمن اقامه دعوا و یا پس از آن صورت گیرد. مواد مزبور و نیز مواد ۳۱۲، ۳۱۷، ۳۲۲ و ۳۲۵ ق.ج. به روشنی گویای تبعی بودن دستور موقت است؛ بنابراین به اصطلاح «دادرسی فوری» و «دستور موقت»، برای رسیدگی فوری به اصل دعوا و صدور

«حکم فوری» تأسیس نشده بلکه اقدامی است که در حاشیه اصل دعوا معمول می‌گردد. تبعی بودن دستور موقت دارای آثار و پیامدهایی است که در زیر بررسی می‌شود.

الف - اصل دعوا باید مطرح شده یا قابل طرح باشد

۱۲- تجویز دستور موقت به منظور پیش‌گیری از پیامدهای زیانباری است که ذی نفع به علت طولانی بودن دادرسی و به درازا کشیدن صدور حکم لازم الاجرا در معرض آن قرار می‌گیرد. بنابراین دستور موقت در صورتی می‌تواند درخواست و صادر شود که «اصل دعوا»یی مطرح شده و یا قابل طرح باشد. به بیان دیگر به اصطلاح «دادرسی فوری» و «دستور موقت» برای رسیدگی فوری به اصل دعوا و فصل اختلاف طرفین و صدور «حکم فوری» علیه خواننده پیش‌بینی نشده، بلکه نهادی است که فقط می‌تواند در حاشیه اصل دعوا به کار گرفته شود. در حقیقت، در اکثریت قریب به اتفاق موارد، رسیدگی به اختلاف و دادن حق به حق دار، دست کم از نظر دارنده حق، فوریت دارد؛ برای مثال مالک به مورد اجاره یا مال مغضوبه نیاز فوری دارد، همان طور که بستانکار به وجه مورد مطالبه، خریدار به مبیع و ... نیاز فوری دارد. رسیدگی به اختلاف و دادن حق به حق دار، از زاویه دیگری نیز، از نظر دارنده حق می‌تواند فوریت داشته باشد، زیرا برای مثال، حسب مورد، مستأجر یا غاصب در آستانه تخریب مورد اجاره و یا مال مغضوبه یا تغییرات اساسی در آن است، بدهکار در شرف نقل و انتقال و مخفی کردن اموال خویش، فروشنده در صدد نقل و انتقال مبیع و ... است. در حقوق ایران، هیچ یک از دو سبب مزبور به

ذی نفع اجازه نمی‌دهد که رسیدگی فوری به «اصل دعوا» را درخواست نموده تا با «رأی موقت» خواسته در اختیار او قرار گیرد؛ در غیر این صورت مقررات دادرسی معمولی که جهت رسیدگی به اختلاف پیش‌بینی شده فلسفه وجودی خود را از دست داده و متروک نیز خواهد گردید.^{۱۸} اما، برای مثال، ذی نفع می‌تواند در حاشیه «اصل دعوا» از دادگاه درخواست نماید تا با صدور دستور موقت ترتیباتی اتخاذ شود که از پیامدهای زیانبار ناشی از طولانی شدن رسیدگی به اصل دعوا و صدور حکم لازم الاجرا در امان بماند؛ برای مثال دستور موقت مبنی بر منع، حسب مورد، مستأجر یا غاصب در تخریب و یا ایجاد تغییرات اساسی در عین مستأجره یا مقصوبه، دستور موقت مبنی بر بازداشت اموال مدیون، دستور موقت مبنی بر منع فروشنده از نقل و انتقال مبیع و ... صادر شود.

ب - خواسته دستور موقت از خواسته دعوا باید متفاوت باشد

۱۳- یکی از مهمترین آثار تبعی بودن دستور موقت نسبت به «اصل دعوا» این است که «موضوع دستور موقت» نمی‌تواند با «خواسته دعوا» واحد باشد، زیرا، در غیر این صورت، در اجرای دستور موقت، به ناچار خواسته دعوا در اختیار خواهان باید قرار گیرد. در حالی که این، از جمله با ماده ۳۱۶ ق.ج. منافات دارد که مقرر می‌دارد «دستور موقت ممکن است دایر بر توقیف مال یا انجام عمل و یا منع از امری باشد» و روشن است که

۱۸. البته همان‌گونه که اشاره شد (نک. ش. ۷) ماده ۸۱۱ قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه به رئیس دادگاه، اجازه داده است که در مواردی که فوریت اقتضا نماید رسیدگی به ماهیت دعوا را بدون رعایت برخی تشریفات عام دادرسی انجام دهد.

توقیف مال تنها موجب می‌شود که نقل و انتقال آن غیرممکن یا ممنوع گردد و مال توقیف شده به خواهان داده نمی‌شود و این امر مستلزم صدور حکم قطعی و اجرای آن است. منظور از «انجام عمل و یا منع از امر» نیز، به قرینه «بازداشت مال»، «عمل» و «اموری» است که ذی نفع را به خواسته نمی‌رساند.

۱۴- از سوی دیگر به موجب ماده ۳۱۷ ق. ج. «دستور موقت دادگاه به هیچ وجه تأثیری در اصل دعوا نخواهد داشت»، بدین معنی که حتی اگر دادگاه نسبت به امر تبعی درخواست شده دستور موقت صادر نماید، می‌تواند در اصل دعوا خواهان را محکوم به بی‌حقی نماید. بنابراین برای مثال، هرگاه خریدار ملکی، به استناد مبایعه نامه عادی، دعوای الزام به انجام تشریفات تنظیم سند رسمی انتقال ملک را علیه فروشنده اقامه نماید و درخواست قرار دستور موقت مبنی بر منع خوانده از نقل و انتقال ملک نماید و دادگاه قرار مورد درخواست را صادر کند، این قرار به هیچ وجه تأثیری در اصل دعوا ندارد؛ بدین معنی که دادگاه می‌تواند، اگر «اصل دعوا» را وارد تشخیص نداد، حکم به بی‌حقی خواهان صادر نماید. پس، در مثال مزبور، دادگاه نمی‌تواند، حتی اگر فوریت را احراز کند (برای مثال انتقال رسمی قریب الوقوع ملک به ثالث محرز است)، دستور موقت مبنی بر الزام خوانده به تنظیم سند رسمی صادر کند و سپس به دعوای الزام به تنظیم سند رسمی نیز رسیدگی کند؛ زیرا پس از تنظیم سند رسمی انتقال، فروشنده (خوانده) مالکیت رسمی در ملک ندارد تا دادگاه به موجب حکم نیز او را محکوم به تنظیم سند رسمی کند. و یا، برای مثال، هرگاه خواسته دعوای اصلی خلع ید و خواسته دادرسی فوری نیز تحویل ملک به خواهان باشد،

صدور دستور موقت مبنی بر تحویل ملک به خواهان مجاز نمی‌باشد، زیرا رسیدگی به «اصل دعوا» را منتفی می‌نماید. در حقیقت، با صدور و اجرای دستور موقت، ملک در ید خواهان قرار گرفته و رسیدگی به دعوی خلع ید و صدور حکم خلع ید، علاوه بر این که تحصیل حاصل است، به این سبب که ملک در ید خوانده نمی‌باشد تا به خلع ید از آن محکوم شود موضوعاً منتفی می‌شود. بنابراین نظر شماره ۷/۵۲۲۵ مورخ ۷۲/۱۰/۴^{۱۹} قابل تأمل می‌باشد؛ زیرا به صراحت ماده ۳۱۷ ق.ج. دستور موقت تأثیری در «اصل دعوا» ندارد و باید توجه داشت که «اصل دعوا» با «نتیجه دعوا» تفاوت بین دارد.

۱۵- ضابطه‌ای که در بالا مورد تأکید قرار گرفت و بر اساس آن خواسته دستور موقت نمی‌تواند با خواسته اصل دعوا منطبق باشد، در بادی امر، با بعضی از نصوص قانونی هماهنگی ندارد. برای مثال به موجب تبصره ذیل ماده ۲۲ قانون روابط موجر و مستأجر، مصوب دوم مرداد ماه ۱۳۵۶، ناظر به همین ماده و ماده ۲۱^{۲۰} همان قانون، رسیدگی به دعوی مذکور در

۱۹. متن استعلام: «... ۲- در صورتی که خواسته دعوی اصلی و خواسته دستور موقت با یکدیگر منطبق باشند صدور دستور موقت امکان دارد یا خیر. بدین توضیح که مثلاً اگر خواسته دعوی اصلی خلع ید از ملکی و خواسته دستور موقت نیز تخلیه موقتی ملک مزبور باشد، آیا با توجه به انطباق هر دو خواسته با یکدیگر و در واقع انجام دستور موقت دیگر محلی برای اجرای دعوی اصلی باقی می‌ماند یا صدور دستور موقت امکان ندارد؟ ...». متن پاسخ اداره حقوقی قوه قضاییه: «... ۲- همان طور که در ماده ۷۷۹ قانون (قدیم) آیین دادرسی مدنی (ماده ۳۱۷ ق.ج.) تصریح شده دستور موقت تأثیری در اصل دعوا ندارد و صدور دستور موقت مانع از رسیدگی به ماهیت دعوا نیست...!»؛ به نقل ادیبیان، محمدرضا، دستور موقت، چاپ دوم، انتشارات ققنوس، تهران، ۱۳۸۰، ص. ۱۴۷.

۲۰. به موجب ماده ۲۱ ق. ر. م. م. (قانون روابط موجر و مستأجر) هرگاه موجر، در مهلتی که دادگاه تعیین می‌کند، از انجام تعمیرات اساسی در مورد اجاره، سر باز زند مستأجر می‌تواند از دادگاه درخواست نماید به او اجازه داده شود، تعمیرات مزبور را با نظر دایره اجرا انجام دهد. و به موجب ماده ۲۲ همان قانون هرگاه مستأجر مانع مالک از انجام تعمیرات ضروری شود دادگاه مستأجر را به رفع ممانعت ملزم

مادتین مزبور خارج از نوبت و بدون رعایت تشریفات دادرسی صورت خواهد گرفت. ماده ۲۴ همان قانون نیز رسیدگی فوری را پیش‌بینی کرده است.^{۲۱} اما با نگاهی دقیق به نصوص مزبور به روشنی دریافت می‌شود که نهادهای مندرج در قانون مورد بحث با «دادرسی فوری» و «دستور موقت»، موضوع مواد ۳۲۵-۳۱۰ ق.ج. (۷۷۸-۷۷۰ ق.ق.) کاملاً متفاوت است. در حقیقت در مواد ۲۱، ۲۲ و ۲۴ قانون روابط موجر و مستأجر، رسیدگی به «موضوع» و «دعای» شمارش شده «فوراً» یا «خارج از نوبت» و «بدون رعایت تشریفات دادرسی» انجام می‌شود و در نتیجه این نصوص ارتباطی با «دادرسی فوری» اصطلاحی ندارد. در موارد مزبور ذی نفع نیازی به گرفتن «دستور موقت»، قبل از «طرح موضوع» یا «اقامه دعوا» ندارد؛ چون به «اصل دعوا»ی او فوراً و بدون تشریفات دادرسی رسیدگی می‌شود. بنابراین هرگاه، حسب مورد، موجر یا مستأجر در اجرای نصوص مزبور، به اشتباه بر اساس مقررات «دادرسی فوری» درخواست «دستور موقت» نماید دادگاه باید قرار رد درخواست را، به علت عدم انطباق آن با تأسیس «دادرسی فوری»، صادر نماید. در نتیجه دستور موقتی که در پرونده کلاسه ۲۴۳/۷۲، مورخ ۷۲/۳/۲۴ از یکی از شعب دادگاه حقوقی دو تهران صادر شده قابل تأمل بوده و نمی‌تواند، در ارائه ضوابط و معیارهای «دستور

می‌نماید. همین ترتیب در تبصره ذیل ماده ۱۲ قانون روابط موجر و مستأجر، مصوب سال ۶۲، ناظر به مواد ۱۱ و ۱۲ همین قانون پیش‌بینی شده است.

۲۱. به موجب ماده ۲۴ ق.ر.م.م. (قانون روابط موجر و مستأجر) هرگاه مستأجر در مورد اجاره حق استفاده از آب، برق یا ... را داشته باشد موجر، علی‌الاصول، نمی‌تواند آن را قطع یا موجبات قطع آن را فراهم کند. در صورت تخلف دادگاه به درخواست مستأجر «فوراً» بدون رعایت تشریفات دادرسی به موضوع رسیدگی و عندالاقضاء ترتیب وصول آن را خواهد داد.

موقت» مبنا قرار گیرد.^{۲۲}

بند دوم - دستور موقت اقدامی موقتی است

۱۶- دستور موقت، اقدامی «موقتی» است؛ خود عنوان تأسیس گویای آن است. بنابراین «دستور موقت» مانند هر پدیده موقتی دیگری، باید پایانی داشته باشد؛ بدین معنی که در اجرای دستور موقت، اقدامی، در انتظار پدیده‌ای و تا تحقق آن انجام می‌شود و این پدیده همان صدور رأی نهایی «اصلی دعوا» می‌باشد. در نتیجه با دستور موقت نباید اقدامی را به طور همیشگی مقرر نمود و یا اقدامی را مقرر نمود که ماهیتاً همیشگی است. پس، دستور موقت نمی‌تواند مبنی بر «انجام تعمیرات اساسی»، رد مال به خواهان، پرداخت دین به بستانکار و ... باشد، اما می‌تواند «اقدامات لازم جهت جلوگیری از تخریب بنا»، «جلوگیری از نقل و انتقال مال»،

۲۲. «... مثال دیگر از آزادی دادگاههای حقوقی بیان می‌شود. خواسته، «صدور دستور موقت بر انجام تعمیرات اساسی در مورد احاره می‌باشد. دادگاه جهت تشخیص فوریت موضوع انتخاب کارشناس را ضروری می‌بیند. کارشناس در اظهار عقیده خود بیان می‌کند «سکلت ساختمان آجری و پوشش تیر چوبی و توفال، پشت بام کاهگل یا آندود قیر و گونی است. در اثر کهولت ساختمان آندود گچ و خاک و قیر و توفال به میزان یک متر مربع ریزش نموده و بقیه سقف در حال ریزش است که مستأجر برای جلوگیری از بروز خطر شمع چوبین زده است. نظریه: با توجه به مراتب فوق بازدید محل و خواسته خواهان و مفاد قرار صادره به شرح زیر اظهار نظر می‌شود. الف: انجام تعمیرات جنبه فوریت دارد. ب: تعمیرات مربوط به اساس بنا می‌باشد...» و سپس دادگاه با توجه به مراتب و احراز فوریت امر مبادرت به صدور قرار دستور موقت می‌کند. قرار دستور موقت: در خصوص درخواست خواهان مبنی بر دستور موقت در مورد انجام تعمیرات اساسی نظر به این که کارشناس منتخب اعلام داشته که انجام تعمیرات فوریت دارد و با عنایت به این که خواهان به موجب سیره شماره ... خسارت احتمالی را به صندوق دادگستری تودیع نموده است، علی هذا مستنداً به مواد ۷۷۱، ۷۷۰ و ۷۸۱ ق.ق. (ق. آ. د. م. (مواد ۳۱۱، ۳۱۰ و ۳۱۹ ق. ج.) دستور موقت به انجام تعمیرات اساسی در مورد احاره به شرح نظریه کارشناس صادر و اعلام می‌شود.» به نقل از: ربیسان، محمدرضا، منبع پیشین، صص. ۱۰۰ - ۹۹.

«بازداشت اموال بدهکار معادل طلب» و ... را تا تعیین تکلیف نهایی «اصل دعوا» مقرر نماید. موقتی بودن ترتیباتی که به موجب دستور موقت مقرر می‌شود یکی از تفاوت‌های بارز این تأسیس با رسیدگی‌های «بدون تشریفات دادرسی» و «خارج از نوبت» و یا «در وقت فوق العاده» به ماهیت اختلافات است (نک. ش. ۱۵).

بند سوم - صدور دستور موقت مستلزم احراز فوریت است

۱۷- به موجب ماده ۳۱۰ ق.ج. «در اموری که تعیین تکلیف آن فوریت دارد، ... دادگاه دستور موقت صادر می‌نماید». بنابراین درخواست دستور موقت در صورتی می‌تواند به نتیجه مطلوب برسد که دادگاه «فوریت» را احراز نماید و این یکی از تفاوت‌های آشکار این تأسیس با برخی نهادهای مشابه است. برای مثال، به موجب ماده ۵ قانون اصلاح بعضی از مواد قانون ثبت و دفاتر اسناد رسمی، مصوب ۱۳۲۲، ناظر به ماده یک همان قانون، پس از اقامه دعوای اعلام بطلان و ابطال دستور اجرای سند رسمی، هرگاه دادگاه «دلایل شکایت را قوی بداند یا در اجرای سند رسمی ضرر جبران‌ناپذیر باشد به درخواست مدعی، بعد از گرفتن تأمین قرار توقیف عملیات اجرایی را می‌دهد ...». همان‌گونه که دیده می‌شود، «قرار توقیف عملیات اجرایی» نه تنها با توجه به عنوان آن، از دستور موقت متمایز است، بلکه، بر خلاف دستور موقت، صدور آن مستلزم احراز فوریت نمی‌باشد، زیرا کافی است دادگاه «دلایل شکایت را قوی بداند». بنابراین سایر احکام و آثار آن نیز مشمول مقررات «دادرسی فوری» و «دستور موقت» اصطلاحی (موضوع مواد ۳۲۵-۳۱۰ ق.ج.؛ مواد ۷۸۸-۷۷۰ ق.ق.)

نمی‌باشد و نباید با آن خلط گردد. در نتیجه استدلال مندرج در برخی آرا قابل تأمل است.^{۲۳}

بند چهارم - صدور دستور موقت مستلزم اخذ تأمین است

۱۸- به موجب ماده ۳۱۸ ق.ج. دادگاه مکلف است برای جبران خسارت احتمالی که از دستور موقت حاصل می‌شود از خواهان تأمین مناسبی اخذ نماید، و این یکی از تفاوت‌های آشکار این نهاد با نهادهای مشابه است. برای مثال، همان‌گونه که آمده است، در دعاوی تصرف، به موجب ماده ۱۷۴ ق.ق. چنانچه قبل از صدور رأی خواهان تقاضای دستور موقت نماید و «دادگاه دلایل وی را موجه تشخیص دهد، دستور جلوگیری از ایجاد آثار تصرف و یا ... صادر خواهد کرد». این تأسیس با «دادرسی فوری» و «دستور موقت» اصطلاحی تفاوت آشکار دارد و صدور دستور

۲۳. «چون دادخواست خواهانها تقاضای دادرسی فوری در مورد توقیف عملیات اجرایی بوده و اجازه دادرسی فوری هم طبق تشریفات و مقررات قانون صادر شده، عدول دادرسان دادگاه حقوقی ۲ و حقوقی یک از مقررات دادرسی فوری و رسیدگی آنان به دعاوی مزبور طبق قانون اصلاح بعضی از مواد قانون ثبت مورخ ۱۳۲۲/۶/۲۷ و دستور توقیف عملیات اجرایی و تجدید جلسات مکرر و تطویل دادرسی بر خلاف قانون و موجب تضییع حق شاکی انتظامی بوده و تخلف است.»؛ دادنامه شماره ۱۳۷۲/۳/۲-۶۷-۶۸-۶۹. شعبه اول دادگاه عالی انتظامی قضات، کریم زاده، احمد، نظارت انتظامی در نظام قضایی، چاپ اول، انتشارات روزنامه رسمی، ۱۳۷۸، جلد ۲، ص. ۲۶۲.

- «با عنایت به مواد ۷۷۳ و ۷۷۸ قانون (قدیم) آیین دادرسی مدنی (ماده ۳۱۶ ق.ج.) در مورد دستور موقت، تخلف رئیس دادگاه عمومی در صدور دستور توقف عملیات مزایده نسبت به موضوع دعوی، قبل از اخذ و وصول اجازه مخصوص، و در اقدامات مغایر با رسیدگی با امور فوری، مسلم است...»؛ دادنامه شماره ۱۳۷۷/۵/۵-۱۲۵۷-۱۵۸. شعبه دوم دادگاه عالی انتظامی قضات، منع پیشین، ص. ۲۶۹. این رأی در حکومت ق.ق. صادر شده که به موجب ماده ۷۷۳ آن تنها قضات دارنده اجازه مخصوص می‌توانستند «دستور موقت» اصطلاحی صادر نمایند؛ در حالی که صدور قرار توقیف عملیات اجرایی که بر اساس ماده ۵ قانون اصلاح بعضی از مواد قانون ثبت صادر می‌شود دستور موقت به معنی اصطلاحی آن، موضوع مواد ۳۲۵-۳۱۰ ق.ج. (۷۷۸-۷۷۰ ق.ق.) نمی‌باشد.

در این خصوص، بر خلاف «دستور موقت» اصطلاحی، مستلزم اخذ تأمین از خواهان نمی‌باشد. بنابراین سایر احکام و آثار این نهاد نیز مشمول مواد ۳۲۵-۳۱۰ ق. ج. نمی‌باشد. تفاوت مزبور را بخش اخیر ماده ۱۷۴ ق. ج. تأیید می‌نماید (نک. ش. ۱۹).

بند پنجم - دستور موقت با صدور رأی بدوی مرتفع نمی‌شود
 ۱۹- به دلالت مواد ۳۲۴ و ۳۲۵ قانون جدید، دستور موقت، با صدور رأی بدوی، حتی اگر علیه خواهان باشد، منتفی نمی‌شود بلکه تا صدور رأی نهایی، علی‌القاعده پابرجا می‌ماند، مگر این که در دادگاه تجدید نظر، با اعتراض طرف، فسخ شود. این نیز یکی از عناصری است که تفاوت آن را با برخی نهادهای مشابه آشکار می‌سازد. برای مثال دستوری که، در دعاوی تصرف، دادگاه بر جلوگیری از ایجاد آثار تصرف و یا ... صادر می‌نماید، «با صدور رأی به رد دعوا مرتفع می‌شود مگر این که مرجع تجدید نظر دستور مجددی در این خصوص صادر نماید.» (بخش اخیر ماده ۱۷۴ ق. ج.)

بند ششم - اجرای دستور موقت مستلزم تأیید رئیس حوزه قضایی است
 ۲۰- به موجب تبصره یک ذیل ماده ۳۲۵ ق. ج. اجرای دستور موقت مستلزم تأیید رئیس حوزه قضایی است در حالی که نهادهای مشابه فاقد این ویژگی است.

گفتار دوم

بررسی اثر احتمال وارد بودن «اصل دعوا» بر پذیرش درخواست

۲۱- گفته شد که دستور موقت به عنوان اقدام تبعی، ضمن یا پس از اقامه «اصل دعوا» و حتی قبل از اقامه و در هر حال در حاشیه آن درخواست می‌شود. بنابراین، در هر یک از حالات مزبور، درخواست دستور موقت وقتی مطرح می‌شود و مورد رسیدگی قرار می‌گیرد که دادگاه نتیجه دعوا را با رأی قاطع مشخص ننموده و در نتیجه هم پیروزی و هم شکست خواهان در «اصل دعوا»، علی‌القاعده، محتمل است. البته در بسیاری موارد، دادگاه با بررسی اجمالی ادعاهای خواهان و ادله استنادی او و مروری بر مقررات حاکم بر دعوا، می‌تواند، وارد یا ناوارد اعلام شدن «اصل دعوا» در آینده را، با درجه‌ای از تقریب، پیش‌بینی نماید. پس پرسش این است که آیا دادگاه می‌تواند در بررسی درخواست دستور موقت درجه احتمال پیروزی یا شکست خواهان در «اصل دعوا» را در پذیرش یا رد درخواست مورد لحاظ قرار دهد. در پاسخ به این پرسش آنچه فوراً به ذهن می‌آید این است که دادگاه نمی‌تواند در قرار رد درخواست و یا قرار دستور موقت به درجه احتمال مزبور استناد نماید، زیرا، در غیر این صورت، به امری استناد نموده که احراز آن قانوناً مستلزم اعلام ختم دادرسی است. از سوی دیگر دادگاهی که به درخواست دستور موقت رسیدگی می‌کند باید، در این مقام، تنها، ترتیبات «فوری» درخواست شده را، پس از بررسی، مورد دستور قرار داده و یا رد نماید و از اتخاذ تصمیماتی که نتیجه آن حل و فصل اختلاف طرفین و حتی پیش دآوری نسبت به آن است پرهیز نماید. بنابراین دادگاه در این مقام نمی‌تواند قراردادی را که اعتبار آن مورد اختلاف طرفین است

باطل اعلام کند، یا حتی، اگر طرفین نسبت به اصل وجود تعهد. قراردادی اختلاف دارند، شرط مبهمی را که در این قرارداد وجود دارد تفسیر نماید، زیرا با این اقدام محتوای تعهدات طرفین را مشخص می‌نماید.^{۲۴} در مقابل دادگاه با ترتیباتی که دستور می‌دهد باید از بروز یا ادامه آثار زیانباری که جبران آن غیرممکن یا دشوار است جلوگیری نماید. بنابراین همان‌گونه که آمده است (نک. ش. ۲۴) از ادامه عملیات حفاری زیانبار در رشته قنات مجاور رشته قنات ملکی خواهان جلوگیری نماید تا به دعوی خواهان مبنی بر محکومیت خوانده بر منع کف شکنی قنات رسیدگی شود، از انتقال رسمی ملک به غیر جلوگیری کند تا به دعوی خریدار مبنی بر الزام خوانده به انجام تشریفات تنظیم سند رسمی انتقال رسیدگی شود، مدیر موقت برای شرکتی که نفاق بین شرکاء موجب مختل شدن اداره آن شده، تعیین نماید تا به ماهیت اختلافی که راجع به تعیین مدیر یا مدیران شرکت است رسیدگی شود. در عین حال در مواردی که محدوده ترتیب درخواست شده

۲۴. «... ثانیاً در مورد برداشتن تیغه‌ها در زیرزمین و طبقه همکف مورد اجاره، نظر به این که به موجب شرایط مقرر در اجاره نامه مستأجر حق تغییر و تعمیر اساسی مورد اجاره را دارا بوده النهایه انجام تغییرات مشروط به اطلاع موجر گردیده است و محکمه از لفظ اطلاع با توجه به معنای عرفی آن تصویب موجر را تلقی نمی‌کند کما این که در ادامه شرط مزبور به شرح بند ۵ اجاره نامه چنین مقرر گردیده که هنگام تخلیه و یا فسخ اجاره وضعیت مورد اجاره به حالت سابق اعاده گردد و از مجموعه عبارات بند ۵ مذکور تراضی طرفین به استحقاق مستأجر در تغییرات و تعمیرات اساسی به مجرد اطلاع موجر استنباط می‌گردد و چنانچه تردید شود که مدلول اطلاع صرف آگاه شدن موجر است یا آگاهی وی به ضمیمه تصویب موجر چون مرجع شک مزبور تردید در «جزئیت جزء زائد» است و مقتضی اصل، عدم جزئیت جزء زائدی است که وجود آن مورد تردید قرار گرفته است علی‌هذا دادگاه درخواست وکیل خواهان را مورد پذیرش قرار نداده به استناد مواد ۷۷۰ و ۷۷۷ قانون (قدیم) آیین دادرسی مدنی (مواد ۳۱۰ و ۳۱۵ ق.ج.) قرار رد درخواست دستور موقت را صادر و اعلام نماید.»؛ دادنامه شماره ۷۱-۴۸/۱/۲۳ شعبه ۴۴ دادگاه حقوقی ۲ تهران، کامیار (کارکن)، محمدرضا، گزیده آرای دادگاههای حقوقی، چاپ دوم، انتشارات حقوقدان، تهران ۱۳۷۶، مجموعه اول، ش. ۶، ص. ۳۶.

از محدوده خواسته «اصل دعوا» تجاوز نماید، پذیرش درخواست و صدور دستور موقت نسبت به آنچه در محدوده اصل دعوا قرار نمی‌گیرد مجاز نمی‌باشد.^{۲۵} همچنین در مواردی که حتی با نگاهی گذرا به سبب دعوا^{۲۶} ادله مورد استناد و مقررات حاکم به دست می‌آید که احتمال پیروزی ذی نفع (متقاضی دستور موقت) در «اصل دعوا» غیرممکن است، صدور قرار دستور موقت درخواستی او مجاز نمی‌باشد.^{۲۷} اما باید توجه داشت که هرگاه عناصر ارائه شده و مورد استفاده، با توجه به مقررات حاکم به کیفیتی باشد که وجود رابطه حقوقی مورد ادعا و پیروزی ذی نفع در «اصل دعوا» را محتمل بنمایاند، حتی اگر وجود رابطه حقوقی مزبور به طور جدی قابل مناقشه باشد، دادگاه نمی‌تواند درخواست دستور موقت را به این علت رد نماید. زیرا، همان‌گونه که اشاره شد، این امر اظهار نظر نسبت به وجود حق مورد ادعا شمرده می‌شود که مستلزم رسیدگی ماهوی است.

۲۵. «با عنایت به مفاد مواد ۷۷۰ و بعد از آن قانون (قدیم) آیین دادرسی مدنی (مواد ۳۱۰ و بعد از آن ق.ج.)، تخلف رئیس دادگاه حقوقی یک در صدور دستور موقت دایر بر منع نقل و انتقال ۶ دانگ مورد دعوی (در حالی که مورد دعوی به موجب دادخواست سه دانگ پلاک مزبور بوده)، محرز است؛ دادنامه شماره ۱۹۸-۱۳۷۶/۷/۲۱-۱۳۷۶/۷/۲۱ شعبه دوم دادگاه عالی انتظامی قضات، کریم زاده، احمد، منبع پیشین، جلد ۲، ص. ۲۶۷.

۲۶. نک. آیین دادرسی مدنی، تألیف نگارنده، چاپ سوم، انتشارات میزان، ۱۳۸۲، جلد ۲، ش. ۶۶ به بعد، ص. ۴۷ به بعد.

۲۷. «در خصوص خواسته خواهان دایر به فک پلمب از یک باب مغازه جزء پلاک ثبتی شماره ۱۳۲۰۴ و ۲۳۹۸/۱۳۲۰۵، نظر به این که حسب مفاد دادنامه شماره ۲۱۷ مورخ ۶۶/۵/۲۶ شعبه ۱۸۹ دادگاه کیفری ۲ تهران که دلیلی بر نقض آن ارائه نشده و این محکمه «فرض» را بر صحت آن قرار می‌دهد، ملک خواهانها دارای کاربری مسکونی است و مادام که تغییر کاربری املاک در مرجع ذی صلاح قانونی مورد تصویب قرار نگیرد استفاده تجاری از ملک برخلاف ضوابط است و بر این اساس درخواست خواهانها وجهه قانونی ندارد تا نسبت به فوریت یا عدم فوریت آن اظهار نظر شود. علی‌هذا قرار رد درخواست خواهانها صادر و اعلام می‌شود.» دادنامه شماره ۲۳۲-۷۲/۴/۱-۲۳۲ شعبه ۴۴ دادگاه حقوقی ۲ تهران، کامیار (کارکن)، محمدرضا، منبع پیشین، مجموعه سوم، ش. ۵۸، ص. ۹۸.

گفتار سوم

مفهوم، معیار و مصادیق فوریت

۲۲- «نهاد دستور موقت به دغدغه‌ای ساده و متعالی پاسخ می‌دهد و آن حمایت منافع فوری و فوتی است. بنابراین شخصی که از آن استفاده می‌نماید ابتدا باید فوریت خواسته خود را اثبات کند. این فوریت در ارتباط با ضرری که وجود داشته یا او را تهدید می‌کند ارزیابی می‌شود.^{۲۸} پس از بررسی مفهوم فوریت، معیار و مصادیق آن مطالعه می‌شود.

بند اول - مفهوم فوریت

۲۳- فوریت، مصدر جعلی، اسم مصدر «فور» و در لغت به معنی فوری بودن و «آن که چیزی که بدون مهلت باشد» آمده است.^{۲۹} امور جمع امر است که در لغت، از جمله، به معنی «کار» و «حادثه» آمده است.^{۳۰} بنابراین اموری که تعیین تکلیف آن فوریت دارد، کارهایی است که باید بدون مهلت تکلیف آن تعیین شود. پس می‌توان گفت که مفهوم اصطلاحی امور مزبور بر مفهوم لغوی آن منطبق است. در عین حال، ارائه مفهوم لغوی اگرچه در روشن شدن موضوع می‌تواند تا اندازه‌ای مؤثر باشد اما چاره ساز نیست؛ زیرا موضوع دقیقاً تعیین معیارها و ضوابط اموری است که بدون مهلت باید تکلیف آن تعیین شود.

28. G. Vandersanden, Référé, Repertoire de Procédure Civile, Dalloz, 2003. T. 5, N. 1.

۲۹. دهخدا، مرحوم علی اکبر، لغت نامه، چاپ اول از دوره جدید، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۲، جلد ۱۰، ص. ۱۵۲۰۲.

۳۰. معین، دکتر محمد، فرهنگ فارسی، چاپ چهارم، انتشارات امیر کبیر، تهران، ۱۳۶۰، جلد ۱، ص.

بند دوم - معیار فوریت، عوامل تشخیص و احراز آن

الف - معیار فوریت و عوامل تشخیص آن

اول - معیار فوریت

۲۴- فوریت امری موضوعی است که تشخیص آن به صلاحدید دادگاهی که به درخواست دستور موقت رسیدگی می‌نماید واگذار شده است. این امر در ماده ۳۱۵ ق.ج. تصریح شده که می‌گوید «تشخیص فوری بودن موضوع درخواست با دادگاهی می‌باشد که صلاحیت رسیدگی به درخواست را دارد». نه تنها ارائه معیار دقیقی از فوریت امکان پذیر نمی‌باشد، بلکه حتی ارائه تعریف حقوقی از فوریت، به علت تنوع موارد، دشوار می‌باشد. در عین حال گفته شده است فوریت وقتی وجود دارد که اگر درخواست دستور موقت پذیرفته نشود، قبل از این که حکم در اصل دعوا صادر شود، به متقاضی دستور، خسارتی خطیر و غیرقابل جبران که فوری یا قریب‌الوقوع است وارد خواهد شد.^{۳۱} البته امکان جبران عملی خسارت ادعایی می‌تواند خصوصیت «غیرقابل جبران» بودن آن را تحت تأثیر قرار دهد، اما این امر به تنهایی کافی نیست که خصوصیت مزبور نفی شود.^{۳۲}

ارجاع صریح و پیاپی به خسارت موصوف موجب می‌شود که مفاهیم

31. G. Vandersanden, op. cit., N. 42.

32. Op. cit., N. 48.

مقاله این نویسنده در ارتباط با دستور موقتی است که دیوان دادگستری اتحادیه‌های اروپایی (CJCF) صادر می‌نماید و بنابراین بررسی معیار فوریت در ارتباط با مرجع مزبور است. اما می‌توان معیارهای ارائه شده توسط این نویسنده را، که متکی بر رویه قضایی دیوان مزبور است، در سایر مراجع قضائتی مورد توجه قرار داد، زیرا مرجع مزبور، از این نظر، خصوصیتی ندارد.

فوریت و خسارت در یک جا جمع شود.^{۳۳} بررسی مفهوم خسارت و فوری یا قریب‌الوقوع بودن آن امری ماهوی است و در نتیجه اگر دادگاه تشخیص دهد که احتمال ورود خسارت قبل از صدور حکم در اصل دعوا وجود ندارد یا ضعیف می‌باشد، دستور موقت صادر نمی‌نماید. بنابراین، می‌توان گفت که دستور موقت برای این درخواست می‌شود که حکمی که در آینده به نفع متقاضی صادر می‌شود «نوشداروی پس از مرگ سهراب»^{۳۴}

33. G. Vandersanden, op. cit., N. 43.

۳۴. «نظر به این که، مطابق نظر کارشناس منتخبه ادامه عملیات حفاری در رشته جدید قنات طارند، از این جهت که ۱/۲۵ متر از رشته قدیمی قنات طارند و ۶۰ سانتی متر از کف رشته دایر قنات شوش آباد عمیقتر است، موجب خشک شدن قنات شوش آباد ملکی خواهان خواهد شد، و بنابراین موضوع درخواست از لحاظ فوریت قضیه با ماده ۷۷۰ قانون (قدیم) آیین دادرسی مدنی (ماده ۳۱۰ ق.ج) منطبق به نظر می‌رسد. نظر به این که، به موجب توضیحات کتبی و شفاهی مورخه ۲۸/۲/۲۱ کارشناس انتخابی، ورود خسارت و نقصان آب قنات شوش آباد، تنها به علت کف شکنی در قنات طارند و عمق بغل بر جدید الاحداث است، و ادامه رشته مزبور و احداث آن در کف سابق، در صورتی که احداث آن از نظر فنی ممکن باشد، خسارتی به بار نمی‌آورد و اساساً اگر چاهی بدین ترتیب احداث شود فاقد آب خواهد بود. نظر به این که، مبلغ یک صد هزار ریال بابت خسارات احتمالی خوانده در صندوق دادگستری ایداع شده است، لذا بنا به ماده ۷۷۸ قانون (قدیم) آیین دادرسی مدنی (ماده ۳۱۶ ق.ج) دستور موقت دایر به منع خوانده از ادامه عملیات حفاری و قناتی از رشته جدید قنات طارند در عمق بیش از ۱۴/۱۴ متر (کف سابق قنات طارند) و یا بنا به اصطلاح قناتی جلوگیری کف شکنی در رشته بغل بر قنات سابق و ادامه عملیات به وضع فعلی صادر و اعلام می‌شود»؛ رأی شعبه ۴ دادگاه بخش تهران، کاتوزیان، دکتر ناصر، عدالت قضایی، گزیده آراء، چاپ اول، نشر دادگستر، ۱۳۷۸، ش. ۳، ص. ۲۶۵.

– «دادخواستی به خواسته طمس (ناپدید کردن) چاه عمیق و صدور دستور موقت مبنی بر جلوگیری از بهره برداری از چاه مزبور به دادگاه بخش تقدیم شده و دادگاه پس از رسیدگی لازم دستور موقت بر منع بهره برداری صادر کرده است...»؛ قسمتی از متن استعلام از اداره حقوقی، مجموعه نظرهای مشورتی، اداره حقوقی وزارت دادگستری، در زمینه مسایل مدنی، از سال ۱۳۴۲ تا ۱۳۵۵، سلجوقی، محمود و امینی، یدالله، انتشارات دفتر تحقیقات و مطالعات وزارت دادگستری، ش. ۲۷۷، ص. ۲۷۸.

– نظر به این که مخالفت والدین طفل از ملاقات پدر بزرگ و مادر بزرگ با طفل (نسوه خود) می‌تواند روابط عاطفی آنها را تهدید نماید، به نحوی که روابط مزبور غیرقابل برگشت بوده و یا به دشواری ترمیم می‌شود، دستور موقت مبنی بر ملاقات خواهانها با طفل مزبور، به فواصلی که در دستور آمده، صادر می‌شود؛ مفاد یکی از آرای محاکم فرانسه که در سال ۱۹۹۹ صادر شده است:

نشود یا اجرای آن غیرممکن و یا دشوار نگردد.^{۳۵} و یا از خسارات قریب الوقوعی که به سبب طولانی شدن حل و فصل اختلاف ممکن است وارد شود و جبران آن غیرممکن یا دشوار است پیش گیری نماید.^{۳۶} پس در تمام مواردی که بیم تحقق وقایعی رود که به اقتضای طبع خود هر یک از نگرانی های مزبور را بوجود می آورند، «فوریت» وجود دارد. البته باید توجه داشت که نگرانی های مزبور در صورتی می تواند تحصیل دستور موقت را امکان پذیر نماید که حق موجود خواهان را تهدید نماید؛ بنابراین اگر

Recueil Dalloz, 1999. IR.93.

۳۵. برای مثال در دعوی الزام به انجام تشریفات تنظیم سند رسمی انتقال ملک که خواهان درخواست صدور دستور موقت مبنی بر منع خوانده از نقل و انتقال ملک مزبور را می نماید، باید پذیرفت که فوریت وجود دارد زیرا، خوانده، با توجه به این که ملک رسماً به نام وی است، با انتقال آن به غیر، موجب می شود که اجرای حکم الزامی که ممکن است علیه او در آینده صادر گردد، غیرممکن شده و یا با دشواری مواجه شود. به همین سبب اگر، علی رغم این که ملک رسماً به نام خوانده می باشد، امکان نقل و انتقال آن، به جهاتی، وجود نداشته باشد، فوریت وجود نخواهد داشت؛ «در خصوص تقاضای وکیل خواهان مبنی بر صدور دستور موقت بر منع خوانده از نقل و انتقال آپارتمان احدائی در قسمت پارکینگ پلاک ثبتی ۱۲۳-۹۶۵ نظر به این که اداره ثبت در پاسخ به استعلام دادگاه و به شرح نامه ۱۸۳۴۶-۱۳۷۳/۸/۱۸ اعلام داشته که پلاک ثبتی مزبور به موجب سند رسمی ۷۰۸۱۶-۱۳۷۱/۱۲/۱۸ کلاً در رهن بانک ملی ایران می باشد، دادگاه فوریت امر را احراز نمی نماید و نتیجتاً به رد آن رأی می دهد.» دادنامه شماره ۷۳/۱۰/۲۸-۶۹۵ شعبه اول دادگاه حقوقی یک تهران، کامیار (کارکن)، محمدرضا، منبع پیشین، مجموعه سوم، ش. ۶۰، صص. ۹۹-۱۰۰.

۳۶. برای مثال، در صورتی که کارفرما در اجرای پیمان تنظیمی با پیمانکار اقدام به فسخ پیمان نماید و پیمانکار که ضبط ضمانت نامه های خود را قریب الوقوع می داند، از دادگاه درخواست صدور دستور موقت مبنی بر منع خوانده از ضبط ضمانت نامه را نماید. زیرا ضبط ضمانت نامه ها خساراتی به پیمانکار وارد می کند که جبران آن دشوار می باشد؛ «... جدا از مراتب فوق در صورتی که پیمانکار فسخ قرارداد را از طرف کارفرما صحیح نداند و مدعی باشد که از ناحیه وی تخلفی صورت نگرفته تا طرف قرارداد استحقاق دریافت وجه ضمانت نامه را به عنوان جریمه داشته باشد می تواند از دادگاه درخواست صدور دستور موقت را تا صدور حکم نهایی نماید و با دادگاه است که با توجه به دلایل ابرازی و مقررات قانون آیین دادرسی مدنی در مورد اتخاذ تصمیم شایسته بنماید.»؛ نظر شماره ۲۲-۱۳۶۸/۲/۱۸ اداره حقوقی دادگستری، به نقل ادریسیان، محمدرضا، منبع پیشین، ص. ۱۳۰. خواسته «اصل دعوا» در این خصوص می تواند صدور حکم بر بی حقی کارفرما به فسخ پیمان و اعاده وضع به حال سابق باشد.

شرایط به گونه‌ای باشد که حقی که ادعای تهدید آن شده متحقق نگردیده، بلکه امکان تحقق آن در آینده رود، صدور دستور موقت و ایجاد تضییقات برای خواننده موجه نمی‌باشد.^{۳۷} در عین حال خسارت می‌تواند حال باشد و یا امکان ورود آن در آینده رود، به شرطی که مسلم بوده و یا حداقل با درجه‌ای از احتمال قابل پیش‌بینی باشد.

دوم - عوامل مؤثر در تشخیص فوریت

۱- فوریت و قدمت وضعیت اعلام شده

۲۵- اقدامی که فوریت دارد بنابر مفهوم، اقدامی است که «بدون مهلت» باید انجام شود. در نتیجه پرسش این است که اگر وضعیتی را که متقاضی جهت تبیین ضرورت صدور دستور موقت اعلام می‌نماید قدیمی باشد، آیا این امر الزاماً با فوریت ادعا شده منافات ندارد؟ رویه قضایی فرانسه، اگرچه به این پرسش با اطلاق پاسخ مثبت نمی‌دهد،^{۳۸} اما در یکی از آرای که از محاکم این کشور صادر شده تعلق غیر قابل توجیه خواهان

۳۷. متن پرسش؛ «اعلام نظر فرمایند اگر کسی مشغول حفر چاه عمیقی شود و دیگری در بیست متری او در زمانی که اولی مشغول حفر چاه است پس از او مشغول حفر چاه عمیقی گردد آیا درخواست صدور دستور موقت کسی که ابتدائاً شروع به حفر چاه نموده قابل اجابت است و موضوع از مصادیق دادرسی فوری است یا خیر؟ و نیز اگر دومی درخواست دستور موقت به توقیف عملیات طرف نماید با فرض این که درخواست شخص اولیه در صدور دستور موقت به مبنای «الفضل للمتقدم» مورد اجابت واقع شده باشد، آیا باید ادامه عملیات حفاری چاه مقدم الحفر ممنوع گردد یا خیر و به عبارت اخیری درخواست ثانوی مشمول باب دادرسی فوری هست یا خیر...؟» متن پاسخ؛ «... هیچ کدام از دو شخصی که در دو تاریخ مختلف به حفر چاه جداگانه شروع و اقدام نموده‌اند و هنوز چاه آنها به آب نرسیده است نمی‌توانند دیگری را از ادامه حفاری منع کند و به همین جهت صدور دستور موقت در این خصوص موردی ندارد...»؛ نظر شماره ۴۰۰۵-۱۷/۹/۲۶ اداره حقوقی، منبع پیشین، صص. ۱۳۱-۱۳۲.

38. Bull. Civ. II, N. 659.

در تقدیم درخواست دستور موقت را با فوریت ادعایی او ناسازگار اعلام می‌نماید.^{۳۹} در عین حال، باید پذیرفت که قدمت وضعیت اعلام شده نمی‌تواند عدم فوریت را مفروض نماید، تجویز درخواست دستور موقت پس از اقامه دعوا می‌تواند مؤید این امر شمرده شود (مدلول ماده ۳۱۱ ق.ج.ا). اما در مواردی که قدمت وضعیت اعلام شده، با توجه به اوضاع و احوال، به کیفیتی است که یا دستور موقت را بی‌اثر جلوه می‌دهد (آنچه نباید بشود، شده است)^{۴۰} و یا غیرلازم می‌نمایاند (اگر اتفاقی قرار بود رخ دهد تاکنون رخ داده بود)، ادعای وجود فوریت به سختی قابل قبول خواهد بود.

۲- فوریت و امکان اعاده وضعیت

۲۶- موضوع مهمی که در بررسی «فوریت»، معمولاً، باید به آن توجه شود، امکان یا عدم امکان اعاده وضعیت اعلام شده به حال سابق

39. JCP. 1984. IV. 321.

۴۰. «در خصوص خواسته خواهان دایر به صدور دستور موقت به فک پلمب از یک باب مغازه، ... از آن جا که طبق اظهار صریح خواهان مدت ۳ سال است که مغازه تعطیل شده و مشارالیه جهت رفع مشکلات موجود به شهرداری منطقه مراجعه نموده است، علی‌هذا به نظر دادگاه فوریتی در امر وجود ندارد، به استناد ماده ۷۷۷ قانون (قدیم) آیین دادرسی مدنی (ماده ۳۱۵ ق.ج.ا). قرار رد درخواست خواهان صادر و اعلام می‌شود.» دادنامه شماره ۳۴۱-۷۲/۵/۵ شعبه ۴۴ دادگاه حقوقی ۲ تهران، کامیار (کسارکن)، محمدرضا، منبع پیشین، مجموعه سوم، ش. ۵۹، ص. ۹۹.

- «در خصوص خواسته وکیل خواهان دایر به صدور دستور موقت در مورد ۱- قلع احداثات موجود در پشت بام مورد اجاره ۲- اعاده وضع به حال سابق در مورد برداشتن تیغه‌ها در طبقه همکف و زیرزمینی مورد اجاره موضوع سند رسمی اجاره شماره ۴۱۹۹۴ مورخ ۵۴/۶/۱۱، اولاً در مورد ایجاد بنای غیرمجاز در پشت بام مورد اجاره، اگرچه ایجاد تأسیسات مزبور بدون اخذ مجوز از مراجع ذی ربط بر خلاف مقررات بوده و وکیل خوانده نیز به این امر اذعان دارد، لیکن نظر به این که احداث بنا در محل مزبور مربوط به سالها قبل از تقدیم دادخواست می‌باشد علی‌هذا به نظر دادگاه فوریتی در این مسأله وجود ندارد...»؛ دادنامه شماره ۷۱-۴۸-۷۱/۱/۲۳ شعبه ۴۴ دادگاه حقوقی ۲ تهران، منبع پیشین، مجموعه اول، ش. ۶، ص. ۲۶.

است؛ بدین معنی که اگر وضعیت زیانباری که ذی نفع، حسب مورد، برای پیش‌گیری از آن و یا قطع آن درخواست دستور موقت می‌نماید قابل برگشت و یا قابل جبران باشد، می‌توان درخواست را رد نمود و در غیر این صورت صدور دستور الزامی است. در این جا دو نکته‌ای که باید بررسی شود از یک طرف، درجه احتمال اعاده وضعیت و یا قابلیت جبران و از طرف دیگر شیوه آن است. در خصوص نکته اول، دادگاهی که به درخواست رسیدگی می‌نماید، با رعایت تمامی اوضاع و احوال و جوانب امر، در صورت لزوم با جلب نظر کارشناس، به صلاحدید خود، نتیجه‌گیری می‌نماید. این نکته امری موضوعی است و اظهار نظر قضایی را می‌طلبد. بنابراین در مثال منع خوانده از ادامه عملیات حفاری در رشته قنات، دادگاه تشخیص خواهد داد که در صورت رد درخواست دستور موقت ادامه عملیات حفاری موجب می‌شود حکمی که به نفع خواهان مبنی بر محکومیت خوانده به منع کف شکنی قنات صادر شود، «نوشداروی پس از مرگ سهراب» شود، زیرا ادامه عملیات حفاری وضعیتی را در رشته قنات ملکی ذی نفع به وجود خواهد آورد که وجود حکم مزبور نیز اعاده آن به حال سابق را غیرممکن می‌نماید. بنابراین، دادگاه، علی‌القاعده، در صدور دستور موقت تردید نخواهد کرد.

در مقابل، چنانچه وضعیت مزبور به کیفیتی باشد که در صورت رد درخواست دستور موقت، اعاده آن به حال سابق امکان‌پذیر باشد، می‌توان در صدور دستور موقت تردید نمود. در همین فرض موضوع مهمی که می‌تواند نظر دادگاه را در خروج از تردید به خود معطوف نماید شیوه برگرداندن وضع به حال سابق یا جبران آن است. در حقیقت پرسش این

خواهد بود که هرگاه اعاده وضع به حال سابق و یا جبران آن میسر اما مستلزم اقامه دعوی دیگری از سوی ذی نفع باشد، آیا درخواست باید رد شود و یا چون اعاده و یا جبران مستلزم اقامه دعوی مجدد از سوی خواهان و تحمل پیامدهای آن است، باید پذیرفته شود؟ با توجه به آراء و نظراتی که در مجموعه‌ها منتشر شده می‌توان گفت که رویه قضایی هماهنگ و مستقری در این زمینه وجود ندارد و تردیدهایی دیده می‌شود. در حقیقت، در دعوی الزام به انجام تشریفات تنظیم سند رسمی انتقال ملک، درخواست دستور موقت خواهان مبنی بر منع خوانده از نقل و انتقال ملک به غیر، معمولاً پذیرفته می‌شود؛ و یا حتی در دعوی پیمانکار بر کارفرما مبنی بر غیرقانونی اعلام شدن فسخ پیمان، نظر داده شده و رویه نیز این است که درخواست دستور موقت او مبنی بر عدم ضبط ضمانت نامه، پذیرفته می‌شود؛^{۴۱} در حالی که در هر دو مورد، در صورت عدم صدور دستور موقت و پیروزی خواهان در اصل دعوا، امکان اعاده و یا جبران با اقامه دعوا (طاری یا اصلی) امکان پذیر است. اما در مقابل آرای دیده می‌شود که درخواست دستور موقت را دقیقاً به این علت که اعاده یا جبران با اقامه دعوا امکان پذیر است مردود اعلام نموده است.^{۴۲}

۴۱. نک. زیر نویس ۳۵.

۴۲. «اجرای طرح عمرانی به علت اختلاف مالکین با مجری طرح با صدور دستور موقت از سوی دادگاه قابل توقیف نیست... زیرا فوریت امر محرز نیست به این دلیل که به فرض صدور حکم نهایی از دادگاه صالحه جبران خسارت وارده میسر است و تغییر بافت زمین نیز از وضعیت فعلی به وضعیت قبلی آن که کشاورزی است امکان پذیر است و اعاده به وضع سابق مقدور و پرداخت خسارت به عهده محکوم علیه دعوی ماهیتی است... بنابراین قرار دستور موقت فسخ می‌شود و تجدید نظر خواه می‌تواند تا صدور حکم ماهیتی به عملیات راه سازی ادامه دهد.» دادنامه شماره ۷۷/۱۰/۲-۹۸۶ شعبه هفتم دادگاه تجدید نظر، بانک اطلاعاتی موازین قضایی، مکرم، علی، ۱۳۸۰.

— «... از آن جا که به فرض اقدام و تنظیم سند، ابطال اسناد تنظیم شده و اعاده امر به وضع سابق

۲۷- آنچه می‌توان پذیرفت این است که هرگاه متقاضی دستور موقت برای اعاده وضع، در هر حال به اقامه دعوای دیگر (غیر از «اصل دعوا») ناچار نباشد، درخواست دستور موقت جهت توقف اقدامات خواننده، البته در صورتی که خسارت وارده به خواهان را سنگین تر ننموده و بار او را در اقامه آن دعوا سنگین تر ننماید، می‌تواند مردود اعلام شود. اما هرگاه بیم انجام اقداماتی رود که موجب شود اعاده وضع و یا جبران مستلزم اقامه دعوای دیگری (غیر از «اصل دعوا») باشد، صدور دستور موقت در صورت وجود سایر شرایط، به مصلحت نزدیکتر است.^{۴۳} در حقیقت، باید پذیرفت که در بررسی درخواست دستور موقت نه تنها مصالح خواهان باید مورد توجه قرار گیرد بلکه بهتر است حتی ضرورت پیشگیری از طرح دعوای متعدد که موجب افزایش تراکم در دادگستری و به هدر رفتن سرمایه‌های معنوی و مادی خواهد شد نیز مورد لحاظ قرار گیرد؛ دو عاملی که در عین

امکان پذیر می‌باشد و دلیل و مدرکی که وجود ضرر و یا رد ضرر جبران‌ناپذیر را ثابت کند ارائه نگردیده بنابراین درخواست فاقد وجهت قانونی است.»؛ دادنامه شماره ۷۰/۱/۳۱-۵۰ شعبه ۲۲ دیوان عالی کشور، منع پیشین.

۴۳. «چنانچه ادامه کار یا عمل، احقاق حق مدعی را متعسر نکند و یا ضرری به او وارد نکند صدور دستور موقت مورد نخواهد داشت. فی‌المثل شخصی دادخواستی به خواسته خلع ید و قلع و قمع بنا تسلیم دادگاه کند و مدعی شود خوانده غاصبانه و بدون مجوز قانونی ملکش را تصرف و ساختمان نموده که نیمه تمام است و صدور دستور موقت بر منع خوانده از ادامه عملیات ساختمانی را خواستار شود از اموری فوری نیست، زیرا در صورت ثبوت دعوایش حکم بر خلع ید و قلع و قمع بنا صادر خواهد شد و در قلع بنا تفاوت نمی‌کند بنا تکمیل شده یا نیمه کاره باشد، در هر دو صورت حکم اجرا و تمامی بنا تخریب خواهد شد. لیکن در مثال بالا، اگر خوانده فقط ملک را تصرف کرده و هنوز شروع به ساختمان ننموده باشد و خواهان دادخواست خلع ید غاصبانه تسلیم کند و دستور موقت را بر منع خواننده در احداث ساختمان تقاضا کند چون احداث ساختمان به وسیله خوانده در جریان دادرسی اجرای حکم خلع ید را متعسر خواهد نمود و نیاز به اقامه دعوی قلع بنا به صورت جداگانه خواهد بود. مورد از امور فوری است که با توجه به شدت و ضعف دلایل ممکن است دستور موقت صادر شود.» محمود همتی، به نقل ادریسیان، محمدرضا، منع پیشین، صص. ۹۱-۹۲.

حال همسو می‌باشند. همچنین دادگاه در بررسی درخواست دستور موقت، از نقطه نظر امکان اعاده وضع و جبران بهتر است موقعیت و شرایط خواننده و خواهان، خطیر بودن ترتیبات مورد درخواست، حساس بودن وضعیت اعلام شده، قوت و ضعف ادله، درجه احتمال پیروزی و شکست خواهان در اصل دعوا و ... را مورد لحاظ قرار دهد؛ عواملی که جنبه موضوعی داشته و اگر چه اتخاذ تصمیم نسبت به آنها «محمول بر نظر قضایی» است؛ اما تجربه، تبحر، شمّ قوی قضایی، دید وسیع، دور اندیشی و ذکاوت را می‌طلبد که تمامی قضات، در حدّی که واقعاً برای بررسی درخواست دستور موقت لازم است، واجد تمامی آنها نمی‌باشند و به همین سبب بود که قانون قدیم، در ماده ۷۷۳، بررسی درخواست دستور موقت و صدور آن را منحصرأ در صلاحیت قضاتی قرار داده بود که اجازه مخصوص از وزارت دادگستری داشته باشند.^{۴۴} بنابراین حذف مقرر مزبور در قانون جدید قابل انتقاد است زیرا مشکلات زیادی را برای اصحاب دعوا و بخش قابل توجهی از قضات به وجود آورده است.

۳- فوریت و ارزیابی منافع مطروح

۲۸- راست است که دستور موقت می‌تواند منافع متقاضی را تأمین کند و از ورود خسارت به وی پیش‌گیری نماید، اما معمولاً، مشکلات و تضییقاتی را برای طرف مقابل به وجود آورده و حتی ممکن است، به نحوی، نسبت به اشخاص ثالث نیز آثار زیانباری داشته باشد. بنابراین گفته

۴۴. در فرانسه نیز بررسی درخواست دستور موقت و صدور آن، حسب مورد، در صلاحیت رئیس دادگاه شهرستان و رئیس دادگاه تجدید نظر است.

شده است که قاعده انصاف حکم می‌نماید که دادگاه در مقام اتخاذ تصمیم، منافع طرفین و حتی اشخاص ثالث را ارزیابی نماید، بدین نحو که آثار زیانبار صدور دستور موقت و یا رد درخواست را نسبت به آنها مورد سنجش قرار دهد. حمایت از منافع متقاضی نباید طرف مقابل و اشخاص ثالث را در وضعیتی قرار دهد که برای آنها غیرقابل بازگشت بوده و یا در معرض خسارتی خطیر و غیرقابل جبران قرار دهد. البته به این پرسش که ضابطه مبتنی بر ملحوظ نمودن منافع مطروح ضابطه‌ای مستقل یا فرعی است، پاسخ صریحی داده نشده است. این موضوع از این جهت دارای اهمیت ویژه‌ای است که اگر مستقل تلقی شود، دادگاه باید همواره آن را به عنوان یکی از شرایط دستور موقت ارزیابی نماید.

آنچه مسلم است در موارد متعددی مراجع قضاوتی در بررسی درخواست دستور موقت و تصمیم‌گیری نسبت به آن منافع مطروح، از جمله منافع اشخاص ثالث، را مورد سنجش قرار داده‌اند. برای مثال در موضوع بیماری «جنون گاوی» کمیسیون اروپا صدور هر نوع گوشت گاوی را از سرزمین انگلستان به سوی کشورهای عضو اتحادیه اروپا ممنوع نمود؛ اما انگلستان از CJCE درخواست نمود که دستور موقت مبنی بر تعلیق تصمیم کمیسیون اروپا صادر نماید. مرجع مزبور، پس از بررسی دقیق براهین متقاضی، بالاخره اعلام نمود که کفه ترازو «به طرفی سنگینی می‌نماید که تصمیم کمیسیون قرار دارد زیرا منافی که در ابقای تصمیم کمیسیون وجود دارد به سختی قابل مقایسه با منافع متقاضی در تعلیق تصمیم کمیسیون است».^{۴۵}

45. G. Vandersanden, op. cit., N. 56.

ب - اجراز فوریت

۲۹- وظیفه متقاضی دستور موقت ارائه دلایل و براهینی است که سبب را اثبات می‌نماید؛ اما تشخیص این امر که سبب اعلام شده توجیه‌کننده ترتیبات مورد درخواست است یا دادگاه می‌باشد. بنابراین، برای مثال در دعوی محکومیت خوانده به منع کف شکنی قنات و دستور موقتی که در حاشیه آن به خواسته توقیف عملیات حفاری مطرح می‌شود، کافی است که متقاضی دلایل مالکیت و استفاده خود از آب قنات و همچنین عملیات حفاری توسط خوانده در رشته قنات و نزدیک بودن فاصله محل حفاری با رشته قنات ملکی خود را ارائه، و اظهار نماید که صدور دستور موقت مبنی بر منع خوانده از ادامه عملیات حفاری فوریت دارد؛ اما تشخیص فوری بودن موضوع درخواست یا دادگاه می‌باشد (ماده ۳۱۵ ق.ج.ا) که در این مثال، با رجوع به کارشناس به آن اقدام می‌کند.

۳۰- دادگاه در تشخیص فوریت باید امور را با توجه به وضعیتی مورد ارزیابی قرار دهد که در زمان رسیدگی به درخواست در آن قرار دارند و نه وضعیت آنها در زمان تقدیم درخواست؛ بنابراین اگر با توجه به وضعیت امور در زمان درخواست دستور موقت فوریت وجود نداشته اما در زمان رسیدگی به درخواست فوریت وجود داشته باشد، دادگاه باید قرار دستور موقت صادر نماید؛ زیرا، در هر حال فوریت را احراز نموده است. عکس این قضیه نیز صادق است. حتی در صورتی که دستور موقت از دادگاه نخستین صادر شده باشد و نسبت به آن، ضمن تجدید نظرخواهی نسبت به اصل رأی، شکایت شود، مرجع تجدید نظر در رد و یا قبول شکایت باید امور را با توجه به وضعیتی که در زمان رسیدگی به درخواست

دارند مورد ارزیابی قرار دهد.

نتیجه

۳۱- برای تشخیص موارد صدور دستور موقت، همان‌گونه که در گفتار اول بررسی گردید، اولین گام توجه دقیق به ویژگیهای دستور موقت در مقایسه با نهادهای مشابه است. در حقیقت، دستور موقت اقدامی تبعی و موقت بوده و صدور آن مستلزم احراز فوریت و اخذ تأمین است. رأی مزبور با صدور رأی بدوی در ماهیت دعوا، حتی اگر علیه متقاضی دستور موقت باشد، ملغی نمی‌شود و اجرای آن، در حال حاضر، مستلزم تأیید رئیس حوزه قضایی است. ویژگیهایی که، همه آنها، در نهاد مزبور دیده می‌شود و در مقابل، جمع آنها در هیچ یک از نهادهای مشابه ملاحظه نمی‌شود. از سوی دیگر، دادگاه در صدور دستور موقت باید به درجه احتمال پیروزی ذی نفع در اصل دعوا توجه نماید؛ بدین معنی که اگر احتمال پیروزی او در اصل دعوا غیرممکن به نظر رسد، از صدور دستور موقت خودداری کند؛ البته در این راه، همان‌گونه که در گفتار دوم آمده است، باید این نکته مورد توجه قرار گیرد که دادگاه نمی‌تواند نسبت به نتیجه دعوا «پیش داوری» نماید. اما، چون صدور دستور موقت مستلزم احراز «فوریت» است، گام اصلی و آخر در تشخیص موارد صدور دستور موقت، توجه به معیارهای فوریت و عوامل مؤثر در شناخت آن است؛ موضوعی که گفتار سوم مقاله به آن اختصاص یافته است.



تفکیک روایات قضایی از روایات فقهی

دکتر سید مصطفی محقق داماد*

چکیده

با توجه به تعدد مناصب معصومان از جمله، بیان احکام الهی، قضاوت و فصل خصومات، برخی روایات وارده از پیشوایان دینی حاوی مفهوم فقهی یعنی بیانگر احکام الهی و برخی دیگر در مقام قضاوت یعنی انطباق حکم خدا بر مصادیق آن می‌باشند. توجه نکردن به تفکیک این دو دسته فقیه را با خطر انحراف از مسیر تفکر و اجتهاد صحیح مواجه می‌سازد و فقه را از پویایی باز می‌دارد. بررسی و تتبع در متون فقهی نشان می‌دهد، که در علم فقه نیز این دو موضوع اغلب از یکدیگر تفکیک نشده و فقیه به جای تفقه به عمل داوری و قضاوت پرداخته است.

در این مقاله پس از تبیین مناصب معصومان، به ماهیت هریک از دو دسته روایات فقهی و روایات قضایی و آنگاه به ذکر شواهدی از آنها و بالاخره مواردی که در فقه این خلط صورت گرفته پرداخته شده است. واژه‌های کلیدی: مناصب معصومان، روایات فقهی - روایات قضایی، افتاء -

فتوی - تفقه - اجتهاد

*. تحقیق و تقریر این بحث توسط فاضل ارجمند جناب آقای رحیم نوبهار انجام گرفته است، بدین وسیله از ایشان سپاسگزاری می‌گردد.

مقدمه

بی تردید یکی از مناصب معصومان علیهم السّلام حلّ و فصل منازعات میان مردم بوده است؛ نتیجه قطعی این امر آن است که بخشی از روایاتی که اکنون در دست ما است، ناظر به حلّ و فصل اختلافات و دعاوی است. ما این روایات را روایات قضایی می‌نامیم.

بررسی موارد و مصادیق روایات قضایی و این که این روایات، چه بخشی از کلّ روایات موجود را تشکیل می‌دهند، خود می‌تواند موضوع پژوهش مستقلّی قرار گیرد، که ما اکنون در صدد آن نیستیم. آن چه در این نوشتار مورد نظر ما است، تأکید بر این است که چنین روایاتی به لحاظ دلالت و کارکردی که در مقام استنباط احکام دارد با روایاتی که در مقام بیان حکم الهی صادر شده، متفاوت است. به لحاظ تاریخی می‌توان اذعان نمود که این گونه روایات بیشتر مربوط به پیامبر اکرم (ص) و امیرالمؤمنین علی (ع) است، زیرا شرایط اجتماعی این دو بزرگوار به گونه‌ای بود که مردم برای حلّ و فصل منازعات میان خود به آنان مراجعه می‌کردند. با این حال، روایات قضایی به پیامبر (ص) و امیرالمؤمنین (ع) اختصاص ندارد، دیگر امامان معصوم (ع) نیز به فراخور شرایط زمان خود گاه مورد مراجعه مردم بوده‌اند و در نزاع‌هایی که به آنان ارجاع می‌شده، قضاوت می‌کرده‌اند. برای نمونه، روایت معروف صحیحّه ابی ولاد از امام صادق (ع) که مستند چندین حکم فقهی است،^۱ در جریان حلّ و فصل یک دعوا صادر شده است.

۱. رک. عاملی، محمدبن حسن، وسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۲۵۵، باب ۱۷ از کتاب الاجاره، روایت ۱.

تشخیص روایات قضایی از روایاتی که در مقام صدور حکم بیان شده، از مهم ترین و دقیق ترین کارهایی است که مجتهد در مقام استنباط احکام با آن دست به گریبان است. به مجرد این که روایتی در جریان حلّ و فصل نزاعی صادر شده باشد، نمی توان آن را روایت قضایی نامید. گناه کلام و سخنی که در جریان حلّ و فصل نزاع بیان می شود، حکم الهی است که با عموم یا اطلاق خود بر مورد دعوا نیز به عنوان یکی از مصادیق حکم منطبق می شود و نزاع را هم حلّ و فصل می نماید بی آن که بتوان کلیت و شمول آن را نفی نمود. برعکس، روایاتی هم وجود دارد که در ظاهر بیانگر حکم است، اما به دقت و تأمل روشن می شود که روایتی قضایی و موردی است.

روایات قضایی از دیرباز به گونه ای مورد توجه فقیهان قرار گرفته است. مباحث مفصلی که دانشمندان علم اصول فقه در تمایز میان قضایای حقیقیه و قضایای خارجیّه مطرح نموده اند،^۲ به خوبی نشان می دهد که آنان دل نگران این مسأله بوده اند تا احکام مربوط به مورد خاص از احکام کلی و همیشگی شریعت تفکیک شود. همچنین فقها در مواردی که مفاد روایتی با اصول و قواعد مستفاد از کتاب و سنت سازگاری نداشته، آن را به عنوان «قضیه فی واقعه» یعنی حکمی که مخصوص به مورد خاصی است، می شناخته اند. به نظر ما دقت در مضامین و محتوای روایات نشان می دهد که حتی در میان روایات سازگار با اصول کتاب و سنت نیز روایات قضایی

۲. برای نمونه رک. موسوی خمینی [امام]، سید روح الله، تهذیب الاصول، ج ۱، صص ۵۰۳ - ۵۰۱ و نیز رک. دکتر محقق داماد، سید مصطفی، احتکار از نظرگاه فقه اسلامی، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران،

یافت می‌شود. در این مقاله ضمن مروری بر جایگاه این روایات، ویژگی‌ها و تفاوت آنها با دیگر روایات را مورد مطالعه قرار می‌دهیم و پیامدهای التزام به اثبات قضایی بودن روایت را بررسی می‌نماییم و ضمناً یادآور خواهیم شد که در متون فقهی نیز همواره بایستی به این تفکیک توجه شود، زیرا که چنین خلطی در موارد عدیده صورت گرفته است. بنابراین عناوین مطروحه در این نوشتار به شرح زیر است:

- مناصب معصومان؛
- مقتضای اصل هنگام تردید در ماهیت روایت؛
- ویژگی‌های روایات قضایی؛
- شواهدی از روایات قضایی؛
- خلط این دو موضوع در فقه؛
- نتیجه‌گیری.

۱- مناصب معصومان علیهم السلام

متکلمان و به پیروی از آنان فقیهان سه منصب را برای پیامبر (ص) و امامان علیهم السلام ذکر می‌کنند؛

منصب و یا وظیفه اول، بیان احکام الهی است. آیات زیادی از قرآن مجید بیانگر این وظیفه پیامبران الهی است؛ برای نمونه خداوند به پیامبر (ص) می‌فرماید:

«و انزلنا الیک الذکر لتبین للناس ما نزل الیه»^۲

«و قرآن را به سوی تو فرو فرستادیم تا آنچه را برای مردم آمده

۳. نحل (۱۶)/۴۴.

برای آنان بیان نمایی.»

منصب دوم، فصل خصومت و حل و فصل اختلافات میان مردم است؛

قرآن مجید خطاب به داود پیامبر(ع) می‌فرماید:

«یا داود انا جعلناک خلیفه فی الارض فاحکم بین الناس بالحق»^۴

«ای داود! ما تو را جانشین خود در زمین قرار دادیم پس در میان

مردم به حق قضاوت کن.»

چنان که خطاب به پیامبر خاتم (ص) می‌فرماید:

«فلا وربک لا یؤمنون حتی یحکموک فیما شجر بینهم ثم لا یجدوا فی

انفسهم حرجاً مما قضیت و یسلموا تسلیماً»^۵

«سوگند به پروردگارت، مردم مؤمن حساب نمی‌شوند؛ مگر این که

در مخاصمات میان خود، تو را حاکم و داور قرار دهند و پس از آن از

داوری و قضاوت تو احساس تنگی و سختی نکنند و کاملاً تسلیم شوند.»

در ادبیات دینی مسأله حل و فصل دعاوی قضایی بر پایه موازین

الهی و صحیح همواره مورد تأکید قرار گرفته و از رجوع به قدرت‌های

نامشروع و طاغوت شدیداً نهی شده و به عنوان گمراهی شدید به شمار آمده

است.^۶

منصب سوم، منصب ولایت و حاکمیت یا اداره امور جامعه است. از

دیرباز متکلمان اسلامی به این منصب که حتی در مورد پیامبران علیهم

السلام آن را امامت و رهبری نامیده‌اند، سخن گفته‌اند. قرآن مجید در مورد

۴. ص ۶۵/ (۳۸).

۵. نساء (۴) ۶۵.

۶. نساء (۴) ۶۰.

حضرت ابراهیم (ع) می‌فرماید:

«و اذ ابتلی ابراهیم ربه بکلمات فأتّمهن قال انّی جاعلک للناس اماما
قال و من ذریتی قال لا ینال عهدی الظالمین»^۷

«و هنگامی که پروردگار ابراهیم وی را با امتحان‌هایی آزمود، و ابراهیم آن آزمون‌ها را (با موفقیت) به پایان آورد، خداوند گفت: من تو را امام مردم قرار دادم. ابراهیم گفت: آیا از فرزندان من هم کسی به این منزلت دست می‌یابد؟ خداوند فرمود: عهد و پیمان من به ستمگران نمی‌رسد».

در تعاریفی که از دیر باز متکلمان اسلامی از مسأله امامت نموده‌اند، همواره این جنبه مورد توجه آنان بوده است. علامه حلی (متوفای ۷۲۶ هـ. ق) در تعریف امامت آورده است که: «الامامة رئاسة عامة فی امور الدین و الدنیا لشخص من الاشخاص نیابة عن النبی (ص)»^۸ «امامت عبارت است از ریاست عام در امور دینی و دنیوی برای شخص معین به نیابت از پیامبر (ص)».

فاضل مقداد (متوفای ۸۲۶ هـ. ق) در شرح این عبارت تصریح می‌کند که مقصود از این ریاست، شأن قضاء و فصل خصومت نیست؛ بلکه جنبه‌ای از ریاست است که بخشی از آن راجع به تنظیم امور دنیوی است.^۹ او می‌گوید: در این تعریف، ریاست جنس قریب است و جنس بعید آن، نسبت و رابطه است. عام بودن ریاستی که در تعریف امامت آمده، فصل

۷. بقره (۲)/۱۲۴.

۸. حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی)، الباب الحادی عشر، ص ۸۲.

۹. «فالریاسة جنس قریب و الجنس البعید هو النسبة و کونها عامة فصل فصلها عن ولاية القضاء و النواب، و فی امور الدین و الدنیا بیان لمتعلقها»، (همان).

ممیزی است که آن را از ولایت قضات و نمایندگان (امام) جدا می‌کند و قید امور دین و دنیا متعلق ولایت را روشن می‌سازد.^{۱۰} البته برخی از اندیشمندان مسلمان درباره این شأن پیامبران و این که اساساً آنان تا چه اندازه دل نگران رفع نیازهای مادی مردم و سر و سامان دادن به امور جامعه بوده‌اند، مطالبی را طرح کرده‌اند. ما اکنون در صدد بحث در این باره نیستیم، اما آنچه مسلم است این که برخی از بیانات و اقدامات پیامبر (ص) و ائمه (ع) ناشی از این منصب و وظیفه اجتماعی بوده است. تا آن جا که فقیهی مانند امام خمینی قدس سره حتی حدیث معروف نفی ضرر از پیامبر (ص) را ناظر به اقدامی حکومتی و در راستای برقراری نظم در جامعه ارزیابی کرده است و نه فتوایی که بیانگر نحوه تشریح تکالیف دینی است.^{۱۱}

۲- مقتضای اصل هنگام شک در ماهیت روایت

از آنچه گفته شد روشن می‌شود که بخشی از روایاتی که اکنون در اختیار ما است، ناظر به بیان احکام شریعت است؛ برخی دیگر ناظر به حل و فصل دعاوی و پاره‌ای از آنها نیز نمایانگر اقداماتی است که لازمه منصب ولایت و زعامت معصومین (ع) بوده است. هر چند در مورد دسته اخیر، چنین روایاتی بیشتر مربوط به پیامبر (ص) و امیرالمؤمنین (ع) است. حال اگر در ماهیت و جهت صدور روایتی شک کنیم که آیا در مقام بیان حکم صادر شده یا در مقام حل و فصل دعوا یا به عنوان اقدامی

۱۰. همان.

۱۱. رک. موسوی خمینی [امام]، سیدروح الله، بدائع الدرر فی قاعدة نفی الضرر.

حکومتی، آیا اصل و قاعده‌ای وجود دارد که بتوانیم آن را حمل بر یکی از سه وجه یاد شده نماییم؟

به نظر می‌رسد نمی‌توان به مقتضای اصل خاصی یکی از سه وجه را اصل و مبنا قرار داد؛ بلکه باید با دقت و کنکاش در محتوا و مضمون روایت و نیز قراین و امارات همراه با صدور روایت، در این باره قضاوت نمود. در این موارد تنها امتیازی که می‌توان برای روایات ناظر به بیان احکام قائل شد این است که شمار چنین روایاتی در مقایسه با دو دسته دیگر بیشتر است و بنابراین نوعی حالت غلبه و اکثریت برای روایات ناظر به بیان حکم وجود دارد. اما پیدا است که این غلبه حکم قاطعی نمی‌کند تا بی‌درنگ بتوان هر روایتی را ناظر به بیان حکم دانست. این غلبه حداکثری ایجاب می‌کند تا در حکم به این که روایتی قضایی است، تأمل بیشتری نماییم. اصولاً حکم نمودن به مقتضای امر غالب که تنها مفید ظن و گمان است، هیچ‌گاه ما را از تحقیق و تفحص بی‌نیاز نمی‌کند مگر آن‌گاه که دلیل خاصی بر حجیت ظن ناشی از غلبه داشته باشیم. اگر اغلب کسانی که در شهری به عنوان شهود در دادگاه حضور می‌یابند، عادل باشند و شماری از آنها ناعادل، این غلبه به خودی خود، قاضی را از تحقیق درباره عدالت شهود بی‌نیاز نمی‌کند. بویژه آن‌که هر گاه در متون روایات تأمل بیشتری شود، می‌توان شمار بیشتری از روایات قضایی را که اکنون به عنوان روایات بیانگر حکم نزد فقها معروف است، شناسایی نمود.

۳- ویژگی‌های روایات قضایی

۳-۱- عدم قابلیت تعمیم

هر قانونگذار حکیمی در مقام بیان حکم چنانچه موضوع حکم قیودی داشته باشد، قیود آن را بیان می‌کند. چنان‌که اگر اصل تکلیف الزامی - خواه وجوب یا حرمت - مشروط به شرایط و قیودی باشد، آن شرایط و قیود را نیز بیان می‌کند. از همین رو در مقام شک در قیود حکم و موضوع چنانچه بیانی از قانونگذار در دست نداشته باشیم، به مقتضای اطلاق، حکم به نفی قید و شرط می‌نماییم. با توجه به این‌که شارع مقدس اسلام در مقام قانونگذاری شیوه نوینی را ابداع ننموده، این قاعده در مورد روایاتی که احراز شود در مقام بیان حکم صادر شده، اعمال خواهد شد. برعکس، در روایات قضایی رسم بر این نبوده و نیست که قاضی در مقام بیان رأی نهایی، ویژگی‌ها و قیود موضوع را بیان کند، بلکه تنها مفاد رأی را بیان می‌کند. حال آن‌که رأی و قضاوت، در عمل مبتنی بر شرایط و ویژگی‌هایی است که در آن مورد مطرح بوده است. این قیود و شرایط معمولاً در جریان طرح دعوا توسط مترافعین ذکر می‌شود و قاضی با توجه به همین اظهارات و شرایط است که حکم می‌نماید. حال اگر کسی مفاد رأی را روایتی تلقی کند که ناظر به بیان حکم و قانون کلی است، اشتباهی بزرگ رخ خواهد داد. از این جهت، روایات قضایی از نوعی وصف اختصاص و یا عدم قابلیت تعمیم برخوردارند، حال آن‌که آنچه را در مقام بیان حکم و قانون صادر شده می‌توان در صورتی که مقدمات حکمت تمام باشد، تعمیم و توسعه داد. تأکید می‌کنیم که مقصود ما از ویژگی‌های حکم و موضوع، خصوصیتی است که به نوعی در حکم تأثیر می‌گذارد و گرنه

در هر پرونده قضایی دهها خصوصیت وجود دارد که می‌دانیم در رأی صادر شده، تأثیری نداشته است. اما گاه خصوصیات دعوا یا طرفین آنها به تناسب حکم و موضوع به گونه‌ای است که می‌دانیم یا احتمال قایل توجه می‌دهیم که این ویژگی‌ها در حکم مؤثر بوده است. در واقع این ویژگی‌های مرتبط و معنادار است که حجیت رأی را به همان مورد محدود می‌سازد.

۲-۳- عدم قابلیت تعارض با دیگر روایات

ارزش و اعتبار آنچه به عنوان رأی برای حل و فصل دعوا صادر می‌شود با آنچه به عنوان قانون، تشریح می‌شود کاملاً متفاوت است. رأیی که در دعوایی صادر می‌شود این اندازه توانایی دارد که بتواند همان دعوا را حل و فصل نماید، حال آن که قانون از ویژگی عام بودن برخوردار است و می‌تواند همچون مفهوم کلی که به طور قهری بر مصادیق خود منطبق می‌شود، همه موارد را در بر گیرد. به دلیل همین ویژگی است که میان روایات متعارض، نسبت عموم و خصوص من وجه برقرار می‌شود و دو روایت متعارض در ماده اجتماع دچار تعارض می‌شوند.^{۱۲}

درباره روایات قضایی اصولاً نمی‌توان تعارض و تضادی را فرض کرد زیرا هر روایت قضایی ناظر به حل و فصل و بیان حکم یک دعوا و همچون قضایای شخصی است. بنابراین روایت قضایی نمی‌تواند حتی با روایت قضایی دیگری تعارض نماید. به طریق اولی روایت قضایی این

۱۲. برای آگاهی از قواعد مربوط به تعارض ادله رک. دکتر محقق داماد، سید مصطفی، مباحث از اصول فقه، ۱۳۸۰، دفتر سوم، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران.

قابلیت را ندارد که با روایتی که در صدد بیان حکم و قانون است، تعارض نماید زیرا میان روایتی که در مقام حل و فصل یک نزاع است و روایتی که در مقام بیان قانون است، در واقع ماده اجتماعی برای تعارض تحقق نمی‌یابد.

در مبحث حل تعارض میان روایات، این مسأله چنان که باید مورد توجه قرار نگرفته است؛ حل اختلاف و تعارض میان بخشی از روایات متعارض از این راه ممکن است. اعمال این شیوه در اجتهاد - البته در مواردی که قراین کافی بر قضایی بودن روایتی وجود دارد - ضمن پیشگیری از طرح روایات، ما را از جمع‌های تبرعی و غیر عرفی میان روایات که اصولاً ارزش و اعتباری ندارد، بی‌نیاز می‌سازد.

به نظر می‌رسد در مبحث تعارض بنابر این مبنا که مرجحات غیرمنصوص را هم ملاک تفضیل روایتی بر روایت دیگر بدانیم، در فرض تساوی دو یا چند روایت متعارض از جمع جهات، حتی بتوان عدم احتمال قضایی بودن در یک روایت و احتمال آن در دیگری را ملاک حل تعارض قرار داد و روایتی را که دچار احتمال قضایی بودن نیست، بر روایتی که این احتمال در آن راه دارد، ترجیح داد.

۴- شواهدی از روایات قضایی

چنان که پیشتر گفتیم، روایات قضایی نزد فقها امری شناخته شده بوده است. آنان از این روایات به عنوان «قضیه فی واقعه» یاد کرده‌اند. در این بخش به ذکر مواردی چند از این گونه روایات که کمتر مورد توجه قرار گرفته است، می‌پردازیم:

۱-۴- روایات تعریف قتل عمد

در مبحث قصاص، هرگاه هم قصد قتل وجود داشته باشد و هم عمل نوعاً کشنده باشد، تردیدی نیست که از موارد قتل عمد موجب قصاص است. در این مسأله اختلافی میان فقها وجود ندارد.^{۱۳} اما هرگاه عمل ارتكابی، نوعاً کشنده باشد، اما قصد قتل وجود نداشته باشد، نظریه مشهور به پیروی از روایات این مورد را هم از موارد قصاص می‌داند. شبهه‌ای که پیش می‌آید این است که می‌توان مواردی را تصور نمود که در عین حال که عمل ارتكاب یافته واقعاً کشنده است، اما به هیچ وجه قصد قتل هم وجود نداشته است. اگر ملاک قصاص، قتل عمد ناشی از قصد است، چگونه می‌توان کسی را که قصد قتل نداشته است - حتی اگر مرتکب تقصیر شده باشد - با کسی که قصد قتل نموده یکسان دانست؟ بویژه این که می‌دانیم در قلمرو مباحث جزایی معمولاً چنین نیست که عمل ارتكابی که در خارج تحقق یافته است، تمام ملاک باشد؛ بلکه این قصد و نوع قصد مرتکب است که عمل مجرمانه و نوع آن را محقق می‌سازد؛ چنان که تقسیم قتل به عمدی، شبه عمد و خطایی نیز اصولاً بر همین مبنا صورت گرفته است.

بنابراین می‌توان این دیدگاه را مطرح کرد که ضابطه قتل موجب قصاص تنها یک چیز است و آن قصد قتل است و روایاتی که ارتكاب عمل نوعاً کشنده را در حکم قتل عمد دانسته است، در واقع روایاتی قضایی است. به این معنا که علی القاعده کسی که عمل نوعاً کشنده را مرتکب می‌شود، قصد قتل دارد و قتل او از نوع عمدی است. بر پایه این حمل می‌توان گفت: چنین نیست که در همه مواردی که عمل کشنده است، قتل

۱۳. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۱۲.

عمد تحقق یافته است بلکه عمل نوعاً کشنده، اماره غالبی بر وجود قصد است؛ به گونه‌ای که هرگاه عمل نوعاً کشنده باشد، می‌توان قصد مرتکب نسبت به قتل و عمدی بودن آن را مفروض انگاشت. در این صورت اگر بخواهیم خلاف این اصل موضوعی را بپذیریم بر عهده مرتکب است که اثبات کند با آن که عملش نوعاً کشنده بوده؛ اما حقیقتاً قصد قتل نداشته است. پس چنین نیست که هرگاه عمل نوعاً کشنده باشد، حکم به قصاص قطعی باشد بلکه اگر مرتکب اثبات کند که قصد قتل نداشته است، از موارد قصاص به شمار نخواهد آمد. در روایات قصاص شواهدی وجود دارد که این نظریه را تأیید می‌کند برای نمونه، در روایت علاء بن فضیل از امام صادق (ع) در تعریف قتل عمدی و خطایی آمده است که:

«العمد الذی یضرب بالسلاح او بالعصا لا یقلع عنه حتی یقتل و الخطا الذی لا یتعمده».^{۱۴}

«قتل عمد این است که کسی را با سلاح یا عصا بزند و از او دست برندارد تا کشته شود، و قتل خطایی جایی است که مرتکب قصد قتل ندارد». این روایت به روشنی نشان می‌دهد که ملاک قتل موجب قصاص همانا عمد است. کسی که دیگری را با سلاح یا عصا چندان می‌زند که بمیرد، روشن است که قصد قتل وی را دارد؛ ضمن این که جمله پایانی روایت، ملاک قتل غیرعمدی را عدم قصد قرار داده است. همچنین در روایت سکونی از امام صادق (ع) آمده است که:

۱۴. عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۱۹، ص ۲۵، باب ۱۱ از ابواب القصاص فی النفس، روایت ۴.

«جميع الحديد عمد»^{۱۵}

«همه موارد قتل با آهن، قتل عمد است.»

به سختی می‌توان پذیرفت که امام (ع) در این روایت - بر فرض صحت صدور آن - در صدد متعبد نمودن ما به یک امر دینی است. آنچه بیشتر به ذهن می‌رسد این است که روایت در صدد ارائه یک اماره غالبی و اکثری است، به این معنا که کسی که در زدن دیگری از آهن که معمولاً کشنده است استفاده می‌کند، می‌توان قصد قتل او را مسلم و مفروض تلقی کرد. شاهد قویتر، روایاتی است که نشان می‌دهد مواردی که قصد فعل وجود داشته، اما قصد قتل نبوده است، از موارد قتل عمد نیست. مثلاً در روایت ابوالعباس از امام صادق (ع) آمده است که:

«سألته عن الخطأ الذي فيه الدية و الكفارة، أهو أن يعتمد ضرب رجل و لا يعتمد قتله؟ قال نعم؛ قلت: رمى شاتا فأصاب انسانا، قال: ذاك الخطأ الذي لا شك فيه، عليه الدية و الكفارة»^{۱۶}

«از امام درباره قتل خطایی که در آن دیه و کفاره است، پرسیدم که آیا آن در جایی است که از روی قصد مردی را می‌زند ولی قصد قتل او را ندارد؟ امام فرمود: آری. پرسیدم: اگر به سوی گوسفندی تیراندازی کند ولی به انسانی اصابت نماید؟ امام (ع) فرمود: این همان قتل خطایی است که هیچ شک و تردیدی در آن نیست و موجب دیه و کفاره است.» چنان که ملاحظه می‌شود صدر این روایت، موردی را که قصد فعل وجود داشته، اما مرتکب، قصد قتل نداشته است، عمد به حساب نیاورده است. حال

۱۵. همان، ص ۲۷، روایت ۱۴.

۱۶. همان، ص ۲۶، روایت ۹.

آن که اگر کشنده بودن عمل، موجب قتل عمد بود، امام می‌بایست در این مورد قائل به تفصیل می‌شد و ضرب غیر کشنده را از ضرب نوعاً کشنده تفکیک می‌نمود. جالب این که بنابر نقل شیخ صدوق آغاز این روایت دارای یک جمله دیگری است و آن این که امام فرموده است:

«إذا ضرب الرجل بالحديد فذلك العمد»^{۱۷}

«اگر مردی را با آهن بزند، قتل عمدی است.»

این جمله به خوبی نشان می‌دهد که ناظر به بیان موردی است که قصد قتل وجود داشته است تا بتوانیم آن را از مورد بعدی که تنها قصد فعل وجود داشته و قصد قتل وجود نداشته است، جدا سازیم. شواهد دیگری دربارهٔ صحت آنچه گفته شد در روایات و نصوص مربوطه وجود دارد که از ذکر آن خودداری می‌کنیم.

۲-۴- روایات مربوط به سرقت میوه درختان

دربارهٔ سرقت میوه‌ای که هنوز بر درخت است، روایاتی وجود دارد که چنین سرقتی موجب قطع ید نمی‌شود.^{۱۸}

برخی از این روایات از پیامبر اکرم (ص) است. مقتضای این روایات است که تفاوتی نمی‌کند که درختان در حرز باشند یا نه. بسیاری از فقیهان این روایات را مخصص روایاتی دانسته‌اند که سرقت از حرز را موجب قطع می‌داند بلکه شهید در «مسائلک الأفهام» این نظریه را مشهور

۱۷. همان.

۱۸. عاملی، محمد بن حسن، پیشین، ج ۱۸، صص ۵۱۷-۵۱۶، باب ۲۳ از ابواب حد السرقة.

دانسته است.^{۱۹} علامه و فرزندش فخر المحققین این روایات را ناظر به موردی دانسته‌اند که درختان در حرز قرار نگرفته باشد آن چنان که در زمان‌های گذشته متعارف و رایج بوده است.^{۲۰}

معنای این حمل آن است که روایات بیان کننده حکم سرقت میوه از درخت، درصدد بیان حکم شرع و تخصیص ادله‌ای نیست که به طور عام بر جواز قطع ید در سرقت مستوجب حد دلالت می‌کند، بلکه این روایات همچون حکم و رأیی می‌ماند که قاضی در جایی صادر می‌نماید که سرقت صورت گرفته، اما سرقت از حرز نیست.

شاهد درستی این حمل روایت اسحاق از امام صادق (ع) است که بر پایه آن، امام (ع) در مورد کسی که از بوستانی نهالی را به بهای دو درهم (ربع دینار) دزدیده بود، حکم به قطع ید نمود.^{۲۱} در واقع وقتی این روایات را همچون آرای قضایی فرض می‌کنیم هیچ گونه تعارضی میان آنها نیست؛ زیرا در موردی که حکم به قطع ید شده (مانند روایت اخیر) احتمالاً مال در حرز بوده است؛ ولی روایات بیانگر عدم قطع ید مربوط به باغ و بوستان‌هایی است که در حرز قرار نداشته است.

۳-۴- روایات مربوط به سکوت دختر باکره

چنان که می‌دانیم روایاتی از معصومین (ع) بیانگر این است که در عقد دختر باکره، سکوت وی علامت رضایت او است. از جمله روایاتی که

۱۹. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۵۰۶.

۲۰. همان.

۲۱. عاملی، محمد بن حسن، پیشین، روایت ۷.

در این باره به آن استناد شده، روایتی است که شیخ طوسی (ره) در «امالی» در مورد ماجرای ازدواج امیرالمؤمنین (ع) و فاطمه زهرا (س) نقل کرده که در ضمن آن پیامبر (ص) پس از طرح خواستگاری علی (ع) و سکوت حضرت فاطمه (س) فرمود: «الله اکبر، سکوتها اقرارها».^{۲۲}

حال آیا می‌توان گفت پیامبر (ص) به عنوان تشریع و قانونگذاری برای هر عصر و جامعه‌ای، سکوت را دال بر رضا دانسته است؟

اصولاً در چنین موضوعی که در عرفها و جوامع مختلف متفاوت است قانونگذاری معنای روشن و معقولی ندارد. بلکه آنچه از این حدیث و نظایر آن استفاده می‌شود این است که در عرف آن روز با توجه به ویژگی‌های زنان اصولاً سکوت در خواستگاری کنایه از رضایت بوده است. در واقع پیامبر اکرم (ص) با توجه به آداب و رسوم زنان آن روز در مسأله خواستگاری و مجموع قرائن، سکوت فاطمه زهرا (س) را نشانه رضایت ایشان دانسته‌اند؛ نه این که در مقام بیان یک قاعده و قانون شرعی بوده‌اند. پس آنچه ملاک است رضایت است که در برخی موارد سکوت می‌تواند اماره بر وجود آن باشد. بنابراین اگر دختر باکره‌ای بتواند اثبات کند که به رغم سکوت، راضی به ازدواج نبوده است، نمی‌توان از باب تعبید و روایاتی که در این باره وجود دارد، سکوت او را علامت بر رضایت به عقد دانست.

بی‌گمان کسی که در روایات تتبع کند، موارد دیگری از این نوع را می‌یابد که ما به جهت رعایت اختصار از ذکر آن خودداری می‌کنیم.

۲۲. عاملی، محمدبن حسن، پیشین، ج ۱۴، ص ۲۰۷، باب ۵ از ابواب عقد النکاح، روایت ۳.

۵- خلط این دو موضوع در فقه

یادآور می‌شویم که آنچه گفته شد در مورد فتاوای مشهور و حتی معاهد پاره‌ای از اجتماعات نیز جاری می‌شود. به این معنا که برخی از فتاوای مشهور نیز در واقع مبتنی بر رویت عملی و خصوصیات بوده است که در عصر فقیهان گذشته، جنبه غالبی داشته و فتوای فقها درباره آن همچون رأی است که توسط قاضی در مورد خاصی صادر شده است، نه این که کاشف از دلیل و تعبد خاصی باشد. بدیهی است اگر در عصر و زمان ما خصوصیات مسأله تغییر یابد، باید به مقتضای وضعیت موجود حکم نمود. چنین احکام جدیدی را نمی‌توان به عنوان احکام مغایر با مشهور یا اجماع ارزیابی نمود.

برای نمونه به چند مورد اشاره می‌شود:

یک:

این مسأله در فقه مطرح است که هرگاه پس از عقد بیع در زمانی که خیار مجلس برای طرفین وجود دارد، هریک از طرفین عقد خطاب به دیگری بگوید: اختر، یعنی تصمیم بگیر، آیا این کلمه موجب سقوط خیار است یا خیر؟ عده‌ای از فقیهان به طور مطلق گفته‌اند، خیار او ساقط است و برخی دیگر مطلقاً خیار او را ساقط ندانسته و دسته سوم سقوط و عدم سقوط را منوط به مقصود و اراده استعمال کننده دانسته‌اند.^{۲۳} آن دسته از فقها که

۲۳. رک. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ج ۴، ص ۶۴؛ طوسی، محمد بن حسن، مبسوط، ج ۲، صص ۸۲-۸۳ و طوسی، خلاف، ج ۳، ص ۲۱؛ علامه حلی، تذکره الفقها، ج ۱، ص ۵۱۸؛ عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۴، ص ۵۴۴؛ محقق کرکی، جامع المقاصد، ج ۴، ص ۲۸۵؛ شهید ثانی، مسالک، ج ۳، ص ۱۹۷.

به طور کلی با ذکر این کلمه خیار را ساقط دانسته به حدیث رسول الله (ص) تمسک نموده‌اند که در بعضی از نقل‌ها به صورت زیر آمده است:

«انهما [متابعیان] بالخیار مالهم یفترقا او یقول احدهما لصاحبه اختر»^{۲۴} یعنی طرفین معامله خیار فسخ دارند، مادام که متفرق نشده‌اند و یا یکی از آنان به دیگری بگوید: اختیار کن.

به نظر این گروه گویی گفتن این کلمه همان اثر را در معامله دارد که افتراق و جدایی طرفین نسبت به حق خیار مجلس ایفاد می‌کند. افتراق طرفین عامل زوال حق خیار است و بنابراین عامل دیگر استعمال کلمه «اختر» می‌باشد.

ولی امعان نظر در مسأله روشن می‌سازد که افتراق نفی کننده موضوع خیار است و به هیچ وجه نمی‌توان آن را با درخواست احد از طرفین نسبت به اتخاذ تصمیم در مورد خیار قیاس نمود و آن دو را با یکدیگر همگون دانست.

شیخ انصاری پس از طرح مسأله و نقل نظریات می‌گوید:

«بہتر است گفته شود کہ کلمہ «اختر» از نظر وضع لفظی دال بر طلب اختیار از مخاطب است نسبت به فسخ یا امضای معامله، و به هیچ وجه دلالتی قاطع بر تملیک خیار به مخاطب، و یا واگذاری امر به وی، یا استکشاف حال ندارد. آری آنچه ظهور عرفی دلالت دارد این است کہ انگیزہ گویندہ استکشاف حال مخاطب است. و گویا در عرف سابق ظهور در آن داشته کہ گویندہ با این کلمہ اختیار عقد را بہ مخاطب واگذار می‌کرده است.

۲۴. نوری، میرزا حسن، المستدرک، ج ۱۳، ص ۲۹۹.

بنابراین چنانچه دلالت این واژه بر اسقاط خیار کامل گسردد، خیار ساقط است و در غیر این صورت چنین نیست».

شیخ انصاری کاملاً مسأله را قضایی می‌سازد، یعنی تشخیص اراده استعمال کننده را به قاضی واگذار می‌کند. تشخیص اراده طرفین از کلمات به کار رفته در جریان عقد، امری قضایی است که قاضی حسب مورد درباره آن تصمیم می‌گیرد. و به هیچ وجه حکمی نیست که فقیه آن را از منابع اولیه استنباط کند و به نحو کلی در قالب فتوا برای تمام موارد صادر نماید.

شیخ هر چند به این تفکیک اشاره نمی‌کند، ولی کاملاً روشن است که با توجیه روایات مزبور بر این معنی، می‌خواهد فقاهت را از قضاوت جدا سازد.

دو:

هر گاه در عقد نکاح منقطع ذکر مدت نشود، وضعیت عقد چه خواهد شد؟ در فقه دو قول است، یک قول می‌گوید، چنین عقدی باطل است به دلیل این که ذکر مدت از ارکان عقد منقطع است و چون مفقود است پس باطل است. قول دوم می‌گوید، مبدل به دوام می‌شود. صاحبان نظریه دوم به روایتی از امام صادق (ع) تمسک نموده‌اند که فرموده است: «ان سمی الاجل فهو متعه و ان لم یسم الاجل فهو نکاح باق» یعنی اگر ذکر مدت بشود عقد نکاح منقطع و در غیر این صورت عقد دائم است. شیخ طوسی قول دوم را ترجیح داده است.^{۲۵}

۲۵. شرح لمعه، دو جلدی، ج ۲، ص ۸۸.

ولی در محضر بزرگانی هم چون شیخ طوسی می‌توان این سؤال را مطرح ساخت که چنانچه طرفین عقد بدون هر گونه تخاصم و ترافع، هر دو با کمال قطع و اطمینان بگویند که تصمیم ما در هنگام اجرای صیغه عقد منقطع بوده است نه عقد دائم، آیا باز هم امام صادق (ع) می‌فرمایند، که بر خلاف اراده آنان عقد دائم محسوب می‌گردد؟

بعید به نظر می‌رسد، چرا که کاملاً روشن است که توضیح امام (ع) آموزشی قضایی است نه حکم کلی شرعی و ماهوی، یعنی در فرض وجود اختلاف، به گونه‌ای که احد از طرفین مدعی دوام و دیگری مدعی انقطاع باشند، دادگاه در فرض عدم ذکر مدت، اصل را بر دوام می‌گذارد، و البته شاید در توجیه این حمل و قضاوت بتوان گفت که منشأ آن غلبه و بیشتر بودن موارد نکاح دائم، نسبت به نکاح متعه است و در عرف قضایی، حمل موارد بر اعم اغلب، شیوه‌ای رایج و عقلایی است. و بنا بر اصل «البینه علی المدعی» بار اثبات انقطاع را به عهده کسی می‌نهند که مدعی انقطاع است، چنانچه ادله مثبت بر انقطاع اقامه نماید، حکم به انقطاع و گرنه عقد محکوم به دوام خواهد بود.

سه:

هرگاه طرفین عقد بیع، برای شخص ثالث حق خیار فسخ تعیین کنند، آیا با فوت ذوالخیار قبل از اعمال، حق مزبور به وارث او می‌رسد یا خیر؟ در فقه اقوال مختلف زیر ابراز شده است:

الف - حق مزبور به وارث ذوالخیار منتقل می‌گردد.^{۲۶}

۲۶. علامه حلی، تحریر الاحکام، ج ۱، ص ۱۶۸.

ب - حق مزبور با مرگ ذوالخیار به متبایعان منتقل می‌گردد.^{۲۷}

ج - حق مزبور با مرگ ذوالخیار ساقط می‌شود.^{۲۸}

شیخ انصاری قول اخیر را ترجیح داده با این استدلال که ظاهر حال کسی که خیار را برای شخص ثالث قرار داده آن است که در نظرش خود شخص ثالث مدخلیت داشته و یا لااقل این احتمال وجود دارد. بنابراین در ترکه او وارد نمی‌گردد.^{۲۹}

ملاحظه می‌فرمایید که استدلال شیخ انصاری مبتنی بر تفسیری است که ایشان از قرارداد خصوصی در موارد وجود ابهام ارائه می‌دهد. نتیجه آن است که چنانچه دادگاه در فرض وجود تخاصم و ترافع از طریق قرائن و شواهد اراده شرط کننده را بر عدم مدخلیت خود شخص ثالث احراز نمود رأی بر انتقال به وراثت خواهد داد. به عبارت دیگر، نظر شیخ آموزشی قضایی است مبنی بر آن که در فرض تخاصم، قاضی در امر دادرسی بایستی با چه آیینی رسیدگی کند، و اصل را بر چه بنهد، و ادله مثبتیه از کدامین طرف بخواهد، نه آن که به طور مطلق در فرض مسأله حکم ماهوی آن را سقوط خیار بدانند. بلی هرگاه همین مسأله از این نظر مورد مطالعه قرار گیرد که اصولاً آیا حق خیار با قطع نظر از اراده متعاملین از جمله حقوقی است که بر اثر ارث منتقل می‌شود یا نه؛ بدیهی است بحث کاملاً فقهی خواهد بود و نه قضایی، چنان که این مسأله با همین عنوان بویژه در میان

۲۷. علامه حلی، تذکره الفقهاء، همان جا.

۲۸. نراقی، مستند الشیعه، ج ۱۲، ص ۴۱۳؛ سید عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۴، ص ۵۹۲.

۲۹. انصاری، مکاسب، ج ۶، ص ۱۲۷.

فقهای متأخر با تفصیل بیشتری مورد توجه قرار گرفته است.^{۳۰}
 کوتاه سخن، این که نگاهی به تاریخ فقاقت و قضاوت نشان می‌دهد
 که تا قبل از تشکیل دادگستری به صورت جدید در کشورهای اسلامی،
 قضاوت توسط فقیهان انجام می‌شده است، لذا بی تردید امری عادی است
 که در بدنه عظیم فقه در میان استنباطات فقهی که حاصل آن فتاوی فقهی
 است، مواردی نه چندان اندک قضایای جزئی‌ای جای گرفته باشند. ولی
 همواره بایستی پژوهشگران این دانش نسبت به تمایز میان دو تأسیس فتوا
 و قضا هوشیار و آگاه باشند و همانند شاعر یکی را عین دیگری نخوانند که
 گفت:

قاضی به دو شاهد بدهد فتوی شرع در مکتب عشق شاهدی بس باشد

نادیده گرفتن این تمایز فقه را از پویایی باز می‌دارد و آثار نسبتاً
 زیادی بر آن مترتب است. نگارنده با توجه به تجارب گذشته و حال همان
 طور که برای قضاوت در جامعه اسلامی فقاقت را شرط لازم می‌داند، نه
 شرط کافی، برای فقاقت و صدور فتوا در مورد حوادث واقعه مدنی و
 حقوقی نیز آشنایی کامل به روابط اجتماعی را از شرایط بسیار لازم
 می‌شناسد.

۳۰. برای نمونه رک. بحر العلوم، سید محمد، بلغه الفقیه، ج ۱، ص ۶۱ به بعد، مکتبه الصادق، تهران، چاپ
 چهارم ۱۳۶۲، ش ۴؛ نوری، میرزا حسن، المستدرک، ج ۱۳، ص ۲۹۹.

نتیجه گیری

۱- قرن‌هاست که تعریف فقه به صورت زیر جا افتاده است: «الفقه هو العلم بالاحکام الشرعیة الفرعیة عن ادلتها التفصیلیة».^{۳۱} مراد از «احکام شرعیة» یعنی نه احکام عقلی محض، لغوی و غیره، و مراد از «نوعیه» یعنی نه آنها که از اصول اعتقادی محسوبند. و مراد از «ادله» یعنی قرار نیست فقیه احکام شرعی را از منابع اصلی یعنی مقام علم الهی، و ملائکه و انبیاء دریافت دارد او باید از «ادله» فقهی که آن را منابع اولیه فقه می‌خوانیم به دست آورد که عبارت است از کتاب، سنت، اجماع و عقل. و مراد از تفصیلیه، یعنی نه ادله اجمالی که علم مقلدین عوام است. چون آنان هم اگرچه احکام الهی را به دست می‌آورند، ولی از دلیل اجمالی که عبارت است از یک قیاس منطقی به شرح زیر:

مقلد می‌گوید: این حکمی است که مفتی بر آن فتوا داده است
(صغری)

هرچه که مفتی بر آن فتوا دهد حکم خدا درباره من همان است
(کبری)

پس: حکم خدا درباره من همان است (نتیجه) فقیه پس از تفقه
«فتوا» می‌دهد.

۲- فتوا عبارت است از فصل خصومات در قضایای خاصه از طریق انطباق احکام شرعیه یعنی همانها که فقیه به آنها دست یافته و به صورت فتاوا ارائه داده است، بر موارد و وقایع خارجی.

۳۱. حسن بن زین‌الدین، معالم الدین ملاذالمجتهدین، تهران (آغاز)، ۱۳۶۲.

۳- احکام شرعی از نظر منطقی به صورت «قضایای حقیقیه» بیان می‌شوند، و قضاوتها به صورت «قضایای خارجی». قضایای حقیقیه چنان کلیتی دارند که در فرض وجود موضوع، محمول آن قضایا مترتب خواهد شد. اگر گفته شود: مثلث دارای سه زاویه است، یعنی همه مثلث‌ها در فرض وجود، دارای سه زاویه خواهند بود. این گزاره که: «عقد بیع لازم است» از این قبیل می‌باشد. قضایای خارجی، جزئی هستند حتی اگر به صورت کلی بیان شوند، توصیف کننده موضوعات خارجی خواهند بود. مانند: علی بن ابیطالب (ع) عادل است. (جزئی) و همه خانه‌های شهر بم خراب شدند (کلیه توصیفی). گزاره نخستین کاملاً جزئی و بدیهی است که غیرقابل انطباق بر بیش از یک موضوع است. و گزاره اخیر نیز مصادیقش فقط خانه‌های مشخص و معینی می‌باشند که در بم موجود بوده است و شامل همه خانه‌های آن شهر حتی آنها که در سالهای بعد ساخته می‌شوند، نخواهند بود.

توجه به تفکیک دو دسته قضایای فوق برداشتهای متفاوت به دنبال خواهد داشت. اگر گفته شود: هوای تهران آلوده است. اگر به نحو قضایای دسته نخستین باشد، آلودگی حکمی خواهد بود که بر طبیعت هوای تهران همواره حاکم است، در گذشته، حال و آینده. درحالی که اگر به نحو قضایای دسته اخیر باشد بیانگر حالت موردی است و به اوضاع، احوال و شرایط خاص مرتبط می‌باشد و به هیچ وجه بر سایر موارد یعنی مصادیق خارج از آن اوضاع و احوال و شرایط شمول و عمومیت نخواهد داشت.

۴- روایات واصله اگر به نحو قضایای حقیقیه (دسته نخستین) باشند، حاوی احکام الهی و به اصطلاح، «فقهی» محسوبند و می‌توان آن را در

فرض وجود موضوعشان عام و شامل دانست. ولی چنانچه قضایای خاصه و به اصطلاح فقیهان «قضیه فی واقعه» باشد، عمومیت و شمول ندارند. تشخیص میان این دو دسته کاری است اجتهادی که وظیفه اصلی مجتهدین است.

۵- «فتوا» و «قضاء» نیز از یکدیگر متفاوت و متباین می‌باشند. کار فقیه در مقام افتاء نباید با کار فقیه در مقام قضاء خلط گردد. فتاوی فقه‌های گذشته ممکن است همچون اجماع و یا لااقل شهرت فتوایی در بعضی موارد برای فقیهان حاضر مفید باشد، ولی بر تشخیص‌ها و تصمیمات قضایی آنان که مرتبط به شرایط خاص موارد بوده است چنین قاعده‌ای مترتب نمی‌باشد.

پیدایش حقوق بشردوستانه جنگ و جلوه‌هایی از
حفظ حیثیت انسانی
در رفتار رزمندگان با یکدیگر

دکتر سیدعلی هنجنی*

آغاز

۱- جنگ و حقوق

الف - پیدایش حقوق بشردوستانه جنگ

ب - قلمرو حقوق بشردوستانه جنگ

ج - حیثیت انسانی

۲- رفتار رزمندگان با یکدیگر

الف - اتفاق نظر در اهداف و موضوع

ب - حمایت از حیثیت رزمنده

ج - مصادیقی از اعمال مغایر با حیثیت انسان در پروتکل اول ۱۹۷۷ و اسناد

دیگر (غدر- امان - کشتن در حال فرود)

نتیجه کلی

*. دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

چکیده

در این نوشته کوشش شده است به جایگاه نسبتاً با ارزش حقوق مناصمات مسلحانه در حقوق بین‌الملل عمومی تأکید شود و تأثیر آن در حفاظت حقوق فرد که طی جنگ به شدیدترین وجه، ممکن است مورد مخاطره قرار گیرد یا نقض شود اشاره گردد. از این رو به سابقه پیدایش آن در حقوق موضوعه طی قرون ۱۹ و ۲۰، و قلمرو آن، شامل حقوق بشر دوستانه به معنای خاص کلمه و حقوق مربوط به استفاده از سلاح اشاره شده است تا در پرتو آن مشخص شود تا چه میزان در نظام حقوقی اروپایی به منزلت فرد رزمنده جدای از دولت، از این رهگذر احترام گذاشته شده است. به منظور تحلیل تأثیر قواعد در تغییر رفتار جنگی، به عنوان نمونه چند مورد از انواع روشهای ناشایست جنگی که تحت تأثیر قواعد مورد نظر، قالب حقوقی یافته به حفظ حیثیت رزمنده در صحنه جنگ کمک می‌کند، مورد ارزیابی قرار گرفته است.

آغاز

جنگ همانقدر قدمت دارد که حیات قدمت دارد و صلح به همان میزان قدمت دارد که جنگ. در روابط جوامع بشری حیثیت انسان و حقوق او با صلح و در زمان صلح محقق می‌شود زیرا اگر منظور از جنگ، نه تجاوز بلکه افشا یا رفع ظلم باشد نیز این هدف با آرامش و عدالتی که پس از آن مستقر خواهد شد پدید می‌آید چون جنگ همواره وسیله است. صلح نیز برخلاف آنچه در ماده ۱ منشور ملل متحد به عنوان نخستین هدف ملل متحد ذکر شده است^۱ هدفی غایی نمی‌تواند باشد بلکه هدف این سازمان قاعدتاً باید توسعه و رفاه بشر یا تعالی مرتبت او باشد که در بندهای بعدی همان ماده آمده و صلح وسیله یا زمینه آن است. منظور از صلح به نظر ما، وضعیت وقفه بعد از جنگ (صلح موقت) یا به طور کلی آرامش دائمی پس از آن است.^۲

پدیده جنگ و صلح را معمولاً منفک و جدا از هم در نظر می‌گیرند اما داشتن روح مسالمت در جنگ و اندیشیدن به حاکمیت قواعد انساندوستانه در زمان درگیری، خود جدا از مفهوم صلح نیست و راه رسیدن به آن را هموار می‌کند. قواعد لازم‌الاجرا در جنگ (*jus in bello*)، خود به تعبیری، درخشش صلح در جنگ است. صلح در معنای رابطه مسالمت‌آمیز از طریق معاهدات پیش از جنگ محقق می‌شود. معاهدات مزبور ممکن

۱. بند ۱ ماده ۱، فصل اول، اهداف و اصول.

۲. عقیده به نبود جنگ به طور مطلق، پاسیفیسم نامیده می‌شود، چنین وضعیتی هیچگاه تحقق نیافته است صلح طولانی مدت نیز بدون فکر بروز جنگ و احتمال ضرورت آن نبوده است. برای مطالعه در این زمینه از جمله نک. Société Française d'Imprimerie et de Librairie, Paris 1908, E. Faguet, Le pacifisme. ۴۰۰ صفحه. نویسنده معتقد است که پاسیفیسم فکری واهی (*chimérique*) است چون به هر حال افکار میهنی یا خودمختاری در مقابل آن قرار می‌گیرد، ص ۳۹۲.

است راجع به موضع حقوق در قبال جنگ باشد و یا برای تخفیف شدت مصائب آن؛ لذا معاهده منع جنگ و معاهده منع روشهای جنگی غیرانسانی و وسایل جنگی ممنوع، و مقررات بشر دوستانه، هر سه در حقیقت به شکلی توافقاتی «ضد جنگ»، و اتخاذ سیاستی واحد در جهت تحقق صلح نهایی است.

ضرورت تنظیم و اهمیت چنین معاهداتی، زمانی روشن می شود که مشاهده می کنیم علی رغم جایگاه رفیع روابط مسالمت آمیز و تداوم صلح به عنوان یک اصل در حقوق بین الملل، مشکلات همزیستی انسانی و نتیجتاً موجبات وقوع جنگ از میان نرفته و برتری طلبی که منشأ ذهنی جنگ است لاینحل باقی مانده است.^۳ در این مسیر، تکنولوژی نیز در خدمت برتری طلبی و حفاظت از قلمرو آن قرار گرفته و هنگام بروز مشکل پاسخی ضدانسانی آماده نموده است. اراده برای غلبه بر دیگران، سلاحها و روشهایی را آفریده که غیراخلاقی یا غیرانسانی بودن آنها به مراتب از دورانهای گذشته وخیم تر است (روشهای سیستماتیک در قلع و قمع و نسل کشی و کشتار جمعی ...). و حفظ حیثیت انسان در این میان مشکل تر و شاید ناممکن شده است. حقوق مخاصمات، در گذشته با سلاحها و روشهای جنگی ساده تری روبرو بود و مشکل کمتری در وضع مقررات داشت. مقررات آن قادر به کنترل نسبی سلاح متعارف و تقلیل آن بود و تا جایی پیش می رفت که خواسته هایی در جهت خلع سلاح داشت و در نتیجه تنظیم

۳. آیا هنوز سخن ارسطو که می گفت: «جنگ نوعی شکار انسانهایی است که برای فرمانبرداری متولد شده اند اما سرپیچی می کنند... و قوی حق سلطه خود را ناشی از برتری خویش می داند» سخن روز بسیاری نیست؟ عبارت مأخوذ از کتاب Le pacifisme، مذکور، ص ۴.

مقررات رفتاری رزمندگان با یکدیگر در جنگ و رفتار با غیرنظامیان و امثال آن تا حد زیادی می‌توانست مؤثر باشد. در حال حاضر وضع مقررات در برابر مافوق سلاح (سلاحهای اتمی، بیولوژیک و شیمیایی [ABC]) چگونه ممکن است تغییری در آثار کاربرد آنها ایجاد نماید؟^۴ به عنوان مثال میان سلاحهای مذکور و حقوق اسارت و یا قاعده تمایز و نتیجتاً حیثیت انسان چه رابطه‌ای می‌توان برقرار نمود. انباشتن آنها با حیثیت انسان مغایر است، اگر منع استفاده از آنها قابل پیش‌بینی باشد، مسلماً وضع مقررات در زمینه رفتار جنگی، هنگام به کارگیری آنها یا پس از جنگ منتفی است^۵ (بی‌تأثیر بودن مقررات نسبت به شیوه‌های جنگی ضدانسانی مانند ایجاد قحطی و گرسنگی نیز جاری است). به هر حال وسایل و روشهای جدید در اغلب موارد باعث تکثیر معاهدات، اعلامیه‌ها و قطعنامه‌ها شده و به حقوق بین‌الملل مخاصمات ابعاد وسیعی بخشیده است. اما مقررات مزبور غالباً پس از وقایع و استفاده از سلاحها و روشهای جنگی ابداعی تدوین شده است. حقوق‌دانان که در جهت انجام وظیفه آگاه نمودن، همواره جوامع را با پدیده جنگ روبرو دیده آن را محتمل‌الوقوع فرض کرده‌اند،

۴. آنتونیو کاسه می‌پرسد که چنین جنگهایی اگر رخ دهد آیا واقعاً حقوق مخاصمات توان مقابله و پوشش آنها را دارد؟ یا این که کاملاً از دایره حقوق خارج است و نفی حقوق است؛ «حقوق بین‌الملل در جهانی نامتحد، Berger-Levrault, ۱۹۸۶، ص ۲۴۱ (ترجمه به فارسی، مرتضی کلانتریان، تهران، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ۱۳۷۰).

۵. اگر گفته شده است که «جنگ قانون نمی‌شناسد» یا *Silcant leges inter arma*، این سخن اگر چه امروز با وجود حقوق نهادینه شده و حقوق مخاصمات، مقبول نیست اما جنگیدن با مافوق سلاح و سلاح غیرمتعارف واقعاً قانون نمی‌شناسد و همچنین است تکنیکهای تغییر محیط در زمین، دریا و جو، و این امر نه تنها در آثار کاربرد، بلکه در آزاد بودن یا منع کاربرد نیز جاری است؛ مانند عدم منع کاربرد سلاح هسته‌ای به طور خاص و یا در مواقعی که هستی کشور در خطر باشد، ر.ک. رأی مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری در زمینه سلاح هسته‌ای، ۸ ژوئیه ۱۹۹۶، CIJ, AC.

چاره‌ای جز تقبیح انواع تجاوز ندیده و در صورت وقوع، در پی تسکین رنج‌های حاصل از آن برآمده‌اند و با این دو عمل در راه حفظ و اعتلاء حیثیت کسانی که به آن مبتلی شده یا نشده‌اند کوشیده‌اند.

۱- جنگ و حقوق

قواعد حقوقی هم بر روابط عادی و هم بر روابط خصمانه می‌تواند حاکم گردد. البته جنگ با حقوق سر ناسازگاری بیشتری دارد و به سختی از آن تمکین می‌کند اما حقوق با جنگ می‌سازد و به درون آن نفوذ می‌کند تا از خشونت و مصائب آن بکاهد.

الف - پیدایش حقوق بشر دوستانه جنگ

تولد «درخشنده» حقوق مخاصمات در دوران کم و بیش تاریک حقوق بین‌الملل کلاسیک، به منظور توافق بر کاهش رنج انسان در جنگ و حفظ شرافت و حیثیت انسانی او به صورت حقوق مدون یا موضوعه پدیده جدیدی بود که پس از جنگ‌های مصیبت‌بار اروپایی، از نیمه قرن نوزدهم میلادی در اروپا و نخست برای اروپاییان شکل گرفت.^۶ در آن زمان جنگ‌ها عموماً بین‌المللی بود، قواعد مربوط به تنظیم آنها نیز می‌بایست بین‌المللی پیش‌بینی می‌شد. هنوز بحثی درباره جلوگیری و تخفیف فجایع جنگ‌های داخلی مطرح نبود. در این راه قواعد عرفی معمول، توأم با افکار

۶. با وجود آن که قرن نوزدهم را قرن آرام می‌دانند اما جنگ‌های بسیار خونینی در این دوران در قاره اروپا و امریکا رخ داد که اسباب تنظیم مقرراتی را فراهم آورد: جنگ‌های انفصال ۱۸۶۱-۱۸۶۵ در امریکا، پیروزی خونین سولفرینو ۱۸۵۹ و تأسیس صلیب سرخ ۱۸۶۳، جنگ کریمه ۱۸۵۴-۱۸۵۶، جنگ فرانسه و آلمان ۱۸۷۰، و جنگ‌های استعماری...

حقوقی موجود در نظامهای داخلی اروپایی پایه‌گذار قواعد حقوقی مخاصمات بین‌المللی شد که طی توافقاتی (اعلامیه، بیانیه، معاهده، ...) برای پیوستن آتی بقیه دول (یا احتمالاً با حضور آنها) آماده می‌شد.^۷ سابقه تدوین حقوق مخاصمات به طور سیستماتیک، که به علت درج قیود انسانی

۷. تا زمان کنفرانسهای صلح ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ که جنبه فراگیر داشت، مقررات زیر میان ملل به امضا رسید:

- Déclaration de Paris de 1856, arrêtant certaines règles de droit maritime en temps de guerre. این اعلامیه میان اطریش - هنگری، فرانسه، انگلستان، پروس، روسیه، ساردنی و عثمانی در ۳۰ مارس ۱۸۵۶ به امضا رسید.
- Convention de Genève de 1864, pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne.

این کنوانسیون منحصراً میان سران کشورها و نواحی اروپایی به امضا رسید،

Annexe en date du 20 octobre 1868- Articles concernant la marine.

- Déclaration de Saint- Petersburg de 1868 à l'effet d'interdire l'usage de certaines projectiles en temps de guerre.

اعلامیه سن پترزبورگ نهایتاً میان کشورهای اروپایی به اضافه ایران و عثمانی به امضا رسید. در مقدمه آن اشاره شده بود که این توافق میان ملل متمدن صورت می‌گیرد.

- Convention de Paris de 1884 concernant la protection des câbles télégraphiques sous marines; Article additionnel; Déclaration.

این کنوانسیون جنبه گسترده‌تری داشت و علاوه بر کشورهای اروپایی بعضی کشورهای آمریکایی و خاورمیانه (ایران و عثمانی) نیز در آن شرکت کرده بودند.

علاوه بر توافقات مذکور که به تصویب دولتها رسید بعضی دیگر به تصویب نرسید مانند کنفرانس بین‌المللی بروکسل مورخ ۱۸۷۴ راجع به قواعد جنگ زمینی؛ کنفرانس دریایی لندن مورخ ۱۹۰۹ راجع به جنگ دریایی؛ انجمن حقوق بین‌الملل نیز به سهم خود در اجلاسهای خود به تنظیم بعضی مقررات جنگ زمینی پرداخت مانند اجلاس آکسفورد ۱۸۸۰ در این باره؛ کنفرانس بین‌المللی ژنو نیز به تشکیل صلیب سرخ بین‌المللی اقدام نمود (۲۶ تا ۲۹ اکتبر ۱۸۶۳) که هدف آن کمک به زخمی‌ها در صورت نبودن بهداری نظامی کافی بود. متن در

Recueil général des lois et coutumes de la Guerre, les éditions Ferd. Wellens. Pay, Bruxelles, 1943;

و برای مطالعه بیشتر، ر.ک.

Christopher Greenwoods, "Historical development and legal basis", The hand book of humanitarian law in armed conflicts, Oxford, University Press, 1995.

و نوع دوستانه در آن، بعداً به حقوق بشر دوستانه معروف شد،^۸ نشان می‌دهد که این قسم مقررات در حقوق بین‌الملل حدود یک قرن پیش از حقوق بشر در نظام بین‌المللی ظاهر شده است^۹ (مقررات حقوق بشر در قالب حقوق بین‌الملل عمومی در وضعیت کنونی آن در سال ۱۹۴۵ پس از فجایع نازی‌ها در منشور ملل متحد طی مواد ۱، ۳، ۵۵، ۶۲، ۶۸ و ۷۶ پیش‌بینی گردید و به موجب آن گسترش اموری مانند حقوق مدنی، سیاسی و اقتصادی - اجتماعی پایه‌ریزی شد؛ پیش از آن حقوق بشر، طی ۱۷ بند در مجلس مؤسسان فرانسه در ۲۶ اوت ۱۷۸۹ اعلام شده بود). با پیدایش حقوق بشر دوستانه جنگ، برای نخستین بار فرد در حقوق بین‌الملل عمومی موقعیتی یافت و موضوع آن گردید (حقوق اسیران، مجروحان، رزمندگان، غیرنظامیان و غیره).^{۱۰} با اصل بودن جنگ (عقیده بر تداوم جنگ و موقت بودن صلح) در آن دوران طبیعی بود که حقوق بشر دوستانه پیش از حقوق بشر در جامعه بین‌المللی مطرح گردد. دوران حقوق بین‌الملل کلاسیک، دوران سلطه قدرتهای بزرگ اروپایی و حقوق بین‌الملل عموماً بازتابی از اراده آن دول قدرتمند بود (تضاد منافع و برخورد امپریالیسم‌ها، تقسیم سرزمینها، شناسایی، بهره‌برداری‌های مشترک، احیاناً داوری و قواعد مربوط به آن)؛ بنابراین حقوق بشر دوستانه جنگ به نسبت نقطه عطفی در تنظیم روابط حقوقی محض به شمار می‌رفت، اگرچه ضمانت اجرای مادی برای

۸. این واژه از نیمه دوم قرن بیستم رایج شد. ر.ک. دائرةالمعارف حقوق بین‌الملل عمومی، جلد ۳، ص ۲۱۶ و بعد.

۹. همانجا.

۱۰. در مورد مفهوم اسلامی حقوق بشر دوستانه و نقش عرفی آن در حقوق مخاصمات بین‌المللی، ر.ک. تدوین حقوق بشر دوستانه بین‌المللی و مفهوم اسلامی آن، دکتر سیدمصطفی محقق داماد، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ص ۱۴۷ به بعد، سال ۱۳۷۵.

آن متصور نبود. این بخش از حقوق بین‌الملل (حقوق بشردوستانه جنگ) برخلاف حقوق بین‌الملل کلاسیک که انعکاس وقایع سیاسی در پوشش حقوقی بود (Droit reflet)، یک حقوق خلاق * (Droit moteur) بود که به سرنوشت انسان مظلوم می‌پرداخت و آن را اعلام می‌داشت و از سیاست در معنای غیرانسانی آن فاصله می‌گرفت.^{۱۱} بنابراین باید اعتقاد داشت که حقوق مزبور در اعلام حقوق فرد و هدایت قدرت دولتها آن هم در روزگاری که جنگ پدیده غالب محسوب می‌شد نقش به‌سزایی برعهده گرفت. اگر دو نگرش بر حقوق بین‌الملل داشته باشیم، نخست نگرشی سیاسی - حقوقی (کلاسیک) که تاکنون علی‌رغم افکار حقوقی ناب به جریان خود ادامه داده است و جامعه بین‌المللی را مرکب از دول حاکمی می‌داند که به شکل جمعیت‌های متحدالمآل (ملت) در سرزمین‌های مختلف در جهت کسب منفعت مادی خود در رقابت زندگی می‌کنند و روابط خود را بر همین مبنا تنظیم می‌نمایند و دوم نگرشی حقوقی - سیاسی که به جای آن که جامعه بین‌المللی را مرکب از قدرتهای غیرهمسو بداند آن را مانند هر جامعه انسانی، فراسوی تشکلات دولتی در درجه اول متشکل از افراد انسانی می‌شناسد که مصلحت عمومی آنان در اولویت قرار گرفته است، یقیناً حقوق بشردوستانه جنگ در قالب دوم جای می‌گیرد. از همین جهت است که امروزه کشورهای غربی نسبت به حقوق بشردوستانه و حقوق بشر

*. تعابیر مذکور از کلود آلبر کلیار حقوقدان فرانسوی است، درسهای حقوق بین‌الملل، دانشگاه پاریس ۱، سال ۱۹۷۴.

۱۱. همچنین، ر.ک. آنتونیو کاسه، مذکور، صص ۲۵۳ و ۲۳۷ که به هر حال نفوذ سیاست را در تنظیم این مقررات منکر نمی‌شود، چه از نظر حفظ قدرت در صحنه جنگ به علت توان صنعتی - نظامی و در نتیجه توجه بیشتر به حقوق ژنو، و چه از نظر تقسیم جنگها که آن را به بین‌المللی و داخلی تقسیم کرده و به جنگهای اخیر که متضمن منافع کشورهای بزرگ بوده است، از نظر وضع مقررات بی‌توجهی نموده‌اند.

که دارای ماهیت مذکور است مباحثات نموده، می‌خواهند آن را چون مکتبی به دنیا عرضه کنند. به هر حال حقوق جنگ با کمک و سازماندهی تشکل‌های دولتی اما با سعی بر بی‌اعتنایی به قدرت برتر آنان، ابتدا به تنظیم قواعد لازم‌الرعايه در جنگ و مدتها بعد در قرن بیستم به منع کلی جنگ پرداخت. اصول کلی و مبانی حقوق مخاصمات، مجموعه افرادی را در نظر داشت که ذاتاً دارای حقوق هستند و وجود واسطه‌ها (دولت - حکومت) تغییری در وضعیت حقوقی آنان ایجاد نمی‌کند. این قسم از مقررات حقوقی سعی داشت در طریق پیدایی خود، نه با مرزها ارتباط مستقیم داشته باشد و نه با توانایی‌های مادی از نظر فقر و غنا و مانند آن؛ بلکه هدف آن داخل کردن مفاهیم انسانی یا اخلاقی در قلمرو قدرت بود.

مقررات مذکور در مکان و زمان مختلف و هنگام بروز جنگ محل اجرا پیدا می‌کرد. مبانی مشترک آن و اعتقاد راسخ افکار عمومی نسبت به عموم مقررات آن ضمانت اجرای معنوی گاه مؤثری برای متعهدان به آن فراهم می‌آورد. قابل توجه آن که معاهدات مرتبط با آن ابتدا هم از نظر مبانی فکری و هم از نظر اجرایی جنبه نسبی اروپایی داشت و فقط میان آنان لازم‌الرعايه بود و به اصطلاح جنبه بین خودی داشت چرا که برخی، اصولاً آنها را قواعد پیشرفته تلقی نموده، برای ملل غیراروپایی روا و مناسب نمی‌دانستند! حقوق بشردوستانه امروز جنبه عام‌الشمول یافته، رعایت آن از نظر حقوقی فراگیر شده است.^{۱۲} در کیفیت روند همگانی شدن، باید

۱۲. در ماده ۱ مشترک معاهدات ژنو ۱۹۴۹، رعایت اصول آن برای دول غیرعضو نیز به طور ضمنی لازم شمرده شده است. در همین طریق دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی ۲۷ ژوئن ۱۹۸۶ خود راجع به دعوی نیکاراگوئه - ایالات متحده اعلام داشت که در تعدادی نکات، متون مربوط به حقوق بشردوستانه اصول کلی حقوق بشردوستانه هستند و علاوه بر جنبه قراردادی جنبه عرفی دارند. مجموعه سال ۱۹۸۶

توجه داشت که نظامهای حقوقی غیراروپایی سعی در تطبیق و پذیرش قواعد می‌نمایند بدون آن که نقش قابل توجهی در تهیه آنها داشته باشند. در هر صورت، قواعد حقوق بشردوستانه با هر سیاستی تنظیم شده باشد، این نتیجه حاصل شد که قواعدی اصالتاً منصرف از زورمداری و ابزار حقوقی نابرابر آن پیشنهاد می‌کرد و موجودیت نسبتاً مستقلی پیدا می‌کرد. ظهور این مقررات به پیشرفت حقوق بین‌الملل کلاسیک و تغییر آن کمک نمود و آن را از یک حقوق نمایی (Droit de procédure) به یک حقوق ماهیتی (Droit de fond)، به نسبت ارتقای مقام داد. بحث موضوعیت منحصر به فرد دولت در حقوق بین‌الملل مورد تردید قرار گرفت و حقوق ثابت (طبیعی) جایگاهی در حقوق روابط متغیر یافت^{۱۳} (در حال حاضر حقوق بین‌الملل محیط زیست دارای چنین نقش ماهیتی است و با توجه به در خطر افتادن حیات انسان این بار نه از طریق جنگ بلکه از طریق انهدام محیط

صص ۱۱۳-۱۱۴. نیز ر.ک. آنتونیو کاسسه، مذکور، ص ۲۴۳ که حقوق بین‌الملل مخاصمات را همانطور که گفته شد گاهی دارای جهت‌گیری سیاسی دانسته و آن را به حقوق کلاسیک و حقوق جدید (بعد از جنگ جهانی دوم) تقسیم می‌کند و حقوق قدیمی یا سنتی را لاقفل در سه مورد وسایل و روشها و طرق تضمین دارای گرایش قدرتمدار به نفع کشورهای بزرگ و متوسط می‌داند که اصولاً سعی نموده‌اند از زیر بار تدوین مقررات دقیق در جهت جلوگیری از استفاده از آنها شانه خالی کنند، و مقررات مربوط به قربانیان جنگ که صرف‌نظر از جهت‌گیریهای ایدئولوژیک یا سیاسی تقریباً برای همه مفید و یکسان است، صص ۲۴۱-۲۳۹-۲۳۷، او معتقد است که این موضع در پروتکل‌های الحاقی نیز به چشم می‌خورد و مقررات آن راجع به رفتارهای جنگی کلی و غیرواضح و قابل تفسیر و ضعیف است، همانجا، ص ۲۴۹؛ اما نهایتاً نتیجه می‌گیرد (و ما هم مانند او معتقدیم که همین هم غنیمت است) «و نباید فراموش کرد که اگر همین مقدار هم نبود دیگر هیچ حد و مرزی برای جنگ وجود نمی‌داشت و هر جنگی به کشتارهای فجیع‌تری از آنچه تا به حال دیده‌ایم تبدیل می‌شد»، صص ۲۴۹ - ۲۴۸.

۱۳. پیش از حقوق بشردوستانه مخاصمات، در قرون جدید به سرنوشت فرد توجه شده بود و از جمله حمایت بین‌المللی از منع خرید و فروش افریقایی‌ها و مجازات آن مورد وفاق قرار گرفته بود (کنوانسیون پاریس ۱۸۰۴ و سند نهایی کنگره وین ۱۸۱۵) اما تأثیری در گرایش‌های «حقوقی» آن زمان به جای نگذاشته بود، چون منافع سیاسی و اقتصادی دولتهای ذینفع نقش مهمی در ایجاد آن داشت.

زیست طبیعی او، به جلوگیری از زوال آن می‌پردازد).

ب - قلمرو حقوق بشر دواستانه جنگ

به نظر می‌رسد آنچه در معاهدات چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ (مسبق به عهدنامه ۱۹۲۹ در همین موضوع و پیش از آن کنوانسیون ژنو ۱۸۶۴ در مورد بهبود سرنوشت نظامیان زخمی در جنگ) آمده و تحت نظارت صلیب سرخ در ژنو تدوین گردیده است و از همین رو به نام حقوق ژنو خوانده می‌شود و منبعث از مبانی مذهبی مسیحی، نوع دوستی، ترحم به آسیب‌دیدگان و جمع‌آوری کشتگان و تدفین و مانند آن است، هنگامی تکمیل می‌شود و نتیجه‌ای بر آن مترتب می‌گردد که با سایر قواعد حقوق مخاصمات مسلحانه از جمله حقوق لاهه یا رفتار در جنگ و استفاده از سلاحها همراه گردد.^{۱۴} اصولاً از نظر منشأ انسان دواستانه میان این دو بخش تمایزی نمی‌توان قائل شد. در هر دو بخش سخن از حقوق انسان و منزلت او در جنگ، و نقض آن به علت کاربرد انواع روشهای جنگی و وسایل

۱۴. کار تدوین حقوق بشر دواستانه جنگ در قرن بیستم دنبال شد و تا امروز ادامه یافته است که می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

کنوانسیونهای مربوط به کنفرانس صلح لاهه (۱۸۹۹) راجع به قوانین و عرفهای جنگ زمینی و ضمیمه آن؛ کنوانسیون راجع به تطبیق اصول کنوانسیون ژنو ۲۲ اوت ۱۸۶۴ با جنگ دریایی؛ و کنوانسیونهای مربوط به کنفرانس صلح لاهه (۱۹۰۷) که طی آن چهارده سند قراردادی تهیه و به امضا رسید؛ متن در *Recueil général*، مذکور، صص ۴۴۰-۱۸۶؛ پروتکل راجع به منع بکارگیری گازهای خفه‌کننده یا سمی یا وسایل باکتریولوژیک، ژنو، ۱۱ ژوئن ۱۹۲۵؛ کنوانسیونهای راجع به بهبود سرنوشت مجروحان، بیماران و اسرا مورخ ۲۷ ژوئیه ۱۹۲۹ و چندین سند دیگر راجع به جنگ دریایی. روند تدوین پس از جنگ جهانی دوم با کنوانسیونهای چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو و پروتکل‌های ۱۹۷۷ الحاقی به آن و اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی (ماده ۸) و بسیاری توافقات دیگر راجع به سلاحها از جمله مین و سلاحهای شیمیایی و بیولوژیک و سلاحهایی که دارای آثار جسمی بسیار وخیم هستند تکمیل شد.

کشنده گوناگون است. تعدی ممکن است با اعمال خلاف رزمندگان از روشهای جنگی نسبت به یکدیگر صورت گیرد (قواعد رفتاری رزمندگان نسبت به هم و نسبت به اموال نظامی) و یا با رعایت حقوق آنان پس از دستگیری و اسارت مرتبط باشد و یا مربوط به رفتار در زمینه حقوق انسانی غیرنظامیان و اموال غیرنظامی باشد (قاعده تمایز میان نظامیان و غیرنظامیان و قاعده جدید حفظ محیط زیست انسان در جنگ، ماده ۵۵ پروتکل اول الحاقی ۱۹۷۷). حقوق مزبور زمانی تکمیل می‌شود که در انتخاب سلاح نیز محدودیت وجود داشته باشد تا اهداف نخست مانند قاعده تمایز تأمین گردد (ممنوعیت یا محدودیت استفاده از سلاحهای متعارف و غیرمتعارف که هر یک ممکن است به جهت ضوابط عام [اصول کلی] و یا خاص [معاهده] غیرمجاز شناخته شده باشند). به طور کلی حقوق بشردوستانه در همه قسمتهای خود به معنای ایجاد سازش میان خواستهای انسانی و ضرورتهای نظامی گری است گرچه دو مفهوم اخیر به سختی با یکدیگر سازگار هستند و ائتلاف آنها به سادگی میسر نمی‌شود.

اقدام به جنگ تجاوز کارانه نیز خود جنایت علیه صلح و دربرگیرنده تمام جنایات ناشی از درگیری است و تعدی برتر به حقوق بشردوستانه محسوب می‌شود و زمینه هرگونه خشونت و بی‌حرمتی به انسان را فراهم می‌سازد. عدم رعایت قواعد لازم‌الرعايه در جنگ به نحو گسترده، نیز ممکن است مشروعیت موضع جنگی تدافعی یا عادلانه را زائل کند.^{۱۵} به طور کلی باید گفت که مجموعه مقررات مربوط به حقوق

۱۵. در ماده ۱ مشترک چهار کنوانسیون ژنو ۱۹۴۹ و ماده ۱ پروتکل اول ۱۹۷۷ آمده است که «طرفهای معظم متعاهد تعهد می‌کنند که این کنوانسیون را در هر وضعیتی رعایت نمایند و اتباع خود را

بشردوستانه جنگ، آنگاه در اعتلای شأن انسان به طور نسبی مؤثر خواهد شد افتاد که اصولاً زمینه خشونت از میان برود، در غیر این صورت چون جنگ ذاتاً پدیده‌ای خشونت‌بار و غیرقابل کنترل است، زمینه ارتکاب جرم در آن به سادگی امکان‌پذیر است. حقوق مخاصمات جدید از جنگ جهانی دوم به این سو با تشکیل دادگاه نورنبرگ دامنه کیفری نیز یافته است و در حال حاضر وظیفه هر دولتی است که صلاحیت کیفری خود را نسبت به جنایتکاران به طور انفرادی یا بین‌المللی اعمال نماید.^{۱۶}

ج - حیثیت انسانی

انسان بالاتر از حق حیات حق کرامت دارد و خداوند متعال او را تکریم فرموده و برتری داده است.^{۱۷} کرامت عبارت از آن است که انسان

به رعایت آن وا دارند». بنابراین قواعد حقوق بشردوستانه در جنگ غیرقانونی و جنگ قانونی و دفاع مشروع هر دو لازم‌الرعایه است و تخطی از آن می‌تواند نیت عادلانه یا تدافعی جنگ را تغییر دهد.
۱۶. مجازات مسببین و متخلفین از قواعد، در برابر جرایم ارتکاب یافته مانند نسل‌کشی، جنایت ضد بشریت یا جنایت جنگی همیشه خواست انسانهای عدالتخواه بوده است تا شاید قدری به تأمین صلح و رعایت قواعد مخاصمات کمک نماید. تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی (CPI) به طور دائمی، کاستی را در این زمینه ظاهراً و به نیت صلح و امنیت بین‌المللی جبران کرده است. اگر فرض کنیم که تمام جوانب قضایی برای همه کشورها توسط دیوان رعایت گردد، اما جنگ خود هنوز مقدم بر ضمانت اجرای قضایی، ضمانت اجرای حقوق بین‌الملل محسوب می‌شود و علل سیاسی و اجتماعی بروز آن و حتی چگونگی رفتار در جنگ تحت تأثیر احکام یا تصمیمات خاص قرار نمی‌گیرد. در جامعه بین‌المللی کنونی در کنار توسعه یافتگی و نهادی شدن، رفتارهای سیستماتیک خلاف شئون بشری به طور موازی با نهادهای بسیار پیشرفته حقوقی که مأمور رسیدگی به بی‌سابقه‌ترین جنایات شده‌اند پدیدار گشته است (ر.ک. اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، مقدمه و فهرست طویل جرایم بی‌سابقه و فزاینده در مواد ۶، ۷، ۸).

۱۷. در زمینه حقوق بشر در اسلام، از جمله ر.ک. جعفری تبریزی، محمدتقی، حقوق جهانی بشر از دیدگاه اسلام و غرب، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، چاپ اول، ۱۳۷۰، صص ۲۸۳-۲۸۰ و بعد و ماده ۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر در اسلام.

مخلوقی پاک و شریف و عزیز و کامل است، در غیر این صورت حق حیات او بی ارزش خواهد بود. کرامت ذاتی است و برای انسان در هر وضعیتی وجود دارد و همچنین ارزشی و اکتسابی^{۱۸} و حاصل آن انسانی با ارزشهای عالی است. انسان دارای مناعت طبع است و رتبه‌ای دارد که نباید تنزل کند و به پستی گراید، و این بدان معنی است که انسان مستحق احترام است چه از سوی دیگران که موظف به رعایت حریم حقوقی او هستند و چه خود او که برای خویشتن قائل به ارزش است. جنگ (تجاوز)، ارزشهای اخلاقی را بیش از هر علت دیگر در معرض مخاطره قرار می‌دهد و به شدیدترین وجه نقض می‌کند و به سقوط می‌کشاند و انسان در جنگ‌جویی خوار و ذلیل می‌گردد.^{۱۹} گرچه در زمان به اصطلاح «صلح» نیز ممکن است با اعمال خصمانه حقوق انسان به شدت نقض گردد (تبعیض نژادی، شکنجه، نسل‌کشی). کرامت فرد همچنین بدین معنی است که او نباید از تفکر محروم گردد و مورد استفاده ابزاری قرار گیرد و یا چنین مطرح شود.

حضور در صف نظامی‌گری و به خصوص در حالت جنگ، تا حد

۱۸. همانجا، ص ۲۷۹.

۱۹. این نکته بارها در اسناد بین‌المللی ذکر شده است: «... محفوظ داشتن نسلهای آینده از بلای جنگ ...» و «... اعتقاد به حقوق اساسی بشر و حیثیت و ارزش انسان ...» در مقدمه منشور ملل متحد؛ «... با اعتقاد به این که صلح، شرط اولیه رعایت کامل حقوق بشر است و این که جنگ نفی آن حقوق است» (۱۱۱ §) - احترام به حقوق بشر در دوران مخاصمات مسلحانه -، سند نهایی کنفرانس حقوق بشر، تهران، ۲۲ آوریل - ۱۳ مه ۱۹۶۸. همچنین قطعنامه ۲۶۲۵ مورخ ۲۴ اکتبر ۱۹۷۰ راجع به اصول حقوق بین‌الملل درباره روابط دوستانه و همکاری که به «زندگی در صلح و تشدید آن براساس آزادی، تساوی، عدالت و حقوق انسان ...» اشاره دارد و نیز اعلامیه مجمع عمومی مورخ ۸ نوامبر ۱۹۸۴ راجع به «حق ملتها بر صلح که ... فقدان جنگ را در سطح بین‌المللی، شرط اساسی ترقی و تعالی کشورها و تحقق کامل حقوق انسانی می‌شمارد ...».

زیاد رزمنده غیرایدئولوژیک را به وسیله تبدیل می‌کند،^{۲۰} در حالی که او موجودی ذاتاً هدفدار و اندیشمند است. در فرهنگ روبر ذیل لغت *dignité* (کرامت) به نقل از فوستل دوکولانژ* (در کتاب *La Cité antique*، جلد ۱، ص ۴۲۳) در توضیح عقاید زنون آمده است: «... زنون معتقد است که انسان دارای حیثیت و مقام بلند است و این نه تحت عنوان شهروندی بلکه به عنوان انسان؛ او علاوه بر وظایف خود نسبت به قانون، نسبت به خویشتن نیز وظایفی دارد و عالیترین شایستگی او زیستن و مردن برای کشور نیست، بلکه در تقوی زیستن و کسب رضای خداوند است»؛^{۲۱} از این نظر کرامت، احترام به خود یعنی احترام به جوهر الهی ذات خود و ساخته شدن قبل از احترام به قانون و تقدم آن به همه ابعاد موجودیت خود و تکاپو در

۲۰. اصولاً از نظر آزادی‌های عمومی وضعیت نظامیان متفاوت است. اینان به موجب قانون و به علت شغل خود، تحت قیود خاصی قرار می‌گیرند که حقوق اولیه آنها را به نفع دفاع از کشور محدود می‌کند و گاهی از میان می‌برد. در قانون سال ۱۹۷۲ فرانسه در ماده ۶ آمده است که «نظامیان از تمام حقوق و آزادیهای شناخته شده شهروندان برخوردارند» اما در ادامه متذکر می‌شود که مع ذلک اجرای بعضی از آن حقوق آنچنان که این قانون مشخص می‌کند برای آنان محدود و یا ممنوع است؛ آنان حق اعتصاب ندارند؛ آزادیهای جمعی آنان محدود است ... حق عضویت در انجمنها (نظیر ورزشی، تعاونی ...) را در صورتی دارند که با شرایط یا مجوز خاص و گزارش فعالیت به مقام ارشد ارتشی انجام گیرد و فعالیت‌های انجام شده گزارش شود. عضویت آنان به جهات دستور مافوق ممکن است هر زمان لغو گردد (نظارت قبلی و نظارت نهایی). شرکت و عضویت در هر گروه سیاسی برای آنان کاملاً ممنوع است و نیز در انجمنهای صنفی که با قواعد انضباطی در ارتش مغایر است. Y. Madiot حقوق بشر و آزادیهای عمومی، ماسون، پاریس، ۱۹۷۶، ص ۲۴۰ و بعد.

*. مورخ فرانسوی ۱۸۸۹-۱۸۳۰.

۲۱. فرهنگ روبر، جلد ۲، ص ۲۲۵/۲؛ و نیز، «... تمدن قدیم چنان قادر و جبار بود که بشر حیات و فضائل خویش را در راه آن صرف می‌کرد، لیکن زنون بشر را آگاه ساخت که مقام انسانیت برتر از مقام عضویت مدینه است و آدمی را علاوه بر وظائف قانونی، درباره خویشتن نیز وظائفی است و گفت که افتخار حقیقی در فضائل اخلاقی و جلب رضایت خداوند است؛ و گرنه برای مملکتی زیستن یا مردن موجب تحصیل این افتخار نمی‌تواند شد...». دوکولانژ فوستل، تمدن قدیم، ترجمه نصر... فلسفی، تهران، ابن سینا، چاپ دوم، کتاب کیهان، صص ۳۸۲-۳۸۳.

مسیر به ثمر رساندن آن است.

از دیدگاه محدود و مشخص حقوق و حقوق بین‌الملل، اشاره به حفظ حیثیت انسان و سعی در جلوگیری از تجاوز به آن با توجه به جنگ، در اسناد مختلف به کرات بیان شده است. در مقدمه اعلامیه سن پترزبورگ مورخ ۱۸۶۸ آمده است: «... ضرورت‌های جنگی که باید در مقابل اقتضائات انسانی متوقف گردد...» و نیز در مقدمه کنوانسیون‌های ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ لاهه که به اصول انصاف و حق، که بنای امنیت و رفاه ملت‌هاست اشاره می‌نماید و صلح میان ملت‌ها را مبنای آن می‌شمارد. مجمع عمومی سازمان ملل متحد نیز در تأیید مواضع حقوقی معاهدات راجع به حقوق بشر دوستانه جنگ، یا حفظ حیثیت انسان در زمان جنگ قطعنامه‌های بسیاری صادر نموده است.^{۲۲}

از نظر حقوق بشر در مقدمه اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸) آمده است: «با توجه به این که قبول کرامت همه اعضای خانواده بشری و حقوق مساوی و غیرقابل سلب آنها مبنای آزادی، عدالت و صلح جهانی است...» از آن پس نیز در اسناد مختلف، که قدرت الزام‌آور یافتند به حفظ شخصیت و کرامت انسان در زمینه‌هایی پرداخته شد که به طور بارز آن را مخدوش می‌نمود.^{۲۳}

۲۲. ر.ک. زیرین، ص ۲۲.

۲۳. کنوانسیون راجع به بردگی (۲۵ سپتامبر ۱۹۲۶ که در سال ۱۹۵۳ با پروتکلی تکمیل شد)؛ کنوانسیون سازمان بین‌المللی کار راجع به لغو کار اجباری (۲۰ ژوئن ۱۹۵۷)؛ اعلامیه جهانی حقوق کودک ۱۹۵۹؛ معاهده راجع به حذف انواع تبعیض نژادی (۲۱ دسامبر ۱۹۶۵)؛ معاهده راجع به پناهندگان (۲۸ ژوئیه ۱۹۵۱) و افراد بی‌تابعیت (۲۸ سپتامبر ۱۹۵۴)؛ معاهده منع آپارتاید (۳۰ نوامبر ۱۹۷۳)؛ معاهده راجع به منع کشتار جمعی (۱۹۴۸) به اضافه اسناد بین‌المللی مربوط به حقوق بشر دوستانه جنگ و بخصوص کنوانسیون‌های مربوط به حقوق اسرا (سومین کنوانسیون ژنو مورخ ۱۲ اوت ۱۹۴۹ به انضمام مقررات تکمیلی پروتکل اول ۱۹۷۷)؛ و نیز ماده ۳ مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه مذکور راجع به جنگ داخلی که حداقل رفتار انسانی و عدم تبعیض را اعلام نموده است و به ویژه بند (ج) که مقرر

۲- رفتار رزمندگان با یکدیگر

شاید بررسی رفتار رزمندگان با یکدیگر در صحنه جنگ اساسی ترین مبحث حقوق مخاصمات باشد چون نخستین وظیفه رفتاری آنان در عمل است که بقیه رفتارها را در پی دارد. عدول از مقررات آن باعث گسترش خشونت و تسری دامنه جنگ به اماکن غیرنظامی و افراد و اموال غیرنظامی می گردد و به ارتکاب جرایم مختلف دامن خواهد زد و حقوق مربوط به اسارت را نیز تحت تأثیر قرار خواهد داد.

الف - اتفاق نظر در اهداف و موضوع

توسل به زور میان کشورها اگر در جهت اجرای حقوق باشد ممکن است جنبه قانونی پیدا کند ولی اگر تجاوز باشد مسلماً هیچ استثنایی دربر ندارد چون امری ذاتاً باطل و مذموم است. هر دو پدیده، چه دفاع و چه تجاوز یعنی عملیات تدافعی (دفاع مشروع فردی و جمعی موضوع ماده ۵۱ و یا در قالب امنیت جمعی موضوع ماده ۴۲ و دیگر مواد فصل هفتم منشور ملل متحد) و عملیات تهاجمی و همچنین عملیات نظامی که خارج از چارچوب منشور ملل متحد صورت می گیرد و از نظر بین المللی یا با اغماض با آنها برخورد شده است (دفاع از حاکمیت ملی و تعیین سرنوشت و مداخلات نظامی بشردوستانه) و یا محکوم گردیده اند (اقدامات تلافی جویانه

داشته: «هتک حرمت شخص به ویژه رفتار تحقیرآمیز، وحشیانه، شکنجه، اهانت» و نیز بخش ۲ پروتکل دوم ۱۹۷۷ که لطمه به زندگی و بهداشت جسمی و روحی و به ویژه قتل، شکنجه، قطع عضو... هتک حرمت اشخاص، بردگی و ... را نفی می کند (مواد ۴ و ۵ و ۶). مقایسه کنید، ماده ۴ میثاق های حقوق مدنی و سیاسی (مورخ ۶ دسامبر ۱۹۶۶) و مواد ۶ (بند ۱ و ۲)، ۷، ۸، ۱۱، ۱۵، ۱۶ و ۱۸ را که رعایت مفاد آنها در هر زمان ولو در حالت خطر از واجبات است.

نظامی، اقدامات نظامی خودسرانه دولتها در حفظ منافع مالی و غیره)، همه باید با رعایت قواعد پیش‌بینی شده در مجموعه معاهدات بین‌المللی مربوط به حقوق مخاصمات صورت گیرند. هدف از رعایت مقررات مزبور آن است که عملیات صرف‌نظر از ممنوعیت آن، در صورت وقوع، به پدیده‌ای ضدانسانی که موجب رنج و تحقیر و کسر شأن افراد می‌گردد، تبدیل نشود. برای دسترسی به وضعیت مذکور و به منظور جلوگیری از هتک حیثیت انسان، در مرتبه نخست باید پیش از تعیین دقیق مقررات حاکم بر صحنه جنگ، نکاتی در زمینه اصول کلی جنگ و حد و مرز درگیری پیش‌بینی نمود و بر سر آن به توافق رسید ولو جنگ ممنوع نشده باشد. به همین جهت در سال ۱۸۶۸ نخستین بار اعلامیه سن پترزبورگ در سومین و چهارمین عبارت مقدماتی خود با عنایت به سرنوشت نظامیان و این که غرض از جنگیدن نابود کردن نیست بلکه از کار انداختن ساز و کار جنگی دشمن و ختم غائله، هرچه سریع‌تر و با کمترین صدمات و تلفات است، اعلام نمود که: «برای نیل به این منظور کافی است بیشترین تعداد افراد ممکن را از نبرد خارج نمود».^{۲۴} در مقدمه اعلامیه ذکر شده بود که «... کمیسیون ذیربط، به اتفاق حدود فنی اقتضانات جنگی را که باید در مقابل تمنیات بشریت متوقف گردد، مشخص خواهد کرد و بدین منظور به مناسبت اعتقاد به حقوق انسان، اعلام می‌دارد که باید از به کارگیری

24. Déclaration de St-Petersbourg de 1868 à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre. "... Que le seul but légitime que les Etats doivent se proposer durant la guerre est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi; Qu à cet effet, il suffit de mettre hors de combat le plus grand nombre d'hommes possible"; Recueil général des lois et coutumes de la guerre; Actes élaborés par les conférences internationales depuis 1856. op. cit.

سلاحهایی که بی‌فایده رنج انسان را تشدید می‌کند یا مرگ او را اجتناب‌ناپذیر می‌سازد خودداری نمود». مخاطب مقررات فوق‌رزمندگان هستند که دارای تعلیمات نظامی بوده، جواز شرکت در جنگ دارند و از دیگران متمایز می‌باشند (ماده ۱ ضمیمه کنوانسیون چهارم لاهه ۱۹۰۷ راجع به مقررات مربوط به قوانین و عرفهای جنگ زمینی). به موجب ماده مذکور افراد میلشیا و داوطلب نیز رزمنده و از حقوق مربوط برخوردار هستند و نیز تک‌تیراندازان و مردم غیرنظامی که در برابر هجوم دشمن اسلحه به دست گیرند، مشمول مقررات حقوق جنگ خواهند بود، البته چنانچه آن را رعایت کنند (ماده ۲ مقررات لاهه ۱۹۰۷ راجع به جنگ زمینی و ماده ۴ از بند (الف) و ماده ۶ سومین کنوانسیون ژنو ۱۹۴۹). به موجب پروتکل اول ۱۹۷۷ راجع به مخاصمات بین‌المللی، اصطلاح «نیروهای نظامی» چنین تعریف شده است: «نیروهای نظامی یک طرف متخاصم، مرکب هستند از تمام نیروها، تمام گروه‌ها و تمام واحدهای مسلح و سازمان یافته که تحت یک فرماندهی مسؤول رفتار افراد زیردست خود در مقابل طرف متخاصم مذکور، قرار دارند، حتی اگر طرف اخیر را حکومتی یا قدرتی باشد که توسط طرف مقابل شناسایی نشده باشد». نیروهای مزبور باید تحت مقررات انضباطی داخلی باشند تا اجرای مقررات لازم‌الاجرا حقوق بین‌الملل در مخاصمات مسلحانه تضمین گردد (بند ۱ ماده ۴۳ پروتکل اول ۱۹۷۷). بنابراین کلیه افراد مذکور رزمنده هستند و حق شرکت مستقیم در جنگ دارند (بند ۲ ماده ۴۳ پروتکل مذکور). پروتکل اول رزمندگان غیرمنظم را نیز مشمول مقررات نظامی دانسته، وضعیت رزمنده را در صورت داشتن شرایطی برای آنان محفوظ می‌داند که مهمترین

آن عدم اختفای سلاح است (بند ۳ ماده ۴۴). در این میان فقط افراد جاسوس و مزدور رزمنده محسوب نشده، از مزایای حقوقی مانند حقوق اسیر بهره‌مند نخواهند شد (مواد ۴۶ و ۴۷). این افراد نیز در صورت دستگیری از حداقل رفتار* انسانی بهره‌مند می‌گردند.

مشخص کردن رزمنده از غیررزمنده و نظامی از غیرنظامی، دو فایده مهم خواهد داشت: یکی این که افراد غیرنظامی از عواقب جنگ در امان می‌مانند چون در جنگ شرکت ندارند و دوم این که بیشترین حد مشروعیت در مخاصمات رعایت خواهد شد؛ بدین معنی که کسی در جنگ شرکت خواهد کرد که آموزشهای لازم را دیده و اجرای مقررات مربوطه را در نظر دارد. در این صورت، وی هم در حین جنگ و هم در اسارت از مزایای پیش‌بینی شده بهره‌مند می‌گردد. البته با وجود آن که رزمنده موظف است قواعد حقوق بین‌الملل مخاصمات را رعایت کند اما نقض آن مقررات هم جز در موارد استثنایی (بند ۳ ماده ۴۴) از او حقوق رزمندگی یا اسارت را سلب نمی‌کند (بند ۲ ماده ۴۴). در موارد استثنایی نیز مانند استفاده مخفیانه از سلاح، هرچند دیگر مزایای اسارت به او تعلق نخواهد گرفت، اما از حمایت‌های معادل بهره‌مند می‌گردد** (بند ۴ ماده ۴۴).

ب - حمایت از حیثیت رزمنده

پروتکل اول (۱۹۷۷) در بخش اول از عنوان سوم، قواعد اساسی موجود اعم از مقررات عرفی و مقررات پیش‌بینی شده در کنوانسیونها یا

*. Standard minimum.

** . Protections équivalentes.

اعلامیه‌های قبلی را توسعه داده و تکمیل نموده است. در ماده ۳۵ قواعد اساسی راهنما در جنگ، که جنگ شرافتمندانه و قانونمند را از غیر آن متمایز می‌کند پیش‌بینی شده است.^{۲۵} به پیروی از قاعده اصولی «نامحدود نبودن وسایل جنگی»،^{*} پیش‌بینی شده در ماده ۲۲ بخش دوم مقررات لاهه ۱۹۰۷، در باب نامحدود نبودن وسایل اضرار به دشمن، بند ۱ ماده ۳۵ پروتکل اول علاوه بر تأکید بر آن، روشهای ممنوع را نیز بدان می‌افزاید، بدین قرار که «در هر مخاصمه مسلحانه‌ای حق طرفهای متخاصم در انتخاب روشها و وسایل جنگ نامحدود نیست». بنابراین هر سلاحی که بتواند بیشترین درد و رنج را ایجاد کند نمی‌توان بکار برد و یا روشی را که جنبه ضد بشری آن مشخص باشد مانند ایجاد قحطی و یا انجام اعمال خائنانه و یا استفاده بی‌تناسب از یک سلاح معین متعارف. بند ۲ ماده ۳۵ به توضیح «نامحدود نبودن» وسایل و روشهای جنگی پرداخته، صحنه جنگ را صحنه ترور و ارباب نمی‌شناسد. غرض قلع و قمع نفرات نیروهای مقابل نیست چون اصولاً هدف کشتن و بخصوص فجیع کشتن یا ایجاد رنج بیهوده نیست.^{۲۶} با توجه به اصول فوق در جنگ قانونمند باید اسارت را بر جراحت و جراحت

۲۵. اصول مزبور مورد تأیید قطعنامه‌های مکرر مجمع عمومی سازمان ملل متحد در مورد حفظ حقوق بشر در مخاصمات مسلحانه نیز قرار گرفته است. نسک. قطعنامه‌های (XXIII) ۲۲۴۴ مورخ ۱۹ دسامبر ۱۹۶۸؛ (XXIX) ۳۳۱۸ مورخ ۱۴ دسامبر ۱۹۷۴؛ (XXIX) ۳۳۱۹ مورخ ۱۴ دسامبر ۱۹۷۴؛ (XXVIII) ۳۱۰۲ مورخ ۱۲ دسامبر ۱۹۷۳؛ (XXVIII) ۳۱۰۳ مورخ ۱۲ دسامبر ۱۹۷۳؛ ۳۰/۱۳۴ مورخ ۱۵ دسامبر ۱۹۷۵؛ ۳۲/۴۴ مورخ ۷ دسامبر ۱۹۷۷؛ (XXIV) ۲۵۹۷؛ (XXV) ۲۶۷۳؛ (XXV) ۲۶۷۴؛ (XXV) ۲۶۷۵؛ (XXV) ۲۶۷۶؛ (XXVI) ۲۶۷۷؛ (XXVI) ۲۸۵۲؛ (XXVI) ۲۸۵۳؛ (XXVI) ۲۸۵۴؛ (XXX) ۳۵۰۰ و غیره.

*. دقت شود به شیوه نگارش *a contrario* عبارت‌ها.

۲۶. وضعیت حاکم بر روح مقررات مذکور مانند وضعیتی است که در داخل کشورها در برابر شخص در حال ارتکاب جرم صورت می‌گیرد و سعی می‌شود فاعل، خلع سلاح و دستگیر شود و در صورت لزوم به شکلی از سلاح استفاده شود که کمترین آسیب جسمی به او وارد آید.

را بر مرگ ترجیح داد و جراحت را نیز به قصد خارج کردن و آن هم با قناعت به حداقل آن روا داشت تا مجروح درمان‌پذیر باشد و به زندگی باز گردد.^{۲۷}

از مفاهیم انسانی یا بشردوستانه مندرج در مجموعه مقررات حقوق جنگ، از اعلامیه سن پترزبورگ تا پروتکل‌های ۱۹۷۷ همراه با قوانین داخلی کشورها راجع به ترتیبات جنگیدن که همواره توأم با تأییدات مجامع بین‌المللی و قطعنامه‌های مکرر مجمع عمومی سازمان ملل بوده است چنین استنباط می‌شود که در جنگ قانونمند، مفاهیمی چون کینه، انتقام و کشتن به خاطر کشتن جایی ندارد و در نتیجه اسباب و طرق آن مانند زجر دادن، اعمال شاقه، ترور، شکنجه، مجازات جمعی، کشتار جمعی همگی محکوم و منع شده است ولو این اعمال به «نختم سریعتر جنگ» بینجامد. همواره سعی شده است مقررات راجع به رفتار در جنگ (*jus in bello*) تا آن حد با حیثیات انسانی منطبق شود که تضاد میان آن و عدم حق بر جنگ (*jus ad bellum*) کمتر به چشم آید.

۲۷. M. Arassen, *Conduite des hostilités, droit des conflits armés et désarmement*, تز (جایزه)، بروکسل، ۱۹۸۶؛ نویسنده می‌گوید عقاید حقوقی مذکور بسیار انسانی و شرافتمندانه است اما بر واقعیتها و خشونت در جنگ نیز نمی‌توان بی‌توجه بود؛ نویسنده در جای دیگر همین اثر (ص ۲۵۶) به نقل از SIPRI (Stockholm International Peace Research Institute) یادآور می‌شود که مثلاً در یک سلاح متعارف کالیبر کوچک، در ۴۰۰ متری یا برد مفید، انرژی جنبشی پرتاب شونده ۹ یا ۱۰ گرمی با سرعت اولیه ۸۵۰ متر در ثانیه، ۱۵۰۰ ژول است یعنی مقدار انرژی تقریباً ۲۰ برابر بیشتر از آنچه برای خنثی کردن یا خارج نمودن یک نفر لازم است. اصل منع درد و رنج زائد را بسیاری از نویسندگان، اصلی بسیار کلی و غیرقابل تعریف می‌دانند که به همین علت باید از نظر آثار وخیم بعضی سلاحها به آن پی برد؛ ر.ک. کاسسه، مذکور، ص ۲۳۷؛ و کمباکو، سور، حقوق بین‌الملل عمومی، چاپ پنجم، ۲۰۰۱، صص ۶۷۸-۶۷۹.

ج - مصادیقی از اعمال مغایر با حیثیت انسان در پروتکل اول ۱۹۷۷ و اسناد دیگر (غدر - امان - کشتن در حال فرود)^{۲۸}

با وجود آن که فناوری سلاحهای متعارف، آنچنان پیشرفته است که استفاده از آنها مجالی برای رعایت حقوق بشردوستانه جنگ و حق حیات باقی نمی‌گذارد و نسلهای رزمندگان را نیز در خطر قرار می‌دهد اما ضروری است به برخی از متدها یا روشهای ممنوع و خلاف حیثیت انسان در درگیری که حقوق موضوعه کنونی را تشکیل می‌دهد اشاره شود.

نمونه روشهایی که پروتکل اول (۱۹۷۷) ذکر می‌کند و موجب جنگی غیرشرافتمندانه (déloyale) می‌گردد، پیشتر مختصراً در کنوانسیونهای لاهه ۱۹۰۷ پیش‌بینی شده بود.^{۲۹} در ماده ۲۳ مقررات ۱۹۰۷ لاهه (کنوانسیون راجع به قوانین و عرفهای جنگ زمینی) آمده بود که علاوه بر ممنوعیت‌های مندرج در معاهدات خاص، به ویژه ممنوع است: ... (ب) کشتن یا زخمی کردن خائنانه افراد متعلق به ملت یا ارتش دشمن. و بند (و) همان ماده ممنوعیتهای دیگری را ذکر می‌کرد، از جمله استفاده نادرست از پرچم مذاکره یا پرچم سفید، پرچم ملی یا علائم نظامی و لباس متحدالشکل دشمن یا علائم مشخص کنوانسیون ژنو که به نظر می‌رسد موارد فوق خود لوازمی است که بکارگیری نابجای آنها به منظور قتل،

۲۸. در زمینه اعمال ممنوع که رزمندگان مسلمان در جنگ باید از آن اجتناب کنند، ر.ک. سلوک بین‌المللی دولت اسلامی، محمد حمید...، ترجمه و تحقیق دکتر سیدمصطفی محقق داماد، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۰، ص ۲۳۲ و بعد؛ و مجله تحقیقات حقوقی، مذکور، ص ۱۷۰ و بعد. نیز، دکتر محمدرضا ضیائی بیگدلی، اسلام و حقوق بین‌الملل، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۶۵، ص ۱۶۲ و بعد.

29. Recueil général des lois et coutumes de la guerre, Actes élaborés par les conférences internationales depuis 1856, op.cit., p. 268.

کشتن خائنانه افراد دشمن محسوب می‌شود. پروتکل اول ۱۹۷۷^{۳۰} طی ماده ۳۷ با استعمال کلمه *Perfidie* (غدر) به جای *Trahison* (خیانت) آن را چنین بیان می‌کند: کشتن، زخمی کردن یا گرفتن حریف (*Capture*) از طریق ناراستی (غدر یا *Perfidie*) ممنوع است. عمل خائنانه عملی است که طی آن با قصد فریب، از حسن نیت طرف مقابل سوءاستفاده شود تا وی چنین باور کند که حق دارد از حمایت پیش‌بینی شده در مقررات حقوق بین‌الملل مرعی در مخاصمات مسلحانه بهره‌مند گردد یا گمان نماید که حریف موظف است آنها را برای او در نظر گیرد. «موارد زیر اعمال خائنانه به شمار می‌روند:

- الف) وانمود کردن به داشتن قصد مذاکره، تحت پرچم مذاکره، یا وانمود کردن به تسلیم شدن.
- ب) وانمود کردن به ناتوانی ناشی از جراحت یا بیماری.
- ج) وانمود کردن به غیرنظامی بودن یا رزمنده نبودن.
- د) وانمود کردن به داشتن وضعیت شخص تحت حمایت، با استفاده از علائم، نشانه‌ها یا لباس متحدالشکل سازمان ملل یا کشورهای بی‌طرف یا سایر کشورهاییی که در جنگ شرکت ندارند...».
- در بند ۱۱ (ب) ۲ ماده ۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز خائنانه کشتن یا زخمی کردن (کلمه *Traîtrise* مترادف *Trahison* می‌باشد) افرادی که به دولت یا ارتش دشمن تعلق دارند، جنایت محسوب

30. Actes de la conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international applicable dans les conflits armés, Genève 1974-1977 (CDDH), Ph. Bretton, "Le problème des méthodes et moyens de guerre et de combat dans les protocoles additionnels ...", R.G.D.I.P., 1978, pp. 33-81.

شده است و نیز در مورد مخاصمات غیربین‌المللی، خائنانه کشتن یا زخمی کردن رزمنده دشمن، جنایت جنگی محسوب می‌شود (بند ۹ از قسمت هـ) ۲ ماده ۸ راجع به مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی).

کشتن، زخمی کردن و حتی گرفتن به قصد اسیر کردن (متعاقب دستگیری، اسارت و حقوق مربوط به آن شروع می‌شود) چنانچه توأم با خیانت به حسن نیت طرف مقابل از طریق اعمال مادی فوق، مانند پوشیدن لباس طرف مقابل باشد، یا به عبارت دیگر، توأم با خیانت به روح قانونمداری دولت متبوع و تعهد شخصی فرد بر رعایت قواعد مذکور باشد، حاکی از عدم اعتقاد به آن قواعد و خیانت (غدر) خواهد بود و عمل مبتنی بر آن جنایت آمیز می‌گردد. طبیعتاً منع آن در پروتکل و اسناد دیگر، به منظور ایجاد زمینه‌های محکم برای اجرای مقررات حقوقی مخاصمات است. اصولاً در معاهدات، نقض عهد هر چند غیرفریبکارانه باشد خیانت به طرف مقابل محسوب می‌شود و در تمام نظامهای حقوقی عملی مذموم است. غدر علاوه بر آن که غیرقانونی است، عملی ضدانسانی نیز هست چون علاوه بر عنصر غیرقانونی دارای خصوصیت ضد اخلاقی است. کشتن نفرت دشمن ممکن است بدون تجاوز از مقررات حاکم در جنگ صورت گیرد، اما ممکن است با نقض شدید مقررات انجام شود که در این صورت عملی غیرقانونی و جنایت بار خواهد بود، به خصوص که در کشتن خائنانه (غدر) فرد یا افراد مشخص مورد نظر هستند و با تسلیم شخص، حق کشتن زائل شده بوده است.

مصادیق ذکر شده در ماده، ظاهراً به عنوان نمونه‌های بارز و معمول

آمده است و می‌توان موارد دیگری به آن افزود.^{۳۱}

پروتکل اول (۱۹۷۷) بلافاصله در بند ۲ ماده ۳۷ به قصد برجسته نمودن عنصر ضد اخلاقی عمل خائنانه و بیان اختلاف آن با حيله جنگی، عمل اخير را مجاز می‌شمارد. نمونه معمول آن استتار و هم‌رنگی لباس و تجهیزات با مکان است. اعمالی از نظر بند ۲ ماده ۳۷ مجاز شمرده شده است که تحت عنوان حيله جنگی، حریف را به اشتباه یا بی‌احتیاطی اندازد. در این صورت مغایرتی با حقوق مخاصمات مسلحانه نخواهد داشت چون با حسن نیت طرف مقابل مغایرت پیدا نمی‌کند و فقط احتیاط یا هوشمندی او را می‌طلبد. در جنگ اصولاً هشیاری، زیرکی و مراقبت از خود برای هر کس امری طبیعی است؛ دادن اطلاعات غلط نیز حيله جنگی محسوب می‌شود و سنجش صحت و سقم آن امری عادی است. به همین منوال، شبیخون هم عمل خائنانه محسوب نمی‌گردد، همچنین کشاله کردن به مقرر دشمن برای کشتن افراد. اما در مقابل، «عمل خائنانه (غدر) این حالت را دارد که وضعیت قلب یا وارونه‌ای ایجاد می‌کند که در آن حریف خود را موظف می‌پندارد که طبق قاعده‌ای اخلاقی یا حقوقی، از هر نوع عمل خصمانه خودداری نماید و یا احتیاط لازم را نکند و نسبت به حریف در موقعیت نامطلوب افتد».^{۳۲} در عمل خائنانه، حریف از حسن نیت و راستی سوءاستفاده می‌کند و اعلام «دوستی» و قانونمداری نموده، اما آن را پایمال

۳۱. نک. شارل روسو، حقوق مخاصمات مسلحانه، پدون، پاریس، ۱۹۸۳، ص ۱۲۲، شماره ۸۱ و ترجمه فارسی، دکتر سیدعلی هنجنی، ص ۱۳۷، شماره ۸۱ دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ۱۳۶۹. راجع به مفهوم Perfidy نک.

Encyclopedia of public international law, North Holland publishing company, vol.4, p.130.

۳۲. آراسن، مذکور، ص ۷۹، به نقل از CICR، نقد و بررسی، مربوط به طرح‌های پروتکل ۱۹۷۷، ژنو، اکتبر ۱۹۷۳، و شارل روسو، مذکور، ص ۱۳۸.

می‌نماید. بعضی اعمال، درجه وخامت اعمال خائنانه (غدر) را به نحو روشن‌تری نشان می‌دهند مانند کشتن «مهمان». در مقام تشخیص اختلاف میان حيله و عمل خائنانه بیان شده است که «وانمود کردن به مرده بودن برای نجات جان خود عمل خائنانه (غدر) نیست در صورتی که وانمود کردن آن به قصد کشتن دشمنی که با دیدن آن صحنه پشت کرده می‌رود عمل خائنانه است».^{۳۳} گاهی نیز ممکن است مرز میان حيله و عمل خائنانه زیاد روشن نباشد و قضاوت مشکل شود به ویژه آن که روشهای جنگی به مرور زمان در پیشرفت است. به علاوه در جنگهای نامنظم و در بخشهایی از جنگ دریایی (مانند افراشتن پرچم دشمن به منظور نزدیک شدن به او و پایین آوردن آن قبل از آتش)، بعضی حيله‌ها شبیه به عمل خائنانه است ولی مجاز شمرده شده است.^{۳۴} دادگاه نظامی منطقه امریکایی آلمان اشغالی در سال ۱۹۴۷ قاعده عرفی فوق را که در جنگ دریایی به کار می‌رود، به جنگ زمینی و پوشیدن لباس تعمیم داده، پوشیدن اونیفورم دشمن را به قصد فریب، حيله دانسته، اما چنانچه در آن لباس آتش کند یا درگیر شود عمل خائنانه به حساب آورده است.^{۳۵} نکته‌ای که در اینجا قابل ذکر است

۳۳. آراسن، مذکور، ص ۸۰ به نقل از CDDH/236 Rev. ص ۹، بند ۱۶.

34. Ronziti N., *Le droit humanitaire applicable aux conflits armés en mer*, R.C.A.D.I., Tome 242 (1993-V) et Martinus Nijhoff Publishers, p. 105.

به عقیده این نویسنده، ماده ۲۷ در جنگ دریایی هم قابل اعمال است همچنان که بند ۲ ماده ۳۹ آن را تأیید می‌کند (منع افراشتن پرچم مبدل). از جمله اعمال خائنانه ممنوعه در جنگ دریایی را وانمود کردن به تحت حمایت بودن مانند استفاده از کشتی بیمارستانی یا کشتی ملل متحد می‌داند ولی استفاده از پرچم بی‌طرف را برای کشتی‌های تجاری برای مصون ماندن که البته قانوناً در هر حالتی مصون هستند، مجاز می‌شمارد و بعضی اعمال را مورد اختلاف می‌داند مثل استفاده از کشتی - دام، همانجا، ص ۱۰۶.

۳۵. روسو، مذکور، ص ۱۳۸؛ در این جهت، در جریان حمله آردن در دسامبر ۱۹۴۴ سربازان آلمانی ملبس به لباس امریکایی تیرش شدند، چون آن لباس فقط پیش از آتش بر تنشان بوده است، قضیه:

آن که اعمال خائنانه معمولاً در مواقعی رخ می‌دهد که یک طرف منخاصه یا از مظالم بی‌حد طرف مقابل به ستوه آمده باشد یا نسبت به طرف دیگر دچار ضعف مفرط شده، جنگ بی‌پایان و ظالمانه به قصد نابودی او ادامه یافته باشد. باید دید آیا در این حالات بعضی اعمال که در جنگ قانونمند، خائنانه محسوب می‌شوند راه چاره برای گریز از مرگ و نابودی نخواهد بود؟ در هر حال این مسأله که عمل خائنانه در مقابل عمل ظالمانه مجاز باشد، اصولاً مورد بحث پروتکل نیست چون این مباحث به جهت مضار کلی آن مطرح نشده است. تدوین کنندگان حقوق منخاصات همواره بر این اعتقاد بوده‌اند که صرف‌نظر از موضع ظالمانه یا حق‌طلبانه در جنگها، باید سعی شود که طبیعت عملیات جنگی در هر نوعی و در هر موضعی انسانی شود.

به نظر می‌رسد آنچه در مواد ۳۸ و ۳۹ پروتکل اول (۱۹۷۷) تحت عناوین علائم شناخته شده و نشانه‌های ملی پیش‌بینی شده است، از نظر محتوایی بی‌ارتباط با مفهوم مندرج در ماده ۳۷ آن پروتکل نباشد. پیش از آن، مقررات لاهه ۱۹۰۷ در بند (و) ماده ۲۳ در همین زمینه پیش‌بینی کرده بود که استفاده نابجا از پرچم مذاکره، پرچم ملی یا نشان‌های نظامی و لباس متحدالشکل دشمن و نیز علامتهای مشخص کنوانسیون ژنو ممنوع است.

Otto skorzeny et autres, United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals, 9, 1949, p.90.

نیز ر.ک. آراسن، مذکور، ص ۹۱ که عمل مزبور را که مورد تأیید در رأی فوق و بخشی از دکترین (اپنهایم، هال، بلانچلی) ذکر می‌کند، مردود می‌شمارد. قابل توجه آن که برخلاف رأی مذکور، در تأیید مقررات لاهه ۱۹۰۷ (بند «و» ماده ۲۳)، بند ۲ ماده ۳۹ پروتکل اول ۱۹۷۷ استفاده از اونیسورم یا علائم ملی حریف را، طی حمله و نیز برای مخفی کردن، تسهیل، حفاظت و ممانعت، منع کرده بدون آن که به خائنانه بودن آن تصریح نموده باشد. نک. زیرین، ص ۳۰.

بنابراین نویسندگان کنوانسیون در آن زمان به جهت اهمیتی که استفاده بجا و درست از علائم مزبور می‌تواند در حفظ حیثیت انسانها داشته باشد و نقشی که در ختم درگیری می‌یابد (پرچم مذاکره)، سوءاستفاده از آن را چنانچه حتی به قصد کشتن نباشد، منع نموده بودند. در حقیقت استفاده از این علائم حاکی از قانونمندی جنگ بود و در نتیجه با هدف اصلی که همان تضعیف نیروهای نظامی دشمن است همسویی داشت.

فقط عمل خائنانه به قصد کشتن دشمن نیست که به شدت محکوم شده بلکه روح راستی و شرافت در تمام برخوردهای نظامیان با یکدیگر در کلیه عملیات از نظر حقوقی ضروری است تا از لگام گسیختگی، عمل متقابل غیرقانونی، تشدید خشونت و کینه و انتقام جلوگیری شود. پروتکل اول (۱۹۷۷) مفاهیم فوق را طی دو ماده ۳۸ و ۳۹ تفکیک نموده است. ماده ۳۸ سوءاستفاده از علائم بین‌المللی مانند علامت صلیب سرخ و هلال احمر و سایر علائم حفاظت‌کننده شناخته شده بین‌المللی و رمزها (رادیویی، روشنایی، شبرنگ، مخابرات) را که در معاهدات دیگر یا همین پروتکل مشخص شده‌اند منع کرده (ماده ۳ از فصل دوم و فصل ۴، ۵ و ۶ ضمیمه اول) و نهایتاً پرچم مذاکره و علامتهای مربوط به حفاظت از اماکن فرهنگی و علامت مشخصه ملل متحد را نیز به آن اضافه نموده است (بند ۲ ماده ۳۸). در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی به موجب بند ۳ از قسمت (ب) ۲ ماده ۸ راجع به مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و بند ۳ (ه) همان ماده راجع به مخاصمات غیربین‌المللی آمده است که هدایت عمدی حملات بر ضد کارکنان، تأسیسات، ملزومات، واحدها و خودروهایی که در کمک‌رسانی بشردوستانه یا مأموریت حفظ صلح به موجب منشور ملل

متحد به کار گرفته می‌شوند و مورد حمایت قسار دارند جنسایت جنگی محسوب می‌شود.

علائم و نشانه‌های مذکور^{۳۶} دارای حرمت خاص بوده، فقط باید در موارد بجا استفاده شوند و مشخص‌کننده عملی خاص یا فعالیت مؤسسات و سازمانهای مربوط هستند که وظیفه دارند خدمات انسان‌دوستانه خود را طی جنگ ارائه دهند و از جمله ابزار حسن اجرای قواعد جنگ به شمار می‌روند. از همین روست که سوءاستفاده از علامتهای مزبور در نقض ماده ۳۷، که باعث مرگ افراد یا لطمه شدید به تمامیت جسمی یا سلامتی آنان شده باشد، طبق بند ۳ ماده ۸۵ پروتکل اول و قسمت (و) همان بند از ماده مذکور، جرم سنگین بشمار آمده، قابل مجازات خواهد بود. بند ۵ ماده مذکور اضافه می‌نماید که «با توجه به اجرای معاهدات بین‌المللی و این پروتکل، جرائم سنگین نسبت به این توافقات، جنسایت جنگی محسوب می‌گردند». در بند ۷ از قسمت (ب) ۲ ماده ۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز سوءاستفاده از پرچم متارکه جنگ و یا پرچم، نشانها و لباس متحدالشکل دشمن یا سازمان ملل یا علائم مشخص کنوانسیونهای ژنو به طوری که منجر به مرگ یا آسیب شدید به اشخاص شود، جنسایت جنگی محسوب شده، رسیدگی به آن در صلاحیت دیوان خواهد بود، به خصوص اگر در قالب یک برنامه گسترده صورت گرفته باشد. بند ۱ ماده ۳۹، استفاده از علائم ملی یعنی انواع پرچم، مظهر، نشان یا لباس نظامی متحدالشکل

۳۶. علامت مشخص (Signe distinctif) در بند ۱ ماده ۸ پروتکل اول تعریف شده و آن علامت مخصوص صلیب سرخ و هلال احمر است که به روی پارچه سفید نقش بسته است هنگامی که برای حفاظت واحدها و وسایل حمل و نقل بهداری و کارکنان بهداری و خادمان مذهبی و تجهیزات آنان، مورد استفاده قرار گیرد.

کشورهای بی طرف یا کشورهای غیرشرکت کننده در جنگ را ممنوع اعلام می کند که با توجه به بند (د) قسمت اول ماده ۳۷، چنین اعمالی خائنانه نیز محسوب خواهد شد. علت آن مسلماً کوشش در حفظ روحیه شرافت در جنگ از طریق تفکیک بین نیروهای خودی و غیرخودی و احترام به اهمیت بی طرفی است، چون در صورت استفاده از لباس غیر، حفاظتی ناروا انجام می گیرد و چنانچه از لباس خود او (حریف) به منظور حمله به او یا اختفای عملیات یا محفوظ ماندن عملیات یا ایجاد مانع برای عملیات استفاده شود، عملی نادرست بوده، در هر حال ممنوع تلقی خواهد شد (بند ۲). مزیت آن در این است که استفاده از لباس و علائم ملی حریف نه تنها در جریان حمله ممنوع است بلکه بکارگرفتن آنها پیش از گشودن آتش نیز به منظور فریب روا نمی باشد.^{۳۷}

از دیگر مقررات بشردوستانه در حفظ حیثیت رزمندگان قاعده امان* است که به موجب آن شخص درمانده یا مغلوب حق دارد نجات یابد و سلامت باشد و اسیر شود و کشته نشود. خلاف آن عمل کردن و در توانایی انتقام گرفتن، قلع و قمع کردن و اعلام این که هیچ کس زنده نخواهد ماند (و به اصطلاح دمار از روزگار دشمن در آوردن و ...) خلاف حق حیات و حیثیت بشریت است و از مذموم ترین روشها بوده به همین جهت منع شده است. حریف را به این وضع تهدید کردن یا هدایت جنگ برای رسیدن به این مقصود نیز همگی ممنوع است (ماده ۴۰). نظیر همین

۳۷. نک. پیشین، ص ۲۵ و آراسن، مذکور، ص ۹۱.

*. La règle du quartier.

راجع به اعطای امان در حقوق اسلام، ر.ک. دکتر سیدمصطفی محقق داماد، مذکور، ص ۲۳۷ و بعد؛ نیز، دکتر محمدرضا ضیائی بیگدلی، مذکور، ص ۱۷۲.

معنی در عبارت آخر بند ۱ ماده ۴ پروتکل دوم (۱۹۷۷) راجع به
 مختصات غیربین‌المللی دیده می‌شود که از جمله ضمانتهای پایه* حقوق
 بشردوستانه محسوب شده است.^{۳۸} اگر دقت شود مشخص می‌شود که
 مکافات شرکت در جنگ از سوی دولت مقابل، چنانچه نفرات را
 «دستگیر» کرده باشد «حبس» (در اینجا اسارت) است و «اعدام» نیست،
 به خصوص از نوع دسته جمعی آن. توجه به ارزش زندگی انسان و حق
 حیات او در صورت مبادرت به جنگ در وضعیت اخیر، با مفهوم حق
 حیات مندرج در اسناد حقوق بشر نزدیکی خاصی می‌یابد (ماده ۳ اعلامیه
 جهانی حقوق بشر؛ ماده ۲ اعلامیه اسلامی حقوق بشر؛ عبارت ۱ و ۲ ماده ۶
 میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی؛ کنوانسیون ۱۹۴۸ راجع به نسل‌کشی
 و غیره) و در طی هر دو وضعیت چه صلح و چه جنگ حکم آن تطبیق
 می‌کند. اصل تضعیف نیروهای نظامی دشمن نیز که در اعلامیه سن
 پترزبورگ ۱۸۶۸ بر آن تأکید شده، در قاعده امان با یکی از مصادیق خود
 روبرو است. همچنین عدم رعایت قاعده امان، علت وجودی کنوانسیون
 سوم ژنو (۱۹۴۹) در مورد اسرا و زخمی‌ها و بیماران را منتفی خواهد کرد
 (اصل گرفتن و اسیر کردن). قاعده امان در حقوق بین‌الملل مختصات
 دارای قدمت است و برخاسته از عرفهای نوع‌دوستانه‌ای است که در بند
 (ج) ماده ۲۳ مقررات لاهه ۱۹۰۷ تدوین گردیده: «کشتن، زخمی کردن

*. Garanties fondamentales.

۳۸. بند ۱ ماده ۴ پروتکل دوم مقرر می‌دارد:

«تمام افرادی که مستقیماً در مختصات شرکت نمی‌کنند یا دیگر شرکت ندارند، چه از آزادی محروم
 باشند یا نباشند شخص آنها محترم، آبروی آنان محفوظ و اعتقادات و فرائض دینی آنان رعایت می‌گردد.
 با آنان در هر وضعیتی بدون هیچ تبعیض ناپسند رفتار خواهد شد. اعلام این که هیچکس زنده نخواهد ماند
 ممنوع است.»

دشمنی که سلاح بر زمین گذاشته و یا دیگر امکان دفاع از خود ندارد و خود را تسلیم می‌کند ممنوع است» و بند (د) همان ماده به قاعده امان تصریح نموده، ندادن آن را منع می‌کند. بند ۱۲ از قسمت (ب) ماده ۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی امان ندادن را جنایت جنگی محسوب نموده است که ماهیت این عمل قابل تعمیم به جنگهای داخلی نیز هست: «اعلان این که به هیچکس امان داده نخواهد شد» یا همگی کشته خواهند شد (بند ۱۰ از قسمت (ه) ماده ۸ اساسنامه). در مورد خصوصیت قاعده امان باید گفت که نیت از اعلام آن در ماهیت غیرقانونی آن تأثیری ندارد چه به مقاصد سیاسی یا روانی و پایان سریع جنگ باشد و چه به منظور زودتر تسلیم شدن دشمن (در فتح استحکامات یا ستاد یا قلاع نظامی و مواضع تجمع او).^{۳۹} نتایج امان ندادن نیز برخلاف تصور کسی که خلاف آن عمل می‌کند، موجب وخامت اوضاع، دوری از صلح و تبعات روانی مانند انزجار ملی، حس انتقام و کینه و مردمی شدن و طولانی شدن جنگ خواهد شد در حالی که رفتار بشر دوستانه منطبق با حیثیت انسان نسبت به مغلوب، به فرونشاندن آتش خصومت کمک می‌کند. کشتار عمدی (massacre) در بند ۱ از قسمت (الف) ماده ۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، جنایت جنگی محسوب شده و از این دیدگاه تبعات آن با نتایج امان ندادن یکسان است. اگر امان ندادن توأم با مقاصدی نظیر نابودی افراد از نظر قومی یا نژادی باشد، قباحت آن بیشتر و در مقیاس وسیع از مصادیق نسل‌کشی یا نابودی نژادی می‌تواند محسوب گردد.

با اعمال قاعده امان نفرات ناتوان شده یا به بند کشیده شده، نباید از

۳۹. آراسن، مذکور، صص ۹۵-۹۴.

هرگونه تعدی و تجاوز در آینده مصون بمانند. این وضع تا انتهای مدت اسارت به اضافه استفاده از مزایای اسارت، ادامه خواهد داشت.

ماده ۴۱ پروتکل اول، تحت عنوان سلامت دشمن خارج از نبرد اعلام می‌دارد که «هر شخصی که پذیرفته‌ایم یا باید بپذیریم که با توجه به اوضاع و احوال موجود، خارج از نبرد تلقی گردد، نباید مورد حمله قرار گیرد؛ خارج از نبرد کسی است (بند ۲) که تحت اقتدار طرف مقابل افتد و یا آشکارا اعلام کند که می‌خواهد تسلیم شود و یا هوش و حواس خود را از دست داده یا به علت جراحت یا بیماری یا ناتوانی، دیگر نمی‌تواند از خود دفاع کند، مشروط به آن که در همه اشکال فوق از هر عمل خصمانه بپرهیزد و کوشش نکند فرار کند». نتیجه آن که امان دادن از جمله اجزاء مقدماتی روند اسارت و تسلیم نقطه آغاز اسارت است که با دستگیری شروع می‌شود و مصونیت و مزایای اسارت با ترتیبات مذکور شامل حال رزمنده می‌گردد. قاعده امان و لازمه منطقی آن، حق تسلیم در صورت خارج بودن از نبرد و یا در حالت شکست، و آنگاه سلامت در اسارت، در سومین کنوانسیون ۱۹۴۹ راجع به اسرا با هدف مشابهی پیش‌بینی شده است. براساس ماده ۴ (الف)، «هر نظامی پس از گرفته شدن توسط دشمن اسیر محسوب می‌شود...». در قالب قاعده امان، در اختیار دشمن قرار گرفتن، خاتمه‌ای مطلوب است که مقدمه برخورداری از حقوق اسارت محسوب می‌شود (مواد ۱۳ و ۱۴ و ۱۶ کنوانسیون سوم ژنو ۱۹۴۹ و

۴۰. برای اطلاع بیشتر در این زمینه و آشنایی با نمونه‌ها ر.ک. شارل روسو، مذکور، جلد اول، ص ۱۰۳ و بعد.

ماده ۴۴ پروتکل اول).^{۴۱} مواد اخیر به طور کلی در جهت حفظ حیثیت فرد اسیر است و ناظر به این است که در هر وضعیتی باید با انسانیت با او رفتار شود و از کاری که باعث مرگ او شود اجتناب گردد: (اسیر باید از خشونت و تهدید مصون بوده از کنجکاوای مردم در امان باشد و هیچ عمل تلافی‌جویانه‌ای نسبت به او روا داشته نشود و در همه احوال، کرامت و شرافت انسانی او محفوظ مانده، هیچ تبعیضی علیه او از جهات گوناگون به عمل نیاید). در مذمت کشتن یا زخمی کردن بی‌دلیل، بند ۶ (ب) ماده ۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی اعلام می‌دارد که این اعمال در مورد رزمنده‌ای که سلاح خود را بر زمین گذاشته است یا وسیله‌ای برای دفاع ندارد و از روی اختیار تسلیم شده جنایت جنگی محسوب می‌شود. حتی اگر امکان نگهداری یا جابجایی بعضی نفرات یا دسته‌های متفرق برای دستگیر کننده وجود نداشته باشد و او وضعیت خود را به این علت در خطر ببیند، حق هیچگونه رفتار ناروا نسبت به دستگیر شدگان یا تعدی به حق حیات آنان را ندارد بلکه باید آنان را آزاد کند، چرا که کرامت انسانیت برتر از ضروریات نظامی است. بند ۳ ماده ۴۱ پروتکل اول در این باره مقرر می‌دارد: «هنگامی که افراد دارای حق حمایت اسرای جنگی در شرایط نبردی غیر معمول قرار گیرند که مانع تخلیه آنان طبق باب سوم از بخش ۱ سومین کنوانسیون ژنو گردد، باید آزاد شوند و تمام احتیاط‌های ضروری برای تضمین امنیت آنان در نظر گرفته شود»؛ مفاد ماده ۲۰

۴۱. در مورد نقض فاحش حقوق بشردوستانه در جنگ تحمیلی عراق علیه ایران، ر.ک. «موازین حقوق بین‌الملل بشردوستانه و عملکرد ارتش عراق در جنگ با ایران»، رساله کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، نعمت‌الله پورمحمدی، ۸۰-۱۳۷۹، دانشگاه آزاد اسلامی، بخش اول، رفتار ارتش عراق با نظامیان در صحنه نبرد، صص ۹۲-۶۷.

کنوانسیون سوم ژنو (۱۹۴۹) نیز شرایط چنین آزادی را رفتار انسانی با آنان، مشابه رفتار با نفرت ارتش دستگیرکننده هنگام جابجایی می‌داند. رهایی از مشکلات نگهداری یا انتقال افراد هرگز مجوزی برای نابود کردن آنان نیست. اصولاً کشتن افرادی که به هر صورت در اختیار قرار می‌گیرند، جرمی سنگین محسوب شده است (بند ۵ ماده ۸۵ پروتکل اول ۱۹۷۷) حال چه برخوردار از مزایای اسارت باشند، یا حتی مشکوک به برخوردارگی از آن حقوق بوده، قابل محاکمه و مجازات تشخیص داده شوند. گروه اخیر نیز تا پیش از محاکمه در دادگاه ذیصلاح از مصونیت‌های اسارت بهره‌مند می‌گردند (بند ۱ ماده ۴۵) و در همین جهت بند ۴ ماده ۴۴ پروتکل اول مقرر داشته است که حقوقی معادل با حقوق اسیر از هر نظر، برای افراد محاکمه شده باید اعمال شود. رعایت احترام افرادی که از جنگ خارج شده‌اند، در جنگ‌های داخلی نیز مورد توجه تدوین‌کنندگان کنوانسیون‌های ژنو قرار گرفته است. ماده ۳ مشترک چهار کنوانسیون، دولت‌های درگیر در جنگ داخلی را بیش از هر چیز (در بند ۱) مکلف کرده که با کسانی که مستقیماً در جنگ شرکت ندارند یا کسانی که اسلحه بر زمین گذاشته‌اند یا بیمار یا زخمی شده‌اند و یا به هر علت دیگر قادر به جنگ نیستند باید رفتاری انسانی داشت. این وضع شامل نیروهای مردمی و فراریان نیز می‌شود که هیچ عمل شدیدی مانند قتل و تحقیر و تخفیف و غیره نباید نسبت به آنان روا داشته شود.^{۴۲} حفظ شوون و منزلت

۴۲. ممانعت از قتل آنها در راستای پاسداری از حق حیات آنها و منع تخفیف و تحقیر آنان نوعی پاسداری از کرامت انسانی آنان است. ضمناً باید توجه داشت که تهدید به قتل و یا اقدام به آن و وجود روحیه جنایت، کرامت افراد را بیش از هر چیز تضییع می‌کند.

افراد به ویژه از آن جهت مورد توجه قرار گرفته که غالباً در جنگهای داخلی با توجه به تعلقات ایدئولوژیک یا سیاسی، رفتارهای خشونت‌بار بسیار است و از این بابت طرفین منخاصه باید در همه احوال بدون هیچگونه تبعیضی ناشی از نژاد، رنگ، مذهب، عقیده، جنس، اصل و نسب یا ثروت یا هر علت مشابه دیگر، مصونیت‌های ماده ۳ را شامل حال آنان کنند.

پیش‌بینی ماده ۴۱ و این که هیچ شخصی خارج از نبرد نباید کشته شود، قدم بسیار بزرگی به نفع مقررات بشر دوستانه حقوق منخاصات است که به موجب آن ضروریات نظامی و یا نژادپرستانه و قومی که بسیار شاهد آن بوده‌ایم تماماً به نفع مصالح انسان دوستانه تعدیل یافته است. آنچه در اولویت قرار می‌گیرد، محافظت است که عدم آن در مقطع غلبه، خطراتی مانند ارباب و شکنجه و ضرب و شتم در پی دارد که همگی محرک‌های قوی و مؤثری برای شروع خصومتی مجدد و شدیدتر است. باید افزود که جمعیت غیرنظامی نیز در صورت مشاهده افراد نظامی دشمن باید ملاحظات انسانی نسبت به ایشان روا دارند و حق کشتن آنان را ندارند (ماده ۱۷ پروتکل اول). ترتیبات معمول یعنی علامتی که برای تسلیم و خروج از نبرد بکار می‌رود مانند بلند کردن دست، پیش آمدن، بلند کردن اسلحه، گذاشتن آن بر زمین، نشستن و مانند آن و به ویژه افراشتن پرچم سفید (چنانچه به قصد خائنانه نباشد) همگی نشانه طبیعی و عرفی وجود روح مسالمت است و حق حیات از آن برمی‌آید و باید بر آن مترتب شود.^{۴۳}

۴۳. پیش از این ماده ۳۲ کنوانسیون چهارم لاهه (۱۹۰۷) در فصل سوم اضافه بر مورد فوق پیش‌بینی کرده بود: «مذاکره‌کننده به شخصی گفته می‌شود که از سوی یکی از متخاصمین مجاز شده باشد با طرف

بدون تردید رعایت موارد پیش‌بینی شده فوق در عمل بسیار مشکل و تشخیص امور، گاهی ناممکن و متضمن خطرات فراوان است اما می‌دانیم که در همه احوال ملاک عمل، رعایت قاعده بنیادی احتیاط است (موضوع ماده ۵۷ پروتکل اول).

از موارد دیگر حالت شروع به خروج از نبرد، وضعیت کسانی است که در حال سقوط از ارتفاع هستند. باید روشن شود که نقطه آغاز آن چگونه قابل تشخیص است چون حق محفوظ ماندن (Protection) به موجب ماده ۴۲ پروتکل اول (۱۹۷۷) به نفرات هواپیماهای ساقط شده نیز سرایت می‌کند (شاید لازم به توضیح باشد که بمباران هوایی مواضع زمینی دشمن، جنگ زمینی و مشمول مقررات آن است).

پیش از درج مقرراتی در این زمینه در پروتکل اول (۱۹۷۷)، با ورود هواپیما در جنگ جهانی اول، مقررات لاهه ۱۹۲۲ راجع به جنگ هوایی پیش‌بینی کرده بود که «چنانچه وسیله هوانوردی (aéronef) ساقط شود، افرادی که می‌خواهند با چتر از آن بیرون روند نباید در جریان فرود خود، مورد حمله قرار گیرند».^{۴۴} نفرات مزبور که با چتر فرود می‌آیند

دیگر به گفت و گو پردازد و با پرچم سفید حضور یابد. چنین شخصی مصون از تعرض است و نیز مصون است شیپور و سرنا و طبل و حامل پرچم و مترجم همراه او».

۴۴. سند مذکور مورد تصویب قرار نگرفت اما قاعده پیش‌بینی شده در آن دارای اعتبار است و در مقررات نظامی داخلی کشورها مشابه آن وجود دارد.

USA, FM 27-10, Departement of the Army-Field Manual, ch.30 – Italie, leggi di guerra, 1938-France, Règlement de discipline générale dans les armées, chap. 2, art. 34.

که در مورد اخیر به عنوان مثال چنین بیان شده است: «... به علاوه آنان منع شده‌اند [نظامیان در جنگ] که خدمه و سرنشینان هواپیماهای کشوری یا لشگری را که از هواپیمای ساقط شده با چتر فرود می‌آیند هدف قرار دهند، مگر هنگامی که در عملیات هوابرد باشند»، نقل از آراسن، مذکور، ص ۱۰۶. همچنین به

اصولاً تسلیم شده‌اند و نیاز به دادن علامت خاصی نیست بلکه اصل بر تسلیم بودن فردی است که وسیله او در هوا ساقط شده است مگر خلاف آن اثبات شود و شخص، قصد خصمانه داشته باشد. پیش‌بینی چنین موردی یقیناً با اصول بنیادی حقوق بشردوستانه جنگ منطبق است زیرا چنین شخصی ضعیف و بی‌دفاع است. در بند ۱ ماده ۴۲ پروتکل اول (۱۹۷۷) اصل مزبور مورد تأکید مجدد قرار گرفته و پیش‌بینی شده است که «هیچ فرد پرنده با چتر، از وسیله هوانورد ساقط شده، نباید در جریان فرود مورد حمله قرار گیرد». بند ۳ ماده مذکور افراد فرود آینده را محدود کرده است و حمایت را شامل حال نیروهای هوابرد نمی‌داند: «نیروهای هوابرد تحت حمایت این ماده قرار نمی‌گیرند». عملیات نیروهای مزبور نظامی بوده، با فرود اضطراری سرنشینان هواپیمای ساقط شده متفاوت است. نیروهای مزبور در حال عملیات هستند و در حالت تسلیم نمی‌باشند و چنانچه مجبور به ترک وسیله خود باشند نیز از حمایت ماده ۴۲ بهره‌مند نخواهند بود، زیرا بند ۳ ماده مذکور اطلاق دارد، به خصوص که در پروتکل چیزی راجع به تسلیم آنان در مرحله فرود، و نوع اقدامات خصمانه علیه آنان پیش‌بینی نشده است. باید دید که اگر هواپیمای آنان ساقط شده باشد، تحت چه شرایطی می‌توان آنان را خارج از نبرد محسوب کرد و از حمایت‌های خاصی بهره‌مند نمود؟ چون نمی‌توان حق تسلیم و درخواست آن را از کسی سلب نمود.

موجب ماده ۷۴ آیین‌نامه انضباطی نیروهای مسلح ارتش جمهوری اسلامی ایران «تیراندازی به سوی سرنشینان و مسافران هواپیماهای نظامی یا غیرنظامی دشمن که در خطر بوده و با چتر نجات به خارج پریده‌اند، به استثنای افرادی که در عملیات هوابرد شرکت داشته باشند ممنوع است». برای اطلاع بیشتر در زمینه مقررات حقوق بشردوستانه و ورود آن در نظام داخلی ایران، ر.ک. «آشنایی با حقوق بشردوستانه بین‌المللی». کمیته ملی حقوق بشردوستانه جمهوری اسلامی ایران، تابستان ۱۳۸۱، صص ۳۲-۲۱.

حمایت از افرادی که هواپیمای آنان ساقط شده و جزء نیروهای مزبور نیستند فقط مربوط به زمانی که در حال فرود هستند نمی‌باشد؛ آنان پس از فرود بر روی زمین ولو در خاک دشمن، مورد حمایت خواهند بود به این معنی که می‌توانند خود را تسلیم نمایند. بند ۲ ماده ۴۲ در این باره اشاره دارد که «با تماس با زمین تحت کنترل حریف، باید به فردی که با چتر از وسیله هوانورد ساقط شده پریده است، پیش از آن که مورد حمله قرار گیرد، اجازه داد تسلیم شود، مگر این که آشکارا به عمل خصمانه دست زند». اعمال خصمانه معمولاً استفاده از اسلحه یا فرستادن پیام نجات برای هم‌زمان یا متحدین یا استتار یا هرگونه مقاومت در برابر دستگیرکنندگان و امثال آن است ولی رفتن به سوی موضع خودی، در آن حالت پریشانی و سردرگمی نباید عمل خصمانه محسوب شود و چه بسا باد در چتر بیفتد و آن را به هر سو ببرد.^{۴۵} از مصادیق عمل خصمانه در حال فرود، در ماده ۴۲ ذکری به میان نیامده است.

۴۵. آراسن، مذکور، ص ۱۰۷، نیز نک. دائرةالمعارف حقوق بین‌الملل، مذکور، جلد ۳، Air warfare، ص ۸ Military Aircraft as Military objectives.

نتیجه کلی

در تئوری تا حد بسیار قابل توجهی حقوق بشردوستانه جنگ توسعه یافته است و حتی نکات مهم و دقیقی تدوین شده که اگر در عمل هم رعایت شوند بسیار خوشحال کننده خواهد بود و ضامن حق حیات و کرامت رزمندگان در حال جنگ است. گرچه حقوق بین الملل و به ویژه حقوق مخاصمات دارای ضمانت اجرای ضعیفی است اما وجود مقرراتی که به بعضی از آنها اشاره شد از آن جهت ضروری است که اولاً می توان آنها را به افراد نظامی به منظور رعایت آن، تعلیم داد و از این نظر روحیه حاکم بر صحنه جنگ را تا حد ممکن تغییر داد و ثانیاً با مشخص کردن اقدامات ممنوعه، افکار عمومی را برتر از هر ضمانت دیگری، نسبت به متجاوزین به حقوق بسیج نمود.

عدم قابلیت اجرای قانون خارجی صلاحیتدار به هنگام اضطرار^۱

دکتر فرهاد خمایی زاده*

چکیده

اجرای قانون خارجی تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض مقرر دادگاه ممکن است وقت گیر باشد در حالی که احتمال دارد در مواردی تأخیر در تعیین تکلیف موضوع مطروحه موجب ورود لطمات جانی و مالی به ذینفع باشد. در چنین مواردی اجرای موقت قانون مقرر دادگاه تا زمان قابل اجرا شدن قانون خارجی لازم و موجه است.

1. I.urgence.

*. استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

مقدمه

قواعد حل تعارض قوانین در هر کشور، تعیین کننده قانون صلاحیتدار در موضوعات حقوق بین الملل خصوصی هستند. این قانون یا قانون مقرر دادگاه است یا قانون خارجی. در صورت اخیر قانون خارجی تعیین شده که اصولاً لازم الاجراست^۲ و ممکن است به دلایلی موقتاً قابلیت اجرا^۳ نداشته باشد. به عبارت دیگر، با توجه به این که در مواردی زمان لازم برای قابل اجرا شدن قانون خارجی ممکن است موجب ورود ضرر و زیان به ذینفع یا اموالش باشد می بایستی به طور موقت از اجرای قانون مذکور صرف نظر و با توجه به قانون مقرر دادگاه اقدامات مقتضی را انجام داد^۴ بدون این که موضوع عدم قابلیت اجرای قطعی و دائمی قانون خارجی مطرح باشد.

موضوع مقاله حاضر بررسی عواملی است که می توانند به طور موقت

۲. Arminjon معتقد است وقتی قاعده حل تعارض مقرر دادگاه یک رابطه حقوقی را تابع قانون خارجی می داند قاضی اصولاً باید قانون مذکور را اجرا نماید البته در شرایط معمولی و در چارچوب حفظ منافع و نظم عمومی.

Arminjon (P.), "Précis de Droit International Privé", Paris, 1947, n° 181.

3. Impossibilité temporaire.

۴. مثلاً در سویس و اتریش چنین است. صلاحیت کلی و جانشینی قانون مقرر دادگاه *Vocation subsidiaire de la lex fori* قاعده ای پذیرفته شده است. به موجب این قاعده قانون مقرر دادگاه صلاحیت اجرا می یابد در صورتی که با توسل به قاعده حل تعارض نتوان به قانون کشور معینی رسید و یا اجرای قاعده حل تعارض منجر به اجرای قانون کشوری شود که غیر قابل اجراست. جانشینی قانون مقرر دادگاه ممکن است به طور موقت یا دائمی باشد. برای مطالعه ر.ک.

Louis-Lucas (P.), "EXIST-T-IL une Compétence Générale du Droit Français pour le Règlement des Conflits de Lois?" *Revue critique de droit international privé*, 1959, 405; Bischoff (J-M.),

"La Compétence du Droit Français dans le Règlement des Conflits de Lois", Paris, 1959.

البته نظر دیگری هم هست مبنی بر این که در چنین مواردی دعوی باید به دلیل این که مدلل نیست رد شود. ر.ک. سلجوقی، دکتر محمود، «حقوق بین الملل خصوصی»، جلد دوم، تعارض قوانین، چاپ اول، نشر دادگستر، تهران ۱۳۷۷.

مانع اجرای قانون خارجی شوند. این عوامل یا به مشکلات مربوط به تعیین محتوای قانون خارجی مربوط می‌شوند و یا به تشریفات مقرر به وسیله قانون خارجی.

۱- دشواری تعیین محتوای قانون خارجی^۵

هنگامی که قاعده حل تعارض مقر دادگاه در موردی قانون کشوری خاص را صلاحیتدار اعلام می‌کند مسلماً اتخاذ تصمیم در خصوص موضوع تنها پس از شناختن محتوای قانون خارجی و به عبارت دیگر تعیین راه‌حلی که در آن قانون پیش‌بینی شده امکان‌پذیر خواهد بود.

در پاسخ به این سؤال که بار اثبات قانون خارجی به عهده کیست عقاید مختلفی ابراز شده است. بعضی معتقدند قانون خارجی از امور موضوعی است^۶ و اصحاب دعوی می‌بایستی محتوای آن را تعیین نمایند و قاضی تکلیفی ندارد.^۷

۵. همان‌گونه که Arminjon تصریح می‌کند: «کلمه قانون خارجی باید بسیار موسع تفسیر شود. منظور از قانون خارجی نه تنها قوانین نوشته به معنی خاص بلکه مقررات و آرای مقامات عمومی، تصمیمات قضایی و ... همچنین عرف و عادت می‌باشد».

Arminjon (P.), "Précis de Droit International Privé", op. cit., n°261, p.226.

6. Questions des fait.

۷. ایده مذکور مبتنی بر این تئوری کلاسیک است که رسیدگی مدنی مربوط به طرفین می‌شود و منافع چندانی برای جامعه ندارد لذا اصحاب دعوی می‌توانند از طرح امور موضوعی که می‌تواند بر تصمیم قاضی تأثیر بگذارد امتناع ورزند.

Cyrille (D.), "La loi Etrangere devant le Juge du Fond", Paris, 1965, n° 210, p.163.

در حقوق انگلستان که از این سیستم پیروی می‌کند فرض است که قانون خارجی مشابه قانون انگلستان است مگر این که طرف ذینفع خلاف آن را ثابت کند.

Cheshire and Norths, "Private International Law", 10th edition, Butterworths, London, 1979, p.125.

در مقابل بعضی قانون خارجی را امری حکمی^۸ تلقی می‌کنند و قاضی را مکلف می‌دانند همانطور که ملزم به اجرای قانون متبوع خود است رأساً در خصوص تعیین محتوای قانون خارجی اقدام نماید،^۹ بالاخره عده‌ای راه‌حل میانه‌ای را پیشنهاد و تنها در موارد خاصی قاضی را ملزم به اجرای قانون خارجی می‌نمایند.^{۱۰}

همچنین ر.ک. ترورسی هارتلی، «استناد و اثبات قانون خارجی: مقایسه‌ای بین سیستم‌های مهم اروپایی»، ترجمه قنبری جهرمی، دکتر محمدجعفر، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی ج.ا.ا، شماره ۲۳، سال ۱۳۷۷، ص ۱۳۳، برای آرای صادره در موضوع در حقوق انگلستان ر.ک.

Warner Brothers v. Nelson, 1937- I.K.B 209; Gressington Court (owners) v. Marinero (owners) The Mariner, 1955, p.68.

این که کدام یک از طرفین دعوی بار اثبات را به عهده دارد ر.ک.

Juris – Classeur de droit international, Fasc, 539, n^o 75.

8. Questions de droit.

۹. مثلاً در حقوق آلمان به موجب ماده ۲۹۳ قانون آیین دادرسی مدنی قاضی اگر قانون بیگانه را خود می‌شناسد باید آن را اجرا کند و به موجب رویه دیوان عالی کشور آلمان وی باید محتوای قانون خارجی را تا جایی که می‌تواند جستجو کند. همچنین می‌تواند اثبات آن را از طرفین بخواهد. در تأیید همین نظریه Motulsky معتقد است تعیین محتوای قانون خارجی وظیفه قاضی است و اجرای قانون تعیین شده به وسیله قواعد حل تعارض (چه قانون مقر دادگاه باشد چه قانون خارجی) و صرفظ از نوع موضوع طرح شده وظیفه قاضی است Juris-Classeur Périodique (Semaine juridique), 1960, 1733. به نظر وی نادیده گرفتن این الزام منجر می‌شود به این که طرفین بتوانند یک قانون خارجی ادعایی را که محتوایش را جعل نموده‌اند اجرا نمایند. 1965, n^o 21, p. 692. Motulsky (H.), "Mélanges Savatier", اتریش، هلند، پرتغال و کشورهای اسکانندیناوی نیز همین موضع را اتخاذ نموده‌اند. ترورسی هارتلی، همان منبع، ص ۱۴۵.

۱۰. مثلاً در حقوق فرانسه آخرین موضع متخذه در رأی Cavco مشهود است: «اگر طرفین دعوی اعمال قانون خارجی را درخواست نکنند حکم صادره صرفاً به دلیل این که دادگاه رسیدگی کننده قانون مقرر دادگاه را اعمال نموده قابل نقض نخواهد بود، مع‌ذلک این قاعده کلی فقط هنگامی جاری است که قانون خارجی برطبق مفاد یک کنوانسیون بین‌المللی که فرانسه عضو آن باشد قابل اعمال نباشد و همچنین جایی که موضوع دعوی مربوط به حقوقی باشد که طرفین دعوی مختارند آزادانه در حقوق خود دخل و تصرف نمایند.»

Civ. 4 Dec. 1990, Journal du droit international, 1997, 371 note Bureau, Revue critique de droit international privé, 1991, 558 note Niboyet.

برخلاف قانون مقر دادگاه که شناخت قاضی از مفاد و محتوای آن مفروض است و به همین لحاظ نیز موظف به اجرای قانون کشور خود است تعیین محتوای قانون خارجی همیشه به سادگی امکان پذیر نیست،^{۱۱} مثلاً ممکن است خصوصاً در رابطه با کشورهایی که دارای سیستم حقوقی بسیار متفاوت از مقر دادگاه هستند برای تعیین محتوای قانون خارجی تحقیقات یا استعلام از مراجع خاصی ضرورت داشته باشد در حالی که وضعیت خاص پرونده اتخاذ تصمیم سریع در خصوص موضوع را ایجاب نماید و هرگونه تأخیر در این امر موجب ورود لطمات جبران ناپذیری بر جان، مال شخص یا اشخاص ذی نفع باشد. به همین دلیل در چنین مواردی معمولاً اجرای قانون مقر دادگاه را به طور موقت پیشنهاد می نمایند.^{۱۲}

برای مطالعه بیشتر ر.ک. ترورسی هارتلی، همان منبع، ص ۱۲۵ و

Loussouarn (Y.), Bourel (P.), "Droit International Privé", 2 ème éd, Dalloz, Paris, 1980, n° 239.

برای دیدن موضع متخذه در حقوق ایران ر.ک. سلجوقی، دکتر محمود، همان منبع، شماره ۳۲۳ و متولی، دکتر سید محمد، «احوال شخصیه بیگانگان در ایران»، چاپ اول، انتشارات ساز و کار، ۱۳۷۸، ص ۱۴۱-۱۴۰.

۱۱. به همین دلیل حتی کشورهایی که قانون خارجی را امری حکمی تلقی می نمایند برخوردشان با آن به مثابه قانون مقر دادگاه نیست و آن را نوع دیگری از قانون تلقی می نمایند. در مقابل کشورهایی که قانون خارجی را امری موضوعی می دانند می پذیرند یک امر موضوعی معمولی نیست و ویژگی خاص خود را دارد. ترورسی هارتلی، همان منبع، ص ۱۱۳.

۱۲. مشکل در تعیین محتوای قانون خارجی ممکن است حتی به عدم امکان اجرای قطعی آن منجر شود، مثلاً هنگامی که راه حلی در سیستم حقوقی کشور خارجی یافت نمی شود. در فرانسه ر.ک.

Trib. gr. inst. Paris, (Ch.4), 22 Juin 1970, Journal du droit international, 1972, p.311, note Kahn, Revue critique de droit international privé, 1973 somm. 763; Juris-Classeur de droit international, Fasc, 539, n°.137.

برای دیدن نمونه‌ای که از بررسی محتوای قانون خارجی به علت هزینه زیاد خودداری شده در فرانسه ر.ک.

C. Cass. Civ.1.22 Oct. 1980, Revue critique de droit international privé, 1981, note Lagarde.p. C.

Cass. Civ.1.2/Oct. 1984, Revue critique de droit international privé, 1986, p.92, note Jolard-

در این رابطه رأی صادره از دادگاه پاریس در تاریخ ۴ آوریل ۱۹۵۲ قابل توجه است، در این پرونده خانم پ تبعه ایران در فرانسه دادخواست طلاقی علیه شوهر ایرانیش ثبت نمود. شوهر مدعی بود می‌بایستی به موضوع طلاق و همچنین حضانت فرزندان حسب قانون ایران که طبق قاعده حل تعارض فرانسه صلاحیتدار شناخته شده رسیدگی شود و چون طبق قانون ایران طلاق زن پذیرفتنی نیست باید تقاضای وی رد شود. به علاوه حسب ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی ایران^{۱۳} حضانت فرزندان ۱۰ و ۱۹ ساله زوجین با پدر است. در مقابل زوجه مدعی صلاحیت قانون فرانسه در هر دو مورد به لحاظ مغایرت قانون ایران با نظم عمومی فرانسه شد. دادگاه پژوهشی صلاحیت قانون ایران برای مورد طلاق را پذیرفت مع ذلک انجام اقدامات موقتی خصوصاً در رابطه با حضانت فرزندان در جریان رسیدگی به طلاق را تابع قانون ایران ندانست. به نظر دادگاه «این تنها قانون فرانسه است که طرز رسیدگی به پرونده طلاق در دادگاههای فرانسه را تعیین می‌نماید... و اختیارات قاضی برای صدور دستور اقدامات موقت را مشخص می‌کند. بنابراین قانون فرانسه فوراً اجرا می‌شود حتی در صورتی که قانون خارجی در ماهیت امر لازم‌الاجرا باشد. این امر صادق است حتی در

Bechellier

برای دیدن نمونه‌ای که اثبات قانون خارجی به لحاظ در دسترس نبودن آن میسر نیست، رک. Tr. gr. inst. Paris, (5 ch), 25 nov. 1977, Revue critique de droit international privé 1973, p.499, note Gérard de Glouffre de la Pradelle.

۱۳. به موجب ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی ایران: «برای نگهداری طفل، مادر تا دو سال از تاریخ ولادت او اولویت خواهد داشت، پس از انقضای این مدت حضانت با پدر است مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم حضانت آنها با مادر خواهد بود». اصلاح این ماده قانونی در زمان نگارش این مقاله تحت بررسی است.

مواردی که دادگاههای فرانسه اصولاً صلاحیت رسیدگی به ماهیت امر را نداشته باشند».^{۱۴} در واقع با توجه به این که تعیین محتوای قانون خارجی (ایران) وقت گیر تشخیص داده شد و لازم بود سریعاً ترتیبی برای حضانت از فرزندان در جریان رسیدگی به پرونده طلاق اتخاذ شود دادگاه با توجه به قانون فرانسه اقدام نمود.

دیوان عالی کشور فرانسه طی رأی ۱۹ اکتبر ۱۹۷۱ در دعوی نفقه بیوه‌ای تونسی علیه وراث شوهر مرحومش، حسب قانون فرانسه فوراً حکم به پرداخت نفقه صادر نمود. به نظر دیوان، قانون فرانسه در این مورد به طور موقت جایگزین قانون تونس می‌شود که به موجب قاعده حل تعارض فرانسه به طور معمول باید اجرا شود.^{۱۵}

همچنین ممکن است دست نیافتن به محتوای قانون خارجی به علت وجود حالت جنگ بین کشور مقرر دادگاه و کشور خارجی مورد نظر باشد که مسلماً در این حالت نیز تا پایان جنگ و برقراری وضعیت عادی می‌بایستی امور اضطراری را حسب قانون مقرر دادگاه حل نمود.^{۱۶} البته لازم

14. Paris, 4 Avril 1952, Revue critique de droit international privé, 1952, p. 739

در رابطه با موضوع مشابه ر.ک.

Civ. 13 février 1973, Revue critique de droit international privé, 1974, p. 631, note L. Tapor.

معذک بعضی از حقوقدانان از جمله نی بویه مبنای اجرای قانون مقرر دادگاه را در چنین حالتی رعایت قوانین انتظامی و امنیتی (Lois de police et sûreté) می‌دانند و لذا معتقدند جدا از مراحل طلاق اقدامات موقتی حسب قانون مقرر دادگاه قابل انجامند حتی در صورت عدم صلاحیت دادگاه فرانسه و در صورتی که اصولاً پرونده‌ای در فرانسه تشکیل نشده باشد.

Loussouarn (R.), Bourel (P.), "Droit International Privé", op.cit., n° 333.

15. Civ. 1.19 Oct. 1971, Dormoun.

۱۶. مثلاً در زمان جنگ ایران و عراق محاکم دادگستری ایران با توجه به لازم‌الاجرا بودن قانون کشور عراق بر اتباع این کشور در امور مشخص شده در قواعد حل تعارض ایران از وزارت امور خارجه اطلاعاتی از محتوای قانون عراق درخواست نمودند و وزارت امور خارجه در پاسخ اعلام نمود که به

است تذکر دهیم اجرای قانون مقرر دادگاه که با توجه به درخطر بودن جان یا مال اشخاص صورت می‌گیرد به طور موقت و تا زمانی است که محتوای قانون خارجی به نحو مقتضی مشخص شود و بتوان آن را اجرا نمود.^{۱۷} به هر حال همانطور که در حال اضطرار کسی را مجبور به انجام امر غیرممکن نمی‌کنیم نباید توسل به عامل اضطرار وسیله‌ای برای سوءاستفاده طرفی که بار اثبات دعوی به عهده اوست قرار گیرد.^{۱۸} باید ثابت شود که علی‌رغم تمام حسن نیتی که وجود داشته تعیین محتوای قانون خارجی ممکن نشده است و الا چه بسا در مواقعی که اجرای قانون مقرر دادگاه نسبت به اجرای قانون خارجی نتیجه بهتری برای یکی از اصحاب دعوی دارد وی ادعا کند که قانون خارجی قابل اثبات نیست و در واقع به دلخواه خود قانون قابل اجرا را تعیین نماید.^{۱۹} بنابراین قاضی است که باید دلایل مدعی عدم قابلیت اثبات قانون خارجی را بررسی نموده و چنانچه دلایل را کافی نبیند مهلتی برای ارائه محتوای قانون خارجی تعیین کند و اگر بالعکس دلایل مدعی را موجه می‌داند قانون مقرر دادگاه را اجرا نماید.^{۲۰} صحیح نیست که قاضی در

اطلاعات مورد نظر به علت جنگ دسترسی ندارد. ر.ک. مثلاً پرونده ۱۲۱۶/۶۲/۳۵ شعبه ۳۵ دادگاه حقوقی و پرونده ۵۴۶۳/۶۲/۴۱ شعبه ۴۱ دادگاه حقوقی تهران.

17. Audit (B.), "Droit International Privé", Paris, 1991, n^o 674.

18. Arminjon (P.), "Précis de Droit International Privé". op.cit., n^o 209, p. 395.

19. Cf. Bischoff (J.M.), Revue critique de droit International privé, 1983.

۲۰. البته اجرای قانون مقرر دادگاه نظر اکثریت است و راه‌حلهای دیگری هم مطرح شده‌اند مثلاً در بعضی قوانین اجرای قانون جانشین پیش بینی شده است: ماده ۳۳(۱) قانون مجارستان اجرای قانون ملی مشترک را در رژیم ازدواج پیش‌بینی نموده و بند ۲ همین ماده در صورت عدم قابلیت شناسایی محتوای قانون ملی مشترک، اجرای قانون محل سکونت مشترک زوج را پیش‌بینی نموده است. بعضی دیگر اجرای قانونی که بیشترین ارتباط را دارد پیش بینی می‌نمایند مثل پروژه سویس ۱۹۷۸. برخی دیگر هم معتقدند در چنین حالتی درخواست باید رد شود، مثلاً:

Vasseur, note sous Cass. 25 Mai 1948, Jcl. Pér. 1948. II.

برابر کوچکترین مشکل در تعیین محتوای قانون خارجی، آن را رها کند و قانون خود را که اصولاً صلاحیت اجرا ندارد اعمال نماید.

به هر حال مشکل بودن با غیرممکن بودن متفاوت است. بدیهی است زمانی که لازم است قاضی در رابطه با موضوع از مرجع خاصی استعلام نماید پاسخ به استعلام زمان بر است^{۲۱} که گاهی به نفع ذینفع نیست و عدالت ایجاب می‌کند که در چنین مواردی قانون مقرر دادگاه به طور موقت مجال اجرا بیابد.

۲- نوع تشریفات مقرر به وسیله قانون خارجی

هنگامی که قانون خارجی تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض مقرر دادگاه در موضوعی انجام تشریفات یا دخالت مقامات اداری، مذهبی را پیش‌بینی نموده باشد، که انجام آنها هرچند غیرممکن نیست^{۲۲} اما نیاز به زمان دارد در حالی که تأخیر در تعیین تکلیف قضیه موجب ورود لطمات مالی یا جانی خواهد بود، در این صورت با توجه به وضعیت غیرعادی پیش آمده می‌توان به طور استثنایی و موقت با کنار گذاشتن قانون خارجی با

برای مطالعه تمام راه‌حلهای پیشنهادی ر.ک.

Juris - Classeur de droit international, Fasc, 539, n^o141.

۲۱. مثلاً استعلام از وزارت دادگستری: ماده ۲۷۱ قانون آ.د.م. اتریش، ماده ۲۰۰ آ.د.م ۱۹۵۲ مجارستان و ماده (۱) ۳۹ قانون لهستان مورخ ۲ اوت ۱۹۲۶، استعلام از وزارت امور خارجه: ماده ۸ آ.د.م. شوروی سابق یا استعلام از مؤسسات تخصصی: مثلاً در آلمان محاکم از طریق مؤسسات تخصصی، دانشگاهی یا مؤسسه Max-Plank کسب اطلاعات می‌نمایند.

۲۲. برای دیدن عدم امکان اجرای تشریفات مقرر یا مقامات تعیین شده به وسیله قانون خارجی ر.ک. مثلاً:

Louis-Lucas (P.), op. cit., p. 420; Arminjon (P.), "Précis de Droit International Privé", op. cit., n^o 100, p. 213.

توجه به قانون مقرر دادگاه اتخاذ تصمیم نمود.^{۲۳} مثلاً قانونگذار هر کشور معمولاً با اتخاذ تدابیر خاص از اشخاص بی‌سرپرست حمایت می‌نماید و مقرر می‌دارد چه شخص یا اشخاصی و با چه شرایطی نمایندگی اشخاص مذکور را در اعمال حقوقیشان خواهند داشت.^{۲۴}

در پرونده *Chemin de fer de l'Est contre Godfroy*، مسأله تعیین قیم برای طفلی یونانی مطرح بود که والدین وی در سانه‌ای در جریان مسافرت با قطار جان باخته بودند. این قیم می‌بایستی علیه راه‌آهن ادعای خسارت می‌نمود. به موجب ماده ۱۵ کنوانسیون دیپلماتیک فرانسه-یونان ۷ ژانویه ۱۸۷۶ امر تعیین قیم باید به وسیله کنسول یونان در مورد اتباع کشورش انجام می‌شد. مع‌ذلک دادگاه پاریس طبق قانون فرانسه با برگزاری شورای فامیلی، قیمی برای طفل مذکور انتخاب نمود. دادگاه پژوهشی نیز طی رأی ۸ مارس ۱۸۹۵ مراتب را تأیید نمود. این دادگاه هرچند اصل صلاحیت کنوانسیون را پذیرفت ولی اجرای موقت قانون فرانسه را با امتناع کنسول یونان از دخالت در موضوع درست دانست. دیوان عالی کشور فرانسه نیز طی رأی ۱۰ نوامبر ۱۸۹۶ ضمن تأیید تصمیم مذکور اعلام نمود رأی صادره که کنوانسیون را نقض نکرده و تصمیم دادگاه مبنی بر اجرای موقت قانون فرانسه در تعیین قیم تا زمان قابل اجرا شدن قانونی که اصولاً باید در چنین مواردی اعمال شود موجه است.^{۲۵} در

23. Batiffol (H.), Lagarde (P.), "Droit International Privé", III, 7^{ème} édition. Paris, 1981. n° 451, p.83.

همچنین ر.ک. سلجوقی، دکتر محمود، همان منبع، شماره ۳۳۴، ص ۱۷۷.

۲۴. مثل مواد ۱۲۳۱، ۱۲۳۲، ۱۲۳۳ و ۱۲۳۴ قانون مدنی ایران.

۲۵. ماده ۹ کنوانسیون ۱۵ اکتبر ۱۹۶۱ لاهه نیز تصریح می‌کند: «در تمام حالت‌های اضطراری مقامات هر یک از دول متعاقد که در محدوده آنها صغیری یا اموال متعلق به صغیری وجود دارد اقدامات موقت

واقع تأخیر در تعیین قیم ممکن بود موجب تضييع حقوق طفل در طرح دعوی علیه شرکت راه آهن شود و به همین لحاظ موقتاً قیمی حسب قانون فرانسه تعیین شد تا از حقوق طفل دفاع نماید.^{۲۶}

همین امر در مورد کالاهای موضوع یک قرارداد تجاری بین‌المللی که در حال عبور از کشوری هستند و به علتی در معرض خرابی یا فساد قرار می‌گیرند به نحوی که لازم است سریعاً برای حفظ منافع مالک کالاها اقدامی شود صادق است. در این حالت اگر قانون تعیین شده در قرارداد، قانونی غیر از قانون کشور محل عبور باشد و به موجب آن تشریفات خاصی در رابطه با موضوع در نظر گرفته شده باشد فوریت امر ایجاب می‌نماید که اگر تشریفات مذکور به طول انجامد سریعاً با توجه به قوانین محلی اقدامات لازم جهت حفظ کالا و منافع مالک صورت پذیرد.

ضروری را انجام خواهند داد». برای اطلاع بیشتر از این کنوانسیون ر.ک.

Batiffol (H.), "LA IX^e Session de la Conference de La Haye de Droit International Privé", 1961, p. 470, Droz, "La Protection des Mineurs en Droit International Privé Français Depts L'entree en Vigueur de la Convention de la Haye du 5 Oct. 1961", Journal du droit international, 1973, p. 603.

26. C. Cass. Req. 10 Nov. 1896. Siery, Recueil général des lois et arrêts 1896, p.327, Dalloz Pr.1897.1.313, Journal du droit international, 1897, p.823.

دیوان عالی کشور فرانسه در رأی دیگری در پرونده مشابه مقرر داشت: «نبود سرپرست قانونی مثل حالتی است که شخص تعیین شده به این عنوان حسب قانون متبوع صغیر از انجام تکالیفش خودداری نماید و بدین ترتیب منافع صغیر به خطر بیافتد».

C. Cass. Civ. 7 Mai 1928, Dalloz 1928, p.325, Sirey, 1928, p.238.

البته Mayer معتقد است در چنین مواردی که سرپرست تعیین شده حسب قانون کشور متبوع ذینفع به وظیفه سرپرستی‌اش عمل نمی‌کند باید بررسی نمود که همان قانون کشور متبوع در چنین مواقعی چه اقدامی را پیش‌بینی نموده است.

Mayer (P.), "Droit International Privé", 4 éme éd, Paris. 1997, n°529.

همچنین برای انتخاب موقت قیم حسب قانون مقر دادگاه ر.ک.

Civ. 26 Juin 1974. Revue critique de droit international privé. 1975 Somm. 731.

مسلماً اتخاذ چنین تصمیمی باید متعاقب تحقیق دقیق قاضی برای کشف حالت اضطرار مورد ادعا باشد و نباید به صرف ادعا از اجرای قانون خارجی صلاحیتدار که از نظر قانون مقرر دادگاه مناسب‌ترین قانون برای اجرا تشخیص داده شده خودداری نمود. به علاوه با فرض وجود حالت اضطراری باید توجه داشت که اجرای قانون مقرر دادگاه نیز از روی ناچاری و به لحاظ لزوم تعیین تکلیف سریع موضوع است و لذا صرفاً باید به عنوان راه‌حلی موقتی مد نظر باشد.^{۲۷} به محض این که تشریفات یا دخالت مقامات تعیین شده به وسیله قانون خارجی صلاحیتدار امکان اجرا یافت می‌بایستی اعمال شود.^{۲۸} به همین دلیل است که در آرای صادره مثلاً برای تعیین سرپرست قانونی در حالت اضطرار باید قید شود که مدت اختیارات سرپرست تا چه زمانی خواهد بود.^{۲۹}

27. Juris-Classeur de droit international, Fasc, 543-B, n^o 46.

۲۸. به نظر Mayer دوره اجرای قانون خارجی به مدت دوره بقای عامل اضطرار است. Mayer (P.). op.cit.. n^o 192, p.136.

۲۹. دیوان عالی کشور فرانسه در موارد بسیاری به علت ذکر نکردن موقتی بودن چنین تصمیماتی آرای صادره محاکم را نقض نموده است.

C.Cass. Civ.19 Nov.1923, Dalloz 1924, p. 4; Civ.7 Mai 1928, Sirey, 1929.I.238, Journal du droit international. 1929.431; Civ. 19 Oct.1977, Journal du droit international, 1972, p 828, note Nissard, Dalloz 1972, p. 633. note Malaurie, Revue critique de droit international privé, 1973, p.70, note Simon-Dépitre; Civ.31 Janv.1984, Journal du droit international, 1985, p.444, note Légier.

در اسپانیا نیز اقدامات موقتی طبق قانون اسپانیا انجام می‌شوند:

Trib. Sup. 1^{er} juill.1887, Cité par trias de bes, p.88. cf. Sialelli, note JCP, 1952, II 6975.

به نقل از:

Batiffol (H.), op.cit., II, note 451.

نتیجه

بی تردید اجرای قانون مقر دادگاه در حالت‌هایی که اجرای قانون خارجی صلاحیتدار چه به لحاظ مشکلات تعیین محتوا و چه به دلیل نوع تشریفات فوراً ممکن نیست و طولانی شدن جریان تصمیم‌گیری ممکن است موجب ورود لطمات به جان یا مال اشخاص باشد قابل توجیه است. مع‌ذک می‌بایستی تمهیدات لازم برای جلوگیری از هرگونه سوءاستفاده فراهم گردد. قضات می‌بایستی تنها پس از اطمینان از وجود حالت اضطرار مطابق قانون مقر دادگاه عمل و تصمیم مقتضی را اتخاذ نمایند و بلافاصله پس از رفع حالت اضطرار قانون خارجی صلاحیتدار را اعمال و وضعیت قبلی ایجاد شده به موجب قانون مقر دادگاه را اصلاح نمایند.

منابع به زبان فارسی

- ۱- ارفع‌نیا، دکتر بهشید، «حقوق بین‌الملل خصوصی»، تهران، مؤسسه انتشاراتی آگاه، ۱۳۷۲.
- ۲- الماسی، دکتر نجادعلی، «تعارض قوانین»، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۸.
- ۳- ترورسی هارتلی، «استناد و اثبات قانون خارجی: مقایسه‌ای بین سیستم‌های مهم اروپایی»، ترجمه قنبری جهرمی، دکتر محمدجعفر، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی ج.ا.ا، شماره ۲۳.
- ۴- سلجوقی، دکتر محمود، «حقوق بین‌الملل خصوصی»، جلد دوم (تعارض قوانین)، چاپ اول، نشر دادگستر، تهران، شماره ۲۳، ۱۳۷۷.
- ۵- متولی، دکتر سید محمد، «احوال شخصیه بیگانگان در ایران»، چاپ اول، انتشارات ساز و کار، تهران، ۱۳۷۸.

منابع به زبان انگلیسی و فرانسه

- 1- Arminjon (P.), "PRÉCIS de DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ", Paris, 1947.
- 2- Audit (B), "DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ", Paris, 1991.
- 3- Batiffol (H.), Lagarde (P.), "DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ", II, 7 ème édition, Paris, 1981.
- 4- Bishoff. (J-M.), "LA COMTETENCE du DROIT FRANÇAIS DANS le REGLEMENT des CONFLITS de LOIS", Paris, 1959.
- 5- Loussouarn (Y.), Bourel (P.), "DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ",

2 ème, Dalloz, Paris, 1980.

6- Mayer (P.), "DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ", 4ème edition, Paris, 1997.

7- Motulsky (H.), "MÉLANGES SAVATIER", 1965.

سقط جنین در بارداری ناشی از زناى به عنف

دکتر محمد علی اردبیلی*

چکیده

در این مقاله، نخست به تعریف و بازشناسی موضوع پرداخته می‌شود، سپس به گستره و میزان خشونت جنسی علیه زنان در کشورهای جهان، براساس آمارها و گزارشهایی که نهادهای مسؤل داخلی و سازمانهای غیردولتی درباره جرایم جنسی علیه زنان منتشر کرده‌اند، اشاره می‌شود و در ادامه، آثار جسمانی و روانی زناى به عنف بررسی می‌شود و به این مناسبت، نظریات گوناگون و نتایج پژوهشهای معتبری که در این زمینه انجام شده است، ذکر می‌گردد. پس از بررسی اجمالی جرم سقط جنین در نظام کیفری ایران، نکاتی درباره حقوق بارداری زنان طرح می‌شود. راهکارهای مقابله با بارداری ناشی از زناى به عنف، موضوع بخش دیگری از مقاله است و سرانجام در یک جمع‌بندی کلی، ضرورت اصلاح قوانین وضع شده برای حمایت بیشتر از این زنان، یادآوری می‌شود. کلید واژگان: سقط جنین، تجاوز به عنف و اکراه، سببهای اباحه، ضمان طبیب، مسؤلیت کیفری، خشونت جنسی، بارداری ناشی از تجاوز.

*. استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی. نویسنده از همکاری ارزشمند خانم بهناز اشتری، کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، در تهیه این مقاله، صمیمانه سپاسگزار است.

مقدمه

تعرض جنسی علیه زنان، یکی از مظاهر بارز خشونت توأم با آثار و تبعات گوناگون روانی و اجتماعی است. این عمل در قوانین اغلب کشورها جرم محسوب می‌شود و با قید کیفرهای شدید، منع شده است. قانون مجازات اسلامی از چنین تعرضاتی به «زنای به عنف و اکراه» یاد کرده و برای متجاوز، مجازات اعدام قرار داده است.

به رغم شدت عمل قانونگذار در قبال این دسته از جنایتکاران که در بسیاری از موارد، خود به بیماری مبتلا هستند و بیش از همه به درمان نیاز دارند، زنان قربانی خشونتهای جنسی، از حمایت کامل قانونی بهره‌مند نیستند. زنی که به عنف و اکراه، خود را تسلیم مرد بیگانه کرده است، اغلب برای نجات خود و رهایی از خطرهای احتمالی که جان و حیثیت و آبروی او را تهدید می‌کند، به این عمل دست زده است.

قانونگذار به این قبیل قربانیان اجازه داده است که از ناموس خود در برابر متجاوز دفاع کنند؛ حتی اگر دفاع، منجر به قتل شود، اما اعمال چنین حقی، منطقیاً منوط به قدرت دفع و توانایی مقابله است که عموماً از زنان برنمی‌آید.

علاوه بر آن، زنی که از راه زنا به عنف و به اجبار و اکراه باردار شده است، ناگزیر از تحمل دوران بارداری است، در حالی که هیچ علاقه‌ای ندارد از فرزندى که ناشی از زنا است نگهداری کند. در قوانین کشور ما چنین فرزندى، نامشروع و از بسیاری از حقوق اجتماعی و مدنی در جامعه، محروم است.

همچنین، قانونگذار برای حفظ وجود و حیات طفل، سقط جنین را ممنوع اعلام و برحسب نوع افراد، مجازاتهای سنگینی برای عاملان و مباشران این عمل تعیین کرده است. چگونه می‌توان زنی را که بدون میل و رضای خود باردار شده است، به حفظ و نگهداری این جنین مکلف کرد؟ اغلب قربانیان زنای به عنف، آمادگی روانی برای بارداری، سپس پرورش نوزادی که پدرش ناشناس و یا از محارم است و یا حاضر به همسری نیست، ندارند.

زنای به عنف، رویداد تلخی است که بر زندگی زنان تأثیر می‌گذارد، درصدی از این زنان، پس از این حادثه، به عوارض گوناگون؛ مانند افسردگی، ترس، اعتیاد و اضطرابهای بیهوده دچار می‌شوند. درصدی نیز خودکشی می‌کنند. گروهی دیگر که هنوز امید به زندگی را از دست نداده‌اند، در خفا برای سقط این جنین ناخواسته تلاش می‌کنند و گاه خود را با خطر مرگ روبه‌رو می‌کنند.

از این رو، قربانیان زنای به عنف، بیش از دیگران نیاز به حمایت دارند. نخست باید به آنان اجازه داد با مشاوره پزشک، دوران بارداری را متوقف کنند، سپس تحت درمان پزشک و نیز روانپزشک قرار گیرند و از خدمات درمان رایگان بهره‌برند. علاوه بر آن، باید بتوان با راهنمایی و حمایت نهادهای مدنی، برای احقاق حقوق تضییع شده و مطالبه زیانهای مادی و معنوی به آنان در مراحل قضایی، کمک کرد. با این اقدامها می‌توان تا حدودی امیدوار بود که آنان بار دیگر، خوشبینی خود را نسبت به جامعه باز یابند و از آثار ناگوار خشونت جنسی، التیام پذیرند.

با این که در ایران، رویداد خشونت و نیز زنای به عنف، در مقایسه با بسیاری از کشورهای جهان، به ظاهر کمتر است یا کمتر در سطح جامعه آشکارا مطرح می‌شود، این خوشبینی نباید مانع از توجه کافی به این نوع اعمال خشونت‌آمیز و پیامدهای ناگوار بی‌شمار آن شود. این در حالی است که در بسیاری از کشورهای پیشرفته جهان، قوانین جامعی برای برخورد با متجاوزان جنسی و نیز کمک به زنان قربانی تجاوز وجود دارد. لیکن در ایران، این قوانین، تنها به مجازات شدید متجاوزان جنسی محدود می‌شود و توجهی به قربانیان تجاوز ندارد. حال آن که این جنبه از موضوع، اهمیتی کمتر از جنبه‌های دیگر ندارد.

برای نمونه، در قوانین ایران، سقط جنین، جرم است و زنی که دست به سقط جنین می‌زند، مجرم و هیچ تفاوتی از این حیث بین زنان باردار شده از تجاوز و زنان دیگر که با آزادی کامل باردار شده‌اند، وجود ندارد.

پژوهشهای روان‌شناختی نشان داده است، زنی که در پی تجاوز جنسی و به اجبار و اکراه باردار شده است، به هیچ وجه، علاقه‌ای به آن فرزند ندارد و تنها رابطه‌ای که میان این مادر و فرزند ایجاد می‌شود، رابطه تنفر و بی‌زاری است که اوج آن را می‌توان در فرزندکشی مادران بی‌پناه دید.

همچنین، برطبق قانون ایران، کودک متولد از زنا، به هیچ وجه، به پدر و مادر خویش ملحق نمی‌شود و از بسیاری از حقوق مدنی و اجتماعی در جامعه، محروم است. در نتیجه، به دنیا آوردن چنین کودکی، نه تنها برای مادر، بلکه برای فرزندی که هویت روشنی ندارد، در آینده، مشکل‌زا است.

تجربه دیگر کشورهای جهان نشان می‌دهد که تا حدودی توانسته‌اند معضل بارداری ناشی از تجاوز جنسی را به صورتهای گوناگون حل کنند؛ به این ترتیب که یا سقط جنین، اساساً طبق قوانین این کشورها جرم به شمار نمی‌رود و در نتیجه، زن باردار شده از تجاوز جنسی می‌تواند به آسانی، جنین ناخواسته را سقط کند و یا قوانین درخصوص این دسته از مادران، استثنایی قایل شده است و به زنان قربانی و در مواردی، با حمایت‌های دولت، اجازه سقط جنین داده است.

کشور ما نیز براساس مطالعات معتبر روان‌شناختی و پزشکی و با عنایت به تجارب ارزشمند اصلاح قوانین در کشورهای دیگر، ناگزیر است اصلاحاتی در قوانین ایجاد کند تا زنان قربانی تجاوز جنسی، احساس کنند بیشتر حمایت شده‌اند و از مصائب قوانین موجود کاسته شده است.

در این مقاله، نخست به تعریف و بازشناسی موضوع پرداخته می‌شود، سپس به گستره و میزان خشونت جنسی علیه زنان در کشورهای جهان، براساس آمارها و گزارشهایی که نهادهای مسؤول داخلی و سازمانهای غیردولتی درباره جرایم جنسی علیه زنان منتشر کرده‌اند، اشاره می‌شود و در ادامه، آثار جسمانی و روانی تجاوز جنسی بررسی می‌شود و به این مناسبت، نظریات گوناگون و نتایج پژوهشهای معتبری که در این زمینه انجام شده است، ذکر می‌گردد. پس از بررسی اجمالی جرم سقط جنین در نظام کیفری ایران، نکاتی درباره حقوق بارداری زنان طرح می‌شود. راهکارهای مقابله با بارداری ناشی از زنا به عنف، موضوع بخش دیگری از مقاله است و سرانجام در جمع‌بندی کلی، ضرورت اصلاح قوانین وضع شده برای حمایت بیشتر از این زنان، یادآوری می‌شود.

تعریف و ابعاد زنای به عنف

زنای به عنف، رفتاری است از مصادیق خشونت جنسی. در تعریف خشونت جنسی گفته‌اند:

خشونت، به هرگونه رفتار غیراجتماعی اطلاق می‌شود که از لمس کردن تا تجاوز را دربرمی‌گیرد. این نوع خشونت، ممکن است در حیطه زندگی خصوصی، زناشویی و خانوادگی اتفاق بیفتد و به صورت الزام به تمکین از شوهر یا رابطه محارم با یکدیگر در حلقه خویشاوندی، علیه زن اعمال گردد. در حیطه زندگی اجتماعی نیز از سوی فرد ناشناس تحقق می‌یابد.^۱

در ایران، میزان پذیرش خشونت جنسی در زندگی زناشویی، بسیار قوی است و معمولاً زنان از آن پرده برنمی‌دارند؛ زیرا تحمل این نوع خشونت، عادت شده است و آن را طبیعی می‌انگارند. از این رو، از طرح موضوع نیز احساس شرم می‌کنند.

زنای با محارم که در مواردی، زنان ایرانی در معرض آن قرار می‌گیرند، به قدری نکوهیده و زشت است که از ترس آبرو و پرده‌داری، همواره (جز در نمونه‌های استثنایی) پنهان باقی می‌ماند و تمام افراد خانواده برای حفظ آبروی خود، از طرح و افشای آن پرهیز می‌کنند. با آن که زنای با محارم (مانند عمو، دایی، پدر و برادر) در زمره انواع خشونت علیه زنان در ایران درخور تحقیق و مطالعه است، آماری در این زمینه وجود ندارد. به عبارت دیگر، همگان به توافقی برای پنهان کردن این موضوع رسیده‌اند.

۱. مهرانگیز کار، پژوهشی درباره خشونت علیه زنان در ایران، تهران، انتشارات روشنگران و مطالعات زنان، ۱۳۷۹، ص ۳۴۶.

در نتیجه، باب بحث و گفتگو درباره آن، بسته است. زنای به عنف را هرگاه فرد ناشناسی انجام دهد بازتاب اجتماعی و خبری آن در ایران، بسیار وسیع است و رفتار مرتکب، را همگان نکوهش می‌کنند و مردم، مجازات او را با بیشترین شدت می‌خواهند.^۲

زنای به عنف، در هر جایی ممکن است روی دهد. این عمل، در خانواده و در روابط زناشویی و یا زنای با محارم رخ می‌نماید و در جامعه، به ویژه در جوامعی که ساختار پدرسالارانه دارند، نخستین وسیله کنترل است که از آن، علیه زنان استفاده می‌شود و زن، طعمه هر سوءاستفاده کننده‌ای قرار می‌گیرد. گاهی در بازداشتگاهها تجاوز جنسی، وسیله شکنجه و گرفتن اعتراف و اقرار، می‌شود. همچنین، در هنگام درگیریهای مسلحانه داخلی و بین‌المللی و نیز در اردوگاههای پناهندگان این رفتار بسیار رایج است.

آسیب‌پذیری زنان در قبال تجاوز، یکی از مهمترین عواملی است که از توانمندسازی و تقویت حس استقلال زنان ممانعت می‌کند. به طور کلی، تجاوز جنسی، مانع از زندگی همراه با امنیت و منزلت و موقعیت والای زنان می‌شود. اگرچه جرایم خشونت‌آمیز علیه زنان، در سراسر جهان سیر صعودی دارد، در زمینه مراحل رسیدگی قانونی که به طور طبیعی، اثبات جرم ارتكابی علیه آنان را غیرممکن می‌سازد، تغییرات اندکی به چشم می‌خورد و این امر در خصوص جرم تجاوز، بیشتر صدق می‌کند. از این رو، بسیاری از زنان ترجیح می‌دهند در برابر این عمل خشونت‌آمیز، ساکت بمانند تا بار دیگر به دست یک نظام قانونی که نسبت به گرفتاری آنها

۲. همان، ص ۳۴۶.

بی‌اعتنا و غیرحساس است، قربانی نشوند. رویه معمول دادگاهها و آیین رسیدگی به شکایت زنان، ممکن است کار بسیار دشوار شاکی را در طی دادرسی برای اثبات جرم، تشدید کند. زمان طولانی وقفه میان وقوع حادثه و رسیدگی، فقدان اطلاعات درباره مراحل دعوی و محل تقریبی مجرم و طرز رفتار پلیس، کارکنان قضایی و دیگر اشخاصی که شاکی با آنها سر و کار دارد نیز به وخامت اوضاع کمک می‌کند.^۲

در بسیاری از نظامهای حقوقی، براساس قانون، عمل تجاوز، به جرمی گفته می‌شود که بدون رضایت یا برخلاف میل قربانی، شخص متجاوز به عنف، با او رابطه جنسی برقرار می‌کند.

تحقیقات انجام شده در همه نظامهای حقوقی نشان می‌دهد هر زنی که بخواهد ثابت کند که بدون رضایت و تمایل، قربانی این عمل شده است، با مشکلات بسیاری روبه‌رو می‌شود، مگر این که ثابت کند آسیبهای جدی از این عمل دیده است. از این رو، شماری از نظامهای حقوقی، برای تغییر دادن ماهیت جرم به دور از رضایت قربانی، تلاش می‌کنند. از جمله آن نظامها، قانون رفتار جنسی کیفری میشیگان را می‌توان نام برد که رضایت را به عنوان یکی از عناصر جرم، نادیده گرفته و بر رفتار مجرم تمرکز یافته است.^۴

مجازات سبک در جرایم جنسی، نه تنها تجربه سخت و ناگوار قربانی

۳. شهین دخت مولوردی، خشونت علیه زنان، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشگاه علامه طباطبائی، نیمسال دوم سال تحصیلی ۱۳۷۷-۱۳۷۸، ص ۵۳.

4. *Confronting Violence: A Manual for Commonwealth Action, Women and Development Programme Human Resource Development Group. Commonwealth Secretariat, 1987.*

را بی‌اهمیت جلوه می‌دهد، تا حد گسترده‌ای بر این حمل می‌شود که ملعبه‌سازی جنس مؤنث، چندان اهمیتی برای قانونگذار ندارد. تجاوز یا سوءاستفاده و آزار جنسی، اغلب، آسیبه‌های شدید و جدی روحی و روانی به زنان قربانی وارد می‌آورد و آثار آن تا پایان عمر با آنان باقی می‌ماند و هیچ درمان روان‌شناختی و مشاوره‌ای هم قادر به زدودن این واقعه از ذهن شخص نیست. افزون بر این، در جوامعی که ساختار پدرسالاری دارند و برای عفت و پاکدامنی زنان و دختران مجرد، اهمیت ویژه‌ای قائلند، اغلب به جای همدردی و حمایت از قربانی تجاوز، او را سرزنش و شماتت می‌کنند و گذشته از این که وی باید رنج و عذاب آن عمل تجاوزکارانه را تحمل کند، با او همانند متهم نیز رفتار می‌شود.^۵

گستره خشونت جنسی علیه زنان در جهان

در همه کشورهای پدیده خشونت جنسی علیه زنان، آثار و عواقبی دارد که برحسب فرهنگ قومی و نژادی کشورها متفاوت است. در کشور قطر، مجازات تجاوز جنسی، اعدام است. می‌توان گفت که در کشور قطر مشکل خشونت علیه زنان، دست کم به اندازه بسیاری از دیگر کشورهای عربی یا اسلامی، چندان جدی نیست. مشکل مهم به اعمال خشونت علیه زنان خارجی مربوط می‌شود که در کشور قطر به عنوان خدمتکار خانگی کار می‌کنند.^۶

۵. شهین دخت مولوردی، پیشین، ص ۵۵.

6. "Country Reports for Human Rights Practices for 1999: Qatar", February 2000, cited in: <<http://www.usis.aseb.se/human/human1999/qatar.html>>, 4/10/2002, p. 12.

در کشور قرقیزستان، زنای به عنف، روز به روز عادی‌تر می‌شود. در واقع به موجب آمارهای ارائه شده، سالانه ۴۰۰ تا ۴۵۰ جرم علیه زنان روی می‌دهد. به رغم اقدامات سازمانهای غیردولتی که برای بهبود وضعیت زنان در این کشور فعالیت می‌کنند، قرقیزستان از نظر میزان خشونت علیه زنان و تدابیر مبارزه با آن، هر روز وضعیت بدتری پیدا می‌کند و هنوز هیچ‌گونه عزم جدی در مقامات این کشور برای مبارزه با این وضعیت به چشم نمی‌خورد.^۷

در کشور قزاقستان، میزان سقط جنین در میان زنان، بسیار زیاد است. طبق آمار اعلام شده، در قزاقستان سالانه حدود ۲۰۰ هزار سقط جنین به ثبت می‌رسد که این میزان در واقع، معادل ۱/۳ درصد کل جمعیت کنونی قزاقستان است. براساس آمارهای رسمی، به ازای هر یکصد تولد، ۱۱۹ سقط جنین ثبت می‌شود. ناگفته نماند که تنها در سال ۱۹۹۶ میلادی، ۱۷۰ هزار سقط جنین در این جمهوری شده است که در حدود ۱۰۰ هزار سقط را مادران و زنان قزاق نژاد انجام داده‌اند. گفته می‌شود که هر ساله به طور متوسط، جسد ۲۰ تا ۳۰ جنین نیز تنها از زباله‌دانها و جویهای آلماتی جمع می‌شود.

این آمار، همچنان روبه رشد است؛ به طوری که در واپسین گزارشی که از سقط جنین منتشر شده، آمده است که از ۵۰۰ هزار زن قزاقستانی که در طول سال ۱۹۹۷ باردار شدند، ۴۲ درصد؛ یعنی حدود ۲۱۰ هزار زن سقط جنین کرده‌اند و نود درصد از زنانی که در مراکز غیرمجاز به این عمل

7. "Country Reports for Human Rights Practices for 1999: Kyrgyz Republic", February 2000, cited in: < <http://www.usis. Asemb.se/human/human 1999/kyrgyz.html>>, 4/9/2002, p. 10.

دست زده‌اند، در گذشته‌اند. از این میان، حدود پانزده درصد؛ یعنی سی‌هزار سقط، حاصل روابط نامشروع بوده است.

تجاوز و اذیت و آزار جنسی، از مشکلاتی است که یا حکومت، اساساً برنامه‌ای برای مبارزه با آن ندارد و یا این که قوانین موجود، آنقدر بد اجرا می‌شود که تأثیر چندانی در پیشگیری از آن ندارد. همچنین مجازات جرم زنا به عنف، از سه تا پانزده سال زندان در نوسان است و در مطبوعات، توجه کمی به مسأله زنا به عنف می‌شود. اغلب تجاوزها نیز گزارش نمی‌شود.^۸

در مصر نیز مجازات زنا به عنف، از چهار سال زندان تا حبس ابد با اعمال شاقه، در نوسان است و حکومت، متجاوزان را تعقیب می‌کند. البته این نکته را باید یادآوری کرد که تجاوز در روابط زناشویی، در کشور مصر، غیرقانونی نیست. همچنین، در مناطق روستایی، قتل عمد به دلایل ناموسی، بسیار دیده می‌شود.^۹

در کشور سودان که از جمله کشورهای عربی واقع در شمال شرق آفریقا است، خشونت جنسی علیه زنان به صورت یک مشکل مطرح است. همچنین در جنوب این کشور، زنان آواره و پناهنده، اذیت و آزار، و قربانی تجاوز و سوءاستفاده جنسی می‌شوند. مجازات زنا به عنف، برطبق قوانین کیفری سودان، از صد ضربه شلاق و ده سال زندان، تا اعدام، تغییر

8. "Country Reports for Human Rights Practices for 1999: Kazakstan", February 2000, cited in: < <http://www.usis.aseemb.se/human/human1999/kazakstan.html>>, 4/9/2002, p. 10.

9. "County Reports for Human Rights Practices for 1999: Egypt" February 2000, cited in: < <http://www.usis.aseemb.se/human/human1999/egypt.html>>, 4/9/2002, p. 10.

می‌کند.^{۱۰}

کشور اندونزی یکی از کشورهای روبه رشد در جهان اسلام است و بیشترین شمار جمعیت مسلمان را دارد و نخستین کشور اسلامی است که یک رئیس جمهور زن در آنجا به قدرت رسیده است. از جمله مصادیق خشونت علیه زنان در این کشور، آزار و اذیت و زنای به عنف است. زنای به عنف در اندونزی جرم است و مردانی به اتهام تجاوز و شروع به تجاوز، دستگیر و محکوم شده‌اند. حداکثر مدت زندان برای جرم تجاوز در این کشور، دوازده سال است. هرچند به دلیل شرمساری اجتماعی برای قربانی، تجاوزهای جنسی در این کشور، بسیار کم گزارش می‌شود.^{۱۱}

در کشور مالزی، گزارشهای زنای به عنف، در مطبوعات و در میان گروههای طرفدار حقوق زنان و سازمانهای غیردولتی، متداول است.

در تاجیکستان، اذیت و آزار جنسی، بسیار متداول است و بیش از نیمی از زنان این کشور، آزار و اذیت جنسی شده‌اند که از این میان، در حدود ۲۶ درصد آزار جنسی توسط مردان در خارج از خانه، ۱۶ درصد در وسایل نقلیه عمومی، ۸ درصد در محیط بازار و سایر اماکن عمومی و تنها ۲ درصد در محیط کار صورت می‌گیرد. در سال ۱۹۹۷، تنها ۱۰۲ زنای به عنف گزارش شده بود که این رقم، ۱۵ درصد، بیشتر از سال ۱۹۹۶ است که ۸۸ زنای به عنف در آن سال اعلام شده بود. البته از این میزان، تنها ۷۱ واقعه ثبت و تنها ۵۴ واقعه به دادگاه جهت رسیدگی ارجاع شده است.

10. "Country Reports for Human Rights Practices for 1999: Sudan" February 2000, cited in: < <http://www.usis.aseemb.se/human/human1999/sudan.html> >, 4/9/2002, p. 12.

11. "Country Reports for Human Rights Practices for 1999: Indonesia" February 2000, cited in: < <http://www.usis.aseemb.se/human/human1999/indonesia.html> >, 4/9/2002, p. 13.

برآورد شده است که میزان تجاوزهای جنسی، پنج تا ده برابر، بیش از میزان اعلام شده است. در هر حال، قوانین کیفری تاجیکستان، زنای به عنف را ممنوع کرده است.^{۱۲}

وضع در بسیاری از کشورهای دیگر، به مراتب، وخیم‌تر از آن چیزی است که تصور می‌شود. در برخی از مناطق اتیوپی، ربودن و تجاوز جنسی، یک رسم است که برای به همسری درآوردن یک دختر از زور، استفاده می‌شود. نوعاً دختر مورد نظر را گروهی از مردان جوان می‌ربایند، سپس مردی که مایل است با او ازدواج کند، به او تجاوز می‌کند. این فرد، یا آشنای دختر است یا کاملاً نسبت به وی بیگانه است. سپس ریش سفیدان روستای مرد، از خانواده دختر می‌خواهند که با ازدواج دختر با آن مرد، موافقت کنند؛ خانواده دختر نیز اغلب رضایت می‌دهند؛ زیرا دختری که بکارت خود را از دست داده است، از لحاظ اجتماعی، برای ازدواج با مردی دیگر شایسته نیست. گاهی اوقات، رباینده، دختر را در مکانی پنهان نگاه می‌دارد تا این که سرانجام باردار شود. در آن صورت، خانواده دختر احساس می‌کند که هیچ چاره دیگری در پیش رو ندارد، جز این که با ازدواج او موافقت کند.^{۱۳}

به نظر، غیرمحمتمل می‌رسد که یک قربانی، به میل خود با رباینده و متجاوز به خودش ازدواج کند. با این حال، به دلیل فشار اجتماعی و فرهنگی خانواده‌ها و اجتماع و نیز تهدید مجرم، آن دختر اغلب به ازدواج با

12. "Country Reports for Human Rights Practices for 1999: Tajikistan" February 2000, cited in: < <http://www.usis.aseemb.se/human/human1999/tajikistan.html>>, 4/9/2002, p. 8.

13. "Spotlight on: Violence against Girls in Ethiopia: Marriage by a Abduction and Rape", cited in: < <http://www.feminist.com/violence/spot/ethiop.html>>, 10/9/2002, p. 1.

متجاوز جنسی رضایت می دهد.

براساس قانون اتیوپی، هم آدم ربایی و هم تجاوز جنسی، جرم است اما اگر بعداً بر سر ازدواج توافق شود، شوهر از مسؤولیت کیفری برای جرایمش مبرا خواهد شد. از نظر گروههای فعال در زمینه حقوق زنان و حقوق بشر، تغییر قانون به گونه‌ای که به طور مناسبی با بی عدالتی به دختران ربوده و تجاوز شده برخورد شود، برای احیای حقوق بنیادین برابری زن و مرد در اتیوپی، ضرورت دارد.^{۱۴}

در کشور کنیا، مشکل بارداری نوجوانان تا حد زیادی، به دلیل کوتاهی مقامات کنیایی از اقدام کارآمد علیه تجاوز جنسی، به مدارس راه یافته است. تجاوز جنسی در مدارس کنیا بسیار گسترده است، اما حکومت به هیچ اقدامی دست نمی زند. تقریباً تاکنون هیچ کس به اتهام تجاوز جنسی، در کنیا تحت تعقیب کیفری قرار نگرفته است و به همین دلیل، تجاوز جنسی، عامل اصلی گسترش فزاینده بیماری ایدز است. اما مسؤولان کنیا - که همگی آنان را مردان تشکیل می دهند - آشکارا از اقدام در این خصوص خودداری می کنند. از این رو، بارداری نوجوانان بر اثر تجاوز جنسی در این کشور، به دلیل فقدان مجازات مجرمان، بسیار گسترش یافته است.^{۱۵} وضع در آن سوی قاره افریقا بهتر از جاهای دیگر نیست.

بررسی‌های وزارت دادگستری امریکا نشان می دهد که تنها یک ششم تجاوزها، به بازداشت منجر می شود که تا حد زیادی به این دلیل است

14. Ibid., p. 1.

15. "Win News: Reports from around the World: Africa", cited in: <<http://www.findarticles.com>>, 23/9/2002, p. 1.

که دو سوم تجاوزهای جنسی، هیچ گاه به پلیس گزارش داده نمی‌شود.^{۱۶} همچنین در هر دو دقیقه، به یک زن تجاوز می‌شود و در هر سه دقیقه، یک شروع به تجاوز انجام می‌گیرد. زنان طلاق گرفته، شهرنشین و تهیدست که ۱۶ تا ۲۴ سال سن دارند، بیشترین آمار تجاوز و حمله جنسی را دارند. مرکز پژوهش و درمان قربانیان جرایم در امریکا گزارش می‌دهد که ۱/۲ میلیون زن آمریکایی قربانی تجاوز به عنف بوده‌اند؛ یک نفر از هر هفت تا هشت زن بالغ آمریکایی در طی عمر خویش، قربانی تجاوز به عنف شده است. تخمین زده می‌شود که نزدیک به ۷۰۰,۰۰۰ زن، هر ساله قربانی تجاوز می‌شود. همچنین به یک نفر از هر چهار زن دانشگاهی، تا پیش از فراغت از تحصیل تجاوز می‌شود.^{۱۷}

داده‌های ملی در ایالات متحده نشان می‌دهد که نوجوانان همچنان بالاترین آمار تجاوز جنسی را نسبت به هر گروه سنی دیگر دارند. به گزارش وزارت دادگستری در سال ۱۹۹۸، نرخ سالانه آزار جنسی در میان هزار نفر (زن و مرد) ۳/۵ برای سنین ۱۲ تا ۱۵ سال، ۵ برای سنین ۱۶ تا ۱۹ سال، ۴/۶ برای سنین ۲۰ تا ۲۴ سال، و ۱/۷ برای سنین ۲۴ تا ۲۹ سال بوده است. وزارت دادگستری گزارش داد که بیش از نیمی از قربانیان تجاوز و آزار جنسی را در سال ۱۹۹۸ زنان کمتر از ۲۵ سال تشکیل می‌دادند. بررسی‌ها نشان داده است که دو سوم تا سه چهارم همه تجاوزهای جنسی نسبت به نوجوانان، را یک فرد آشنا یا از بستگان آن نوجوان انجام

16. "Violence against Women", cited in: < [http:// www. feminist.com/violence/ vawnews.html](http://www.feminist.com/violence/vawnews.html)>, 17/8/2002, p. 2

17. Lynn Norment, "Rape and Recovery: Survivors Speak out", Journal of Ebony, April 2000, p. 23.

داده است. همچنین قربانیان تجاوز جنسی، کمتر از زنان بالغ، مایل به جست و جوی مراقبت پزشکی پس از تجاوز هستند و کمتر مایلند چنین اتهاماتی را مطرح سازند.^{۱۸}

آزار جنسی، ۵/۵ درصد جرایم خشونت‌باری را تشکیل می‌دهد که در طی سال ۱۹۹۴ در ایالات متحده امریکا رخ داده است. ۹۷۴۶۴ تجاوز به عنف در سال ۱۹۹۵ در امریکا گزارش شده است. با وجود این، تخمین زده می‌شود که اگر وضع همچنان ادامه یابد، از هر شش زن، به یک نفر در طی عمر خویش تجاوز جنسی خواهد شد. از هر ۵۰۰ زن، به یک نفر در طی بارداری حمله شده و آزار دیده است. هر سال بیش از ۶۰,۰۰۰ تجاوز علیه زنان بیش از ۵۰ سال در ایالات متحده صورت می‌گیرد. در یک درصد از تجاوزهای جنسی نیز قربانی به قتل می‌رسد.^{۱۹}

پیامدهای جسمانی و روانی زنانی به عنف

بررسی‌ها درخصوص دختران نشان داده است که تجاوز جنسی در کودکی یا نوجوانی، با کنترل درونی پایین‌تر، میزان افسردگی شدیدتر، افزایش درخواست و دریافت خدمات روان‌شناختی، افزایش نرخ بارداری و میزان استفاده بیشتر از مواد مخدر غیرقانونی و نیز شواهد بدرفتاری جسمانی و وضعیت بهداشت روانی منفی در ارتباط است. همچنین تنیدگی روانی پس از تجاوز جنسی در ۸۰ درصد قربانیان تجاوز پدید می‌آید.

18. "Care of the Adolescent Sexual Assault Victims", Journal of Pediatrics, June 2001, pp. 45-6.

19. Linda M. Petter, "Management of Female Sexual Assault", American Family Physician, September 15, 1998, p. 23.

تقریباً پنجاه درصد قربانیان تجاوز جنسی، در طی نخستین سال پس از حمله، به افسردگی دچار می‌شوند. بنابراین، مادری که به این صورت دچار افسردگی است، به هیچ وجه آمادگی روحی و روانی و گاهی حتی آمادگی جسمانی برای بارداری، و پرورش یک کودک، آن هم کودکی که از فرد متجاوز باقی مانده است، ندارد.

صد درصد قربانیان تجاوز که بررسی شده‌اند، ابراز داشته‌اند که آن تجربه تلخ، همچنان تا پنج سال پس از وقوع آن رویداد، زندگی آنها را تحت تأثیر قرار داده است. مراجعه به پزشک در طی نخستین سال پس از تجاوز جنسی، در میان قربانیان تا ۱۸ درصد افزایش پیدا می‌کند و این میزان در دومین سال به ۵۶ درصد می‌رسد، اما در سال سوم به ۳۱ درصد کاهش می‌یابد.^{۲۰}

تجاوز جنسی، رویدادی است که زندگی زنان را دگرگون می‌سازد. زنانی که قربانی تجاوز شده‌اند، در باقی مانده زندگی خویش تحت تأثیر پیامدهای ناخوشایند آن قرار دارند. این زنان، مشکلات متعدد روانی را افزون بر درد و رنج جسمانی، تحمل می‌کنند.

به طور کلی، زنان قربانی خشونت جنسی از ناراحتیهای جسمانی بی‌شماری مانند جراحات عمیق، بیهوشی و بیماریهای روحی و روانی؛ شامل افسردگی، اعتیاد به مواد مخدر و الکل، تنشهای پس از جراحات، احساس گناه، اضطراب، احساس حقارت و شرم، اختلالات و عقده‌های اجباری، خود نکوهش کردن، شرکت نکردن در فعالیتهای پرتحرک و شادی آفرین، عدم حضور در محل حادثه، اختلالات تغذیه‌ای و چندشخصیتی شدن، رنج

20. Ibid., p. 24.

می‌برند. همچنین حمله و تجاوز به آنان، ممکن است به بارداریهای ناخواسته منجر شود که پیامدهای خاص خود را دارد.^{۲۱}

زنانی که قربانی خشونت جنسی می‌شوند، دچار صدمات روانی، عصبی و عاطفی می‌گردند که بر همه رفتارهای آنها نسبت به جنس مرد، تأثیر می‌گذارد. گاهی زنان صدمه دیده، در زندگی جنسی دچار سردی و افسردگی می‌شوند و نفرت و ترس از جنس مرد را هرگز در زندگی خانوادگی و اجتماعی خود از یاد نمی‌برند.^{۲۲}

همه این مطالعات نشان می‌دهد که زنان پس از تجربه جنسی، به هیچ وجه آمادگی جسمانی و روحی لازم را برای بارداری و به دنیا آوردن فرزند، ندارند. به ویژه باید در نظر داشت که بیزاری از شخص متجاوز، خود به خود به کودکی که از وی برجای مانده است نیز تسری پیدا می‌کند.

سقط جنین در نظام کیفری ایران

مسئله سقط جنین، از مسائل مهم و مبتلا به همه کشورهای است و هر یک به گونه‌ای درباره آن به بحث پرداخته‌اند و به قواعد خاصی در قوانین وضع شده خود تصریح کرده‌اند. کشورهای غربی اصولاً سه رویکرد نسبت به سقط جنین دارند:

دسته نخست، کشورهایی که به طور کلی با آزادی سقط جنین مخالفند و همچنان تحت تأثیر اخلاق و مذهب کلیسایی خود قرار دارند. برای نمونه، می‌توان به کشورهای فرانسه، بلژیک، اسپانیا و یونان اشاره

۲۱. همان، صص ۵۵-۵۴.

۲۲. مهرانگیز کار، پیشین، ص ۳۴۶.

کرد.

دسته دوم، کشورهایی که با توجه به ملاحظات اقتصادی و اجتماعی و مشکلات ناشی از افزایش جمعیت، با آزادی نسبی سقط جنین موافقت و اجازه داده‌اند که افراد در شرایط خاص، سقط جنین کنند؛ همانند سوئیس، بریتانیا، فنلاند، سوئد و دانمارک.

دسته سوم، کشورهایی که اجازه داده‌اند زن آبستن برای سقط جنین، از مقامات رسمی درخواست مجوز کند و پس از کسب مجوز از آنان، به سقط جنین اقدام کند. بدیهی است که مقامات رسمی، اغلب با درخواست آنان موافقت می‌کنند؛ مانند روسیه، مجارستان، رومانی و بلغارستان.^{۲۳}

قانونگذار ایران، سقط جنین را تعریف نکرده است، ولی از مجموع مقررات کنونی چنین برمی‌آید که هدف قانونگذار، نوعاً حمایت از حیات طفل است.

در قانون مجازات اسلامی ایران، اگر سقط جنین، شبه عمدی و یا خطای محض باشد، مرتکب، به پرداخت دیه محکوم می‌شود و در سقط جنین غیرعمدی ناشی از رانندگی، به حبس تعزیری و در صورت مطالبه دیه از طرف اولیای دم، ضامن دیه هم خواهد بود. ولی اگر سقط جنین، عمدی و در دوران حیات زیستی باشد، مرتکب، مستوجب قصاص است.

به طور کلی، می‌توان گفت که درخصوص مجازات، جرم سقط جنین به دو دسته قابل تقسیم است:

- ۱- مجازات سقط جنین به اعتبار وسیله.
- ۲- مجازات سقط جنین به اعتبار شخصیت مرتکب.

۲۳. لایلا امینی، سقط جنین، مقاله تحقیقی ارائه شده به کانون وکلای دادگستری مرکز، ۱۳۸۰، ص ۳۴.

در حالت نخست، سقط جنین ممکن است با ضربات بدنی و یا اذیت و آزار باشد که در ماده ۶۲۲ قانون مجازات اسلامی مقرر شده است:

«هرکس عالماً و عامداً به واسطه ضرب یا اذیت و آزار زن حامله، موجب سقط جنین وی شود، علاوه بر پرداخت دیه یا قصاص حسب مورد به حبس از یک تا سه سال محکوم خواهد شد.»

در واقع، در اینجا مقصود از ضرب، هر نوع ضربه است؛ اعم از این که با جرح همراه باشد یا نه و مقصود از اذیت، این است که خود مستقیماً در تهیه و دادن وسایل دخالت داشته باشد.

سقط جنین، ممکن است با به کار بردن وسایل شیمیایی باشد که در ماده ۶۲۳ قانون مجازات اسلامی مقرر شده است:

«هرکس به واسطه دادن ادویه یا وسایل دیگری موجب سقط جنین زن گردد، به شش ماه تا یک سال حبس محکوم می‌شود و اگر عامداً زن حامله‌ای را دلالت به استعمال ادویه یا وسایل دیگری نماید که جنین وی سقط گردد، به حبس از سه تا شش ماه محکوم خواهد شد، مگر این که ثابت شود که این اقدام برای حفظ حیات مادر می‌باشد و در هر مورد حکم به پرداخت دیه مطابق مقررات مربوطه داده خواهد شد.»

همانطور که ملاحظه می‌شود، چنانچه شخص ثالث تشخیص دهد دادن ادویه یا وسایل دیگر برای حفظ مادر ضروری است، از تحمل حبس تعزیری معاف است و فقط به پرداخت دیه محکوم خواهد شد.

درخصوص دسته دوم، از نظر شخصیت مرتکب باید میان حالتی که

عمل را طیب یا قابله و غیره انجام می‌دهد، با زمانی که عمل را خود زن و یا با تمکین از شوهر انجام می‌دهد، تفاوت گذارد. در حالت نخست که سقط جنین به وسیله افراد متخصص پزشکی صورت می‌گیرد، در ماده ۶۲۴ قانون مجازات اسلامی مقرر شده است:

«اگر طیب یا ماما یا دارو فروش و اشخاصی که به عنوان طبابت یا مامایی یا جراحی یا داروفروشی اقدام می‌کنند، وسایل سقط جنین فراهم سازند و یا مباشرت به اسقاط جنین نمایند، به حبس از دو تا پنج سال محکوم خواهند شد و حکم به پرداخت دیه مطابق مقررات مربوطه صورت خواهد پذیرفت.»

ملاحظه می‌شود، در این ماده، قانونگذار دو دسته از اشخاص را در نظر دارد: دسته نخست، کسانی که پزشک و ماما و غیره هستند و مداخله آنها به مناسبت شغل و حرفه آنها است و دسته دوم، کسانی که واقعاً و قانوناً پزشک و ماما یا جراح و داروفروش نیستند، ولی به آن عنوان، وسایل سقط جنین را فراهم می‌سازند؛ مانند دانشجویان پزشکی یا مسئولان و کارمندان داروخانه‌ها و ...

مشاهده می‌شود، در این ماده، قانونگذار به تشدید مجازات پرداخته است؛ به این دلیل که طیب یا جراح یا ماما سوگند خورده است و به موجب آن باید حافظ نسل باشد و نه قاتل آن و درواقع، مراجعه مردم به آنها ناشی از اعتماد به آنها است.

علاوه براین، اطلاعات و معلومات طبی آنها نیز انجام این جرم را

تسهیل می‌کند.^{۲۴}

به طور کلی، با وجود این که در اغلب نظامهای حقوقی جهان، اقدام به سقط جنین، عملی ممنوع است، با توجه به ضرورتهای اجتماعی، همواره به موجب مقررات، حالتیایی نیز در نظر گرفته می‌شود که در صورت وجود شرایط خاص، عمل سقط جنین توسط پزشک، مجاز است. در چنین حالاتی، انجام سقط جنین به کمک پزشک، باید با تشریفات خاص صورت گیرد. صاحب نظران در تعیین مصادیق تجویز سقط جنین طبی، از دلایل خاص پیروی می‌کنند که برخی از آنها عبارتند از:

- حفظ حیات مادر، هنگامی که خارج نکردن جنین از رحم یا وضع حمل جنین، حیات مادر را به خطر بیندازد.

- جلوگیری از تولد نوزاد ناقص الخلقه و معلول کسه دارای صدمات بدنی مشخص در رحم مادر می‌باشد؛ به منظور دور ماندن از پیامدهای اجتماعی آن و صرف هزینه‌های هنگفت نگهداری این گونه افراد.

- پیشگیری از زیانهای معنوی که در آشکار شدن علایم بارداری یا تولد نوزاد ناشی از تجاوز جنسی و زنا برای دختران و زنان حاصل خواهد شد؛ به منظور حفظ آبروی آنان.

قوانین کیفری ایران، سقط جنین را فقط در حالتی تجویز کرده است که حیات مادر در خطر باشد. این مسأله در قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۲ هم بود. البته در حقوق ایران، سقط جنین یا سسقط حمل، از همان مراحل اولیه استقرار نطفه، سزاوار مجازات است و ضوابط آن در مواد ۴۸۷

۲۴. ابراهیم پاد، حقوق جزای اختصاصی، ج ۱، چاپ سوم، تهران، ۱۳۵۲، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ص ۷۹.

تا ۴۹۳ و همچنین مواد ۶۲۲، ۶۲۳ و ۶۲۴ قانون مجازات اسلامی درج شده است. براساس همین مقررات، توسل به سقط جنین برای نجات مادر، با فرض این که جنین به چهار ماهگی نرسیده باشد، به اجماع نظر حقوق دانسان، بلامانع است. لیکن در سقط جنین، بعد از چهار ماهگی، اختلاف نظر است. به این منظور برای حفظ حقوق والدین و با در نظر گرفتن حق حیات جنین، ارتکاب هر گونه جنایتی نسبت به این موجود، به شدت نهی شده و این گونه اعمال، از نظر قانون مجازات دارد. این در حالی است که در نظام حقوقی دیگر کشورها، حالت‌های تجویز سقط جنین، دامنه گسترده تری دارد. لیکن در نظام جمهوری اسلامی ایران با توجه به الزامات موجود در قانون اساسی مبنی بر لزوم عدم مخالفت مقررات جاری کشور با قواعد شرع اسلام، تجویز سقط جنین در همه آن حالتها ممکن نیست و محدودیت بیشتری هست.

به تبع قواعد مذکور، اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضاییه در خصوص سقط جنین ناشی از زنا نظریه‌ای به این شرح اعلام کرده است: «سقط جنین ناشی از زنا مانند سقط جنین ناشی از حلال، دارای کیفر و مجازات است».^{۲۵}

ملاحظه می‌شود، حتی در زمانی که جنین بر اثر زنا پدید آمده است نیز قانونگذار ایرانی و نیز نظام قضایی ایران، انجام سقط جنین را مجاز نمی‌داند. هر چند بتوان باز ادعا کرد هنگامی که زنی به عمل نامشروع و غیرقانونی زنا دست زده، باید منتظر پیامدهای ناگوار آن؛ چه از نظر

۲۵. «نظریات اداره حقوقی قوه قضاییه در زمینه مسائل کیفری»، ج ۱، روزنامه رسمی، تهران، ۱۳۷۳، ص ۲۸۰.

مجازاتهای قانونی و چه پیامدهای طبیعی آن همچون زادن کودک ناشی از زنا باشد، این استدلال را به هیچ وجه نمی‌توان درباره جنینی پذیرفت که بر اثر زنای به عنف پدید می‌آید، زیرا در این حالت، زن باردار شده، هیچ عمل نامشروع و غیرقانونی مرتکب نشده و تنها قربانی عمل مجرمانه یک فرد دیگر است. علاوه بر آن، به نظر می‌رسد که این حق را باید برای عموم زنان معتبر شناخت که بتوانند به طور کلی از باردار شدن خود جلوگیری کنند.

حق باردار نشدن از شوون سلطنت بر خود محسوب می‌شود و هر زنی، به خصوص زنی که به عنف و اجبار، مغلوب مردی متجاوز گردیده، باید بتواند به حکم قاعده لاجرح و لاضرر، جنین ناخواسته را سقط کند. عدالت کیفری نیز اقتضا می‌کند که تا سرحد امکان، از اتفاقات ناگواری که برای بزه‌دیده پیش می‌آید، کاسته شود که اجازه سقط جنین ناشی از زنای به عنف، یکی از مهمترین این گونه حمایت‌های قانونی و اجتماعی از بزه‌دیده است.

راهکارهای مقابله با بارداری ناشی از زنای به عنف

بین یک تا ۵ درصد تجاوزهای جنسی، به بارداری منجر می‌شود. پس از تجاوز، درمان و پیشگیری از بارداری، اغلب ممکن است و در مراکزی که با معضل زنای به عنف سر و کار دارند، بلافاصله پس از تجاوز، به قربانیان زنای به عنف، داروی مؤثر برای پیشگیری از بارداری داده می‌شود. بیشتر مداخلاتی که برای پیشگیری از بارداری، بیش از ۷۲ ساعت پس از آمیزش صورت می‌گیرند، کارگر نیستند. بنابراین، قطع

جریان بارداری پس از زنای به عنف، یک گزینه بسیار متداول است. توصیه درمانی پزشکان این است که قرصهای ضدبارداری با میزان مصرف زیاد، بلافاصله پس از مراجعه قربانی به مراکز درمانی، به وی داده شود. این درمان، خطر بارداری را ۶۰ تا ۹۰ درصد کاهش می‌دهد.^{۲۶}

درخصوص درمان قربانیان زنای به عنف، توصیه می‌شود که پیشگیری از بارداری پس از آمیزش صورت گیرد. بنابراین، پزشکان باید بتوانند داروی لازم را به قربانی دهند. دیگر این که باید برای پیشگیری از درگیر شدن نوجوانان در زنای به عنف، هشدارهایی به آنان داد. نوجوانان را باید قادر ساخت موقعیتهای خطرناک را تشخیص دهند و تشویق شوند که پس از زنای به عنف، جویای درمان پزشکی باشند؛ زیرا مطمئناً امکان درمان آسیبهای جسمانی ناشی از تجاوز و نیز پیشگیری از بارداری احتمالی پس از تجاوز وجود دارد. همچنین باید به نوجوانان آموزش لازم داده شود. معمولاً جدا از دیگر موارد، از مهمترین نگرانیهای قربانیان زنای به عنف، این است که آیا در برابر بارداری ناخواسته و نیز بیماریهای آمیزشی، کارکنان پزشکی می‌توانند به آنها یاری رسانند یا خیر؟ با این حال، حتی در ایالات متحده مشکلات زیادی در این زمینه وجود دارد و بخشهای زودرسی‌های پزشکی، در این خصوص آموزش لازم را ندیده‌اند. طبق چندین پژوهش انجام گرفته، بخشهای زودرسی، اغلب از دادن وسایل پیشگیری اضطراری از بارداری به قربانیان تجاوز، کوتاهی می‌کنند. لیندا لدی، مدیر اداره منابع آزار جنسی در مینه‌آپلیس، در این خصوص می‌گوید: «احتمالاً این مسأله چندان عجیب نیست؛ چون ما اصلاً نمی‌توانیم

26. "Care of the Adolescent Sexual Assault Victims", op.cit., p. 47.

دریابیم که این امر چقدر وخیم است».^{۲۷}

خانم لدری می‌افزاید: برای رفع این مشکل، باید در همه بخشهای بیمارستانی و اورژانس که با مسأله تجاوز جنسی سر و کار دارند، این موضوع را در شرح حال و گزارشی که از درمان قربانیان ارائه می‌کنند، گنجانند. یعنی باید وضعیت به گونه‌ای باشد که در شرح حال، نوشته شود: آیا وسایل پیشگیری از بارداری به قربانی داده شده است یا خیر؟ همچنین خانم لدری می‌گوید: باید مطمئن شد که درخصوص پیشگیری اضطراری از بارداری به همه قربانیان تجاوز، اطلاعات لازم داده می‌شود. وی به بخشهای اورژانس بیمارستانها توصیه می‌کند:

«اگر قربانیان خواهان پیشگیری از بارداری اضطراری هستند، باید داروی لازم را داشته باشید تا به قربانی تجاوز جنسی بدهید».^{۲۸}

بنابراین، قربانیانی که در جست و جوی کمک به بیمارستانها رو می‌آورند، سزاوار توجه فوری کارکنان خدمات بهداشتی و پزشکی هستند. برای برآوردن این منظور، باید به کارکنان بخشهای اورژانس و آن افرادی که با تجاوز جنسی سر و کار پیدا می‌کنند؛ از جمله کارکنان پزشکی قانونی، آموزشهای تخصصی داده شود تا نیازهای جسمانی و روانی قربانیان را برآورده سازند. یکی از مهمترین این نیازها نیز اطمینان یافتن از دادن وسایل پیشگیری اضطراری از بارداری به قربانیان است تا احتمال بارداری به میزان پایین‌تری رسد. البته اگر این درمانها سودی نبخشید و قربانی تجاوز، باز هم ناخواسته باردار شد، در آن صورت می‌توان درخصوص دیگر

27. "Do Sex Assault Victims Receive Adequate Care?" ED Management, June 2002, p. 32.

28. Ibid., p. 34.

راهکارهای لازم برای از میان بردن بارداری ناخواسته تصمیم گرفت.

نتیجه گیری

زنای به عنف، یک حادثه غم‌انگیز است که پیامدهای بلندمدت پزشکی و عاطفی دارد. مهم این است که نبرد با زنای به عنف، بر حقوق بشری زنان مبتنی گردد. اگر مردان به یاد داشته باشند که زنانی که مورد تجاوز قرار می‌گیرند، مادران، دختران، خواهران و همسران همین مردان هستند، ممکن است قوانین را برای حمایت بیشتر از زنان قربانی تغییر دهند.^{۲۹}

قربانیان زنای به عنف حق دارند از درمان پزشکی رایگان و برخورد به شیوه انسانی برخوردار شوند. آنان را باید تشویق کرد که تجاوز را به پلیس و مقامات قضایی گزارش کنند و برخورداری از رفتار منصفانه و محترمانه، در طی روند عدالت کیفری، حق آنان است. از این رو، باید در نظر داشت که قربانیان زنای به عنف حق داشته باشند که از بارداری ناشی از زنای به عنف که بدون خواست و میل آنها صورت گرفته و آثار بد روانی برای ایشان به بار آورده است، رها شوند؛ زیرا اگر به فرض، فرد متجاوز شناسایی و دستگیر شود، براساس قانون مجازات اسلامی، مجازات وی اعدام خواهد بود. آیا زن قربانی زنای به عنف که دچار چنین عمل وخیمی گشته است، باید فرزندی را در شکم نگه دارد که به جنایتکاری اعدام شده تعلق دارد؟ همچنین آینده چنین فرزندی که بی‌پدر و بی‌مادر

29. Rhona Macdonal, "Time to Talk about Rape", British Medical Journal, October 28, 2000, p. 13.

پرورده می‌شود، چه خواهد شد؟

آیا زن شوهرداری که به او تجاوز شده، باید مکلف باشد جنین فرد متجاوز را در شکم نگه دارد و پس از تولد، او را پرورد؟ آیا در این صورت، هیچ‌گونه بختی برای این زن باقی می‌ماند که بتواند بار دیگر زندگی عادی خویش را در کنار همسرش از سر گیرد؟ همچنین، آیا دختری که قربانی زنای به عنف شده است، به جای این که نظام قانونی کشور به وی یاری رساند که هرچه زودتر از این کابوس‌رهایی یابد و بتواند بار دیگر به جامعه، خوشبین شود و در روندی طبیعی ازدواج کند، باید متعهد گردد جنینی را که در نتیجه زنای به عنف پدید آمده است، همچنان حفظ کند، سپس به تنهایی این فرزند بی‌پدر را پرورش دهد؟

مطمئناً اگر وضع بدین گونه باشد، این زن یا دختر، هیچ‌گاه بختی برای بازگشت به یک زندگی عادی نخواهد داشت و برای همیشه باید عذاب کشد؛ زیرا در جامعه ایران و حتی در جوامع غربی، جامعه هیچ‌نگاه مثبتی به این‌گونه زنان و دختران ندارد که از راهی غیر از ازدواج باردار می‌شوند.

به نظر می‌رسد که بدون تغییر و اصلاح قوانین کنونی ایران و صرفاً با ارائه تفسیری از قوانین موجود، نتوان سقط جنین ناشی از زنای به عنف را مجاز دانست. مقرراتی که در این باره وضع می‌شود، باید حاوی تمام جنبه‌های پیشگیرنده، درمانی و جبرانی باشد. منع قانونی سقط جنین و پیش‌بینی ضمانت‌های اجرایی کیفری، واقعیتهای موجود را تغییر نمی‌دهد. هر ساله تعدادی از زنان با سقط جنین به روش‌های غیربهداشتی و پنهانی، جان می‌بازند. در بین آنان زنانی که برای حفظ شرافت و آبروی خود به این

روشها دست می‌زنند و تا آستانه مرگ پیش می‌روند، کم نیستند. آنان به حمایت قانونگذار نیاز دارند تا بتوانند بین مرگ و زندگی، زندگی عاری از احساس گناه و شرمساری و توأم با عزت نفس را انتخاب کنند.

مسائل مطرح در قانون حاکم بر قرارداد

دکتر حمیدرضا نیکبخت

چکیده

قانون حاکم بر قرارداد بین‌المللی چیست؟ آیا قانون حاکم بر قرارداد واحد و ثابت است؟ امروزه قانون حاکم بر قرارداد در حال خروج از محدوده قوانین ملی است و قواعد حقوقی موسوم به *Lex mercatoria* در کنار قوانین ملی می‌توانند بر قرارداد اعمال گردند، و نیز ضرورتی ندارد که قانون حاکم انتخاب شده طرفین قرارداد از قوانینی باشد که ارتباطی با قرارداد دارند و دیگر آن که قانون حاکم بر قرارداد اصولاً به گونه‌ای است که احاله در قراردادهای راه نمی‌یابد. قانون حاکم بر قرارداد را می‌توان با شرایطی تغییر داد، اما نمی‌توان آن را شناور و معلق انتخاب کرد. دیگر آن که چنانچه به طور منطقی بتوان قرارداد را تجزیه نمود این امکان وجود دارد که برای هر جزء قانون خاصی را حاکم قرار داد.

مقدمه

در بحث قانون حاکم بر قرارداد با عنصری خارجی، یا به عبارت دیگر در محدوده تعارض قوانین و قراردادها مسائل مختلف و با اهمیتی مطرح هستند که قانون یا دادگاه باید برای آنها پاسخ داشته باشد. معمولاً تکلیف موضوع را قانونگذار (بویژه در سیستمهای حقوقی نوشته) با وضع قانون مشخص می‌کند. در غیر اینصورت دادگاه خود باید تکلیف را مشخص کند که در این حالت رویه قضایی، عرف و دکتترین هم (منابع اصلی حقوق) به کار خواهند آمد. در بخش تعارض قوانین سیستمهای حقوقی نیز مسائل همین گونه حل می‌شوند.

در این مقاله بر آن هستیم تا پاسخ دو سؤال کلی و عمده را که نقش به‌سزایی در جریان حل و فصل دعاوی قراردادی (بین‌المللی) دارند و بخصوص در تعیین قانون قابل اعمال بر قرارداد یا دعوی راه‌گشا هستند، در قوانین مختلف و سایر منابع موجود در تعارض قوانین بیابیم: قانون حاکم بر قرارداد چیست؟، آیا قانون حاکم بر قرارداد واحد و ثابت است؟

دو سؤال فوق کلی هستند و ذیل هر کدام سؤالات جزئی‌تری مطرح می‌گردند. در پاسخ به هریک از دو سؤال اصلی مقاله به دو بخش تقسیم می‌شود، قسمت اول به سؤال اول خواهد پرداخت. در این قسمت سه سؤال جزئی بررسی و پاسخ داده خواهند شد که:

- ۱- چه قانونی را می‌توان قانون حاکم بر قرارداد تعیین کرد؟
- ۲- آیا می‌توان قانونی را که هیچ ارتباطی با قرارداد ندارد حاکم بر قرارداد کرد؟
- ۳- آیا قانون حاکم بر قرارداد قواعد مادی سیستم حقوقی یک

کشور است یا قواعد حل تعارض آن؟

قسمت دوم مقاله به سؤال دوم اختصاص دارد بدین ترتیب که:

- ۱- آیا قانون حاکم بر قرارداد قابل تغییر است؟
 - ۲- آیا می‌توان قانون حاکم بر قرارداد را معلق یا شناور گذاشت؟
 - ۳- آیا فقط باید یک قانون حاکم بر قرارداد باشد؟
- در پایان مقاله علی‌رغم کوششی که کرده‌ایم تا به هر سؤال در جای خود پاسخ دهیم نتیجه‌گیری کلی خواهد شد.

قسمت اول: قانون حاکم بر قرارداد چیست؟

۱- چه قانونی را می‌توان قانون حاکم بر قرارداد تعیین کرد؟

در قراردادهای با عنصر خارجی، یا طرفین قرارداد قانون حاکم را تعیین می‌کنند و یا دادگاه در هنگام رسیدگی به دعوی مربوط به آن قرارداد این کار را خواهد کرد. پرسش این است که آیا قانون حاکم لزوماً باید قانون کشور خاصی باشد یا اصول کلی حقوق (مشترک بین کشورها)، یا عرف و رسم تجاری *usages du commerce international* یا *lex mercatoria* را هم می‌توان به عنوان قانون حاکم پذیرفت.^۱

بدیهی است که اصل آزادی قرارداد و دکتین حاکمیت اراده تا حدود وسیعی هرگونه انتخابی از طرفین قرارداد را می‌پذیرد. اما قواعد تعارض سیستمهای حقوقی ملی چه در قالب قانونگذاری داخلی و چه از

۱. موارد دیگری نیز وجود دارند که به عنوان قانون حاکم مطرح هستند. اما در اینجا فقط به عرف و رسم تجاری اشاره می‌شود چون بیش از سایر موارد بدانها استناد شده است. چند نمونه از این دست عبارتند از اصول کلی حقوق بین‌الملل، اصول کلی حقوق تجارت، اصول مشترک بین قوانین دو کشور، حقوق قراردادهای بین‌المللی، اصول حقوقی منصفانه و عادلانه و ...

طریق عهدنامه‌های بین‌المللی تمایل ندارند انتخابهای خارج از قوانین ملی (فراملی) را بپذیرند و در این زمینه قواعد خشک و غیر منعطف دارند. در این سیستمهای حقوقی عقیده غالب آن است که تنها قوانین ملی هستند که حقوق و تعهدات طرفین قرارداد را تعریف و روش اجرای حقوقی آنها را مقرر می‌کنند.^۲ گرچه در قواعد تعارض سیستمهای حقوقی ملی غالباً به طور کلی تصریح گردیده است که قانونی که طرفین به صراحت یا به طور ضمنی انتخاب کنند، همان حاکم بر قرارداد خواهد بود، جای بحث و تردید وجود ندارد که اصول کلی حقوقی یا عرف و رسم تجاری از قوانین مورد نظر این قواعد نمی‌باشند و منظور صرفاً قوانین جاری یک کشور است. به خصوص که غالب همین سیستمهای حقوقی در موردی که قانون حاکم را طرفین انتخاب نکرده باشند، تصریح دارند بر این که قانون یک کشور حاکم بر قرارداد خواهد بود. به عبارت دیگر، در این خصوص به دادگاه اجازه نمی‌دهند قانونی را غیر از قانون کشوری خاص بر قرارداد اعمال کند. لذا قواعد تعارض قوانین، قانون حاکم بر قرارداد را قانون یک کشور می‌دانند اعم از این که طرفین قرارداد آن را انتخاب کنند یا نکنند. برای مثال در انگلستان نظریه غالب در سالهای متمادی این بوده است که دادگاهها و حتی داوران مجاز نیستند که مبنای تصمیمات خود را «انصاف و حسن نیت یا وجدان آگاه»^۳ یا *Lex mercatoria* قرار دهند و تا سالهای اخیر دادگاهها همواره تصمیمات داوری براساس چنین اصولی را رد

2. Vicher, General Course on Private International Law, (1992-I) 232, Recueil des Cours, 9 at 13; Langen, Transnational Commercial Law, Sijthof, 1973, pp. 10-12.

3. Equity and good conscience.

کرده‌اند.^۴ در سیستم تعارض قوانین این کشور اعتقاد بر این بوده است که قراردادها نمی‌توانند در یک خلأ حقوقی یا قانونی باشند و آنها زمانی الزام آور هستند که با رجوع به یک سیستم حقوق خصوصی که تعهدات طرفین را با عباراتی که آنها در قرارداد خود به کار گرفته‌اند، تعریف می‌کند، تشکیل شده باشند.^۵

رویه و عرف قضایی و تجاری جاری در بعضی از کشورها از جمله انگلستان، حاکی از آن است که دادگاهها مستقیم یا غیرمستقیم پذیرش انتخاب قواعدی که جزئی از قانون یک کشور یا یک سیستم حقوقی ملی نیستند، مانند اصول کلی حقوق تجارت را از طرفین شروع کرده‌اند.^۶ این رویکرد بویژه در مواردی که آراء داوری‌های مبتنی بر قواعد غیرملی برای اعتراض یا اجرا نزد دادگاهها مطرح شده‌اند، مشهود است. اما به غیر از موارد داوریها و در قراردادهایی که یک طرف آن دولتها می‌باشند، قانون کشورها، انتخاب قانونی را که قسمتی از قانون ملی محسوب نمی‌شوند، کمتر مجاز شمرده‌اند.

در سیستم حقوقی سویس، قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سویس ۱۹۸۷، در ماده ۱۱۶ (قسمت قراردادهای) مقرر شده «قانونی» که طرفین

۴. به عنوان نمونه نک.

Ole Lando, *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, 34 I.C.L.Q. 1985, p. 747.

5. *Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Co.* [1984] A.C. 50.

۶. رک.

Berman & Dasser, *The "New" Law Merchant and the "Old" Sources, Content, and Legitimacy, in Lex Mercatoria and Arbitration* (Thomas E. Carbonneau ed. 1990), pp. 34-35.

در انگلستان رک.

Deutsche Schachtbau v. Shell International Petroleum Co. Ltd. [1990] 1 A.C. 295, 316 (C.A.).

انتخاب کرده‌اند بر قرارداد حاکم خواهد بود،^۷ اما در ماده ۱۱۷ تصریح می‌نماید که در فقدان انتخاب آنها، قانون «کشوری» که نزدیکترین ارتباط را با قرارداد دارد بر قرارداد اعمال خواهد شد.^۸ در اعمال اصل اساسی مقرر شده برای تعیین قانون حاکم در ماده ۱۱۶ (اصل آزادی یا حاکمیت اراده) طرفین ممکن است یک مجموعه قواعد از یک سیستم حقوقی خاصی را انتخاب کنند. پس این که آیا طرفین می‌توانند اصول کلی حقوقی یا *lex mercatoria* را قانون حاکم بر قراردادشان انتخاب کنند بستگی به این خواهد داشت که دادگاه‌های سویس آیا این اصول کلی حقوقی را یک مجموعه قواعد قانونی می‌شناسند یا نه؟ کشورهای اروپایی که عضو عهدنامه ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی می‌باشند^۹ با عضویت در این عهدنامه در واقع قواعدی را برای حل تعارض مربوط به دادرسی دعاوی قراردادی در دادگاه‌های خود پذیرفته‌اند که انتخاب یا اعمال قواعدی غیر از قانون یک کشور را قبول نمی‌کنند. در ماده (۱) عهدنامه رم مقرر شده که قواعد عهدنامه در جایی اعمال خواهند شد که انتخاب بین قوانین «کشورهای» مختلف مطرح باشد.^{۱۰} این ماده

7. Art. 116. "1. The contract shall be governed by the law chosen by the parties".

8. Art. 1. 17. "In the absence of a choice of law, the contract shall be governed by the law of the State with which it is most closely connected".

9. اکنون کشورهای فرانسه، آلمان، هلند، بلژیک، لوکزامبورگ، ایتالیا، انگلستان، پرتغال، اسپانیا، دانمارک عضو عهدنامه هستند و از سال ۱۹۹۱ این عهدنامه در کشورهای عضو به اجرا درآمده است.
EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome, 1980), [1980] O.J.L. 266.

۱۰. در ماده (۱) عهدنامه ۱۹۸۰ رم چنین مقرر شده است:

Art 1: 1. "The rules of this Convention shall apply to contractual obligations in any situation involving a choice between the laws of different countries".

تصریح دارد که انتخاب طرفین یا انتخاب دادگاه لزوماً باید قوانین کشوری خاص باشد. پس این ماده انتخاب اصول کلی حقوقی و یا عرف و رسم تجاری (*Lex mercatoria*) خارج از محدوده قوانین یک کشور را دربر نمی‌گیرد. عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین‌المللی کالا^{۱۱} گرچه بنظر می‌رسد در این موضوع قاعده کمی متفاوت با عهدنامه رم دارد، اما در عمل به همان نتیجه می‌رسد.^{۱۲} هر دو عهدنامه در فقدان انتخاب تصریح دارند که قانون حاکم بر قرارداد قانون یک «کشور» خواهد بود.^{۱۳} در عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر بیع

11. The Hague Convention on the Law Applicable to International Sales of Goods, proceedings of the extra ordinary session 14-30, Oct. 1985.

۱۲. ممکن است گفته شود عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه در ماده ۱ علاوه بر آنچه در ماده (۱) عهدنامه رم آمده است، مقرر می‌دارد که آن عهدنامه قانون قابل اعمال بر قراردادهای بین دو طرفی که محل شغل آنها در کشورهای مختلف است را نیز تعیین می‌کند (این ماده را در ذیل ببینید). در این چنین قراردادی، ظاهراً هر قانونی که طرفین انتخاب کرده باشند اعم از این که قانون یک کشور باشد یا غیر آن پذیرفته خواهد بود، چون ماده (۱) ۷ همین عهدنامه هر «قانونی» را که طرفین انتخاب کرده باشند قانون قابل اعمال تعیین کرده است. اما، با توجه به ماده ۱۵ عهدنامه که در خصوص استثنا نمودن احاله در قانون قابل اعمال بر قرارداد بیان می‌نماید که معنای «قانون» ذکر شده در عهدنامه، قانون جاری در یک «کشور» است به استثنای قواعد انتخاب قانون (تعارض) آن «کشور»، پاسخ قطعی به این که آیا طرفین قراردادها تحت عهدنامه ۱۹۸۶ لاهه می‌توانند *Lex mercatoria* را به عنوان قانون حاکم انتخاب کنند منفی می‌باشد. به عنوان نمونه نک.

Zeljko Matic, The Hague Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods-Rules on the Applicable Law, in INTERNATIONAL CONTRACTS AND CONFLICT OF LAWS, 51-53 (Peter Sacrevic ed. 1990).

Article 1. "This Convention determines the law applicable to contracts of sale of goods; a) between parties having their places of business in different States; b) in all other cases involving a choice between the laws of different, States, unless ...".

۱۳. ماده ۴ عهدنامه رم و ماده ۸ عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه. عبارت مذکور در این دو ماده به ترتیب: the law of the country و the law of the state می‌باشد.

بین‌المللی کالا،^{۱۴} به طور بارز و مشخص در هر کجا لازم بوده است از قانون داخلی یک کشور نام برده است. این روش هم چنان در انتخاب صریح و ضمنی و در جایی که انتخابی وجود ندارد حفظ شده است. لذا در قسمت مربوط به انتخاب صریح یا ضمنی یا در فقدان انتخاب طرفین، عهدنامه تصریح دارد که این انتخاب، انتخاب قانون داخلی یک «کشور» خواهد بود.^{۱۵}

برخلاف عهدنامه‌های فوق، در عهدنامه ۱۹۹۴ بین کشورهای امریکایی، در خصوص قانون قابل اعمال بر قراردادهای بین‌المللی (عهدنامه ۱۹۹۴ مکزیکو)^{۱۶} مانعی برای اعمال اصول کلی حقوقی یسا عرف و رسم تجاری توسط دادگاه مشاهده نمی‌شود. این اصول می‌توانند به موجب بند دوم ماده ۹ در جایی که قانون قابل اعمال توسط طرفین انتخاب نشده باشد و یا انتخاب آنها بی‌اثر باشد، به وسیله دادگاه اعمال گردند.^{۱۷} ماده ۱۰ این عهدنامه تصریح دارد که دادگاه در اجرای عدالت و انصاف علاوه بر قانون یک کشور، اصول حقوق تجارت بین‌الملل و عرف و رسم تجارت را (که

14. The Hague Convention on the Law Applicable to International Sales of Goods, 15 June, 1955, UNTS, Vol. 510, no. 7411 (1964).

15. در ماده ۲ و ۳ که قانون حاکم را معین می‌نمایند به صراحت بر قانون داخلی یک کشور (domestic law of a country) به عنوان قانون حاکم اشاره دارند.

16. Inter – American Convention on the Law Applicable to International Contracts, OAS, DOC. OEA/SER.K/XXI. 5 (March, 17/1994) reprinted in 33 I.L.M. 733.

17. در پاراگراف دوم ماده ۹ عهدنامه مقرر شده است:

“... The court will take in to account all objective and subjective elements of the contract to determine the law of the State with which it has the closet ties. It shall also take into account the general principles of international law recognized by international organizations”.

به طور کلی به رسمیت شناخته شده است) نیز در نظر خواهد گرفت.^{۱۸} از قواعد این عهدنامه برداشت نمی‌شود که طرفین قراردادها می‌توانند قانون غیرملی را انتخاب نمایند، بلکه خلاف آن را می‌توان استنباط نمود زیرا، گرچه در ماده ۷ عهدنامه بیان گردیده است که قرارداد تحت حاکمیت «قانونی» خواهد بود که طرفین انتخاب کرده‌اند، در ماده ۱۷ این قانون را «قانون» یک «کشور» معنا می‌کند.^{۱۹}

در حل و فصل دعاوی از طریق داوری، قواعد داوری در سطح ملی^{۲۰} و بین‌المللی^{۲۱} و قواعد داوری سازمان‌های فراملی^{۲۲} انعطاف بیشتری در خصوص پذیرش اصول کلی حقوقی و عرف و رسم تجاری

18. In addition to the provisions in the foregoing articles, the guide lines, customs, and principles of international commercial law as well as commercial usages and practices generally accepted shall apply in order to discharge the requirements of justice and equity in the particular case”.

19. Art. 17. “For the purpose of this Convention “law” shall be understood to mean the law current in a State, Excluding rules concerning conflict of laws”.

۲۰. برای مثال: نظریات مستدلی وجود دارد که در ارتباط با داوری قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی ۱۹۸۷ سویس در ماده ۱۸۷، قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه (اصلاحیه ۱۹۸۱) در ماده (۱) ۱۴۹۶، قانون داوری ۱۹۹۶ انگلستان و قانون داوری ۱۹۸۶ هلند (ماده (۲) ۱۰۵۴)، اعمال اصول کلی حقوقی و عرف و رسم تجاری را تأیید می‌کنند.

۲۱. برای مثال: عهدنامه اروپایی ۱۹۶۱ در خصوص داوری بین‌المللی (ماده VII) و عهدنامه ۱۹۶۵ واشنگتن در خصوص حل و فصل دعاوی سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر (ICSID) (ماده ۴۲) به گونه‌ای تفسیر می‌شوند که اصول کلی حقوقی و عرف و رسم تجاری را به عنوان قانون حاکم بر دعوی تجویز می‌نمایند.

۲۲. برای مثال: قواعد داوری ICC (قابل اعمال از سال ۱۹۸۸) و قواعد داوری UNCITRAL (۱۹۷۶)، در خصوص قانون قابل اعمال همان قاعده عهدنامه اروپایی ۱۹۶۱ را با اختلاف بسیار جزئی پذیرفته‌اند، بنابراین همانند آن عهدنامه، این قواعد نیز اصول کلی حقوقی و عرف و رسم تجاری را به رسمیت می‌شناسند. به همین صورت است قواعد ICC (قابل اعمال از سال ۱۹۹۸ (با تفسیر مواد ۱۵ و ۱۷)) و قانون نمونه داوری تجاری بین‌المللی UNCITRAL، ۱۹۸۵، (تفسیر ماده ۲۸).

(Lex mercatoria) در کنار قواعد قوانین ملی یا به جای آن داشته‌اند. این وضعیت از آن جهت قابل توجه است که دادگاه‌ها اصولاً نمی‌توانند *Lex mercatoria* را به عنوان یک مجموعه قواعد فراملی اعمال نمایند زیرا آنها قاعدتاً ملزم هستند براساس قواعد حل تعارض خود فقط قانون ملی منتخب طرفین را اعمال نمایند، در حالی که یکی از تفاوت‌های داوری با رسیدگی قضایی در همین است که در داوری به توافق‌ها و اراده طرفین در تمامی مسائل از جمله در قانون حاکم بیشتر از دادگاه اهمیت داده شود و داوران موضوع دعوی را براساس قواعد قانونی (و نه لزوماً براساس قانون ملی خاص) که طرفین انتخاب کرده‌اند یا خود آنها را مناسب می‌دانند تصمیم‌گیری نمایند.^{۲۳} لذا، در داوریهای دعاوی تجاری بین‌المللی نمونه‌های بسیار وجود دارد که داوران اصول کلی حقوق و قواعد مربوط به تجارت معمول در سطح بین‌الملل را اعمال نموده‌اند.^{۲۴} در این نمونه‌ها داوران بر این

۲۳. در بحث قانون حاکم در داوریهای بین‌المللی همواره دو نظریه ملی نمودن (nationalization) یا فراملی نمودن (denationalization) مطرح است که در جای دیگری بدان پرداخته شده است. رک. نیکبخت، دکتر حمیدرضا، تعارض قوانین در داوری تجاری بین‌المللی، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲۸-۲۷، ۱۳۷۸، ص ۱۳۵.

۲۴. برای نمونه رک. پرونده‌های:

Sapphire International Petroleum Ltd. v. NIOC (1967), 34 Int.L.R. 136; Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. v. Sheik of Abu Dhabi (1951), 18 Int.L.R. 144; Texaco Overseas Petroleum Co. Ltd. v. Libya (1979) 53 Int. L.R. 389; Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co. (1963) 27 Int. L.R.; Libian American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic (1981) 62 Int. L.R. 140; Texaco Overseas Petroleum Co. Ltd. v. Government of Arab Libyan Republic, 17 Int. L.M. 1978, p. 1; Kuwait v. Aminoil (1984) 64 Int. L.R. 518.

برای دیدن نمونه‌ای از تصمیمات داوری ICC رک.

ICC Award No. 3131, 9 Y.B. COM. ARB., 109-11 (1984); ICC Award No. 3267, 12 Y.B. COM. ARB. 87-89 (1987); ICC Award No. 5904, Clunet, 1989, 1107; ICC Award No. 5721, Clunet 1990, 1019.

نظر بوده‌اند که اصول حقوقی پذیرفته شده بین‌المللی و اصول زیربنایی قوانین کشورهای مختلف حاکم بر تعهدات قراردادی کفایت می‌کنند برای این که قانون حاکم (مناسب) بر تعهدات ماهوی طرفین، قرارداد باشند. پذیرش عرف و رسم تجاری در مقام قانون حاکم بر قرارداد علی‌رغم انتقاداتی که از آن شده است موجودیت آنها اثبات نشده و یا توافقی بر آنها نیست و یا اصول کلی حقوق تجارت تنها مشکلات ساده را حل خواهند کرد و از عهده موضوعات پیچیده‌تر بر نمی‌آیند یا هماهنگی بین قواعد سیستمهای حقوق مختلف در این زمینه وجود ندارد، صورت گرفته است. داوریهایی نیز تحت نظارت و قواعد (ICC) وجود دارد که داوران از اعمال عرف و رسم تجارت (*Lex mercatoria*) امتناع کرده‌اند.^{۲۵} به طور کلی بسیاری از کشورهای در حال توسعه نظر موافق نسبت به *Lex mercatoria* ندارند. زیرا آن را ساخته داوران و حقوقدانان کشورهای توسعه یافته (غرب) می‌دانند که منعکس‌کننده خواستها و منافع کشورهای آنهاست. از نظر آنها اعمال چنین قواعدی باعث نادیده گرفتن قوانین و به خصوص قواعد آمره کشورهای در حال توسعه می‌شود.^{۲۶} علماً و

برای دیدن نمونه‌ای از تصمیمات دآوری ICSID رک.

Amoco Asia Corp. v. Republic of Indonesia, Clunet, 1986, 201 and Clunet 1987, 145; *Klockner v. Cameroon*, 10 Y.B. COM. ARB. 71 (1985).

در این پرونده‌ها اصول کلی حقوقی اعمال گردیده است، با رعایت ماده (۱) ۴۲ ICSID که اجازه نمی‌دهد داوران تصمیم خود را صرفاً بر مبنای قواعد یا اصول حقوق بین‌الملل قرار دهند، بلکه این کار را باید همراه با اثبات و اعمال مفاد قانون کشور سرمایه‌پذیر (دولت طرف دعوی) انجام دهند.

۲۵. به عنوان نمونه دیده شود:

ICC Award No. 6560, 17 Y.B. COM. ARB. 226 (1992); ICC Award No. 4237, 10 Y.B. COM. ARB. 52 (1985); ICC Award No. 4560, 12 Y.B. COM. ARB. 111-12 (1987).

۲۶. در این زمینه دیده شود:

نویسندگان حقوقی زیادی در انگلستان و فرانسه و آلمان وجود دارند که با تئوری *Lex mercatoria* مخالف‌اند و بر آن انتقاد کرده‌اند، از جمله آنها می‌توان از باتیفول، دلوم، کلین، نائون، هایت، شلوسر، مان و ماستیل نام برد.^{۲۷}

نتیجه آن که دو نظریه راجع به *Lex mercatoria* در مقام قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی وجود دارد: یکی این قواعد را یک مجموعه قواعد حقوقی فراملی می‌داند که مستقلاً و به تنهایی برای حاکمیت بر قراردادها کفایت می‌کنند و نظریه دیگر به طور کلی وجود این قواعد را به عنوان قانون رد می‌کند. به هر صورت وجود قواعدی به نام *Lex mercatoria* به عنوان قواعدی متشکل از عرف و رسم تجاری بین‌المللی، قواعد عهدنامه‌های بین‌المللی و عرف جامعه بازرگانی بین‌المللی و همچنین به عنوان قواعد حقوقی متحدالشکل را در جامعه تجارت بین‌الملل نمی‌توان انکار کرد، به خصوص که امروزه این قواعد به عنوان یک منبع حقوق یا قانون قابل اعمال بر دعاوی تجاری بین‌المللی مورد استناد قرار می‌گیرند.

Samson Sempasa, Obstacles to International Commercial Arbitration in African Countries, 41 ICLQ 407 (1992); M. Somarajah, The UNCITRAL Model Law, A Third World View-Point, Journal of International Law, 6(4) (1989), 20; Rogers, Contemporary Problems in International Commercial Arbitration, 17(4) International Business Law, 1989, 158-159.

27. Batiffol, Delaume, Klein, Naon, Hight, Schlosser, Mann and Mustill .

در این خصوص دیده شود:

Michael J. Mustill & Stewart C. Boyd, The Law and Practice of Commercial Arbitration in England (2nd ed. 1989), 80-82; F.A. Mann, Introduction, in T.E. Carbonneau, Lex mercatoria and Arbitration, A discussion of the New Law of Merchant I (1990); Filip De Ly, International Business Law and Lex Mercatoria 219-20 (1992).

اصول کلی حقوقی نقش بسیار مهمی در *Lex mercatoria* دارند به گونه‌ای که به نظر می‌رسد منبع اصلی آن باشند، اما مشکل در یافتن و عمومیت چنین اصولی است. باید تلاش کرد که اصول کلی حقوقی در تجارت بین‌الملل را که هم مورد قبول کشورهای در حال توسعه و هم کشورهای توسعه‌یافته باشد یافت که در این صورت منافع تمامی جامعه بازرگانی بین‌المللی تأمین خواهد شد. قوانین ملی در خصوص تجارت خارجی هم تکافوی نیازهای این بخش را نمی‌دهد و باید مطابق استانداردهای بازرگانی بین‌المللی رشد و توسعه یابد. در این خصوص به منظور پیشرفت قوانین ملی، *Lex mercatoria* می‌تواند منبعی مفید باشد.^{۲۸}

۲- آیا می‌توان قانونی را که هیچ ارتباطی با قرارداد ندارد حاکم بر

قرارداد کرد؟

آیا طرفین قرارداد آزادند فقط از بین قوانینی که به گونه‌ای با قرارداد پیوندی دارند قانون حاکم را، انتخاب یا اعمال نمایند یا آزادی و اختیار آنها از این جهت بی‌قید است. اصولاً این سؤال در هر جا مطرح نمی‌شود، زیرا معمولاً این ارتباط به طریقی موجود است. همچنین ممکن است قراردادی ظاهراً و مستقیماً ارتباط با قانون منتخب یا حاکم نداشته باشد اما اساساً یا غیرمستقیم ارتباطی وجود داشته باشد، مثل این که قرارداد بیع کالایی هیچ ارتباطی با کشوری خاص نداشته باشد اما آن کالا در بندر

۲۸. ماده ۱۷ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC - 98) بعد از این که مقرر می‌دارد قانون حاکم قانونی است که طرفین انتخاب کرده‌اند در بند ۲ می‌گوید:

"In all cases the Arbitral Tribunal shall take account of the Provisions of the contract and the relevant trade usages".

دریایی آن کشور برای حمل و نقل دریایی بیمه شده باشد. اما برای مثال در قراردادهایی که مؤسسات یا سازمانهای دولتی طرف آن هستند طرفین معمولاً قانون (کشور) بی طرفی را ترجیح می دهند که هیچ ارتباطی هم با قرارداد ندارد. به علاوه طرفین ممکن است مایل باشند قواعد و اصول حقوقی کشوری که بدان آگاهی بیشتر دارند و با آن آشنا تر هستند اعمال شود، گرچه ارتباطی با قرارداد آنها هم نداشته باشد. به هر صورت این سؤال در دادرسیهای قضایی مطرح می شود و پاسخ سیستمهای حقوقی مختلف بدان، متفاوت است. بعضی پاسخ منفی می دهند و بعضی پاسخ مثبت.^{۲۹} مثلاً در سیستم حقوقی امریکا قاعده این است که قانون منتخب طرفین باید رابطه‌ای اساسی با قرارداد داشته یا مبنای منطقی دیگری برای این انتخاب آنها باشد.^{۳۰} در کانادا نیز این نظر وجود دارد که: «قراردادی که به وضوح نزدیک ترین ارتباط را با قانونی خاص دارد، طرفین نمی توانند برای اعتبار بخشیدن بدان، وانمود کنند که قرارداد را تحت قانون دیگری منعقد نموده اند».^{۳۱} اما، بسیاری از سیستمهای حقوقی دیگر که آزادی یا حاکمیت اراده را پذیرفته اند از این جهت محدودیتی بر این آزادی وارد نکرده اند. مثلاً در سیستم حقوق انگلستان آرای بسیاری مشاهده

۲۹. بدیهی است چنین سؤالی نمی تواند در انتخاب ضمنی طرفین قرارداد یا در جایی که دادگاه قانون را معین خواهد کرد (در فقدان انتخاب طرفین) مطرح باشد. زیرا برای پی بردن به انتخاب ضمنی طرفین قطعاً باید اشاره‌هایی در قرارداد به قانون مورد نظر وجود داشته باشد که این خود ارتباط قرارداد با آن قانون خواهد بود و در فقدان انتخاب طرفین سیستمهای حقوقی به طور مشخص قانون کشور خاصی را معین نموده اند که مبین ارتباط قرارداد با آن کشور است، مثل قانون محل انعقاد قرارداد یا محل اجرای قرارداد یا قانونی که نزدیکترین ارتباط را با قرارداد دارد.

30. Restatement, Second, Conflict of Laws, Sec. 187 (2)(a).

31. Band of Montral v. Snoxel (1983) 143 D.L.R (3d) 349.

می‌شود که قضات معتقد بوده‌اند که چنانچه در قراردادی طرفین قانون حاکم را (به صراحت) انتخاب کرده باشند آن انتخاب محترم خواهد بود و نباید به لحاظ عدم ارتباط با قرارداد نادیده گرفته شود.^{۳۲} علما و قضات این سیستم حقوقی معتقدند فقط در جایی انتخاب قانون بی‌ارتباط با قرارداد پذیرفته نخواهد شد که به منظور مشکل‌تر کردن حل و فصل اختلافات باشد.^{۳۳}

به هر صورت گفته می‌شود در انگلستان پرونده گزارش شده‌ای وجود ندارد که انتخاب طرفین صرفاً به دلیل فقدان ارتباط نادیده گرفته شده باشد.^{۳۴} در یک پرونده^{۳۵} نیز که در دادگاه بدوی بحث شده بود که انتخاب قانون انگلستان در قرارداد به لحاظ این که قرارداد ارتباطی با انگلستان ندارد باید بی‌اعتبار محسوب شود، در دادگاه استیناف گفته شد که «ارتباط با حقوق انگلستان اصلی اساسی محسوب نمی‌شود».^{۳۶}

در استرالیا همچنین دادگاه در پرونده‌ای انتخاب قانون نیویورک را در یک قرارداد استرالیایی پذیرفت، علی‌رغم این که در نظر دادگاه، واقعیات و مسائل موضوعی پرونده هیچ دلالتی بر این نداشت که قرارداد کوچکترین ارتباطی با ایالت نیویورک داشته باشد، بلکه از طرف دیگر

32. *Trortis v. Monark Line A/B*, [1968] 1 W.L.R. 406, 411.

33. F.A. Mann, *The Proper Law of the Contract*, (1950) 3 I.L.Q. 60; F.A. Mann, *The Unfair Contract Terms Act 1977 and the Conflict of Laws*, (1978) 27 I.C.L.Q. 661; F. A. Mann, *Proper Law and Illegality in Private International Law*, (1937) 18 B.Y.B.I.L. 97; *Boissevain v. Weil* [1949] K.B. 482, 491.

34. D. Lasok and P.A. Stone, *Conflict of Laws in the European Community*, Professional Books Limited, 1987, p. 358.

35. *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.* [1939] A.C. 277, p. 290.

36. *Ibid.*

قرارداد ارتباط زیادی هم از جهت موضوعی و هم از جهت قانونی با کشور استرالیا و ایالت ویکتوریا داشت.^{۳۷}

در سوئیس نیز، از قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی این کشور بر نمی‌آید که طرفین قرارداد باید قانونی را برای حکومت بسر قراردادشان انتخاب کنند که ارتباطی با قرارداد داشته باشد، بلکه برعکس ماده ۱۵ این قانون دلالت دارد بر آن حالتی که طرفین قانونی را انتخاب کرده یا می‌کنند، حتی چنانچه قضیه ارتباط نزدیکتری بسا قانون دیگری داشته باشد، انتخاب آنها محترم شمرده خواهد شد.^{۳۸} البته بسه موجب این قانون ممکن است قواعد آمره قانون کشوری که ارتباط نزدیکی با قرارداد دارد علیرغم انتخاب قانونی دیگر توسط طرفین، بر قرارداد اعمال گردد.^{۳۹}

در عهدنامه ۱۹۸۰ رم عبارات صریح ماده ۳ هیچ‌گونه دلالتی ندارد بر این که کشوری که طرفین قانونش را انتخاب کرده‌اند باید ارتباط فیزیکی با قرارداد داشته باشد. در واقع تحت این عهدنامه آزادی در انتخاب قانون قابل اعمال بدون محدودیت است و ممکن است قانون انتخاب شده کاملاً بی‌ارتباط با قرارداد باشد، و حتی همان‌گونه که قبلاً بیان گردیده است می‌توان به موجب ماده (۱) ۱ عهدنامه در مورد یک قضیه کاملاً داخلی که همه عناصر قرارداد به یک کشور مربوط می‌شود قانون خارجی را انتخاب

37. John Kaldor Fabricmaker Pty Ltd. v. Mitchell Cotts Freight (Australia) Pty Ltd. (1989) 18 N.S.W. LR 172, 185; kutchera v. Buckingham International Holdings Ltd. [1988] I.R. 61, 68.

۳۸. ماده ۱۵. «۱- قانون مشخص شده توسط این قانون، در آن موارد استثنایی که با توجه به جمیع جهات آشکار می‌گردد که قضیه فقط یک ارتباط خیلی محدودی با آن (قانون) دارد و یک ارتباط خیلی نزدیکتری با قانون دیگر دارد، اعمال نخواهد گردید؛ ۲- این ماده در موردی که طرفین قانونی را انتخاب کرده باشند قابل اعمال نمی‌باشد».

۳۹. ماده ۱۹.

نمود. با این وجود عهدنامه در ماده (۳) یک تعدیل جزئی و منطقی بر این آزادی وارد می‌نماید، یعنی مقرر کرده است در جایی که همه عناصر قرارداد مرتبط با یک کشور هستند، تنها انتخاب قانون خارجی، یا انتخاب قانون خارجی به همراه انتخاب یک دیوان خارجی، لطمه‌ای به اعمال قواعد آمره قانون کشوری که همه عناصر قرارداد با آن ارتباط دارد نخواهد زد. در هر حال در این عهدنامه به دادگاه‌های کشورهای عضو این اجازه داده شده است که در شرایطی، علیرغم انتخاب طرفین، قواعد آمره کشوری که وضعیت قرارداد با آن ارتباط نزدیک دارد نیز اعمال گردد.^{۴۰}

در عهدنامه‌های ۱۹۵۵ و ۱۹۸۵ لاهه درخصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین‌المللی کالا همانند عهدنامه ۱۹۸۰ رم محدودیتی در انتخاب طرفین وجود ندارد و آنها ملزم نیستند قانونی را انتخاب نمایند که ارتباطی با قرارداد داشته باشد، اما برخلاف عهدنامه رم صرف انتخاب قانون خارجی در حالی که عنصر خارجی دیگر در قرارداد نباشد، باعث به اجرا در آمدن این عهدنامه‌ها درخصوص آن قرارداد نخواهد شد.^{۴۱} به موجب عهدنامه ۱۹۹۴ مکزیکو (بین کشورهای امریکایی)، طرفین در انتخاب هر قانونی آزادند.^{۴۲} اما چنانچه قرارداد هیچ ارتباط عینی با کشوری که قانونش انتخاب شده

۴۰. ماده (۱) ۷ عهدنامه ۱۹۸۰ رم.

۴۱. در ماده ۱ عهدنامه ۱۹۸۶ لاهه قلمرو عهدنامه و مواردی که درخصوص آنها عهدنامه به اجرا درخواهد آمد بیان می‌گردد. در بند (b) این ماده مقرر می‌گردد که: «در همه موارد دیگر که متضمن انتخاب بین قوانین کشورهای مختلف باشد، مگر چنین انتخابی صرفاً ناشی از شرطی باشد که طرفین درخصوص قانون قابل اعمال مقرر کرده‌اند، حتی اگر شرط همراه با انتخاب دادگاه یا داوری باشد». در ماده ۱ عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه نیز آمده است که صرف این که طرفین قانونی را قابل اعمال بر قرارداد اعلام نموده باشند، باعث بین‌المللی شدن بیع و به اجرا در آمدن عهدنامه نخواهد شد.

۴۲. ماده ۷.

است نداشته باشد، عهدنامه نسبت به آن قرارداد اعمال نخواهد شد. این بدان معناست که چنانچه همه عناصر قرارداد به یک کشور مربوط شود، طرفین برخلاف عهدنامه ۱۹۸۰ رم نمی‌توانند قانون کشور دیگری را برای حاکمیت بر آن قرارداد انتخاب کنند.^{۴۳} به علاوه به موجب این عهدنامه، این امکان هست که علیرغم انتخاب طرفین قواعد آمره قانون کشوری که ارتباط نزدیک با قرارداد دارد نیز اعمال گردد.^{۴۴}

بنابراین، تمایل کلی بر آن است که فقدان ارتباط به تنهایی نمی‌تواند توجیه‌کننده نپذیرفتن انتخاب طرفین باشد، به خصوص در جایی که تا حدی مبانی منطقی برای انتخاب وجود داشته باشد، و نیز اصل آن است که تجارت با حسن نیت انجام می‌شود و بعید به نظر می‌رسد که طرفین بدون دلیلی خوب و منطقی قانون بی‌ارتباط با قرارداد را انتخاب کنند، یعنی به هر حال یک مبنای منطقی برای چنین انتخابی وجود خواهد داشت. مسلم است که اگر انتخاب طرفین نامربوط به قرارداد باشد و ثابت شود (مثل هر انتخاب دیگری) که برای تقلب نسبت به قانون یا گریز از قانونی است که با قرارداد ارتباط نزدیک دارد یا مغایر نظم عمومی مقرر دادگاه است، پذیرفته نخواهد شد. به علاوه چنانچه اساساً ارتباط را لازم بدانیم نتیجه این خواهد شد که طرفین می‌توانند قانون حاکم را فقط از بین قوانین کشورهایایی که با قرارداد ارتباطی دارند انتخاب نمایند به عبارت دیگر طرفین تنها خواهند توانست قانون مناسبی را که به طریق عینی معین می‌شود انتخاب نمایند و نه هر قانونی را.

۴۳. ماده ۱.

۴۴. ماده ۱۱.

۳- آیا قانون حاکم بر قرارداد قواعد مادی سیستم حقوقی یک کشور

است یا قواعد حل تعارض آن؟

قواعد قانونی یک سیستم حقوقی از دیدگاه حقوق بین الملل خصوصی دو نوع می باشند: یکی قواعد موسوم به قواعد مادی (substantive or material law) که برای تصمیم گیری در خصوص ماهیت دعوی و حل و فصل آن به کار می روند، و دیگری قواعد تعارض (conflict rules) که برخلاف قواعد مادی مستقیماً به حل و فصل دعوی نمی پردازند بلکه تعارض بین دو یا چند قانون مطرح شده برای دادگاه را (با تعیین و انتخاب یکی از آن قوانین برای اعمال بر دعوی) حل می نمایند و از این جهت به قواعد حل تعارض نیز موسومند. اکنون می خواهیم بدانیم که آیا قانون کشوری که قواعد حل تعارض مقرر دادگاه را به عنوان قانون حاکم تعیین می کند، قانون داخلی (قواعد مادی) قراردادهای کشور مربوطه است یا قانونی است که در داخل آن کشور بر این قرارداد خاص، با توجه به همه عناصر خارجی آن، اعمال خواهد شد؟ یعنی آیا ارجاع به قانون کشور خارجی ارجاع به قواعد تعارض آن کشور است و در نتیجه مطرح شدن تئوری احاله؟

در سیستمهای حقوقی که قایل به آزادی اراده اشخاص در تعیین قانون قابل اعمال بر قرارداد هستند معمولاً ارجاع قواعد تعارض آنها به قانون کشور خارجی در موضوع تعهدات قراردادهای بازرگانی به معنای اعمال فقط قواعد مادی قانون داخلی آن کشور است و نه قواعد تعارض آن. مثلاً در سیستم حقوقی انگلستان قاعده احاله عموماً در موضوعاتی چون ارث و وضعیت شخصی (احوال شخصیه) مطرح می شود و در سایر

موضوعات حقوق بین‌الملل خصوصی که مربوط به وضعیت شخصی افراد نیست، وقتی قواعد حل تعارض انگلستان دادگاهها را به قانون کشور خارجی ارجاع می‌دهند، آنها قانون کشور خارجی را قانون داخلی آن کشور به استثنای قواعد تعارض آن می‌دانند.^{۴۵}

در خصوص احاله، گفته شده است بیش از یک قرن است که دادگاه‌های انگلستان ارجاع به قانون هر کشور را به معنای رجوع به قانونی که دادگاههای آن کشور اعمال خواهند کرد در نظر می‌گیرند و خود را برای تصمیم‌گیری در قضیه مطروحه به جای دادگاه آن کشور خارجی قرار می‌دهند و لذا چنانچه دادگاه کشور خارجی قواعد حل تعارض خود را در نظر بگیرد دادگاه انگلیسی هم قواعد حل تعارض آن را در نظر خواهد گرفت و چنانچه دادگاه خارجی قوانین داخلی خود را در نظر بگیرد، دادگاه انگلیسی نیز چنین خواهد کرد.^{۴۶}

کلاً در سیستم حقوقی انگلستان رویه قضایی در جهت تعدیل قاعده رجوع به تمامی قانون خارجی (مجموعه قواعد مادی و قواعد حل تعارض) است و در ارتباط با قراردادهای قاضی دادگاه عالی انگلستان در پرونده *Amin Rasheed Corporation v. Kuwait Insurance Co.* چنین می‌گوید: «به جا خواهد بود یک نظریه نهایی در خصوص این که تحت قواعد تعارض انگلیس «قانون مناسب» قرارداد چه معنی دارد، عنوان شود، آن قانون ماهوی (مادی) کشوری است که طرفین انتخاب نموده‌اند، همان

45. Antony N.J. Briggs, *Conflict of Laws in a Nutshell*, Sweet and Maxwell, London, 1970, pp. 8-9. R.H. Graveson, "Conflict of Laws, Private International Law, 7th ed., Sweet and Maxwell London, 1974, p. 66.

46. Graveson, *ibid.*, p. 67.

قانونی که به موجب آن باید حقوق قابل اجرا و متقابل آنها محقق شود. اما اعمال هر احاله ممکن خواه درجه اول و خواه درجه دوم در دادگاه کشوری که موضوع نزد آن مطرح می‌گردد استثنا می‌شود...»^{۴۷}

رجوع به قواعد تعارض قانون مشخص شده توسط قواعد تعارض سیستم حقوقی سویس یا به عبارت دیگر، احاله در حقوق سویس، به نظر می‌رسد به طور عام پذیرفته نشده باشد. ماده ۱۴ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سویس مقرر می‌دارد که: «۱- چنانچه قانون قابل اعمال به قانون سویس یا قانون خارجی دیگر ارجاع دهد، این ارجاع [احاله] تنها در صورتی رعایت (پذیرفته) خواهد شد که قانون حاضر چنین مقرر نماید.

۲- در موضوعات وضعیت مدنی [احوال شخصیه] ارجاع قانون خارجی به قانون سویس باید رعایت (پذیرفته) شود».^{۴۸} در خصوص قراردادها در این قانون هیچ‌گونه مقرره‌ای مربوط به احاله وجود ندارد لذا براساس این اصل

۴۷. [1984] A.C. 50, 61-62 اظهارات لرد دیپلک؛ همچنین دیده شود:

The Evia Luck (No.2) (1990) I Lloyd's Rep. 319, affirmed [1993] 3 W.L.R. 875.

مؤلف یکی از منابع برجسته تعارض قوانین انگلستان می‌نویسد: «احاله در قانون قرارداد محلی ندارد. قانون مناسب به این لحاظ اعمال می‌گردد که یا طرفین آن را انتخاب کرده‌اند یا قانونی است که نزدیکترین ارتباط را با قرارداد دارد. در فقد دلیل کافی مخالف، باید فرض شود که طرفین قصد داشته‌اند که به قواعد داخلی و نه قواعد تعارض قانون منتخب خود رجوع نمایند و ارتباط با سیستم حقوق خاص، ارتباط با قواعد ذاتی (مادی) آن سیستم حقوقی است و نه قواعد تعارض قوانین آن».

Dicey and Morris. The Conflict of Laws, 10th ed., Stevens & Sons Limited 1980, p. 749.

بنابراین چنانچه محل اجرای قراردادی در لهستان باشد و این قرارداد صراحت داشته باشد بر این که قانون آلمان بر آن حاکم خواهد بود، دادگاه انگلستان قانون ماهوی آلمان را بر آن اعمال خواهد نمود حتی اگر چنانچه دادگاههای آلمان به این دعوی رسیدگی می‌کردند آنها با اعمال قواعد حل تعارض خود ارجاع به قانون لهستان را به عنوان قانون محل اجرای قرارداد می‌پذیرفتند.

48. Article 14. "1. If the applicable law refers back to Swiss law or to another foreign law, that reference shall be observed only if this Code so provides.

2. In matters of civil status, reference to Swiss law by a foreign law must be observed".

که احاله پذیرفته نشده است مگر در جایی که به طور خاص بدان اشاره شده باشد، احاله در قراردادها وجود ندارد و از آن استثنا شده است. در حوزه حقوق قراردادها در رویه قضایی سویس استثناء احاله یک راه حل قطعی پذیرفته شده می باشد.^{۴۹}

عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین المللی کالا با این بیان که بیع تحت حاکمیت قانون داخلی (domestic law) کشور معینی خواهد بود^{۵۰} اشاره دارد بر این که قانون قابل اعمال، قاعده های مادی سیستم حقوقی یک کشور است نه قواعد حقوق بین الملل خصوصی آن.

در عهدنامه ۱۹۸۰ رم، موضوع استثنای احاله، در قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی در ماده ۱۵ بدین گونه تصریح گردیده است: «اعمال قانون هر کشوری که به وسیله این عهدنامه مشخص می شود، به معنی اعمال قواعد حقوقی مجری در آن کشور به جز قواعد حقوق بین الملل خصوصی آن است».^{۵۱} یک چنین معنایی هم از ماده ۱۷ عهدنامه ۱۹۹۴ مکزیکو (بین کشورهای امریکایی) بر می آید.^{۵۲}

در عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه، نیز رجوع به قواعد حل تعارض قانون قابل

49. Arrêts du Tribunal fédéral- ATF- (1955) II p. 391, XVI Annuaire suisse de droit international- ASDI- (1957) p. 274.

۵۰. ماده ۲.

51. Article 15. "The application of the law of any country specified by this Convention means the application of the rules of law in force in that country other than its rules of private international law".

52. Article 17. "For the purpose of this Convention, "law" shall be understood to mean the law current in a State, excluding rules concerning conflict of laws".

اعمال منع شده است، این عهدنامه در ماده ۱۵ خود چنین مقرر می‌دارد: «ماده ۱۵ - در این عهدنامه «قانون» به معنای قانون جاری در یک کشور به غیر از قواعد انتخاب قانون آن می‌باشد».^{۵۳}

در سیستم‌هایی که انتخاب قانون حاکم را مجاز می‌دانند، هدف از آن، دخالت نکردن در توافقات مربوط به معاملات طرفین، سهولت در کار و اجتناب از زحمت و ایجاد ثبات و اطمینان برای طرفین قرارداد می‌باشد، و لذا چنانچه این اجازه را برای انتخاب قواعد تعارض (قانون خارجی) بدانیم و نه قواعد مادی آن، نقض غرض خواهد بود. در هر صورت پذیرش این اعتقاد مشکل است که در انتخاب قانون توسط طرفین، آنها این قصد را داشته‌اند که با اعمال قواعد تعارض قانون منتخب از قانون مورد نظر و انتخابی خود دور شوند. وقتی به طرفین اجازه داده می‌شود تا قانون حاکم را انتخاب کنند، چرا انتخاب آنها را مستقیماً انتخاب قواعد مادی آن قانون ندانیم، و همچنین دلیلی هم وجود ندارد که انتخاب آنها را به طور غیرمستقیم، انتخاب قانون دیگری بدانیم که قواعد تعارض یک سیستم حقوقی (سیستم حقوقی که مستقیماً انتخاب کرده‌اند) برایشان تعیین خواهد کرد. بنابراین وقتی طرفین قانونی را انتخاب کرده‌اند این انتخاب احتمال قصد ارجاع به قانون دیگر را از بین می‌برد. به همین صورت در جایی که طرفین قانونی را برگزینند، در سیستم‌های حقوقی که به قاضی اختیار داده‌اند تا قانون کشور دارای نزدیکترین ارتباط با قرارداد را تعیین و بر آن اعمال نماید، قواعد مادی قانون نزدیکترین ارتباط حاکم بر قرارداد خواهد

53. Article 15. "In the Convention "law", means the law in force in a State other than its choice of law rules".

بود. در غیر این صورت ارجاع (احاله) به قانون دیگری که قواعد حل تعارض قانون نزدیکترین ارتباط تعیین می‌کنند دیگر قانون نزدیکترین ارتباط نخواهد بود.

از طرف دیگر در سیستم‌های حقوقی که استقلالی برای اراده طرفین در تعیین قانون حاکم نمی‌شناسند و نیز احاله را به طور کلی پذیرفته‌اند دلیلی ندارد که احاله از قراردادها استثنا شود، مگر قانونگذار این استثنا را تصریح نموده باشد، به ویژه که معمولاً در دکترین احاله (در احاله درجه اول) قانون حاکم همان قانون مقرر دادگاه خواهد بود، حالتی که مورد نظر این سیستم‌های حقوقی است (هرچه بیشتر اعمال قانون خود و هرچه کمتر اعمال قانون خارجی). مثلاً قانون ۱۹۷۸ اتریش در ماده (۱) ۵ کلاً احاله را می‌پذیرد و بیان می‌دارد که «رجوع به مقررات قانون (حقوق) خارجی، شامل قواعد تعارض آن نیز می‌شود» اما این قاعده را در ارتباط با قراردادها در ماده (۱) ۱۱ تعدیل می‌نماید، بدین صورت که مقرر می‌دارد: «در صورت تردید، انتخاب قانون قراردادی توسط طرفین قواعد تعارض قانون منتخب را دربر نمی‌گیرد».^۴ بنابراین قانونی که به موجب قواعد تعارض این‌گونه سیستم‌های حقوقی معین می‌شود، در واقع قواعد حل تعارض و نه قواعد مادی آن قانون است، مگر خلاف آن در قانون تصریح شده باشد.

54. Article 5.(1). "Reference to a foreign legal order includes also its conflict rules". Article 11.(1). "In case of doubt, a contractual choice of law by the parties does not incorporate the conflict rules of the chosen law". 28 Am. Jou. Com. L. 222. 1980.

قسمت دوم: آیا قانون حاکم باید ثابت و واحد باشد؟

۱- آیا قانون حاکم بر قرارداد قابل تغییر است؟

چنانچه آزادی طرفین در انتخاب قانون پذیرفته شود، ممکن است آنها در هر زمان بر قانون حاکم یا بر تغییر و جایگزین نمودن آن با قانونی جدید توافق کنند. اما اجازه تغییر قانون حاکم همیشه آسان و بدون مشکل و توجیه پذیر نیست. لذا سیستم‌های حقوقی مختلف دیدگاه‌های مختلفی در این خصوص دارند. مثلاً در سیستم تعارض قوانین پیشین ایتالیا، هرگونه تغییر در قانون قابل اعمال یا تعیین آن بعد از انعقاد قرارداد (ex post determination) توسط طرفین پذیرفته نبود. در این خصوص به نظریه دادگاه عالی^{۵۵} ایتالیا استناد می‌شد،^{۵۶} گرچه نظریه علمای این سیستم حقوقی مخالف آن بود.^{۵۷} اما، در سیستم‌های حقوقی جمهوری فدرال آلمان،^{۵۸} فرانسه^{۵۹} و هلند^{۶۰} قبل از به اجرا درآوردن عهدنامه ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی (سال ۱۹۹۱ میلادی) طرفین قرارداد نیز می‌توانستند در هر زمان قانون حاکم را انتخاب کنند یا بعداً انتخاب خود

55. Corte de Cassazione.

56. Assael Nissim v. Crespi, (Cass. (S.U.) 28 June 1966) n, 1680, 3 RDIPP (1967), pp. 126, et seq. (Riv. dir. int. priv. proc).

57. به عنوان نمونه‌ای از انتقاد بر نظریه دادگاه عالی ایتالیا ببینید:

V. Treves, sulla volonta delle parti di cui all art. 25 delle Preleggi e sul momento del suo sorgere, 3 RDIPP (1967), 315 et seq; Curti Gialdino "la volonte des parties en droit International privé" 137 RCADI (1972, III), 823 et Seq.

58. Kegel Internationales Privatrecht: Ein Studien buch, Third Edition/München, Berlin 1971, notes 1-3 and 269-273.

59. Batiffol and Lagard, Droit Internationale Privé, cit, II. no. 592. p. 243, Soc. Deckardt c. Etabl. Moatti, in Rev. Crit, 1960, p. 83.

60. Kollwijn, De rechtskeuse achteraf, Netherlands International Law Review, 1964, 225.

را تغییر دهند. در سیستم حقوقی سویس نیز تغییر قانون منتخب پس از انعقاد عقد در ماده (۳) ۱۱۶ قانون مربوط به حقوق بین الملل خصوصی سویس - ۱۹۸۷، پذیرفته شده است.^{۶۱}

در سیستم حقوق عرفی انگلستان، تغییر قانون حاکم وضعیت کاملاً روشنی ندارد. در این سیستم حقوقی اجازه تغییر قانون حاکم بستگی به قانون حاکم دارد، لذا این سؤال مطرح است که آیا انتخاب دوم تحت قانون حاکم قبلی مجاز و معتبر خواهد بود یا تحت قانون جدیدی که بر قرارداد حاکم می شود.^{۶۲}

در عهدنامه ۱۹۸۰ رم درخصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی به طرفین قرارداد حداکثر آزادی داده شده است که در هر زمان، در زمان انعقاد قرارداد یا در تاریخی بعد از آن، قانون حاکم بر قرارداد خود را انتخاب کنند و قانون حاکم یا قابل اعمالی را که قبلاً انتخاب کرده بودند اصلاح کنند یا تغییر دهند به طوری که قانونی را که یک بار انتخاب کرده اند یا به نحوی بر قرارداد قابل اعمال بوده است با یک انتخاب بعدی (قانون) جایگزین نمایند. در این عهدنامه با تدبیر این که تغییر قانون قسابل اعمال نباید لطمه ای به اعتبار شکلی قرارداد و حقوق اشخاص ثالث وارد آورد، از سوءاستفاده از این آزادی و مشکلاتی که ممکن است ایجاد کند

۶۱. ماده (۳) ۱۱۶، «انتخاب قانون ممکن است در هر زمان صورت گیرد یا تعدیل شود. چنانچه [انتخاب] بعد از انعقاد قرارداد صورت گیرد یا تعدیل شود این انتخاب برخوهد گشت به عقب [عطف به ماسبق خواهد شد] به زمان انعقاد قرارداد. حقوق اشخاص ثالث مقدم خواهد بود، [کماکان معتبر و محفوظ خواهد بود].»

62. North in Multum Non Multa (Festschrift für Kurt Lipstein), (1980), p. 205.

جلوگیری نموده است.^{۶۳} عهدنامه ۱۹۹۴ مکزیکو (بین کشورهای امریکایی) در ماده ۸ و عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین المللی کالا در ماده (۲)۷ نیز مقرراتی مشابه این ماده از عهدنامه رم را پیش بینی می کنند، در حالی که عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین المللی کالا هیچ قاعده ای در این خصوص ندارد.

باید در نظر داشت که در مواردی هم نمی توان برای طرفینی که مایل باشند که قانون حاکم بر قراردادشان را تغییر دهند مانع ایجاد نمود، زیرا آنها می توانند این کار را عملاً و حتی بدون هیچ تغییری در مفاد قرارداد موجود انجام دهند. مثلاً قرارداد قبلی را فسخ نمایند و به جای آن قرارداد جدیدی با قانون جدید مورد نظر تنظیم کنند، و یا از اثبات قانون خارجی (که به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب شده است) برای دادگاه خودداری نمایند که در این صورت برخی از دادگاهها فرض خواهند کرد که مفاد قانون منتخب همانند مفاد قانون مقرر دادگاه می باشد.^{۶۴} به هر حال تغییر قانون حاکم می تواند به عنوان موضوع انتخاب قانون قابل اعمال

۶۳. ماده (۲)۳ عهدنامه ۱۹۸۰ رم چنین مقرر می نماید: «طرفین ممکن است در هر زمانی توافق کنند که قرارداد را تابع قانونی غیر از آن که قبلاً خواه در نتیجه یک انتخاب قبلی تحت این ماده یا در نتیجه دیگر مقررات این عهدنامه، حاکم بر قرارداد بوده است، بنمایند. هر تغییری که توسط طرفین بعد از انعقاد قرارداد، در قانون قابل اعمال داده می شود، لطمه ای به اعتبار شکلی قرارداد مقرر در ماده ۹، یا خللی بر حقوق اشخاص ثالث، وارد نخواهد کرد».

Article 3(2): "The parties may at any time agree to subject the contract to a law other than that which previously govern it, whether as a result of an earlier choice under this Article or of other provisions of this Convention. Any variation by the parties of the law to be applied made after the conclusion of the contract shall not prejudice its formal validity under Article 9 or adversely affect the rights of third parties".

۶۴. مانند دادگاههای کشور انگلستان.

مطرح و براساس قواعد تعارض (قواعد حقوق بین الملل خصوصی) مقرر دادگاه درخصوص آن اتخاذ تصمیم شود،^{۶۵} و همان گونه که ذکر گردید غالب قواعد تعارض سیستمهای حقوقی این تغییر را تأیید می نماید.

۲- آیا می توان قانون حاکم را معلق یا شناور گذاشت؟

بعضی مواقع در قراردادهای طرفین نسبت به قانون حاکم بیانهایی دارند که آن را به حالت تعلیق یا شناور درمی آورد. مثلاً در قرارداد ذکر می کنند که قانون حاکم بر قرارداد را بعداً انتخاب خواهند کرد یا قانون حاکم بعداً در صورت بروز دعوی توسط یکی از طرفین یا شخص ثالث مشخص خواهد شد، یا قانون حاکم قانون محل اقامه دعوی خواهد بود،^{۶۶} یا قانون حاکم قانون محل اقامه دعوی که می تواند از بین چند کشور انتخاب شود، خواهد بود.^{۶۷}

اگر بپذیریم که قانون حاکم یکی از موضوعات اساسی قرارداد است

65. North Multum Non Multa, Festschrift für Kurt Lipstein, (1980), p. 205.

۶۶. در پرونده:

Star Shipping A.S. v. China National Foreign Trade Transportation Corp. (The Star Texas) [1993] 2 Lloyd's Rep. 445 (C.A).

قرارداد مربوطه دآوری را در پکن یا لندن با انتخاب خواننده پیش بینی می کرد. این شرط به طور غیرمستقیم انتخاب قانون حاکم یا قانون قابل اعمال را نیز در برداشت، انتخاب پکن انتخاب قسانون چین و انتخاب لندن انتخاب قانون انگلستان هم می توانست باشد.

۶۷. در پرونده:

Dubai Electricity Co. v. Islamic Republic of Iran Shipping Lines (The Iran Vojdan), [1984] 2 Lloyd's Rep. 380.

قرارداد اجاره کشتی به حمل کننده (شرکت کشتیرانی) این اختیار را می داد که دعوی خود را در دادگاههای تهران و تحت قانون ایران یا در هامبورگ و تحت قانون آلمان یا در لندن و تحت قانون انگلستان اقامه نماید.

و مسائلی چون تشکیل، اعتبار، تفسیر و اجرای قرارداد بدان وابسته هستند بنابراین، قرارداد نمی‌تواند در زمان انعقاد در یک خلأ قانونی قرار داشته باشد، بلکه از آغاز باید قانون در بافت قرارداد موجود و در سراسر حیات با آن همراه باشد. لذا یک چنین قانونی نمی‌تواند به طریقی غیرمعین و در اختیار (انتخاب) یک طرف باشد تا در آینده آن را تعیین نماید،^{۶۸} و نمی‌توان آن را مردد بین دو یا چند قانون نمود که مثلاً یکی از آنها در زمان اقامه دعوی توسط یکی از طرفین یا قاضی دادگاه تعیین شود. چه اگر قرار باشد یکی از طرفین یا دادگاه بعداً بتواند تصمیم بگیرد که کدام یک از چند قانون قابل اعمال بالقوه همیشه قانون حاکم بوده است، طرفین چگونه باید بدانند که مثلاً چه چیزی اجرای صحیح قرارداد را تشکیل می‌دهد،^{۶۹} یا اگر قراردادی تشکیل شود و سپس رویدادی واقع شود، اثر این رویداد بر قرارداد وقتی که قانون ناظر و هدایت کننده آن وجود ندارد یا معلق است چگونه تعیین خواهد شد. در حقیقت در حالت قانون حاکم معلق، قانون حاکم توسط رویدادها (مثل اختلاف در تشکیل قرارداد، شکل، تفسیر، اجرا و ...) تعیین خواهد شد در حالی که تأثیر حقوقی چنین رویدادهایی خود باید معین شود، بدین معنی که از قبل از وقوع آن رویداد یک قانون حاکمی باید وجود داشته باشد.

بدیهی است قانون حاکم بر قرارداد در سیستمهای تعارض قوانین که آزادی و حاکمیت اراده را پذیرفته‌اند، قانونی است که طرفین انتخاب می‌کنند. در حالتی که قانون حاکم بر قرارداد معلق یا شناور می‌باشد، بساید

68. The Iran Vojdan Case, [1984] 2 Lloyd's Rep. 385.

69. Ibid, at p. 380.

دید آیا این حالت «انتخاب قانون» توسط طرفین قرارداد محسوب می‌شود، سؤالی که پاسخ آن را قاعداً قانون مقر دادگاه خواهد داد و بنظر نمی‌رسد که مثبت باشد^{۷۰} و نتیجه آن خواهد بود که قرارداد فاقد قانون منتخب طرفین تفسیر شود.

۳- آیا باید فقط یک قانون حاکم بر یک قرارداد باشد؟

در سیستمهای حقوقی مختلف قاعده این نیست که تنها یک قانون بر همه موضوعات مربوط به یک قرارداد یا دعاوی ناشی از قرارداد حاکم باشد، بلکه قوانین مختلف در حاکمیت بر جنبه‌های گوناگون قرارداد یا دعاوی قراردادی مطرح می‌باشند، مثلاً شکل قرارداد، اهلیت طرفین قرارداد، یا تعهدات قراردادی و سایر موضوعات تحت حاکمیت قوانین مختلف قرار دارند. اما آنچه جای پرسش و تأمل است این که آیا ممکن است در موضوع تعهدات قراردادی (در یک قرارداد)، مسائل مختلف تحت حاکمیت قوانین مختلف (چند قانون) باشند، اعم از این که این قوانین را طرفین انتخاب کنند یا دادگاه در فقدان انتخاب آنها، تعیین نماید. غالباً در آنچه جزء تعهدات قراردادی محسوب می‌شوند، طرفین تمام آنها را تابع یک قانون واحد می‌دانند یا قرار می‌دهند و در واقع بند انتخاب قانون

۷۰. در سیستم حقوقی انگلستان، همانطور که تصمیمات دادگاهها در پرونده‌های *The Iran Vojdan* و *The Star Texas* (به منابع این دو پرونده در زیرنویسهای قبلی اشاره شده است) حاکی از آن است، انتخاب قانون بصورت معلق یا شناور یا توسط یکی از طرفین در آینده به طور مطلق یا از بین چند سیستم حقوقی مشخص، قابل قبول نیست.

Howard M.N., *Floating Choice of Law Clauses- The Star Texas*, [1995] *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1; Beck, *Floating Choice of Law Clauses*, [1987] *LMCLQ* 523; Briggs, *Floating Choice of Law and Jurisdiction Clauses*, [1986] *LMCLQ* 508.

قرارداد از جامعیت برخوردار است. اما ممکن است گاهی آنها قانونی را انتخاب کنند که تنها بر قسمتی از قرارداد اعمال شود. حتی این امکان وجود دارد که دادگاه این کار را انجام دهد. به عبارت دیگر ممکن است طرفین یا دادگاه دو یا چند قانون مختلف را برای حاکم بودن بر قسمتهای مختلف قرارداد انتخاب یا تعیین کنند. هر دو صورت در حقوق بین الملل خصوصی به عنوان دکترین تجزیه یا جداسازی قرارداد (severability یا *dépeçage*) شناخته می شود که اختصاراً به معنای آن است که قوانین مختلف بر موضوعات و جنبه های مختلف یک قرارداد حاکم هستند.^{۷۱}

برخی از علمای تعارض قوانین معتقدند که قرارداد باید اصولاً تحت حاکمیت یک قانون باشد. دلیل آنها این است که سهولت امر و اجتناب از راه حل های متفاوت و ناموزون و ممانعت از عدول از قواعد آمره قانون مقرر دادگاه یا کشور ثالث ایجاب می کند که طرفین قرارداد تحت دکترین آزادی یا حاکمیت اراده^{۷۲} به انتخاب فقط یک قانون حاکم بر کل قرارداد محدود شوند، گرچه برای موضوعات جانبی قرارداد می توان به سایر قوانین نیز رجوع نمود.^{۷۳} لذا در بعضی از سیستم های حقوقی یا وجود این دکترین جای تردید است^{۷۴} یا با آن آشنا

71. Rable, *The Conflict of Laws, A Comparative Study*, vol.2, 2 nd ed., Ann Arbor, 1960, pp. 469 et seq; M. Wolf, *Private International Law*. 2 nd ed., pp. 436 et seq.

72. Principle of party autonomy.

73. Boggiano, *International Standard Contracts*, 1991, Nijhoff, pp. 30-33; Boggiano, *International Contracts in Argentina*, [1983] 47, Rabelz, p. 437.

۷۴. مثل سیستم حقوقی انگلستان. در این خصوص دیده شود:

Dicey and Morris, *The Conflict of Laws*, 10 th ed, Sweet and Maxwell, pp. 748-749.

در این منبع از مزیت های دکترین قانون مناسب ذکر شده است که همان قانون مناسب (واحد) بر همه تعهدات قرارداد اعمال خواهد شد. مع هذا بیان گردیده است که طرفین آزادند که یک جنبه از قرارداد را

نیستند.^{۷۵} برخی دیگر از علما معتقدند که چنانچه قراردادی ظاهراً یک قرارداد واحد است اما در واقع از چندین توافق یا چندین قسمت که از نظر اقتصادی قابل تفکیک و مستقل از یکدیگر می‌باشند تشکیل می‌شود و براساس اصل آزادی قرارداد می‌توان هر قسمت را تابع یک قانون قرار داد^{۷۶} بدون آن که نیازی به ذکر آن در قانون داخلی یا عهدنامه‌ای بین‌المللی باشد.^{۷۷} این عده در واقع اصل آزادی یا استقلال اراده را فقط در جایی که

تحت حاکمیت قانون یک کشور و جنبه دیگری را تحت حاکمیت قانون کشور دیگر قرار دهند. لرد مک درمت (Mc Dermott) در پرونده

Kahler v. Midland Bank Ltd., [1950] AC 24 at 42

گفت: «اماره به نفع (در جهت) قانون مناسب واحد است که نباید سریعاً و بدون دلیل خوب رد (انکسار) شود». به هر صورت برای دادگاهها که در فقدان انتخاب طرفین، قانون قابل اعمال را تعیین می‌کنند، گرچه اعمال قاعده تجزیه یا جداسازی قرارداد خیلی معمول نیست اما مواردی مشاهده می‌شود که آنها قوانین مختلفی را بر موضوعات مختلف دعوی اعمال نموده‌اند. به عنوان نمونه دیده شود:

Forsikringsaktieselskapet Vesta v. Butcher and Others, [1986] 2 All ER. 488; *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Co.* [1989] Q.B 728, 747; *kahler v. Midland Bank Ltd.*, [1950] A.C.24.

۷۵. مثل سیستم حقوقی ایتالیا. در این خصوص دیده شود:

Conforti, l'escuzione delle obbligazione nel diritto internazionale Private Naples (1962); *Trevez, Il Controllo dei Cambinel diritto internazionale privato, Padua* (1967).

76. *Vischer, General Course on Private International Law*, (1992-I) 232 *Recueil des Cours*, 9, at p. 141.

۷۷. مثلاً در سیستم حقوقی سویس نظر واضعین قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی ۱۹۸۷ سویس این بوده است که می‌توان چند قانون بر قسمتهای مختلف و اجراهای مختلف حاکم باشد بدون این که ذکری از این موضوع در قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی سویس به عمل آمده باشد. یا در طرح و پیش‌نویس اولیه عهدنامه ۱۹۸۰ رم در سال ۱۹۷۲ نمایندگان حقوقی کشورهای شرکت‌کننده در تهیه آن طرح (گروه کاری مربوطه) بر این نظر بودند که گرچه دلیلی ندارد که طرفین را از اعمال چند قانون مختلف بر قسمتهای مختلف قرارداد منع نمود، دلیلی بر تشویق آنها بر چنین امری هم، با درج آن در عهدنامه، وجود ندارد.

به قواعد آمره لطمه وارد آورد قابل انکار می‌دانند و معتقدند باید طرفین قرارداد را داخل این محدوده آزاد گذاشت تا قوانینی را که بدان تمایل دارند در قرارداد چند قسمتی خود درج نمایند.^{۷۸} از طرف دیگر این نظر نیز وجود دارد که تجزیه‌پذیری قرارداد مستقیماً به اصل آزادی قرارداد و استقلال اراده طرفین مربوط می‌شود و لذا نمی‌توان به آسانی آن را منع نمود. براساس این نظریه نه تنها می‌توان قراردادهایی را که در شکل ظاهر یک قرارداد واحد هستند (اما در واقع متشکل از چند توافق می‌باشند) یا قراردادهایی که متشکل از قسمتهایی که از نقطه نظر اقتصادی و حقوقی قابل تفکیک و مستقل هستند را تجزیه نمود، بلکه در یک قرارداد ساده هم علاوه بر آن که قوانین مختلف بر موضوعات مختلف قرارداد مانند شکل، تشکیل، اجرا یا تعهدات حاکم هستند، ممکن است در موضوع تعهدات قراردادی نیز چند قانون به طور کلی بر جنبه‌های مختلف تعهدات آن قرارداد حاکم باشد.^{۷۹}

در عهدنامه ۱۹۸۰ رم، در ماده (۱) ۳ تجزیه قرارداد اجازه داده شده است. براساس این ماده طرفین می‌توانند قانون حاکم بر تمامی قرارداد یا قسمتی از آن را انتخاب نمایند.^{۸۰} بدیهی است که انتخاب قانون مربوط به یک قسمت مجزای قرارداد مثل انتخاب قانون برای تمامی قرارداد می‌تواند

Lando, von Hoffmann, Siehr (eds.), *European Private International Law of Obligations* (1975), p. 266; Law Commission EEC Preliminary Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non – Contractual Obligations, Consultative Document (1974).

۷۸. همان منبع.

79. Dicey and Morris, *The Conflict of Laws*, 12 ed, Sweet and Maxwell, 1993, p. 219.

80. Article 3.1. "... By their choice the parties can select the law applicable to the whole or a part only of the contract".

صریح یا ضمنی باشد. حتی عهدنامه در مواردی که استثنایی خواهد بود، در فقدان انتخاب طرفین نیز تجزیه قرارداد را مجاز دانسته است. این تجویز به موجب ماده (۱) ۴ عهدنامه می‌باشد که مقرر می‌کند چنانچه یک قسمت جدا شدنی قرارداد ارتباط نزدیکتر با کشوری غیر از آن که با تمامی قرارداد ارتباط نزدیک دارد، داشته باشد، دادگاه می‌تواند قانون این کشور خاص را اعمال نماید.^{۸۱} در این عهدنامه، وجود ماده ۷ که اعمال قواعد آمره مقرر دادگاه و کشور نزدیکترین ارتباط را مقرر می‌نماید، خطری را که ممکن است دکتین تجزیه یا جداسازی قرارداد ایجاد کند، یعنی باعث اجتناب از قواعد آمره کشوری خاص شود، منتفی می‌نماید. آنچه حائز اهمیت خاص است این که در ماده (۱) ۴ عهدنامه برای دادگاه، برخلاف طرفین که بر ایشان محدودیتی تصریح نشده است، حدودی را معین کرده است به طوری که دادگاه فقط در موارد استثنایی و نادر و آن هم در جایی که در قراردادی قسمت قابل جدا شدن وجود داشته باشد می‌تواند قاعده تجزیه قرارداد را به کار گیرد.^{۸۲}

عهدنامه ۱۹۸۵ لاهه در ماده (۱) ۷ تصریح دارد که انتخاب طرفین می‌تواند به قسمتی از قرارداد محدود شود.^{۸۳} این عهدنامه در ماده (۲) ۷ حتی

81. Article 4.1. "... Nevertheless, a severable part of the contract which has a closer connection with another country may by way of exception be governed by the law of that other country".

82. نظر گزارشگران عهدنامه ۱۹۸۰ رم در ارتباط با عبارت «قسمت جدا شدنی قرارداد» آن است که قسمتی از قرارداد جدا شدنی است که از لحاظ قرارداد و نه از لحاظ دعوی مستقل و قابل جدا شدن است مانند قراردادهای همکاری و مشارکتهای اقتصادی (joint venture) و قراردادهای مرکب که متشکل از چند توافق هستند (complex agreement). ر.ک.

Giuliano and Lagarde Reprot, p. 23.

83. Article 7(1). "... Such a choice may be limited to a part of the contract".

مقرر می‌نماید که طرفین می‌توانند در هر زمانی توافق کنند که قانون حاکم بر قسمتی از قرارداد را تغییر داده و آن قسمت را تابع قانون جدید قرار دهند. مشابه این قواعد را می‌توان در عهدنامه ۱۹۹۴ مکزیکو (بین کشورهای امریکایی) در مواد ۷ و ۸ مشاهده نمود.^{۸۴} این عهدنامه در خصوص اختیار دادگاه در به کارگیری قاعده تجزیه قرارداد همان روش عهدنامه ۱۹۸۰ رم را پذیرفته است که فقط به دادگاه اجازه داده می‌شود تا در صورتی که قسمتی از قرارداد قابل جدا شدن از بقیه آن است استثنائاً قانون کشوری را که آن قسمت بدان ارتباط نزدیکتری دارد اعمال نماید.^{۸۵} عهدنامه ۱۹۵۵ لاهه در خصوص قانون قابل اعمال بر بیع بین‌المللی کالا در ارتباط با دکترین تجزیه یا جداسازی قرارداد ساکت می‌باشد.

به هر حال، دکترین تجزیه یا جداسازی قرارداد در جایی که منطقیاً امکان داشته باشد قابل اعمال است. یعنی چنانچه عوامل و عناصری از قرارداد را بتوان تفکیک نمود، قرار دادن هر قسمت جدا شدنی تابع یک قانون به گونه‌ای که نتیجه اعمال این قوانین مغایر نباشند و برخلاف اصل حسن نیت و برای لطمه به حقوق اشخاص ذی نفع در قرارداد صورت نگیرد، قابل قبول می‌باشد. اما تردید جدی وجود دارد در این که بتوان مسائل تعهدات کلی قرارداد مثل وجود قوه قاهره یا غیرقانونی بودن قرارداد

84. Article 7. "... Said selection [of applicable law] may relate to the entire contract or to a part of same". Article 8. "The parties may at any time agree that the contract shall, in whole or in part, be subject to a law other than to which it was previously subject ...".

۸۵. ماده ۹ عهدنامه مکزیکو چنین است:

Article 9. "... Nevertheless, if a part of the contract were separable from the rest and if it had a closer tie with another State, the law of that State could, exceptionally, apply to that part of the contract".

یا نقض قرارداد را تابع چند قانون قرار داد. مثلاً به نظر نمی‌رسد بتوان نقض قرارداد به لحاظ عدم اجرا را تابع دو قانون مختلف یکی برای فروشنده و یکی برای خریدار قرار داد، یا برای یافتن این که آیا قرارداد تحت قوه قاهره بوده است یا نه از طرف فروشنده به قانون کشور فروشنده و از طرف خریدار به قانون کشور خریدار مراجعه نمود.

نتیجه‌گیری

از مطالعه و بررسی‌های سیستم‌های مختلف حقوقی ملی و فراملی و رویه‌های قضایی و داوری داخلی و بین‌المللی و عقاید و نظرات علمای تعارض قوانین، در ارتباط با سؤالاتی که تاکنون مطرح گردید، نتایج ذیل حاصل می‌گردد:

۱- قانون حاکم بر قرارداد به موجب قواعد حل تعارض کشورها به طور سنتی قوانین ملی بوده‌اند، اما با توسعه و پیشرفت تجارت بین‌الملل و ایجاد و ترویج عرف و رسم خاص و همچنین انعقاد عهدنامه‌های بین‌المللی مربوط به حل و فصل اختلافات در این حوزه، قواعد حقوقی متحدالشکلی در صحنه بین‌المللی رشد نموده که موسوم به *Lex mercatoria* می‌باشد. از یک طرف به نظر نمی‌رسد که این مجموعه قواعد آن قدر کافی باشند که بتوانند نیازهای پیچیده دعاوی مربوط به تجارت بین‌الملل و معاملات اقتصادی را پاسخ گویند و به تنهایی قانون حاکم بر این دعاوی و معاملات قرار گیرند. از طرف دیگر قواعد موجود انتظار کشورهای زیادی به خصوص در قطب کشورهای در حال توسعه را در برقراری عدالت واقعی بر نمی‌آورد و آنها این قواعد را تأمین‌کننده منافع کشورهای خاص به

خصوص کشورهای اروپایی و امریکای شمالی می‌دانند. نباید از نظر دور داشت که قوانین ملی هم کم یا بیش فاقد اصول و مبانی حقوقی لازم برای پاسخگویی به نیازهای قراردادهای بین‌المللی هستند. بنابراین قواعد *Lex mercatoria* به همراه قواعد قوانین ملی می‌توانند به صورت مکمل یکدیگر بر قراردادهای بین‌المللی حاکمیت داشته باشند، در این صورت قطعاً قواعد *Lex mercatoria* غالب بر قواعد آمره و نظم عمومی کشورها نخواهد بود.

۲- قانون حاکم بر قرارداد ضرورتاً نباید مرتبط با قرارداد باشد. در جایی که اصل آزادی و حاکمیت اراده امروزه در قواعد حل تعارض مربوط به قراردادهای بین‌المللی تا حد وسیعی پذیرفته شده، و تا جایی که انتخاب قانون با حسن نیت انجام می‌شود و به قصد فرار و گریز از قواعد آمره یک سیستم حقوقی مرتبط با قرارداد نیست، وارد آمدن محدودیت بر این آزادی، از این جهت، ناروا و نامناسب به نظر می‌رسد.

۳- در ارتباط با احاله در قراردادها، امروزه کمتر سیستم حقوقی را می‌توان یافت که نظر بر اعمال این دکترین در قراردادها داشته باشد. کشورهای مختلف یا قواعد تعارض قوانین خود را به گونه‌ای اصلاح نموده‌اند که احاله را از قراردادها خارج ساخته‌اند یا در دادگاه‌های آنها (به صورت رویه) از اعمال احاله در دعاوی قراردادهای بین‌المللی خودداری می‌نمایند. بعضی از کشورها هم با وضع قواعد جدید داوری بین‌المللی و یا با استفاده از قواعد شناخته شده بین‌المللی مانند قانون نمونه داوری

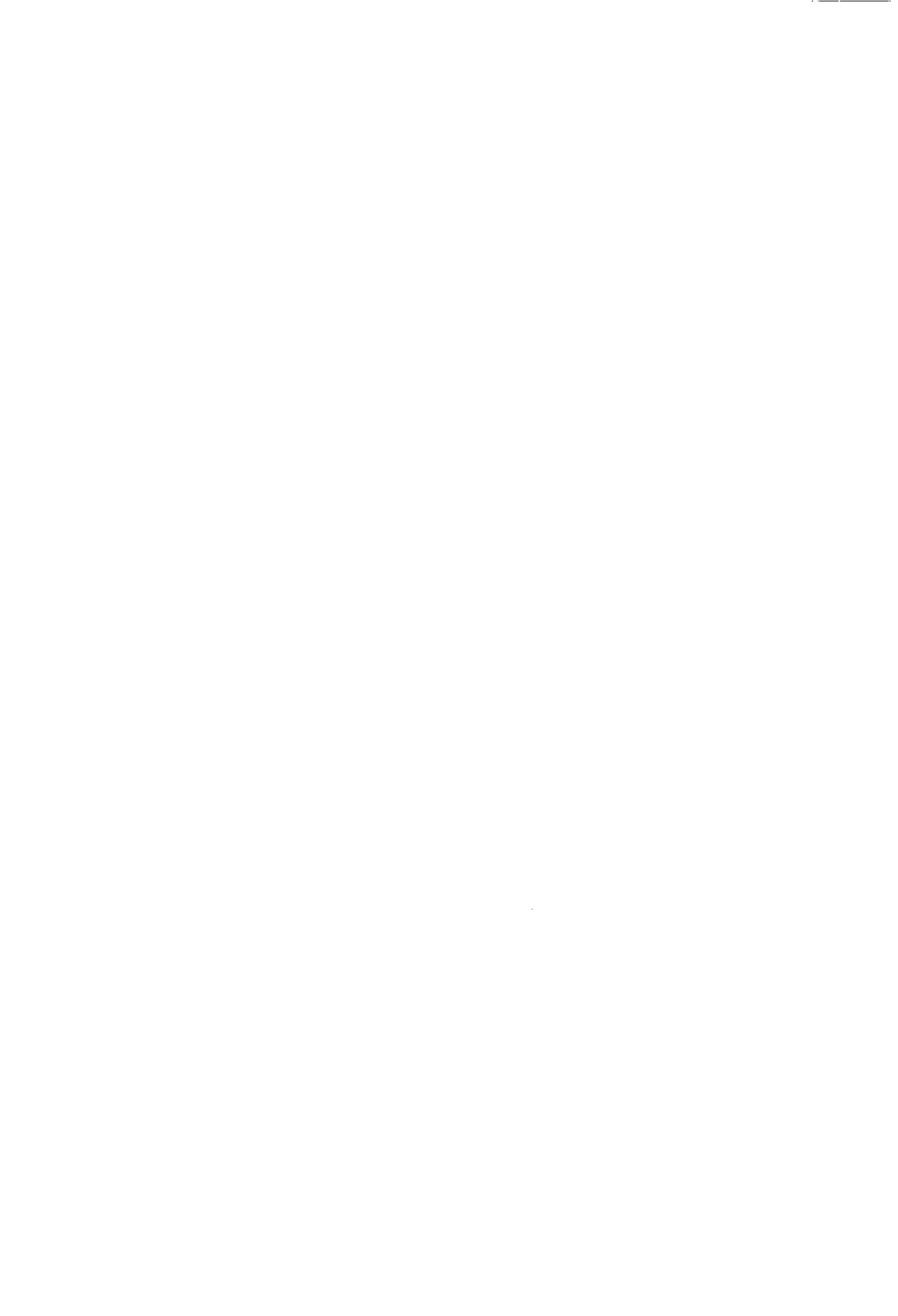
آنسیترال،^{۸۶} واقعاً استثنای احاله در قراردادها را در سیستم حقوق ملی خود و حداقل در دعاوی که به داوری ارجاع می‌شود پذیرفته‌اند.

۴- گرچه یک قرارداد معتبر از آغاز اصولاً متکی به یک قانون حاکم می‌باشد و آثار رویدادهای پس از انعقاد عقد بر قرارداد، به موجب آن قانون بررسی و سنجیده می‌شود، اما با پذیرش اصل آزادی قرارداد و با توجه به این که نیاز به انتخاب قانون توسط طرفین ممکن است هم در زمان انعقاد عقد و هم بعد از آن مطرح شود، به نظر می‌رسد کاملاً منطقی باشد که زمان انتخاب قانون منحصر به زمان انعقاد قرارداد نشود و همچنین تغییر قانون قابل اعمال که قبلاً انتخاب شده بود، با یک توافق جدید امکان‌پذیر باشد. بدیهی است که باید حقوق دیگران که به موجب قانون قبلی به وجود آمده یا معتبر بوده و نیز اعتبار شکلی قرارداد از هرگونه اثر ناروایی حفاظت شوند، تا بدین وسیله موجب تزلزل و بی‌ثباتی حقوق و تعهدات طرفین قرارداد در مقابل یکدیگر و در برابر اشخاص ثالث فراهم نگردد.

۵- قانون حاکم معلق یا شناور نمی‌تواند قانون منتخب طرفین و مورد نظر قواعد حل تعارضی باشد که انتخاب قانون حاکم بر قرارداد را اجازه داده‌اند. چنانچه اراده طرفین قرارداد را در تعیین قانون حاکم بپذیریم، انتخاب‌های معلق یا شناور نمی‌توانند حاکی از اراده مطلق و معین آنها باشند. لذا قراردادهای متضمن چنین وضعیتی در حکم قراردادهای فاقد قانون منتخب طرفین خواهد بود.

۸۶. قانون نمونه داوری تجاری بین‌المللی پذیرفته شده توسط آنسیترال (UNCITRAL) در ۲۱ ژوئن ۱۹۸۵ در ماده ۲۸ خود احاله را رد می‌کند. این ماده مقرر می‌دارد: «قانون یا سیستم حقوقی منتخب از کشور مورد نظر به این نحو تفسیر خواهد شد که مستقیماً به قانون مادی آن کشور و نه قواعد تعارض قوانین آن اشاره می‌کند مگر این که چیز دیگری بیان شده باشد».

۶- در مورد تجزیه‌پذیری قرارداد و حاکمیت چند قانون بر اجزاء و عناصر مختلف آن باید در نظر داشت که در هر صورت یک مجموعه قوانین متفاوتی لزوماً بر قراردادهای بین‌المللی و دعاوی مربوط بدانها حاکم است. مثلاً در خصوص موضوعات شکلی رسیدگی به دعاوی قراردادی (آیین دادرسی) و نظم عمومی، قانون مقر دادگاه اعمال می‌شود، قانون محل تنظیم بر شکل قرارداد حکومت می‌کند، و یا اهلیت طرف قرارداد تابع قانون شخص (کشور متبوع یا اقامتگاه) است و روش اجرای قرارداد را قانون محل اجرا مشخص خواهد کرد. از طرف دیگر، وقتی که قراردادی از اجزا و تعهدات مختلف تشکیل یافته و قابل تجزیه باشد انتخاب قوانین مختلف با اصل آزادی یا استقلال اراده توجیه‌پذیر است. اما انتخاب چند قانون، مغایر نباید باشند و باید مربوط به اجزایی از قرارداد باشند که بتوان آنها را تحت قانون‌های مختلف قرار داد بدون این که ایجاد تضاد کنند.



مسئولیت مأموران مادون و مقامات مافوق در اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی

دکتر حسین میرمحمد صادقی*

چکیده

دو موضوع مهم در حقوق جزای بین‌الملل، که گاهی در پرونده‌های مطروحه در محاکم کیفری بین‌المللی هم مورد بحث واقع و از سوی وکلای مدافع متهمان طرح شده، عبارت است از مسئولیت کیفری مقامات مافوق در قبال اعمال مجرمانه مأموران زیردست، و مسئولیت کیفری مأموران زیردست به دلیل ارتکاب اعمال مجرمانه‌ای که در راستای اطاعت از اوامر مقامات مافوق ارتکاب یافته‌اند. در این مقاله تاریخچه و مفهوم این دو موضوع، که در واقع دو روی یک سکه می‌باشند، در دو بخش مختلف مورد بحث قرار گرفته‌اند و ضمن اشاره به برخی از پرونده‌های مطروحه در محاکم بین‌المللی، موضع اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی در مورد این دو موضوع، ضمن تفسیر و تحلیل مواد ۲۸ و ۳۳ اساسنامه، توضیح داده شده است.

*. دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی - رئیس دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری.

این موضوع که مأمور مادون در صورت اطاعت از دستور غیرقانونی مقام مافوق تا چه حد مسئولیت کیفری خواهد داشت و برعکس، مقام مافوق تا چه میزان در قبال اعمال غیرقانونی مأموران زیردست خود از مسئولیت کیفری برخوردار است همواره در حقوق جزای داخلی و حقوق جزای بین‌الملل مورد بحث بوده است. هدف از این مقاله بررسی این دو موضوع در پرتو اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی می‌باشد.

۱- مسئولیت مأموران زیردست

دفاع اطاعت از دستور مافوق توسط مجرمان بین‌المللی در همه مواردی که رابطه دستور دهی و دستورگیری بین مقامات مافوق و مأموران زیردست وجود دارد (به ویژه در جرایم جنگی) قابل طرح است. این مشکل در جایی پدید می‌آید که مأمور زیردست با یک دستور غیرقانونی برای ارتکاب جرم بین‌المللی روبرو می‌شود که در صورت اطاعت از دستور، مرتکب نقض حقوق جزای بین‌الملل و در صورت عدم اطاعت از آن احیاناً مرتکب تخلف به خاطر نافرمانی می‌شود.

در قرن نوزدهم سرباز، ابزاری مثل سایر آلات جنگی محسوب می‌شد، بنابراین وظیفه‌ای جز اطاعت کامل از اوامر مافوق نداشت. اُپنهایم در کتاب خود تحت عنوان «حقوق بین‌الملل»، که برای اولین بار در سال ۱۹۰۶ چاپ شد، اظهار داشت که تنها فرماندهان به خاطر نقض مقررات جنگی مسئولیت کیفری دارند و سربازان، چون چاره‌ای جز اطاعت ندارند، مسئولیتی نیز در این باره نخواهند داشت.^۱ همین موضع در بسیاری از

1. I. Oppenheim, *International Law*, (1st ed. 1906), vol. 2, 264 – 265.

مقررات و آئین نامه‌های نظامی، از جمله در انگلستان، پیش‌بینی شده بود. پس از جنگ جهانی اول، محاکمات لایپتزیگ^۲ برگزار شد^۳ که هرچند نتایج قابل توجهی برای محکوم کردن مجرمان جنگی نداشت لیکن بدین علت که نقطه عطفی در محاکمه جنایتکاران جنگی محسوب می‌شد و نظرات خوبی در آرای صادره وجود داشت از اهمیت برخوردار بود. در پرونده «قلعه لاندووری»،^۴ دادگاه در رأی خود اظهار داشت که اگر مأمور زیردست در حالی دستور مافوق را اطاعت کند که بدانند دستور مشتمل بر نقض قوانین مدنی یا نظامی است مشمول مجازات قرار می‌گیرد. البته بر این نکته نیز تأکید شد که مأمور زیردست وظیفه تحقیق در مورد دستور مافوق را ندارد و می‌تواند آن را قانونی فرض کند، جز در مواردی که غیرقانونی بودن دستور برای همه و از جمله مأمور زیردست مسلم باشد. این موضوع، که با نظر اُپنهایم تفاوت داشت، تغییری در مقررات و آئین‌نامه‌های نظامی کشورها ایجاد نکرد، لیکن پس از آن که اُپنهایم در چاپ جدید کتاب خود در سال ۱۹۴۰ به این پرونده اشاره کرد (به ویژه با توجه به تصمیم متفقین دایر بر پی‌گیری جنایات جنگی در اثنای جنگ جهانی دوم) مقررات نظامی در کشورهایی مثل انگلستان به تدریج شروع به تغییر کرد تا حدی که برای سربازان عادی نیز در ارتکاب جنایات جنگی مسئولیت کیفری در نظر گرفته شد. بدین ترتیب، این تغییر بیش از آن که ناشی از تغییر در مبانی نظری باشد مرهون مصلحت‌گرائی‌های عملی بود. در سال ۱۹۴۱،

2. Leiptzig.

۳. در این مورد، رک. دکتر حسین میرمحمدصادقی «حقوق جزای بین‌الملل و جرایم علیه بشریت» در

حقوق جزای بین‌الملل، ص ۳۶.

4. Llandovery Castle Case.

«کمیسیون جنایات جنگی» بوجود آمد، که بعداً بخشی از سازمان ملل متحد شد و تا مارس ۱۹۴۸ به فعالیت خود ادامه داد.^۵ وظیفه این کمیسیون، جمع آوری مدارک مربوط به جنایات جنگی و شناسایی مرتکبان این جرایم بود. کمیسیون مزبور درباره دفاع اطاعت از اوامر مقام مافوق اظهار نظر می کند که این دفاع در صورتی قابل پذیرش است که دستور صادره در محدوده وظایف مقام مافوق باشد و به علاوه آشکارا غیرقانونی نباشد. همین کمیسیون در سال ۱۹۴۵ اظهار داشت، صرف این که مرتکب جنایات جنگی در ارتکاب جرم از مافوق خود دستور می گرفته است فی نفسه وی را از مسئولیت مبری نمی سازد. بدیهی است این موضع از موضع اول سخت تر است، زیرا مطابق موضع اول اصل بر آن است که اطاعت از دستور مافوق دفاع محسوب می شود، مگر در صورت مغایرت صریح دستور با قانون، در حالی که مطابق موضع دوم، اطاعت از دستور مافوق دفاع محسوب نمی شود مگر در صورت وجود شرایط خاص.

در جریان کنفرانس لندن در سال ۱۹۴۵، طرح آمریکا برای تأسیس محکمه نورنبرگ آن بود که اطاعت از دستور مافوق فی نفسه دفاع محسوب نمی شود لیکن در صورت اقتضای عدالت، محکمه می تواند این موضوع را به عنوان یک دفاع یا برای تخفیف مجازات در نظر بگیرد. با این حال منشور محکمه نورنبرگ در ماده ۸ خود به دفاع محسوب شدن اطاعت از دستور مافوق برای مأمور مادون هیچ اشاره ای نکرده و بیان داشته است که صرف این که متهم در پی اطاعت از دستور دولت خود یا مقام مافوق عمل می کرده است وی را از مسئولیت مبری نمی سازد ولی، در صورت اقتضای

5. United Nations War Crimes Commission, 1941.

عدالت، این امر می‌تواند برای تخفیف مجازات متهم مد نظر قرار گیرد. این که منشور محکمه نورنبرگ اطاعت از امر مافوق را نیز نه به عنوان یک دفاع، بلکه فقط به عنوان یک کیفیت مخففه پذیرفته است، ناشی از ملاحظات مصلحت‌گرایانه بوده است. این موضع در عمل مشکلاتی را برای محکمه نورنبرگ ایجاد کرد، زیرا در مواردی واقعاً محکمه با مقامات زیردستی روبرو بود که آنها را مسؤول و قابل مجازات نمی‌دانست، ولی طبق منشور راهی برای معاف کردن آنها از مسئولیت نداشت. برای مثال در پرونده معروف به «فرماندهی عالی»^۶ دادگاه با کسی روبرو بود که صرفاً واسطه ارسال پیام‌ها بود و مقرر داشت که فرماندهان نظامی که در صحنه جنگ مسئولیت‌های گسترده‌ای دارند نمی‌توانند، به موجب حقوق بین‌الملل، به مشارکت کیفری در صدور دستوراتی متهم شوند که جنبه کیفری آشکاری نداشته باشد یا نتوان اثبات کرد که آنان از مجرمانه بودن دستورات بر طبق مقررات حقوق بین‌الملل مطلع بوده‌اند. در پرونده دیگری که به پرونده «گروگان‌ها»^۷ مشهور بود مقرر شد که اگر غیرقانونی بودن دستوری برای مقام مادون شناخته شده نباشد و از او به طور معقولی انتظار آگاهی نسبت به غیرقانونی بودن آن نیز نرود، در چنین حالتی نیت مجرمانه لازم برای ارتکاب جرم وجود ندارد و مأمور مادون مورد حمایت قرار می‌گیرد.

این گونه تفسیرها در واقع تلاشی بود برای تبرئه کردن مأموران بی‌گناهی که منشور محکمه نورنبرگ راهی را برای معاف کردن آنها از

6. High Command Case, U.S. v. Von Leeb.

7. Hostages Case, U.S. v. List.

مسئولیت کیفری پیش‌بینی نکرده بود.

بعد از جنگ جهانی دوم در محافل دانشگاهی دو نظریه میان حقوقدانان در مورد مسئولیت کیفری مأموران زیردست که از دستورات غیرقانونی مقامات مافوق اطاعت می‌کردند گسترش یافت. نظریه اول، براساس منشور محکمه نورنبرگ، رعایت دستور مقام مافوق را هیچ‌گاه موجب معافیت مأمور ندانسته و حداکثر آن را به عنوان یک کیفیت مخففه می‌پذیرفت. نظریه دوم مبتنی بر آن بود که، در صورت غیرقانونی نبودن دستور به طور آشکار، مأمور مادون می‌تواند در مواردی از مسئولیت کیفری معاف شود. تلاش در جهت انعکاس این نظریات در کنوانسیون‌های ژنو در جریان کنفرانس دیپلماتیک ژنو در سال ۱۹۴۹ با شکست مواجه شد. عکس‌العمل کنفرانس دیپلماتیک در مورد پیشنهاد کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در این مورد آن بود که کنفرانس دیپلماتیک قصد ورود به مباحث حقوق جزای بین‌الملل، که نهادهای شایسته‌تری در مورد آن طی سالها تلاش کرده‌اند را ندارد. در پیش‌نویس ماده ۷۷ پروتکل الحاقی اول در این مورد آمده بود که تنها این واقعیت که متهم پیرو دستور مقام مافوق خود عمل می‌کرده است وی را از مسئولیت کیفری معاف نخواهد ساخت به شرط آن که اثبات شود وی مطلع بوده یا باید می‌دانسته که با انجام فعل خاصی طبق پیش‌نویس مورد اشاره مرتکب نقض شدید کنوانسیون‌ها یا این پروتکل می‌شود. البته این امر می‌توانست برای تخفیف مجازات متهم مدنظر قرار گیرد. هرچند که اکثریت با این متن موافق بودند اما به دلیل عدم کسب دو سوم آراء، این متن در پروتکل نهایی وارد نشد.

در ماده ۵ پیش‌نویس جدید «قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری»

در ۱۹۹۶، کمیسیون حقوقی مجدداً به آنچه که در ماده ۸ منشور محکمه نورنبرگ (منشور لندن) پیش‌بینی شده بود بازگشت. همین‌طور ماده (۴) ۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق نیز مجدداً موضع اتخاذ شده در منشور محکمه نورنبرگ را پذیرفت و اظهار کرد، متهمی که پیرو دستور دولت یا مقام مافوق خود عمل می‌کند از مسئولیت کیفری مبری نمی‌شود ولی در صورت اقتضای عدالت، این امر می‌تواند، بنا به نظر دیوان، موجب تخفیف مجازات وی شود. همین‌طور ماده (۴) ۶ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا و ماده (۳) ۲ «کنوانسیون ۱۹۴۸ علیه شکنجه و سایر رفتارها و مجازاتهای ظالمانه، غیرانسانی یا تحقیر کننده» اتخاذ شد.

در بحث راجع به اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی، اکثریت دولتها خواستار حفظ همین موضع و اقلیتی (مثل آمریکا) طرفدار نظر اُن‌هایم در سال ۱۹۰۶ بودند. تعداد دیگری از دولتها نیز معتقد بودند که باید حد وسط را اختیار کرد و مأمور را در صورت غیرقانونی نبودن آشکار دستور مافوق از مسئولیت کیفری مبری دانست که در واقع این نظریه باعث ایجاد نوعی سازش بین دو نظریه دیگر بود. نهایتاً ماده ۳۳ اساسنامه به گونه‌ای تدوین شد که ضابطه سه‌گانه‌ای را برای مسئول نبودن مأمور زبردست در نظر گرفت. ماده مذکور مقرر نمود:

«این حقیقت که یکی از جرایم مشمول صلاحیت دادگاه به وسیله شخصی پیرو دستور دولت یا مقام مافوق، اعم از نظامی یا غیرنظامی، ارتکاب یافته است، آن شخص را از مسئولیت کیفری مبری نخواهد ساخت، مگر این‌که:

الف) شخص مورد نظر برای اطاعت از دستورات دولت یا مقام مافوق
وظیفه قانونی داشته باشد،

ب) آن شخص از غیرقانونی بودن دستور مطلع نباشد،

ج) آن دستور به طور آشکاری غیرقانونی نباشد».

بدین ترتیب، برای دفاع محسوب شدن اطاعت از اوامر مافوق و به عبارت دیگر مبری شدن مأمور زيردست از مسئولیت کیفری، وجود سه شرط فوق ضروری است. در صورت فقدان یکی از این شروط سه گانه دادگاه فقط ممکن است مجازات مرتکب را تخفیف دهد. این مسأله کاملاً بسته به نظر دادگاه می باشد. برای مثال، محکمه نورنبرگ در یکی از پرونده های خود صراحتاً اظهار داشته که در جنایات بسیار فجیع و گسترده رعایت دستور مافوق موجب تخفیف مجازات نمی شود. برعکس، در برخی از پرونده های دیگر تخفیف هایی برای مأموران دون پایه ای که حسب دستور مقامات مافوق مرتکب جرایم سبک تری شده اند پیش بینی شده است.^۸

آنچه از بند (الف) فوق استنباط می شود این است که باید وظیفه قانونی برای اطاعت از مقام مافوق وجود داشته باشد و صرف وجود وظیفه اخلاقی یا نظایر آن برای معاف شدن مأمور زيردست از مسئولیت کفایت نمی کند. به علاوه، این بند به طور کلی به اطاعت از «دستورات» (orders) و نه دستور خاص (the order) اشاره کرده است، زیرا واضح است که

8. See: Y. Dinstein, "Defences" in Mc Donald & Swaak, Substantive & Procedural Aspects of International Criminal Law (2000). p. 383.

هیچ کس وظیفه اطاعت از یک دستور غیرقانونی را ندارد. بند (ب) از عدم اطلاع مأمور زبردست نسبت به غیرقانونی بودن دستور و بند (ج) از لزوم قانونی بودن آن بطور آشکار سخن گفته است. بنابراین اگر مثلاً مقام مافوق دستور استفاده از سلاح خاصی را به مأمور زبردست دهد که نظرات مختلفی در مورد ممنوع بودن یا نبودن آن وجود دارد و مأمور از این دستور اطاعت کند وی را نمی‌توان مسؤول دانست، حتی اگر دادگاه نظر به ممنوع بودن آن سلاح داده باشد، زیرا با وجود اختلاف آرا در مورد ممنوعیت آن سلاح، نمی‌توان گفت که دستور مقام مافوق آشکارا غیرقانونی بوده است.

در این جا باید نکته‌ای را در مورد ماده ۳۳ در مقایسه با جمله انتهایی بند (ج) از ماده ۳۱(۱) بیان کنیم. مطابق جمله انتهایی ماده (c) (۱) ۳۱، صرف این حقیقت که عملیاتی که فرد در آنها درگیر است عملیات دفاعی محسوب می‌شود به معنی آن نیست که هرآن چه که او در اثنای آن عملیات انجام می‌دهد را بتوان دفاع مشروع محسوب نمود. همین‌طور صرف این که مقام زبردست می‌داند که جنگی که در آن درگیر است غیرقانونی است، به منزله علم او به غیرقانونی بودن هر دستور خاصی که در اثنای چنین جنگی دریافت می‌کند (مطابق ماده (b) (۱) ۳۳)، بلکه در چنین مواردی رهبران اصلی به خاطر راه اندازی این جنگ غیرقانونی و احیاناً تجاوز ارضی مقصر می‌باشند و سرباز نیز، اگر با توجه به مفاد ماده ۳۳ عمل مجرمانه‌ای را در راستای اجرای دستور مقام مافوق مرتکب شود، مقصر خواهد بود.

قبل از پرداختن به بند دوم ماده ۳۳ ذکر نکته دیگری در مورد بنسب (۱) ضروری به نظر می‌رسد و آن این که هرچند در بند (۱)، برخلاف آنچه

که از تصمیمات بعضی از محاکم مستفاد می‌شود،^۹ دفاع محسوب شدن اطاعت از دستور مافوق منوط به این نشده است که دستور در صحنه نبرد داده شده باشد، لیکن تردیدی وجود ندارد که اثبات بند (ب)، یعنی جهل مأمور زیر دست نسبت به غیرقانونی بودن دستور مافوق، در صورتی که فرد در کوران نبرد قرار نداشته و فرصت کافی برای ارزیابی قانونی یا غیرقانونی بودن دستور داشته باشد، مشکل‌تر خواهد بود.

بند دوم ماده ۳۳ صریحاً دستوراتی را که در مورد ارتکاب نسل‌کشی یا جنایات علیه بشریت هستند جزو دستورات آشکارا غیرقانونی دانسته و در واقع دفاع «اطاعت از دستور مافوق» را در این جرایم تحت هیچ شرایطی قابل پذیرش ندانسته است. به عبارت دیگر، این دفاع تنها در جنایات جنگی، در صورت وجود شرایط سه‌گانه می‌تواند مورد پذیرش قرار گیرد که اتخاذ این موضع نشانگر اهمیت بیشتر نسل‌کشی و جنایات علیه بشریت نسبت به جنایات جنگی از دید طراحان اساسنامه است.

این موضع که غیرقانونی بودن آشکار تمامی دستورات راجع به ارتکاب نسل‌کشی و جنایات علیه بشریت مفروض انگاشته شده موضع درستی به نظر نمی‌رسد، به ویژه از آن جهت که هم در اساسنامه و هم در «عناصر تشکیل دهنده جرایم» مصادیق این جرایم به تفصیل (مخصوصاً در بند ۲ از ماده ۷ اساسنامه) شرح داده شده‌اند که خود نشانگر آن است که معنی و مفهوم حقوقی آنها همیشه آشکار و واضح نمی‌باشد. بنابراین احتمال

۹. برای مثال رک. پرونده kötalla در محکمه کیفری آمستردام در ۱۴ دسامبر ۱۹۴۸ و پرونده U.S. v. Calley در دادگاه تجدید نظر نظامی آمریکا در ۲۱ دسامبر ۱۹۷۳، مذکور در International Criminal Law, Antonio Cassese, p. 239

این که غیرقانونی بودن دستور مقام مافوق در مورد ارتکاب این جرایم برای مأمور زیردست آشکار نباشد کاملاً وجود دارد، همان‌طور که در جنایات جنگی چنین است. مسلماً در چنین حالتی مجازات کردن مأمور به دلیل فقدان عنصر روانی لازم برای ارتکاب جرم، نادرست خواهد بود، اعم از این که دستور در مورد ارتکاب جنایات جنگی باشد یا برای ارتکاب نسل‌کشی و جنایات علیه بشریت. نادرستی تفکیک بین جنایات علیه بشریت و نسل‌کشی با جنایات جنگی از جهت دیگری نیز قابل توجه است. عمل واحد ممکن است مشتمل بر دو یا چند عنوان مجرمانه مشمول صلاحیت دادگاه باشد. در چنین حالتی مرتکب می‌تواند در دفاع از خود در قبال اتهام ارتکاب جنایات جنگی به دستور مقام مافوق استناد کند، در حالی که این حق را در قبال اتهام نسل‌کشی یا جنایات علیه بشریت ندارد. این تفکیک، با توجه به این که وی عمل واحدی را مرتکب شده که دارای بیش از یک عنوان مجرمانه است، معقول به نظر نمی‌رسد. علاوه بر آنچه گفته شد، نمی‌توان قائل به آن شد که جنایات جنگی همواره از جنایات علیه بشریت و نسل‌کشی خفیف‌تر هستند و بنابراین دفاع اطاعت از اوامر مافوق باید فقط در مورد آنها پذیرفتنی باشد. مسلماً کشتن تعداد زیادی از اسرای جنگی (که یک جرم جنگی است) از بازداشت غیرقانونی تعدادی از افراد غیرنظامی (که می‌تواند یک جنایات علیه بشریت باشد) شدیدتر است، و معلوم نیست چرا در مورد اول اطاعت از دستور مافوق می‌تواند با وجود شرایطی پذیرفته شود در حالی که در مورد دوم به هیچ عنوان پذیرفتنی نیست.

در پایان این بخش اشاره به موضوع اطاعت از قانون داخلی مفید به

نظر می‌رسد. به تعبیر دیگر، مرتکب ممکن است با موقعیتی روبرو شود که در آن انتظار حقوق داخلی از وی با انتظاری که حقوق بین‌الملل از او دارد متفاوت است. در موارد غیر کیفری، معمولاً حقوق داخلی در کشور اجرا می‌شود هر چند که دولت، به دلیل تعارض حقوق داخلی اش با موازین حقوق بین‌الملل، ممکن است مسئولیت بین‌المللی پیدا کند، اما در امور کیفری این چنین نیست. هرگاه حقوق جزای بین‌الملل تکلیفی را بر افراد بار کند، که با حقوق جزای داخلی در تعارض باشد، چنین تکلیفی نمی‌تواند سالب مسئولیت افراد در برابر محاکم کیفری بین‌المللی شود. یک محکمه نظامی آمریکایی در پرونده «فرماندهی عالی» در سال ۱۹۴۸ اظهار داشت:

«حقوق جزای بین‌الملل برتر است و در صورت تعارض داشتن با حقوق ملی یا دستورات صادره از سوی مقامات دولتی داخلی، نسبت به آنها تفوق دارد. بنابراین، دستورالعمل مبتنی بر نقض حقوق جزای بین‌الملل باطل است و (این دستورالعمل) نمی‌تواند کسی را که حقوق جزای بین‌الملل را به اتکای چنین دستوری نقض می‌کند مورد حمایت قرار دهد».^{۱۰}

در پرونده دیگری یک محکمه نظامی آمریکایی در سال ۱۹۴۷ اظهار داشت که دفاع تبعیت از قانون داخلی مبتنی بر یک سوء برداشت است:

«هرگاه حقوق داخلی (مثلاً قوانین آلمان نازی) فردی را مجبور به ارتکاب جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت بنماید، تصویب یا

10. German High Command Trial, 15 I.L.R. 376, 396 (U.S. Military Tribunal, 1948).

اجرای چنین قانونی، خود به منزله معاونت در ارتکاب جرم است و معاونت هیچ گاه دفاع محسوب نمی شود.^{۱۱}

۲- مسئولیت مقامات مافوق

در اساسنامه‌های دیوان‌های کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و رواندا و دیوان اختصاصی سیرالئون، به ترتیب در مواد (۳) و (۷) و (۳) و (۶) تصریح شده است که ارتکاب جرمی که در صلاحیت دیوان‌های مذکور توسط شخص زیردست است، مقام مافوق را از مسئولیت کیفری مبری نمی‌سازد، مشروط بر آن که وی مطلع بوده یا شواهد و قرائنی مبنی بر آگاهی وی وجود داشته، دال بر این که جرم مذکور توسط مأمور زیردست در شرف ارتکاب می‌باشد یا قبلاً ارتکاب یافته است و مقام مافوق، علیرغم این اطلاع، اقدامات لازم و معقول را برای جلوگیری از این عمل یا تنبیه مرتکب آن معمول ندارد.

در ماده ۲۸ اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی نیز به مسئولیت مقامات مافوق اشاره شده است. با بررسی ماده مزبور درمی‌یابیم ایرادی که در مواد (۳) و (۷) و (۳) و (۶) فوق وجود داشت، در این ماده هم مشاهده می‌شود، یعنی عدم تفکیک بین مقام مافوقی که صرفاً از تنبیه مأمور زیردست یا گزارش کردن مورد به مقامات ذی‌صلاح خودداری می‌کند و کسی که عمداً از ارتکاب جرم از سوی مأمور زیردست جلوگیری نمی‌نماید. هرچند در تأیید این عدم تفکیک می‌توان گفت با توجه به این که جرایم تحت کنترل مقام مافوق، به موجب ماده ۲۸، در حال یا در شرف ارتکاب است؛

[1]. Justice Trial, 14 I.L.R. 278, 286 - 87 (U.S Military Tribunal, Nuremberg 1947).

گزارش کردن به موقع آن فقط از لحاظ تنبیه شدن مرتکب اهمیت ندارد بلکه، می‌تواند جلوی ارتکاب یا تکرار آن را نیز بگیرد. با این حال به نظر می‌رسد که، هم از لحاظ قابلیت سرزنش و هم به لحاظ رعایت مصلحت، این تفکیک مطلوب باشد. این تفکیک در قانون مصوب ۲۶ ژوئن ۲۰۰۲ آلمان تحت عنوان «قانون جرایم علیه حقوق بین‌الملل»، که در اجرای مفاد اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی در آلمان تصویب شده است نیز مشاهده می‌شود. ماده سه قانون مذکور، به موردی اشاره می‌کند که مقام مافوق عمداً از ارتکاب جرم مأمور زیردست جلوگیری نمی‌کند و در چنین حالتی مجازات مقام مافوق را مساوی با مجازات مرتکب دانسته است. از سوی دیگر، ماده ۱۳ این قانون برای کوتاهی عمدی^{۱۲} در اعمال وظایف فرماندهی یا سرپرستی، مجازات حداکثر ۵ سال حبس و برای قصور مسامحه آمیز،^{۱۳} مجازات حداکثر سه سال حبس را تعیین کرده است. ماده ۱۴ نیز مجازات گزارش نکردن ارتکاب نسل‌کشی، جرایم علیه بشریت و جرایم جنگی از سوی فرمانده نظامی یا مقام مافوق غیرنظامی را حداکثر ۵ سال حبس دانسته است.

با این حال ماده ۲۸ اساسنامه تفکیک دیگری را بین فرماندهان نظامی و سایر مقامات مافوق قائل شده است که در واقع راه حلی است که از سوی نمایندگان دولت آمریکا برای ایجاد سازش بین نظر دو دسته از دولتها پیشنهاد شد. نظر اکثریت آن بود که مقررات ماده ۲۸ باید شامل کلیه مقامات مافوق، اعم از فرماندهان نظامی یا اشخاص غیرنظامی شود. از سوی

12. International violation of the duty of supervision.

13. Negligent violation of the duty of supervision.

دیگر، نمایندگان دولت چین مخالف تسری دادن مفاد ماده ۲۸ به مقامات غیرنظامی بودند. نهایتاً ماده ۲۸، هرچند به هر دو فقره تسری یافت، لیکن در هر مورد معیارهای جداگانه‌ای را برگزید. مقام نظامی مافوق در صورتی مسئولیت خواهد داشت که نسبت به ارتکاب جرم از سوی زیردستان مطلع بوده^{۱۴} یا باید اطلاع می‌داشته است (Should have Known) در حالی که مقام مافوق غیرنظامی باید می‌دانسته که افراد تحت امر او مرتکب جرم می‌شوند و یا از اطلاعاتی که به وضوح دلالت بر چنین امری داشته است به طور آگاهانه غمض عین کرده باشد. به عبارت دیگر، برای مسؤول دانستن مقام نظامی مافوق، صرف احراز آنچه که در نظر عرف مسامحه محسوب شود کفایت می‌کند، در حالی که در مورد مقام غیرنظامی، معیار سخت‌تری، که همانا اثبات علم واقعی (Actual) یا علم اعتباری (Constructive) وی نسبت به موضوع است، به کار گرفته می‌شود. با این حال، هیچ یک از این دو مورد را نمی‌توان در زمره جرایم مادی صرف دانست بلکه احراز نوعی عنصر روانی، که البته لزوماً عنصر قصد و نیت نمی‌باشد، در هر دو مورد ضروری است. به علاوه در هر دو مورد، اعم از مافوق نظامی یا غیرنظامی، اثبات شروط ذیل الزامی است.

۱- مقام مافوق باید فرماندهی، کنترل یا اقتدار مؤثر بر مرتکب داشته باشد. وجود سلسله مراتب رسمی اداری ضرورت ندارد، بلکه کنترل

۱۴. در این مورد شعبه بدوی دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق احراز «علم» را از طریق ادله مستقیم یا امارات و قرائن ممکن دانسته است. از جمله این قرائن، نوع و گستردگی اعمال غیرقانونی، مدت استمرار آنها، تعداد نیروهای تحت امر، مکان جغرافیایی ارتکاب اعمال، سرعت عملیات و مکان حضور فرمانده در زمان ارتکاب جرایم می‌باشد. رک. پرونده‌های Celebic (پاراگراف ۳۸۶)، Blaskic (پاراگراف ۳۰۷) و Kordic & Cerkez (پاراگراف ۴۲۷) که در این زمینه از گزارش کمیسیون خبرگان که متعاقب قطعنامه ۷۸۰ شورای امنیت در سال ۱۹۹۲ بوجود آمد، پیروی کرده است.

عملی کفایت می‌کند.^{۱۵} از سوی دیگر، صرف وجود مقام رسمی، بدون آن که صاحب منصب مذکور عملاً قادر به اعمال کنترل بر افراد زیردست باشد، برای احراز مسئولیت وی کافی نیست.^{۱۶} در این مورد شعبه تجدید نظر دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق اشعار می‌دارد، «کنترل مؤثر از جمله در رویه دیوان به عنوان معیاری برای تعیین مسئولیت مافوق پذیرفته شده است. اثبات کنترل مؤثر در مورد مقام مافوق رسمی و غیر رسمی ضروری است. در تعیین مسئولیت باید به اعمال مؤثر قدرت یا کنترل و نه عناوین رسمی توجه کرد. در زمینه مسئولیت کیفری نیز همین طور است. به طور کلی برخورداری از قدرت رسمی و قانونی به تنهایی برای مسؤول شناخته شدن مافوق کافی نیست مگر آن که نشانگر کنترل مؤثر باشد، هرچند که دادگاه ممکن است برخورداری از چنین قدرتی را نشانه وجود کنترل مؤثر بداند مگر آن که خلاف آن ثابت شود. شعبه تجدید نظر بر این باور است که توانایی اعمال قدرت مؤثر برای احراز فرماندهی واقعی یا مسئولیت مافوق ضرورت دارد...»^{۱۷}

۲- شرط دوم آن است که مقام مافوق اقدامات لازم را برای جلوگیری از جرم یا سرکوب کردن آن و یا طرح موضوع نزد مقامات صلاحیتدار جهت تحقیق و تعقیب انجام نداده باشد. وظیفه مقام مافوق نسبت به «جلوگیری» از جرم از نظر شعبه بدوی دیوان کیفری بین‌المللی

۱۵. این موضوع در پرونده Delalic & Others در دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق مورد تأیید شعب بدوی و تجدید نظر قرار گرفت. به پرونده Celebic در شعبه تجدید نظر و Kordic & Cerkez در شعب بدوی نیز رجوع نمایید.

16. See: Cappellini & Others in the Milan Court of Cassation.

17. Celebic Appeal Judgment, paras. 196 & 197.

برای یوگسلاوی سابق، در هر مرحله‌ای قبل از ارتکاب جرم وقتی که مقام مافوق نسبت به ارتکاب جرم از سوی شخص زیردست آگاه شود یا به طور معقولی چنین ظنی پیدا کند، ایجاد می‌شود.^{۱۸} وظیفه گزارش کردن به مقامات مافوق معمولاً پس از ارتکاب جرم حاصل می‌شود، هرچند که ممکن است در صورت قریب‌الوقوع بودن ارتکاب جرایم از سوی فرد مادون نیز این وظیفه برای مقام مافوق به وجود آید. بدیهی است مقام مافوق تنها با ارائه گزارش، وظیفه خود را انجام داده و از وی انتظار نمی‌رود که بر سیستم قضایی و نظامی کنترل داشته و از تعقیب و مجازات فرد متخلف در سیستم‌های مذکور اطمینان پیدا کند.

18. Kordic & Cerkez, Trial Judgment, para. 445.



قانون «نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور»* در بوته نقد و تحلیل

دکتر محمدجواد صفار**

چکیده

به دنبال اظهارنظرها و گفتگوهای علمی پیرامون «روشهای نوین تولید مثل انسان از دیدگاه فقه و حقوق» مشهور به «باروری یا لقاح مصنوعی» و ضرورت بکارگیری روشهای باروری کمکی (ART) در درمان نازایی، مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۸/۵/۸۲، قانون «نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور» را به تصویب رساند.

بحث از قانون مصوب از دو دیدگاه فقه و حقوق، روشن می‌سازد که قانون جدید تا چه اندازه با اصول و قواعد کلی حقوق و منابع فقهی منطبق است، و کودکانی که از طریق روشهای باروری کمکی (ART) متولد می‌گردند، از لحاظ حقوقی چه رابطه‌ای با زوجین متقاضی جنین دارند؟ وضع حقوقی او از حیث نسب و آثار آن چیست؟ و زوجین دریافت‌کننده جنین نسبت به کودک مولود، چه حقوق و وظایفی دارند؟

*. منتشره در روزنامه رسمی شماره ۱۷۰۳۳ مورخ بیست و نهم مردادماه ۱۳۸۲.

** استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

مقاله پیش‌رو، تلاشی است برای ارائه تحلیلی حقوقی بر مواد قانون جدید و نقد و ارزیابی آن و سعی دارد تا به همه پرسشهایی که در این زمینه مطرح است، به پاسخهایی مناسب، دست یابد.

مقدمه

تولید مثل و تکثیر نسل، ضروری‌ترین قاعده بقاء و دوام جامعه، در سایه خانواده شکل می‌گیرد و از همین رو «خانواده» به عنوان نهادی مقدس، مورد توجه و احترام ادیان، قوانین و عرف می‌باشد. حفظ و استحکام این نهاد مستلزم برقراری رابطه عاطفی، وفاق و همدلی بین زن و شوهر است که با پیدایش اولاد میسر می‌گردد. زیرا، کودکان علاوه بر آن که تداوم بخش نسل و نسب می‌باشند، مایه امید، تلاش و نشاط زندگی بوده، پیوند و اتحاد میان زن و شوهر را استوار ساخته و به ثبات و پایداری زندگی مشترک، کمک می‌رسانند.

مسأله نداشتن اولاد و محرومیت از این نعمت، یکی از مشکلات اساسی بوده که از دیرباز بشر با آن روبرو بوده است.^۱ بسیاری از خانواده‌هایی که عمری ثروت و وقت خود را صرف درمان نازایی کردند و با آرزو و حسرت داشتن اولاد، چشم از دنیا فرو بستند و چه بسا، خانواده‌هایی که در کمال خوشبختی به علت فقدان فرزند، تن به متارکه دادند. خداوند متعال در قرآن کریم می‌فرماید: «لله ملک السموات و الارض یخلق ما یشاء یهب لمن یشاء اناثاً و یهب لمن یشاء الذکور، او یزوجهم ذکراً و اناثاً و یجعل من یشاء عقیماً انه علیم قدیر» «خداست مالک زمین و آسمانها، هرچه بخواهد می‌آفریند، به هر که خواهد دختر و به هر که بخواهد پسر عطا می‌کند، یا در یک رحم دو فرزند پسر و دختر قرار می‌دهد و هر که را بخواهد عقیم می‌گرداند، همانا او دانا و

۱. بر پایه گزارش سازمان بهداشت جهانی (WHO) در حال حاضر حدود بیش از یک و نیم میلیون نفر از زوجهای ایرانی نازا هستند.

تواناست».^۱ بشر در سایه علم و دانشی که موهبت الهی می‌باشد، توانسته است با نوآوری‌های چشمگیر و شگفت‌آور در عرصه‌های مختلف زندگی انسانی، افق‌های جدیدی را در جهت رفع کمبودهای جسمی، مادی و اجتماعی بگشاید، به ویژه با ظهور تکنولوژی نوین در تولید مثل انسانی و بکارگیری روش‌های علمی مدرن در درمان ناباروری، موسوم به ART (روش‌های کمک باروری)^۲ و پیدایش و توسعه مهندسی ژنتیک در امر توالد، ابواب جدیدی را در عالم پزشکی به روی زوج‌های جوانی که خواهان فرزند می‌باشند ولی به دلیل بیماری این امکان به صورت طبیعی برای آنها وجود ندارد، گشوده است.

رشد، توسعه و تحول در فناوری ART و استفاده از روش‌های متنوع آن در درمان ناباروری، ابعاد و جنبه‌های مختلف فلسفی، اجتماعی، دینی، اخلاقی و حقوقی به خود گرفته و مسائل بسیار بحث‌برانگیز را به وجود آورده که پاسخگویی به همه آنها، نیازمند تأملات جدی، دقیق و تحقیقات همه جانبه است.

اگرچه عمر استفاده از دستاوردهای فناوری ART در ایران بسیار کوتاه و کمتر از دو دهه است، اما مطالعات و مباحثات علمی پیرامون جنبه‌های فقهی و حقوقی «تلقیح مصنوعی» و یا «نسب تکنولوژیک» و فروع آن، سابقه‌ای طولانی‌تر را پشت سر گذاشته و در حال حاضر ادبیات حقوقی و فقهی نسبتاً گسترده‌ای پدید آورده است. ولی مع الوصف هنوز برای تکمیل این ادبیات علمی، نیازمند پژوهش‌های عمیق‌تر و

۲. سورة شوری، آیات ۴۹ - ۴۸.

گسترده‌تری هستیم و امید می‌رود که در آینده نزدیک همگام با دانشگاه‌های معتبر دنیا، شاهد تأسیس دپارتمانها و پیش‌بینی واحدهای درسی «حقوق بیولوژیک» باشیم، که خوشبختانه با تأسیس دوره حقوق مالکیت فکری تا حدودی این امر محقق گردیده است.

خلاً قانونی و فقدان مقررات مربوط به تبیین وضع حقوقی ART در ایران یکی از دغدغه‌های فکری اصحاب دانش است، که با ابلاغ قانون جدیدالتصویب نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور، تا حدودی مرتفع گردیده و انتظار می‌رود که قانونگذار با تنظیم و تدوین مقررات جامع‌تری در تبیین رژیم قانونی و حقوقی استفاده از «روشهای نوین باروری در تولید مثل انسانی» و روشن ساختن وضعیت حقوقی اطفال متولد شده با این روشها، بکوشد تا از این حیث کمبودها و کاستی‌های قانونی برطرف گردد. در این نوشتار، با بحث و بررسی پیرامون قانون «نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور» جنبه‌های حقوقی و فقهی اهدای جنین و مولود ناشی از آن مورد مطالعه قرار می‌گیرد و سعی می‌شود تا آنجا که ممکن است، پرسشهای علمی پیرامون موضوع یاد شده و پاسخهای مطرح شده، مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد. شایسته یادآوری است که آیین‌نامه اجرایی قانون مزبور تا زمان نگارش این مقاله به تصویب نرسیده ولی مواد چهارده گانه آن براساس پیش‌نویس نهایی که در اختیار اینجانب قرار گرفته و به احتمال بسیار زیاد با اندک اصلاحات به تصویب خواهد رسید، مورد بحث قرار خواهد گرفت.

فصل اول

شرح اجمالی قانون و آیین نامه

قانون «نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور» مشتمل بر پنج ماده در تاریخ ۸۲/۴/۲۹ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده و در تاریخ ۸۲/۵/۸ مورد تأیید شورای نگهبان قرار گرفته است. به نظر می‌رسد، مدت زمانی کوتاه یک هفته، برای تأیید این قانون توسط شورای نگهبان، که حکایت از آمادگی و اتفاق نظر اعضای شورا، به ویژه اعضای محترم فقهای شورا را دارد، راه را برای تصویبات قانونی تکمیل‌کننده روشهای درمان ناباروری هموار ساخته و اهل فن می‌توانند این فرصت را مغتنم شمرده و پیشنهادهای لازم را جهت تصویب به دستگاه قانونگذاری ارائه دهند.

مبحث اول - روش تولید جنین و انتقال آن

ماده یک قانون مورد بحث،^۴ تنها انتقال جنین‌های حاصل از تلقیح خارج از رحم زوجهای قانونی و شرعی که با رعایت ضوابط شرعی و شرایط مندرج در قانون مزبور تولید شده باشد، تجویز نموده و از سایر روشها نامی نبرده است. روش تجویز شده قانونی در اصطلاح پزشکی لقاح خارج رحمی (IVF)^۵ نام دارد. این روش درمانی که روش ساده‌ای است و

۴. ماده ۱ مقرر می‌دارد: «به موجب این قانون کلیه مراکز تخصصی درمان ناباروری ذی‌صلاح مجاز خواهند بود با رعایت ضوابط شرعی و شرایط مندرج در این قانون نسبت به انتقال جنین‌های حاصل از تلقیح خارج از رحم زوجهای قانونی و شرعی پس از موافقت کتبی زوجین صاحب جنین به رحم زنانی که پس از ازدواج و انجام اقدامات پزشکی ناباروری آنها (هر یک به تنهایی یا هر دو) به اثبات رسیده اقدام نمایند».

5. In Vitro Fertilization.

- بدون نیاز به بستری شدن بیمار انجام می‌شود، مراحل ذیل را دربرمی‌گیرد:^۶
- ۱- تحریک تخمک‌گذاری و جمع‌آوری تخمکها: با تحریک تخمدانها برای تولید تعداد کافی تخمک، آنها به اندازه پرتقال متوسط بزرگ می‌شوند و معمولاً در نزدیکی دیواره واژن (مهبلی) قرار می‌گیرند. این امر به پزشک کمک می‌کند تا با سوزن هدایت‌شونده به وسیله سونوگرافی از طریق دیواره واژن، تخمکها را از تخمدان جمع‌آوری کند که این عمل معمولاً زیر بیهوشی عمومی یا موضعی انجام می‌شود.
 - ۲- تهیه و آماده‌سازی اسپرم که در صبح روز جمع‌آوری تخمکها مایع انزال از همسر بیمار تهیه و با روشهای مختلف شستشو و اسپرمهای سالم و بسیار فعال جدا می‌شود.
 - ۳- لقاح و رشد جنین در محیط آزمایشگاه.
 - ۴- انتقال جنین به داخل رحم: اگرچه تعداد جنینهای تشکیل شده معمولاً بیش از سه عدد است، به منظور جلوگیری از حاملگیهای چندقلویی فقط ۲ تا ۳ جنین به داخل رحم منتقل می‌شود و بقیه آنها با استفاده از روش ذخیره جنین منجمد شده تا در درمانهای بعدی مورد استفاده قرار گیرد.
 - ۵- تجویز هورمون پروژسترون^۷ که در نیمه دوم سیکل قاعدگی به منظور آماده‌سازی رحم برای لانه‌گزینی و نگه داشتن جنین به وسیله رحم به بیمار تجویز می‌شود و تست حاملگی حدود ۱۲ روز پس از انتقال جنین

۶. نقل از سخنرانی دکتر معرفت غفاری در نخستین سمپوزیوم فقهی - حقوقی اهدای جنین (تهران چاپ شده در مجموعه مقالات روشهای نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، ۱۳۸۲، صص ۱۲-۱۰.

۷. Progestron یک هورمون جنسی زنانه است که توسط تخمدانها تولید می‌شود و نقش آن آماده‌سازی رحم برای لانه‌گزینی جنین در آن است. در مراحل بعد از حاملگی این هورمون توسط جفت تولید می‌شود.

انجام می‌شود.

انتقال جنین در روش اهدای جنین ممکن است به یکی از دو صورت ذیل، صورت گیرد:

الف. زوجهایی که تشکیل خانواده داده‌اند و فقط به منظور تولید جنین و اهدای آن به زوجهای نابارور تحت درمان IVF قرار گیرند.

ب. زوجهای نازایی که تحت درمان IVF هستند و پس از حاملگی و بچه‌دار شدن، جنینهای اضافی تشکیل شده را که در نیتروژن مایع منجمد و ذخیره‌سازی نموده‌اند به زوجهای نازای دیگر اهدا می‌کنند.

در این روش، پزشک تمام عوارض ناشی از اهدای جنین، از جمله عوارض فیزیکی، مانند عفونت و اسکار دائمی و نیز عوارض روحی و روانی ناشی از آن را به فرد اهداکننده اطلاع می‌دهد. پیش از اهدای جنین، تاریخچه ژنتیکی و پزشکی زوجهای اهداکننده و آزمایشهای خونی برای تشخیص بیماریهای عفونی از جمله ایدز، هپاتیت، سیفلیس و گروههای خونی آنها بررسی می‌شود و آنان اجازه نامه کتبی مبنی بر استفاده از جنینها و عدم داشتن هیچ گونه حقوقی نسبت به جنینها و نوزادان متولد شده را امضا می‌کنند.^۸

مبحث دوم - شرایط قانونی تولید، اهدا و دریافت جنین

گفتار اول. شرایط تولید جنین

۱- تولید جنین تنها در مراکز تخصصی درمان ناباروری ذی‌صلاح و سایر مراکز بهداشتی و درمانی که از وزارت بهداشت، درمان و آموزش

۸. همان، ص ۱۶.

پزشکی مجوز فعالیت در این زمینه را دریافت داشته و یا در مراکز درمان ناباروری وابسته به دانشگاههای علوم پزشکی و در شرایط کاملاً بهداشتی باید انجام گیرد.^۹

۲- تولید جنین باید با رعایت ضوابط شرعی، و به وسیله نطفه و تخمک زوجهای قانونی و شرعی و به صورت تلقیح خارج از رحم صورت گیرد. عمده‌ترین ضوابط شرعی را می‌توان در منع تماس و نگاه نامحرم و حرمت انزال مایع زوج از طریق استمناء برشمرد. اسپرم و تخمک باید متعلق به مرد و زنی که رابطه زوجیت دائمی یا موقت (قانونی) یا رابطه زوجیت شرعی دارند، باشد.^{۱۰}

۳- تلقیح مصنوعی صورتهای گوناگون دارد که در مباحث آتی به آن اشاره می‌شود اما تنها صورت تجویز شده، تلقیح خارج از رحم و تشکیل جنین و انتقال آن به رحم زن نازا می‌باشد. این روش از بین سایر روشهای درمان ناباروری، بدون ایرادات شرعی است و بسیاری از فقها اجرای آن را، بدون ممنوعیت شرعی و مباح دانسته‌اند.

گفتار دوم. شرایط قانونی اهدای جنین

قانون تنها به یک شرط در اهدای جنین اکتفا نموده و آن موافقت

کتبی زوجین صاحب جنین می‌باشد. اما از سلامت روحی، روانی و جسمانی

۹. ماده یک قانون نحوه اهدای جنین و ماده هشت پیش‌نویس آیین‌نامه اجرایی آن. در ماده نه آیین‌نامه آمده است: «نگهداری و انتقال جنین باید وفق دستورالعملهایی که وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی صادر می‌نماید و تحت نظارت دقیق مراکز مدیریت پیوند آن وزارتخانه انجام گردد».

۱۰. در شرع حلیت استمتاع علاوه بر نکاح به ملکیت ۱ ماء (کنیزداری) نیز ایجاد می‌گردد که در حال حاضر موضوعاً منتفی است و معلوم نیست چرا مقنن در کنار عنوان زوجیت قانونی که هر دو نوع دائمی و موقت را دربرمی‌گیرد به زوجیت شرعی که چیزی جز مالکیت نمی‌باشد، اشاره نموده است.

آنها و عدم اعتیاد به الکل و مواد مخدر و همچنین عدم ابتلا به بیماری‌هایی همچون ایدز و هپاتیت نامی نبرده است. در پیش‌نویس آیین‌نامه، علاوه بر این که این خلأ مرتفع گردیده، به محرمانه بودن موضوع نیز اشاره شده است، به گونه‌ای که اهداکنندگان از اهدا گیرندگان و بالعکس نه در موقع اهدای جنین و نه پس از آن، هیچ‌گونه شناختی نداشته باشند و یا نتوانند شناختی به دست آورند. زیرا مجهول ماندن صاحبان جنین و دریافت‌کنندگان آن، علاوه بر آن که استفاده از قواعد شبهه در باب نسب را تسهیل می‌سازد، امنیت روانی و اجتماعی مولود و زوجین دریافت‌کننده جنین را تأمین ساخته و مانع بزرگی بر سر پیدایش دعاوی احتمالی نسب خواهد بود. بنابراین زوجین اهداکننده جنین، باید علاوه بر رضایت نامه کتبی، گواهی‌های مربوط به انجام تست‌های عدم اعتیاد و بیماری‌های یاد شده را اخذ و ارائه نمایند.^{۱۱}

گفتار سوم. شرایط قانونی دریافت جنین

مردان و زنانی که پس از ازدواج و انجام اقدامات پزشکی، ناباروری آنها (هریک به تنهایی یا هر دو) به اثبات رسیده، می‌توانند با تسلیم تقاضانامه مشترکی که باید از طرف زن و شوهر تنظیم گردد از دادگاه خانواده، درخواست صدور مجوز دریافت جنین را بنمایند. دادگاه خانواده در صورت احراز شرایط ذیل، مجوز دریافت جنین را صادر خواهد کرد:

۱- زوجین براساس گواهی معتبر پزشکی، نابارور تشخیص داده شوند و زوجه بدون این که هیچ‌گونه خطری اعم از روانی و یا جسمی

۱۱. ماده یک قانون اهدای جنین و مواد یک الی سه آیین‌نامه.

- متوجه وی گردد، قادر به دریافت جنین باشد.^{۱۲}
- ۲- صلاحیت اخلاقی زوجین، که توسط دادگاه احراز خواهد شد.
- ۳- تابعیت ایرانی زوجین.
- ۴- عدم محجوریت زوجین یا به تعبیری دارا بودن اهلیت.
- ۵- عدم ابتلای زوجین به بیماریهای صعب‌العلاج و انجام تستهای مربوط به هپاتیت و ایدز.
- ۶- عدم اعتیاد به هیچ ماده‌ای اعم از الکل و مواد مخدر.
- ۷- برخورداری از سلامت کامل جسمی، روحی و روانی.
- بررسی صلاحیت زوجین متقاضی در دادگاه خانواده، خارج از نوبت و بدون رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی صورت خواهد گرفت و در صورت صدور قرار رد درخواست دریافت جنین اهدایی، این رأی قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر می‌باشد.^{۱۳}

مبحث سوم - حقوق و تکالیف زوجین دریافت‌کننده جنین و فرزند حاصل از انتقال جنین

ماده سه قانون نحوه اهدای جنین در این زمینه مقرر می‌دارد: «وظایف و تکالیف زوجین اهدا گیرنده جنین و طفل متولد شده از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام، نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر است». ماده شش پیش‌نویس آیین‌نامه اجرایی نیز حقوق و وظایف والدین قانونی و طفل مولود را متقابل و همسان با والدین و اولاد طبیعی

۱۲. بند ۲ ماده ۵ آیین‌نامه.

۱۳. ماده ۴ قانون اهدای جنین و ماده ۷ آیین‌نامه اجرایی.

دانسته است. آنچه که از لحاظ تحلیلی در این ماده قابل بحث می‌باشد، این است که آیا تمام آثار نسب شرعی همچون ولایت، وراثت و حرمت نکاح و نظایر آن هم بر این نوع نسب جاری است؟ یا آثار قانونی حاکم بر روابط والدین و فرزند مولود منحصر به سه اثر حضانت، انفاق و احترام و اطاعت است. در مباحث آتی به تحلیل دقیق‌تر این حقوق و وظایف می‌پردازیم.

فصل دوم

تحلیل مبانی نظری قانون نحوه اهدای جنین و نقد و بررسی آن

از مطالعه قانون اهدای جنین، چنین به دست می‌آید که موضوعات نیازمند تحلیل حقوقی و فقهی پیرامون سه محور خواهد بود. نخست: تحلیل پیرامون شرایط تکون و تشکیل جنین و انتقال آن به رحم زن نازا. دوم: تحلیل شرایط اهدا و دریافت جنین و سوم: تحلیل روابط حقوقی زوجین دریافت‌کننده جنین و طفل مولود.

ورود به مباحث یاد شده مستلزم پرداختن به چند موضوع مقدماتی است که بیان می‌شود. بی‌تردید، نخستین مطلب قابل بحث، توصیف واقعی و علمی پدیده نوپیدای اهدای جنین است تا بتوان به تحلیل حقوقی آن پرداخت.

مبحث اول - مراحل خلق انسان و تولد کودک

۱- از دیدگاه قرآن

داستان آفرینش انسان و پیدایش نسل وی در قرآن چنین بیان شده است: «... و بدأ خلق الانسان من طین، ثم جعل نسله من سلاله من ماء مهین» «... آغاز کرد خلقت انسان را از گل، آنگاه نسل او را در خلاصه‌ای از آب پیشیز قرار داد».^{۱۴} بنابراین طبق این آیات، خمیرمایه اصلی و ابتدای خلقت آدم اولیه از خاک است و پیدایش نسل انسان، از

۱۴. سوره سجده، آیات ۷ - ۶

سلول جنسی متعلق به خود وی می‌باشد.^{۱۵} چنان که می‌دانیم، یکی از صفات طبیعی موجودات زنده، تولید مثل و تکثیر آنهاست. تکثیر موجودات تک سلولی، با تقسیم همان سلول (سلول ماده) صورت می‌گیرد، اما حیوانات و گیاهان چندسلولی، بدون استثنا، از یک سلول مخصوص، به نام تخم که از خود آنها پدید می‌آید، تولید می‌شوند.

«تخم» از اتحاد و اختلاط یاخته‌های مولد دو فرد نر و ماده که ممنوع باشند حاصل می‌شود. از تخم، مستقیماً، موجود رسیده و کامل اندام پدید نمی‌آید، بلکه مراتب و مراحل می‌گذراند تا از آن، فرد کامل اعضا ظاهر شود. در مورد انسان نیز همین شرایط وجود دارد. این مراحل از زندگی انسان و یا هر موجود زنده را «احوال جنینی» و یا به طور ساده‌تر «جنین» یا «رویان» آن موجود می‌گویند.^{۱۶}

قرآن مراحل یا احوال جنینی انسان را این‌گونه بیان می‌کند: «و لقد خلقنا الانسان من سلاله من طین، ثم جعلناه نطفه فی قرار مکین، ثم خلقناه النطفه علقه فنخلقناه العلقه مضغه فنخلقناه المضغه عظماً فکسونا العظام لحمًا ثم انشاه خلقاً آخر، فتبارک الله احسن الخالقین».^{۱۷}

با توجه به آیات ذکر شده، مراحل جنین بدین شرح است: نطفه، علقه، که خون بسته است، مضغه، که جنین به صورت گوشت درآمده است، عظام، که به صورت استخوان درآمده است و جنینی که گوشت و استخوان‌بندی آن تمام شده است و خلق آخر که شکل و صورت پیدا کرده

۱۵. خلقت و خلافت آدم در المیزان، علامه سید محمدحسین طباطبایی، گزینش شمس‌الدین ربیع، ص

۱۶. یداله سبحانی، خلقت انسان، چاپ سوم، ۱۳۵۱، شرکت سهامی انتشار، صص ۶۶-۶۵.

۱۷. سوره مؤمنون، آیات ۱۴-۱۲.

و مرحله دمیدن روح در آن می‌باشد.

در آیات دیگر از قرآن کریم، خلق انسان از نطفه امشاج «انا خلقنا الانسان من نطفة امشاج...»^{۱۸} یعنی از ترکیب سلول جنسی نر و ماده، یا از ماء دافق «خلق من ماء دافق»^{۱۹} یعنی از آب جهنده، یا از ماء مهین «الم نخلقکم من ماء مهین»^{۲۰} ذکر شده است و در جای دیگر از قرآن آمده است «... یخلقکم فی بطون امهاتکم خلقاً من بعد خلق فی ظلمات ثلاث...»^{۲۱} همچنین قرآن نطفه را جزئی از منی دانسته است «الم یک نطفة من منی یمنی»^{۲۲} که فهم معنای آن مستلزم بررسی موارد کاربرد این واژه در قرآن است زیرا در دوازده مورد^{۲۳} این کلمه به کار رفته است.

۲- از دیدگاه دانش روز

فرایند پیدایش جنین و تولد نوزاد از منظر بیولوژی را می‌توان بدین

شرح به اختصار بیان کرد:^{۲۴}

۱۸. سوره انسان، آیه ۲.

۱۹. سوره طارق، آیه ۵.

۲۰. سوره مرسلات، آیه ۱۹.

۲۱. سوره زمر، آیه ۶.

۲۲. سوره قیامت، آیه ۳۷.

۲۳. رک. المعجم المفهرس لالفاظ القرآن الکریم، ص ۷۰۵.

۲۴. در تنظیم مطالب این بخش از مقالات پزشکی و دو مقاله زیر استفاده شده است که در مجموعه مقالات جمع‌آوری شده تحت عنوان روشهای نوین تولیدمثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق چاپ گردیده است:

الف: دکتر معرفت غفاری، روشهای پیشرفته در درمان نازایی، صص ۱۶-۱۷.

ب: دکتر محمد مهدی آخوندی - دکتر محمدرضا صادقی، ضرورت بکارگیری تکنیکهای باروری ... صص ۱۸-۳۹.

از ترکیب و لقاح دو سلول جنسی نر به نام «اسپرم» و سلول جنسی ماده به نام «تخمک» موجودی به نام «زیگوت» که جنین تک سلولی است به وجود می‌آید و سپس شروع به تقسیم می‌نماید. زیگوت از زمان تقسیم اولیه تا هشت هفته پس از آن «رویوان» یا امبریو نامیده می‌شود. رویان پس از هفته نهم تا زمان حمل، «جنین» نامیده می‌شود و گاه به غلط رویانهای ۲-۸ سلولی را نیز جنین می‌نامند.

اضافه کنیم توصیف حقوقی اهدای جنین مستلزم تبیین واقعی تکون جنین و انتقال آن به رحم زن نابارور است و این امر علاوه بر آن که نیازمند روشن ساختن مراحل خلق و تولد انسان می‌باشد، محتاج شناخت و توصیف واقعیت مادی موجودات تشکیل دهنده جنین از منظر زیست‌شناختی و پدیده‌شناسی علمی است و علاوه بر آن چون تکامل و پرورش جنین نیازمند مکان مناسب است باید به نقش رحم خواه رحم اصلی (که همان رحم صاحب تخمک می‌باشد) و یا رحم جانشین [که ممکن است رحم زن دیگر (اجاره‌ای یا عاریه‌ای) و یا رحم مصنوعی (لوله آزمایشگاه) باشد] اشاره نمود. بنابراین لازم است تا یک توصیف علمی از واقعیت این موجودات صورت گیرد.

مبحث دوم - توصیف اجزای جنین و عمل لقاح

۱- توصیف اسپرم یا اسپرماتوزوئید

اسپرم (نطفه یا گامت) سلول جنسی نر است که در دستگاه تناسلی

د: همچنین بولتن‌های تولید مثل و نازایی، پژوهشکده ابن سینا، شماره‌های ۲۶-۱۸ و ویژه‌نامه فروردین ماه ۱۳۷۸، (مقالات پزشکی).

مرد تولید می‌گردد و در ترشحات شیری رنگی به نام (Semen) اجتماع و خارج می‌گردد. هر اسپرم که شباهت زیادی به بچه قورباغه دارد، دارای سر، قسمت میانی و دم می‌باشد. سر اسپرم که هسته سلول در آن قرار دارد، مشخصات ارثی و یا مواد ژنتیکی را حمل می‌کند. قسمت میانی انرژی حرکت و زنده ماندن اسپرم را فراهم می‌سازد و دم اسپرم هم باعث به حرکت درآوردن و نفوذ به درون تخمک و باروری آن را ممکن می‌سازد.

۲- توصیف اوول یا تخمک

تخمک یا اووسیت (Oocyte) که نطفه یا گامت نیز نامیده می‌شود به اندازه یک دانه شن بسیار ریز است که به عنوان بزرگترین سلول جنسی در بدن انسان ماده شناخته شده و به وسیله تخمدانها تولید می‌شود. در هر ماه، تخمدانها تعدادی از تخمکهای موجود در بدن را برای بالغ شدن انتخاب می‌کنند. ولی در هر دوره قاعدگی تنها یک و گاهی دو تخمک به مرحله بلوغ کامل و آزاد شدن از تخمدان می‌رسد که در صورت وجود شرایط لازم بارور می‌شود. تخمک از نظر ظاهری، ساختمانی مشابه تخمک بقیه موجودات زنده و حتی تخم مرغ دارد. در مرکز تخمک، هسته قرار دارد که حاوی کروموزومهاست. سیتوپلاسم اطراف هسته علاوه بر تولید انرژی و غذای تخمک، جنین را پس از لانه‌گزینی تغذیه می‌نماید. پوششهای غشایی تخمک، نظیر پوسته تخم مرغ و لایه‌های پرده‌ای است که در درون تخم مرغ، سفیده را از پوسته تخم مرغ جدا می‌سازد و این همان چیزی است که در قرآن به «ظلمات ثلاث»^{۲۵} تعبیر شده است. سید قطب، تاریکیهای

۲۵. سوره زمر، آیه ۶

سه گانه را شامل تاریکی کیسه دربردارنده جنین، تاریکی رحم که این کیسه در آن است و تاریکی بطن که رحم در آن قرار دارد، می‌داند.^{۲۶} علم روز وجود این سه غشا یا پوسته را ثابت نموده است.^{۲۷}

۳- توصیف زیگوت

با مجاورت اسپرم در کنار تخمک و نفوذ به درون آن، تخمک بارور شده و در نتیجه زیگوت (Zygote) به وجود می‌آید. تشکیل زیگوت با مشاهده دو پیش هسته در داخل تخمک تشخیص داده می‌شود و ۱۲-۱۸ ساعت پس از لقاح و باروری تخمک قابل مشاهده‌اند. اضافه کنیم که پس از ۲۴ ساعت اولین تقسیم در تخمک بارور شده قابل رؤیت است. بنابراین زیگوت سلول حاصل از لقاح گامت‌ها (تخمک و اسپرم)، قبل از شروع تقسیمات آن می‌باشد.

۴- توصیف رویان

رویان (embryo) در واقع واژه‌ای است که برای توصیف مراحل اولیه رشد جنین به کار می‌رود و از مرحله شروع تقسیم سلولی تا هفته هشتم حاملگی جنین را شامل می‌شود.

۲۶. سید قطب، فی ظلال القرآن، ج ۷، ص ۱۲۴.

۲۷. مع‌الطوب فی القرآن الکریم، ص ۸۵، به نقل از عمر بن محمد بن ابراهیم غانم، احکام الجنین فی الفقه الاسلامی، ص ۲۵.

۵- توصیف جنین

پس از گذشت حدود ۲۴ ساعت از لقاح گامت‌ها (اسپرم و تخمک)، زیگوت که جنین تک سلولی است به وجود می‌آید. این سلول تقسیم میتوزی خود را انجام می‌دهد و تبدیل به دو سلول می‌شود. تقسیمات ادامه می‌یابد و هر بار تعداد سلولها ۲ برابر می‌شوند و در حدود مرحله ۱۶ سلولی، جنین حاصل به شکل کره توپُر کوچکی درمی‌آید که «مورولا» نام دارد. در حدود روز پنجم، جنین در مرحله مورولا به درون رحم می‌رسد.^{۲۸}

۶- توصیف لقاح

باروری (Fertilization) عبارت است از نفوذ یک اسپرم به داخل تخمک بالغ و ادغام مواد ژنتیکی این دو سلول جنسی برای تشکیل زیگوت. باروری، عمل بسیار پیچیده‌ای است که بایستی در محدوده زمانی بسیار مشخص انجام پذیرد. در تئوری، اسپرم مرد همیشه آماده برای باروری تخمک است. ولی تخمک زن پس از هر دوره تخمک‌گذاری فقط در محدوده زمانی ۱۲ تا ۲۴ ساعت پس از آزاد شدن قابل باروری است.

۷- توصیف لقاح مصنوعی

الف. غیرعلمی بودن ساخت سلول و لقاح نطفه‌های ناهمگون
اولین پرسش در این رابطه این است که آیا برای لقاح مصنوعی، امکان خلق و تولید یک سلول، مانند اسپرم یا تخمک وجود دارد؟ آیا

۲۸. حسن دیانت نژاد، بنیادها، یافته‌ها و آزمونهای زیست‌شناسی، انتشارات علوی، ۱۳۶۸، صص ۱۴۴-۱۴۵.

می‌توان با اسپرم مصنوعی، دست به تلقیح مصنوعی و تولید مثل انسانی زد؟ پاسخ آن است که تاکنون هیچ کس ادعای خلق و تولید یک سلول مانند اسپرم را ننموده و کاربرد واژه اسپرم مصنوعی در باروری انسان اشتباهی آشکار و از بعد علمی غیرقابل فهم و درک است.^{۲۹} از سوی دیگر این سؤال مطرح است که آیا در تلقیح مصنوعی می‌توان از اسپرم حیوان یا گرده گیاه استفاده نمود؟ چنان که بعضی از فقها و محققین در بحث از تلقیح مصنوعی و بررسی صورتهای آبستنی و تلقیح، به تلقیح اسپرم حیوان یا گرده گیاه اشاره کرده‌اند.^{۳۰} در پاسخ گفته شده است: اسپرم و تخمک به طور اختصاصی تنها قادر به لقاح با گونه و جنس مشابه خود است، بنابراین امکان ساخت سلول و یا تلقیح نطفه‌های ناهمگون، یک سخن غیرعلمی است.

ب. صورتهای لقاح مصنوعی

روشهای پیشرفته در درمان نازایی که به تلقیح مصنوعی می‌انجامد، شامل تلقیح اسپرم به داخل رحم (IUI)^{۳۱} که به دو صورت استفاده از اسپرم شوهر و اسپرم بیگانه است، لقاح خارج رحمی (IVF)^{۳۲}، تلقیح نطفه به داخل لوله رحم (GIFT)^{۳۳}، انتقال نطفه بارور شده به داخل لوله رحم

۲۹. دکتر محمد مهدی آخوندی - دکتر محمد رضا صادقی، ضرورت به کارگیری تکنیکهای باروری ... پیشین، صص ۲۱ و ۲۳.

۳۰. از جمله تحریرالوسیله، ج ۲، ص ۵۵۵؛ محمد مؤمن قمی، کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة.

31. Intrauterine Insemination.

32. In Vitro Fertilization.

33. Gamete Intrafallopian Tube Transfer.

(ZIFT)،^{۳۴} تزریق اسپرم به داخل تخمک (ICSI)،^{۳۵} اهدای تخمک،^{۳۶} اهدای جنین و استفاده از رحم جانشین،^{۳۷} می‌باشد.

از روشهای درمان نازایی به دست می‌آید که تلقیح می‌تواند درون رحم یا خارج رحم صورت گیرد، همچنین تلقیح می‌تواند با اسپرم شوهر که آن را هومولوگ یا A.I.H^{۳۸} و با اسپرم بیگانه که آن را هتروولوگ یا A.I.D^{۳۹} می‌نامند صورت گیرد. تلقیح با اسپرم مصنوعی (ساخته دست بشر) و یا اسپرم حیوان و گرده گیاه همان گونه که اشاره شد امری نامقدور و غیرممکن است. بنابراین صورتهای تلقیح عبارتند از تلقیح نطفه متعلق به زوجین در درون رحم، تلقیح با نطفه شخص ثالث (که ممکن است یا اسپرم یا تخمک و یا هر دو متعلق به ثالث باشد) و تلقیح نطفه متعلق به زوجین که در رحم ثالث انتقال و پرورش یابد. رحم پرورش دهنده جنین ممکن است جنین را به عنوان فرزند خویش پرورش دهد (چنان که در قانون اهدای جنین آمده است) و ممکن است به صورت معوض (اجاره) یا غیرمعوض (عاریه) جنین را برای دیگری پرورش دهد. در حال حاضر نگهداری رویانهای حاصل از لقاح خارج رحمی بیش از ۲-۳ روز امکان پذیر نیست و محیطهای کشت جدید نیز تنها به مدت ۴-۵ روز جنین را در آزمایشگاه حفظ می‌کند و پس از آن الزاماً باید به رحم منتقل یا منجمد شوند. بنابراین امکان نگهداری جنین و پرورش آن برای مدت بیش

34. Zygote Intrafallopian Tube Transfer.
35. Intracytoplasmic Sperm Injection.
36. Oocyte Donation.
37. Surrogacy.
38. Artificial Insemination with Husband Semen.
39. Artificial Insemination with a Donor semen.

از یک هفته نامقدور است.

مبحث سوم - حل مسأله نسب و تبیین وضعیت شرعی و فقهی روشهای نوین تولید مثل انسانی

در مورد طفل متولد از اهدای جنین دو موضوع قابل بررسی است: نخست. وضعیت شرعی و فقهی استفاده از این روش برای تولید مثل انسانی و دوم. وضعیت فقهی و حقوقی مولود و رابطه حقوقی او با صاحبان نطفه از یک سو و زوجین دریافت کننده جنین از سوی دیگر می باشد. پرداختن به این دو موضوع مستلزم تعیین ماهیت نسب و بیان شرایط انتساب شرعی و قانونی نسب به والدین می باشد.

گفتار اول. شناسایی ماهیت نسب، ملاک تشخیص نسب مولود ناشی از جنین اهدایی

در مسأله اهدای جنین این سؤال مطرح است که مولود ناشی از جنین اهدایی، نسب چه شخصی یا اشخاصی است؟ و با چه کسانی قرابت نسبی (خویشاوندی خواهر و برادری) پیدا می کند؟ زیرا با تعیین نسب، تکلیف قرابت نسبی نیز روشن می گردد و در پی آن آثار نسب از توارث، حرمت نکاح، انفاق، ولایت، حضانت، تابعیت و ... مشخص می گردد. فرضهای قابل طرح عبارتند از انتساب به زوجین صاحب نطفه، الحاق به زوجین متقاضی و آخرین فرض این که از لحاظ نسب مادری، طفل دو مادری است (مادر صاحب نطفه، مادر صاحب رحم).

پاسخ به پرسشهای یاد شده مستلزم شناخت تعریف و ماهیت نسب است.

یعنی باید مشخص شود که نسب چیست؟ و چه حقیقت و ماهیتی دارد؟ آیا نسب یک امر جعلی و قانونی است که به حکم و جعل مقنن وابسته است؟ یعنی هر جا که مقنن نسب را بپذیرد، نسب تحقق یافته است؟ چنان که در بعضی از کشورها از جمله انگلیس^{۴۱} و فرانسه^{۴۲} قانونگذار در کنار نسب ناشی از نکاح با مشروع ساختن نسب به وسیله نکاح بعدی، جعل نسب نموده است.^{۴۳} یا این که نسب یک امر واقعی، طبیعی و تکوینی است؟ و نسب به کسی ملحق می‌گردد که اجزای ژنتیکی و سلول حیاتی اولیه از آنهاست.^{۴۴} ممکن است نسب را امری عرفی بدانیم و بگوییم: قانونگذار یسا شارع آن را جعل نکرده یعنی حقیقت شرعی یا قانونی در مورد نسب وجود ندارد، بلکه شرع و قانون هم از عرف پیروی کرده و به کسی فرزند می‌گوید که از نطفه شخص پدید آمده باشد و شارع تنها در مورد زنا

۴۰. در حقوق انگلیس، طبق قانون مشروع کردن (Legitimacy Act) مربوط به سالهای ۱۹۲۶ و ۱۹۵۹ طفل غیرمشروع با ازدواج بعدی والدین او مشروع می‌شود و از تمام حقوق طفل مشروع بهره‌مند است. Law made simple p. 90.

۴۱. ماده ۳۳۰ قانون مدنی فرانسه اصلاحی ۱۹۹۳ در مورد (Legitimation) مقرر می‌دارد: «مشروع کردن نسب یا به وسیله ازدواج است و یا به وسیله حکم مقامات قضایی و طبق ماده ۳۳۱ (ژانویه ۱۹۹۳) هر طفل مولود خارج از نکاح با ازدواج بعدی پدر و مادر طبیعی، خود به خود نسبش مشروع می‌شود».

۴۲. در بسیاری از عروسی‌های امروز کشورهای اروپایی، معمولاً دخترانی که گل و حلقه نامزدی را در مراسم ازدواج برای عروس و داماد می‌آورند، فرزندان قبل از عقد خود آنان هستند. نیوزویک، شماره ۲۰، ژانویه ۱۹۹۷ به نقل از دکتر حسین مهرپور، مباحثی از حقوق زن، ص ۳۷۴.

۴۳. پاره‌ای ملاک نسب را حتی در مورد ولادت حرام (زنا) تنها جنینی که از دو جزء متعلق به زن و مرد پدید آمده می‌دانند و می‌گویند نفی برخی از احکام شرعی همچون توارث، نفی حقیقت ولد نمی‌کند، در عرف هم فرزند زن و مرد زناکار را فرزند آنها می‌شمارند. از مفاد آیات مربوط به تحریم نکاح همچون آیه ۲۳ سوره نساء فهمیده می‌شود که حقیقت فرزند (دختر) یک مرد بودن به آن است که از نطفه او به وجود آمده باشد و حتی ظاهراً آیه «... ان امهاتهم الا اللای و ولدنهم...» که مادر را به گونه مطلق و به صیغه حصر آورده تنها کسی است که فرزند را زاده است چه مشروع و یا نامشروع. رک. مقاله آیت اله محمد یزدی، باروریهای مصنوعی و حکم آن، منتشره در روشهای نوین تولید مثل انسانی

...، صص ۷۱-۷۰.

حکم به قطع نسب داده است. بنابراین در مواردی مثل شبهه و یا مساحقه، شرع طفل را به صاحب نطفه ملحق می‌داند، چون عرف هم چنین داوری دارد. نظریه دیگری هم در مورد ماهیت نسب قابل طرح می‌باشد و آن این که نسب امری اعتباری است که از یک منشأ واقعی و حقیقی انتزاع یافته و آن تکون و پیدایش یک انسان از نطفه دیگری است. بدین لحاظ نسب از اعتباریات نفس‌الامری^{۴۴} است و صرفاً به اعتبار معتبرین وابسته نیست، بلکه خود یک منشأ حقیقی دارد که همان زاد و ولد است.

پرسشی که باقی می‌ماند این است که آیا رضاع، فراش، تبنی (فرزندخواندگی) را می‌توان نوعی جعل نسب دانست. در شرع اسلام و قانون مدنی، رضاع مانع نکاح است (ماده ۱۰۴۶ ق.م.ا). پیامبر اکرم (ص) می‌فرماید: «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» ولی سایر آثار نسب از توارث و غیره بر رضاع مترتب نمی‌باشد پس نمی‌توان صرف نشر حرمت را جعل نسب دانست، بلکه رضاع تنها از حیث مانعیت نکاح در حکم نسب است و اگر قرآن هم تعبیر به مادر و خواهر رضاعی نموده است از حیث حرمت نکاح می‌باشد «حرمت علیکم ... و امهاتکم اللاتی ارضعنکم و اخواتکم من الرضاة ...».^{۴۵}

۴۴. اعتباری دانستن یک امر به چند معناست. مثلاً وقتی مفاهیم ارزشی اخلاقی را اعتباری می‌دانند مقصود معنایی متفاوت از اعتباری دانستن ریاست و مرنوسیت می‌باشد و این دو معنایی متمایز از اعتباری بودن مفهوم «فوقیت» و «جهات» می‌باشد. در مفهوم اخیر وقتی می‌گوییم «کتاب روی میز است» مفهوم فوقیت در کنار کتاب و میز واقعیتی مستقل مانند آنها ندارد ولی با توجه به وضعیت کتاب و میز و رابطه آنها که منشأ انتزاع مفهوم فوقیت هستند این امر اعتبار گردیده است. این نوع اخیر را اعتباریات نفس‌الامری می‌نامند، نه اعتباری محض. رک. علامه طباطبائی، نهاية الحکمه، ص ۲۵۸ به بعد و علی شیریانی، شرح مصطلحات فلسفی، ص ۱۱۹.

۴۵. سوره نساء، آیه ۲۲.

قاعده یا اماره فراش را هم نمی‌توان به عنوان یک نهاد جعل نسب یاد کرد، زیرا این قاعده وسیله و اماره‌ای است برای کشف و اثبات نسب، که به منظور حمایت طفل و رفع سرگردانی و بلا تکلیفی وی از حیث نسب وضع گردیده، زیرا قانونگذار چنین مفروض دانسته اگر بین فراش و عاهر (زوج و زانی) در نسب اختلاف باشد با رعایت ضوابطی همچون حداقل و حداکثر مدت حمل، طفل به فراش (زوج) ملحق می‌گردد.

تنبی (فرزندخواندگی) نیز که در حقوق بعضی کشورها نسب دانسته شده است و در واقع یک نوع نسب قراردادی و توافقی است، در شرع اسلام و حقوق ایران پذیرفته نشده است. قرآن می‌فرماید «... و ما جعل ادعیائکم ابنائکم...»^{۴۶} و «... لکی لایکون علی المؤمنین حرج فی ازواج ادعیائهم...»^{۴۷} البته در حقوق ایران برای حمایت از کودکان بدون سرپرست، نهاد سرپرستی در مقررات موضوعه پیش بینی شده است. از تعریف‌هایی که دانشمندان از نسب نموده‌اند، همچون صاحب جواهر که می‌فرماید: (نسب عبارت است از منتهی شدن ولادت شخصی به دیگری مانند پدر و پسر یا انتهای ولادت دو شخص به ثالث، مانند دو برادر و پدر)^{۴۸} مشخص می‌گردد که در شناسایی ماهیت نسب باید داوری عرف را

۴۶. سوره احزاب، آیه ۳. در لسان عرب، فرزندخوانده «دعی» خوانده می‌شود که جمع آن ادعی می‌باشد.
 ۴۷. همان، آیه ۳۷. این آیه در پاسخ به اعتراض مردم به پیامبر که چرا با همسر مطلقه پسرخوانده خود زید بن حارثه ازدواج کرده نازل گردیده است.

۴۸. (هوالاتصال بالولادة بانها احدالشخصین الی الآخر کالاب و الابن او بانتهانهما الی ثالث). جواهرالکلام، ج ۳۹، ص ۷. این فقیه اتصال ولادت را که منشأ اعتبار نسب است، نسب دانسته در حالی که حقیقت نسب امری است که از اتصال ولادت انتزاع می‌شود و به نظر می‌آید که بین امر اعتباری (نسب) و منشأ اعتبار (اتصال ولادت) در این تعریف خلطی صورت گرفته باشد.

دخالت داد و «ولادت» را منشأ اعتبار نسب دانست که به دو عنصر اساسی مرتبط است. یکی تکون طفل از نطفه و دیگری پرورش در رحم و نهایتاً زاییدن و تولد طفل می‌باشد.

بعضی از استادان حقوق،^{۴۹} به ملاک عرفی و اعتباری نسب روی آورده و در تعریف آن فرموده‌اند: «نسب عرفاً و لغتاً رابطه‌ای است اعتباری که از پیدایش یک انسان از نطفه انسان دیگر انتزاع می‌شود». پاره‌ای از استادان نیز داوری عرف را در نسب قاطع ندانسته‌اند و در نسب جنین اهدایی معتقدند دشوار است که با اتکا به عرف، بتوان کودک را ملحق به صاحب رحم یا تخمک دانست و باید قانونگذار دخالت نماید.^{۵۰}

گفتار دوم. نقش رحم در انتساب طفل به مادر

پرسش دیگری که در راستای تبیین و تعیین نسب مادری مولود ناشی از جنین اهدایی مطرح می‌باشد، این است که درست است نسب از تأسیسات و مفاهیم شرعی و قانونی نیست، بلکه از مفاهیم عرفی و اعتباری است و عرف با ملاحظه مناسبات بین صاحبان نطفه و جنین آن را انتزاع می‌کند و قانونگذار هم در واقع این داوری عرفی را امضا و تأیید می‌کند و گاه شرایط و قیودی هم به آن اضافه می‌کند، اما آیا مناسبات بین جنین و صاحب رحم به اندازه‌ای هست که در داوری عرف مؤثر واقع شده و بتواند طفل را به زن صاحب رحم نسبت دهد؟ از مفاد و برخی آیات

۴۹. دکتر مهدی شهیدی، تلقیح مصنوعی انسان، مجله حقوقی وزارت دادگستری، ش ۱، مهرماه ۱۳۴۵.

۵۰. دکتر صفایی، میزگرد حقوقی نخستین سمپوزیوم مسائل فقهی و حقوقی انتقال جنین، بهمن ۱۳۷۷، منتشره در ویژه‌نامه بولتن تولید مثل و نازایی پژوهشکده بیولوژی جهاد دانشگاهی، فروردین ۱۳۷۸.

قرآن^{۵۱} چنین برمی آید که کودک به زن صاحب رحم ملحق می گردد. یعنی چون مبنای داوری در عرف آن زمان زاییدن بوده و زنی که کودک را زایمان می کرد او را مادر می دانستند، شارع نیز این عرف را امضا کرده است.

از نظر پزشکی نیز ثابت شده است که رحم، نقشی بسیار فراتر از یک ظرف و تغذیه تنها برای جنین را دارد. زیرا، جنین قبل از لانه گزینی به صورت یک توده سلولی تمایز نیافته و مانند یک تومور سرطانی قادر به جایگزینی در هر بخشی از بدن است و اگر در جایی به جز رحم جایگزین شود، مثل یک تومور رشد کرده و سبب تخریب بافت جایگزین شده می گردد، چنان که در حاملگی های خارج رحمی منجر به خونریزی فراوان از بافت مجاور می گردد. در صورتی که همین جنین فقط در زمان خاصی در رحم قادر به جایگزینی می باشد و در غیر این زمان، توسط رحم دفع می شود. بنابراین یکی از نقشهای مهم رحم، آماده سازی برای پذیرش جنین و کنترل رشد تهاجمی آن می باشد. از سوی دیگر، جنین محتویات ژنتیکی (ترکیبی از صاحب تخمک و اسپرم) متفاوتی از مادر دارد و به همین جهت به طور طبیعی توسط سیستم ایمنی مادر به عنوان یک جسم خارجی تلقی شده و باید دفع گردد، ولی سیستم دفاعی در رحم به طور موضعی مهار می شود تا جنین دفع نگردد، و اگر سیستم ایمنی مهار نشود سبب سقط جنین خواهد شد. همچنین در زمان لانه گزینی، پیامهایی بین جنین و مادر

۵۱. همچون آیه «... ان امهاتهم الا اللابی ولدنهم ...» سوره مجادله، آیه ۲، یا «و وصینا الانسان بوالدیه حملته امه وها علی وهن ...» سوره لقمان، آیه ۱۴ و «والله اخرجکم من بطون امهاتکم ...» سوره نحل، آیه ۷۸.

مبادله می‌شود که به تمایز و نمو سلولهای تمایزنیافته جنین، کمک می‌کند. نقش مهم دیگر رحم در تشکیل جفت است که در مبادلات غذایی، تنفسی و مواد دفعی جنین با مادر نقش اساسی دارد. این مقدار اطلاعات، حقایقی است که تاکنون علم توانسته پرده از آن بردارد و ممکن است در آینده، علم به حقایق دیگری در این رابطه دست یابد.^{۵۲}

حال این پرسش مطرح است، نقشی که رحم در تکامل جنین دارد و در علم جدید به اثبات رسیده، آیا می‌تواند داوری عرف را تغییر دهد؟ درست است که نقش اولی را در تکون جنین، نطفه ایفا می‌نماید، اما نقش رحم را هم نمی‌توان در تکامل جنین نادیده گرفت و رحم را تنها در حکم یک ظرف دانست و نقش دیگری برای آن قائل نبود. بنابراین منطقی است که بتوان انتساب کودک را به زن صاحب رحم پذیرفت.

گفتار سوم. نزدیکی و نقش آن در پیدایش نسب

آیا در پیدایش نسب، مقاربت و نزدیکی نقش دارد یا خیر؟ ممکن است با توجه به پاره‌ای از مواد قانون مدنی، همچون مواد ۱۱۵۸، ۱۱۵۹، ۱۱۶۰ و غیره که در آن کلمه نزدیکی به کار رفته است، چنین استنباط نمود که قانونگذار خصوصیت دیگری را نظیر انجام رابطه جنسی بین زن و مرد (نزدیکی) برای پیدایش نسب شرط دانسته است، بنابراین در لقاح مصنوعی نمی‌توان حکم بر نسب نمود، زیرا نزدیکی انجام نشده است. در پاسخ باید گفت اولاً، کلمه «نزدیکی» به عنوان فرد شایع و مصداق معمول

۵۲. سخنرانی دکتر غفاری در میزگرد حقوقی و پزشکی نخستین سمپوزیوم مسائل فقهی و حقوقی انتقال جنین، چاپ شده در بولتن تولید مثل و نازایی پژوهشکده بیولوژی جهاد دانشگاهی، فروردین ۱۳۷۸.

بیان شده است و قانونگذار در مقام بیان این نکته نبوده است که ایجاد نسب منحصر به آمیزش و نزدیکی است. ثانیاً، در مواردی که تفخیز یا مساحقه سبب پیدایش اولاد شود، شرع حکم به نسب داده و طفل مولود را به صاحب نطفه ملحق دانسته است، مگر آن که رابطه، نامشروع (زنا) باشد که نص بر قطع نسب داریم.

گفتار چهارم. تأثیر مشروعیت نزدیکی در پیدایش نسب

درست است که در مشروعیت نسب، نزدیکی مشروع (نکاح و شبهه) شرط است اما آیا برای پیدایش نسب هم مشروعیت نزدیکی شرط است؟ در پاسخ باید گفت: در مورد ولدالزنا دو نظریه وجود دارد. نظریه نخست: آن که ولدالزنا به هیچ یک از زانی و زانیه ملحق نمی‌شود. پس اگر مردی با زنی زنا کند و از آن فرزندی به وجود آید به صاحب نطفه منتسب نمی‌شود. این نظریه از شهرت فتوایی برخوردار است و صاحب جواهر^{۵۳} برای اثبات این نظریه به اجماع منقول و محصل استناد می‌کند و آن را ضروری قلمداد نموده است (اجماعی و ضروری می‌داند). صاحب جامع المقاصد نیز با عبارت «اما ولدالزنا فلا نسب له»^{۵۴} همین نظریه را تأیید نموده است. برای اثبات نظریه مشهور به ادله اجماع و حدیث فراش استناد شده است که هر دو دلیل قابل مناقشه است. زیرا اولاً، اجماع محصل صاحب جواهر نسبت به ما اجماع منقول محسوب می‌گردد. علاوه بر آن، چنین اجماعی از درجه اعتبار ساقط است. چرا که مدرک

۵۳. جواهرالکلام، ج ۱۰، صص ۴۹۵-۴۹۴.

۵۴. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۹۰.

اجماع کنندگان معلوم یا لااقل محتمل است و آن حدیث فراش است. ثانیاً، اجماع هنگامی حجت است که کاشف از قول معصوم باشد و گرنه خود اجماع، قطع نظر از کاشفیت، اعتباری ندارد. ثالثاً، اگرچه حدیث فراش از حیث سند مشکلی ندارد و به صحت و تواتر معروف است و لسی از جهت مفاد و دلالت قابل ایراد است، زیرا کاربرد حدیث در موارد مردد و مشکوک بین فراش و زانی است که جانب فراش تقویت شده است و در جایی که فراش وجود ندارد مثل زن بیوه یا زنی که شوهرش غایب است و ولد به او ملحق نمی‌شود، نمی‌توان گفت الولد للفراش و همانگونه که محقق خوئی گفته است: روایت (قاعده) فراش یک حکم ظاهری است که در مقام تردد بین انتساب فرزند به زوج یا زانی جاری است و این قاعده در مقام بیان حکم واقعی نیست.^{۵۵}

نظریه دوم: بعضی از فقها نظریه نخست را مورد مناقشه قرار داده و معتقدند که کودک نامشروع به مرد و زن زناکار ملحق می‌شود و تنها ارث به حکم نص خاصی استثنا شده است پس شرعاً ولد الزنا فرزند زانی و زانیه محسوب می‌شود (لانه مخلوق من مائه فهو یسمی ولداً).^{۵۶} از تعبیر فقها نیز چنین استنباط می‌شود که آنها در بحث ارث، زانی و زانیه را پسر و مادر فرض نموده‌اند و تنها توارث از آنها نفی شده است. مثلاً شهید در لمعه می‌فرماید: «ولد الزنا يرثه ولده و زوجته لا ابواه»،^{۵۷} شیخ در نهاییه می‌گوید: «ولا يرثه ابواه»^{۵۸} و در مستند الشیعه نیز آمده است «ولد الزنا لا يرث من

۵۵. علامه ایروانی و سید محمد خلیلی، بحث محقق خوئی، احکام الرضاع فی فقه الشیعه، ص ۷۷.

۵۶. همانجا؛ بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۴، ص ۴۴؛ کاظمی، مسالک الافهام، جزء ۳، ص ۲۱۶.

۵۷. لمعه، ص ۲۳۸.

۵۸. نهاییه، ص ۶۸۱.

والده الزانی»^{۵۹} این که فقها و به تبع آن قانون مدنی، زنا را مانع ارث دانسته است، مشخص می‌گردد مقتضی توارث که نسب می‌باشد، وجود دارد، ولی زنا مانع از تأثیر آن است. چنان که در قتل و کفر نیز چنین است. یعنی نسب موجود است ولی کفر و قتل مانع می‌باشد. با توجه به آنچه که بیان شد می‌توان نتیجه گرفت در مورد زنا نیز نسب وجود دارد و احکام نسب از جمله مانعیت نکاح، نفقه، حضانت و لزوم اخذ شناسنامه (رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷-۱۳۷۶/۴/۳) و سایر موارد، جز ارث وجود دارد که آن هم دلیل و نص خاصی دارد. در نتیجه این نوع نسب از حیث شرع، لغت، عرف و قانون قابل اثبات است.

مبحث چهارم - وضعیت شرعی و فقهی انتقال (اهدای) جنین

در گذشته اشاره شد که تلقیح مصنوعی می‌تواند در درون رحم یا خارج رحم صورت گیرد. همچنین بیان کردیم که تلقیح در درون رحم یا با اسپرم زوج صورت می‌گیرد یا با اسپرم بیگانه. در فرض نخست: چون تلقیح با اسپرم زوج صورت می‌گیرد، با اجرای اصالة الاباحه باید گفت هیچ منع شرعی ندارد و فقها به جواز آن نظر داده‌اند.^{۶۰}

در فرض دوم: که تلقیح با اسپرم بیگانه صورت می‌گیرد، به دلیل این که آیات^{۶۱} و اخبار^{۶۲} که بر حفظ شرمگاه، اعم از نگاه، مقاربت،

۵۹. مستندالشیعه، ج ۲، ص ۷۶۲.

۶۰. خویی، مستحذات المسائل، صص ۴۲-۴۳.

۶۱. سوره نور، آیه ۳۰؛ سوره مؤمنون، آیات ۷-۵.

۶۲. روایات: «امتر نطقه فی رحم یحرم علیه»، کافی، ج ۵، ص ۵۴۱؛ «افریغ ماء فی امرأة حراماً»، وسایل، ج ۱۴، ص ۲۳۹ و خصال، ص ۱۲۰ «نوضعه ایها فی غیر موضعه الذی امره ... عزوجل»، وسایل، ج ۱۴، ص ۲۶۷.

ریختن نطفه غیر و یا قرار دادن نطفه غیر در آن دلالت دارد، حرمت قابل استنباط است و چون حرمت مستنبط عام و فراگیر است پس هر طریقی را چه به آمیزش باشد یا تلقیح دربرمی گیرد، در نتیجه راهی برای اجرای اصول برائت و اباحه باقی نمی ماند، تا قائل به جواز شویم، لذا این روش ممنوع است و فقها^{۶۳} نیز بر ممنوعیت آن نظر داده اند.

سایر روشهای تلقیح، مشمول فرض نخست می باشد و دلیلی بر حرمت و ممنوعیت آن وجود ندارد، زیرا این روشها، عناوین ویژه ای هستند که شامل عناوین حرام از قبیل زنا، ریختن یا قرار دادن نطفه در رحم نمی باشد و با اجرای اصول برائت شرعی و عقلی و اباحه می توان حکم به مجاز بودن آنها داد.

بنابراین انتقال و اهدای جنین، روش ممنوعی از لحاظ شرعی برای پیدایش نوزاد نمی باشد، خواه جنین از نطفه زوجین یا از نطفه بیگانه تشکیل شده باشد، هر چند که قانون نحوه اهدای جنین، تنها جنین متشکل و متکون از نطفه زوجین و نه بیگانه را تجویز نموده است.

مبحث پنجم - ماهیت حقوقی اهدای جنین

در اهدای جنین، این پرسشها مطرح است که اولاً: رابطه حقوقی صاحبان جنین با جنین چیست؟ یعنی آیا بین این دو علاقه و رابطه مالکیت وجود دارد؟ و جنین، جزئی یا عضوی از بدن صاحبان جنین تلقی می شود، یا رابطه جنین و صاحبان آن یک نوع رابطه ولایی و قیمومی است؟ ثانیاً:

۶۳. آیت اله سید علی موسوی سیستانی، منهاج الصالحین، ص ۴۵۹؛ آیت اله سید محمد صادقی الحسینی الروحانی، المسائل المستحدثه، صص ۸-۹.

جنین ارزش اقتصادی دارد و مال محسوب می‌گردد تا بتواند موضوع اعمال حقوقی معوض یا غیرمعوض قرار گیرد؟ و به طور کلی آیا جنین و اجزای اولیه سازنده آن که اسپرم و تخمک می‌باشد در قالب اعمال حقوقی بیع، هبه، صلح خواه در مقابل اخذ عوض (پول یا غیر آن) یا بدون آن قابل انتقال به دیگری می‌باشند؟ و امکان اعراض یا رفع ید از آنها وجود دارد، یا خیر؟ از طرفی دیگر، آیا اطلاق عنوان جزء البدن بر عناصر اولیه سازنده جنین، یعنی اسپرم و تخمک صحیح می‌باشد و می‌توان این عناصر را همچون چشم و کلیه و سایر اعضای بدن دانست یا صدق چنین عنوانی بر آنها مشکوک و مردد است؟ و اصولاً معامله و فروش اعضای بدن قراردادی صحیح است؟ یا مخالف با شأن و کرامت انسانی می‌باشد؟

این پرسشها و دهها پرسش دیگر، همچون حکم فرزند حاصل از نطفه تجمید شده، حکم مالکیت اعضای قطع و جدا شده از بدن، اجاره رحم، تلقیح پس از مرگ صاحب نطفه، که با مسائلی همچون قراردادهای راجع به حقوق مربوط به شخصیت، حقوق جنین ناشی از تلقیح و مسائل دیگر گره خورده است، پرسشهایی است که پاسخگویی به همه آنها مستلزم تدوین نوشته‌ای جامع و مفصل می‌باشد و در این مختصر نمی‌گنجد.^{۶۴}

آنچه که از نظر فقهی می‌توان در خصوص فروش اعضای بدن بیان داشت، این است که اولاً: فروش اعضای بدن جایز نیست، ولی می‌توان حتی در مقابل اخذ مال، جهت استفاده دیگران تحت اختیار آنها قرار داد، البته به جز اجزای رئیسه و اصلی بدن همچون پا، دست و چشم که اعطای

۶۴. بررسی این موضوعات در نوشته‌های جامع که به صورت کتاب منتشر خواهد شد، توسط نگارنده در دست تدوین است.

آن به دیگری به هیچ وجه جایز نیست،^{۶۵} پاره‌ای از فقها هم اخذ پول را در مقابل اجازه برداشتن عضو نه خود عضو جایز می‌دانند.^{۶۶} اما با همه آنچه که بیان شد، مناسب است در این قسمت نگاهی کوتاه و گذرا بر قراردادهایی که موضوع آن انتقال اجزای بدن آدمی است، داشته باشیم.

مبحث ششم - وضع حقوقی قراردادهایی که موضوع آن انتقال اجزای بدن آدمی است

۱- از دیدگاه فقه

فقها بحث مستقلی در این خصوص ندارند، اما در پاره‌ای از فروع فقهای به موضوع اشاره دارند. در مسأله واگذاری نطفه و اهدای جنین شاید دو مشکل مواجه باشیم. نخست آن که با توجه به نجس‌العین بودن نطفه آیا معامله آن صحیح است؟ دوم آن که در مورد جنین، بعد از ولوج روح که صدق انسان بر آن صحیح است، آیا امکان واگذاری وجود دارد یا خیر؟^{۶۷} در مورد مسأله نخست، پاره‌ای از فقها در بحث مکاسب محرمه به موضوع پرداخته‌اند، از جمله مرحوم شیخ انصاری در مکاسب^{۶۸} که می‌فرماید: «بدون اشکال، بیع اسپرم حرام می‌باشد. چرا که اسپرم نجس بوده

۶۵. مرحوم خوئی می‌فرماید: «لا يجوز بيعها، لعمد هاميتة عند تحويلها، ولكن يجوز اخذ مال مقابل جعلها تحت اختيار المستفيد بها، في غير الاجزاء الرئيسة للانسان، كاليد و الرجل و العين، فلا يجوز اعطاؤها اصلاً»، صراط النجاة، ج ۳، ص ۱۹۸، مسأله ۵۹۷.

۶۶. ناصر مکارم شیرازی، مجموعه استفتانات جدید، ص ۱۶۷، مسأله ۵۹۹ و ص ۴۴۴، مسأله ۱۴۶۰.

۶۷. از نظر پزشکی این که بتوان جنین را تا مرحله ولوج روح که حدود چهار ماه یا چهار ماه و نیم می‌باشد در محیط آزمایشگاهی نگهداری نمود مسأله محل تردید است.

۶۸. «لا اشکال فی حرمة بیع المنی لنجاسته و عدم الانتفاع به اذا وقع فی خارج الرحم ولو وقع فیہ فکذا لک لا ینتفع به المشتري لان الولد نماء الام فی الحيوانات عرفاً و للأب فی الانسان شرعاً» مکاسب یا تعلیقات کلانتر، ج ۱، ص ۸۵.

علاوه بر آن اگر در خارج رحم واقع گردد، قابلیت بهره‌برداری را ندارد و اگر در رحم واقع شود، نیز چنین است. زیرا، که ولد در حیوانات به نظر عرف نما و نتیجه مادر است و در انسان تابع پدر است»، عمده دلیل شیخ انصاری بر منع خرید و فروش اسپرم، نجس‌العین بودن و نداشتن منفعت عقلایی برای خریدار است که هر دو قابل مناقشه است. زیرا با توجه به دانش روز، اولاً امکان انتفاع عقلایی از اسپرم وجود دارد و ثانیاً صرف نجس بودن چیزی منع از تملک و خرید و فروش آن نمی‌شود، بلکه این امر بازگشت به عدم منفعت عقلایی دارد، زیرا مثلاً اگر گوشت مردار (میته) که نجس‌العین است برای تهیه غذای پرندگان مورد معامله قرار گیرد، بدون اشکال است. چنان که فقها معامله روغن نجس را برای مصرف روشنایی جایز می‌دانند. مرحوم شهیدی در حاشیه بر مکاسب نیز می‌گوید: بیع اسپرم نه حرام است نه فاسد و اگر قدما فتوی به حرمت داده‌اند ملاک عدم منفعت محله بوده که امروزه قابل انتفاع است. فلا وجه لمنع بیع المنی.^{۶۹} در مورد مسأله دوم، چون جنین در اولین روزهای تشکیل به رحم منتقل می‌گردد، بنابراین ولوج روح قطعاً صورت نگرفته است، تا ایراد مطرح شده وارد باشد.

۲- از دیدگاه حقوق

قدر مسلم هر انسانی حداقل مرکب از دو نوع شخصیت می‌باشد. یکی شخصیت جسمی و دیگری شخصیت معنوی و اخلاقی. نویسندگان در تعریف حقوق مربوط به شخصیت و ویژگیهای آن گفته‌اند: حقوق مربوط

۶۹. رک. علی محمدی، شرح مکاسب، ج ۱، صص ۷۴-۷۳.

به شخصیت، حقوقی است که از شخص انسان حمایت می‌کند تا منافع مادی او، این حقوق غیرقابل انفکاک از شخص و شخصیت انسان است. موضوع این حقوق، عناصر تشکیل دهنده شخصیت است. این حقوق جزء دارایی به شمار نمی‌آیند و در نتیجه به وراثت شخص منتقل نمی‌شوند، همچنین این نوع حقوق نمی‌توانند موضوع قرارداد واقع شوند و قابل انتقال و اسقاط نیستند. ولی باید گفت که این اصل دارای استثنائاتی است، مثلاً اگر قراردادهای مورد اشاره با نفع مشروع و عقلایی منعقد گردد و صدمه و زیانی به انسان نرساند، می‌تواند صحیح باشد.^{۷۰} همچنین، قراردادهایی که دارای نفع عمومی است بی‌شک نافذ و معتبر است، نظیر فروش خون،^{۷۱} اعطای عضو جهت پیوند.^{۷۲}

با توجه به آنچه که از دو دیدگاه فقه و حقوق بیان شد، اهدای جنین از لحاظ حقوقی و فقهی صحیح و معتبر است و همان اخذ رضایت‌نامه کتبی از زوجین اهداکننده و دریافت‌کننده جنین، که قانون پیش‌بینی کرده، انتقال را جایز می‌گرداند، زیرا صاحبان جنین، یک نوع سلطه خاص حقوقی (اگرچه تعبیر به مالکیت نکنیم) بر جنین دارند که بدون اجازه آنها انتقال جایز نیست. رضایت و اجازه دریافت‌کننده جنین هم لازم است، زیرا به هر

۷۰. برای مطالعه تفصیلی رک. دکتر سید حسین صفایی و دکتر سید مرتضی قاسم‌زاده، حقوق مدنی (اشخاص و محجورین)، ص ۱۵ به بعد.

۷۱. ماده ۸ قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی مصوب ۱۳۳۴ که به دارندگان آزمایشگاهها اجازه می‌دهد اقدام به خرید و فروش خون کنند و آیین‌نامه راجع به انتقال خون مصوب ۱۳۳۸. فقها نیز فروش خون را تجویز نموده‌اند از جمله رک. تحریرالوسیله، ج ۲، ص ۶۲۵ می‌فرمایند: «لاقوی جواز الانتفاع بالدم فی غیر الاکل و جواز بیعه لدلک ...».

۷۲. ماده ۲ آیین‌نامه بند ۳ ماده ۴۲ قانون مجازات عمومی پیشین با شرایطی آن را پذیرفته بود و در حال حاضر با توجه به بند ۲ ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی می‌توان پیوند عضو را با رضایت اعطاکننده مجاز دانست.

ترتیب زنی که می‌خواهد جنین را در رحم خود پرورش دهد، باید به این امر راضی باشد و چون شوهر وی نیز در این رابطه تکالیف و وظایفی پیدا می‌کند و محدودیتهایی در حق تمتع وی حاصل می‌شود باید رضایت دهد. لذا قانون اخذ رضایت را از آنها لازم دانسته است.

مبحث هفتم - حقوق کودک مولود

در مباحث پیش که از ماهیت نسب صحبت شد، توضیح دادیم که در الحاق این نسب به زوجین متقاضی با توجه به آن که صاحبان جنین باید ناشناخته باشند تردیدی نیست، زیرا عرف و به تبع آن قانون چنین نسبی را به رسمیت شناخته است. در نتیجه از بین فروض مطرح شده که نسب را به زوجین صاحب نطفه ملحق می‌دانست و یا از لحاظ نسب مادری، نسب را به صاحب تخمک و صاحب رحم (نظریه دو مادری) ملحق می‌دانست و نظریه مورد قبول قانونگذار، هیچ اشکالی بر نظریه‌ای که قانون مطرح ساخته دیده نمی‌شود، زیرا، اولاً زوجین صاحب نطفه ناشناخته باقی می‌مانند و ثانیاً حمایت از طفل اقتضا می‌کند که قانون تعیین تکلیف نماید و والدین قانونی طفل را شناسایی نماید. بنابراین می‌توان حقوق کودک مولود را نظیر حقوق نسب مشروع دانست.

نتیجه‌گیری و پیشنهاد

از مجموع مباحث طرح شده، چنین مشخص گردید که تکون طفل از تلقیح نطفه مرد و زنی که رابطه زوجیت دارند در خارج از رحم و انتقال آن به رحم زن متقاضی نازا که شوهر وی راضی به دریافت جنین می‌باشد موضوعی است که با هیچ یک از مقررات شرعی تنافی و برخورد ندارد و شناسایی چنین نسبی و الحاق آن به زوجین متقاضی به نحوی که کودک مولود از همه حقوق نسب مشروع برخوردار باشد، با اصول و قواعد کلی حقوق منطبق می‌باشد. بنابراین شایسته بود، که قانونگذار در تنظیم ماده ۳ قانون نحوه اهدای جنین، نسب کودک متولد شده از اهدای جنین را با عباراتی صریح و روشن به زوجین متقاضی، ملحق می‌دانست و وضع حقوقی کودک را از لحاظ ارث و سایر آثار و نتایج نسب، دقیقاً مشخص می‌ساخت. با این همه، قانون «نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور» هرچند که قانونی دیرهنگام بود، اما می‌توان آن را اقدامی مثبت در راستای به رسمیت شناختن اقدامات منتهی به تلقیح مصنوعی ارزیابی نمود، که با کامل شدن این قبیل مقررات در آینده، کاستی‌های قانونگذاری مرتفع خواهد شد.

مرحله پیش از محاکمه در دادرسی ویژه نوجوانان

دکتر رجب گلدوست جویباری*

حسام‌الدین سیداصفهانلی**

چکیده

حقوق کیفری اطفال شاخه‌ای تخصصی از مجموعه علوم جنایی، حاصل مطالعات و تحقیقات جرم‌شناسی بالینی در عصر حاضر است. دادرسی ویژه نوجوانان به عنوان شاخه‌ای از حقوق کیفری اطفال و نوجوانان، طیف وسیعی از واقعیت‌ها را می‌پوشاند. مرحله پیش از محاکمه اولین مرحله ورود نوجوان بزه‌کار به چرخه نظام قضایی از آن جهت اهمیت دارد که احتمال بیشترین تهاجم علیه حقوق اساسی نوجوان و خدشه به اصل برائت، نمود بیشتری در این مرحله دارد. در مقاله حاضر «مرحله پیش از محاکمه در دادرسی ویژه نوجوانان» تلاش می‌شود با بررسی قوانین، مقررات و سیاست‌های به کار گرفته شده در این زمینه در حقوق داخلی از یک سو و از سوی دیگر تطبیق و بررسی قواعد بین‌المللی، قوانین و سیاست‌های اعمال شده در دیگر نظام‌های عدالت کیفری، راهکارها و پیشنهادهای مفید و عملی در جهت حرکت به سوی نظام کارآمد «نوجوان - محور» که بر منافع عالی نوجوان حرکت کند، ارائه نماید.

واژگان کلیدی: نوجوان، پلیس، تعقیب، تحقیق مقدماتی، شناسایی شخصیت

*. عضو هیات علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

** کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی.

مقدمه

دادرسی ویژه نوجوانان شاخه‌ای از حقوق کیفری اطفال و نوجوانان حاصل مطالعات و تحقیقات جرم‌شناسی بالینی است. امروزه با رشد پدیده جهانی شدن و پیشرفت ارتباطات و در نتیجه از میان رفتن تدریجی مرزهای ملی و جغرافیایی، دادرسی ویژه نوجوانان نیز شکلی جهانی به خود گرفته است.

اولین دادگاه اطفال و نوجوانان در اول جولای ۱۸۹۹ در بخش کوک^۱ از ایالت ایلینویز^۲ آمریکا حیات حقوقی خود را آغاز کرد.^۳ این اتفاق سرآغاز عصری بود که کمتر از دو دهه پس از آن در سطح بین‌المللی تشویق و تقلید شد.

در زمینه تلاشهای بین‌المللی صورت گرفته برای دادرسی ویژه نوجوانان به ۴ سند مهم زیر می‌توان اشاره نمود:

۱- حداقل مقررات استاندارد سازمان ملل متحد برای دادرسی ویژه نوجوانان (مقررات پکن)^۴ که در ۲۹ نوامبر ۱۹۸۵ به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل رسیده است.

این مقررات دارای شش بخش و مشتمل بر ۳۰ ماده است که در زمینه دادرسی ویژه نوجوانان پیشنهادهایی را داده است.

۲- کنوانسیون حقوق کودک مصوب ۱۹۸۹^۵ که مواد ۳۷ و ۴۰ آن

1. Cook.

2. Illinois.

۳. ژرژ ملک یونان، مسؤولیت اجرایی در حقوق ایالات متحده آمریکا، مجله حقوق و مردم، شماره ۸، تابستان ۱۳۴۶.

4. U.N. Standard Minimum's Rules for the Administration of Juvenile Justice, 1985.

5. Convention on the rights of the child, 1989.

مبانی یک نظام هماهنگ با «دادرسی نوجوانان از منظر بین‌المللی» را کنار هم ترسیم می‌کند.

۳- رهنمودهای سازمان ملل متحد برای پیشگیری از بزهکاری نوجوانان (رهنمودهای ریاض)^۶ که ۱۴ دسامبر ۱۹۹۰ در مجمع عمومی سازمان ملل به تصویب رسید. این رهنمودها دارای هفت بخش و ۶۶ ماده است.

۴- مقررات سازمان ملل برای حمایت از نوجوانان محروم از آزادی^۷ که در ۱۴ دسامبر ۱۹۹۰ به تصویب مجمع عمومی رسید. این قطعنامه دارای چهار بخش و شامل ۸۷ ماده است.

۵- نمونه قانون قضایی برای دادرسی نوجوانان ۱۹۹۸،^۸ این نمونه ضعیف‌ترین بخش از مجموعه قواعد غیرالزام‌آور است که حتی در مجمع عمومی سازمان ملل متحد مطرح نشده است.

در ایران نخستین بار در سال ۱۳۳۸ در قانون مربوط به تشکیل دادگاههای اطفال بزهکار که شامل سی و سه ماده و هشت تبصره بود به این مهم توجه شد. پس از انقلاب اسلامی نیز در سال ۱۳۷۸ با تصویب قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری، در فصل پنجم از ماده ۲۱۹ تا ۲۳۱ ترتیب رسیدگی به جرایم اطفال مشخص شد. البته پیش‌نویس قانون تشکیل دادگاههای اطفال و نوجوانان بزهکار مورد بررسی و نظر صاحب‌نظران می‌باشد.

6. U.N. Guidelines for the prevention of juvenile delinquency, 1990.

7. U.N. Rules for the protection of juvenile deprived of their liberty, 1990.

8. The model law on juvenile justice of 1998.

«مرحله پیش از محاکمه در دادرسی ویژه نوجوانان» اولین مرحله ورود نوجوانان بزهکار به چرخه فرایند کیفری از آن جهت اهمیت دارد که احتمال بیشترین تهاجم علیه حقوق نوجوانان در این مرحله نمود بیشتری دارد.

در مقاله حاضر طی سه قسمت با بررسی قوانین و سیاستهای موجود در کشور و تطبیق معیارهای اساسی موجود در قواعد بین‌المللی، جایگاه کشور در حرکت فراگیر جهانی روبه رشد دادرسی عادلانه برای نوجوان بزهکار شناسانده می‌شود.

۱- پلیس ویژه نوجوانان

۱-۱- جایگاه و نقش پلیس ویژه نوجوانان در حقوق داخلی

۱-۱-۱- پلیس در برخورد با نوجوانان بزهکار

پلیس به لحاظ وظیفه خود که حفظ نظم، امنیت و آرامش و مسؤول برقراری نظم در جامعه می‌باشد، غالباً قبل از سایر مقامات از بزهکاری اطفال و نوجوانان مطلع می‌شود و برخورد اولیه را با آنان دارد. از آنجا که اطفال و نوجوانان دارای طبعی حساس و زودرنج بوده و عواقب وخیم اعمال خود را درک نمی‌کنند برخورد اولیه مقامات انتظامی تأثیر عمیقی در روحیه آنان باقی می‌گذارد. اگر مأموران با خشونت و مانند سایر افراد بزرگسال با آنها برخورد نمایند، آنها در درون خود احساس کینه و انتقام نسبت به جامعه پیدا کرده و از نظر روحی و روانی لطماتی به آنها وارد خواهد آمد و روحیه سرکشی و بزهکاری مجدد را در آنها تقویت خواهد

کرد. برعکس اگر با ملایمت و محبت و آرامی با آنان رفتار شده و با خونسردی و احترام اشتباه آنان گوشزد شده و لزوم رعایت قوانین و مقررات اجتماعی برای آنان یادآوری شود، چه بسا موجب آگاهی نوجوان و مختومه شدن پرونده بزهکاری او در همان مرکز انتظامی گردد. از این روست که در برخی از کشورها پلیس ویژه اطفال و نوجوانان وجود دارد که موظف به رسیدگی بزهکاری اطفال و نوجوانان و دور نمودن ایشان از محیطهای جرمزا و پیشگیری از بزهکاری می‌باشند.

۲-۱-۱- سیاستهای موجود در برخورد با نوجوانان بزهکار

در تشکیلات نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران نهاد، بخش و یا سازمان ویژه و مخصوص برای برخورد با نوجوانان بزهکار دیده نمی‌شود. پیش از انقلاب اسلامی در اداره آگاهی شعب تخصصی موجود بود که یکی از آنها - کلانتر ۱۶- رسیدگی به جرایم نوجوانان را برعهده داشت.^۹ متأسفانه پس از انقلاب چنین بخشی برچیده شد. در ایران در صورتی که کودک یا نوجوانی دستگیر شود، از کودک یا نوجوان متهم مانند سایر متهمین تحقیق می‌شود. محل نگهداری موقت یا بازداشتگاه کودکان و نوجوانان با بزرگسالان یکی است. روش اعزام آنها به مراجع صلاحیتدار با روش اعزام متهمان بزرگسال تفاوتی ندارد.

البته مدتی است در برخی از کلانتری‌ها واحدهایی به نام «مددکاری و مشاوره» زیر نظر دایره اجتماعی هر کلانتری فعال شده است که غالباً از مددکاران استفاده می‌شود. این واحد سعی در مشاوره به ارباب رجوع

۹. روابط عمومی شهربانی کشور، پلیس ایران، مهرماه ۱۳۵۵.

کلانتری‌ها و مصالحه برخی دعاوی دارد. با این وصف این واحد به دلایل مختلفی از قبیل قرار گرفتن در فضایی مشترک با دیگر دوایر، در عمل با مشکلات فراوانی روبرو است. همچنین حضور پلیس زن، خصوصاً در برخورد با دختران بزهکار در صورت آموزش مناسب این نیروها می‌تواند مؤثر باشد.

با توجه به واقعیات موجود، امروزه متخصصان علوم جنایی به این نتیجه رسیده‌اند که برای مقابله با آفات اجتماعی بزهکاری کودکان و نوجوانان و پیشگیری از ادامه این نوع جرایم تشکیل «سازمان پلیس ویژه نوجوانان» ضروری است. علل تشکیل و تربیت این نیرو را می‌توان به صورت زیر در نظر داشت:

- ۱- اختیارات این پلیس باید متناسب با هدف مراقبتهای لازم باشد. پلیس نوجوان باید کاملاً فهیم، حرفه‌ای و ورزیده بوده و به مشکلات اطفال و نوجوانان آگاهی کامل داشته باشد.
- ۲- توقیف و انتقال مجرمان نوجوان توسط افراد پلیس ویژه نوجوانان از مکانی به مکان دیگر باید با رعایت حرمت و شرایط سنی آنان انجام گیرد و با بزرگسالان تفاوت داشته باشد.
- ۳- پلیس ویژه نوجوانان باید شرایطی را فراهم کند که بین متهمان خردسال و بزرگسال، تماسی نباشد.
- ۴- پلیس ویژه نوجوانان مراقبت کافی را در ممنوعیت زدن دست بند و گرفتن تصویر نوجوان در رسانه‌ها به عمل آورد.
- ۵- پلیس نوجوانان باید در کسب اعتماد طفل یا نوجوان بزهکار تلاش کند و در راهنمایی و مشاوره برای او اقدام مناسب نماید.

در ماده ۵۳ پیش‌نویس قانون تشکیل دادگاه اطفال و نوجوانان بر تشکیل این بخش تأکید شده است.

۱-۲- جایگاه و نقش پلیس ویژه نوجوانان در برخی از نظامهای حقوقی

۱-۲-۱- جایگاه پلیس ویژه نوجوانان در اسناد بین‌المللی

در اولین کنگره بین‌المللی پیشگیری از وقوع جرایم و تربیت و درمان مجرمین در سال ۱۹۵۵ در شهر ژنو یکی از توصیه‌ها برای جلوگیری از جرایم، تشکیل سرویسهای خاص پلیس اطفال و نوجوانان بود.^{۱۰} در دیگر کنگره‌ها نیز بر نقش پلیس در پیشگیری از بزهکاری نوجوانان تأکید شده و به ویژه بر لزوم استفاده از پلیس زن در مواجهه با دختران بزهکار تأکید گردیده است.^{۱۱}

الف: مقررات پکن

در مقررات پکن در ماده ۱۱/۲ بر لزوم قضاذایی و سعی در عدم رسیدگی رسمی توسط نیروی پلیس تأکید شده است. همچنین در قاعده ۱۲/۱ بر لزوم تخصصی شدن سازمان پلیس در این زمینه اشاره شده است:

«به منظور انجام بهینه وظایف خود، مأمورین انتظامی که غالباً یا منحصراً در رابطه با نوجوانان فعالیت نموده یا عمدتاً در پیشگیری از جرایم نوجوانان اشتغال دارند تعلیمات و آموزش ویژه دریافت خواهند

۱۰. دکتر رضا علومی، بزهکاران جوان، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۴۸، ص ۱۲۹.

۱۱. برای اطلاع بیشتر از متن کامل این کنگره‌ها نک. www.uncjin.org

داشت. در شهرهای بزرگ، واحدهای ویژه پلیس باید بدین منظور ایجاد گردد».

ب: کنوانسیون حقوق کودک

اگرچه در این کنوانسیون به طور صریح به مسأله پلیس ویژه نوجوانان اشاره نشده است اما در بند ۳ ماده ۴۰ تأکید می‌کند که کشورهای عضو بر وضع قوانین و مقررات و تأسیس مراجع و نهادهایی که به کودکان مجرم، متهم یا مظنون اختصاص دارند، تلاش کنند.

۲-۱-۲- جایگاه پلیس ویژه نوجوانان در برخی از نظامهای حقوقی

الف: انگلستان

پلیس متخصص اطفال و نوجوانان در انگلستان علاوه بر وظایف پلیسی، در پیشگیری از جرایم و تربیت مجرمین نقش بسیار مهمی را برعهده دارد. سازمان پلیس در شهرهای بزرگ، مرکز آموزش علمی، حرفه‌ای و تربیت بدنی دایر نموده، اطفال و نوجوانان کمتر از ۱۷ سال که در ملأ عام شؤون اجتماعی و نزاکت را رعایت ننمایند و رفتار شایسته نداشته و پرخاشگری کنند یا ظن به ارتکاب جرم آنها در آینده وجود داشته باشد به مراکز مذکور معرفی می‌شوند. آنچه در انگلستان در روش برخورد با نوجوانان بزهکار قابل توجه است، روش اخطسار می‌باشد. این روش از زمانی که یک نوجوان به اداره پلیس آورده می‌شود آغاز می‌شود. والدین و سرپرستان در اداره پلیس حاضر می‌شوند، تحقیق را افسر مطمئن

انجام می‌دهد و پرونده به دایره ویژه نوجوانان^{۱۲} فرستاده می‌شود. براساس همه اطلاعاتی که جمع‌آوری می‌شود، بازپرس مسؤول در دایره مزبور تعیین می‌کند که نوجوان در دادگاه تعقیب کیفری شود یا براساس شرایطی اخطار و هشدار به او می‌دهد. هدف هشدار اعلام خطر به بزهکار نوجوان است که در صورت تکرار بزه باید در دادگاه حاضر شود.^{۱۳}

اما براساس قانون «بی‌نظمی و جرم» مصوب ۱۹۹۸، که سیستم تویبخ رسمی را جایگزین روش هشدار سابق نمود پیش از صدور تویبخ رسمی توسط پلیس، چهار شرط ضرورتاً باید فراهم باشد:

۱- مدارک کافی موجود باشد،

۲- شخص نوجوان، بزه را قبول کند،

۳- پیشینه محکومیت نداشته باشد،

۴- اهمیت جنبه عمومی برای پیشبرد تعقیب وجود نداشته باشد.^{۱۴}

زمانی که حضور پلیس در دادگاه رسیدگی‌کننده جرایم اطفال و نوجوانان برای ارائه گزارش لازم باشد، پلیس بدون لباس رسمی حاضر می‌شود و این جریان به خاطر حفظ شخصیت نوجوان بزهکار صورت می‌گیرد.^{۱۵}

12. Juvenile Bureau.

13. Andrew Ashworth, *The Criminal Process*. Oxford University Press, second edition, 1998, p. 152.

14. Catherine Elliott & Frances Quinn, *English Legal System*, person education limited, third edition, 2000, p. 326.

۱۵. دکتر علی خدوم، عدالت در انگلستان، انتشارات بانک ملی ایران، فروردین ۱۳۴۵، ص ۱۲۴.

ب: ایالات متحده امریکا

در امریکا اولین حرکت مثبت در برخورد با کودکان و نوجوانان بزهکار در سال ۱۸۴۵ بود. در آن سال در نیویورک، اولین کارمندان زن پلیس به خدمت گرفته شدند که وظیفه آنها به دستگیری زنان و برخورد با اطفال بزهکار محدود شد.^{۱۶}

در سال ۱۹۶۰ حدود ۵۰۰ اداره از ۱۴۰۰ اداره پلیس دارای واحد ویژه نوجوانان بودند که در سال ۱۹۷۰ دو برابر شد. امروز، حدود ۲٪ از مجموعه نفرات پلیس را افراد وابسته به پلیس ویژه نوجوانان تشکیل می دهند.^{۱۷}

در امریکا پلیس اطفال پنچ واکنش در برابر نوجوانان بزهکار می تواند نشان دهد: «۱- صدور هشدار و رها کردن نوجوان در اجتماع در جرایم کم اهمیت، ۲- ایجاد اصلاح موقعیتی که نوجوان طی اظهار رسمی به والدینش سپرده می شود، ۳- ارجاع نوجوان به آژانس دیورسیون (قضازدایی) برای برخورد غیررسمی، ۴- صدور اخطاریه و ارجاع نوجوان به دادگاه نوجوانان، ۵- تحویل نوجوان بزهکار به یک مرکز تصمیم گیری».^{۱۸}

ج: ایتالیا

در این کشور پلیس ویژه اطفال و نوجوانان در مقر هر دادگاه اطفال

16. Larry J. Siegel, *Criminology*, Wadsworth, eight edition, 2003, p. 504.

17. Larry J. Scigel & Joseph J. Senna, *Juvenile Delinquency*, Wadsworth, seventh edition, 2000, p. 479.

18. Clemens Bartollas, *Juvenile Delinquency*, Ally and Bacon, Fifth edition, 2000, p. 418.

مستقر است. در صورتی که نوجوان کمتر از ۱۴ سال، مرتکب جرمی شود و مجازات جرم کمتر از پنج سال حبس باشد، پلیس می‌تواند طفل را به خانواده بسپارد. همچنین در جرایم مشهود پلیس می‌تواند تا ۴۸ ساعت نوجوان را بازداشت نماید.

د: ژاپن

در ژاپن پلیس اطفال در صورت لزوم بازداشت و بنابه دستور دادگاه خانواده می‌تواند حداکثر تا سه روز طفل یا نوجوان را بازداشت نماید تا او را در دادگاه خانواده حاضر نماید. از نکات قابل توجه، آموزش ضمن خدمت مأموران پلیس مربوطه جهت اطلاع از علوم و فنون پیشرفته می‌باشد.^{۱۹}

ه: فرانسه

در فرانسه گونه‌ای از پلیسهای مرد و زن نه تنها در بزه‌های ارتكابی نوجوانان دخالت می‌کنند بلکه در حالتی که حمایت کودکان نیز لازم باشد موضوع به آنان محول می‌شود. همچنین مأمورین پلیس زن در تحقیق و پژوهش اجتماعی نقش بسیار مهمی را برعهده داشته و با اداره حمایت مادران و کودکان، اداره امنیت اجتماعی و سازمان حمایت قضایی نوجوانان وابسته به وزارت دادگستری همکاری می‌نمایند.^{۲۰}

۱۹. دانش، دکتر تاج زمان، دادرسی اطفال بزهکار در حقوق تطبیقی، نشر میزان، چاپ اول، زمستان

۱۳۷۸، ص ۷۶.

۲۰. منبع پیشین، ص ۷۴.

۳-۲-۱- نقش پلیس ویژه نوجوانان در پیشگیری از جرم

وظیفه پلیس صرفاً کشف و تعقیب بزهکاری‌ها از ناحیه اطفال و نوجوانان نیست بلکه پلیس وظیفه پیشگیری از بزهکاری کودکان و نوجوانان را هم باید ایفا کند. این پیشگیری با تأثیرگذاری بر نوجوانان، والدین و جامعه و جلب توجه آنان به نیازهای اساسی نوجوانان برای منطبق شدن نسبت به همه قوانین و مقررات حمایتگر صورت می‌گیرد.

یکی از مؤثرترین وسایل پیشگیری حضور مأمورین پلیس در اماکن عمومی و گشت شبانه روزی و مداوم آنان در اماکنی که محل تردد یا اجتماع نوجوانان و جوانان می‌باشد، نظیر پارکها، باشگاههای تفریحات سالم، زمینهای ورزش، استخرهای شنا و ... خواهد بود.

در ایالات متحده امریکا اداره‌ای تحت عنوان «کمک به نوجوانان»^{۲۱} برای پیشگیری از بزهکاری اطفال و نوجوانان در نیویورک به وجود آمد که اهداف آن:

- ۱- پیگیری یک برنامه برای کاهش بزهکاری در شهر نیویورک؛
- ۲- کمک نمودن برای اعمال اصلاحات در رفتار اجتماعی نوجوانان بزهکار و کودکان خیابانی؛
- ۳- آموزش تدریجی احترام به قانون و شهروند مناسب شدن به دختران و پسران؛
- ۴- افزایش رابطه دوستانه و صمیمانه میان سازمان پلیس نوجوانان شهر نیویورک به صورتی که پلیس یک حمایتگر مطرح می‌شود.^{۲۲} یکی

21. JAB: The Juvenile Aid Bureau.

22. Paul W. Tappan, Juvenile Delinquency, Mc grow-hill book company, Inc. 1949, p. 523.

دیگر از برنامه‌های پیشگیری از بزهکاری، پروژه DARE^{۲۳} می‌باشد. این برنامه برای مجهز نمودن و آماده کردن دانش‌آموزان با مهارت‌های لازم جهت مقاومت در برابر مواد مخدر، الکل و دخانیات می‌باشد. این برنامه از سال ۱۹۸۳ به وسیله اداره پلیس لس‌آنجلس و مدرسه همان شهر اجرا شد و افسران غیررسمی یک دوره مخصوصی را برای تدریس موارد مذکور به دانش‌آموزان بر سر کلاسهایشان رفتند.^{۲۴}

۲- نقش مقام تعقیب‌کننده و تحقیق‌کننده

۲-۱- جایگاه مقام تعقیب‌کننده در دادرسی ویژه نوجوانان

۲-۱-۱- بررسی جایگاه تعقیب در دادرسی ویژه نوجوانان در حقوق داخلی در ماده ۶ قانون تشکیل دادگاه اطفال بزهکار سال ۱۳۳۸ رسیدگی‌های مقدماتی اعم از تعقیب و تحقیق را برعهده دادگاه اطفال گذاشته بود البته براساس ماده ۹ همان قانون رسیدگی در دادگاه اطفال با حضور دادستان یا نماینده وی خواهد بود.

تا پیش از تصویب قانون دادگاه‌های عمومی و انقلاب در سال ۱۳۷۳، به علت نبود قانون برای رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان، دادرسا مسئول تعقیب تمامی جرایم از جمله جرایم مربوط به اطفال و نوجوانان بود. پس از تصویب قانون دادگاه‌های عمومی و انقلاب، تغییری ساختاری و بنیادی در سیستم دادرسی کیفری به وجود آمد که شاخص

23. Drug Abuse Resistance Education.

24. Larry J. Siegel & Joseph J. Senna, op.cit., p. 499.

عمده این تغییر انحلال دادرسا بود که به موجب آن وظایف دادستان برعهده رئیس حوزه قضایی محول شد. با تصویب قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری در سال ۱۳۷۸ براساس ماده ۲۲۱ رسیدگی مقدماتی اعم از تعقیب و تحقیق در جرایم اطفال را دادرس به عمل خواهد آورد. همچنین در تبصره ۳ ماده ۲ اصلاحی قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱ تعقیب جرایم اطفال از موارد شمول وظایف دادرسا استثناء شده است.

در ماده ۴ پیش‌نویس قانون تشکیل دادگاه اطفال و نوجوانان برخلاف رویه گذشته شعبه‌ای از دادرسرای عمومی و انقلاب در معیت دادگاه اطفال و نوجوانان بزهکار پیش‌بینی نموده است که براساس ماده ۱۳ این پیش‌نویس در مواردی که مجازات جرم ارتكابی ۳ سال حبس یا بیشتر باشد دادرسا مسؤول تعقیب خواهد بود.

به نظر می‌رسد تفکیک مرحله مقدماتی از رسیدگی در دادگاه اطفال و نوجوانان با عدالت سازگارتر می‌باشد چرا که بی‌طرفی مقام رسیدگی‌کننده را در پی دارد.

البته ضروری است که پیش‌نویس مذکور بر تخصصی بودن کادر دادرسرای ویژه نوجوانان تصریح نماید تا بر هر چه تخصصی شدن سازمانهای دادرسی اطفال و نوجوانان گام برداشته شود.

۲-۱-۲- بررسی جایگاه تعقیب در دادرسی نوجوانان در برخی از نظامهای

حقوقی

الف: اسناد بین‌المللی

در مقررات پکن در ماده ۱۱/۲ بر ضرورت توسل به رسیدگی‌های غیررسمی دادستانی تأکید شده است. در کنوانسیون حقوق کودک در بند (۱) ماده ۴۰ بر رعایت حفظ حریم شخصی کودک در کلیه مراحل دادرسی (که شامل مرحله تعقیب نیز هست) تأکید شده است.

ب: انگلستان

در نظام کامن‌لا هر کس ولو مجنی‌علیه نباشد، می‌تواند موجب تعقیب دعوی شود. تا پیش از سال ۱۹۸۵ پلیس مقام اصلی مسؤول تعقیب بود اما پس از ۱۹۸۵ دادرسی به طور مستقل زیر نظر DPP،^{۲۵} مسؤول امر تعقیب تقریباً کلیه اعمال مجرمانه شد.^{۲۶}

ج: ایالات متحده آمریکا

در شصت سال ابتدایی تشکیل دادگاه اطفال در آمریکا دادستان به عنوان نماینده ایالت و حکومت در رسیدگی دادگاه حضور نداشت، اما امروزه اکثر حوزه‌های قضایی قانون حضور دادستان را در دادگاه ویژه نوجوانان ضروری دانسته و نقش وی در حال افزایش است. برخی ایالات به

25. Director of Public Prosecution.

۲۶. گوردن بارکلی، نظام عدالت کیفری در انگلستان و ولز، ترجمه دکتر نسرین مهرا، مجله تحقیقات حقوقی شماره ۱۷-۱۶، پاییز ۷۴ تا بهار ۷۵، ص ۳۶.

دادستان این اختیار را داده‌اند که کنترل و نظارت نسبت به آرای تصمیم‌گیری ابتدایی اداره پلیس^{۲۷} نموده و تصمیم‌گیری نماید که کدام دادگاه به پرونده‌های نوجوان بزهکار رسیدگی نماید.

دادستان ویژه نوجوانان در امریکا وظایف زیر را انجام می‌دهد:^{۲۸}

امکان تحقیق از نقض قانون؛

همکاری با پلیس و کارمندان پرویشن در معلوم نمودن حقیقت ادعا

شده؛

اعلام جرم، گزارش دادن و فراهم نمودن کیفرخواست برای دادگاه؛

تصمیم‌گیری در مدت قرار بازداشت ابتدایی؛

در صورت ضرورت، ارائه آزمایشهای فیزیکی و روانی برای

نوجوانان و کودکان پیش از رسیدگی در دادگاه؛

در صورت مناسب بودن، اقدام برای اصلاح یا رد کیفرخواست

پرشده؛

ورود به بحث «معامله اتهام» با وکیل متهم.

د: ایتالیا

در ایتالیا دادستان مانند قضات ویژه نوجوانان متخصص در امور

کودکان و نوجوانان است. دادستان ویژه نوجوانان به محض اطلاع از وقوع

جرم، دستور شروع تحقیقات مقدماتی و تحقیق و پژوهش اجتماعی را

27. Intake decisions.

28. Larry J. Siegel & Joseph J. Senna, op.cit., p. 557.

صادر می‌کند.^{۲۹}

۵: ژاپن

در ژاپن، در جرایم مهم و جنایات، پرونده نوجوانان بزهکار را دادرسی به دادگاه خانواده ارسال می‌کند. علاوه بر این دادستان پرونده بزرگسالانی را که علیه کودکان و نوجوانان مرتکب جرم شده‌اند نیز به دادگاه خانواده ارجاع می‌نماید.^{۳۰}

و: فرانسه

در فرانسه در صورتی که نوجوان مرتکب جنحه یا جنایت شود اقامه و تعقیب دعوی از وظایف دادستان حوزه قضایی دادگاه اطفال خواهد بود. دادستان پس از تکمیل پرونده تصمیماتی از قبیل، قرار منع تعقیب، پیشنهاد کارهای عام‌المنفعه و بایگانی کردن پرونده می‌تواند اتخاذ کند.^{۳۱}

۳-۱-۲- میانجی‌گری در دادرسی ویژه نوجوانان

میانجی‌گری^{۳۲} یعنی «حل و فصل دوستانه اختلافات، خارج از

۲۹. دانش، دکتر تاج‌زمان، دادرسی اطفال بزهکار در حقوق تطبیقی، نشر میزان، چاپ اول، زمستان

۱۳۷۸، ص ۸۲

۳۰. دانش، دکتر تاج‌زمان، دادگاههای خانواده در ژاپن، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه

تهران، شماره ۱۸، دی ۱۳۵۴.

۳۱. گاستون استفانی، ژرژ لوسور، برنار بولوک، آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، ترجمه دکتر حسین

دادبان، انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی، چاپ اول، ۱۳۷۷، ص ۷۲۳.

دادگاه» ثمره «عدالت ترمیمی»^{۳۳} است که ابتدا در انگلستان آغاز شد و بر احیای تعادل بین طرفین جرم یعنی بزه‌کار و بزه‌دیده تأکید دارد. این روش مبتنی است بر دخالت دادن شخص ثالث (غیرمقام رسمی قضایی) جهت تسکین حس انتقامجویی بزه‌دیده.

در قوانین کیفری ایران هیچ نمونه‌ای از پیش‌بینی چنین نهادی دیده نمی‌شود. البته در پیش‌نویس قانون تشکیل دادگاه اطفال و نوجوانان در ماده ۱۵ این نهاد را پیش‌بینی نموده است. اما نکته‌ای که در (این ماده) مهم به نظر می‌رسد، عدم تعیین محل میانجی‌گری و همچنین ابهام در حضور یا عدم حضور والدین یا سرپرستان قانونی کودک یا نوجوان و وکیل نوجوان می‌باشد که رفع این ابهام لازم است.

۲-۲- جایگاه مقام تحقیق‌کننده در دادرسی ویژه نوجوان

۲-۲-۱- بررسی جایگاه تحقیق‌مقدماتی در دادرسی نوجوانان در حقوق

داخلی

تا پیش از تصویب قانون تشکیل دادگاههای اطفال بزه‌کار در سال ۱۳۳۸، تحقیقات از اطفال و نوجوانان بزه‌کار برعهده بازپرس بود. با تصویب قانون مذکور، براساس ماده ۶، تحقیقات مقدماتی برعهده دادرسی دادگاه اطفال نهاده شده بود. همچنین در ماده ۱۹ و ۲۰ قرار توقیف طفل و نوجوان بزه‌کار در قسمت نگاهداری موقت کانون اصلاح و تربیت پیش‌بینی شده است و براساس اصلاح قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۲، براساس تبصره ۳ ماده ۳۳ در مورد اطفالی که مرتکب جرم از درجه جنایت

33. Restorative Justice.

شده باشند دادگاه می‌تواند متهم را با صدور قرار بازداشت موقت در دارالتأدیب توقیف نماید.

پیش از تصویب قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب در سال ۱۳۷۳، هیچ تفاوتی در تحقیق از کودکان و نوجوانان بزهکار با بزرگسالان مجرم دیده نمی‌شود. با تصویب قانون مزبور براساس ماده ۱۴ تمامی اقدامات و تحقیقات از بدو تا ختم به وسیله حاکم دادگاه انجام خواهد شد که البته دادگاه می‌توانست انجام تحقیقات را به قاضی تحقیق واگذار نماید. با تصویب قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری در سال ۱۳۷۸، براساس ماده ۲۲۱ در جرایم اطفال رسیدگی مقدماتی اعم از تعقیب و تحقیق مقدماتی را دادرس انجام خواهد داد و در ماده ۲۲۴ قانون مذکور در صورتی که نگهداری طفل برای انجام تحقیقات ضروری باشد یا طفل ولی یا سرپرست نداشته یا ولی یا سرپرست وی حاضر به التزام یا دادن وثیقه نباشند و شخص دیگری التزام یا وثیقه ندهد طفل متهم تا صدور رأی در قانون اصلاح و تربیت به صورت موقت نگهداری خواهد شد.

در پیش‌نویس قانون تشکیل دادگاههای اطفال و نوجوانان در جرایم مهم (سه سال حبس و بالاتر) تعقیب و تحقیقات مقدماتی را دادرس انجام خواهد داد.

البته به نظر می‌رسد مقام تحقیق کننده در دادرس باید دارای صلاحیت کافی علمی و تجربی در رفتار صحیح و مناسب با نوجوانان بزهکار باشد. براساس پیش‌نویس مذکور فقط در جرایمی که مجازات آن اعدام، حد یا قصاص یا بیش از خمس دیه کامل و یا ۳ سال یا بیش از ۳ سال حبس باشد

با شرایطی دادرسی یا دادگاه می‌تواند قرار نگهداری موقت متهمان بین ۱۵ تا ۱۸ سال را صادر نماید.

۲-۲-۲- جایگاه تحقیق مقدماتی در دادرسی نوجوانان در برخی از نظامهای

حقوقی

الف: اسناد بین‌المللی

مقررات پکن، در قاعده ۱۳/۱ بر بازداشت به عنوان آخرین چاره آن هم برای کوتاهترین مدت ممکن تأکید دارد. قاعده ۱۳/۲ بر ضرورت جایگزین ساختن اقدامات دیگر به جای بازداشت موقت اشاره دارد. در قاعده ۱۳/۴ نیز بر جداسازی نوجوانان از بزرگسالان در بازداشت موقت تأکید شده است.

در کنوانسیون حقوق کودک در مواد ۳۷ و ۴۰ به اهمیت این مرحله از دادرسی اشاره نموده و بر تضمین حقوق کودکان تأکید می‌کند. ماده ۴۶ رهنمودهای ریاض و در ماده ۱۷ بر استثنا بودن بازداشت موقت نوجوانان بزهکار تأکید می‌کند.

در قانون نمونه آیین دادرسی نوجوانان که در سال ۱۹۹۸، انجمن بین‌المللی قضات دادگاههای نوجوانان منتشر کرده است؛ بازداشت موقت نوجوانان فقط در جرایمی که مجازات قانونی آن بیش از ۲ سال بوده و سن متهم نیز از ۱۵ سال به بالا باشد تجویز شده است.

ب: انگلستان

در انگلستان در جرایم مهم تحقیقات مقدماتی را دادگاههای

ماجیستریت^{۳۴} انجام می‌دهند و نهادی به نام بازپرس وجود ندارد. در انگلستان دادگاه می‌تواند کودک یا نوجوان کمتر از ۱۷ سال را بنابه تشخیص خود به منظور حمایت از وی در بازداشت نگهدارد. در انگلستان دو مرکز برای نگهداری موقت اطفال و نوجوانان بزهکار پیش بینی شده است: یکی «مراکز نگهداری موقت»^{۳۵} که مخصوص اطفال دارای درجه شدید ناسازگاری و دیگری به نام «خانه‌های نگهداری موقت»^{۳۶} که مخصوص اطفال کمتر ناسازگار می‌باشد.

ج: ایالات متحده امریکا

در امریکا مسأله بازداشت موقت در مرحله تحقیقات مقدماتی بستگی به نظر قاضی دارد. در صدور این قرار معمولاً سه امر مورد توجه قرار می‌گیرد:

- ۱- کودک برای اجتماع خطر آفرین است؛
- ۲- کودک به روند رسیدگی دادگاه برگردد؛
- ۳- این بازداشت برای حمایت از کودک است»^{۳۷}.

د: ایتالیا

در ایتالیا هرگاه کودک یا نوجوان بین ۱۴ تا ۱۸ سال مرتکب جرمی

34. Majistrates court.

35. Remand Centers.

36. Remand Homes.

37. Larry K.Gaines, Michael Kaune & Roger Leroy Miller, Criminal Justice in Action, Wadsworth, 2000.

شود دادستان، پرونده را جهت تکمیل تحقیقات مقدماتی به بازپرس متخصص اطفال ارجاع می‌نماید.

براساس مواد ۲، ۳ و ۴ قانون ۲۲ سپتامبر ۱۹۸۸، بازجویی مقدماتی در حضور والدین و سرپرست قانونی کودک به عمل می‌آید و اگر حضور آنان با مصالح کودک منافات داشته باشد جلسه بدون حضور آنها تشکیل می‌شود، البته حضور وکیل کودک در تمام مراحل دادرسی الزامی است.

ه: ژاپن

در ژاپن دادگاه خانواده عهده‌دار تحقیق از نوجوان بزهکار است.

و: فرانسه

در فرانسه در صورت اقامه دعوی توسط دادستان، پرونده جهت انجام تحقیقات مقدماتی به قاضی تحقیق ویژه اطفال ارجاع می‌شود. همچنین براساس ماده ۱۲ قانون ۱۴ اوت ۱۹۹۳ کودکان و نوجوانان کمتر از ۱۳ سال به طور موقت بازداشت نمی‌شوند مگر در موارد استثنایی.

ز: لبنان

براساس ماده ۳۶ قانون اطفال مصوب ۱۹۸۶، بازداشت موقت افراد زیر ۱۲ سال ممنوع است.

بازداشت موقت افراد بین ۱۲ تا ۱۸ سال زمانی جایز است که مجازات جرم ارتكابی حداقل یکسال حبس باشد.

همچنین بازداشت موقت باید در مدتی کمتر از ۳ ماه و در مکانی

خاص یا در بازداشتگاه نوجوانان باشد.^{۳۸}

۳- شناسایی شخصیت در مرحله رسیدگی مقدماتی

۳-۱- ضرورت بررسی و مشاهده شخصیت در مرحله پیش از محاکمه

۳-۱-۱- شناسایی شخصیت براساس روشهای بررسی و مشاهده

مجموع تحقیقات و بررسی‌ها و آزمایشهایی که برای شناسایی شخصیت یک فرد بزهکار به کار می‌رود، «آبزرویشن»^{۳۹} نامیده می‌شود. با ظهور مکتب اثباتی در اواخر قرن نوزدهم، توجه همگان به شخصیت مرتکب جرم، جلب شد. مؤسسان این مکتب شناسایی شخصیت را در مرحله رسیدگی مقدماتی به منظور شناسایی علل بزهکاری و تشخیص حالت خطرناک ضروری می‌دانند و بر این باورند که باید با کسب اطلاعات لازم و ضروری راجع به وضع خانوادگی، جسمانی، روانی و اجتماعی تصمیمات لازم را برای کودکان و نوجوانان اتخاذ نمود.^{۴۰} از آنجا که یکی از اهداف بنیانی و اساسی دادرسی ویژه نوجوانان، شناخت شخصیت نوجوان بزهکار برای نشان دادن واکنش مناسب است، لذا در دادرسی ویژه نوجوانان شناخت عوامل سازنده شخصیت نوجوان مهم می‌باشد.

۳۸. الدكتور ابراهیم حرب محیسن، اجرائات ملاحقه الأحداث الجانحين فی مرحله ما قبل المحاکمه استدلالات و تحقیقات، مکتبه دارالثقافه، الاصدار الاول، ۱۹۹۹، ص ۴۵.

39. Observation.

۴۰. دانش، دکتر تاج زمان، دادرسی اطفال بزهکار در حقوق تطبیقی، انتشارات میزان، چاپ اول، زمستان ۱۳۷۸، ص ۹۷.

عوامل پیشگفته به عوامل درونی یا شخصی و عوامل بیرونی یا مرتبط با محیط تقسیم می‌شوند.

عوامل درونی یا شخصی را می‌توان به عوامل جسمانی و فیزیولوژی و عوامل درونی مرتبط دانست. در عوامل بیرونی یا مربوط به محیط می‌توان به عوامل اقتصادی، محیط خانواده،^{۴۱} محیط آموزشی،^{۴۲} مسکن و فرهنگ اشاره کرد.

۲-۱-۳- اقسام روشهای بررسی و مشاهده شخصیت

روش شناسایی شخصیت بزهکاران برای اولین بار در سال ۱۹۰۷ در آرژانتین و در سال ۱۹۱۹ در بلژیک اجرا گردید و چون دارای نتایج رضایت‌بخش بود سایر کشورها از آن اقتباس کردند.

روشهای بررسی و مشاهده شخصیت به دو شیوه صورت می‌گیرد، یا در محیط آزاد و یا در محیط بسته در مؤسسه‌های مخصوص شناسایی شخصیت.

در روش بررسی و مشاهده شخصیت در محیط آزاد کودک یا نوجوان در محیط واقعی خود به زندگی عادی اجتماعی ادامه می‌دهد. در این روش مددکاران اجتماعی و سایر متخصصان در امور کودکان و نوجوانان، اطلاعات لازم را در مورد وضع زندگی، خانواده، مسکن، محیط تحصیلی،

۴۱. به موجب تحقیقات دکتر موننت (Meunt) روی ۸۳۹ کودک؛ ۶۵٪ از کودکان مجرم جزو خانواده‌هایی بوده‌اند که اساس آنها از هم پاشیده شده و پدر و مادر یکدیگر را ترک کرده بودند. رک. دکتر علی... ا. همدانی، عوامل ارتکاب جرم و خطای جوانان و اطفال چیست؟ مجله حقوق امروز، شماره ۳ و ۴، اردیبهشت و خرداد ۱۳۴۲، ص ۵۷.

۴۲. رک. دکتر رضا مظلومان، اثر محیط تحصیلی در بزهکاری، ماهنامه قضایی، شماره ۵۰، آبان ۱۳۵۱، ص ۵۹.

تفریح، دوستان نوجوان و وضعیت جسمی و روانی وی جمع آوری می‌نمایند. در روش مذکور از آنجا که به تشکیلات و مؤسسات خاصی نیاز نیست در نتیجه هزینه و مخارج کمتری متوجه دولت می‌گردد. در این روش مددکاران اجتماعی می‌توانند مددجو را در زندگی عادی و حقیقی مورد تحقیق و پژوهش قرار داده، علل ارتکاب بزه را از نزدیک بررسی نمایند. در این روش کودک یا نوجوان از همراهی والدین و سرپرست خود و حضور در اجتماع در میان دوستان خویش که از نیازهای ضروری وی می‌باشد، محروم نخواهد شد. با این وجود مراقبت از کسی که در محیط آزاد یعنی محیط واقعی زندگی خود به سر می‌برد امری بس مشکل است. مددجو و خانواده‌اش به آسانی دخالت دیگران را در محیط خصوصی و خانوادگی خویش نمی‌پذیرند. همچنین هرگاه محیط اجتماعی از علل ارتکاب باشد، تغییر دادن آن محیط و افرادی که مددجو در تماس با آنهاست بسیار مشکل می‌باشد.

در روش بررسی و مشاهده شخصیت در محیط بسته، جهت تحقیق و بررسی دقیق علل ارتکاب جرم و بروز دخالت خطرناک، نوجوان یا کودک بزهکار را در یک مرکز علمی برای مدت معین نگهداری می‌نمایند. این مؤسسه متشکل از متخصصین در زمینه‌های مختلف نظیر پزشکی، روانپزشکی، روانشناسی، جرم‌شناسی، مددکاری اجتماعی و علوم تربیتی می‌باشد. در این روش آزمون‌شونده دائماً در اختیار متخصصین است و تمام اعمال و رفتار او تحت مراقبت قرار می‌گیرد. همچنین در این روش متخصصان به طور گروهی در محل معینی کودک یا نوجوان را بررسی و مشاهده می‌کنند و بدین وسیله از مشاهدات و بررسی‌ها و عقاید همکاران

خود مطلع می‌شوند. با این وجود تأسیس چنین مرکز علمی پرهزینه بوده، استخدام متخصصان جهت خدمت در آن مرکز همواره با مشکلات فراوانی مواجه خواهد بود. همچنین رابطه آزمون‌شونده با محیط طبیعی قطع شده و در صورت طولانی شدن آن موجب ناراحتی روانی وی خواهد شد.

به نظر می‌رسد امروزه در بررسی و شناخت شخصیت کودک یا نوجوان بزه‌کار از هر دو روش استفاده گردد، به این نحو که با مراقبت کودک یا نوجوان در محیط آزاد بررسی را شروع کرده و مراحل تکمیلی و نهایی آن در مؤسسه یا مرکز علمی پایان پذیرد.

۳-۲- تشکیل پرونده شناسایی شخصیت

۳-۲-۱- محتویات و فوائد تشکیل پرونده شخصیت

هدف نهایی از تنظیم پرونده شخصیت، شناسایی کامل متهم و انگیزه‌های ارتکاب جرم است. این پرونده به قاضی کمک می‌کند تا شخص را کاملاً شناخته و با چشمان باز و بصیرت کامل، درباره او اتخاذ تصمیم نماید.

این پرونده که متخصصان رشته‌های مختلف تشکیل می‌دهند می‌تواند شامل نکات زیر باشد:

الف: وضعیت ظاهری

امروزه متخصصان علوم روانی به تجربه ثابت نموده‌اند که وضع ظاهری افراد نشانه‌هایی از واقعیت‌های درون افراد و معرف غوغای درونی آنهاست.

ب: تاریخچه فردی

در این قسمت خلاصه‌ای از بیوگرافی شخص از بدو تولد تا مرحله ارتکاب جرم به صورتی که حاوی اطلاعات مفید و ضروری باشد تهیه می‌گردد.

ج: پژوهش اجتماعی

در این قسمت تاریخچه زندگی متهم، طرز رفتار والدین با یکدیگر و با نوجوان، طرز تربیت اولیه وی، طرز زندگی و تحصیل کودک در مدرسه، وضع فرهنگی، اجتماعی و اقتصادی خانواده و خلاصه آنچه ممکن است در بزهکاری کودک یا نوجوان از نظر اجتماعی مؤثر باشد، منعکس می‌گردد.

د: تحقیق پزشکی

هدف از تکمیل این اطلاعات این است که در صورت مشاهده هرگونه مشکلی مربوط به کیفیات جسمانی فرد، چنانچه انحراف یا کژخویی در نتیجه عوامل مذکور باشد، با کشف علت در رفع معلول اقدام گردد.

ه: تحقیق روانپزشکی

روانپزشکان، آزمون‌شونده را به منظور تشخیص بیماری روانی و یا ضایعه در مغز یا اعصاب می‌آزمایند.

و: تحقیق روانشناسی

در این تحقیق و گزارش، متخصص مربوطه باید تمام کمبودها، نقص‌های روانی، میزان هوش، درجه یادگیری نوجوان، عقده‌های روانی وی و تأثیر این امور در رفتار کودک یا نوجوان را تعیین و گزارش نماید. برای تشکیل پرونده شخصیت فواید بسیاری ذکر شده است؛ از جمله:

جلوگیری از اعمال ضداجتماعی

برای این که بتوان اعمال ضداجتماعی را در جامعه‌ای از بین برد، باید تک تک علل و انگیزه‌های وقوع جرم و اعمال ضداجتماعی شناسایی شود. یکی از راههای صحیح آگاهی از دلایل اساسی و شکل‌گیری اعمال ضداجتماعی، شناخت کودک یا نوجوان بزهکار است. نتیجه تحقیق و شناخت آن خواهد بود که از یک سو به خصوصیات نوجوان بزهکار آشنایی زیادی حاصل می‌شود و از سوی دیگر می‌توان حدس زد که در آینده با چنین وضعیتی، چه رفتاری خواهد داشت.

جلب اعتماد عمومی

اگر از تمام جهات، شخصیت کودک یا نوجوان بزهکار (یا هر بزهکار دیگری) بررسی و مطالعه دقیق شود، به علت کشف حقایق پوشیده شده، افکار عمومی به آنچه قاضی حکم می‌کند راضی خواهند بود و به آن احترام گذاشته و در نتیجه به دستگاه عدالت اعتماد خواهند کرد.

رفتار و روش مناسب (رعایت عدالت)

جرم‌شناسی هرگونه قضاوت قشری و سطحی بدون توجه به علل و عوامل بزهکاری را محکوم می‌کند و آن را دور از انصاف و مروت می‌داند و به همین جهت چنین نقل می‌شود که «دیگر امروز روزی نیست که تنها مردم موظف باشند «عدالت» را بشناسند بلکه «عدالت» هم باید به خوبی مردم را بشناسد».^{۴۳}

اصلاح بزهکار و ممانعت از تکرار جرم

گشودن پرونده شخصیت برای کودک یا نوجوان بزهکار سبب می‌شود که بتوان تدابیر عاقلانه و منطقی اتخاذ نمود و در سالم‌سازی این انسان ناسازگار و بازگرداندن او به اجتماع به اقدامات مدبرانه و منطقی دست زد.

۲-۲-۳- شناسایی شخصیت در حقوق داخلی

در ماده ۷ قانون تشکیل دادگاه اطفال بزهکار مصوب ۱۳۳۸ بدون اشاره مصرح به پرونده شخصیت، انجام تحقیقاتی راجع به طفل را به اختیار دادگاه نهاده است. البته به موجب آیین‌نامه اجرایی سازمان کانون اصلاح و تربیت مصوب ۹ مهرماه ۱۳۴۷، برای هر طفل نسبت به تنظیم «پرونده شخصیت» اقدام می‌شد. پس از انقلاب در آیین‌نامه‌های مختلف سازمان زندانها و اقدامات تأمینی به ایجاد قسمتی در زندانها به منظور شناخته شدن

۴۳. دکتر رضا مظلومان، داوری درباره بزهکار بدون شناخت او بی‌عدالتی است، مجله کانون وکلا، شماره ۱۲۶، بهار ۱۳۵۳، ص ۶۰.

شخصیت زندانیان و طبقه‌بندی آنان اشاره شده است. در زمینه شناخت شخصیت کودکان و نوجوانان بزهکار تا سال ۱۳۷۸ نمونه‌ای دیده نمی‌شود. در سال ۱۳۷۸ در قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری در ماده ۲۲۲ بدون اشاره صریح به پرونده شخصیت، انجام چنین تحقیقاتی را به اختیار دادگاه نهاده است.

در پیش‌نویس قانون تشکیل دادگاه اطفال و نوجوانان ضمناً به پرونده شخصیت، انجام تحقیقات مربوط را در جرایمی که مجازات آن قصاص حد، یا حبس ابد یا ۳ یا بیش از ۳ سال حبس باشد الزامی نموده است.

۳-۲-۳- شناسایی شخصیت در برخی از نظامهای حقوقی

الف: اسناد بین‌المللی

در مقررات پکن در بخش ۱۶، «گزارشهای تحقیق اجتماعی»،^{۴۴} به انجام تحقیق و بررسی در پیشینه و شرایط زندگی نوجوان در کلیه جرایم به جرایم خرد، پیش از اتخاذ تصمیم نهایی و صدور حکم تأکید می‌کند.

ب: انگلستان

در انگلستان، بررسی و مشاهده شخصیت اطفال و نوجوانان بزهکار پس از تصمیم نهایی اجرا می‌شود.

ج: ایالات متحده امریکا

لزوم شناسایی شخصیت بزهکار در امریکا نخستین بار در قوانین ۱۹۴۷ ایالت میشیگان و قوانین سال ۱۹۴۹ ایالت کلورادو پذیرفته شد و پس از آن در قوانین ایالات مختلف راه یافت.^{۴۵}

در امریکا برحسب ایالات مختلف، کودکان و نوجوانان بزهکار را قبل یا بعد از تصمیم‌گیری بررسی و مشاهده می‌کنند. در بسیاری از ایالات در فاصله زمانی بین دستگیری نوجوان بزهکار تا زمان محاکمه وی، یک کارمند اداره پروبیشن و یا یک کارمند اداره حمایت از نوجوانان در تهیه تحقیق اجتماعی از نوجوان دخالت می‌کنند و نتیجه گزارش خود را به قاضی اطفال ارائه می‌نمایند.^{۴۶}

د: ژاپن

در ژاپن در سال ۱۹۹۶، ۵۹ مرکز بررسی و مشاهده شخصیت وجود داشته و دادگاههای خانواده در ساختمان مراکز مذکور مستقر هستند. مدت آبرویش، ۱۴ روز است و قاضی دادگاه خانواده می‌تواند مدت تحقیق را برای ۱۴ روز دیگر تمدید نماید.

ه: فرانسه

در فرانسه براساس بند ۶ ماده ۸۱ قانون اصلاحی آیین دادرسی

۴۵. دکتر مرتضی محسنی، دوره حقوق جزای عمومی، ج اول، کلیات حقوق جزا، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۷۵، ص ۲۷۲.

46. Gilbert B. Stuckey.. Cliff Robertson, Harrey Wallace. Procedures in the Justice System, Prentice Hall, sixth edition, 2001, p. 396.

کیفری ۱۹۹۳ تحقیق مذکور در جنایات اجباری و در جنبه‌های اختیاری است. همچنین براساس ماده ۸ قانون ۲۴ مه ۱۹۵۱ و ۴ ژانویه ۱۹۹۳ در صورت ایجاب وضعیت طفل به نگهداری در خارج از محیط خانوادگی می‌توان برای تنظیم پرونده شخصیت، دستور اعزام به یک مرکز مشاهده و بررسی را صادر نمود.

و: لبنان

در لبنان به محض احضار کودک یا نوجوان، مددکار اجتماعی، فوراً پرونده شخصیت نوجوان را که شامل نتایج تحقیقات وی در وضعیت مادی، اجتماعی، آموزشی، حرفه‌ای، جسمانی، ذهنی، میزان هوش و سابقه حقوق نوجوان می‌باشد، تشکیل می‌دهد.^{۴۷}

۴۷. رالف ریاجی، تجربه کشور لبنان در دادرسی ویژه نوجوانان، از مجموعه سخنرانی‌های ارائه شده در سمینار دادرسی ویژه نوجوانان در تهران، ترجمه حمید مرعشی، صندوق کودکان سازمان ملل متحد (یونیسف)، چاپ اول، پاییز ۱۳۷۹، ص ۳۱.

نتیجه گیری

با توجه به مطالب مذکور در فوق، راهکارها و پیشنهادهای عملی ارتقای نظام قضایی به منظور دادرسی عادلانه ویژه نوجوانان ذکر می گردد:

۱- اگرچه پس از انقلاب با تصویب قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری در سال ۱۳۷۸ با گنجاندن فصلی در رسیدگی به جرایم اطفال روند متفاوتی پیش بینی شد، اما هنوز از تشکیل دادگاه اطفال و نوجوانان به مفهوم علمی و واقعی آن خبری نیست. شایسته است با تصویب قانون تشکیل دادگاههای اطفال و نوجوانان شاهد تشکیل حقیقی دادگاه اطفال باشیم؛ البته با رعایت مواردی از جمله:

- قضات اطفال و نوجوانان دارای ویژگی های مناسب برای رسیدگی به بزهکاری اطفال و نوجوانان باشند.

- دوره های آموزشی خاص برای به کار گیری نیروی انسانی مناسب برای قضاوت در دادگاه اطفال در نظر گرفته شود.

- چون توجه به مسائل جرم شناسی، بزهکاری اطفال و علوم تربیتی برای قضات در دادگاه ویژه اطفال و نوجوانان ضروری است، می توان از خدمت دارندگان تحصیلات تکمیلی در رشته حقوق جزا و جرم شناسی استفاده کرد.

۲- با توجه به ضرورت رفتاری متفاوت با نوجوانان بزهکار و با توجه به اسناد بین المللی مبنی بر توصیه در تخصصی شدن پلیس ویژه نوجوانان، توجه به نکات زیر ضروری است:

- ضرورت تدوین مقرراتی برای تشکیل «سازمان پلیس ویژه نوجوانان» در زمان حاضر برای رفتاری شایسته و مناسب با توجه به

- حساسیتها و شرایط سنی نوجوانان امری غیرقابل انکار است.
- برای تأمین کارکنان مناسب پلیس نوجوانان، می‌توان از نیروهای انتظامی موجود علاقه‌مند استفاده نمود. نیروهای مزبور باید دوره آموزشی کوتاه مدت شامل آموزشهای جرم‌شناسی، بزهکاری اطفال، حقوق کودکان، علوم تربیتی و روانشناسی را طی نمایند.
- باید کوشید امکانات لازم برای جداسازی واحدهای انتظامی نوجوانان از بزرگسالان به عمل آید.
- باید نیروی انتظامی بر ضرورت جداسازی بازداشتگاه نوجوانان و بزرگسالان توجه کند.
- با تشکیل سازمان پلیس نوجوانان می‌توان با همکاری سازمانهای اجتماعی و از جمله آموزش و پرورش دوره‌های خاص آموزش پیشگیری از ارتکاب جرم را در نظر گرفت. دوره‌های پیشگیری و مقابله با مصرف مواد مخدر، الکل و ارتکاب برخی جرایم در برنامه آموزش افسران پلیس نوجوانان می‌تواند مد نظر قرار گیرد.
- چون نظامهای دادرسی نوجوانان بیشتر براساس رسیدگی به جرایم نوجوانان پسر ایجاد شده است متأسفانه در رفتار با دختران بزهکار امکانات و منابع سازمانی کمی مورد توجه قرار گرفته است. حضور پلیس زن آزموده از بین نیروهای پلیس ویژه نوجوانان می‌تواند در امر نوجوانان بزهکار مفید واقع شود.

۳- گفته شد که پیش‌نویس قانون تشکیل دادگاه اطفال و نوجوانان برخلاف قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری تعقیب و تحقیق نوجوانان بزهکار را در جرایم مهم برعهده دادرسی گذاشته

- است. با توجه به این رویه نکات زیر ضروری است:
- دادرسی که مسئول تعقیب و تحقیق از نوجوانان بزهکار می‌باشد باید مانند دادگاه دارای کادر متخصص و آموزش دیده باشد.
 - ضروری است برای تضمین حقوق اساسی متهم نوجوان حق داشتن وکیل و مشاوره حقوقی در تمام مراحل دادرسی در قانون پیش‌بینی شود.
 - مکان تحقیق و دادرسی باید مکانی مناسب و مجزا از دادرسی بزرگسالان بوده و متناسب با شرایط سنی نوجوانان بزهکار باشد.
- ۴- در اسناد بین‌المللی بازداشت موقت آخرین راه‌حل است تا از خطر «آلودگی به بزهکاری» نوجوان متهم جلوگیری شود. به نظر می‌رسد باید هم در قوانین و هم در رویه عملی دادگاهها تلاش نمود تا حتی‌الامکان از قرارهای دیگر استفاده کنند و زمانی نگهداری موقت نوجوان بزهکار قابل توجیه است که کودک یا نوجوان در معرض خطر بوده یا خطر جدی جامعه را تهدید نماید.
- ۵- «میانجی‌گری» به عنوان «حل و فصل دوستانه اختلافات خارج از دادگاه»، هدف اجتناب از تماس افراد با نظام کیفری را دنبال می‌کند. هرچند تلاش شده است در پیش‌نویس قانون تشکیل دادگاههای اطفال و نوجوانان به این مسأله توجه شود اما نکات زیر قابل توجه‌اند:
- مناسب است میانجی‌گری به خارج از نظام دادگاه سپرده شود و شخص ثالث به عنوان «میانجی»، عهده‌دار این نهاد شود.
 - میانجی‌گری را می‌توان به مددکار اجتماعی سپرد تا با تلاش خود برای حل و فصل دعوی اقدام نماید. برای این مهم ضروری است واحدهای ویژه‌ای در دادگاههای ویژه نوجوانان تشکیل شود.

۶- یکی از اهداف اصولی و اساسی دادرسی نوجوانان بررسی علل و انگیزه‌های بزهکاری در نوجوانان یا کودک می‌باشد. این مهم جز با شناسایی جنبه‌های مختلف شخصیت نوجوان بزهکار به دست نخواهد آمد. این شناخت باید پیش از آغاز دادرسی انجام گیرد تا قاضی رسیدگی کننده همراه پرونده اتهامی پرونده شخصیت بزهکار را مدنظر داشته تا تصمیم مناسب و عادلانه‌ای اتخاذ کند. در قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری در فصل رسیدگی به جرایم اطفال این مهم به اختیار دادگاه گذاشته شده است و در پیش‌نویس قانون تشکیل دادگاه اطفال و نوجوانان این امر در جرایم مهم اجباری شده است. با در نظر گرفتن مطالب فوق نکات زیر ضروری است:

— قانونگذار باید شناسایی شخصیت نوجوانان را در مرحله رسیدگی مقدماتی به جرایم مهم الزامی کند.

— شایسته است برای شناسایی شخصیت نوجوان بزهکار «دایره بررسی و شناخت شخصیت» در مقر دادگاههای اطفال و نوجوانان تشکیل شود. این دایره متشکل از متخصصان در رشته‌های پزشکی، روانپزشکی، روانشناسی، حقوق و مددکاری اجتماعی خواهد بود.

امید است با بازنگری در قوانین موجود و تصویب قوانین مناسب و حامی منافع و حقوق کودکان و نوجوانان و با در نظر گرفتن قواعد بین‌المللی و حرکت رو به رشد جهانی دادرسی عادلانه نوجوانان، در حرکت به سمت نظام «دادرسی نوجوان - محور» که بر منافع عالی نوجوان و کودک حرکت کند، گام مؤثری برداشته شود.

منابع و مأخذ

الف - فارسی

۱- کتابها

- ۱- آشوری، دکتر محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، انتشارات سمت، چاپ اول، زمستان ۱۳۷۹.
- ۲- استفانی، گاستون، لواسور، ژرژ، بولوک، برنار، آیین دادرسی کیفری، ۲ جلد، ترجمه دکتر حسن دادبان، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، چاپ اول، ۱۳۷۷.
- ۳- خدوم، دکتر علی، عدالت در انگلستان، چاپخانه بانک ملی ایران، فروردین ۱۳۴۵.
- ۴- خزانی، مرحوم دکتر منوچهر، فرایند کیفری، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، اسفند ۱۳۷۷.
- ۵- دانش، دکتر تاج زمان، اطفال و نوجوانان بزهکار، انتشارات رسا، ۱۳۷۴.
- ۶- _____، دادرسی اطفال بزهکار در حقوق تطبیقی، نشر میزان، چاپ اول، زمستان ۱۳۷۸.
- ۷- روابط عمومی شهربانی کشور، پلیس ایران، مهرماه ۱۳۵۵.
- ۸- شامبیاتی، دکتر هوشنگ، بزهکاری اطفال و نوجوانان، انتشارات ژوبین، چاپ دهم، ۱۳۸۰.
- ۹- عباچی، مریم، حقوق کیفری اطفال در اسناد سازمان ملل متحد، انتشارات مجد، ۱۳۸۰.

۱۰- علومی، دکتر رضا، بزهکاران نوجوان، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۴۸.

۱۱- غفوری غروی، دکتر سیدحسن، انگیزه شناسی جنایی، پژوهشی درباره بزهکاری اطفال و نوجوانان در ایران، انتشارات دانشگاه ملی ایران، ۱۳۵۹.

۱۲- محسنی، دکتر مرتضی، دوره حقوق جزای عمومی، جلد اول، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۷۵.

۲- مقاله‌ها

۱۳- بارکلی، گوردن، نظام عدالت کیفری در انگلستان و ولز، ترجمه دکتر نسرین مهرا، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۷-۱۶، از پاییز ۷۴ تا بهار ۷۵.

۱۴- دانش، دکتر تاج زمان، دادگاه‌های خانواده در ژاپن، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۱۸، دی ماه ۱۳۵۴.

۱۵- ریاجی رالف، تجربه کشور لبنان در دادرسی ویژه نوجوانان، از مجموعه سخنرانی‌های ارائه شده در سمینار دادرسی ویژه نوجوانان در تهران، ترجمه حمید مرعشی، صندوق کودکان سازمان ملل متحد (یونیسف) و معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، چاپ اول، پاییز ۱۳۷۹.

۱۶- مظلومان، دکتر رضا، اثر محیط تحصیلی در بزهکاری، ماهنامه قضایی، شماره ۵۰، آبان ۱۳۵۱.

۱۷- _____، داوری درباره بزهکار بدون شناخت او بی‌عدالتی

- است، مجله کانون و کلای دادگستری، شماره ۱۲۶، بهار ۱۳۵۳.
- ۱۸- ملک یونان، ژرژ، مسئولیت اجرایی در حقوق و قوانین ایالات متحده آمریکا، مجله حقوق و مردم، شماره ۸، تابستان ۱۳۴۶.
- ۱۹- همدانی، دکتر علی ا...، عوامل ارتکاب جرم و خطای جوانان و اطفال چیست؟، مجله حقوق امروز، شماره ۳ و ۴، اردیبهشت و خرداد ۱۳۴۲.

ب - عربی

- ۲۰- حرب محسن، ابراهیم، اجرائات ملاحقه الاحداث الجانحين فی مرحله ماقبل المحاکمه استدالات و تحقیقات، مکتبه الدارالثقافه، الإصدارالاول، ۱۹۹۹.

ج - انگلیسی

- 21- Ashworth, Andrew, The Criminal Process, Oxford University Press, second edition, 1998.
- 22- Bartollas, Clemens, Juvenile Delinquency, Allyn and Bacon, Fifth edition, 2000.
- 23- Elliott, Catherine & Quinn, Frances, English Legal System, person education limited, third edition, 2000.
- 24- Gaines, Larry K. Kaun, Michael & Miller, Roger Leroy, Criminal Justice in Action, wadsworth publishing company, 2000.
- 25- Siegel, Larry J., Criminology, wadsworth publishing company,

eight edition, 2003.

26- Siegel, Larry J. & Senna, Joseph J., Juvenile Delinquency, wadsworth publishing company, seventh edition, 2000.

27- Stuckey, Gilbert B., Robertson, Cliff & Wallace, Harrey, Procedures in Justice System, Prentice Hall, Sixth edition, 2001.

28- Tappan, Paul W., Juvenile Delinquency, Mc grow-hill Book Company, Inc., 1949.

استفاده از بندر امن یکی از تعهدات مستأجر کشتی

دکتر مسعود اربابی*

چکیده

یکی از تعهدات مهم مستأجر کشتی استفاده از بندر امن است که در امنیت کشتی بسیار مهم است. اگر مستأجر از بندر امن استفاده نکند و این امر باعث ورود خسارت به کشتی شود مسؤول است. بنابراین مهم است که معنا و مفهوم بندر امن معلوم شود تا در یابیم که آیا ناامنی بندر باعث خسارت به کشتی شده یا مسأله دیگری مثل عدم قابلیت دریانوردی کشتی.

* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

مقدمه

بنادر امن (Safe Ports) یکی از عوامل مؤثر در سلامت و امنیت کشتی است و از وقوع مشکلات بسیاری نظیر به گل نشستن و خسارات وارده به کشتی و کالا و مسافر جلوگیری می‌کند. قانون دریایی ایران مصوب ۱۳۴۳ صراحتی در خصوص تعهد مستأجر به معرفی و استفاده از بندر امن ندارد اما بند ۱ ماده ۱۴۳ قانون فوق، مستأجر کشتی را موظف نموده است که کشتی را مطابق قرارداد اجاره کشتی بارگیری نماید و از آنجا که بکارگیری بندر امن توسط مستأجر معمولاً از تعهدات صریح قراردادی مستأجر می‌باشد، بنابراین مستأجر باید بندر امنی را جهت استفاده از کشتی بکارگیرد و الا مسؤول ورود خسارت به کشتی به لحاظ ناامنی بندر خواهد بود. مستأجر در قراردادهای نمونه اجاره کشتی متعهد می‌شود که کشتی را بین بنادر امن و غیرخطرناک و در محل‌هایی که همیشه شناور باقی بماند به کارگیرد.^۱ از طرف دیگر ید مستأجر، در قرارداد اجاره، ید امانی است یعنی نباید در استفاده و نگهداری مال مورد اجاره تعدی و تفریط نماید و الا ضامن خسارات وارده خواهد بود.^۲

لذا در معرض خطر قرارداد کشتی، از جمله استفاده از بنادر ناامن، تقصیری است از ناحیه مستأجر که ید امانی او را به ید ضمانی بدل می‌کند و وی را مسؤول هرگونه خساراتی می‌سازد که به کشتی وارد می‌شود.

۱. ماده ۲ فرم ۱۹۳۹. Baltimore Charterparty.

۲. ماده ۴۹۳ قانون مدنی ایران.

تعریف بندر امن

نخستین سؤال این است که «بندر امن» یعنی چه؟ کدام بندر امن و کدام بندر نا امن است؟ پاسخ به این سؤال و روشن شدن معنی و مفهوم بندر امن در مسئولیت یا عدم مسئولیت مستأجر بخاطر خسارات وارده ناشی از نا امنی بندر اهمیت بالایی دارد. علاوه بر این باید روشن شود که آیا خسارات وارده به کشتی ناشی از نا امنی بندر بوده است یا ناشی از علت دیگری و در صورت تعدد علت، علت اصلی ورود خسارت چه بوده است؟ در قانون دریایی ایران واژه «بندر امن» و معنا و مفهوم آن ذکر نشده است ولی با توجه به مطالب فوق که مستأجر متعهد به معرفی و استفاده از بندر امن و غیرخطرناک می باشد لازم است که معنی و مفهوم بندر امن روشن شود. البته به نظر می رسد که شاید قانونگذار عمداً به تعریف و تبیین بندر امن نپرداخته و آن را به عرف و نظر قضات دادگاه سپرده است تا یکایک، بررسی شود زیرا ارائه یک تعریف جامع و مانع از بندر امن تقریباً غیر ممکن است چرا که مفهوم «بندر امن» مفهومی نسبی است. یک بندر ممکن است در فصلی از سال امن تلقی گردد و در فصلی دیگر، نا امن. ممکن است با توجه به عمق آب و تپه ها و موانع زیر آب، برای یک کشتی با وضعیتی که دارد و کالایی که حمل می کند امن و برای کشتی دیگر نا امن باشد. حتی ممکن است گلوگاهها و راههای ورودی یک بندر، آن بندر را برای یک کشتی خاص با وضعیتی که دارد نا امن سازد.

بنابراین برای روشن شدن مفهوم بندر امن شاید بهترین روش این باشد که بعضی آراء و تصمیمات دادگاهها بویژه دادگاههای انگلستان را

بررسی کنیم، چرا که انگلستان کشوری است دریایی و دارای سابقه طولانی در دریانوردی، کشتیرانی و مسائل حقوقی آن.

در سال ۱۹۱۴ قاضی Sankey در پرونده Hall Bros v. Paul Ltd. بندر امن را چنین تعریف کرد:^۳

«بندر امن بندری است که کشتی بتواند با آن وضعیتی که دارد در آن بندر پهلو گیرد، بارگیری یا تخلیه نماید به گونه‌ای که همواره شناور باقی ماند». گفته می‌شود که جمله «همواره شناور باقی ماند» یعنی این که کشتی با کف و بستر دریا تماس پیدا نکرده و برخوردی نداشته باشد. به نظر می‌رسد شرطی که در حال حاضر در بعضی از فرم‌های استاندارد قرارداد اجاره کشتی راجع به بندر امن وجود دارد متأثر از همین تعریف قاضی Sankey باشد. به عنوان مثال ماده ۲ فرم Baltimore Charterparty چنین مقرر می‌دارد: «کشتی باید بین بنادر امن و غیرخطرناک و در محل‌هایی که همواره به طور امنی شناور باقی ماند به کار گرفته شود»،

در تعریف قاضی Sankey از بندر امن نواقصی به چشم می‌خورد از جمله این که ایشان در تعریف خود گلوگاه‌ها و راه‌های ورودی بندر را که دسترسی کشتی به بندر را ممکن می‌سازند در نظر نگرفته است چه بسا این گلوگاه‌ها و راه‌ها برای کشتی مربوطه نامناسب بوده و ایجاد خطر نمایند به گونه‌ای که بندر مربوطه را برای آن کشتی ناامن سازد. مثلاً در پرونده G.w. Grace & Co. Ltd. v. General Steam Navigation Co. Ltd.^۴

3. E.R. Hardly Ivamy, *Carriage of Goods by Sea*, 12 th ed., p. 144; Scrutton on Charterparties, 18 th ed., London, 1984.

4. [1950] 1 All E.R. p. 200, Cited in E.R. Hardly Ivamy, supra, F.N. 5. p. 31.

مستأجر به کشتی که تحت قرارداد اجاره کشتی زمانی (Time Charterparty) بود دستور داد که به بندر هامبورگ برود. ناخدا در جهت انجام دستور مستأجر اقدام و کشتی در نزدیکی‌های بندر هامبورگ با توده‌های عظیم یخ برخورد نمود و خسارت دید. دادگاه، بندر هامبورگ را به لحاظ راه‌های ورودی ناامن و خطرناک به بندر، ناامن تشخیص و مستأجر را مسؤول جبران خسارت موجد دانست. تعریف قاضی Sankey همچنین ناظر به خروج کشتی از بندر مربوطه نمی‌باشد. چه بسا بندری در برهه‌ای از زمان مثلاً برای ورود کشتی‌ای خاص جهت بارگیری یا تخلیه امن باشد ولی در برهه‌ای دیگر از زمان برای سرگشت و خروج همان کشتی از بندر، ناامن باشد. بنابراین مضافاً باید گفت بندر امن بندری است که، علاوه بر خصایص مذکور توسط قاضی Sankey، کشتی مربوط، بتواند به سلامت از آن خارج و مراجعت نماید. در پرونده The Khian Sea (1977)، به کشتی «خیان سی» دستور داده شد تا به اسکله بارن در بندر والپارایزو برود، اسکله‌ای که در معرض طغیان شدید آب به خاطر شرایط بد آب و هوایی قرار داشت و دو کشتی دیگر به قدری نزدیک با این اسکله بودند که امکان ترک بندر برای کشتی خیان سی تا زمانی که آنها جابجا می‌شدند وجود نداشت. بخاطر این وضعیت به کشتی خیان سی خساراتی وارد شد. در این پرونده دادگاه اسکله بارن و در نتیجه بندر والپارایزو را برای کشتی مربوطه ناامن تشخیص داد به این دلیل که کشتی‌هایی که بدین صورت اسکله بارن را مورد استفاده قرار می‌دهند فضای آبی کافی را جهت ترک بندر، در صورت ضرورت ترک فوری بندر، ندارند.

در سال ۱۹۵۸ پرونده Societe F. v. Leeds Shipping Co. Ltd. در Bunge^۵ مطرح شد که طبق قرارداد اجاره کشتی مستأجر می‌بایست دستور رفتن کشتی به یک یا دو بندر امن در مراکش را صادر می‌کرد. مستأجر به کشتی دستور داد تا به بندر موگادور برود. در این بندر هیچ‌گونه حفاظی برای جلوگیری از وزش شدید بادهای موسمی وجود نداشت و احتمال شروع ناگهانی طوفانی وجود داشت که به سرعت باعث درهم کوبیدن لنگر کشتی می‌شد. از طرفی این بندر نزدیک به صخره‌هایی بود که محوطه لنگرگاه را بسیار محدود می‌کرد. متأسفانه در اثر وزش طوفان شدید، کشتی به صخره‌های اطراف برخورد کرد و خسارتهایی به آن وارد شد. موجر علیه مستأجر بخاطر نقض تعهد معرفی بندر امن و ورود خسارت شکایت نمود و تقاضای جبران خسارت کرد. دادگاه رأی داد که بندر موگادور ناامن بوده و مستأجر مسؤول جبران خسارت وارده به موجر است. در این پرونده قاضی Sellers درخصوص تعریف بندر امن اظهار داشت:

«بندر امن بندری است که کشتی مربوطه بتواند در زمان مربوطه بدان دسترسی داشته، وارد شود، از آن استفاده نماید و مراجعت کند و، در صورت عدم وجود وقایع غیرمعمول، در معرض خطراتی نباشد که نتوان از آن خطرات با دریانوردی صحیح و دریانوردان خوب اجتناب نمود.»

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود تعریف قاضی Sellers کامل‌تر، جامع‌تر و دقیق‌تر و باظرافت بیشتری نسبت به تعریف قاضی Sankey بیان شده است چرا که اولاً از واژه «کشتی مربوطه» استفاده نموده است یعنی

5. The Eastern City (1958). 2 Lloyd's Rep., p. 127 Cited in E.R.H. Ivamy, supra p. 144.

امن یا ناامن بودن بندر را کاملاً در ارتباط با کشتی در نظر می‌گیرد که می‌خواهد با آن شرایطی که دارد از آن استفاده نماید، و ثانیاً واژه «زمان مربوطه» را به کار برده است یعنی زمانی را در نظر می‌گیرد که قرار است کشتی مربوطه از راه‌ها و گلوگاه‌های بندر به آن بندر وارد، از آن استفاده و سپس از آن خارج شود. لذا بندر ممکن است برای کشتی‌ای که در پرونده مطرح است ناامن باشد ولی برای کشتی دیگر با شرایط دیگر امن باشد و یا بندر ممکن است برای کشتی مورد بحث در زمان مربوطه امن باشد ولی برای همین کشتی در زمان و فصل دیگر ناامن باشد. به همین دلیل است که به طور مطلق نمی‌توان گفت که بندری امن است یا ناامن. باید هر پرونده را به طور مجزا با توجه به کشتی مربوطه و زمان مربوطه جهت ورود و خروج و دیگر عواملی که ممکن است مطرح شوند مسورد بررسی قرار داد و بعد درخصوص امن یا ناامن بودن بندر تصمیم گرفت.

نکته قابل توجه و با اهمیت در تعریف قاضی Sellers از بندر امن این است که وی از جمله «و در معرض خطرانی نباشد که نتوان از آن خطرات با دریانوردی صحیح و دریانوردان خوب اجتناب نمود»، استفاده کرده است یعنی آن دسته از خطرات دریایی را که بتوان از آنها با دریانوردی صحیح و دریانوردان خوب اجتناب کرد اصولاً جزء خطرات معمول دریا و بنادر دانسته و در شمار خطرانی که بندر را ناامن می‌سازد به حساب نیاورده است. این نظر صحیح بنظر می‌رسد زیرا همه بنادر طبیعتاً با خطراتی همراه هستند و نباید چنین تصور کرد که صرف وجود هر نوع خطری بندر را ناامن می‌سازد زیرا در صورت چنین تصویری باید گفت که همه بنادر ناامن و غیرقابل استفاده هستند. بنابراین، نظریه صحیح،

همان طور که قاضی Sellers بیان داشته، این است که خطرات معمول بنادر را به دو نوع تقسیم کنیم:

۱- خطرات قابل اجتناب با دریانوردی صحیح و دریانوردان خوب

خطراتی که با دریانوردی صحیح و دریانوردان خوب بتوان با آنها دست و پنجه نرم کرد و از عهده آنها برآمد، بنادر را ناامن نمی‌سازد. لذا خسارات ناشی از این خطرات در واقع نه به لحاظ ناامنی بندر بلکه به خاطر عدم وجود دریانوردی صحیح و دریانوردان خوب و شایسته است. یعنی باید علت خسارت را نه در ناامنی بندر که در عدم قابلیت دریانوردی کشتی (unseaworthiness)، جستجو کرد چرا که یکی از مصادیق قابلیت دریانوردی کشتی (Seaworthiness) به عنوان یکی از تعهدات ضمنی مهم موجر، این است که افرادی لایق، شایسته، کاردان و کارآمد را در مقام خدمه کشتی بکار بگمارد که بتوانند دریانوردی صحیح بنمایند و از عهده خطرات معمول دریایی و بنادر برآیند و در غیر این صورت موجر به لحاظ نقض تعهد قابلیت دریانوردی کشتی، که برای آن مسئولیت مطلق (Strict Liability) دارد، مسؤول جبران خسارت وارده به مستأجر می‌باشد. لذا در اینجا ناامنی بندر موضوعیت نداشته و مستأجر مسئولیتی در برابر موجر در این خصوص ندارد. به عبارت دیگر امن بودن بندر باید با توجه به کشتی‌ای مورد نظر قرار گیرد که از هر نظر تجهیز شده و دارای قابلیت دریانوردی باشد یعنی از جمله دارای دریانوردان خوب و شایسته‌ای باشد و با وجود چنین افرادی، بدون قصور و غفلت، دریانوردی صحیح نماید.^۶ در

6. E.R. H. Ivamy, op. cit., p. 144.

پرونده The M/V Aurora 2000 مستأجر، طبق قرارداد اجاره کشتی موظف به معرفی بندر امن جهت بارگیری کالا بود. کشتی پس از بارگیری در بندر Gros Cacouna که در محاصره توده‌هایی از یخ قرار داشت، دچار خسارت شد. موجر از مستأجر به خاطر معرفی بندر ناامن شکایت و تقاضای جبران خسارت نمود. هیأت رسیدگی داوری چنین رأی داد که اگرچه شرایط یخ‌بندان در بندر وجود داشته اما حقایق قضیه به گونه‌ای بوده که نشان می‌دهد علت ورود خسارت یخ‌بندان بندر نبوده بلکه قصور و غفلت کارکنان کشتی در امر دریانوردی صحیح بوده است که این امر مربوط به وظیفه خود موجر در قابلیت دریانوردی نمودن کشتی است و ربطی به مستأجر ندارد. فلذا مستأجر را مسؤول ندانست به عبارت دیگر صرف یخ‌بندان هرچند که خطر معمول دریایی است اگر با دریانوردی صحیح و دریانوردان مجرب قابل اجتناب باشد بندر را ناامن نمی‌سازد. هیأت داوری در اتخاذ چنین تصمیمی به پرونده The Eastern City^۷ در خصوص تعریف بندر امن استناد کرد مبنی بر این که: «بندر، امن نخواهد بود مگر این که در مدت زمان مربوطه، کشتی مورد نظر بتواند به آن دسترسی داشته، از آن استفاده نموده و مراجعت نماید بدون این که، در صورت نبود حوادث غیرمعمول، در معرض خطراتی باشد که نتوان از آن خطرات با دریانوردی صحیح و دریانوردان خوب اجتناب نمود». نتیجه این که در صورت بروز خسارات باید بسیار دقت نمود که آیا خسارات وارده به کشتی به لحاظ ناامنی بندر بوده است یا به لحاظ عدم قابلیت دریانوردی کشتی زیرا در هر صورت نتیجه متفاوت خواهد بود. اگر

7. [1958] 2 LLOYDS Rep. p. 127.

خسارت به لحاظ ناامنی بندر باشد مستأجر مسؤول خسارت وارده به موجر خواهد بود ولی اگر خسارت وارده به کشتی به خاطر عدم قابلیت دریانوردی باشد که هیچ ربطی به ناامنی بندر ندارد و نه تنها مستأجر مسؤول آن خسارت نخواهد بود بلکه در صورت وجود خسارت ممکن است موجر مسؤول خسارت وارده به مستأجر باشد.

۲- خطرات غیر قابل اجتناب حتی با وجود دریانوردی صحیح و دریانوردان خوب بر طبق تعریف قاضی Sellers این خطرات هستند که باعث ناامنی بندر می‌شوند یعنی خطراتی که نتوان حتی با وجود دریانوردی صحیح و دریانوردان خوب، با آنها مقابله کرد و از عهده آنها برآمد چنین خطرانی، بندر را ناامن ساخته و مستأجر را مسؤول خسارات وارده به کشتی می‌سازد. در قضیه *G.W. Grace & Co. v. General Steam Navigation* (1950) مستأجر به کشتی دستور داد به بندر هامبورگ برود. کشتی در نزدیکی‌های بندر هامبورگ با توده‌های عظیمی از یخ برخورد کرد و خسارت دید. وضعیت به گونه‌ای بود که حتی با دریانوردی صحیحی که توسط دریانوردان خوب کشتی صورت گرفت امکان جلوگیری از برخورد وجود نداشت لذا دادگاه تصمیم گرفت که بندر هامبورگ ناامن بوده و مستأجر مسؤول جبران خسارات وارده به کشتی است. در قضیه *"The Dagmar 1968"* مستأجر به کشتی دستور داد به بندر *Cape Chat* در ایالت *Quebec* برود. کشتی وارد بندر شد و زمانی که در حال بارگیری بود وزش باد شدت گرفت، طغیان آب افزایش یافت، کشتی به گل نشست و خسارت دید. موجر در شکایتی علیه مستأجر مدعی شد که بندر معرفی

شده توسط مستأجر ناامن و خطرناک بوده است چرا که اسکله مربوطه هیچ گونه حفاظی برای جلوگیری از بادهای شمالی موسمی نداشته و همچنین هیچ گونه وسایل پیش‌بینی آب و هوا در بندر برای کشتی وجود نداشته و مستأجر هم به ناخدا اطلاع نداده که به آب و هوای بد و طوفانی نزدیک می‌شود. لذا موجر تقاضای جبران خسارت کرد.

دادگاه باتوجه به پرونده‌های قبلی از جمله "The Eastern City" رأی داد که بندر Quebec ناامن بوده است و مستأجر مسؤول است زیرا امکان مقابله و مواجهه با چنین خطری باتوجه به دریانوردی صحیحی که از سوی دریانوردان خوب کشتی صورت گرفته وجود نداشته است. در عین حال دادگاه چنین نظر داد که مستأجر مسؤولیتی نداشت اگر به کشتی اطلاع می‌داد که: الف - کشتی هیچ گونه اطلاعات آب و هوایی از ساحل بندر دریافت نمی‌کند و فقط باید بر روی منابع و وسایل خود جهت اطلاع از اوضاع جوی تکیه نماید و، ب - بندر در آب و هوا و طوفان‌های شدید برای باقی ماندن کشتی ناامن است. لذا چون که مستأجر فقط بند «ب» را به موجر اطلاع داده بوده و از بند الف اطلاعی نداده بود در نتیجه مسؤول جبران خسارت موجر شناخته شد.

البته تعریف قاضی Sellers از بندر امن در عین حال که متضمن خطرات قابل اجتناب با دریانوردی صحیح و دریانوردان خوب است و دلالت بر ناامنی بندر به لحاظ خطرات غیرقابل اجتناب با دریانوردی صحیح و دریانوردان خوب دارد آمیخته و همراه با عبارت «در صورت عدم وجود وقایع غیرمعمول» می‌باشد که باید در نظر گرفته شود. این تعریف، وقایع غیرمعمول را، هرچند باعث ناامنی بندر شوند، دخیل و اثرگذار در تعریف

بندر امن به آن معنایی که مورد تعهد مستأجر است نمی‌داند. لذا بندر امن مورد تعهد مستأجر را بایستی بدین معنی در نظر داشت که اگر بندری به خاطر وقایع غیر معمول، مثل زلزله‌های دریایی که غیر قابل کنترل و پیش‌بینی هستند، خطرناک و ناامن شود این بندر را نمی‌توان بندر ناامن به آن معنایی که موجب مسؤلیت مستأجر به لحاظ خسارات وارده شود تلقی نمود. نتیجه نهایی این قسمت از بحث این است که تنها آن دسته از خطرات دریایی که اولاً ناشی از وقایع غیر معمول دریایی نباشد و ثانیاً با دریانوردی صحیح و دریانوردان خوب هم نتوان با آنها مقابله کرد و از عهده آنها برآمد جزء خطرناکی است که بندر را ناامن می‌سازد و متضمن مسؤلیت مستأجر است. به عبارت دیگر خطرات قابل اجتناب با دریانوردی صحیح و دریانوردان خوب بندر را ناامن نساخته و در نتیجه متضمن مسؤلیتی برای مستأجر نیست، همچنین خطرات ناشی از وقایع غیر معمول دریایی، اگرچه ممکن است بندر را ناامن سازد، اما مسؤلیت مستأجر را در بر ندارد.

وظیفه ناخدا در رابطه با بندر امن

نکته مهمی که در رابطه با بندر امن باید به آن توجه داشت این است که اگر ناخدا غیر عاقلانه عمل کند یعنی پس از گرفتن دستور از مستأجر، بداند یا اطلاع یابد که بندر معرفی شده توسط مستأجر ناامن است و علی‌رغم علم و اطلاع دقیق خودش از ناامنی بندر و صرفاً بنا به دستور مستأجر اقدام به رفتن به آن بندر کند و خسارت حاصل شود در این جا مستأجر مسؤول نمی‌باشد. این قاعده در پرونده *The Dagmar* (1968) که

در بالا ذکر شد بوجود آمد. بنابراین هرگاه مستأجر با بررسی‌های خود به این نتیجه برسد که بندری امن است و به ناخدا دستور دهد که به آن بندر برود در حالی که ناخدا با اطلاعات بسیار دقیق علم و اطلاع داشته باشد که آن بندر امن نیست و اجرای دستور مستأجر خطر آفرین است، در این صورت، ناخدا، علی‌رغم دستور مستأجر، نباید به آن بندر برود و اگر برود و کشتی خسارت ببیند ناخدا مسؤول است زیرا خودش باعث ورود ضرر گردیده است و مستأجر مسؤولیتی نخواهد داشت.

البته نباید تصور کرد که ناخدا با نرفتن به آن بندر مرتکب نقض قرارداد شده است زیرا وظیفه قراردادی او این نبوده است که به هر بندر معرفی شده توسط مستأجر، ولو بندر ناامن، برود بلکه وی موظف بوده است بنا به دستور مستأجر به بندری برود که امن باشد و نه ناامن. فلذا اگر ناخدا از ناامنی بندر بنا به دلایل موثق و کافی علم و اطلاع داشته باشد دیگر تکلیفی برای رفتن به آن بندر نداشته و نرفتن او نقض قرارداد محسوب نمی‌شود. ماده ۱۵۵ قانون دریایی ایران نیز مقرر می‌دارد که اگر دستور مستأجر غیرقابل اجرا باشد، فرمانده تکلیفی به انجام آن ندارد بلکه باید کالا را با توجه به حفظ منافع فرستنده و در صورت نبود شرط صریح مخالف در قرارداد،^۸ به نحو احسن در نزدیکترین بندر تخلیه نماید، یا به بندر مبدأ باز گرداند.

۸. ماده ۱۶۱ قانون دریایی ایران.

وظیفه مستأجر به معرفی بندری که انتظار می‌رود امن باشد

Duty of Charterer to introduce a Prospective Safe Port

تا سال ۱۹۷۹ یعنی قبل از این که پرونده *The Evia No.2* در دادگاه‌های انگلستان مطرح شود معنا و مفهوم بندر امن همان بود که در بالا شرح داده شد یعنی بندری که مستأجر معرفی می‌کرد و به ناخدا دستور می‌داد که به آن برود باید صرف‌نظر از وقایع غیر معمول، امن می‌بود یعنی باید واقعاً امن، به آن معنایی که در بالا گفته شد، می‌بود. اگر بندری در حقیقت ناامن می‌بود مستأجر مسئول شناخته می‌شد و این مسأله که افرادی کاملاً مطلع، باتوجه به اوضاع و احوال و انتظارات موجود، بندر را اشتباهاً امن اعلام کرده بودند مهم نبود و تغییری در قضیه ایجاد نمی‌کرد.^۹ به عبارت دیگر صرف این که بندری به طور منتظره‌ای امن می‌بود یعنی انتظار یک مستأجر معقول و متعارف از آن بندر، با توجه به اطلاعات و اوضاع و احوال موجود، به عنوان یک بندر امن، کفایت نمی‌کرد و او باید بندری را معرفی می‌کرد که واقعاً امن باشد. این وظیفه، یک وظیفه دشوار و غیرمنصفانه به نظر می‌رسید زیرا برای اکثریت بالایی از افراد، از جمله یک مستأجر معقول و متعارف این امکان وجود نداشت که از همه اطلاعات و اوضاع و احوال مربوط به امنیت بندر، از جمله اطلاعات سری و بکلی سری منطقه آگاه باشد و آنها را در معرفی بندر امن در نظر بگیرد. بر همین اساس دادگاه در پرونده "*The Evia No.2*" در تعریف بندر امن تحولی

9. *Kodros Shipping Corp'n v. Empresa cubana de Fletes, The Evia No. 2* (1982) 2 Lloyd's Rep. p. 307, HL.

10. E.R. H. Ivamy, op. cit., p. 144; *G.W. Grace & Co. Ltd. v. General Steam Navigation Co. Ltd.* [1950].

ایجاد کرد و درخصوص معنا و مفهوم بندر امن به قاعده‌ای دست یافت که تا حدود زیادی منصفانه‌تر بود و آن این که مستأجر وظیفه دارد بندری را معرفی نماید که به طور منتظره‌ای برای کشتی مورد نظر امن باشد یعنی انتظار او از بندر، با توجه به اوضاع و احوال موجود در زمان دستور، به عنوان یک بندر امن باشد. اگر مستأجر چنین کند به وظیفه خود عمل نموده است ولو این که آن بندر به هنگام معرفی واقعاً امن نبوده باشد.

در پرونده‌ای* زمانی مقرر شده بود که مستأجرین باید کشتی را بین بنادر امن به کار گیرند و فقط دستور رفتن به سوی بنادر امن را صادر نمایند. کشتی در ۲۰ مارس ۱۹۸۰ مقادیری سیمان را از کوبا بار گرفت، و مستأجرین به کشتی دستور دادند که به سوی بندر بصره عراق حرکت نماید. کشتی در ۲۰ اوت ۱۹۸۰ (۲۹ مرداد ماه ۱۳۵۹) وارد بندر بصره شد و شروع به تخلیه نمود. تخلیه کامل در ۲۲ سپتامبر ۱۹۸۰ صورت گرفت یعنی زمانی که جنگ تحمیلی عراق علیه ایران آغاز شده بود به گونه‌ای که امکان ترک بندر بصره برای کشتی به لحاظ وقوع جنگ و مبادله آتش سنگین وجود نداشت. کشتی مجبور شد برای مدت طولانی در بصره بماند و موجرین ادعای خسارت از مستأجرین به لحاظ نقض قرارداد و معرفی بندر ناامن نمودند. مجلس اعیان انگلستان (House of Lords) چنین رأی داد که چون بندر بصره در زمان دستور مستأجر به طور منتظره‌ای برای رفتن کشتی به آنجا، تخلیه و ترک بندر امن بوده است و حوادث غیرمنتظره پس از ورود کشتی مانع مراجعت کشتی از بندر بصره شده است بنابراین تعهد مستأجر به معرفی بندر امن نقض نشده و مستأجر مسؤول خسارات وارده

* The Evia No.2.

نمی‌باشد.

باید توجه داشت که دادگاه در پرونده "The Evia No.2" قاعده وظیفه اولیه و وظیفه ثانویه مستأجر را در رابطه با معرفی بندر امن وضع نمود. وظیفه اولیه مستأجر این است که بندری را معرفی و دستور رفتن کشتی به آن را صادر نماید که این بندر در زمان دستور به طور منتظره‌ای امن باشد. وظیفه ثانویه مستأجر زمانی حادث می‌شود که پس از انجام وظیفه اولیه کاشف به عمل آید که بندر مربوطه، هرچند به طور منتظره‌ای در زمان دستور امن بوده، ولی به واقع ناامن بوده است یا شرایط جدیدی بوجود آمده که بندر مربوطه را ناامن ساخته است. این وضعیت خود دو حالت می‌تواند داشته باشد:

- **حالت اول:** این که وضعیت ناامنی بندر پس از صدور دستور و قبل از ورود کشتی به بندر آشکار شده یا بوجود آمده که در این صورت وظیفه ثانویه مستأجر این است که بلافاصله دستور اولیه خود را لغو نموده و به کشتی دستور دهد که به سوی بندر دیگری که در زمان دستور جدید به طور منتظره‌ای امن است برود.

- **حالت دوم:** این که وضعیت ناامنی بندر پس از صدور دستور و بعد از ورود کشتی به بندر مربوطه آشکار شده یا بوجود آمده که در این صورت اگر برای کشتی این امکان وجود داشته باشد که با ترک فوری بندر، صرف نظر از تکمیل بارگیری یا تخلیه، از آن خطر اجتناب نماید مستأجر دارای وظیفه ثانویه‌ای خواهد شد که بلافاصله دستور دهد که کشتی فوراً بندر را ترک نموده و به سوی بندر دیگری که به طور منتظره‌ای امن باشد حرکت کند اعم از این که عملیات تخلیه یا بارگیری را

کامل کرده باشد یا نه، و اگر برای کشتی امکان ترک بندر برای اجتناب از آن خطر به هیچ طریقی وجود نداشته باشد مستأجر، در این حالت دارای وظیفه ثانویه برای معرفی بندر امن دیگری نخواهد بود و اساساً چنین وظیفه‌ای موضوعیت پیدا نمی‌کند چون بر معرفی بندر امن فایده و اثری مترتب نخواهد شد. قضیه و حقایق موجود در پرونده "The Evia No.2" دقیقاً بر همین مورد اخیر منطبق بود یعنی پس از این که کشتی وارد بندر بصره شد و در حال عملیات تخلیه بود بندر بصره به ناگاه بقدری ناامن شد که امکان ترک بندر به هیچ وجه برای کشتی وجود نداشت لذا وظیفه ثانویه برای مستأجر حادث نشد. دادگاه با بررسی حقایق پرونده دریافت که مستأجر به وظیفه اولیه خود در خصوص معرفی بندر امن عمل کرده و بندری را معرفی نموده که در زمان صدور دستور به طور منتظره‌ای امن بوده است و وظیفه ثانویه‌ای هم برای وی متصور نمی‌باشد، لذا رأی به عدم مسؤلیت مستأجر صادر نمود.

نتیجه گیری

امن بودن بندر مورد استفاده کشتی که در سلامت و امنیت کشتی، مسافر و کالا نقش به سزایی دارد یکی از تعهدات مستأجر کشتی است. لذا مستأجر کشتی موظف است بندری را تعیین و دستور رفتن کشتی به آن را صادر نماید که امن باشد و الا در صورت ناامنی بندر و ورود خسارت به کشتی، مستأجر مسؤول خواهد بود. بنابراین لازم است که معنا و مفهوم بندر امن روشن شود تا بتوان اظهار نظر نمود که آیا ناامنی بندر علت بروز خسارت وارده به کشتی بوده است یا مسأله دیگری. با بررسی‌های انجام شده در این مقاله به این نتیجه می‌رسیم که تنها آن دسته از خطرات دریایی که ناشی از وقایع معمول نبوده و با دریانوردی صحیح و دریانوردان خوب هم نتوان با آنها مقابله و از عهده آنها برآمد بندر را ناامن می‌سازد و موجب مسؤولیت مستأجر است. البته برطبق تحولات جدید پیرامون معنا و مفهوم بندر امن دیگر لازم نیست که بندر معرفی شده توسط مستأجر در زمان دستور واقعاً امن باشد بلکه همین قدر کفایت می‌کند که با توجه به اوضاع و احوال و انتظارات معمول و متعارف انتظار می‌رود امن باشد.

بخش

ترجمه



رہیافت جرم شناختی و بزہ دیدہ شناختی بہ تروریسم^۱ (تحلیل جرم شناختی تروریسم)

نوشتہ: رنالد اُتف^۲

برگردان: علی حسین نجفی ابرندآبادی

نزدیک بہ سی سال است کہ از من دعوت می شود تا در ہمایش های مختلف علمی جنبہ جرم شناختی پدیده تروریسم را تشریح کنم کہ گاہ از نزدیک (چہ در منطقہ بریتانی واقع در شمال غرب فرانسه، چہ در منطقہ باسک واقع در جنوب غربی فرانسه و چہ در منطقہ خاورمیانہ) شاهد آن بودہ ام. اما ہر بار این پرسش برای من مطرح می شود کہ: تحلیل، بررسی و تبیین پدیده غیر قابل توضیح و دشواری چون تروریسم بہ چہ کار می آید و چہ فایده ای دارد؟

1. Reynald Ottenhof, Approche criminologique et victimologique du terrorisme, In SOS Attentats, Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale, Ed. Calmann - Lévy, 2003, pp. 487-499.

۲. آقای اُتف استاد ممتاز دانشگاه نانت (فرانسه)، معاون انجمن بین المللی حقوق کیفری (AIDP)، معاون مؤسسہ عالی بین المللی علوم جنایی (سیراکیوز ایتالیا) وابستہ بہ AIDP و مدیر مسؤول مجلہ بین المللی حقوق کیفری است.

چگونه و چرا باید برای تبیین جدی و، در صورت امکان، علمی رفتارهایی چون اعمال تروریستی که با قوانین بشریت بی‌اندازه مغایر هستند اقدام کرد؟ آیا تلاش برای درک [این پدیده]، تا اندازه‌ای به معنای قبول و حتی تأیید آن چیزی نیست که در درون خود ما نمی‌تواند واکنشی جز طرد و رد برانگیزد؟

ویژگی خاص تروریسم هم همین است که عمل غیر انسانی را به عمل وصف‌نشده تبدیل می‌کند، چنانکه حقوقدانانی که در مقام ارائه تعریف مناسبی برای آن است، تعریف دیگری جز این که: «تروریسم ... با استعمال و کاربرد ترور ... مشخص می‌شود»، پیدا نکرده است! ناگفته پیداست که ارائه تعریفی درست از تروریسم یک ضرورت حقوقی است. اما این یک مأموریت غیر ممکن نیست؟^۳

در این خصوص دست کم هشت معاهده بین‌المللی وجود دارد که در چارچوب سازمان ملل متحد تصویب شده است؛ به این معاهدات باید کنوانسیون‌های منطقه‌ای - همچون کنوانسیون‌های شورای اروپا - و نیز قوانین ملی (داخلی) را افزود. اما در این راه، همه آنها شکست خورده‌اند. باری، در نظام‌های سیاسی مردم‌سالار، اصل قانونی بودن، ارائه تعریفی حتی‌المقدور دقیق از اعمال تروریستی را، به منظور حصول اطمینان از مجازات عادلانه آنها، حکم می‌کند. تعریف آنچه را که افراد به طور

3. Eric Hugues, La notion de terrorisme en droit international: en quête d'une définition juridique, J.D.I., 2002, p. 753 et s.; P. Mertens, L'introuvable acte de terrorisme, U.L.B., 1994, p. 27 et s.; R. Ottenhof, Le droit pénal français à l'épreuve du terrorisme, In Rev. Sc. Crim., 1987, p. 607 et s.; M.H. Gozzi, Le terrorisme: essai d'une étude juridique, Thèse, Toulouse, 1997; M.L. Cesoni, Terrorismisme et involutions démocratiques, In Rev. Dr. pén. Crim. 2002, p. 141 et s.

شهودی (مکاشفه‌ای) احساس می‌کنند از نظر حقوقی دشوار است، همانند همه اشکال بزهکاری گروهی، از قدیمی‌ترین آنها گرفته تا جدیدترین این اشکال - چه کشتار دسته‌جمعی (ژنوساید)، جنایات جنگی یا جنایات علیه بشریت و چه امروز بزهکاری سازمان یافته - که تدوین‌کنندگان معاهدات بین‌المللی و نیز قانونگذاران ملی جملگی در مورد اصل و کیفیت مجازات آنها تقریباً موافقت، لیکن وقتی نوبت به محتوای تعریف این جرایم می‌رسد، اختلاف نظرهای زیادی بروز می‌کند.

ما اصل را بر این خواهیم گذاشت که مشکلات موجود بر سر راه بررسی حقوقی تروریسم، از عدم کفایت توسل به تحلیل جرم‌شناختی [و استفاده از یافته‌های آن درباره] این پدیده ناشی می‌شود. بدین ترتیب، فرضیه پژوهش حاضر مشخص می‌شود: به موجب این فرضیه «تحلیل جرم‌شناختی پدیده تروریسم منجر به گشایشی برای ارائه تعریف حقوقی آن می‌گردد».

برای بررسی درستی و وجاهت این فرضیه، اعمال قواعد روش‌شناختی مبنای جرم‌شناسی عمومی ضروری به نظر می‌رسد. قاعده نخست از قواعد مزبور، به هنگام تحلیل یک جنبه از پدیده جنایی، عبارتست از اعمال قاعده «سطوح تفسیر»^۴ که ما را ناگزیر از تفکیک بزه، بزهکار و بزهکاری از یکدیگر می‌کند. تسری این قاعده به بحث حاضر، یعنی تروریسم، ما را به ترتیب به مطالعه ترور (I) تروریست (II) و تروریسم (III) هدایت می‌کند.

۴. برای اطلاعات بیشتر در مورد سطوح سه‌گانه تفسیر پدیده مجرمانه رک. نجفی ابرند آبادی (ع.ج.)، نقش مطالعات و یافته‌های جرم‌شناسی در تحولات حقوق کیفری، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۴-۱۳، ۷۳-۱۳۷۲، ص ۵۷۲ و بعد. م.

I. ترور

تعریف‌های مشابه و تکراری^۵ از تروریسم به عنوان شیوه‌ای که مشتمل است بر توسل به ترور، بسیار به ندرت منجر به تحلیل خود ترور شده است. هِکِر ترور را «استفاده از ابزار سلطه، یعنی ارباب توسط قدرتمندان»،^۶ تعریف کرده است. این عبارت، همان انشائی است که نویسندگان قانون جزایی فرانسه در ماده ۱-۴۲۱ برای تعریف تروریسم انتخاب کرده‌اند: «اقدام فردی یا جمعی که هدف آن، اخلال شدید در نظم عمومی از طریق ارباب یا ترور است، تروریسم محسوب می‌شود». چنین تعاریفی با استفاده از واژه‌های مترادفی که به نوبه خود روشن‌تر از بقیه نیستند، در واقع منجر به جابه‌جایی مسأله می‌شود. حداکثر، می‌توان - همانطور که استاد ژرژ لواسور به درستی متذکر شده است - تصریح کرد که «ترور متمایل به تولید آثاری فیزیولوژیک، جسمانی و روان‌شناختی است».^۷

به نظر می‌رسد که تحقیق درباره معنای ترور به ما اجازه می‌دهد تا خصیصه گمراه کننده ناشی از جنبه‌های متنوع تروریسم را پشت سر گذاریم. با این وجود، درک پدیده، شرط اولیه تحلیل آن و بنابراین، شرط مقدماتی عملی ساختن واکنش اجتماعی متناسب علیه پدیده محسوب می‌شود. حال آن‌که در قلمرو تروریسم، اتخاذ رویه یا رفتار حاکی از درک، اغلب به عنوان رویه‌ای حاکی از تأیید آن تلقی می‌شود. به‌طور کلی

5. Définitions tautologiques (تعریف‌های همان گویانه).

6. F. Hacker, *Terreur et Terrorisme*, Ed. Flammarion, 1976, p. 21.

7. G. Levasseur, *Les aspects répressifs du terrorisme international*, Pedone, 1978, p. 63.

انسان از فقدان عینیت علمی بعضی مطالعات شگفت زده می‌شود که در آنها شیفتگی و دزدگی نسبت به پدیده تروریسم در کنار هم دیده می‌شود. ویژگی خاص ترور احتمالاً در همین نقطه قرار دارد. قدرت تروریسم در واقع قابلیت این پدیده در برانگیختن خیال‌پردازی‌های فردی یا جمعی با حمله به نمادهایی است که هدف آن از کار انداختن عقل [و اقدام‌های عاقلانه] از طریق بروز واکنش‌های غریزی احساسی [از سوی مسؤولان] است.

در روابط بین افراد و گروه‌ها، توسل به ترور همچون یک استراتژی (راهبرد) انقطاع متجلی می‌شود. به همین دلیل، با طرح بحث در قلمرو آسیب‌شناسی ارتباطات [بین اشخاص] است که تبیین ترور به عنوان پربارترین نحوه تحلیل تجلی پیدا می‌کند. از این منظر، می‌توان دو گزاره را مطرح کرد: ترور نوع یا شکلی از زبان است (الف) اما ترور نازل‌ترین شکل زبان است (ب).

الف: ترور به عنوان شکلی از زبان

این ادعا که ترور یک شکل از زبان است ممکن است ابتدائاً جسورانه به نظر آید. بدون این که وارد جنبه‌های مختلف زبان‌شناسی مُدرن^۸ بشویم که آورده‌های آن ممکن است در جرم‌شناسی بالینی مفید و مؤثر واقع شود، ذکر چند نکته ساده کافی است تا جهت تحلیل پیشنهادی ما مشخص شود. یک زبان، هم یک شیوه بیان و هم یک شیوه ارتباط محسوب می‌شود که ممکن است اشکال مختلفی به خود گیرد: زبان

8. La linguistique moderne.

گفتاری، زبان نوشتاری، زبان موسیقایی، زبان اندامی (بدنی) که اشکال آن‌گاه با یکدیگر ترکیب می‌شوند (آواز، رقص، لال‌بازی)؛ گاهی حرکات یک یا چند اندام بدن بر معنای یک واژه تأکید می‌کند یا آن را تعدیل می‌نماید، همانطور که گیومه مورد استفاده در بیان نوشتاری معاصر، در مقام جبران فقیر شدن واژه‌ها و اصطلاحات است.

در یک جامعه انسانی متمدن، زبان از واژه‌ها تشکیل شده است. تنظیم و آرایش آنها یک زبان را تشکیل می‌دهد که هدف آن تسهیل تبادلات بین افراد است. زبان بیان یک نیاز فیزیکی، روان‌شناختی، فرهنگی و حتی - برای بعضی‌ها - اقتصادی است: ارتباط برقرار کردن مستلزم وجود اراده تبادل است که به‌طور ساده و مختصر در داد و ستد بیان می‌شود. بدین منظور، باید قادر به متقاعد کردن و فریفتن بود، امری که مستلزم دروغ گفتن برای کتمان واقعیت و قابل قبول وانمود کردن آن برای دیگری نیز هست. این موضوع، دقیقاً آن چیزی است که استعاره زبان ازوپ - افسانه‌نویس یونانی - به خوبی مطرح می‌کند.

وقتی کلمات قدرت و توانایی متقاعد کردن و حفظ گفتگو را ندارند یا این که آن قدرت را دیگر از دست داده‌اند، در آن صورت است که اشکال نازل زبان ابراز وجود می‌کنند. موجود انسانی - که می‌گویند با کلام (و به عقیده بعضی‌ها از طریق کلام الهی) وجود دارد - تا بدان‌جا تنزل می‌کند که، برای تحت تأثیر قرار دادن مخاطب، با استفاده اجمالی از احساسات خود مانند ترس، دلهره، احسان یا ترحم به جایگزین‌هایی متوسل می‌شود. بدین سان است که زبان ضعیف را که با گریه، سکوت یا

انزواگزینی^۹ متجلی می‌شود در برابر زبان زور قرار می‌دهند: یعنی فریاد، تهدید، ضرب و شتم، خشونت، ترور. چنین تحول تدریجی در توسل به خشونت، گزاره دوم ما که ترور را نازل‌ترین شکل زبان تلقی می‌کند، توجیه می‌نماید.

ب: ترور به عنوان نازل‌ترین شکل زبان

تحلیل ساز و کار ترور ما را ناگزیر از پذیرفتن این واقعیت می‌کند که در برابر «نازل‌ترین شکل زبان» قرار داریم. هدف فقط این نیست که از طریق این اصطلاح، فرآیند را با توصیف تحقیرآمیز این شیوه بیان، تقبیح کنیم، بلکه منظور تأکید بر زوال تدریجی و مرحله‌ای یک شیوه ارتباط است که به سوی شیوه‌های ابتدایی بیان تنزل می‌کند.

۱- خصیصه آسیب‌شناختی زبان ترور با تکنیک گروگان‌گیری که منجر به مثلثی شدن^{۱۰} زبان می‌شود کاملاً تجلی پیدا می‌کند. به دلیل فقدان ارتباط مستقیم ممکن بین گروگان‌گیران و قدرتی [دولتی] که می‌خواهند وادار به تسلیم نمایند، ارتباط درباره آزادسازی گروگان، از طریق شخص ثالثی برقرار می‌شود که مأمور رد و بدل کردن پیام‌ها در دو جهت است. با گذشت زمان، واسطه موفق به برقراری گفتگوی مستقیم بین گروگان‌گیران و قدرتی [دولتی] می‌شود که می‌خواهند بر آن فشار وارد کنند. در این صورت زمینه مذاکره‌ای فراهم می‌آید که هدفش دست یافتن به توافقی است که نتیجه آن، غالباً به معنای برقراری گفتگوی دو جانبه است. در این

۹. همچون کودکی که برای جلب توجه دیگران به خود قهر می‌کند.

10. Triangulation du langage.

خصوص، کافی است به شرط‌های مقدماتی فکر کنیم که در مذاکرات بین‌المللی غالباً درباره آرایش شکل میزی که مذاکره‌کنندگان باید بر سر آن بنشینند مطرح می‌شود. چه بحث‌ها، گفتگوها و مشاجراتی که قبل از رسیدن به میزگردها و نشستن دور آنها در نمی‌گیرد!

۲- تنزل زبان ترور در تشدید کارکرد نمادین زبان پیاده می‌شود. در صفحات قبل، از نظر جرم‌شناسی، به اعتبار نسبی مطالعات تک‌نگارانه اشکال مختلف تروریسم اشاره شد. دقیقاً، وقتی به دنبال وجه مشترک بین اشکال متنوع ترور هستیم، با شگفتی درمی‌یابیم که همه آنها، نمادی‌ترین مظهر یا تجلی قدرتی [دولتی] را به عنوان آماج برمی‌گزینند که می‌خواهند آن را مجبور کنند و تحت فشار قرار دهند.

هواپیمارمایی جای دزدی دریایی را گرفته است، زیرا پرچم [یک هواپیما] نماد قدرت کشور مربوط است. در گذشته کسی که بر دریاها سلطه داشته، در واقع بر جهان تسلط پیدا می‌کرده است. امروز، کسی که بر فضا - جنگ ستارگان - سلطه پیدا می‌کند، در واقع بدین‌سان، سرکردگی و سلطه خود را بیان می‌کند. نشانگان ایکار^{۱۱} خیال‌پردازی‌های قدرت را تغذیه می‌کند. با تسلط پیدا کردن بر یک هواپیما، که حامل پرچم دشمن است، تروریست‌ها این احساس را در خود می‌یابند که دارند به جهانیان این تصویر را القاء می‌کنند که کل کشور صاحب آن پرچم را به اشغال خود در آورده‌اند.

۱۱. در اسطوره‌شناسی یونانی ایکار موجودی است که به شکل پرنده موفق به پرواز و اوج گرفتن در آسمان شده است. امروز، هر شخصی که خیال پرواز در سر می‌پروراند را دارای سندرم ایکار می‌پندارند. م.

بدین‌سان است که پس از کشتی‌ها (مانند ربودن کشتی‌های سانتاماریا و آکیله لارو) و هواپیماها، سفارت‌خانه‌ها و دیپلمات‌ها در خارج و سربازان، مأموران پلیس و قضات در داخل کشور، امروز روزنامه‌نگاران که رسانه دولت‌ها و نماد ارتباطات آنها هستند، به عنوان بیشترین آماج‌های تروریست‌ها توجیه و تبیین می‌شود. بالاخره این که جهانی شدن اقتصاد به حمله به مرکز تجارت جهانی^{۱۲} (برج‌های دو قلوی نیویورک در آمریکا) منجر شد.

به ویژگی نمادین آماج‌ها، باید خصیصه نمادین وسایل به کار برده شده در ترور را افزود. چگونه می‌شود در توسل به سوء قصد با استفاده از مواد منفجره، همزمان توسل به قدرت مرموز باروت را ندید؟ چگونه و با چه چیزی، بهتر می‌توان نازل شدن زبان را از طریق اصطلاح دیگری غیر از اصطلاح «به سخن در آوردن باروت» که مترادف با شکست مذاکره و مصالحه است، بیان کرد؟

با مروری بر اشکال مختلف تروریسم، می‌توان به خیال پردازی‌ها، تصورات و اسطوره‌های مدفون در ناخودآگاه مردم به آسانی پی‌برد که از طریق عناصر طبیعی یا مواد، به عنوان نمادهای قدرت، بیان می‌شوند. به باروت و فضا که در بالا به آن اشاره شد باید آب (تهدید اقلیت‌های هلندی در جزایر مولوک مبنی بر شکستن سدها و ...) یا آتش (حریق عمدی مجلس آلمان توسط نازی‌ها) که هر دو تطهیرکننده هستند، طلا (باج) نماد

12. World Trade Center.

قدرت و زور (اسطوره اکسیر، کیمیا)^{۱۳} و بالاخره، امروز، اتم (تهدید علیه نیروگاه‌های هسته‌ای) را افزود.

تمام این عناصر و وسایل که ترور از آنها تغذیه می‌شود حامل نگرش‌های آخر زمان و پایان دنیا هستند که در گذشته، در خدایان (ژوپیتر،^{۱۴} نپتون،^{۱۵} ائول^{۱۶}) عینیت پیدا می‌کرده است و امروز براساس شیوه‌ای نمادین توسط آن دسته از افراد متجلی می‌شود که با انهدام خود ناامیدانه‌ترین نوع بیان یک گفتگوی غیر ممکن را ابراز می‌دارند: مانند خودسوزی بُنزه‌های (روحانیون) بودایی، عملیات انتحاری در قالب عقیدتی - سیاسی - دینی، اعتصاب غذا و غیره. تروریست‌ها با انتخاب نمایش خشونت برای بیان خواسته‌های خود، در واقع از ترور، نازل‌ترین شکل زبان را به وجود می‌آورند. اما از آنجا که زبان، بیان شخصیت محسوب می‌شود، لازم است به سطح دوم تفسیر و تحلیل - یعنی تروریست - نیز پرداخته شود.

II. تروریست

رویکرد جرم‌شناختی به مرتکب عمل مجرمانه، بی‌تردید مشکل‌ترین و بحث‌انگیزترین جنبه تحلیل کلی تروریسم است. ناگفته پیداست که مشکل عمده، دستیابی به فرد [تروریست] است.

13. Mythe de la Pierre philosophale.

۱۴. خدای آسمان، روشنایی و تندر در اسطوره‌شناسی رومی.

۱۵. خدای آب و دریا در اسطوره‌شناسی رومی.

۱۶. خدای باد در اسطوره‌شناسی یونانی.

در وهله نخست باید گفت که در زمینه مبارزه با تروریسم، در واقع بیشتر، شرکاء، هواداران یا معاونان مرتکبین اصلی دستگیر می‌شوند.^{۱۷} رهبران اصولاً به خفا پناه می‌برند و به عنوان نمونه تشکیلات مخفی، مشاغل رسمی ظاهری، زندگی دوگانه و غیره را برمی‌گزینند. خیلی‌ها، مرگ را به دستگیری یا اسارت ترجیح می‌دهند و بالاخره، به مشکلات همیشگی دستیابی به فرد تروریست، باید امید کم به همکاری تروریست‌ها را به مناسبت مطالعه و بررسی شخصیت آنها نیز افزود.

در وهله دوم، خود اندیشه «شخصیت تروریست»، همان مخالفت‌ها و ایرادهای اصولی را که بعضی از مؤلفان در مورد «شخصیت جنایی» مطرح کرده‌اند، برمی‌انگیزد. معذک به نظر ما، تلاش برای تبیین کلی تروریسم، ضرورت توسل به چنین تحلیلی را توجیه می‌کند.

از این منظر، از مُدل‌های مختلفی می‌توان استفاده کرد (الف). ورای انتخاب انجام شده، چند نمونه از موارد اعمال مُدل‌ها این نوع تحلیل را کامل می‌کند (ب).

الف: مُدل‌های مختلف تحلیل شخصیت تروریست

انتخاب یک مُدل نظری ممکن است نسبت به یک مُدل عمومی یا یک مُدل خاص^{۱۸} صورت گیرد.

۱۷. در این مورد رک.

R.Blath, K.Hobe, "Quelques caractéristiques socio- biographiques des terroristes et de leurs auxiliaires", In Rev. Internat. de crim. et de pol. Tench. 1982, p. 271 et s.

18. J. Pinatel. Le phénomène criminel. Éd. MA, 1987, p. 159.

۱. چندین مُدل از نوع عمومی ممکن است مورد استفاده قرار گیرند. بعضی از نویسندگان به مُدل زیست‌شناختی (زیستی) مبتنی بر مفهوم غریزه متوسل می‌شوند. در یکی از مقاله‌های قبلی،^{۱۹} به طور ضمنی به نظریه آقای دوپره^{۲۰} و انحرافات غریزی که شخص «منحرف یا فاسد سرشتی»^{۲۱} به آن مبتلا است، اشاره کردم. اخیراً، مطالعات آقای دوگرف (بلژیکی)، با تأکید بر تفکیک اساسی بین غرایز دفاعی و «غرایز همدلی»^{۲۲} یا سمپاتی به آورده‌های گذشته نظام بخشید. بدین ترتیب است که از مُدل زیست‌شناختی به مُدل روان‌شناختی روی می‌آوریم.

در دورنمای (مُدل) دوم، عمل تروریستی به عنوان پاسخی به یک محرومیت و سرخوردگی متجلی می‌شود.

۲. توسل به یک مُدل خاص شخصیت، ما را به طرح امکان تحلیل شخصیت تروریست از طریق یک مُدل شخصیت‌جنایی ترغیب می‌کند. آیا، برای کسانی که از مقایسه بین تروریست و مجرم شگفت‌زده می‌شوند و از تشبیه بزهکاری سیاسی با بزهکاری عادی خودداری می‌کنند، نیاز به یادآوری است که بنا به نظر کینبرگ، به‌طور کلی بین بزهکاران و ناکردگان بزه تفاوت ماهوی وجود ندارد؟ بنابراین مقایسه تروریست با جنایتکار هیچ اثر انگ‌زننده‌ای به بعضی گونه (تیپ)‌های تروریست که دارای انگیزه‌های سراسر شرافتمندانه و والا هستند ندارد - حتی اگر بعضی از اعمال خشونت‌بار و افراطی آنها، خلوص نیت آنها را مخدوش کند. در

19. R. Ottenhof, In Rev. Sc. Crim. 1987, p. 607.

20. Dupré.

21. Pervers constitutionnel.

22. J. Pinatel, "La théorie des instincts d' Étienne De Greef", In Rev. Sc. Crim 1961, p. 867.

میان مدل‌های نظری تحلیل شخصیت جنایی که در اختیار پژوهشگر قرار دارد،^{۲۳} مدلی که شادروان ژان پیناتل تنظیم کرده است بسیار غنی و مفید است.^{۲۴} علاوه بر خصیصه «پرخاشگری» که قبلاً در همه مدل‌های عمومی به آن اشاره شد، نزد تروریست‌ها، تمامی خصوصیات دیگر تشکیل دهنده هسته مرکزی شخصیت مجرمانه که فرآیندهای عمل خطرناک و بالیدگی جنایی فرد بر آنها مبتنی است، (یعنی «خود محورینی»، گه‌گیری (تلون مزاج) و «بی‌اعتنایی (بی‌تفاوتی) عاطفی») یافت می‌شود.^{۲۵}

23. P. Lagier, L'enracinement criminel, Thèse de doctorat, Montréal, 1980.

۲۴. در مورد این مدل (نظریه) و تحول آن در پرتو تحقیقات جدید، رک. مقاله‌های آقای پیناتل در مجله علوم جنایی و حقوق کیفری تطبیقی (Rev. Sc.Crim)، سالهای ۱۹۶۲ (ص ۱۶۲ و بعد)، ۱۹۷۲ (ص ۹۱۷ و بعد)، ۱۹۸۵ (ص ۷۷۵ و بعد) و ۱۹۸۸ (ص ۱۴۱ و بعد).

۲۵. بنا به نظر ژان پیناتل بین بزهکاران و دیگران تفاوت‌های ماهوی وجود ندارد و این تفاوت‌ها بیشتر در میزان و درجه است: بزهکاران در چهار جنبه هسته مرکزی شخصیت جنایی از افراد به‌نجار تفکیک می‌شوند: خود محور بینی، تلون مزاج (عدم آینده‌نگری)، پرخاشگری و بی‌اعتنایی عاطفی: برای این که «جرم شدیدی» ارتکاب یابد، جمع و وجود این چهار خصیصه در فرد ضروری است:
۱- خود بینی یا خود محور بینی گرایش است که فرد همه چیز را به خود ختم می‌کند؛ این خصیصه به بزهکار اجازه می‌دهد تا خود را در مورد مشروعیت عمل مجرمانه‌اش متقاعد سازد و نسبت به بدنامی و ننگی که از ارتکاب جرم برای او ناشی می‌شود، بی‌تفاوت شود، و قضاوت خود او محور تصمیم‌های او باشد.

۲- گه‌گیری (تلون مزاج) ترکیبی است از عدم آینده‌نگری، بی‌برنامگی و بی‌سازمانی در زمان و بی‌ثباتی منش که جملگی مانع می‌شوند تا بزهکار به تهدید مجازات توجه کند و بنابراین مرعوب و از جرم منصرف گردد.

۳- پرخاشگری نیرویی است که به بزهکار اجازه می‌دهد تا از موانع مادی - انسانی موجود در گذار از اندیشه و طرح مجرمانه خود به عمل مجرمانه (فرآیند جنایی) عبور کند و مقاومت در سر راه ارتکاب مجرمانه را در هم شکند.

۴- بی‌اعتنایی عاطفی در واقع فقدان احساس نوع‌دوستی و همدلی (سمپاتی) در بزهکار است که او را نسبت به درد و رنج و تضرع بزه‌دیده غیر حساس و بی‌تفاوت می‌سازد، به طوری که احساس مجرمیت و گناهی نمی‌کند.

ب: موارد کاربرد خاص مُدل‌ها برای بررسی شخصیت تروریست

از میان موارد خاص استفاده از مُدل‌ها که ممکن است رویکرد مطالعاتی شخصیت تروریست را تقویت کند، دو مورد قابل بررسی است.

۱. مورد نخست مربوط می‌شود به حضور غالباً قابل توجه زنان در بین تروریست‌ها و نقشی که آنها در این نوع تشکیلات ایفا می‌کنند. مطالعه شایان توجه خانم لیزهر - رل دان^{۲۶} تحت عنوان زنان و تروریسم،^{۲۷} پاسخ‌های مفیدی در این خصوص ارائه کرده است. نویسنده تعداد زنان فعال در جنبش‌های تروریستی را حدود ۵۰٪ برآورد کرده است. توضیحات و تحلیل‌های پیشنهادی نویسنده - با تمام احتیاطی که در این نوع تحقیقات باید معمول داشت - با توضیحاتی که در مورد بزهکاری زنان ارائه شده به طور عجیبی هم سو است.^{۲۸}

۲. نمونه دوم، به ضرورت تکمیل رویکرد جرم‌شناختی به شخصیت تروریست با رویکرد بزه‌دیدة شناختی مربوط می‌شود. در زمینه تروریسم، بزه‌دیدة فردی یا جمعی نقش مهمی ایفاء می‌کند.

جمع این خصایص به بزهکار اجازه می‌دهد تا نسبت به قُبْح عمل مجرمانه، دورنمای مجازات، درد و رنج بزه‌دیدة و وحامت و هولناکی ارتکاب جرم بی‌تفاوت شود. برای اطلاع بیشتر رک. نجفی ابرندآبادی (ع.ج)، دانشنامه جرم‌شناسی، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۷، ص ۸۴ و بعد. م.

26. Lise Here-Reldan.

۲۷. این پژوهش در قالب پایان‌نامه تحصیلی برای اخذ درجه M.Sc، در مدرسه عالی جرم‌شناسی دانشکده هنرها و علوم دانشگاه مونترال (کانادا) انجام شده است. نویسنده مطالعه خود را با مصاحبه شخصی بیست زن تروریست آلمانی در آلمان فدرال انجام داده است.

۲۸. به استثناء سطح اجتماعی - فرهنگی که در بین زنان تروریست بیشتر از زنان بزهکار است. در این خصوص، آورده‌های پژوهش خانم هر - رل‌دان را با نتایج پایان‌نامه دکترای آقای روبر کاری یو با عنوان «بزهکاری زنان، رویکرد افتراقی»، دانشگاه پو، ۱۹۸۵، مقایسه کنید و نیز رک. مقاله ما در مجله علوم جنایی و حقوق کیفری تطبیقی (Rev. Sc. Crim)، ۱۹۸۵، ص ۶۳۳ و بعد.

۱.۲. در میان بزه‌دیدگان (قربانیان) فردی، باید - از نظر خود تروریست‌ها - بین بزه‌دیدگان «بی‌گناه» و بزه‌دیدگان «مقصر» تفکیک قائل شد. چنین تفکیکی را، به‌ویژه، در مورد گروگانها می‌توان ملاحظه کرد که ربودن آنها گاه مسبوق یا همراه با «حکمی» است که «دادگاه خلقی» صادر کرده یا صادر می‌کند. جنبه نمادینی که در اینجا بزه‌دیده به خود می‌گیرد، نقش تعیین کننده‌ای ایفاء می‌کند. از طریق گروگان گرفتن شخص، تروریست‌ها می‌خواهند گروه و جمعی را که شخص متعلق به آن است (دولت، قوم، دین، کارفرما و غیره) محکوم کنند. بزه‌دیدگان «بی‌گناه» نیز دارای ارزشی نمادین هستند. هدف این است که نه تنها بی‌گناهی از طریق فرآیند بزه‌دیدگی به تقصیر (مجرمیست) تبدیل شود، بلکه، از «بی‌گناهی» بزه‌دیدگان نیز وسیله‌ای ایجاد شود برای وارد کردن فشار به کسانی که اصولاً باید حمایت آنها را تضمین کنند.

۲.۲. تروریست‌ها اهمیت ویژه‌ای برای مفهوم بزه‌دیده (قربانی) جمعی و گروهی قائل هستند. در این خصوص، می‌توان به اقلیت‌های قومی، سیاسی یا مذهبی، به عنوان جمعیت‌های آماج تروریسم دولتی، اشاره کرد که قلع و قمع آنها به‌طور منظم (سیستماتیک) سازمان‌دهی می‌شود (کشتر دسته‌جمعی - ژنوساید). در بزه‌دیده شناسی به رابطه گاه مبهمی که بین بزه‌کار و بزه‌دیده بوجود می‌آید، پرداخته شده است، این رابطه مصداق خود را با پدیده موسوم به نشانگان استکهلم^{۲۹} در قلمرو تروریسم پیدا می‌کند،

۲۹. Syndrome de Stockholm: سندرم استکهلم در گروگانها و ربوده‌شدگانی مشاهده می‌شود که به نوعی به دیدگاه‌های رایبندگان و گروه آنها ملحق می‌شوند و از آن طرفداری می‌کنند. مانند خانم هورست - دختر سرمایه‌دار سوئدی - که پس از مدت‌ها گروگانگی و اسارت، به هنگام آزادی و در

چنانکه - در بعضی موارد افراطی (مثل ربودن خاتم پترسیا هورست در استکهلم) - منجر به پیوستن بزه‌دیده، یعنی شخص ربوده شده، به آرمان‌های آن سازمان تروریستی می‌شود که ربایندگان متعلق به آنند.

مزیت رویکرد بزه‌دیده شناختی به تروریسم، نه تنها در سهمی است که برای شناخت بهتر شخصیت تروریست دارد، بلکه از نظر سازماندهی پیشگیری مناسب از بزه‌دیدگی در قبال بزه‌دیدگان بالقوه تروریسم نیز است. بدین ترتیب از سطح دوم به سطح سوم تفسیر و تحلیل که در بحث ما «تروریسم» است، می‌رسیم.

III. تروریسم

از سه سطح تبیین و تفسیری که در تجزیه و تحلیل جرم شناختی کلی پدیده جنایی مورد استفاده قرار می‌گیرد، سطح سوم آن کمترین اظهار نظر را در بحث ما برمی‌انگیزد. اگر چه فراوانی مطالعات در زمینه تروریسم، یادآوری بعضی مطالب را ضروری نمی‌نماید، لیکن از نظر تلفیق (ستیز)، ما را مجبور می‌کند تا کمی به عقب برگردیم.

از آنجا که لازم است در چارچوب این مقاله به طرح چند اصل راهبردی اکتفا کنیم، به نظر می‌رسد که مانند هر بار که قرار است جنبه‌ای از پدیده‌های جنایی بررسی شود، این اصول نیز باید به سمتی مضاعف جهت گیرند: یعنی الف) علت‌شناسی، ب) واکنش اجتماعی.

مصاحبه‌های خود از خواسته‌ها و شعارهای ربایندگان خود که متعلق به یک گروه تروریست بودند، حمایت کرد. م.

الف: علت‌شناسی تروریسم

تجزیه و تحلیل جرم‌شناختی کلی تروریسم، آن‌گونه که ما آن را در اینجا پیشنهاد می‌کنیم، بسیار دشوار و پیچیده است. هرگونه تلاشی برای تبیین و تفسیر، ممکن است تحت تأثیر دو عنصر اخلاص‌گر مخدوش شود؛ یعنی جنبه سیاسی و جنبه خیال‌پردازانه پدیده.

به علاوه، تحلیل‌های مبنی بر تعمیم براساس اشکال مختلف تروریسم که با توجه به معیار منطقه تروریسم (منطقه باسک در فرانسه و اسپانیا، منطقه خاورمیانه) یا با توجه به معیار نحوه ارتکاب تروریسم (سوء قصد، گروگان‌گیری، ربودن) صورت می‌گیرد این خطر را دارد که بُعد افسانه‌ای - تخیلی و گاه بُعد رسانه‌ای تروریسم را نسبت به جنبه عملی آن در اولویت قرار دهد.

بنابراین، از نظر روش شناختی، لازم است انسجام بین سطوح سه‌گانه تبیین و تفسیر را همواره در ذهن داشته باشیم. اگر ترور، همان‌طور که پیشتر بیان شد، نازل‌ترین شکل زبان است که یک «شخصیت تروریست» به آن متوسل می‌شود، تبیین تروریسم باید در چارچوب ساز و کارهای «جوامعی» جستجو شود که ماهیتاً مستعد ایجاد چنین آسیب‌هایی در ارتباطات هستند. بدین‌سان، به نظر می‌رسد، به منظور «اجتناب از وسوسه کاهش‌گری، یک سونگری و تک‌عامل‌نگری در تبیین نظری پدیده»^{۳۰} تروریسم، توسل به مدل‌های تحلیل گونه‌های مختلف جامعه که معمولاً پیشنهاد می‌شود، مفید باشد.

30. D. Szabo, Science et crime, Ed. Vrin et Bellamion, Paris, Montréal, 1986, p. 218; M. Wieviorka, Société et terrorisme, Fayard, 1988.

از میان مدل‌های پیشنهادی، باید جایگاه ویژه‌ای برای مدل‌های آقای دنی زابو،^{۳۱} به‌ویژه به منظور پیشنهاد تحلیل کلی تروریسم قائل شد. این سه مدل (مدل جوامع یکپارچه، مدل جوامع بطور نسبی یکپارچه و مدل جوامع یکپارچه نشده) دقیقاً به اهمیت فرهنگی ارتباطات اشاره می‌کند که انطباق بین ارزش‌ها و هنجارهای رفتاری را میسر می‌سازند. بدین سان، در جوامع یکپارچه نشده (مانند جوامع متفاوت و متنوع غربی)، «توسل به کارکرد تقریباً زیست‌شناختی نشانه شناسی^{۳۲} کاهش می‌یابد».^{۳۳}

در این جوامع شاهد ظهور ارزش‌های متقابل (ضد ارزش‌ها) و بروز اختلافات در تنظیم، تدوین و اعمال هنجارهایی هستیم که آن را تضمین می‌کند. چنین مدل‌هایی، از ارزش تبیینی مربوط به بررسی علل ظهور تروریسم، فراتر می‌رود و بیش یا کم، حاوی توصیه‌هایی در زمینه سیاست جنایی است،^{۳۴} که به درستی می‌توانند به واکنش اجتماعی علیه تروریسم جهت بدهند.

ب: واکنش اجتماعی بر ضد تروریسم

تحلیل واکنش اجتماعی علیه تروریسم، ممکن است انجام خود را در استفاده از مدل‌های سیاست جنایی بیابد. در این خصوص، بلافاصله

31. D. Szabo, op.cit., p. 219 et s.

32. Sémiologie.

33. بدین سان است که آقای زابو در کتاب علم و جرم، پس از معرفی و تحلیل مدل‌ها، به «توصیه‌هایی برای دفاع از مردم‌سالاری» می‌پردازد. ص ۲۷۷ و بعد.

34. M. Delmas-Marty, Modèles et mouvements de politique criminelle, Economica, Paris, 1983.

مُدل‌های پیشنهادی خانم استاد دل‌ماس - مارتی^{۳۵} در ذهن تداعی می‌شود که بین مُدل‌های دولتی و مُدل‌های جامعی (غیردولتی) سیاست جنایی تفکیک قائل می‌شود.

اگرچه چنین مُدل‌هایی تضادهای بین پیشگیری و سرکوبی (مجازات) را به خوبی نشان می‌دهند، اما بیشتر بر سیاست جنایی به اجرا گذاشته شده در جامعه داخلی (ملّی) و نیز در جوامع بین‌المللی تأکید دارند، البته نباید از نظر دور داشت که این دو تفکیک گاه با هم تداخل پیدا می‌کنند.

۱. در مورد تفکیک بین پیشگیری و سرکوبی (مجازات) بحث کمی خواهد شد. به مناسبت تفسیر قانون ۹ سپتامبر ۱۹۸۶ راجع به مبارزه با تروریسم^{۳۶} (در فرانسه)، ما به تغییرات چندی که پدیده تروریسم می‌تواند به نظام کیفری تحمیل کند - زیرا «ضرورت موجب وضع قانون می‌شود» - اشاره کردیم. تغییر مُدل سیاست جنایی با تشدید کیفرها و کاهش تضمین‌های آیین دادرسی در قبال تروریست‌ها معمولاً بیشتر به نفع آنها تمام می‌شود تا به نفع شهروندان تحت حمایت. تروریست‌ها در این تغییر مُدل سیاست جنایی، مستندی برای مشروعیت بخشیدن به طغیان و شورش خود پیدا می‌کنند؛ حال آن‌که شهروندان تحت حمایت، با این تغییر مُدل سیاست جنایی، ممکن است با رایج شدن آیین‌های دادرسی کیفری فوق‌العاده (اختصاصی) روبرو شوند و بدین سان از تضمین‌های حقوقی -

۳۵. همچنین رک. دل‌ماس - مارتی (می‌ری)، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، ترجمه ع. ح. نجفی

ابرنده‌آبادی، نشر میزان، ۱۳۸۱. م.

۳۶. رنالد آتف، مجله علوم جنایی و حقوق کیفری تطبیقی (Rev.Sc.Crim.)، ۱۹۸۷، ص ۶۰۷ و بعد.

قضایی عادی محروم گردند. آیا پذیرفتن این موضوع که سرکوبی (مجازات)، اعتبار خود را بیشتر در تأکید بی‌وقفه و مستمر بر ارزش‌هایی می‌یابد که به آن مشروعیت می‌بخشد تا ترک یا تعلیق آن ارزش‌ها، تا این اندازه غیر واقع‌بینانه است؟

ضروری است که بحث در مورد پیشگیری را - به این شرط که این اندیشه بی‌مناسبت ننماید - به توضیحات پیشنهادی ارجاع دهیم. برای پیشگیری از توسل به ترور، لازم است از آنچه که می‌تواند در بطن گروه و جامعه، زمینه ارتباط را مساعد کند حمایت شود: جستجوی وفاق اجتماعی، مذاکره، گفتگو، میانجی‌گری، تبادل نظر و همفکری باید در شیوه‌های حل و فصل اختلافات، ساز و کارهای غالب باشند. آزادی بیان، به ویژه آزادی فرهنگ و زبان، حضور اجتماعی و سیاسی و فرهنگی اقلیت‌ها، تمرکززدایی [اداری - سیاسی] باید ابزارهای فن «آموزش زبان» را تشکیل دهد. چنین ضرورت‌هایی در مرحله تعیین محتوای مجازات، در چارچوب رابطه بالینی بین بزهکار و محیط اصلاح و درمان او، در مقابل رویه معمول انزوای بزهکار از طریق زندان نیز وجود دارد. بدین ترتیب، راهبرد بازگشت و بازپذیرسازی (اجتماعی) تروریست‌های سابق ممکن است تسهیل شود. تلاش‌های معمول برای مذاکره با بعضی جناح‌های جنبش‌های تروریستی که بین علاقه بازگشت به زندگی اجتماعی عادی [جامعه] و ترس از انزوای بیشتر در جامعه، در صورت ترک گروه هم‌تایان خود، مُردد هستند، معمولاً حول این راهبرد متوقف می‌شود.

۲. چنین توصیه‌ها و تجویزهایی که به مناسبت مدل‌های تنظیمی برای جوامع داخلی، مطرح شده‌اند به جامعه بین‌المللی در کل آن نیز قابل

انتقال است. عرصه جهانی، از طریق تعارض‌های مختلفی که تروریسم در آنها معمولاً قدرت خود را جستجو می‌کند، بحران ارزش‌هایی را به نمایش می‌گذارد که به‌طور مؤکد در اعلامیه‌های جهانی یا منطقه‌ای بیان شده و در قالب هنجارها (قواعد) خاصی (یعنی کنوانسیون‌ها) به اجرا گذاشته است. استراتژی «جنگ داخلی جهانی»^{۳۷} هدف دیگری جز بی‌ثبات کردن نظم عمومی بین‌المللی که مبتنی بر سلطه قدرت غالب است، ندارد. در اینجا بیشتر، واکنش جامعه بین‌المللی باید خصیصه وفاق و اجماع به خود گیرد و از طریق اسناد همکاری بین‌المللی بیان شود.^{۳۸}

فن آموزش زبان را که در بالا به آن اشاره شد دوباره در اینجا ملاحظه می‌کنیم: یعنی گفتگوی (دیالوگ) کشورهای شرق - غرب و شمال - جنوب، مذاکره، میانجیگری، اجلاس‌ها و کنفرانس‌ها - «مکان‌های بحث و تبادل نظر» را تشکیل می‌دهند که طی آن‌ها سعی می‌کنند «زبان تسلیحات را به سکوت بکشانند».

در مورد سرکوبی تروریسم در بطن جامعه بین‌المللی، کتاب حاضر^{۳۹} فایده تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی را که تصمیمات آن خارج از مداخله دولت‌های درگیر به اجرا گذاشته خواهد شد، به خوبی روشن می‌کند.^{۴۰}

37. J. Grapin, J. - B. Pinatel, La guerre civile mondiale, Calmann - Lévy, 1976.

۳۸. در این خصوص رک. مطالعات و پژوهش‌های همایش CEDSI (گرونوبل - فرانسه - ۲۴ - ۲۳ نوامبر ۱۹۹۸) درباره تروریسم و افکار عمومی.

۳۹. منظور نویسنده کتابی است مشتمل بر مجموعه مقالات، با عنوان «تروریسم، قربانیان و مسؤولیت کیفری بین‌المللی» (پاریس، انتشارات کلتمن لوی، نوامبر ۲۰۰۳) که مقاله حاضر در آن، به زیور چاپ آراسته شده است، رک. پاورقی شماره ۱. م.

۴۰. در این مورد رک.

عدم مداخله دولت ذینفع ممکن است خطرات اقدام‌های تروریستی علیه شهروندان این دولت را که به منظور آزادسازی تروریست‌های تحت تعقیب انجام می‌شود، محدود کند. معذالک، صلاحیت چنین دادگاهی مستلزم آن است که مقدمتاً مسأله تعریف تروریسم، به عنوان یک جنایت بین‌المللی، حل شود.^{۴۱} در این خصوص می‌دانیم که به توافق رسیدن در مورد معنای واژه‌ها و کلمات تا چه اندازه‌ای مشکل است. باز در اینجا مسأله زبان مطرح می‌شود؟

M. L. Pavia. La place de la victime devant les tribunaux pénaux internationaux, in *Archive de pol.crim.*, vol. 24, 2002, p. 61 et s.; F. Tulkens, *Victimes et droits de l'homme dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme*, eod. loc. p. 41. et s.

۴۱. با مطالب نگارنده در مورد حقوق داخلی در مجله علوم جنسایی و حقوق کیفری تطبیقی (RSC)، ۱۹۸۷، ص ۶۱۱ و بعد مقایسه کنید.

نتیجه‌گیری

«رهیافت جرم‌شناختی و بزه‌دیده‌شناختی به تروریسم» که خطوط راهبر آن در قالب جنبه‌های سه‌گانه ترور - تروریست - تروریسم در صفحات پیشین مطرح شد، مدعی نیست که موضوعی با این پیچیدگی را به‌طور کامل تحلیل کرده باشد، لیکن امیدوار است که دست کم حُسن هیجان‌زدای یک رویکرد مفهومی را نسبت به یک روش تحلیلی حاکی از تأیید روشن کرده باشد. بدین ترتیب است که همکاری ضروری بین رشته‌های مطالعاتی مختلف مرتبط با بحث ما سازماندهی و تنظیم خواهد شد. این امتیاز را برای جرم‌شناس که علم او ذاتاً میان رشته‌ای است قائل شویم که اگر انحصار تحلیل‌ها و پاسخ‌های مربوط به جرم را در اختیار ندارد، لااقل شایستگی و لیاقت مساعد کردن زمینه گفتگو در بطن علوم مرتبط با انسان را دارد. جرم‌شناس به لحاظ تجربه [به خوبی] می‌داند که تروریسم فکری^{۴۲} نیز وجود دارد: این شکل از تروریسم را جزم/ندیشی^{۴۳} یا جزمیت فکری می‌نامند.

42. Terrorisme intellectuel.

43. Dogmatisme.



دیدگاه



گزارشی از دعوای ایران در دیوان بین‌المللی دادگستری علیه ایالات متحده آمریکا در رابطه با انهدام سکوهای نفتی

دکتر محمد علی موحد

دیوان بین‌المللی دادگستری لاهه به فاصله نیم قرن دو رأی مرتبط با نفت ایران صادر کرد. بار اول در اوایل نیمه دوم قرن گذشته بود که بریتانیا شکایت ایران را از باب ملی کردن نفت به دیوان برد. در آن دعوی دیوان خود را صالح برای رسیدگی ندانست و از ورود در ماهیت امر خودداری نمود. رأی بر عدم صلاحیت دیوان تقریباً یک سال پس از طرح دعوی در اول مرداد ۱۳۳۱ (۲۲ ژوئیه ۱۹۵۲) اعلام شد. بار دوم که دادخواستی مرتبط با نفت ایران در دیوان به ثبت رسید خواهان دعوی ایران بود که از انهدام تأسیسات نفتی خود به دست امریکا شکایت داشت. دادخواست ایران در ۲ نوامبر ۱۹۹۲ (۱۱ آبان ۱۳۷۱) به دفتر دیوان تسلیم شد و پرونده دعوی بعد از یازده سال با اعلام رأی در ۶ نوامبر ۲۰۰۳ (۱۵ آبان ۱۳۸۲) مختومه گردید. نگارنده جریان دعوی اول را به همراه تحلیل اجمالی رأی دیوان در فصل ششم از جلد اول کتاب *حساب آشفته نفت آورده‌ام و اینک می‌کوشم تا گزارش کوتاهی نیز از دعوی دوم در اختیار خوانندگان بگذارم.*

موضوع دعوی

در ۲۲ سپتامبر ۱۹۸۰ (۳۱ شهریور ۱۳۵۹) تجاوز مسلحانه عراق به خاک ایران آغاز شد و نایره جنگ به زودی تا فراخنای خلیج فارس کشانده شد. دامنه درگیری روز به روز وسعت بیشتر یافت. عراق در ۱۹۸۴ با حمله به کشتی‌های حامل نفت ایران فصل تازه‌ای را در ماجراجویی‌های خود آغاز کرد که به جنگ نفتکشها (Tanker war) معروف گردید. دولت‌های ساحلی خلیج فارس به ویژه عربستان سعودی و کویت، بی‌آن‌کسه رسماً اعلان جنگ به ایران داده باشند، از راه‌های گوناگون به امداد و تقویت عراق برخاستند. امریکا هم که در آغاز جنگ اظهار بی‌طرفی می‌کرد کم‌کم جانب عراق را گرفت. کشورهای غربی از آن بیم داشتند که ایران در جنگ پیروز گردد و با شکست عراق که مجهزترین و کارآمدترین قوای نظامی را در میان کشورهای نفت‌خیز عربی داشت راه برای صدور انقلاب به آن کشورها باز شود و منافع استراتژیک غرب در معرض تهدید قرار گیرد. این ملاحظات امریکا را بر آن داشت تا بدون اعتنا به موازین حقوقی و رعایت شرایط بی‌طرفی برای جلوگیری از پیروزی ایران تا سرحد مداخلات نظامی پیش برود. نقشه عراق آن بود که با حمله به مراکز نفتی ایران این کشور را که برای ادامه جنگ به لحاظ مالی متکی به درآمد نفت بود مستأصل گرداند و از جمله در اواسط سال ۱۹۸۷ با بمباران سکوی نفتی رسالت (که پیش از انقلاب رخس نامیده می‌شد) موجب تعطیل عملیات در آن سکو گردید. ایرانی‌ها دست به کار ترمیم سکو شدند ولی پیش از آن‌که موفق به راه‌اندازی مجدد آن شوند این سکو همراه سکوی دیگری به نام رشادت (رستم) در ۱۹ اکتبر ۱۹۸۷ مورد

حمله قرار گرفت. این حمله نه از سوی عراق بلکه از سوی امریکا انجام شد و نماینده دائمی امریکا در سازمان ملل متحد همان روز طی نامه‌ای به شورای امنیت اعلام کرد که نیروهای نظامی امریکا این سکوها را با استفاده از حق دفاع از نفس (self defence) که به موجب ماده ۵۱ منشور ملل متحد به رسمیت شناخته شده است مورد حمله قرار داده‌اند.^۱ چند ماه بعد، یعنی در ۱۸ آوریل ۱۹۸۸ نیز نیروهای امریکایی دو سکوی دیگر نفتی ایران را به نامهای نصر و سلمان (سری و ساسان) منهدم کردند و باز گزارش این حمله را به شورای امنیت دادند و مدعی استفاده مجدد از حق دفاع از نفس شدند.

عملیات تصمیم مجدانه

برای توضیح بیشتر مطالب یاد آور می‌شویم که کویت در اواخر سال ۱۹۸۶ از دولتهای بزرگ درخواست کرد که کشتی‌های حامل نفت آن کشور را تحت حمایت خود بگیرند و بدین گونه تعدادی از کشتی‌ها زیر پرچم شوروی سابق و انگلیس و امریکا درآمدند.^۲ امریکا در ۱۹۸۷ بر آن شد که تعدادی از کشتی‌های جنگی خود را مأمور سازد تا در خلیج فارس

۱. ماده ۵۱ منشور ملل متحد که در تاریخ پنجم تیرماه ۱۳۲۴ در سانفرانسیسکو امضا شد و در شهریور ۱۳۲۴ به تصویب مجلس شورای ملی ایران رسید مقرر می‌دارد: «در صورتی که یک عضو ملل متحد مورد تجاوز مسلحانه واقع شود، هیچ‌یک از مقررات این منشور به حق طبیعی دفاع مشروع انفرادی یا اجتماعی تا موقعی که شورای امنیت اقدام لازم برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی به عمل آورد لطمه‌ای وارد نخواهد آورد. اقداماتی را که اعضا برای اجرای حق دفاع مشروع به عمل می‌آورند باید فوراً به شورای امنیت اطلاع دهند ...».

۲. کویت ۲۲ نفتکش داشت و پیشنهاد کرد که پنج تا از آنها را زیر پرچم شوروی و شش تای دیگر را زیر پرچم امریکا درآورد. کویت می‌کوشید تا به هر نحو که شده پای امریکا را به میان بکشد و تدبیری به کار برد که شوروی در مقام معارضا با ورود به امریکا در خلیج فارس بر نیاید.

به اسکورت نفتکش‌هایی که زیر پرچم امریکا رفت و آمد می‌کردند پردازند و در مقابل حملات احتمالی از آنها حمایت کنند. پروژه اسکورت نظامی نفتکشها به نام «عملیات تصمیم مجدانه» (Operation Earnest Will) به موقع اجرا درآمد. این اقدامات به جای آن که موجب تخفیف مخاطرات و تسکین اوضاع گردد بر وخامت موقعیت افزود و خطرات دریانوردی در خلیج فارس را تشدید کرد. اصابت موشک به یکی از نفتکشهای تحت اسکورت امریکا بهانه‌ای برای حمله به سکوهاى رشادت و رسالت را فراهم ساخت. امریکا مسؤولیت این حمله موشکی را متوجه ایران دانست ولى ایران منکر آن بود.

عملیات آخوندک

حمله به مجتمع نصر و سلمان جزئی از تهاجم وسیع‌تری بود که در طی آن علاوه بر تأسیسات این دو مرکز نفتی دو رزمناو و چند کشتی و هواپیمای نظامی ایران منهدم گردید. این تهاجم دامنه‌دار را «عملیات آخوندک» (Operation Praying Mantis) نامگذاری کرده بودند. مجتمع نصر و سلمان نیز پیشتر بر اثر حمله هواپیماهای عراقی آسیب دیده بودند و لیکن عملیات ترمیم و راه‌اندازی مجدد آنها در آن زمان که مورد حمله امریکا قرار گرفت نزدیک به انجام بود.

برای ثبت در تاریخ

در اینجا لازم می‌دانیم قدری به حاشیه برویم و جریان مداخلات تجاوزکارانه‌ای را که امریکا زیر نقاب بی‌طرفی در جنگ عراق و ایران

پیش گرفت به اجمال یاد آور شویم. در این باره استناد ما به مقاله‌ای است به قلم میکائیل دابس (Michael Dabbs) که در روزنامه واشنگتن پست به چاپ رسید و روزنامه هرالد تریبیون آن را در شماره مورخ سه شنبه ۳۱ دسامبر ۲۰۰۲ - چهارشنبه اول ژانویه ۲۰۰۳ نقل کرد. عنوان مقاله چنین بود: «رامسفیلد و صدام؛ آنگاه که امریکا به جانب عراق منحرف شد ...» نویسنده مقاله می‌گوید: بررسی هزاران سند دولتی که تازه مهر محرمانه از روی آنها برداشته شده و نیز مصاحبه‌هایی که با عده‌ای از سیاست‌گذاران آن دوره امریکا انجام گرفته نشان می‌دهد که کمک‌های اطلاعاتی و تدارکاتی امریکا نقش مهمی در تقویت قوای عراق در برابر امواج انسانی نیروهای شهادت‌طلب ایرانی داشته است. دولتهای رونالد ریگان و جرج بوش اجازه دادند مواد بسیاری که هم مصارف غیرنظامی داشتند و هم مصارف نظامی - مانند سموم شیمیایی و ویروس‌های بیولوژیک مهلک از قبیل ویروس سیاه سرفه و طاعون خیارکی - در اختیار عراق گذاشته شود. در آن سالها امریکا، صدام حسین دشمن قسم خورده ایران را سدی در برابر شیعه‌گری افراطی ایران تلقی می‌کرد که حکومت‌های متمایل به امریکا مانند کویت، عربستان سعودی و اردن را مورد تهدید قرار داده بود. واشنگتن به مصداق مثلی که گفته‌اند «دشمن دشمن من، دوست من است» روی به بغداد آورد و دونالد رامسفیلد وزیر دفاع فعلی امریکا که به عنوان نماینده ویژه رئیس جمهور در دسامبر ۱۹۸۳ به ملاقات صدام رفت راه را برای عادی‌سازی روابط عراق و امریکا هموار کرد. در آن تاریخ نیروهای عراق با بی‌اعتنایی به کنوانسیون‌های بین‌المللی تقریباً همه روزه از سلاح‌های شیمیایی در جنگ با ایران استفاده می‌کردند. همکاری‌های عراق و امریکا

سالها تا حمله عراق به کویت در ۱۹۹۰ ادامه یافت. امریکا علاوه بر مبادلات وسیع اطلاعاتی بمب‌های خوشه‌ای نیز از طریق شرکتی که ظاهراً تابعیت شیلی را داشت به عراق تحویل داد و نیز تسهیلاتی فراهم آورد تا عراق بتواند به سلاحهای بیولوژیک و شیمیایی دست یابد.

دابس در ادامه مقاله خود آورده است: دیوید نیوتن سفیر سابق امریکا در بغداد که اینک رادیوی ضد صدام را از پراگ سرپرستی می‌کند می‌گوید: «سیاست آن روز امریکا اساساً موجه و معقول بود چه ما نگران آن بودیم که مبادا عراق در برابر ایران جنگ را بیازد و تمام خلیج فارس و عربستان سعودی را در مخاطره اندازد». جنگ در سپتامبر ۱۹۸۰ با حمله عراق به ایران آغاز شد. امریکا با هیچ یک از دو کشور رابطه سیاسی نداشت. «تا آن زمان که جنگ به بن‌بست کشیده شده بود و غالب و مغلوب در میان نبود و اشنگتن تمایلی به مداخله نشان نمی‌داد ولی در تابستان ۱۹۸۲ وضعیت به لحاظ نظامی تغییر کرد. عراق پس از پیروزیهای اولیه ناچار شد موضع دفاعی بر خود گیرد و نیروهای ایرانی تا چند میلی بصره، دومین شهر بزرگ عراق، پیش رفتند. منابع اطلاعاتی امریکا هشدار دادند که ایران ممکن است جبهه بصره را در هم شکند و کویت و کشورهای خلیج فارس، حتی عربستان سعودی را دستخوش تزلزل گرداند و ذخایر نفتی امریکا را در معرض تهدید قرار دهد» و چنین بود که شورای امنیت ملی امریکا به موجب تصمیم شماره ۱۱۴ مورخ ۲۶ نوامبر ۱۹۸۳ تصویب کرد که دولت آنچه بتواند برای جلوگیری از شکست صدام انجام دهد. «این تصویب‌نامه یکی از مهم‌ترین اسناد مربوط به سیاست خارجی در دوره ریگان است که هنوز محرمانه تلقی می‌شود و اجازه انتشار آن داده

نشده است».

این بود خلاصه مقاله هرالد تریبیون که نقل آن برای روشن کردن زمینه تاریخی این اختلاف و دعوی لازم به نظر می‌رسید.

عهدنامه مودت ایران - آمریکا

باری پس از این اشاره کوتاه به ماجرای جنگ ایران و عراق و جبهه‌گیری تدریجی آمریکا بر ضد ایران برمی‌گردیم به اصل مطلب و گزارش دعوی در دیوان بین‌المللی دادگستری را پی می‌گیریم. مستند ایران در مراجعه به دیوان عهدنامه‌ای بود که در ۱۳۳۴ (۱۹۹۵) میان دو دولت به امضا رسیده است. ماده اول عهدنامه مقرر می‌دارد:

«بین ایران و دول آمریکا صلح استوار و پایدار و دوستی صمیمانه برقرار خواهد بود».

و در بند یک از ماده ۱۰ عهدنامه آمده است:

«بین قلمرو طرفین معظمین متعاهدین آزادی تجارت و دریانوردی برقرار خواهد بود».

محور اصلی شکایت ایران آن بود که دولت آمریکا با حمله به سکوهای نفتی ایران مقررات این عهدنامه را نقض کرده است. ایران از دیوان خواسته بود تا این حمله‌ها را محکوم کند و آمریکا را به جبران خسارت ملزم سازد. ماده ۲۱ عهدنامه رسیدگی به هرگونه اختلاف میان طرفین از باب تفسیر یا اجرای مقررات آن را در صلاحیت دیوان بین‌المللی

داد گستری دانسته است.

عهدنامه مودت ایران - امریکا متعاقب کودتای ۲۸ مرداد ۱۳۳۲ و تقریباً با امضای قرارداد نفت معروف به قرارداد کنسرسیوم در ۱۳۳۳ پی‌ریزی شد و عمده هدف آن حمایت از سرمایه‌گذارهای شرکتهای نفتی امریکایی در ایران بود. اما سابقه تاریخی این عهدنامه به یک قرن و نیم پیش می‌رسد. نخستین عهدنامه مودت و بازرگانی ایران و امریکا در ۱۳ دسامبر ۱۸۵۶ مطابق با ۱۵ ربیع‌الثانی ۱۲۷۳ هجری قمری در استانبول امضا شد. آن عهدنامه را فرخ‌خان امین‌الملک از سوی دولت ایران امضا کرد. ماده اول عهدنامه ۱۹۵۵ یادآور مفاد ماده اول عهدنامه یکصد سال پیش است که مقرر می‌داشت:

«در میان دولت و شهروندان ممالک متحده امریکای شمالی و کشور شاهنشاهی ایران و اتباع آن تفاهم صمیمانه و مستمر برقرار خواهد بود».

ارتباط عهدنامه و قرارداد نفت

مذاکره در خصوص عهدنامه ۱۹۵۵ چنان‌که اشاره کردیم پیش از خاتمه کار قرارداد کنسرسیوم آغاز شده بود. اعلامیه ختم مذاکرات کنسرسیوم در پنجم اوت ۱۹۵۴ (۱۴ مرداد ۱۳۳۳) به وزارت خارجه ایران تسلیم کردند. مذاکره درباره متن عهدنامه در پاییز ۱۳۳۳ به پایان رسید ولی امضای رسمی آن در یک سال بعد (۱۵ اوت ۱۹۵۵ - ۲۵ مرداد ۱۳۳۴) و توشیح نهایی آن بعد از تصویب مجلسین در اردیبهشت ۱۳۳۶ انجام شد. متن فارسی این عهدنامه در شماره ۳۵۸۹ مورخ ۱۵ خرداد ۱۳۳۶ روزنامه

رسمی کشور ایران به چاپ رسیده است.

شرکتهای نفتی امریکایی که پس از انقلاب اسلامی و تشکیل دیوان داوری دعوای ایران - امریکا در لاهه دعوای متعدد برعلیه ایران اقامه کردند کلاً به مواد عهدنامه مودت استناد نموده بودند. دو تن از نمایندگان وزارت خارجه امریکا که در ۱۹۵۵ دست‌اندرکار مذاکره و تنظیم این عهدنامه بودند در شهادتنامه‌هایی که در اختیار شرکتهای نفتی گذاشته بودند تأکید کردند که هدف از عهدنامه مذکور حفظ و حمایت «حقوق قراردادی» شرکتهای نفتی بود، چه شرکتهای نفتی پس از ملی شدن نفت ایران نمی‌توانستند مدعی مالکیت ذخایر نفتی شوند:

«همه می‌دانستند که از این پس سرمایه‌گذاری خارجی در نفت ایران می‌باید براساس جدیدی پایه‌گذاری شود، زیرا به لحاظ حقوقی دیگر ممکن نبود این سرمایه‌گذاری‌ها را بر مالکیت ذخایر مبتنی کرد. از این پس حق قراردادی برای استخراج نفت بود که می‌بایستی مبنای سرمایه‌گذاری‌ها باشد. در این نوع جدید قرارداد، نفت مادام که در زیر زمین است در مالکیت ایران است و آنگاه که بر سر چاه می‌رسد مالکیت آن به شرکت نفتی انتقال می‌یابد. این جزئی از یک تفاهم سیاسی بود که رژیم حقوقی جدید باید در تمام سرمایه‌گذاری‌های آینده در زمینه نفت، چه قرارداد کنسرسیوم و چه قراردادهای نفتی دیگر، مراعات شود».

دیوان داوری دعوای ایران - امریکا این عهدنامه را به منزله قانون خاص (*Lex specialis*) حاکم بر روابط طرفین تلقی کرد و ایران را اصولاً

متعهد دانست که خسارتهای وارده بر شرکتهای نفتی امریکایی را جبران کند.

موضع امریکا در دعوی سکوها

امریکا مدعی بود که سکوهای نفتی ایران در خلال جنگ، خارج از عملیات متعارف صنعتی و بازرگانی، به عنوان پایگاههای نظامی برای مقاصد تهاجمی و حمله به کشتیها مورد استفاده قرار گرفته بود و اقدام امریکا در انهدام آن سکوها را نمی‌توان مشمول ماده‌ای از عهدنامه‌ای دانست که موضوع آن صرفاً حفظ و حمایت «آزادی تجارت و دریانوردی» میان دو کشور است. امریکا تأکید می‌کرد که بند یک ماده ۲۰ عهدنامه تصریح کرده است که مقررات عهدنامه مانع «اقدامات لازم ... برای حفظ یا اعاده صلح و امنیت بین‌المللی، یا جهت حفظ منافع اساسی» هریک از طرفین نخواهد بود. امریکا منکر حمله به سکوها نبود اما مدعی بود که آن اقدام را برای حفظ منافع اساسی امنیتی خود لازم می‌دانسته است و لذا صلاحیت دیوان را برای رسیدگی به دعوی قبول نداشت.

دعاوی متقابل امریکا

امریکا متقابلاً مدعی بود که ایران با توسل به مین‌گذارها و موشک‌اندازها و انواع تهاجمات به وسیله قایقهای مسلح تندرو در آزادی کشتیرانی اختلال کرده و با ایجاد ناامنی در خلیج فارس موجب بالا رفتن هزینه‌های حمل و نقل گردیده، بیش از ۲۰۰ مورد حمله به کشتیهای بازرگانی به نام ایران ثبت شده و از جمله یازده فروند کشتی امریکایی

آماج حملات ایران قرار گرفته و صدمه دیده است. امریکا این اقدامات را که به ایران نسبت می‌داد ناقض مفاد ماده ده عهدنامه درخصوص آزادی تجارت و دریانوردی می‌دانست.

رأی دیوان

دیوان در تاریخ ۱۲ دسامبر ۱۹۹۶ رأی بر صلاحیت خود داد و از آن پس وارد رسیدگی در ماهیت دعوی گردید. در ۱۹۵۲ با این که دیوان وارد ماهیت امر نشد و هیچ نظری درخصوص اعتبار یا عدم اعتبار اقدام ایران در ملی کردن نفت خود ابراز نکرد در رأی دیوان نکاتی بود که از نظر تحول و پیشرفت حقوق بین‌الملل اهمیت داشت و نگارنده در بحثی که در اول این مقال به آن اشاره کردم آن نکات را یادآور شده‌ام. در رأی جدید دیوان نیز چنین نکات مهمی هست که مسلماً هم در دانشگاهها و مجامع علمی و هم در دادگاهها و مراجع بین‌المللی که رسیدگی به دعوای میان دولتها را به عهده دارند مورد بحث و استناد قرار خواهد گرفت و ما در ذیل این گزارش به برخی از آنها اشاره می‌کنیم.

الف - آیا دولتها در زمینه مصالح امنیتی خود اختیار مطلق دارند؟

این یکی از پیچیده‌ترین موضوعات حقوق بین‌الملل است. چون قاعدتاً دولت مسؤول امنیت شهروندان است و باید بتواند آنچه را که برای مصلحت امنیتی کشور لازم می‌داند انجام دهد. اما آیا می‌توان گفت که تشخیص مصلحت مطلقاً به نظر خود دولت واگذار شده است و دولت در این باره به اصطلاح بسط ید کامل دارد که مطابق ارزیابی خود تصمیم

بگیرد و عمل بکند؟ ماده ۲۰ عهدنامه مودت ایران - آمریکا چنان که اشاره کردیم تصریح دارد بر این که مقررات عهدنامه مانع از آن نخواهد بود که هریک از طرفین به هر اقدام که برای حفظ منافع امنیتی^۳ خود لازم می‌داند مبادرت ورزد. یعنی که تعهد دولت در زمینه مصالح امنیتی کشور بر تعهدات قراردادی او مقدم است و دولت آمریکا روی همین نکته پافشاری می‌نمود و می‌گفت آن دولت حمله به سکوه‌های نفتی ایران را در شرایط بخصوصی برای حفظ امنیت خود لازم تشخیص داده و در این باره حتی مدعی حسن نیت بود اما تأکید می‌کرد که دیوان یا هیچ مرجع دیگری - جز خود دولت آمریکا - صلاحیت اظهارنظر در این موضوع را ندارد. آمریکا به موجب ماده ۲۰ عهدنامه اختیاراتی دارد و آن اختیارات محدود به استانداردهای دفاع مشروع نمی‌باشد بلکه فراتر از آن می‌رود و معنی این سخن آن نیست که آمریکا خود را از تعهدات حقوق بین‌الملل معاف می‌داند. اما دیوان باید ملتزم به همان اندازه صلاحیتی باشد که در ماده ۲۱ عهدنامه مقرر گردیده و پای از حدود آن فراتر نگذارد.

در برابر استدلال بالا دیوان می‌پرسد آیا آمریکا می‌توانست به استناد ماده ۲۰ عهدنامه به عملیات خلاف قانون و نامشروع دست بزند؟ دیوان

۳. تا آنگاه که انگلیس قدرت مسلط در خاورمیانه بود حضور سیاسی، اقتصادی و نظامی بلامنازع خود را در خلیج فارس ضروری می‌دانست و از آن پس که انگلیس جای خود را به آمریکا داد آن کشور تسلط بر منطقه خلیج فارس را از اهداف اولیه امنیت ملی خود به شمار آورد. طراحان سیاست مستعمراتی انگلیس خلیج فارس را دروازه هندوستان می‌خواندند و توجه و علاقه آمریکا به مناسبت وجود منافع نفتی در این منطقه است. برای اطلاع از سوابق علاقه آمریکا و آنچه که ملاحظات مصالح امنیت ملی آن کشور نامیده می‌شود مراجعه شود به کتاب دوم «خواب آشفته نفت؛ از کودتای ۲۸ مرداد تا سقوط زاهدی» (در شرف انتشار) از نگارنده این سطور و نیز فصل اول از کتاب رمزی کلارک دادستان کل سابق آمریکا:

Ramsey Clark, *The Fire This Time*, International Action Center, New York (2002).

البته پای‌بند به حدود مشخص صلاحیت خود است و از محدوده مقرر در ماده ۲۱ فراتر نمی‌رود اما آیا تفسیر ماده ۲۰ هم مانند مواد دیگر عهدنامه در صلاحیت دیوان نیست؟ دیوان نمی‌تواند قبول کند که ماده ۲۰ مستقل از قواعد حقوق بین‌الملل اجرا شود یعنی دولت طرف قرارداد بتواند به بهانه مصالح امنیتی به اقدامات خلاف قانون و نامشروع مبادرت ورزد.

تفسیر امریکا از مصالح امنیتی در واقع پروانه عملیات خودسرانه و تجاوز کارانه‌ای است که آن دولت در خارج از حدود پذیرفته شده قواعد حقوق بین‌الملل برای خود قائل است و عمق معنای رأی دیوان در این باره بر اهل تحقیق روشن می‌باشد. مسأله امنیت برخلاف نظر امریکا یک تصور ذهنی (subjective) تابع برداشتهای دولتها نیست بلکه باید به عنوان واقعیتی عینی (objective) تابع معیارهای معقول قابل تشخیص و توجیه تلقی شود.

ب - دفاع مشروع و شرایط آن

چنان‌که در سطور بالا آوردیم امریکا در هر دو حمله که انجام داد بلافاصله ماجرا را به شورای امنیت سازمان ملل متحد گزارش کرد و عملیات متجاوزانه خود را از مصادیق «دفاع از نفس» خواند. حق هر دولت برای دفاع از خود البته به موجب مقررات منشور ملل متحد ثابت و غیرقابل اعتراض تلقی می‌شود اما این حق اولیه طبیعی هم مانند هر حق دیگر در معرض سوءاستفاده قرار دارد و بسیار اتفاق می‌افتد که گرگ بره را متهم می‌سازد که حیات او را به مخاطره افکنده و به همین بهانه خوردن او را به عنوان یک اقدام دفاعی جایز بلکه واجب قلمداد می‌کند. دیوان بین‌المللی

دادگستری پیش تر هم در دعوی نیکاراگوئه این مسأله را مورد توجه قرار داده و در رأی مورخ ۱۹۸۶ خود از شرایط دفاع مشروع بحث کرده بود. دیوان به ویژه بر دو شرط اساسی دفاع مشروع تأکید ورزیده است: آن عمل و اقدامی جنبه دفاع مشروع دارد که برای حفظ نفس ضرورت داشته باشد و بنابراین هر عمل دفاعی باید متناسب با خطری باشد که از جانب یک متجاوز متوجه قربانی تجاوز می شود. دیوان می گوید امریکا نتوانسته ثابت کند که قربانی تجاوزات ایران بوده است. مستندات ارائه شده برای اثبات این ادعا که تهاجمی مسلحانه از سوی ایران علیه امریکا صورت گرفته بود کافی و محکمه پسند نیست و در هر حال اقدامات امریکانه ضرورتی داشته و نه متناسب با مخاطرات ادعایی از جانب ایران بوده است. دیوان نمی تواند چشم از ابعاد گسترده عملیات آخوندک فرو بندد. بهانه این عملیات حمله ای بود که به یک کشتی جنگی امریکا صورت گرفته بود. اولاً امریکا نتوانسته است ثابت کند که آن حمله از سوی قوای مسلح ایران بوده است. ثانیاً در آن حادثه کشتی امریکایی اگرچه صدمه دید ولی غرق نشد. حادثه، تلفات جانی هم نداشت. امریکا در قبال این حادثه دست به ماجرای با ابعادی وسیع زد که انهدام سکوهای نفتی جزئی از آن بود. در آن ماجرا دو رزمناو و چند کشتی و هواپیمای ایرانی نیز غرق شدند. چگونه می توان این عملیات را ضروری و متناسب با حمله ادعایی به یک کشتی امریکایی دانست؟

ج - بار اثبات دعوی

اصل این دعوی اگرچه از سوی ایران مطرح شده بود و بار اثبات بر

دوش ایران بود اما امریکا که در مقام دفاع، ادعا می کرد که آن اقدامات را برای حفظ مصالح اساسی امنیتی و دفاع از نفس ضروری می دانسته می بایستی از عهده اثبات مدعای خود برمی آمد. می دانیم که در جریان جنگ عراق و ایران افکار عمومی جهان بر ضد ایران تجهیز شده بود. هم دولتهای همسایه ایران در خلیج فارس و هم دولتهای بزرگ اروپا و امریکا خود را در جبهه‌ای مشترک با دولت متجاوز عراق قرار داده بودند و شرکتهای نفتی و شرکتهای حمل و نقل و شرکتهای بیمه هماهنگ با رسانه‌های بین‌المللی در دادن گزارشهای جانبدارانه از عراق و اظهارنظرهای مبتنی بر محکومیت ایران دست در دست هم داشتند و ایران را تهدیدی برای صلح و سلامت در این منطقه از جهان تصویر می کردند و امریکا در مدافعات خود به تمام این گزارشها و اظهارنظرهای رسمی و غیررسمی استناد کرده بود. دیوان تمام این ادله را قاصر از اثبات مدعا دانست و این موضع ایران را تأیید کرد که شواهد ارائه شده در بررسی دقیق‌تر غالباً به یک منبع واحد منتهی می شود و لذا به رغم انبوهی شواهد و کثرت عددی و تواتر ظاهری مفاد آنها نمی توان ارزشی بیش از یک خبر واحد برای آنها قائل شد.

د - رد مطالبه خسارت از سوی ایران

دیوان با وجود این که قبول کرد حمله امریکا به سکوهای نفتی ایران قابل توجیه نبوده است مع ذلک از الزام امریکا به پرداخت خسارت خودداری نمود. به نظر دیوان اقدامات امریکا را اگرچه می توان منافی با قواعد بین‌الملل و ناقض مقررات منشور ملل متحد دانست اما نمی توان گفت

که امریکا با این اقدامات، مفاد ماده ده عهدنامه مودت را نقض کرده است. چه آن ماده منحصرأ ناظر به آزادی تجارت در میان دو کشور است و در تاریخ وقوع آن حمله‌ها تجارتي میان ایران و امریکا که سکوه‌های مصدوم نقشی در آن داشته باشند در جریان نبود. عملیات آن سکوها در زمان وقوع حمله به علت صدماتی که از حمله‌های مقدم عراق خورده بود متوقف بود، نفتی از آنها تولید نمی‌شد و درهرحال دستور شماره ۱۲۶۱۳ مورخ ۲۹ اکتبر ۱۹۸۷ رئیس‌جمهوری امریکا دایر بر تحریم واردات نفتی ایران امکان بازرگانی میان دو کشور را منتفی کرده بود. یعنی اگر هم سکوه‌های رشادت و رسالت تعمیر و بازسازی می‌شدند و عملیات تولید نفت را از سر می‌گرفتند به علت تحریم نفتی تجارت میان ایران و امریکا میسر نمی‌شد و اصولاً حمله به سکوه‌های نصر و سلمان پس از تاریخ تحریم صورت گرفته و در آن تاریخ تجارتي در میان دو کشور متصور نبوده است.

ه- رد مطالبه خسارت از سوی امریکا

دیوان ادعای امریکا را هم برای الزام ایران به پرداخت خسارت مردود دانست. مطالبه خسارت از سوی امریکا از دو بابت و به دو عنوان بود. اول مطالبه مشخص (specified claim) از باب صدماتی که امریکا مدعی بود به ده فروند کشتی مشخص امریکایی وارد آمده و آنها را منتسب به اقدامات تهاجمی از سوی ایران می‌دانست. دوم ادعای کلی (generic claim) از باب صدماتی که به علت ناامنی در خلیج فارس به تعداد نامعینی از کشتی‌های بی‌نام و نشان امریکایی وارد شده است. دیوان، مطالبه اول را به این جهت رد کرد که هیچ‌یک از کشتی‌های ده‌گانه در

عملیات بازرگانی میان امریکا و ایران فعالیت نداشتند. آن کشتی‌ها حامل نفت کویت یا کشورهای دیگر بودند، بنابراین آسیبی که به آنها وارد آمده - حتی در صورتی که ثابت شود از ناحیه ایران بوده - ربطی به ماده ده عهدنامه نمی‌تواند داشت. ادعای خسارت کلی را نیز دیوان به این جهت مردود دانست که این خسارت باید دست کم در چند مورد مشخص قابل اثبات باشد و حال آن که چنین نیست و ادعای امریکا در مورد آن ده فقره مشخص که می‌توانست به عنوان مصادیق خسارت کلی تلقی شود به شرح بالا رد شده است و خسارت کلی که مصداقی برای آن نتوان معرفی کرد معنایی ندارد.

و - دستور امریکا برای تحریم نفت ایران

چنان که در بند «د» بالا آوردیم دیوان دستور شماره ۱۲۶۱۳ مورخ ۲۹ اکتبر ۱۹۸۷ رئیس جمهور امریکا (ریگان) را موجب قطع تجارت نفت خام در میان دو کشور دانسته و از همین رو دعوی خسارت ایران را مشمول ماده ۱۰ عهدنامه نخوانده است. دیوان در بند ۹۴ رأی خود به این موضوع اشاره کرده است که اگرچه ایران در لوایح خود تحریم نفت از سوی امریکا را اقدامی نامشروع و تجاوزکارانه خوانده لیکن هیچ‌گاه موضع رسمی در این باره اتخاذ نکرده و ادعایی بر مبنای آن به استناد نقض ماده ۱۰ عهدنامه مودت مطرح نشده تا دیوان بتواند با ملاحظه ادله طرفین تصمیمی درباره آن بگیرد. بنابراین دیوان مسأله تحریم را با عنوان واقعیتی و اتفاقی که موجب توقف تجارت میان دو کشور شده مورد توجه قرار داده و تنها اثر و نتیجه آن را، بدون آن که نظری درباره مشروعیت یا عدم

مشروعیت آن بدهد، در حکم خود آورده است.

این بخش از رأی دیوان به لحاظ قضایی قابل توجیه به نظر نمی‌رسد چه اگر تحریم امریکا نامشروع باشد نباید هیچ اثری بر آن مترتب گردد و حال آن که دیوان تحریم را به عنوان یک امر واقع تلقی کرده و اثر آن را که قطع رابطه تجاری با ایران است به رسمیت شناخته است. از نظر ایران نتیجه برداشت دیوان عملاً این است که یک اقدام تجاوز کارانه امریکا که خود ناقض ماده ۱۰ عهدنامه بوده، سبب می‌شود تا اقدام تجاوز کارانه دیگر آن دولت ناقض ماده ۱۰ عهدنامه تلقی نشود و بدین گونه متجاوز می‌تواند از مسؤولیت پرداخت خسارتهایی که وارد آورده است شانه خالی کند. البته راه برای ایران همواره باز است که اگر بخواهد مسأله تحریم را به عنوان یک دعوی مستقل به استناد همان ماده ۱۰ عهدنامه در برابر دیوان مطرح سازد اما در آن صورت اگر هم دیوان رأی بسه نفع ایران بدهد و عدم مشروعیت تحریم مسجل گردد آیا می‌شود در ذیل آن خسارات وارد شده بر سکوها را هم که با رأی اخیر دیوان اعتبار قضیه محکوم‌بها پیدا کرده است مطالبه کرد؟ آری درست است که مشروعیت یا عدم مشروعیت تحریم مورد رسیدگی قرار نگرفته و مختومه نشده ولی خسارت سکوها مختومه است و تجدید دعوی در آن باره میسر نمی‌باشد و خسارت تحریم فی‌نفسه چیز قابل اعتنایی نیست زیرا تحریم اگرچه مانع ورود نفت خام ایران به امریکا شد اما از ورود فرآورده جلوگیری نکرد و در نتیجه نفت خام هیچ‌گاه رو دست ایران نماند. ایران نفت خام خود را به اروپا فرستاد و اروپا صادرات فرآورده به امریکا را افزایش داد.

ز - آزادی تجارت مشروط است یا بلاشرط؟

مشکل دوم که در بررسی رأی دیوان به نظر می‌رسد تفسیر دیوان از «آزادی تجارت و دریانوردی» تضمین شده در ماده ۱۰ عهدنامه است. دیوان مفاد این ماده را ناظر بر تجارت مستقیم و بالفعل میان دو کشور دانسته است. ایران دلایلی اقامه کرده بود که تجارت نفت در میان دو کشور حتی بعد از دستور تحریم رئیس‌جمهور امریکا ادامه داشت. آن دستور منطوقاً و مفهوماً ورود نفت خام ایران به امریکا را منع می‌کرد. آماری که از طرف ایران در اختیار دیوان قرار داده شد نشان می‌داد که پس از تحریم مقدار صادرات نفت خام ایران به اروپا فزونی گرفته و به همان میزان بر واردات فرآورده‌های نفتی امریکا از اروپا اضافه شده است. یعنی نفت ایران که دیگر نمی‌توانست به صورت خام در امریکا راه یابد پس از تصفیه در پالایشگاههای اروپا به صورت فرآورده وارد امریکا می‌شد و بنابراین تجارت غیرمستقیم نفتی میان دو کشور ادامه داشت.

اگر دیوان آزادی تجارت موضوع ماده ۱۰ عهدنامه را یک آزادی بلاشرط تلقی می‌کرد راه برای احقاق حق ایران باز می‌شد، چون تحریم نفتی رئیس‌جمهوری امریکا تنها در تجارت بالفعل میان دو کشور مؤثر افتاده بود نه در تجارت بدون قید فعلیت و به صورت بلاشرط. در این معنی نه قید فعلیت مأخوذ است و نه شرط مستقیم یا غیرمستقیم بودن. تجارت بین دو کشور اعم است از آنچه همین حالا بالفعل جریان دارد و آنچه که در جریان تجارت فردا مؤثر می‌افتد.

ح - دستاورد معنوی رأی دیوان

کار دیوان بین‌المللی دادگستری رسیدگی به دعوای میان دولتهاست و این دعوای لاجرم خالی از جنبه سیاسی نمی‌تواند باشد. ماده دوم اساسنامه دیوان بر استقلال رأی و ملکات اخلاقی قضات تأکید نموده و مخصوصاً متذکر شده است که انتخاب قضات دیوان باید بدون توجه به ملیت و بسر اساس صلاحیت شخصی آنان انجام گیرد. اما در هر حال مسلم است که نامزد شدن اشخاص به این مقام شامخ و حساس از سوی مجمع عمومی و شورای امنیت سازمان ملل متحد بدون توجه به سوابق و تمایلات سیاسی آنان انجام نمی‌شود و ملاحظات و حسابهای شخص قاضی نیز در جریان کار او مؤثر می‌افتد. بار اول که در نیم قرن پیش دیوان به دعوی انگلیس رسیدگی می‌کرد قضات دیوان برخلاف انتظار دولتهای بزرگ، استقلال رأی قابل تقدیری از خود نشان دادند و مخصوصاً قاضی انگلیسی دیوان که از مشاهیر و اساتید علم حقوق محسوب می‌شود یادگار ارجمندی از بی طرفی قضایی از خود برجای گذاشت. این بار هم البته باید جو سیاسی حاکم بر فضای بین‌المللی را در نظر داشت. آری، اگر دیوان می‌خواست، می‌توانست فراتر از این که هست برود و بر اساس ملاحظات حقوقی که در بندهای (و) و (ز) بالا متذکر شدیم امریکا را الزام به پرداخت خسارت کند و اجازه ندهد که یک دولت ابرقدرت از مجازات جرمی که مرتکب شده است با ارتکاب جرمی دیگر، فرار کند و راه را برای احقاق حق و اجرای عدالت فرو بندد. معذک باید انصاف داد که دیوان در این دعوی نیز تا آنجا که تجاوزات امریکا را با موازین حقوق بین‌الملل و منشور ملل متحد سنجیده و بهانه‌های امریکا را ناپذیرفتنی دانسته و اتهامات امریکا بر ایران را غیرمستدل و

غیرموجه یافته و ادعای آزادی عمل آن دولت - و هر دولت دیگر - را در ارزیابی مصالح امنیتی خود مردود شناخته و دفاع از نفس را منحصرأ در محدوده شرایط ضرورت و نسبت مجاز و مشروع اعلام کرده، استقلال رأی قابل احترامی از خود نشان داده است.

الزام مالی متجاوز به جبران خسارت البته مهم است، اما محکومیت اخلاقی و حقوقی او اهمیت بیشتری دارد و دیوان در این باره، اگرچه سنگ تمام نگذاشته، اما خوب عمل کرده است. نباید از یاد برد که حقوق بین‌الملل رشته‌ای بالنسبه جوان است و وجود دادگاهی برای تشخیص حق و ناحق اقداماتی که دولتها در اجرای حاکمیت خود انجام می‌دهند چند ده سال بیشتر سابقه ندارد. رأی دیوان دستاورد مادی برای ایران نداشت اما دستاورد معنوی آن قابل ملاحظه بود. خلاصه اتهامات امریکا آن بود که ایران قانون سرش نمی‌شده و در ساحت حقوق بین‌الملل خودسرانه عمل می‌کرده و لاجرم مستوجب مجازات بوده است. دیوان می‌گوید این اتهامات وارد نیست بلکه این خود امریکا است که پایبندی به قانون نشان نداده و برخلاف موازین حقوق بین‌الملل و منشور ملل متحد عمل کرده است. رأی دیوان، بویژه در شرایط و اوضاع و احوالی که امریکا رسماً ایران را محور شرارت می‌نامد، حایز اهمیت بسیار است.

master has exact and reliable information about its unsafety, he has no duty to use it, and, if he uses it, the charterer will not be liable for any possible damage to the Vessel.

According to the recent developments to the definition of safe port, it is no longer necessary that the introduced port by the charterer be actually safe but it should be prospectively safe, i.e., it is sufficient that the charterer introduces a prospectively safe port in order to fulfil his obligation in this respect.

**Use of Safe Port
As One of the Obligations of the Charterers**

Masoud ARBABI

Persian text, pp. 299-316

Abstract

One of the basic obligations of the charterers is to use safe port which has an important role in safety of the Vessel.

If the charterer does not use a safe port and this causes damage to the vessel, he will be liable for. It is therefore, important to know the meaning of safe port in order to recognize whether the unsafety of the port causes the damage to the vessel or some other causes such as unseaworthiness.

This article deals with the meaning of safe port. In 1964 Maritime Act of Iran there is no definition of safe port. According to some cases decided by the English Courts, however, it can be said that the dangers not arising from abnormal occurrences and which cannot be avoided by good navigation and seamanship, make ports unsafe. of course, if the charterer introduces an unsafe port and if the

The Pretrial Stage in Juvenile Justice

Rajab GOLDOUST JOYBARI

Hesam S. ESFAHANI

Persian text, pp. 259-298

Abstract

As a specialized branch of criminal sciences, the juvenile Justice is the result of studies and researches on clinical criminology. The juvenile procedure, as a division of the juvenile justice, covers a wide spectrum of realities. The pretrial stage, as the first instance where a delinquent juvenile enters the cycle of the judicial system, is important in that it is most probable in this stage that the juvenile's essential rights be assaulted and the doctrine of presumption of innocence may be harmed more noticeably. The present article attempts, by studying the rules and regulations and policies employed in this field in the domestic law on the one hand and by comparing and looking in to the international rules, laws and policies practiced in other criminal justice systems, to offer practical policies and make useful suggestions towards an efficient juvenile-oriented system pivoting on the juvenile interests.

This research tries to present legal analysis to the articles of this new law and criticizes and evaluates them so that obtains suitable responses to all the questions in this regard.

**Analysis of the law of “Method of Embryo Donation to the
Infertile Couples”**

Mohammad Javad Saffar

Persian text, pp. 221-258

Abstract

Islamic Consultative Assembly approved the law for “Method of Embryo Donation to the Infertile Couples” on July 30, 2003 following to the comments and scientific dialogues about “Modern human reproductive techniques from the view of Jurisprudence and law” known as “fertility or artificial insemination” and necessity for applying assisted reproductive techniques (ART).

Discussing from two standpoints of jurisprudence and law, reveals the compatibility extend of the new approved law with general legal principles and rules and talks about the relation of the child born with ART method with the infertile couple from legal viewpoint. What is his/her legal relation from genology view? What are the legal rights and duties of those couple received donated embryo with the born child?

**Command Responsibility and Superior Orders in the Statute of
the International Criminal Court**

H.M.M. SADEGHI

Persian text, pp. 203-219

Abstract

The two important subjects of command responsibility and superior orders have been raised in many international criminal cases by the accused and their lawyers.

The meaning and history of these two related subjects, which are in fact the two sides of the same coin, have been discussed under two separate headings in this article. References have been made to certain international cases while the position of the Statute of the International Criminal Court on the subject has been discussed by analyzing Articles 28 and 33 of the Statute.

In second part, the question is “whether the governing law is changeable or one law must govern the whole contract” which follows by the sub-questions:

1. Whether the governing law is changeable?
2. Whether the governing law can be floating or suspended?
3. Whether only one law must govern the whole contract?

The article with respect to each of the above six questions will reach to a general conclusion that a) neither a national law nor international law rules such as *Lex mercatoria* is solely enough to govern an international contract; they can supplement each other. b), So far as the choice of law is *bona fide* and is not an evasion from a mandatory rule of a relevant law, it does not need that the chosen law has any connection with the contract. c), Renvoi is generally excluded from the contract. d), The governing law can be changed by the parties, but the change must be *bona fide* and without prejudice to the rights of other beneficiaries to the contract. e), Floating or suspended governing law is not a definite choice of law and accordingly is not accepted as a choice of governing law. f), To some extent it is possible that one law governs the contract.

Questions Around the Law Governing the Contract

Hamid Reza NIKBAKHT

Persian text, pp. 163-201

Abstract

Around the law governing the so-called international contract, there are so many key questions which must be answered by law makers or by Judges. In this article two main questions and under each of them three questions will be dealt with.

In first part, the question is “what is the law governing the contract?” under which three questions:

1. Which law (national or international) can be determined as the law governing the contract?
2. Whether, one can determine a law which has not any connection with the contract, as the governing law?
3. Whether choice of or reference to a foreign law, means domestic law of that country with its conflict of law rules, or means exclamation of renvoi?

physician and a psychotherapist, and receive free clinical services. Furthermore, it must be possible with the guidance and support of civic institutions give assistance in the judicial process for the restitution of the victims' violated rights and suing for material and moral damages. With such steps it can be hoped that the victims of rape can regain their self confidence and to recover from the effects of sexual violence.

Abortion due to Rape

Mohammad Ali ARDEBILI

Persian text, pp. 133-161

Abstract

Rape against women is a prime example of violence that has many psychological and social ramifications. Such an act is considered a crime by the laws of most countries, and it is everywhere sanctioned by severe punishment. One of the odious effect of this criminal act is the pregnancy of the woman who has been forced to give herself up to the aggressor. Such a woman is forced to endure the period of pregnancy, even though she has no interest in keeping the child who is the result of adultery. In the laws of our country such a child is considered illegitimate and is deprived of many social and civil rights. Furthermore, the legislator in the interest of preserving the life of the child, forbids abortion and imposes severe punishment for violators. Consequently, victims of rape need more protection than others. First, the legislator must grant permission to abort the unwanted fetus; and the victim must be put under the supervision of a

**NON-APPLICATION OF FOREIGN LAW IN CASE OF
EMERGENCY**

Farhad KHOMAMIZADEH

Persian text, pp. 117-131

Abstract

Conflict of Laws deals with the situation where a private legal dispute litigated in a court of the forum has an international or interstate element. Under the rules of the forum, the court determines the laws and regulations which govern and should apply to the resolution of the dispute. If the rules result in the application of a foreign law, in certain cases, such application takes time, though immediate actions needed to be taken by the court to avoid damages to the interested persons. This article tries to establish a basis for the interim non-application of a foreign law in such cases, though in normal circumstances the foreign law should be applied.

**The Emergence of the Humanitarian Law and some Expressions
of the Protection of Human Dignity in the Behavior of the
Military**

Seyed Ali HANJANI

Persian text, pp. 75-116

Abstract

In this article it has been tried to focus on the relatively important role of “law of armed conflicts” in international law and the effects it can have on protecting the rights of individuals during war; rights which can be considerably threatened.

First of all, we proceed to a historical approach of the emergence of this right in positive law during the 19th and 20th centuries; its field concerns the humanitarian right in its proper meaning and the law related to the use of weapons, in order to assess the value of human dignity apart from the State.

To analyze the effects of humanitarian rules in changing the behavior of the military, we have taken as example some inhuman methods of warfare, which have been enclosed in a legal system.

In this article, the writer has endeavored first to propound the spiritual rank of the inerrant Imams, and then the reality of the two kind of *ahadith* narrated from them i.e. the jurisprudential and the legal, giving some specific examples of the two, and how there has come about a sort of confusion between them.

Differentiating Between the Legal and Jurisprudential Ahadith

S.M. MOHAGHEGH DAMAD

Persian text, pp. 49-74

Abstract

Owing to the multiplicity of functions of the inerrant Imams including, the expounding of Divine injunctions and prohibitions, judgment and the settlement of legal disputes, the *Ahadith* reported from them have multifarious aspects such as the exegesis of Divine command or their application in jurisprudence, that is to single and individual cases. Ignoring the distinction and differentiating between these two kind of *ahadith* confronts the legalist and the jurisprudent with the danger of deviating from the right course in legal judgment and hinders jurisprudence from a rightful dynamism. A close analysis of legal texts demonstrates that in the science of jurisprudence, these two have not been distinguished and the jurisprudents have turned to their applications in legal judgments.

**Les cas dans lesquels l'ordonnance de référé peut être rendu et les
facteurs efficaces pour les reconnaître**

Abdollah SHAMS

Le texte persan, pp. 11-47

Abstrait

L'institution de référé a pris une importance telle qu'on peut la considérer comme l'une des pièces essentielles de notre système procédural. On ne peut, ici, se livrer à une étude complète de cette institution, mais on se bornera à une question essentielle qui s'y rapporte: Celle de savoir les cas dans lesquels le tribunal peut-il procéder à rendre l'ordonnance de référé au sens strict du terme.

Pour répondre à cette question, nous avons, dans le premier paragraphe, étudié les divers types de référé au sens large du terme, et nous les avons ensuite comparés au référé au sens strict de terme. En vérité, ces divers types du référé, bien qu'on puisse les assimiler au référé au sens strict du terme, s'en révèlent pourtant différents tant par fondement légal que par leurs caractéristiques propres. Ensuite, nous avons consacré le deuxième paragraphe, à l'étude de la notion et du domaine d'"urgence", en effet le tribunal ne pouvant rendre l'ordonnance de référé que si le demandeur prouve l'urgence.

Translated Article

- ◆ **APPROCHE CRIMINOLOGIQUE ET VICTIMOLOGIQUE DU TERRORISME**
Reynald OTTENHOF. Translated by Ali Hossein NADJAFI ABRANDABADI

VIEW POINT

- ◆ **A REPORT ON THE "CASE CONCERNING OIL PLATFORMS" (ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN V. UNITED STATES OF AMERICA) BEFORE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE**
Mohammad Ali MOVAHED

- ◆ **ABSTRACTS IN ENGLISH OR FRENCH**

Articles

- ◆ **LES CAS DANS LESQUELS L'ORDONNANCE DE RÉFÉRÉ PEUT ÊTRE RENDU ET LES FACTEURS EFFICACES POUR LES RECONNAÎTRE**
Abdollah SHAMS
- ◆ **DIFFERENTIATING BETWEEN THE LEGAL AND JURISPRUDENTIAL AHADITH**
S.M. MOHAGHEGH DAMAD
- ◆ **THE EMERGENCE OF THE HUMANITARIAN LAW AND SOME EXPRESSIONS OF THE PROTECTION OF HUMAN DIGNITY IN THE BEHAVIOR OF THE MILITARY**
Seyed Ali HANJANI
- ◆ **NON-APPLICATION OF FOREIGN LAW IN CASE OF EMERGENCY**
Farhad KHOMAMIZADEH
- ◆ **ABORTION DUE TO RAPE**
Mohammad Ali ARDEBILI
- ◆ **QUESTIONS AROUND THE LAW GOVERNING THE CONTRACT**
Hamid Reza NIKBAKHT
- ◆ **COMMAND RESPONSIBILITY AND SUPERIOR ORDERS IN THE STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT**
H.M.M. SADEGHI
- ◆ **ANALYSIS OF THE LAW OF "METHOD OF EMBRYO DONATION TO THE INFERTILE COUPLES"**
Mohammad Javad SAFFAR
- ◆ **THE PRETRIAL STAGE IN JUVENILE JUSTICE**
Rajab GOLDOUST JOUYBARI & Hesam S. ESFAHANI
- ◆ **USE OF SAVE PORT AS ONE OF THE OBLIGATIONS OF THE CHARTERERS**
Masoud ARBABI



REVUE DE RECHERCHE JURIDIQUE

Tome 39

2004

Directeur

G. EFTEKHAR JAHROMI

Rédacteur En Chef

S.M.GH.S.FATEMI

Comité de Rédaction

*Mohammad ACHOURI, Mohammad-Reza AHMADI, Mohanumad-Reza PASBAN,
Abdollah SHAMS, Mehdi CHAHIDI, S.Hossein SAFAIE, Ezatollah ERAGHI,
Amir-Hossein FAKHARI, Hedayatollah FALSAFI, S.Mostafa MOHAGHEGH-
DAMAD, Reza NOURBAHA, S.Mohammad HACHEMI*

*Avec la collaboration de l'Association Iranienne du Droit Comparé, l'Association
Iranienne du Droit Pénal et l'Association Iranienne d'Arbitrage*

Édition

Université Chahid Behecti

Faculté de droit

Téhéran-Evine

Tel. (021)2422649

Fax. (021)2422648