



دوفصلنامه علمی-دانشجویی
دانش پژوهان



صاحب امتیاز:
دانشگاه مفید

مدیر مسئول:
دکتر محمد خیری

سر دبیر:
امیرمهدی دهقان

دوران این شماره:

فاطمه زیبایی نژاد (پژوهشگر دوره دکتری حقوق بین الملل)
مهدی زیارتی (پژوهشگر دوره دکتری حقوق خصوصی)
سیدمحمدحسین جزایری (پژوهشگر دوره دکتری فقه و مبانی حقوق)
حسن صادقیان (پژوهشگر دوره دکتری فقه و مبانی حقوق)

* * * * *

ویراستاران: شیوا ناصری و شمیم ناصری

طراح جلد: شیوا ناصری

* * * * *

دیدگاه‌های مطرح شده در مقالات لزوماً منعکس کننده نظرات «دانش پژوهان» نمی‌باشد.
دوفصلنامه دانش پژوهان در ویرایش مقالات آزاد است.

* * * * *

نشانی: قم، بلوار شهید صدوقی، میدان مفید، دانشگاه مفید، معاونت دانشجویی و فرهنگی،

دبیرخانه دانش پژوهان

کد پستی: ۳۶۱۱-۳۷۱۸۵

نمابر: ۰۲۵ - ۳۲۹۰۳۵۵۴

تلفن: ۰۲۵ - ۳۲۱۳۰۲۱۱

پایگاه اینترنتی: daneshpajooan.mofidu.ac.ir پست الکترونیک: cao@mofidu.ac.ir

دیدگاه ها، تفاسیر و مواضع متخذه مقالات و اسناد منتشره در مجله دانش پژوهان منحصرآ نظر و موضع نویسندگان بوده، تمامی مسئولیت های آن بر عهده ایشان است. چاپ و انتشار مقالات به معنی تایید مواضع نویسندگان مزبور توسط این مجله نمی باشد.

مجله دانش پژوهان دانشگاه مفید صرفا تسهیلاتی را برای ترویج و انتشار آثار نویسندگان و دانشجویان با هدف شکوفائی استعدادها، ارتقای توانایی ها و برپایی رقابت در عرصه نویسندگی فراهم می کند.

مجله علمی - دانشجویی دانش پژوهان از تمامی دانشجویان، صاحبان اندیشه و علاقه مند به موضوعات مرتبط با حوزه پژوهش های حقوقی، اقتصادی، فلسفی، قرآنی و الهیات دعوت می کند تا با ارسال آثار و مقالات علمی خود به دبیرخانه مجله، در تداوم این مسیر همیار آن باشند.

راهنمای نویسندگان و ارسال مقاله در پایگاه اینترنتی زیر:

daneshpajooan.mofidu.ac.ir

* نشریه دانشجویی دانش پژوهان از سال ۱۳۸۰ ش منتشر می‌شود و در تمام حوزه‌های گسترده حقوقی، اقتصادی، علوم سیاسی، فلسفی، الهیات و فقه آماده پذیرش و بررسی مقالات است.

* مقالات دریافتی تنها در صورتی قابل بررسی هستند که دارای شرایط زیر باشند:

- مقاله ارسالی باید نتیجه مستقیم تحقیقات نویسنده و یا نویسندگان آن باشد و روایت تمام ضوابط اخلاقی نگارش الزامی است.

- مقاله ارسالی در هیچ نشریه داخلی یا خارجی چاپ نشده باشد؛ همچنین همزمان به سایر مجلات یا مجموعه‌ها فرستاده نشود.

- حجم مقاله به همراه تمام اجزاء آن نباید از ۷۵۰۰ کلمه تجاوز کند.

- مقاله باید دارای بخش‌های زیر باشد:

الف. چکیده فارسی و انگلیسی مقاله، هر کدام حداکثر در ۲۵۰ کلمه؛

ب. واژگان کلیدی فارسی و معادل انگلیسی آنها (حداکثر پنج واژه)؛

پ. مقدمه، پیکره اصلی مقاله، بحث، نتیجه و همچنین فهرست منابع باید به صورت کامل و دقیق منعکس شود.

- مشخصات نویسنده/نویسندگان به همراه آدرس ایمیل هریک از نویسندگان در فایل مقاله و در پاورقی صفحه اول آورده شود.

- ترتیب نوشتار طبق نمونه می‌باشد: دانشجوی کارشناسی ارشد اقتصاد اسلامی، دانشکده اقتصاد، دانشگاه مفید، قم، ایران.

نویسندگان مقالات جهت استانداردسازی و تنظیم شیوه ارجاعات و استنادات در مقاله، می‌بایست از شیوه APA استفاده شود.

- ارجاعات باید در پائین صفحه و به این صورت نوشته شود: (طباطبایی، ۱۳۷۰) (Beany, 1996)

- فهرست منابع در آخر مقاله به ترتیب حروف الفبا و به این صورت ذکر شود:

{کتاب:} فراهانی فرد، سعید. (۱۳۸۱). سیاست‌های اقتصادی در اسلام، تهران: موسسه فرهنگی دانش و اندیشه معاصر.

Shotton, M. A. (1989). Computer addiction? A study of computer dependency. London, England: Taylor & Francis

{مقاله:} ختایی، محمود، و سیفی پور، رویا (۱۳۸۵). ابزارها وقواعد شناخته شده سیاست‌های پولی در اقتصاد ایران. مطالعه موردی: برنامه سوم توسعه اقتصادی و اجتماعی، مجله تحقیقات اقتصادی، ۴۱(۳): ۲۳۳-۲۶۷.

Black, J. (2010). Big government: Good and bad. The New Criterion, 28(5), 24-27.

* دوفصلنامه دانشجویی دانش پژوهان تمام مقالات دریافتی را با استفاده از سامانه‌های مشابهت یاب و بررسی اصالت، بررسی و تحلیل می‌کند. در صورت کشف و قطعیت نقض اصول اخلاقی و بروز سرقت علمی، مقاله مردود خواهد شد و نام نویسنده در لیست سیاه قرار خواهد گرفت.

سیاهه مقالات

- سیاست‌های جنایی ایران علیه کودکان و نوجوانان بزهکار ۹
آرزو مجتهدزاده
- بررسی شرط طهارت مولد در قاضی ۳۹
محمود رحیمی
- میانجی‌گری بین‌المللی در منازعات داخلی ۶۵
آرمین حاجی‌آقایی
- نقش اتحادیه اروپا در صلح جهانی با تاکید بر مسئله فلسطین ۹۱
سجاد روشن‌بین
- استرداد مجرمین از خارج از کشور ۱۰۹
حمید قاسم‌زاده
- مصالح عالیله کودک در فقه و حقوق ایران ۱۲۵
سهیلا سعادت‌ی
- بررسی و اثبات شخصیت حقوقی نهاد وقف ۱۴۳
محمدحسن قاسم‌زاده
- بررسی سایت‌های شرط‌بندی از منظر فقه و حقوق ۱۸۳
علی قادری
- مطلق و مقید بودن جرم محاربه در فقه امامیه و حقوق ایران ۲۰۱
حسین فرج‌زاده
- چکیده مقالات به زبان انگلیسی

سیاست‌های جنایی ایران علیه کودکان و نوجوانان بزهکار

آرزو مجتهدزاده*

چکیده

فرایند شتابان صنعتی شدن کشورها، گسترش جوامع شهری و پیدایش حاشیه‌نشینی شهرها و در نتیجه، کم‌رنگ شدن فرهنگ عمومی و ملی و نیز روی‌آوری مردم به حاشیه‌نشینی در شهرها، به دلیل وضعیت اسفبار معیشتی، از جمله معضلات بزرگ جوامع امروزی است. این فرایند شتابان شهرنشینی و صنعتی شدن، جوامع مختلف را با معضلات و مشکلات عدیده‌ای مواجه کرده است. پیدایش معضلات اجتماعی از جمله بزه‌کاری، انحرافات اجتماعی و اخلاقی از قبیل سرقت، قتل، تجاوز، اعتیاد و...، که سرانجام به بحران‌های اجتماعی تبدیل می‌شود، از جمله آسیب‌هایی است که به دنبال فرایند صنعتی شدن گریبان‌گیر جوامع شهری شده است. این روند متأسفانه چنان شتابان است که آثار و تبعات فراوان اجتماعی به دنبال دارد و موجب رشد و گسترش معضلات اجتماعی شده، به گونه‌ای که اقدامات قضایی و پلیسی در این زمینه، چندان کارساز و مؤثر واقع نمی‌شود.

از جمله معضلات گریبان‌گیر بسیاری از کشورها و شهرهای مختلف، وجود پدیده‌ای به نام «بزهکاری نوجوانان و جوانان» می‌باشد. این پدیده که عمدتاً ناشی از تعارض بین فرهنگ ملی، بومی و محلی، با فرهنگ صنعتی و جهانی و نیز برخی کاستی‌ها در مسائل تربیتی، خانوادگی، اخلاقی و... است، در نتیجه، بحران‌های هویت و عدم کارایی اقتصادی، بیکاری و... پدید می‌آید. این‌گونه معضلات به حدی شایع و گسترده شده است که امنیت جامعه را تهدید می‌کند.

* دکتری حقوق کیفری، دانشگاه آزاد اسلامی واحد قم، قم، ایران.

۱۰ دوفصلنامه دانش پژوهان / شماره ۷۰ / ویژه نامه حقوق / صص ۹-۳۷

شناسایی علل و عوامل این پدیده نامیمون در میان نوجوانان و جوانان، مبارزه با مفسدات اجتماعی و اقدامات تنبیهی و نیز اقدامات پیشگیرانه و آموزش‌های لازم به خانواده‌ها، به ویژه در خصوص تعالیم و حیانی و تربیت اسلامی، از جمله عوامل مهم برون‌رفت از بزهکاری و معضلات اجتماعی است. این مقال، در حد وسع تلاش می‌کند تا به این موضوع بپردازد.

واژگان کلیدی: بزهکار، نوجوانان و جوانان، معضلات اجتماعی، نظام دادرسی، سیاست کیفی.

مقدمه

در این زمینه هم سیاست جنایی قضایی مفهومی اخص از سیاست است و هم طفل بزهکار مفهومی اخص از انسان بزهکار است. در این زمینه اغلب کشورهای جهان ضمن قبول صغر به عنوان عامل رافع مسئولیت کیفری، رژیم جزایی یا قضایی خاص^۱ برای اطفال به مورد اجرا می‌گذارد. بزهکاری مفهومی است که غالباً در مورد کودکان و نوجوانان به کار می‌رود، زیرا بسیاری از رفتارهایی که برای کودکان و نوجوانان به اقتضای سن و ماهیت رفتار، تخلف محسوب می‌گردد در صورت ارتکاب از سوی بزرگسالان تخلف شناخته نمی‌شود. مثل فرار از خانه و مدرسه و یا ولگردی که کودک را در معرض خطر قرار می‌دهد بنحوی که در صورت غفلت و بی‌توجهی منجر به مجرمیت آنان می‌گردد.

سوالی که مطرح می‌شود این است که به سیاست کیفری ایران در قبال بزهکاری کودکان و نوجوانان با چه دیدی نگریسته است؟ و تا چه حد از کودکان و نوجوانان بزهکار حمایت کرده است؟ تمرکز اصلی این متن بر مسئله: «بزهکاری کودکان و نوجوان» است. بزهکاری نوجوانان به دلیل اهمیت ویژه‌ای که دارد تحت نظارت مجریان قانون، دادگاه اطفال و دستگاه‌های اصلاح و تربیت که در مجموع «نظام دادرسی نوجوانان» را تشکیل می‌دهند؛ قرار می‌گیرد. آنها ممکن است توسط پلیس بازداشت شوند، پرونده‌هایشان در دادگاه اطفال یا دادگاه خانواده رسیدگی می‌شود مورد رسیدگی قرار گیرد و به محلی که برای اصلاح کودکان دچار مشکل تأسیس شده است، فرستاده شوند. امروزه دغدغه مریبان، متخصصین و سیاست‌گزارانی که معتقدند «کودکان امروز، شهروندان فردا» و بقاء، حمایت و توسعه آنان پیش شرطی برای توسعه آینده بشریت است. «تعیین شیوه اصلاح و باز پروری نوجوانان خشن است. هنوز روشن نیست که بزهکاران نوجوانان به برخوردهای ملایم بهتر پاسخ می‌دهند یا به مجازات‌های سخت.

مبحث اول: مفهوم سیاست جنایی بزهکاری کودکان و نوجوانان

^۱ گلدوزیان، ایرج. (۱۳۷۵). حمایت حقوقی - قضایی و اجتماعی اطفال و نوجوانان.

گفتار اول : مفهوم سیاست جنایی

۱. از سیاست کیفری تا سیاست جنایی

اصطلاح «سیاست کیفری» برای تعریف با دشواری‌هایی مواجه بوده است. پیش از ورود به بحث به راستی این پرسش را می‌توان مطرح ساخت که چرا یک سیاست، در امور کیفری ضروری است؟

در اروپا برخی نویسندگان انگلوساکسون، در آثار خود زیر عنوان‌هایی چون «سیاست کیفری روم باستان، Roman Penal Policy» در پی تعریف ریشه‌هایی تاریخی از این مفهوم در حقوق کیفری روم باستان برآمده‌اند. در آغاز قرن نوزدهم آنسلم فون فوئدباخ، واژه‌ی سیاست جنایی را در مفهومی مضیق که در واقع همان سیاست کیفری است، به کاربرد ولی با این همه و در دوران نزدیک به ما نویسندگانی چون «کوش» در آغاز قرن بیستم در اثر خود «مفصل علم اداره و قوانین زندان‌ها» با اندکی تسامح، نظر به مفهومی مضیق از سیاست کیفری داشت.^۲ اروپاییان برای تفکیک و جداسازی مفاهیم «سیاست کیفری» از «سیاست جنایی» باید تا ظهور متخصصانی چون کریستین لازرژ و میری دلماس مارتی و تأسیس رشته‌هایی چون «سیاست جنایی در اروپا» منتظر بمانند.

در ایران نخستین بار دیگر متین دفتری، این اصطلاح را به عنوان معادل Panel Policy La Plitique Penale برگزیده است.^۳ ولی حقوقدانان و جرم‌شناسان امروز ایران در آثار و گفتار خود، به ویژه از پایان دهه ۱۳۵۹ خورشیدی، با بحث به نسبت تفصیلی درباره‌ی مفهوم و موضوع‌های سیاست جنایی، این اصطلاح را در معنای موسع نسبی و اخیراً مطلق آن و اصطلاح سیاست کیفری را به عنوان مفهوم مضیق سیاست جنایی به کار می‌برند.^۴

۲. از سیاست جنایی تا سیاست جنایی قضایی

^۲ لازرژ، کریستین. (۱۳۸۲). سیاست جنایی، ترجمه‌ی نجفی ابرندآبادی، علی حسین. نشر میزان، چ اول، ص ۱۱.

^۳ متین دفتری، احمد. (۱۳۱۵). سیاست جنایی به نقل از نجفی ابرندآبادی، علی حسین.

^۴ نجفی ابرندآبادی، علی حسین. جزوات دادرسی سیاست جنایی.

سیاست های جنایی ایران علیه کودکان و... / مجتهدزاده ۱۳

«سیاست جنایی» در میان اندیشمندان و نویسندگان حقوقدان و جرم‌شناس به گونه‌ای مورد بحث قرار گرفته که به طور کلی دو برداشت عمده را از اصطلاح آن می‌توان از هم بازشناخت: عده‌ای از آنجا که پرداختن به پدیده ی جنایی (یعنی به تعبیر آنان: جرم) را تنها در چارچوب حقوق کیفری تصور می‌کنند، هرگونه تدبیر و چاره اندیشی درباره‌ی آن را در همین چارچوب می‌گنجانند و بنابراین مفهوم مضیق از سیاست گذاری درباره‌ی جرم (سیاست جنایی) را به تصویر می‌کشند و مرادشان همان جنبه‌های نظری و علمی نظام کیفری یعنی «سیاست کیفری» است. که شرح آن گذشت.^۵ به دیگر سخن هنگامی که از تعریف سیاست جنایی آن هم در مفهوم امروز سخن به میان می‌آوریم، نخست باید بدانیم که این سیاست آگاهانه است و یا برنامه ریزی از سوی «سیاست‌گذار یا سیاست‌گزاران جنایی» اتخاذ می‌شود. و آنکه، گستره‌ای از اقدام‌ها یا تدابیر است، زیرا با یک اقدام یا تدبیر نمی‌توان به اتخاذ سیاست جنایی دست یازید.

۳. سیاست جنایی قضایی در اسلام و نظام حقوقی ایران

در سیاست جنایی قضایی اسلام رابطه ی مجازات‌های مقرر و معین در شریعت (شامل قصاص، دیات و حدود) با قانون رابطه‌ای صریح و ثابت است. بین مجازات‌های تغیری نیز با قانون رابطه وجود دارد، با این تفاوت که این رابطه ثابت و لایتغیر نبوده و انعطاف پذیر می‌باشد. به این معنی که از طرفی مجازات تغیری باید از میان انواع کیفرهای مصوب شارع باشد و از نظر میزان نباید به میزان مجازات حدی از همان نوع برسد، و از طرف دیگر، دست حاکم و قاضی در انتخاب نوع و میزان کیفر باز است.^۶ در نظام کنونی حقوق کیفری جمهوری اسلامی ایران که، ملهم از شرع، مقنن عرقی مجازات هر جرم تغیری را از نظر نوع و میزان تعیین نمره یا دست قاضی را برای انتخاب تغیر مناسب با مورد از میان انواع مشخص شده و حداقل و حداکثر پیش بینی باز گذاشته است، رابطه‌ی کیفر تغیری با قانون روشن‌تر و ثابت‌تر است.

^۵ نجفی ابرنآبادی، علی حسین. جزوات دادرسی سیاست جنایی، ص ۲۱۰.

^۶ حسینی، سید محمد. (۱۳۸۴). سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران، ص ۱۸۴.

۴. سیاست جنایی در قبال اطفال بزهکار

در نظام حقوقی ایران، سیاست جنایی قضایی از یک سو در رویه‌ی قضایی و آرای قضات تبلور می‌یابد و از دیگر سو در پاره‌ای از نوآوری‌های مقامات قضایی یا اقدامات نهادهای مجری مجازات و یا ضابطان تأثیر می‌پذیرد. بدین ترتیب سیاست جنایی قضایی ایران در قبال اطفال نیز خود خط و مشی است که از عوامل چندی تأثیر می‌پذیرد. که این عوامل در عناصر قانون-گذاری و سیاست جنایی تقنینی، در اسناد و پیمان‌نامه‌های بین‌المللی الزامی یا ارشادی، در تفکر و شیوه‌ی آموزش و نگرش قضات و مقامات قضایی و سرانجام در شیوه و چگونگی اجرای مجازات از سوی ضابطان یا نهادهای مجری مجازات ریشه دارند.

گفتار دوم : مفهوم بزهکار

بزهکاری در معنی و مفهوم لفظی خود عبارت است از ترک انجام وظیفه قانونی و یا ارتکاب عمل خطا که الزاماً عنوان جرم ندارد. مع‌ذالک این اصطلاح غالباً معادل جرم و به ویژه در ارتباط با جرایم ارتكابی از سوی اطفال و نوجوانان بکار می‌رود. بزهکاری اطفال در معانی غیرحقوقی و متداول آن شامل رفتارهایی از قبیل مدرسه‌گریزی، فرار از کنترل والدین و ... می‌گردد که در یک فرد بالغ مجرمانه تلقی نمی‌شود.^۷

بزهکاری مبتنی بر ارتکاب عمل مجرمانه و دارای کیفر قانونی است و بزهکاری مفهومی است جزایی و به عملی اطلاق می‌گردد که قانون آن را مجرمانه می‌داند. پس بزهکاری اطفال، پدیده‌ای است اجتماعی مشتمل بر مجموعه جرایم ارتكابی بوسیله کودکان و نوجوانان، در حالیکه ناسازگاری مفهومی وسیع‌تر و دارای گستره متفاوت بوده و منظور از آن کنش‌ها و واکنش‌هایی است که در تطبیق با اصول مورد قبول جامعه غیرعادی و ناهماهنگ می‌باشند ولی از نظر قانون جزا قابل تعقیب و مجازات نیستند. برای تبیین و تعریف رفتارهای بزهکارانه از سوی کودکان و نوجوانان رویکردهای مختلفی مورد استفاده قرار گرفته است، از نظر مقررات داخلی ایران برابر اصول قانون اساسی (اصل ۳۶ و ۳۷) و قوانین عادی (ماده‌ی ۲ ق.م.ا) جرم زمانی

^۷ نجفی ابرندآبادی، علی حسین. و هاشم بیگی، حمید. (۱۳۷۷). دانشنامه جرم‌شناسی، ص ۱۹۹.

سیاست های جنایی ایران علیه کودکان و... / مجتهدزاده ۱۵

واقع می‌شود که فرد مرتکب فعل یا ترک فعل پیش بینی شده در قانون گردد. پس بزهکاری کودکان در حقوق کیفری ایران، به ارتکاب عمل مجرمانه پیش بینی شده در قانون توسط کودکان تعریف خواهد شد.

گفتار سوم : مفهوم بزهکاری کودکان و نوجوانان

کودک در لغت عبارتست از هر پسر و دختری که به نضج و رشد نرسیده باشد. دوران کودکی از موارد بارداری شروع و تا بلوغ ادامه دارد و در یک دوره اساسی برای تکوین و شکل گیری توأم شخصیت آدمی است. به عبارت دیگر کودک یا طفل در لغت به بچه انسان پیش از بلوغ یا انسان نابالغ گفته می‌شود. در اصطلاح حقوقی طفل یا صغیر به کسی گفته می‌شود که از نظر سن به نمو جسمی و روحی لازم برای زندگی اجتماعی نرسیده باشد. از دیدگاه فقهی صغیر کسی است که به سن بلوغ نرسیده باشد.^۸ در قانون مجازات اسلامی واژگان طفل و کودک به کار رفته است.

در تعیین مفهوم طفل تبصره یک ماده ۴۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ سن مشخصی برای تشخیص طفل در نظر نگرفته و بلوغ شرعی را مرز میان کودکی و کبر داشته است. طبق قانون مدنی سابق، صغیر کسی بود که به سن هجده سال تمام نرسیده بود یعنی سن بلوغ سنی بود که شخص در آن رشید محسوب می‌شد. اما به موجب قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۱۳۶۸، ۱۳۷۰، با حذف ماده‌ی ۲۰۹ قانون مدنی این مفهوم تغییر کرد. در حال حاضر مطابق ماده‌ی ۱۲۱۰ قانون مدنی، غیربالغ کسی است که به سن ۹ سال تمام قمری در دختران و ۱۵ سال تمام قمری در پسران نرسیده باشد. طبق ماده یک پیمان نامه حقوق کودک، «منظور از کودک، انسان دارای کمتر از ۱۸ سال سن است مگر آنکه طبق قانون قابل اجرا در مورد کودک، سن قانونی کمتر تبیین شده است.» تعریف کودک و تعیین حد سنی او در قوانین کشورهای مختلف جهان، از دیرباز تاکنون متغیر بوده است و در حال حاضر نیز در کشورهای مختلف جهان از ۷ تا ۱۷ سال است.

^۸ جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوقی. ص ۶-۷.

یکی از نتایج تعریف کودک و نوجوانان در سیاست جنایی تعیین اعمال «حقوق جزای اطفال» با «حقوق جزای بزرگسالان» است. اهمیت تعیین آستانه‌های سن (صعز جزایی و بلوغ جزایی) در تعیین «مسئولیت کیفری» است و اینکه اصل به «عدم مسئولیت کیفری صغار» است. اگر کودکی مرتکب بزه گردد، تحت اقدامات حمایتی، تربیتی، اصلاحی و درمانی قرار می‌گیرد و در صورت ارتکاب بزه خطرناک اگر مرجع قضایی تصمیم به مجازات وی بگیرد باتوجه به سن او بر اساس مسئولیت کیفری تخفیف یافته مجازات را تعیین خواهد کرد. در حقیقت پی از رسیدن به سن قانونی، کودک از نظر کیفری مسؤل و پاسخگوی اعمال خویش است. از دیدگاه جرم-شناسی طفل یا نوجوان بزهکار فردی است که شخصیت وی در حال شکل‌گیری بوده و در جریان اجتماعی شدن است. از این دیدگاه، سه گروه از کودکان ناسازگار مطرح می‌شود: «کودکان بزهکار» و «کودکان منحرف» و «کودکان در معرض».

در کتب جرم‌شناسی بزهکار به مجرمانی اطلاق گردیده که کمتر از سن معینی هستند (بین ۷ تا ۱۶ سال) و مرتکب عملی گردیده‌اند که اگر فرد بزرگسالی نیز مرتکب همان عمل شده باشد مجرم شناخته می‌شود. همچنین مجرم جوان فردی است بین سنین ۱۳، ۱۴ و ۱۵ سال که مرتکب اعمال جدی و خشونت‌بار شده و مانند یک بزرگسال تحت تعقیب قرار می‌گیرد. به عبارت دیگر کودک بزهکار فردی است که مجموعه قوانین کیفری را نقص کرده باشد. این قوانین ممکن است در مجموعه مقرراتی که برای بزرگسالان تدوین شده یا در مجموعه که برای صغار بزهکار تدوین شده است قرار گیرد.^۹

گفتار چهارم : مفهوم و انواع بزهکاری کودکان و نوجوانان

۱. مفهوم بزهکاری کودکان و اهمیت آن

بزهکاری به شیوه‌های گوناگون تعریف شده است. به نظر می‌رسد، کامل‌ترین تعریفی که باتوجه به نظریات کارشناسان رشته‌های مختلف ارائه شده، این است که بزهکاری، اقدام به عملی است که برخلاف موازین، مقررات و قوانین جامعه بوده، انجام آن موجب پیگرد قانونی می‌شود و

^۹ کاشفی. پیشین، ص ۴۵.

سیاست های جنایی ایران علیه کودکان و... / مجتهدزاده ۱۷

کسانی را که مرتکب چنین اعمالی می گردند، مجرم یا بزهکار می گویند. با وجود اینکه در دوره های مختلف زندگی انسان، همواره بزهکاری نوجوانان و جوانان جزئی از مسائل جوامع گوناگون بوده، ولی این مسئله هیچ گاه در حد مسائل حاد اجتماعی و به صورت بحران درنیامده است. اما از قرن نوزدهم به بعد، افزایش بزهکاری نوجوانان و جوانان به ویژه ارتکاب جرایم توأم با خشونت و قساوت یکی از بزرگ ترین معضلات اجتماعی محسوب شده و افکار عمومی جهان را نیز نگران نموده است.

در همین ارتباط، گزارش های سازمان ملل در دهه های اخیر نشان می دهد که همواره بر میزان جرایم در سطح جهان افزوده شده و روند افزایش بزهکاری بیش از میزان رشد جمعیت است. از این رو، یکی از مسائل پیچیده و در عین حال مهمی که بسیاری از جوامع را تهدید می کند و توجه بسیاری از جامعه شناسان، روان شناسان، جرم شناسان و متخصصان علوم تربیتی را به خود معطوف داشته، بزهکاری، به ویژه در نوجوانان و جوانان می باشد. بزهکاری پدیده ای اجتماعی - انسانی است که همه جوامع بشری از دیرباز با آن روبرو بوده اند. این امر، به خصوص در قرن حاضر و به دنبال تحویل پدیده های سنتی و ظهور مؤلفه های جدید در زیست انسانی، بویژه اطفال، روند رو به رشدی را دنبال کرده است. بدیهی است چنین وضعیتی، صرف بکارگیری ابزارهای کیفری (کنشی)، بهره جستن از ابزارهای غیرکیفری را تقویت نموده است. بزهکاری اساساً ویژه ی یک جامعه یا یک فرهنگ نیست. همه ی جوامع بشری و همه ی فرهنگ ها با آن درگیر و به آن مبتلا هستند. بزهکاری به مجموعه تخلفات جزایی که افراد در یک جامعه مرتکب می شوند اطلاق می شود و بزهکاری کودک و نوجوان مربوط به نیتی است که توسط قوانین حدود آن مشخص شده است. بزهکاری کودک و نوجوان دیرزمانی است که مورد توجه و اقبال صاحب نظران علوم تربیتی، روانشناسی و مربیان بوده است. بزهکاری در معنا و مفهوم لفظی خود عمل خطایی قلمداد می شود که ناشی از ترک انجام وظیفه قانونی با انجام یک عمل خطایی است که جرم قلمداد نمی شود که این لفظ بیشتر برای کودکان و اطفال به کار برده می شود. بزهکار در هر حال از لحاظ اصطلاحی معنای بسیار نزدیکی با جرم مرتبه دارد.

ولی به این لحاظ در برابر اطفال استعمال می‌شود که اطفال باتوجه به روح لطیف و ساده‌ای که دارند نامناسب است که آنها را به مجرم و تبه‌کاری عنوان کرد و از این حیث اطفال بزهکار نامیده می‌شوند و در برخی موارد بزهکار به کسی اطلاق می‌شود که صرفاً مرتکب جرم شده ولی به طور کلی فردی سرکش و ضد اجتماعی باشد. بزهکار به معنای دقیق آن به اعمالی اشاره می‌کند که منع قانونی دارند و توسط نوجوانان گروه سنی ۱۲ تا ۱۸ سال انجام می‌شوند.^{۱۰}

۲. اطفال بزهکار

بزهکار در لغت به معنای گناهکار و خطاکار است.^{۱۱} در اصطلاح اعم کسی که مرتکب جنایت یا جنحه خلاف می‌شود و به معنی احض مرتکب جنایت یا جرم را بزهکار یا مجرم می‌گویند.^{۱۲} طفل از لحاظ لغوی، طفل به معنای خرد و کوچک است.^{۱۳} در اصطلاح فقهی شخصی که به حد بلوغ شرعی نرسیده باشد به عنوان طفل شناخته می‌شود، بلوغ اصطلاحاً به ادراک و رسیدن به مرحله معینی از رشد جسمی و روانی اطلاق می‌گردد.^{۱۴} آنچه در نظام حقوقی ایران در خصوص طفل بدان پرداخته شده است به نظر می‌رسد که منظور از طفل و اطفال در قانون حمایت از کودکان و نوجوانان مصوب ۱۳۸۱/۹/۲۵ باید جست‌و-جو کرد. در اصطلاح حقوقی، طفل یا صغیر به کسی گفته می‌شود که از نظر سن به نمو جسمی و روحی لازم برای زندگی اجتماعی نرسیده باشد. از دیدگاه فقهی، صغیر کسی است که به سن بلوغ نرسیده باشد.^{۱۵} طفل بزهکار در معنای متداول و غیرحقوقی آن به طفلی گفته می‌شود که رفتارهایی از قبیل مدرسه‌گریزی یا فرار از کنترل والدین، خانه‌گریزی می‌شود که در یک فرد بالغ مجرمانه تلقی نمی‌شود.

^{۱۰} صفوی، امان الله. (۱۳۶۴). پدیده‌های جنایی در غرب، نشر کاوش، چ اول، ص ۳۱.

^{۱۱} حمید، حسن. با فرهنگ عمید، ص ۳۵۱.

^{۱۲} جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ترمینولوژی حقوق، ص ۶۱۸.

^{۱۳} معین، محمد. فرهنگ فارسی، ص ۲۱۴۸.

^{۱۴} جابری عربلو، محسن. فرهنگ اصطلاحات فقه اسلامی.

^{۱۵} جعفری لنگرودی، محمد باقر. ترمینولوژی حقوق.

سیاست های جنایی ایران علیه کودکان و... / مجتهدزاده ۱۹

از نظر کیفی هرچند غالب جرایم ارتكابی اطفال از نوع جنحه می باشد و ندرتاً اطفال مرتكب جرایم می شوند ولی باید متذکر شد که ارتكاب جنایت هم به دست اطفال در حال توسعه است. طفل یا نوجوان بزهکار از دیدگاه جرم شناسی، فردی است که شخصیت وی در حال شکل گیری بوده و در جریان اجتماعی شدن استف در کتب جرم شناسی اطفال بزهکار به مجرمانی اطلاق می شود که کمتر از سن معینی (۷ تا ۱۶ سالگی) مرتكب عملی گردیده اند که چنانچه توسط بزرگسال انجام شود، مجرم شناخته می شود.

۳. انواع بزه و اعمال بزهکارانه کودک و نوجوانان

به طور کلی دو نوع اعمال بزهکارانه از کودکان سر می زند:

نخست : جرم به معنای فعل یا ترک فعل پیش بینی شده در قانون، در صورتی که نوجوان ۱۷ سال و کمتر مرتكب اعمالی شوند که اگر بزرگسالان هم همان آن اعمال را انجام دهند مجرم هستند. در معرض مداخله ی قانونی قرار می گیرند، مثلاً نوجوانانی که به قتل، سرقت، تخریب دست می زنند، خطر دستگیری توسط پلیس، بازداشت در مکانی که منحصرأً به مجرمین جوان اختصاص دارد، رأی دادگاه کودکان و نوجوانان مبتنی بر بزهکار بودن و در نهایت اعزام به یک مؤسسه اصلاحی - تربیتی ویژه مجرمین نوجوان در انتظار آنان خواهد بود.

دوم : نوجوانان در صورتی که مرتكب «بزه های ویژه کودکی» شوند در معرض مداخله ی قانونی قرار می گیرند. اینها مجازات هایی هستند که فقط نسبت به کودکان و نوجوانان اعمال می شوند و در صورتی که توسط بزرگسالان انجام گیرد مجرم نیستند. برای مثال نوجوانانی که از خانه یا مدرسه فرار می کنند به عنوان مرتکبان بزه های ویژه کودکی در معرض بازداشت و نیز رسیدگی رسمی دادگاه اطفال و نوجوانان قرار می گیرند.

گفتار پنجم: علل و عوامل ارتكاب جرم توسط اطفال و نوجوانان

۱. محیط خانواده و بزهکاری

هر تحقیق عمده ای در زمینه بزهکاری، رابطه نزدیکی را میان بی ثباتی شرایط زندگی و محیط خانوادگی نوجوانان و جوانان، با بزهکاری نشان داده است. تحقیقات و شواهد زیادی گویای این

واقعیت است که در پس بسیاری از بزهکاری نوجوانان و جوانان کانون خانوادگی ناسالم و متلاشی‌شدنی پنهان است. بر اساس نتایج یک پژوهش، ۴۷ نفر از جامعه آماری به نحوی از انحاء، از جمله عوامل کلیدی و مهم بزهکاری خویش را والدین، خانواده، بی‌توجهی، بی‌مبالاتی و عدم نظارت آنان دانسته‌اند. به عبارت دیگر، از نظر آنان والدین ایشان در بزهکاری شان نقش داشته‌اند.

بزهکاری اصولاً از مجموعه‌ای از جرایمی به وجود می‌آید که در یک زمان و مکان معین به وقوع می‌پیوندد و به همین جهت زمانی که مورد بررسی قرار می‌گیرد، در حقیقت تمامی پدیده‌های اقتصادی، فرهنگی، بهداشتی، سیاسی، مذهبی، خانوادگی و... یک جامعه عمیقاً مورد مطالعه واقع می‌شوند. اما اگر بخواهیم راجع به بزهکاری نوجوانان و روابط و اشکالات خانوادگی که وجود داشته، بحث کنیم باید به مواردی چون نداشتن سرپرست و جدابودن پدر و مادر از یکدیگر، ناهنجاری‌های خانوادگی و وجود اختلاف بین پدر و مادر، عدم توجه به تربیت فرزندان و فقدان راهنمایی لازم، سختگیری پدر و مادر و بدرفتاری آنان با فرزندان خود، ظلم و ستم ناپدری یا نامادری اشاره داشته و این موارد را جزو عوامل تأثیرگذار در افزایش بزه در کودکان بدانیم. کم نیست مواردی که یک کودک یا فرد بزرگسال با چنین خانواده‌هایی روبه‌رو نبوده اما مرتکب جنایت شده، مانند قتل یک دوست در دعوای جمعی ...

مهم‌ترین اختلالات روانی که منجر به بزهکاری می‌شود و به آنها نام بیماری‌های شخصیت نیز داده‌اند، عبارتند از:

۱. بی‌قراری: فرد فاقد قدرت تشخیص خیر از شر می‌شود.
۲. کژخویی: یک نوع تمایل ذاتی به فساد و بدی است.
۳. پارانوئی‌ها: که اشخاص بدبین، خودپرست، خودخواه و متنفر از اجتماع هستند.
۴. صرع: اشخاصی هستند دروغ‌پرداز، گیج و متظاهر و اغلب در اثر حمله ناگهانی مرتکب ضرب و جرح و قتل می‌شوند.
۵. هیستری: که مهم‌ترین علایم آن بی‌حسی، کار نکردن یک عضو، گرفتگی صدا، تهوع و

سیاست های جنایی ایران علیه کودکان و... / مجتهدزاده ۲۱

تنگی نفس است.

۶. کاتاتونی: که یک حالت منفی بافی و لجاجت است، خشم و فریاد ناگهانی و گاهی حمله به دیگران از علایم آن است.

۷. برخی اختلالات روانی: که مهم ترین علایم آن عبارتند از وسواس، انزوا، رفتار کودکانه و توهم از این که دشمنان می خواهند او را از بین ببرند، بنابراین احتمال ارتکاب جنایت دارند.

۲. تبعیض و بی توجهی خانواده

تبعیض در خانواده و توجه بیشتر والدین به برخی فرزندان و توجه کمتر نسبت به برخی دیگر، موجب ایجاد حس نفرت و بدبینی در فرزندان می شود. تبعیض در خانه با روحیه حساس و عزت نفس فرزندان منافات دارد و خسارت جبران ناپذیری را بر روح و روان آن وارد می کند و با ایجاد بحران های روحی و برخوردگی آنان را به سوی عکس العمل های منفی نظیر سرقت، اعتیاد و فرار از خانه سوق می دهد.^{۱۶} بنابراین ایجاد تبعیض میان فرزندان می تواند زمینه گرایش به بزهکاری باشد. کودکانی که در محیط خانواده تبعیض می بینند در بعد اجتماعی نمی توانند افرادی عادی باشند، چنین افرادی درصدد صدمه وارد آوردن بر دیگرانند تا بدان وسیله خواسته درونی خود را تشفی بخشند. جز تبعیض، بی توجهی عامل دیگری است که موجب ناهنجاری-هایی در کودک و در نهایت بروز بزهکاری می شود. بی توجهی بیشتر حالت انفعالی دارد و به محرومیت هایی اطلاق می شود که کودک از سوی والدین خود تحمل می کند؛ نظیر: فقدان غذا، پوشاک، عشق و محبت.

محققان دریافته اند آن دسته از جوانانی که مورد بی توجهی والدین خود قرار دارند یا احساس عدم انسجام خانودگی دارند، بیشترین احتمال را برای درگیری در اعمال بزهکارانه یا بزه های ویژه کودکی دارند. تبعیض در خانواده و توجه بیشتر والدین به برخی فرزندان و توجه کمتر نسبت به برخی دیگر، موجب ایجاد حس نفرت و بدبینی در فرزندان می شود.

^{۱۶} اسفندیاری، اسماعیل. فقر و انحرافات، کتاب زنان. ص ۶۵

در این ارتباط، ویتریج گروبرگ ولف (Witreib groberg wolf) عقیده دارد: هم‌چشمی و رقابت موجود در خانواده، تأثیر مخرب فراوانی در روحیه کودکان به جا می‌گذارد و موجب می‌شود کودک خود را با برادران و خواهران دیگر مقایسه کرده و بر اثر محبت بیشتر والدین در حق آنان احساس کهنتری نماید. تبعیض در خانه با روحیه حساس و عزت نفس فرزندان منافات دارد و خسارات جبران‌ناپذیری را بر روح و روان آنان وارد می‌کند و با ایجاد بحران‌های روحی و سرخوردگی، آنان را به سوی عکس‌العمل‌های منفی نظیر سرقت، اعتیاد و فرار از خانه سوق می‌دهد. بنابراین، ایجاد تبعیض میان فرزندان می‌تواند زمینه‌گرایش آنان به بزه‌کاری باشد.

۳. فقر در خانواده

فقر در پدر و مادر که گردانندگان امور خانواده و رهبران و مدیران اعضای آن هستند اثر می‌گذارد والدین فقیر گاهی در نزد فرزندان اعتبار خود را از دست داده و نسبت به آنها جرأت و جسارت پیدا کرده و کمتر به حرفشان توجه می‌کنند. فقر اثر منفی در زندگی روزمره کودکان و نوجوانان دارد. فقر، بیکاری و نابسامانی خانواده‌ها خود انگیزه‌ای است که افراد را به سوی جرایم و تخلف از مقررات اجتماعی می‌راند و انگیزه روی آوری به کج روی را افزایش می‌دهد.^{۱۷} عوامل اقتصادی، فقر و تهیدستی یکی از علل مهم پیدایش بزهکاری کودکان و نوجوانان و حتی جوانان محسوب می‌شود اما نمی‌توان آن را تنها عامل بزهکاری دانست. از گذشته‌های دور فلاسفه و دانشمندان، تأثیر فقر و اختلافات طبقاتی را در وقوع جرایم مورد توجه قرار داده‌اند و عمدتاً در این موضوع که «عامل اقتصادی در بزهکاری مؤثر است» اتفاق نظر دارند و اگر اختلافاتی در برخی موارد به چشم می‌خورد، ناشی از چگونگی تأثیر جنبه‌های مختلف این عامل است. در زمینه تأثیر فقر در بزه‌کاری، افلاطون معتقد است: فقر و ثروت سبب نابودی کشورها می‌شود، فقر احساسات را از بین برده، حس کینه‌توزی، انتقام‌جویی و بدبینی را تشدید می‌کند، کثرت ثروت نیز مبانی اخلاقی را سست نموده، سبب تنبلی، بی‌قیدی، غرور و بی‌اعتنایی نسبت به دیگران می‌گردد و کشور را به فنا و نابودی می‌کشاند؛ زیرا تقوای واقعی و ثروت‌های هنگفت

^{۱۷} احدی، حسن. روانشناسی رشد نوجوانی و جوانی.

سیاست های جنایی ایران علیه کودکان و... / مجتهدزاده ۲۳

مانعه‌الجمع هستند. بی شک، امروزه باتوجه به تحقیقات بسیاری در این زمینه، می‌توان گفت: میان برخی از انواع کجروی‌ها و وضع اقتصادی افراد رابطه وجود دارد. فقر فرصت مساوی تحصیل و مطالعه، کار و رشد استعدادها را از خانواده‌های فقیر می‌گیرد و موجب اختلاف در سطح درآمد و فرهنگ می‌شود و همین یکی از عوامل پریشانی خانواده‌ها و نیز «بزه» در میان فرزندان است. بنابراین، عامل اقتصادی یکی از عوامل پیدایش انحرافات اجتماعی است و در بزه‌کاری افراد مؤثر است. ولی فقر و تهی‌دستی را نیز نمی‌توان تنها عامل آن دانست؛ چراکه اگر فقر با بزه‌کاری ملازمه داشته و تنها عامل آن باشد در این صورت، باید قبول کرد تمام افراد فقیر بزه‌کارند. ولی واقعیت این است که چنین فرضی صحت ندارد و افراد زیادی وجود دارند که در نهایت فقر زندگی می‌کنند ولی مرتکب بزه‌ی هم نمی‌شوند، در عین حال، برخی از خانواده‌های ثروتمند با پول کافی که در اختیار دارند، برای خوش‌گذرانی مرتکب جرایم مختلف می‌شوند. به هر حال، عوامل اقتصادی یکی از علل مهم پیدایش بزه‌کاری نوجوانان و حتی جوانان محسوب می‌شود. ولی گاهی اوقات در نقش این عامل مبالغه می‌شود، با این حال، همان‌گونه که در ابتدای این بحث اشاره شد، نمی‌توان آن را تنها عامل بزه‌کاری دانست.

۴. والدین معتاد الکلی و مجرم

معتاد بودن والدین با یکی از آنها به الکل و مواد مخدر، غالباً روی اطفال اثر سوء باقی می‌گذارد. این تأثیر ممکن است در اثر مشاهده اعمال ناشایسته‌ای که به علت استعمال الکل یا مواد مخدر از پدر و مادر سر می‌زند، موجبات انحراف اطفال را فراهم نماید. معتاد بودن والدین نه تنها انگیزه ساز است؛ بلکه جهت دهنده کودک و نوجوان است به سوی جرم و انحراف. تحقیقات نشان داده فرزندان افراد معتاد مستعد ارتکاب جرمند و الگوگیری از والدین در آنها بسیار است. مجرم بودن و انحراف خانواده تأثیر نیرومندی بر رفتار بزه‌کارانه دارد. کودک و نوجوان در چنین خانواده‌هایی شیوه‌ها و فنون ارتکاب جرم را از والدین خود می‌آموزند و مورد عمل قرار می‌دهند.

گفتار ششم: پیشگیری از ارتکاب بزه‌کاران و نوجوانان

۱. پیشگیری از بزه‌کاری

۱-۱. تعریف عام

در معنای عام، پیشگیری از جرم هر اقدامی است که جلوی ارتکاب جرم را بگیرد که این اقدام می‌تواند جنبه کیفری یا غیرکیفری داشته باشد. هر آنچه علیه جرم باشد و سبب کاهش نرخ بزهکاری گردد در گستره معنای عام پیشگیری از جرم قرار دارد.^{۱۸} در سیاست جنایی، پیشگیری را میتوان به کارگیری راهکارهای گوناگون برای جلوگیری از بزهکاری تعریف کرد.^{۱۹}

۱-۲. تعریف خاص

پیشگیری از بزهکاری عبارت است از: وسایل و ابزارهایی که دولت و جامعه مدنی به منظور خاص مهار بزهکاری از طریق حذف یا محدود کردن عوامل جرم‌زا و یا مدیریت مناسب نسبت به عوامل محیطی به کار می‌گیرد.^{۲۰} پیشگیری از بزهکاری مجموعه اقدامات غیر قهرآمیزی است که برای تحقیق هدفی ویژه یعنی مهار بزهکاری که کاهش احتمال وقوع جرم، کاهش شدت بزه در مورد علل جرائم اتخاذ می‌شود.^{۲۱} پیشگیری از جرم در معنای خاص، مجموعه تدابیر و اقدامات غیرکیفری با هدف مقابله با بزهکاری از طریق کاهش یا از بین بردن علل جرم‌زا و نیز اثرگذاری بر فرصت‌های پیش جنایی است، بگونه‌ای که بتوان با استفاده از ابتکارات و سازوکارهای غیرقهرآمیز به شخصیت افراد و وضعیت پیش از ارتکاب جرم اثر گذاشت تا از رخ دادن بزه جلوگیری شود.

۲. نقش پلیس در پیشگیری از جرایم اطفال و نوجوانان

یکی از ارکان مهم دخیل در فرآیند کیفری، پلیس می‌باشد و پلیس به عنوان ضابط عام دادگستری، دروازه ورود اطفال و نوجوانان به فرایند کیفری است و باتوجه به ویژگی‌های جسمی، روحی، عاطفی و آسیب پذیری اطفال و نوجوانان، لزوم برخورد ویژه و حساس با بررسی

^{۱۸} نجفی ابرندآبادی، علی حسین. جرم‌شناسی نظری.

^{۱۹} اردبیلی، محمدعلی. پیشگیری از اعتیاد در مجموعه مقالات علمی - کاربردی.

^{۲۰} نجفی ابرندآبادی، علی حسین. تقریرات درس جرم‌شناسی نظری.

^{۲۱} کسن، موریس. به نقل از نجفی ابرندآبادی، علی حسین. تقریرات جرم‌شناسی.

سیاست های جنایی ایران علیه کودکان و... / مجتهدزاده ۲۵

سیاست کیفری ایران در قبال بزهکاری اطفال و نوجوانان این افراد توسط کلیه متصدیان عدالت قضایی را نمایان و آشکار می نماید. لذا به دلایل مذکور ضرورت دارد نیروهای ویژه‌ای عهده دار مسئولیت انجام تحقیقات مقدماتی، حفاظت و حمایت از کودکان باشند. پلیس ویژه اطفال باید با مباحث روان شناسی کودکان و مراحل رشد کودک، حقوق کودک، مباحث جرم‌شناسی، آشنا باشد. گفتنی است این مسئله مهم در تدوین قانون آیین دادرسی کیفری فعلی مورد توجه قانون مذکور مقرر شده است: «به منظور حسن اجرای قانون‌گذار قرار گرفته و در ماده‌ی ۳۱ وظایف ضابطان در مورد اطفال و نوجوانان، پلیس ویژه اطفال و نوجوانان در نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران تشکیل می شود.

وظایف و اختیارات آن به موجب لایحه‌ای است که توسط رئیس قوه قضائیه تهیه می شود؛ و از طرف دیگر در همین رابطه، در ماده‌ی ۴۱ قانون مارالذکر، عنوان شده: «بازجویی و تحقیقات از زنان و افراد نابالغ، در صورت امکان باید توسط ضابطان آموزش دیده زن و با رعایت موازین شرعی انجام شود». البته در جایی که ضابطان آموزش دیده هم متأهل و دارای فرزند باشند هدف حمایتی لازم با درک حالات و روحیات اطفال و نوجوانان محقق خواهد شد و این قشر در مراجع پلیسی دچار آسیب نخواهند شد. برای اتخاذ یک روش صحیح در مبارزه با جرایم اطفال از طرفی، و برای تعلیم و تربیت صحیح اطفال گمراه، ولگرد و بی سرپرست از طرف دیگر، در کشورهای مترقی کم کم به این فکر افتادند که دادگاه‌های خاصی بنام «دادگاه اطفال» تأسیس نمایند. دیر زمانی است که در کشورهای مترقی به این نتیجه رسیده‌اند که در پیشگیری و مبارزه با جرایم اطفال، پلیس می تواند همکاری مفید و موثری را با دادگاه اطفال شروع کرده و در این امر به نحو قابل توجهی مؤثر باشد. در حقیقت می توان گفت که اصلاح و تربیت مجدد صغار بزهکار غالباً از کلانتری‌ها شروع می شود. حتی المقدور، دستگیری، توقیف و هدایت اطفال بزهکار به کلانتری یا دادسرا باید توسط مأموران در لباس شخصی انجام شده و بهتر است که این کار در نهایت آرامش و بدون جلب توجه سایرین صورت گیرد. عکسبرداری و انگشت نگاری از اطفال بزهکار نباید به عمل آید، مگر با اجازه صریح قاضی اطفال. مأموران پلیس در هنگام

بازجویی از صغار، باید مطلقاً از اعمال زور و خشونت و حتی تهدید و فشار اخلاقی خودداری کنند. اطفال بزهکار هر چه جوانتر باشند بازجویی از آنها باید ملایم‌تر و ملاحظت‌آمیزتر باشد.^{۳۲} برای پیشگیری از بزهکاری نوجوانان تنها پیشگیری کیفری کافی نیست و پلیس باید نوع دیگری از پیشگیری را در دستور کار خود قرار دهد. پلیس به عنوان یکی از مهم‌ترین نهادهای رسمی و دولتی می‌تواند در کنار پیشگیری اجتماعی برنامه‌هایی است که هدف آن در دراز مدت اقداماتی اساسی درباره افراد و اطرافیان اجتماعی آنهاست. حال آنکه چنانچه پلیس در کنار وظایف حرفه‌ای و تخصصی خود به رویکرد نوین اجتماعی و پیشگیری از جرم روی آورد و در وظایف و روش‌های خود تحول ایجاد کند. نه تنها جامعه شاهد تحولی نوین در عرصه کارکردهای پلیس می‌شود؛ بلکه پلیس، خود یکی از اجزای مؤثر پیشگیری اجتماعی از جرم به شمار خواهد رفت و نقش قابل ملاحظه‌ای را در روند جامعه‌پذیری نوجوانان و کاهش بزهکاری ایفا خواهد نمود.

گفتار هفتم: نحوه رسیدگی به جرایم اطفال در ایران

۱. تشکیل دادگاه اطفال

فلسفه وضع قانون دادگاه اطفال مبتنی بر تربیت و تهذیب می‌باشد و نیز خصوصیات جسمی و روانی و روحیه خاص اطفال و اصل عدم مسؤلیت اطفال بزهکار ایجاب کرده که مقنن با رعایت قاعده حمایت از مجرم دادگاه خاصی را در مورد رسیدگی به مطلق جرایم آنها تشکیل دهد تا واکنش‌های مناسب برای اصلاح آنان و پیشگیری از ارتکاب مجدد جرم اتخاذ نماید.

مقنن ایران نیز با توجه به این قاعده کلی و همچنین کنوانسیون‌های بین‌المللی ناظر بر حقوق اطفال خصوصاً بند سوم ماده‌ی ۴۰ کنوانسیون حقوق کودک ۱۹۸۹، برای نخستین بار پس از پیروزی انقلاب اسلامی و به موجب ماده‌ی ۲۱۹ ق.آ.ک مصوب ۱۳۷۸، در هر حوزه قضایی و در صورت نیاز یک یا چند شعبه از دادگاه عمومی را در جهت رسیدگی به جرایم اطفال اختصاص داده است. اولین موضوع مورد بحث در آیین دادرسی کیفری، دادگاه صالح برای

^{۳۲} صلاحی، جاوید. نقش پلیس در پیشگیری از جرایم.

سیاست های جنایی ایران علیه کودکان و... / مجتهدزاده ۲۷

رسیدگی به جرم است، مطابق ماده‌ی ۲۱۸ ق.آ.د.د.ع و ا.ک رسیدگی به جرایم اطفال در صلاحیت دادگاه عمومی اختصاص یافته به این امر است. تبصره‌ی ۱ ماده فوق‌الذکر، طفل را کسی می‌داند که به حد بلوغ شرعی نرسیده باشد و تبصره ماده‌ی ۲۲۰ رسیدگی به جرایم اشخاص بالغ کمتر از هیجده سال تمام را نیز در صلاحیت دادگاه اطفال قرار داده است. صلاحیت دادگاه اطفال آن چنان اهمیت دارد که به قوانین آمره مربوط به صلاحیت ذاتی، مقدم می‌شود.

از این رو رسیدگی به جرایمی که در صلاحیت ذاتی دادگاه انقلاب است و توسط اطفال ارتکاب می‌یابد نیز در حیطه اختیار و صلاحیت دادگاه اطفال که شعبه‌ای از دادگاه عمومی است قرار داده شده است.^{۳۳} در مورد استثنایی از جمله تلافی صلاحیت دادگاه عمومی اطفال با دادگاه‌ها کیفری استان، مستند به رأی وحدت رویه دادگاه کیفری استان صالح به رسیدگی خواهد بود. ملاک صلاحیت دادگاه سن مرتکب در زمان ارتکاب جرم می‌باشد و نه در زمان رسیدگی یا صدور حکم، از حیث صلاحیت محلی، حسب ماده‌ی ۵ قانون تشکیل دادگاه اطفال بزهکار، دادگاه اطفال محل ارتکاب جرم یا محل اقامت و یا محل دستگیری طفل صلاحیت رسیدگی داشت. این موضوع از حیث تسهیل در رسیدگی و تعیین تکلیف هر چه سریع‌تر طفل در انجام تحقیقات، دادرسی و صدور حکم و مبتنی بر اصول دادرسی کیفری است. هنوز در ایران یک دادگاه اختصاصی ویژه رسیدگی به جرایم اطفال وجود ندارد. ضمن اینکه طبق مواد ۵۱ تا ۵۸ این قانون ناظر بر صلاحیت، در حال حاضر دادگاه عمومی رسیدگی به جرایم اطفال فقط در صورت ارتکاب جرم در حوزه قضایی او، صلاحیت رسیدگی به اتهام طفل یا نوجوان را دارد.

۲. مرحله تحقیقات مقدماتی

در دادرسی اطفال و جوانان بزهکار و در حالت خطرناک تحقیقات مقدماتی ساده و سریع انجام می‌گیرد؛ زیرا هدف از کشف، تعقیب، تحقیق و دادرسی اصلاح و تربیت و یا درمان برای عادت

^{۳۳} رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور.

دادن به زندگی عادی اجتماعی است. قاضی اطفال در مرحله تحقیق می‌تواند از شهود و شاکی خصوصی نیز سؤالاتی برای روشن شدن مسئله و تکمیل پرونده، بنماید. باید دانست که تحقیق و رسیدگی در دادگاه اطفال مشمول مقررات آیین دادرسی کیفری نبوده و از این لحاظ دست قاضی اطفال برای رسیدگی کاملاً باز است و می‌تواند با سهولت بیشتری مسائل مرجوعه را حل و فصل نماید.

در حقوق ایران به لحاظ عدم پیش بینی ظابطان دادگستری خاصی که با گذراندن دوره خاص آموزشی غالباً یا منحصرأ در خصوص اتهامات اطفال و نوجوانان فعال باشند، انجام مرحله تحقیقات اعم از تعقیب و تحقیق به عهده دادرس دادگاه یا به درخواست به قضاوت تحقیق محول شده است. باید دانست که هنگام بازجویی اطفال بزهکار هرگاه چند نفر شریک جرم وجود داشته باشد، ترتیب استماع بیانات آنها در مورد تشریح وقایع برعهده قاضی اطفال است و او می‌تواند برحسب صلاحدید خود از آنها به طور انفرادی و یا دسته جمعی تحقیق نماید. اصولاً در اینگونه موارد قاضی اطفال ملزم به رعایت تشریفات مربوط به آیین دادرسی کیفری بزرگسالان نمی‌باشد. در حقوق ایران در مقررات ناظر به رسیدگی دادگاه‌های اطفال و نیز در لایحه پیشنهادی قانون تشکیل دادگاه اطفال و نوجوانان سال ۱۳۸۱، به جز در تبصره ماده‌ی ۱۵ این لایحه در خصوص معرفی بی‌درنگ طفل یا نوجوان پس از دستگیری در جرایم شهود توسط ظابطان دادگستری به قضاوت دادرس یا دادگاه اطفال حسب مورد، اشاره‌ای نشده است.

۳. ساده و سری بودن دادرسی

یکی از اصول مهم تضمین‌کننده یک دادرسی منصفانه در امر کیفری اصل علنی بودن دادرسی است که به دلیل اهمیت و جایگاه والای آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز حدود تأکید قرار گرفته است.^{۳۴} در ماده‌ی ۲۲۰ مقرر شده: «در هنگام رسیدگی به جرایم اطفال، دادگاه مکلف است به ولی یا سرپرست قانونی طفل اعلام نماید در دادگاه شخصاً حضور یابد یا برای او وکیل تعیین کند؛ چنانچه ولی یا سرپرست قانونی اقدام به تعیین وکیل ننماید و خود نیز حضور

^{۳۴} اصل ۱۶۵.

سیاست های جنایی ایران علیه کودکان و... / مجتهدزاده ۲۹

نیابد، دادگاه برای طفل وکیل تسخیری تعیین خواهد کرد.» علنی بودن محاکمات و آزاد بودن حضور عموم در جلسه دادگاه، می تواند موجب افشای جرم و خدشه دار شدن حیثیت متهم می شود. با این حال قانون گذار برای جلوگیری از این وضعیت، در ماده ی ۲۲۵ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری رسیدگی به جرایم اطفال را غیرعلنی اعلام داشته و صرفاً به اولیا، سرپرست قانونی طفل، وکیل مدافع، شهود مطلعان و نماینده کانون اصلاح و تربیت اجازه حضور در جلسه را داده است. در هر حال این دادگاه است که ضرورت حضور را احراز می کند.

۴. تدابیر موقتی تأمینی در ایران

تدابیر تأمینی با صیغه تربیتی و اصلاحی اتخاذ می گردد. حتی المقدور اطفال تا تعیین تکلیف نهایی به سرپرست خود سپرده می شوند و یا به اشخاص ذی صلاح و مؤسسات تخصصی تحویل و در موارد استثنا به صورت موقت در مراکز خاصی تحت بازداشت قرار خواهند گرفت. این روش در قانون سابق و همچنین مقررات فعلی کشور ما نیز در قالب اشکال مختلف مراعات می گردد.

۴-۱. التزام والدین با تعیین وجه التزام

التزام ولی یا سرپرست قانونی یا شخص دیگری به حاضر کردن طفل در موارد لزوم با تعیین وجه التزام، اعتبار افراد مذکور باید احراز گردد. ظاهراً مقنن برای افراد بزرگسال التزام به حضور بالقول شرف را کافی می داند ولی برای اطفال، نه تنها به قول سرپرست اعتمادی ندارد، بلکه پس از تعیین وجه التزام ملائت و اعتبار مالی وی را نیز احراز نماید. در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ ماده ی ۲۸۷ مقنن بین افراد ۱۵ تا ۱۸ سال و کمتر از ۱۵ سال قائل به تفکیک شده است، در مورد افراد زیر ۱۵ سال دادرسی یا دادگاه نمی تواند اطفال و نوجوان را به والدین، اولیا یا سرپرست قانونی و یا در صورت فقدان یا عدم دسترسی و یا امتنا از پذیرش، آنها را به هر شخص حقیقی یا حقوقی که مصلحت بداند می تواند بسپارد؛ در ماده مذکور از لفظ ملتزم برای معرفی طفل یا نوجوان توسط افراد مذکور استفاده شده است که به نظر الزامی به صدور قرار التزام به حضور با تعیین وجه التزام الزاماً نیست و صرف التزام به حضور با قول شرف نیز میتواند

کافی باشد.

۵. دادرسی

بعد از انجام تحقیقات و تکمیل پرونده، دادگاه اطفال مبادرت به اتخاذ تصمیم خواهد نمود. در اکثر سیستم‌های کیفری ضوابط دارای آنچنان انعطافی است که قاضی اطفال در راستای مساعدت به طفل برای بازگشت به آغوش جامعه و آشتی با محیط، متناسب با شخصیت و آمادگی وی می‌تواند تصمیمات مناسبی اتخاذ نماید. در قانون جدید ضوابطی ویژه پیش بینی نشده است و در واقع این بخش از رسیدگی دادگاه اطفال تابع مقررات عمومی بوده و طبق مفواد ماده‌ی ۱۷۷ آیین دادرسی کیفری اقدام می‌گردد. در صورت وجود جهات قانونی قرار منع تعقیب صادر می‌گردد و در غیر این صورت وقت دادرسی تعیین و به طرفین ابداع می‌شود بعد از تعیین وقت مراتب به شاکی خصوصی و ولی یا سرپرست طفل، شهود و مطلعین و نماینده کانون اصلاح و تربیت (در صورت لزوم) ابداع می‌گردد. جلسه رسیدگی با حضور مدعوین و به صورت غیرعلنی برگزار می‌گردد. در جرایمی که جریان دادرسی ممکن است به روحیه ی طفل لطمه وارد کند و مصلحت و منفعت وی ایجاب نماید، به دستور دادگاه رسیدگی در غیاب طفل انجام می‌شود. در ضمن در موقع رسیدگی به دادخواست مدعی خصوصی، دادرسی بدون حضور طفل برگزار می‌گردد. در هر حال رأی دادگاه حضوری محسوب می‌شود سایر تشریفات رسیدگی و همچنان موارد تجدید نظر و چگونگی آن نسبت به احکام صادره دادگاه اطفال تابع مقررات عمومی آیین دادرسی کیفری است.

۶. جبران خسارت

در مورد جرایم جسمی اطفال اعم از قتل عمد و غیره براساس مواد ۵۰ و ۲۲۱ و تبصره‌ی ماده-۲۹۵ و تبصره‌ی ماده‌ی ۳۰۶ ق.م.ا. ۱۳۷۰، عاقله مسؤل پرداخت دیه خواهد بود. اما در خصوص ورود خسارت به اموال و اتلاف آن طبق قسمت اخیر ماده‌ی ۵۰ همان قانون خود طفل ضامن و اداء آن از مال طفل به عهده ولی اوست. روش قانونی خسارت و ضرر و زیان ناشی از جرائم ارتكابی اطفال به ویژه صغار بالاتر از سن ۷ الی ۱۰ سالگی در بسیاری از کشورهای دنیا

سیاست های جنایی ایران علیه کودکان و... / مجتهدزاده ۳۱

از جمله فرانسه، سوئیس و غیره توسط والدین توسط والدین آنان معمول می‌باشد. البته این مقررات عیناً در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز تکرار گردیده است.

۷. اعمال مجازات

هرچند براساس ماده‌ی ۳۰۴ ق.ا.د.ک ۱۳۹۲ به جرایم اطفال و نوجوانان تا ۱۸ سال در دادگاه اطفال^{۲۵} رسیدگی می‌گردد. ولی این امر به منزله اعمال رژیم کیفری اطفال تابالغ به آنان نمی‌باشد؛ زیرا چنانچه گفتیم اطفال بالغ در صورت ارتکاب جرایم مستوجب قصاص و حد، بی‌تردید همانند بزرگسالان قابل کیفرند و مقررات مربوط به قانون مجازات نیز نسبت به آنان اعمال می‌گردد. لذا هیچ تفاوتی از حیث شکل و ماهیت کیفری بین آنان و بزرگسالان وجود ندارد.

نکته قابل توجه در خصوص مجازات‌های اطفال و نوجوانان در قانون مجازات ۱۳۹۲ رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان پرداختن و به جنبه‌ی اصلاحی و درمانی آن در حقیقت بازپروری و بازسازی آنان است و مجازات‌های مقرر سبک‌تر و ضعیف‌تر از پانزده سال و در خصوص جرایمی با مجازات‌هایی چون اعدام و حبس ابد، محل تحمل کیفر توسط محکوم علیه را به جای زندان، کانون اصلاح و تربیت تعیین نموده است. در رویه عملی نیز برخی دادگاه‌های مأمور رسیدگی به جرایم اطفال با اتخاذ تصمیمات موردی و مقطعی ضمن احساس مبادرت به اعمال تدابیر جانشین مانند کارهای عام‌المنفعه، حبس در منزل، الزام به آموختن حرفه و ... ورزیده‌اند. برای قانونمند نمودن این اقدامات، قضات موصوف با تمسک به اصول شخصی و فردی بدون مجازات، تفسیر قانون به نفع متهم و مفهوم اصل ۱۶۱ و ۱۶۷ قانون اساسی و لزوم اجرای عدالت و انصاف، تصمیمات متخذ را توجیه می‌نمایند. با تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، فصل دهم آن به مجازات‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی اطفال و نوجوانان اشاره نموده است، در جرایم تعزیری که توسط اطفال و نوجوانان ۹ تا ۱۵ سال واقع شود وفق ماده‌ی ۸۸ همان قانون محکوم را به والدین یا اولیا یا سرپرست قانونی با اخذ تعهد به تادیب و تربیت و مواظبت می‌سپارد.

^{۲۵} دادگاه عمومی رسیدگی‌کننده به جرایم اطفال.

در مورد مجازات‌های جایگزین حبس در قانون مجازات ۱۳۹۲ فصل نهم، مقنن در خصوص جرایم عمدی که مجازات قانونی آن حداکثر ۹۱ روز حبس، ۹۱ روز تا ۶ ماه و ۶ ماه تا یکسال است و وفق مواد ۶۵، ۶۶، ۶۷ همان قانون مجازات جایگزین حبس قابل اجرا می‌باشد البته در خصوص جرایمی که حداکثر مجازات آنها ۹۱ روز حبس است اعمال مقررات جایگزین الزامی است؛ در جرایم غیرعمدی نیز در مواردی که مجازات جرم غیرعمدی حداکثر ۲ سال حبس باشد اعمال مقررات جایگزین حبس الزامی و در سایر موارد اختیاری می‌باشد. قاضی اطفال در کشور ما همانند قضات دادگاه اطفال اکثر کشورها قاضی واحد و طبیعی طفل تلقی و از بدو تعقیب طفل تا ختم اجرای حکم دادگاه بر سیر تحول اجرای تدابیر قانونی و اصلاحی نظارت دارد و خوشبختانه در طول تحقیقات نیز اختیارات و اسعاهای برای صدور تصمیمات مختلف از سپردن طفل به والدین تا نگهداری در کانون اصلاح و تربیت نیز به وی واگذار گردیده است. در واقع اختیار قاضی در مرحله صدور حکم از اختیارات وی در مرحله تحقیقات بسیار کمتر است. مع الوصف، مقنن برای قاضی اطفال مکانیسم جدیدی را پیش‌بینی کرده طی آن به وی امکان تجدید نظر در احکام سابق و تخفیف زمان نگهداری را تا یک سوم اعطا نموده است. این ابزار مناسبی است که قاضی با توسل به آن می‌تواند ضمن مراقبت از روند بازپروری طفل در اصلاح و تربیت وی مؤثر باشد. نباید فراموش کرد که قاضی اطفال مقام تربیتی و اصلاحی است، نه صاحب منصب اعمال مجازات و تنبیه. البته اعمال ماده‌ی ۹۰ ق.م.ا به شرط سپری شدن حداقل یک پنجم از مدت نگهداری در کانون اصلاح، تربیت است و صرفاً یکبار قابل اعمال است.

نتیجه گیری

عوامل ظهور و بروز بزهکاری در نوجوانان و جوانان امروز در جامعه در درجه اول، مربوط به خانواده است که در این زمینه بایستی از طریق بالا بردن فرهنگ عمومی جامعه، اطلاعات لازم را در تشکیل و استمرار خانواده بر اساس مهر و محبت به نسل های جدید آموزش داد.

از عوامل دیگر بزهکاری، عدم تربیت صحیح می باشد که وظیفه متولیان تعلیم و تربیت جامعه است تا شناخت کافی نسبت به پذیرش و کسب هنجارهای اجتماعی به افراد ارائه نماید. دولت می تواند در تمام زمینه ها، از جمله استقلال اقتصادی افراد و ایجاد اشتغال، نقش اساسی ایفا نماید که عامل مهمی در پیشگیری از بزهکاری است. در ضمن، علمای دینی هم نقش بسیار مهمی در تقویت ایمان، تهذیب و تزکیه نفس، که عامل بسیار مهم روحی و روانی در پیشگیری از بزهکاری می باشد، خواهند داشت. صاحب نظران علوم تربیتی، جامعه شناسان، روان شناسان بر این عقیده اند که علاوه بر نقش خانواده، دوستان، مدرسه، اعتقادات و مانند اینها، در بروز بزهکاری در نوجوانان و جوانان تغییر در خصوصیات جسمانی و روانی که در حین بلوغ رخ می دهد، نقش مهمی در تغییرات خلق و خوی افراد به وجود می آورد که عواملی از جمله هیجانی بودن، احساساتی عمل کردن، عدم توجه به عاقبت عمل، باتوجه به شرایط جسمانی زمینه را برای بروز رفتارهای ناپهناجر به وجود می آورد، از این رو، کنترل رفتار آنان از طریق خانواده، مدرسه، جامعه، نهادهای مذهبی و... باید صورت پذیرد و شناخت کافی و اطلاعات لازم جهت پی گیری از بروز بزهکاری از راه های گوناگون، از جمله رسانه های جمعی به نوجوانان و جوانان و خانواده ها ارائه گردد. کودکان و نوجوانان بزهکار در مرحله رشد و شکل گیری شخصیت قرار دارند، از این رو چگونگی برخورد سامانه عدالت کیفری با این دسته و ماهیت سیاست ها تدابیر پیش بینی شده برای آنان در آینده نظام رفتاری این شهروندان بسیار تأثیر گذار است. بر این اساس، حقوق کیفری کودکان و نوجوانان که در عرصه ماهوی و شکلی به چگونگی پاسخ دهی به این بزهکاران و همچنین چگونگی رسیدگی به بزهکاری آنان توجه دارد، باید جنبه حمایتی داشته باشد.

در واقع، این شاخه باید بستری برای رشد و پرورش شخصیت کودکان و نوجوانان بزهکار و بازسازی نظام رفتاری آنان فراهم سازد.

در عرصه حقوق‌کیفری ایران حمایت از کودکان و نوجوانان بزهکار با نوسان‌های متعددی همراه بوده است. در واقع قانون‌گذار ایران در هر دوره با در نظر داشتن رویکرد کلان حاکم بر عرصه سیاست‌گذاری جنایی در حدود ترسیم و تدوین سامانه پاسخ‌های ناظر به این بزهکاران برآمده است. بر این اساس و به طور کلی، رویکردهای اتخاذ شده توسط مقنن ایران را می‌توان گاه به شکل بیشتر، گاه به صورت کمینه و در نهایت گاه به شکل بینابین مشاهده کرد.

قانون‌گذار ایران نوجوانان که زیر هجده سال قرار داشتند را نابالغ و در واقع بدون داشتن مسئولیت کیفری انگاشته بود. شاخص‌ترین ابتکار قانون‌گذار ایران در آن زمان تدوین یک قانون ویژه برای چگونگی پاسخ دهی به کودکان و نوجوانان بزهکار بود که پایه‌های ایجاد یک «عدالت کیفری اختصاصی» در این حوزه را تشکیل می‌داد. پیش‌بینی سیاست‌های ناظر به این بزهکاران در قالب یک قانون خاص با این پیام همراه است که کودکان و نوجوانان بزهکار به حمایت ویژه در همه عرصه‌های سیاست جنایی نیازمند هستند. سیاست‌گذاران جنایی ایران به این بزهکاران مانند بزرگسالان بزهکار نگریسته‌اند و بر همین اساس سیاست ویژه‌ای برای پاسخ دهی آنان پیش‌بینی نشده بود. حمایت از کودکان و نوجوانان بزهکار در عرصه حقوق کیفری به صورت چارچوب‌مندتر رسمیت پیدا کرد و با تدوین قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ بیشتر تقویت شد و در پرتو این تحولات سیاست جنایی در ایران زمینه‌های شکل‌گیری و ساماندهی حقوق کیفری ویژه کودکان و نوجوانان بزهکار فراهم گردیده است.

البته؛ با توجه به سیاست‌های پیش‌بینی شده در این مقررات از جمله در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و تردیدهای تدوین‌کنندگان آن هنوز نمی‌توان به صراحت از ویژه شدن حقوق کیفری کودکان و نوجوانان سخن به میان آورد. زیرا؛ از یک سو در زمینه گسترش قلمرو کودکی تا هجده سال و به طور کلی دور کردن بزهکار میان پانزده تا هجده سال از واکنش‌های فراگیر حقوق کیفری یک سیاست شفاف اتخاذ نگردیده است و از سوی دیگر، آنگونه که در قانون آیین

سیاست های جنایی ایران علیه کودکان و... / مجتهدزاده ۳۵

دادرسی کیفری ۱۳۹۲ کاملاً آشکار است، نهادها و تشکیلات پاسخ‌دهنده به کودکان و نوجوانان بزهکار عمدتاً تخصصی پیش‌بینی شده است. نمونه بارز آن ماده‌ی ۲۵ قانون مذکور است که به صراحت از «دادرسی نوجوانان» به عنوان یک مرجع تخصصی نام برده است. به نظر می‌رسد با وجود این که سیاست جنایی ایران این روزها با شتاب بیشتری به سمت شناسایی تدابیر حمایت گرایانه نسبت به این بزهکاران گام برداشته است، اما، تا مطلوب شدن وضعیت حقوق کیفری کودکان و نوجوانان فاصله وجود دارد. البته؛ باتوجه به این که قانون آیین دادرسی ۱۳۹۲ آزمایشی است می‌توان در فرآیند بازنگری این قانون سیاست‌های مناسب به منظور اختصاصی کردن همه جنبه‌های حقوق کیفری کودکان و نوجوانان را اتخاذ کرد.

کتابنامه

- {کتاب:} گلدوزیان، ایرج. (۱۳۷۵). حمایت حقوقی - قضایی و اجتماعی اطفال و نوجوانان نشر دادگستر، چ اول، ص ۱۶۸.
- {کتاب:} لازرژ، کریستین. ترجمه‌ی نجفی ابرندآبادی، علی حسین. (۱۳۸۲). سیاست جنایی، نشر میزان، چ اول، ص ۱۱.
- {کتاب:} متین دفتری، احمد. (۱۳۱۵). سیاست جنایی، به نقل از نجفی ابرندآبادی، علی حسین، درباره‌ی اصلاح سیاست جنایی، تهران: نشریات کانون وکلای عدلیه.
- {کتاب:} نجفی ابرندآبادی، علی حسین، جزوات درسی سیاست جنایی.
- {کتاب:} نجفی ابرندآبادی، علی حسین. (۱۳۸۴). مقاله‌ی سیاست جنایی، در مجموعه‌ی علوم جنایی، انتشارات سلسبیل، ص ۲۱۰.
- {کتاب:} حسینی، سید محمد. (۱۳۸۴). سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران، سمت، چ اول، ص ۱۸۴.
- {کتاب:} نجفی ابرندآبادی، علی حسین. و هاشم بیگی، حمید. (۱۳۷۷). دانشنامه جرم‌شناسی، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ص ۱۹۹.
- {کتاب:} جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوقی، انتشارات گنج دانش، ص ۶ و ۷.
- {کتاب:} کاشفی اسماعیل زاده، حسن. (۱۳۷۹). بررسی وضعیت کودکان خیابانی در مشهد، ص ۴۵.
- {کتاب:} صفوی، امان الله. (۱۳۴۶). پدیده‌های جنایی در غرب، نشر کاوش، چ اول، ص ۳۱.
- {کتاب:} حمید، حسن، فرهنگ عمید، ص ۲۵۱. و جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ترمینولوژی حقوقی، ص ۶۱۸.
- {کتاب:} معین، محمد. فرهنگ فارسی، ص ۲۱۴۸.
- {کتاب:} جابری عربلو، محسن. فرهنگ اصلاحات فقه اسلامی.
- {کتاب:} جعفری لنگرودی، محمدباقر. ترمینولوژی حقوق.
- {کتاب:} اسفندیاری، اسماعیل. فقر و انحرافات کتاب زنان، ص ۶۹.
- {کتاب:} محسنی احدی، حسن. روانشناسی رشد نوجوانی و جوانی، ص ۱۷۷.

سیاست های جنایی ایران علیه کودکان و... / مجتهدزاده ۳۷

{ کتاب: } نجفی ابرندآبادی، علی حسین. تقریرات درس جرم‌شناسی، ص ۷۵۱.

{ کتاب: } نجفی ابرندآبادی، علی حسین، جرم‌شناسی نظری، ص ۱۳.

{ کتاب: } اردبیلی، محمد علی. (۱۳۷۹). پیشگیری از اعتیاد، مجموعه مقالات همایش بین‌المللی علمی - کاربردی جنبه‌های مختلف سیاست جنایی در قبال مواد مخدر، ج ۱، انتشارات روزنامه رسمی، ص ۱۵۹.

{ کتاب: } نجفی ابرندآبادی، علی حسین. تقریرات درس جرم‌شناسی نظری.

{ کتاب: } کسن، موریس، به نقل از نجفی ابرندآبادی، علی حسین. تقریرات جرم‌شناسی، ص ۲۲.

{ کتاب: } نجفی ابرندآبادی، علی حسین، پیشگیری از بزهکاری و پلیس محلی، ص ۱۴۱.

{ کتاب: } صلاحی، جاوید، نقش در پیشگیری از جرایم، ص ۲۰.

رأی وحدت رویه - هیأت عمومی دیوان عالی کشور.

{ کتاب: } نجفی توانا، علی. (۱۳۹۸). نابهنجاری و بزهکاری اطفال و نوجوانان، نشر میزان.

{ کتاب: } عباسی، مجتبی. بزهکاری اطفال، انتشارات مجد.

{ کتاب: } معظمی، شهلا. (۱۳۸۸). بزهکاری کودکان و نوجوانان. نشر دادگستر.

{ کتاب: } موسوی، عافیة السادات. بزهکاری اطفال و نوجوانان ۱ و ۲، انتشارات مجد.

بررسی شرط طهارت مولد در قاضی

محمود رحیمی*

چکیده

پس از انقلاب اسلامی ایران به منظور انطباق هرچه بیشتر قوانین با فقه امامیه، به موجب ماده واحده قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری مصوب ۱۳۶۱، شرط طهارت مولد به عنوان یکی از شرایط لازم برای دادرسان مقرر گردید. در خصوص این ویژگی قاضی، دو دیدگاه مهم در حقوق اسلامی مطرح شده است. قول مشهور فقهای امامیه بر این است که یکی از شرایط قاضی حلال‌زادگی می‌باشد و در این خصوص به دلایلی همچون اجماع و قیاس اولویت استناد شده است. در مقابل، قول مشهور فقهای اهل سنت و برخی فقهای امامیه بر این است که حلال‌زادگی از جمله شرایط قاضی نمی‌باشد و در واقع با وجود شرط عدالت، حلال‌زادگی را شرطی اضافی قلمداد کرده‌اند. با توجه به اینکه در مورد دلایل و مستندات هر یک از دیدگاه‌های مطرح شده در این زمینه سؤالات و ابهاماتی وجود دارد، این دلایل و مستندات قابل تأمل بوده و نیازمند بررسی و بازخوانی می‌باشند. با بررسی جامع موضوع این نتیجه به دست آمده است که حلال‌زادگی در قاضی شرط نمی‌باشد.

واژگان کلیدی: زنازاده، شرط، طهارت مولد (حلال‌زادگی)، قاضی.

* کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه قم، قم، ایران.

مقدمه

«طهارت» به فتح طاء، مصدر و همچنین اسم مصدر فعل طهر به فتح یا ضمّ عین الفعل است و دارای دو معنای طهارت جسمانی و نفسانی می باشد. در عبارت «طهارت مولد» طهارت به معنای طهارت نفسانی است بدین معنا که انسان از گناه یا آلودگی های اخلاقی پاک باشد^۱ و از رابطه حرام متولد نشده باشد. کلمه «مُولد» نیز بر وزن «مَفْعِل» می باشد و از نوع مصدر میمی است.^۲

بنابراین اصطلاح «طهارت مولد» در زبان فارسی به معنای پاکی ولادت می باشد. یکی از موضوعات مهم و بحث برانگیز در حقوق اسلامی، احکام مربوط به شخص متولد از زنا می باشد. در حقوق اسلامی برخی تفاوت ها میان شخص متولد از رابطه حلال و شخص زنازاده دیده می شود. از جمله این تفاوت ها در بحث قضا وجود داشته و شخص متولد از زنا نمی تواند عهده دار سمت قضا شود. با رجوع به منابع معتبر اسلامی دانسته می شود که شرط حلال زادگی در قاضی از ضرورت های فقهی نبوده و این نظریه تنها دیدگاه موجود در حقوق اسلامی نیست.

به طور خلاصه سه دیدگاه در این خصوص وجود دارد. دیدگاه اول، یکی از شرایط لازم برای قاضی را حلال زادگی می داند و دیدگاه دیگر این است که لزومی به وجود این شرط در قاضی وجود ندارد. دیدگاه سوم، به یکی از فقهای مالکی اهل سنت به نام عبدالاسلام بن سعید تنوخی شامی (معروف به سخنون) نسبت داده شده است که ایشان قضای ولد الزنا را در غیر حد زنا می پذیرد ولی در حد زنا نمی پذیرد^۳ و با توجه به اینکه دلیل دیدگاه اشتراط طهارت مولد در امر زنا که قیاس می باشد با دلیل دیدگاه اول (دیدگاه اشتراط طهارت مولد) مشترک است، در ضمن دلیل قیاس به آن اشاره و جهت جلوگیری از تکرار مطالب، به بررسی تفصیلی آن پرداخته نمی شود. در این پژوهش به طور تفصیلی دو نظریه ی اشتراط طهارت مولد و عدم آن و دلایل آنها، مورد نقد و بررسی قرار می گیرد و فرض بر این است

^۱ جوهری. (۱۳۷۶ق). ج ۲، ص ۷۲۷. و زبیدی. (۱۴۱۴ق). ج ۷، ص ۱۴۹ و ۱۵۰. و انوری. (۱۳۸۷). ج ۵، ص ۴۹۱۷.

^۲ مسعود. (۱۳۸۶). ج ۲، ص ۱۶۹۲. و البعلبکی. (۱۳۸۸). ص ۱۰۷۳. و قییم. (۱۳۸۸). ص ۱۰۸۰. و دهخدا. (۱۷۱۱). ج ۱۴، ص ۲۱۸۲۲.

^۳ الدسوقی. (۱۴۱۹ق). ج ۴، ص ۲۰۴.

بررسی شرط طهارت مولد در قاضی / رحیمی ۴۱

که شخص تمام شرایط لازم برای دادرسی از جمله شرط عدالت را دارا بوده و تنها وصف حلال‌زادگی را دارا نمی‌باشد.

هدف از این تحقیق ارائه جامع و مستقل دیدگاه‌های مختلف دانشمندان اسلامی و بازخوانی دلایل این دیدگاه‌ها و نقد و بررسی آنها با نگاهی فقهی و حقوقی و در نهایت انتخاب قول برگزیده می‌باشد. در خصوص سابقه پژوهشی در مورد این موضوع بایستی گفت بررسی شرط طهارت مولد در تصدی منصب «اگرچه مقاله‌ای علمی-ترویجی تحت عنوان به قلم آقای جمالی شهر بابک در مجله رسائل نوشته شده است ولی» قضا از منظر فقه امامیه در مقاله‌ی مذکور، دلایل طرفداران شرط حلال‌زادگی همچون دلیل انصراف و دلایل طرفداران عدم اشتراط حلال‌زادگی همچون قاعده‌ی وزر و اصل عدم اشتراط مورد بررسی قرار نگرفته است. استدلال‌های طرفداران و مخالفان این شرط نیز به طور کامل و شایسته واکاوی نشده است. برخی استدلال‌ها نیز که نویسنده مزبور برای عدم اشتراط حلال‌زادگی بیان کرده است دارای اشکالات علمی است که در این مقاله بیان شده است. در این پژوهش برخلاف مقاله‌ی نگاشته شده در مجله‌ی رسائل، کوشش شده است، نظر فقهای اهل سنت نیز بیان شده و تا حد امکان به مباحث حقوقی و قانونی موجود در این زمینه نیز پرداخته شود.

۱. دیدگاه اشتراط طهارت مولد قاضی

با رجوع به آرای فقهای امامیه در باب قضا درمی‌یابیم که اکثر فقهای امامیه حلال‌زادگی را به عنوان یکی از صفات قاضی ذکر کرده و بر این باورند کسی که واجد این وصف نیست، شرط لازم برای کسب منصب قضا را نخواهد داشت.^۴ به یکی از فقهای مالکی اهل سنت به نام سلیمان بن خلفی باجی نیز نسبت داده شده است که یکی از شرایط قاضی را حلال‌زادگی می‌داند.^۵ قانون‌گذار پس از انقلاب اسلامی ایران نیز متأثر از دیدگاه اشتراط طهارت مولد در فقه بوده و برای اولین بار پس از انقلاب، در ماده واحده قانون شرایط انتخاب

^۴ حلی. (۱۴۳۶ق). ج ۲، ص ۳۷۷. و حلی. (۱۴۱۳ق). ج ۳، ص ۴۲۱. و حلی. (۱۳۸۷ق). ج ۴، ص ۲۹۸. و مکی عاملی. (۱۴۱۷ق). ج ۲، ص ۶۵ و جبعی عاملی. (۱۴۲۸ق). ج ۲، ص ۷۱. و طباطبایی. (۱۴۲۲ق). ج ۱۵، ص ۷. و خویی. (۱۴۲۲ق). ج ۴۱، ص ۱۳. و موسوی خمینی. (۱۴۳۰ق). ج ۲، ص ۳۶۵.

^۵ المغربی. (۱۴۲۹ق). ج ۶، ص ۱۱۶.

قضات دادگستری مصوب ۱۳۶۱ یکی از شرایط قضات را طهارت مولد دانسته است.^۶ طرفداران این قول برای لزوم وجود این شرط در قاضی به دلایل مختلفی استناد کرده‌اند. این دلایل عبارتند از اجماع، کفر زنازاده، قیاس، تنفر طبع و انصراف. با توجه به اینکه هر یک از این دلایل، نیازمند نقد و بررسی تفصیلی می‌باشد، شایسته است که هر یک، به طور جداگانه بیان و مورد تجزیه و تحلیل علمی قرار گیرد.

۱-۱. جماع

یکی از دلایل طرفداران این شرط، اجماع فقهای امامیه بر شرط بودن این صفت در قاضی است.^۷ برخی نیز این ادعا را مطرح کرده‌اند که فقهای امامیه حلال‌زادگی را از شرایط لازم برای قاضی دانسته و در این زمینه هیچ فقیه مخالفی نیافته‌اند و در اصطلاح، ادعای عدم خلاف در این مسئله کرده‌اند.^۸

به نظر می‌رسد اجماعی که از سوی برخی فقهای امامیه در این زمینه ادعا شده است صحیح نمی‌باشد. زیرا هیچ یک از فقهای امامیه که پیش از محقق حلی بوده‌اند در کتاب‌های خود شرط حلال‌زادگی را از جمله صفات قاضی نیاورده‌اند^۹ گذشته از این، اجماع نزد امامیه دلیل مستقلاً به شمار نمی‌رود بلکه تنها قول امام معصوم است که حجت است و اعتبار و حجیت اجماع نیز فقط به واسطه‌ی کشف نظر امام(ع) می‌باشد. اکنون چگونه می‌توانیم در این بحث اجماعی را بپذیریم که هیچ یک از فقهای نزدیک به زمان معصوم این شرط را ذکر نکرده‌اند. حتی برخی قائلند که اجماع تنها در صورتی حجت است که مسئله از مسائل، مطرح شده در دوره‌های گذشته باشد و فقهای متقدم نیز نسبت به آن نظر داده باشند^{۱۰} و برای اجماع متقدمین ارزش خاصی قائل هستند.

^۶ اداره کل تنقیح قوانین و مقررات ریاست جمهوری، (۱۳۸۵). صص ۱۱۷ و ۱۱۸.

^۷ جبعی عاملی. (۱۴۱۳ق). ج ۱۳، ص ۳۲۶. و اصفهانی. (۱۴۱۶ق). ج ۱۰، ص ۱۷.

^۸ فیض کاشانی، بی تا، ج ۳، ص ۲۴۶. و سبزواری، (۱۴۲۳ق). ج ۲، ص ۶۶۰.

^۹ بغدادی. (۱۴۱۳ق). ص ۷۲۱. و حلبی. (۱۴۰۳ق). ص ۴۲۲. و طبرسی. (۱۴۱۰ق). ج ۲، ص ۵۱۳. و حلبی. (۱۴۱۷ق).

ص ۵۲۹. و طوسی. (۱۴۰۷ق). ج ۶، ص ۲۰۷. و طوسی. (۱۴۰۰ق). ص ۳۳۷. و طوسی. (۱۳۸۷ق). ج ۸، ص ۹۹.

^{۱۰} سبحانی. (۱۳۸۷). ص ۱۷۴.

بررسی شرط طهارت مولد در قاضی / رحیمی ۴۳

اکنون در بحث ما مطلب برعکس است و هیچکدام از متقدمین تا زمان محقق حلّی قائل به شرطیت طهارت مولد قاضی نیستند.

۱-۲. کفر زنازاده

دومین دلیل برای عدم پذیرش قضای زنازاده، ادّعی کفر او می‌باشد. برخی بیان داشته‌اند که بر اساس مبنای فقهای متقدّم، ولدالزنا کافر است و به علت اینکه فقهای متقدم ولدالزنا را فاقد شرط اسلام و ایمان می‌دانسته‌اند دیگر نیازی به ذکر طهارت مولد نبوده و همان شرط اسلام و ایمان، ولدالزنا را خارج می‌کرده است^{۱۱} به عبارت دیگر این شرط در ضمن شرایط دیگر (ایمان و اسلام) بوده و نیازی به تکرار آن نبوده است. به نظر می‌رسد این ادعا صحیح نمی‌باشد؛ زیرا شیخ طوسی که خود از فقهای متقدم امامیه می‌باشد، ادّعی اجماع فقهای امامیه بر غسل و نماز خواندن بر ولدالزنا کرده است^{۱۲} در حالی که عدم جواز غسل و نماز بر کافر، از مسلمات مذهب امامیه است و نمی‌توان هم معتقد به کفر ولدالزنا بود و هم نظر به وجوب غسل و نماز بر او داد. بنابراین فقیه متقدّمی همچون ابن ادریس قائل به کفر ولدالزنا است.^{۱۳} نمی‌توان نظر ایشان را به همهی فقهای متقدّم امامیه تعمیم داد و ادّعا کرد که فقهای متقدم، زنازاده را کافر دانسته و بدین جهت ذکری از این شرط نکرده‌اند.

۱-۳. قیاس

ظاهراً مهم‌ترین دلیل قائلین به شرط طهارت مولد در قاضی، مقایسه‌ای است که بین عدم جواز امامت جماعت و شهادت او با قضای او انجام می‌دهند. ایشان بر این باورند که اگر ولدالزنا نتواند امامت جماعت مسلمین را عهده‌دار شود یا نتواند در دعوائی به عنوان شاهد واقع شود، مسلماً دادرسی میان مسلمانان را نیز نمی‌تواند به عهده بگیرد^{۱۴} برخی نیز مدّعی هستند که برای شرط طهارت مولد قاضی هیچ دلیل خاصی وجود ندارد مگر همین قیاس

^{۱۱} شه میری. (۱۳۸۷). ص ۱۱۸.

^{۱۲} طوسی. (۱۴۰۷). ج ۶ ص ۷۱۳.

^{۱۳} حلّی. (۱۴۱۰). ج ۲، ص ۱۲۲.

^{۱۴} حلّی. (۱۴۳۶). ج ۲، ص ۳۱۵. و حلّی. (۱۴۲۰). ج ۵، ص ۱۱۰. و جبعی عاملی. (۱۴۱۳). ج ۳، ص ۳۲۶. و اصفهانی. (۱۴۱۶). ج ۱۰، ص ۱۸. و مجاهد طباطبائی، بی‌تا، ص ۶۹۴ و طباطبائی. (۱۴۲۲). ج ۱۵، ص ۹. و طباطبائی یزدی. (۱۴۳۴). ص ۴۱۷. و خوئی. (۱۴۲۲). ج ۴۱، ص ۱۳ و ۱۴. و مؤمن. (۱۴۲۲). ص ۷۱.

اولویت^{۱۵} طرفداران شرط حلال زادگی در قاضی به دو قیاس توسل جست‌ه‌اند که در ذیل صحت و سقم استناد به هر یک از این دو، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۳-۱. قیاس مستنبط‌العلّه

با بررسی روایات موجود در باب عدم جواز شهادت و امامت ولدالزنا دانسته می‌شود که هیچ‌کدام از این روایات، علت عدم پذیرش شهادت و امامت او را بیان نکرده‌اند^{۱۶} بلکه برخی فقها علت‌هایی را با اجتهاد و نظر خود بیان کرده‌اند و بعد از کشف آنچه به اصطلاح، علت دانسته‌اند به قیاس پرداخته و گفته‌اند با توجه به اینکه شهادت و امامت پایین‌تر از منصب قضا است، به طریق اولی ولدالزنا قاضی هم نمی‌تواند بشود. بنابراین هیچ‌شکی وجود ندارد که قیاس فقها از نوع قیاس مستنبط‌العلّه است.

شایان ذکر است، قیاس مستنبط‌العلّه قیاسی است که شخص با اجتهاد و نظر خود علت حکم را استنباط می‌کند بدون آنکه در کلام شارع یا قانون‌گذار صریحاً بیان شده باشد^{۱۷} پس از بیان اینکه این نوع قیاس، قیاس مستنبط‌العلّه می‌باشد، در مورد اعتبار و حجیت این نوع قیاس، همانطور که برخی گفته‌اند، فقهای امامیه این نوع قیاس را حجت ندانسته‌اند؛ هرچند که قریب به اتفاق فقهای اهل سنت آن را حجت می‌دانند،^{۱۸} استنباط برخی فقهای امامیه نیز در این زمینه دچار خدشه است. گفتنی است برخی فقهای اهل سنت نیز چنین قیاسی کرده‌اند و گفته‌اند با توجه به اینکه شخص زنازاده نمی‌تواند در امر زنا شاهد باشد، به طریق اولی در قضا نیز که منصبی والاتر از شهادت است نمی‌تواند در امر زنا به دادرسی پردازد^{۱۹} چنین قیاسی بر مبنای فقه اهل سنت صحیح و دارای اعتبار بوده ولی تمسک به قیاس مستنبط‌العلّه بر مبنای فقه امامیه صحیح نمی‌باشد.

۱-۳-۲. قیاس اولویت

^{۱۵} فاضل لنکرانی. (۱۳۸۱). ج ۱، ص ۱۶۰.

^{۱۶} عاملی. (۱۴۰۹ق). ج ۸، ص ۳۲۱ و ج ۲۷، ص ۳۷۴-۳۷۷.

^{۱۷} حلی. (۱۴۲۵ق). ج ۴، ص ۱۴.

^{۱۸} اصفهانی. (۱۴۰۴ق). ص ۳۸۲ و ۳۸۳. و گرجی. (۱۳۸۵). ص ۲۷۷.

^{۱۹} دسوقی. (۱۴۱۹ق). ج ۴، ص ۲۰۴.

بررسی شرط طهارت مولد در قاضی / رحیمی ۴۵

استناد برخی فقها به قیاس اولویت نیز در این مبحث خالی از اشکال نیست، زیرا کسانی که حجیت قیاس را پذیرفته‌اند شرایطی را برای قیاس مطرح کرده‌اند و معتقدند تا زمانی که این شروط وجود نداشته باشد استنباط احکام به وسیله قیاس اعتباری ندارد.

شرط اول: یکی از شرایط قیاس این است که بایستی علت یا مناط حکم کاملاً روشن و واضح باشد به گونه‌ای که شناختن علت حکم شرعی در مورد اصل ممکن باشد؛ زیرا در صورتی که مجتهد نتواند آن را شناسایی کند شباهت میان اصل و فرع در علت احراز نمی‌شود.^{۲۰} اکنون باید دید که مناط و علت در روایاتی که ولدالزنا را از شهادت منع کرده است چیست؟ با توجه به غرض شارع از شهادت، برای عدم پذیرش شهادت ولدالزنا تنها دو صورت عقلی متصور است. یکی اینکه در زمان تحمل شهادت یا ادای شهادت مرتکب خطا می‌شود و یا اینکه در گفتارش دروغگو است. این دو صورت در شخص حلال‌زاده نیز متصور است یعنی همان‌طور که در گفتار حلال‌زاده احتمال کذب و خطا وجود دارد در گفتار شخص زنازاده نیز همین احتمال وجود دارد. بنابراین عقل انسان از کشف این مناط قاصر بوده و دستیابی به آن توسط عقل سلیم غیر ممکن است. بنابراین چگونه می‌توان حکم شهادت ولدالزنا را بدون کشف مناط به قضای او تسری داد؟ در مورد روایاتی نیز که ولدالزنا را از امامت منع کرده است بایستی مناط و علت آن را بررسی کرد. پر واضح است که باب صلوة (نماز) در ابواب فقهی، از جمله‌ی ابواب عبادات است، بلکه عبادی بودن باب صلوة نسبت به باب‌های دیگر عبادی، ملموس‌تر و روشن‌تر است.

با ذکر این نکته باید بیان داشت که تشخیص علت و مناط حکم شرعی به ویژه در عبادات کار چندان آسانی نیست چرا که غرض شارع و مصالح و مفاسد واقعی که سبب تشریح احکام عبادی شده است در بسیاری از موارد بر ما پوشیده است. بنابراین به نظر می‌رسد که نمی‌توان حکم عدم جواز امامت ولدالزنا را به قضای چنین شخصی نیز تسری داد و بیان داشت که ولدالزنا، قاضی نیز نمی‌تواند باشد. شرط دوم: شرط دیگر قیاس این است که حکم اصل، برخلاف قاعده و حکمی استثنایی نباشد.^{۲۱}

^{۲۰} آمدی. (۱۴۰۶ق). ج ۳، ص ۲۲۴.

^{۲۱} کافی و شریعتی. (۱۳۹۳). ج ۲، ص ۲۱۹.

در حالی که همان طور که بیان شد با توجه به اینکه علت عدم پذیرش شهادت ولدالزنا مشخص نشد، این حکم، حکمی برخلاف قاعده است و نمی توان آن را به سایر موارد تعمیم داد.

شرط سوم: علاوه بر دو مورد فوق، شرط دیگر در قیاس این است که علت بایستی با حکم اصل مناسبت اساسی داشته باشد به گونه ای که در نظر مجتهد، منوط به این علت و دایر مدار آن باشد مانند علت اسکار برای حرمت شراب^{۲۲} در حالی که ما نتوانستیم هیچ علتی را برای عدم جواز شهادت ولدالزنا بیابیم تا چه رسد به اینکه آن علت، مناسبت اساسی با حکم اصل داشته باشد. ظاهراً با توجه به همین اشکالات است که برخی فقهای معاصر امامیه نیز این قیاس اولویت را دچار خدشه دانسته اند.^{۲۳}

یکی از نویسندگان در انتقاد از چنین قیاس اولویتی، ریشه این قیاس اولویت را در کم اهمیت به نظر می رسد این «شمردن امامت نماز جماعت نسبت به قضا دانسته و بیان داشته است که مطلب تمام نباشد ... مردم بسیار بیشتر از قاضی با امام جماعت در ارتباط بوده و حوائج دینی و مشکلات علمیشان به دست امام جماعت برطرف می شود ... در حقیقت امام جماعت هر منطقه، عهده دار مهم ترین منصب دینی و معنوی مردم آن منطقه است. این درحالیست که شاید مؤمنین در طول زندگیشان به ندرت به قاضی نیازمند شده و در محضر وی حاضر شوند. در این مورد نه تنها قیاس اولویت جاری نیست بلکه برعکس، اگر اولویتی هم باشد با امام جماعت است؛ زیرا منصب وی از لحاظ تأثیرگذاری و هدایت گری اشبه به منصب انبیاء بوده و از این رو باید در مورد^{۲۴} وی بسیار سختگیرتر از مناصب دیگر بود. اشکالی که به این استدلال می توان داشت این است که در اصطلاح، دلیل اخص از مدعا است و تنها در مورد برخی امامان جماعت صادق است نه همه امامان جماعت. زیرا امام جماعت ممکن است امام یکی دو نفر یا در خانه بین زن و شوهری باشد و هیچ ملازمه ای نیز بین امامت جماعت و امور ذکر شده از جمله هدایت و تبلیغ نیست.

^{۲۲} قافی و شریعتی. همان.

^{۲۳} موسوی گلپایگانی. (۱۴۱۳ق). ج ۱، ص ۲۳. و معرفت، بی تا، ص ۳۰۵. و مغنیه. (۱۳۸۸). ج ۶، ص ۶۲.

^{۲۴} جمالی شهر بابک. (۱۳۹۳). ص ۸۵ و ۸۶.

بررسی شرط طهارت مولد در قاضی / رحیمی ۴۷

بنابراین نمی‌توان با ذکر برخی مصداق‌های خاص امامان جماعت، سعی در مهم‌تر جلوه دادن امامت جماعت از قضا نمود.

۱-۴. نفرت مردم از زنازاده

چهارمین دلیلی که برخی از فقها در ردّ قضای ولدالزنا به آن استناد کرده‌اند این است که طبیعت انسان‌ها نوعی احساس نفرت نسبت به زنازاده داشته^{۲۵} و بدین لحاظ اعتنایی به چنین اشخاصی ندارند و امری که موجب روگردانی و تنفر طبع مردم است چگونه می‌تواند مشروع دانسته شود؟ اولین اشکال وارد شده به این دلیل این است که تنفر طبع انسان‌ها یا از ناحیه‌ی عقلا است و یا از ناحیه‌ی متشرّعه و شق و مورد سومی ندارد و هر کدام از این دو مورد که باشد مردود است. اما تنفر عقلا خلاف وجدان است؛ زیرا در سیره‌ی عقلا بما هم عقلا آنچه که معیار و تمام موضوع حکم می‌باشد، عبارت از کفایت و امانت در کار و تخصص است، به عنوان نمونه اگر طبیعی حاذق بود، عقلا به وی رجوع می‌کنند ولو زنازاده باشد و در رجوع به او توقف نمی‌کنند اما تنفر متشرّعه که آن هم خود به خود حاصل نمی‌شود بلکه مستند به فتوای فقها است و فتوای فقها نیز، از ادله‌ی مستقل شرع به حساب نمی‌آید.^{۲۶}

دومین اشکال که به این دلیل می‌توان وارد کرد این است که این دلیل خلاف فرض ما است. زیرا فرض بحث در جایی است که شخص هم عالم است و هم عادل و پرهیزکار و چنین شخصی هرگز مورد تنفر جامعه قرار نمی‌گیرد، بلکه عقلای اجتماع زبان به مدح او گشوده و او را با توجه به اینکه طبق روایات، به خاطر تأثیر نطفه‌ی حرام تمایل به بدی‌ها داشته^{۲۷} ولی به مبارزه با این هواهای نفسانی و امیال پرداخته و بر صراط مستقیم قدم برداشته، ستایش می‌کنند. به علاوه، فرض اینکه از اشکال دوم صرف نظر کنیم و بر این باور باشیم که نسبت به چنین شخصی تنفر وجود دارد، مجرد تنفر انسان‌ها نمی‌تواند دلیل بر شرطی قرار گیرد زیرا تنفر طبع انسان‌ها از امری، همیشه پشتوانه عقلی صحیحی ندارد و گاهی اوقات به دلیل وهمیات غلطی است که انسان‌ها نسبت به یک پدیده دارند و چه بسا

^{۲۵} طباطبایی. (۱۴۲۲ق). ج ۱۵، ص ۱۰.

^{۲۶} خراسانی، آیت الله وحید. (۱۳۸۷). درس خارج قضای، نقل از شه‌میری، ص ۱۱۶ و ۱۱۷.

^{۲۷} لیشی واسطی. (۱۳۷۶). ص ۷۴.

این نفرت، زائیده‌ی ذهنیت‌های غلط و باورهای نادرستی است که در جامعه وجود دارد، نه نتیجه‌ی حکم فطری اشخاص. برای شناخت این وهمیات شایسته است به طور خلاصه مورد بررسی قرار گیرند تا از موارد مشابیه، تمیز داده شوند. در علم منطق، وهمیات را قضایای کاذبی می‌دانند که قوه‌ی وهم بر خلاف عقل آنها را صادق و بدیهی می‌شمارد؛ مانند اینکه «مرده ترس آور است» یا «هر موجودی مکان دارد» یا «هرچه قابل اشاره نباشد موجود نیست»^{۲۸} به عنوان نمونه، اینکه بیشتر انسان‌ها از مرده می‌ترسند از وهمیاتی است که هیچ مبنای عقلی ندارد؛ چرا که انسان مرده نفع و ضرری به کسی نمی‌رساند و بر فرض هم که زنده شود، تازه همان انسان زنده‌ای که بوده است می‌شود لکن هر چند که انسان به این مسئله آگاه است ولی باز این حالت ترس بر انسان مستولی می‌شود. چنین احکام‌پنداری، محصول دخالت قوه‌ی وهم در معقولات انسان‌ها است،^{۲۹} حال آیا می‌توان با توجه به مطالب ذکر شده برای هر یک از نفرت‌های انسانی، مبنای منطقی یافت؟ مسلماً اینگونه نیست.

در بحث ولدالزنا نیز بر فرض که طبیعت انسان‌ها از او متنفر باشد در صورت عادل بودن او هیچ پایه‌ی عقلی ندارد و دلیلی بر عدم شایستگی او برای این منصب نیست. اشکال دیگر وارد بر این استدلال این است که تنفر انسان‌ها یک بحث اثباتی است و با جهل مردم نسبت به زنازادگی قاضی، این تنفر نیز به وجود نخواهد آمد. در حالی که بحث در شرایط قاضی یک بحث ثبوتی است یعنی چه مردم به ولادت از زنا‌ی او آگاه باشند و چه آگاه نباشند، او نمی‌تواند در عالم واقع قاضی باشد. به بیان دیگر این استدلال تنها در فرضی صحیح است که ولدالزنا در نزد مردم معلوم‌الحال باشد و شامل موردی که او مجهول‌الحال باشد نمی‌شود در حالی که خصوصاً در جامعه‌ی کنونی چنین اشخاصی نزد مردم معلوم‌الحال نیستند و سیاست قانون‌گذاری نیز به سوی همین جهت است که وضعیت نامشروع بودن نسب آنها، جهت جلوگیری از سرخوردگی و سرشکستگی آنها در جامعه، نزد دیگران معلوم نباشد و به همین دلیل تنها عده‌ی بسیار اندکی از وضعیت آنها خبر دارند.

^{۲۸} منتظری مقدم، (۱۳۸۸)، ص ۳۵۶.

^{۲۹} مظفر، (۱۴۲۸ق)، ص ۳۴۸.

۱-۵. انصراف

پنجمین دلیلی که برخی از فقها بیان داشته‌اند این است که، روایات نفوذ قضا هرچند که مطلق است ولی منصرف از زنازاده می‌باشد^{۳۰} در این زمینه که امام می‌فرماید: ایاکم ان يحاکم بعضکم بعضاً الی اهل الجور و لکن أنظروا الی رجلٍ منکم یعلمُ شیئاً من قضايانا فاجعلوه بینکم فانی قد جعلته قاضياً فتحاكموا إلیه»^{۳۱} (بر حذر می‌دارم شما را از اینکه برای دادخواهی به اهل جور رجوع کنید؛ بلکه به فردی از میان خودتان رجوع کنید که نسبت به قضایا و احکام ما عالم باشد. همانا آن شخص را در بین خودتان (حکم) قرار دهید که من او را قاضی قرار دادم و برای حکم به او رجوع کنید). به این حدیث بدین نحو استدلال شده است که امام می‌فرماید « أنظروا الی رجلٍ منکم» ضمیر «کم» اطلاق ندارد تا شامل ولدالزنا نیز بشود بلکه قطعاً انصراف به غیر زنازاده داشته و چیزی که بر نفوذ حکم ولدالزنا دلالت داشته باشد در این حدیث وجود ندارد. به نظر می‌رسد در این روایت، امام(ع) در مقام معرفی مرجعی در مقابل ظالمان و به تعبیر روایت، اهل جور می‌باشد و یا به نظر برخی فقهای معاصر^{۳۲} در مقام معرفی مرجعی در مقابل اهل سنت و اینکه قاضی باید شیعه باشد، هست و اصلاً نظری به طهارت مولد ندارد. بنابراین همین که قاضی شیعه یا عادل باشد مشمول ضمیر «منکم» در این حدیث می‌شود؛ خواه طهارت مولد داشته یا نداشته باشد. خلاصه اینکه منشأ برای انصراف این روایت از ولدالزنا وجود ندارد.

۲. دیدگاه عدم اشتراط طهارت مولد قاضی

بعد از بررسی دیدگاه اول، نوبت به بیان و بررسی نظریه‌ی دوم می‌رسد که طهارت مولد را در قاضی شرط نمی‌دانند. بر اساس این دیدگاه هیچ دلیل نقلی برای وجود این شرط در قاضی وجود ندارد. علاوه بر این از لحاظ منطقی نیز هیچ ارتباطی میان شرط طهارت مولد و مبحث قضا وجود ندارد و همان‌طور که شخص حلال‌زاده می‌تواند سمت قضا را به عهده بگیرد؛ شخصی نیز که از رابطه زنا‌ی پدر و مادر خود به دنیا آمده است، شایسته چنین

^{۳۰} خوبی. (۱۴۲۲ق). ج ۴۱، ص ۱۴. و مؤمن. (۱۴۲۲ق). ص ۷۱.

^{۳۱} عاملی. (۱۴۰۹ق). ج ۲۷، ص ۱۳ و ۱۴.

^{۳۲} خراسانی، آیت الله وحید. (۱۳۸۷). درس خارج قضای، نقل از شه‌میری، ص ۱۲۷.

منصبی می‌باشد؛ گفتنی است، این نظر به اکثر فقهای اهل سنت نسبت داده شده است^{۳۳} همچنین، برخی از فقهای امامیه صریحاً طهارت مولد را در قاضی شرط ندانسته‌اند.^{۳۴} برخی نیز با وجود اینکه دوازده صفت برای قاضی ذکر کرده و در مقام بیان شرایط قاضی بوده‌اند هیچ اشاره‌ای به شرط طهارت مولد نکرده‌اند.^{۳۵} برخی نیز ادله‌ی مطرح شده را تمام ندانسته و بیان داشته‌اند مادامی که اجماع فقهای امامیه بر اشتراط طهارت مولد، ثابت نشود زنازاده نیز شایستگی تصدی قضا را دارد.^{۳۶} برخی فقها نیز بعد از ذکر ادله‌ی طرفداران شرط طهارت مولد، با آوردن عبارت «فتأمل فیه» ظاهراً درصدد اشکال به این شرط هستند.^{۳۷} برخی نیز بیان داشته‌اند که در صورتی که ولدالزنا اظهار اسلام کند به دلیل قاعده‌ی جب، دیگر احکام ولدالزنا را ندارد و می‌تواند متصدی قضا نیز بشود.^{۳۸}

همچنین این نظر، دیدگاه قانون‌گذار قبل از انقلاب اسلامی می‌باشد. قانون‌گذار در قانون اصول تشکیلات عدلیه و محاضر شرعیه و حکام صلحیه (مصوب ۱۴۱۰ شمسی) که پس از استقرار مشروطیت تصویب شده و نخستین قانونی است که شرایط و صفات قاضی را معین می‌کند نامی از شرط طهارت مولد قاضی نیاورده است^{۳۹} این قانون به تصویب مجلس رسیده و هیچ یک از علمای طراز اول که بر اساس اصل دوم متمم قانون اساسی، مخالفت یا عدم مخالفت قوانین با شرع را تشخیص می‌داده‌اند و در میان آنها شهید سیدحسن مدرس نیز بوده است، با این قانون هیچ مخالفتی نکرده و آن را خلاف شرع ندانسته‌اند در حالی که

^{۳۳} الدسوقی. (۱۳۱۹). ج ۴، ص ۲۰۴. و الکتانی، بی تا، ج ۵، ص ۳۳۲.

^{۳۴} مغنیه. (۱۳۸۸). ج ۶، ص ۶۲ و گلیپایگانی. (۱۴۱۳ق). ج ۱، ص ۲۳ و ۲۴.

^{۳۵} عاملی. (۱۴۱۲ق). ج ۸، ص ۳۵۹.

^{۳۶} نراقی. (۱۴۱۵ق). ج ۱۷، ص ۳۸. و نجفی. (۱۳۸۵). ج ۴۰، ص ۱۳. شایان ذکر است، در صفحه دو و سه، این اجماع ادعایی، مورد بررسی قرار گرفت و ثابت شد که چنین اجماعی وجود نداشته و ندارد.

^{۳۷} اردبیلی. (۱۴۰۳ق). ج ۱۲، ص ۶. «طهاره المولد فکان دلیله الاجماع و تنفر الأنفس و عدم الانقیاد و اشتراطها فی الشاهد فتأمل فیه»

^{۳۸} شیرازی. (۱۴۱۳ق). ص ۴۴. ظاهراً ایشان بر این باورند که ولدالزنا هرچند که از پدر و مادر مسلمان باشد کافر است و بعد از اظهار اسلام مسلمان می‌شود و دیگر احکام ولدالزنا را ندارد. لازم به ذکر است، این نظر از این جهت که ولدالزنا را قبل از اظهار اسلام کافر می‌داند پذیرفتنی نیست؛ زیرا ایمان و کفر از مسائل اعتقادی است و نمی‌توان ولدالزنا را به صرف ولادت از زنا کافر دانست.

^{۳۹} گروه علمی مؤسسه چتر دانش، (۱۳۹۵). ص ۴۵ و ۴۶.

بررسی شرط طهارت مولد در قاضی / رحیمی ۵۱

در همان سال، قانون اصول محاکمات حقوقی در مجلس مطرح می‌شود ولی با مخالفت برخی علما از جمله سیدحسن مدرس مبنی بر خلاف شرع بودن آن واقع می‌شود که ناگزیر به اصلاح برخی از مواد آن می‌شوند.^{۴۰} ظاهراً این فقها طهارت مولد را از شرایط قاضی نمی‌دانسته‌اند، در غیر این صورت ماده‌ی ۱۴۷ و ۱۴۸ قانون اصول تشکیلات عدلیه را از این جهت خلاف شرع تشخیص می‌دادند. لازم به ذکر است که مقررات مربوط به استخدام قضات در سال‌های ۱۳۱۵^{۴۱} و ۱۳۴۳^{۴۲} اصلاح شده ولی در هیچ یک از این اصلاحات نیز، شرط طهارت مولد به عنوان شرایط قاضی به آن افزوده نشده است.

در اینجا دلایل طرفداران شرط نبودن حلال‌زادگی در قاضی بیان می‌شود. گفتنی است با توجه به اینکه اصل بر حلیت است و بر این است که شخص می‌تواند هر امر و سمتی را که بخواهد انتخاب کند، کسانی که حلال‌زادگی را شرط نمی‌دانند نیاز به ارائه‌ی دلیل دیگری برای نظر خود ندارند بلکه طرفداران نظر مقابل که قضا را برای چنین شخصی جایز ندانسته، بایستی برای نظر خود دلیل بیاورند. با وجود این، دلایل نظریه‌ی عدم شرطیت حلال‌زادگی، بیان شده و مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرند.

۲-۱. عمومات و اطلاعات روایات باب قضا

یکی از دلایلی که می‌توان برای پذیرش قضای زنازاده‌ی عادل به آن استناد کرد، روایاتی است که عمومات و اطلاعات آن شامل شخص زنازاده‌ی عادل نیز می‌شود و این عمومات و اطلاعات تخصیص نخورده و مقید نشده‌اند. از جمله این روایات مقبوله‌ی عمرین حنظله می‌باشد که در جواب سؤال شخصی از امام(ع) است که ترجمه آن بیان می‌شود: «... از امام صادق(ع) در مورد دو نفر از شیعیان که بین آنها اختلافی در دین یا میراث بود و به سلطان و قضات رجوع کرده بودند سؤال کردم که آیا (رجوع آنها به سلطان یا قضات) جایز است؟ (امام) فرمود: هر کس در مورد حق یا باطلی به آنها رجوع کند، به طاغوت رجوع کرده است. گفتم پس چه باید بکنند؟ (امام) فرمود: بایستی به کسانی که از خودتان هستند و راوی حدیث ما می‌باشند و نظر در حلال و حرام ما دارند و احکام ما را می‌دانند، رجوع کنند.

^{۴۰} صدر. (۱۳۶۴). ص ۲۱۲ و ۲۱۳.

^{۴۱} مجموعه قوانین سال ۱۳۱۵، بی‌تا، ص ۲۱.

^{۴۲} اداره کل تنقیح قوانین و مقررات ریاست جمهوری، (۱۳۸۵). ص ۱۰۴.

در این صورت بایستی به حکم کردن آن شخص رضایت دهند. همانا من او را برای شما حاکم قرار دادم...»^{۴۳} روایت صحیحی جمال نیز که پیش از این بیان شد یکی از این روایات است، هرچند که برخی از فقها آن را منصرف از زنازاده دانسته‌اند ولی برای ادعای خود دلیلی نیاورده‌اند. یکی از فقهای معاصر نیز گرچه در ابتدا با دیده تردید بیان داشته است که با توجه به اینکه منصب قضا منصب خطیری است شاید به این سبب زنازاده شایستگی این منصب را ندارد ولی در ادامه تصریح کرده‌اند؛ با توجه به اینکه در عمومات باب قضا قصوری وجود ندارد و تخصیص نیز نخورده است، مقتضای این عمومات این است که زنازاده نیز می‌تواند متصدی امر قضا شود.^{۴۴}

۲-۲. قاعده‌ی وزر

پر واضح است که بر اساس قاعده‌ی وزر هر کسی مسئول اعمال خودش است و بار عمل دیگری را به دوش نمی‌کشد و اگر قرار بر محرومیت شخصی باشد، خود زانی بایستی برای مجازات او از این منصب محروم شود نه اینکه فرزند ناشی از این رابطه از یک اختیار و حق اجتماعی محروم شود. برخی فقهای معاصر نیز اشتراط طهارت مولد در قاضی را منافی با قاعده‌ی وزر دانسته‌اند.^{۴۵} اشکالی که در اینجا ممکن است مطرح شود این است که قضا در حقوق اسلامی از زمره‌ی تکالیف است و برای کسی که توانایی و شایستگی این منصب را دارد، یک واجب شرعی می‌شود. حال در اینجا تنها این تکلیف و واجب شرعی از شخص زنازاده ساقط شده است نه اینکه گناه پدر و مادر او بر عهده‌ی زنازاده قرار گیرد. در پاسخ به این اشکال باید گفت که گرچه قضا برای شخصی که شایستگی لازم را دارد تکلیفی شرعی است ولی این مطلب منافاتی با این ندارد که از جمله حقوق اجتماعی و اختیارات نیز باشد. بنابراین قضا نیز مانند شهادت از اموری است که هم تکلیف اجتماعی است و هم حق اجتماعی. بند «ج» ماده‌ی ۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز، استخدام و یا اشتغال در قوه‌ی قضائیه را از حقوق اجتماعی شمرده است.

^{۴۳} عاملی. (۱۴۰۹ق). ج ۲۷، صص ۱۳۶ و ۱۳۷.

^{۴۴} معرفت، بی تا، ص ۳۰۵.

^{۴۵} مغنیه. (۱۳۸۸). ج ۲، ص ۶۲.

۲-۳. اصل عدم

پرواضح است در صورتی می‌توان شخصی را از یک اختیار و حق اجتماعی محروم کرد که دلیل خاص و معتبری در این زمینه وجود داشته باشد و هیچ‌یک از دلایل مطرح شده توسط طرفداران اشتراط طهارت مولد که مورد بررسی قرار گرفت، تمام نیستند.^{۴۶} به هر حال تا زمانی که دلیل معتبری در این زمینه وجود نداشته باشد بر اساس اصل عدم اشتراط، زنازاده نیز حق برخورداری از این حق اجتماعی را دارد. برخی از فقها نیز بیان داشته‌اند مادامی که اجماع ثابت نشده باشد بر اساس اصل، او شایسته این منصب می‌باشد.^{۴۷}

۲-۴. قیاس اولویت

یکی از نویسندگان برای شرط نبودن حلالزادگی در قاضی به یک مورد تاریخی استناد کرده و گفته است: «در زمان خلافت امیرالمؤمنین(ع)، زیاد بن ابیه که در زنازادگی وی کسی تردید ندارد از جانب امام(ع) به فرمانداری و ولایت فارس منصوب شد. حال اگر زنازاده‌ای می‌تواند عهده‌دار منصب نیابت خاص امام در منطقه‌ای باشد و بر جان و مال و ناموس همه مردم مسلط شود و قضات را عزل و نصب کند، چگونه نمی‌تواند منصبی پایین‌تر از نیابت خاص همچون قضاوت را عهده‌دار شود.»^{۴۸} نویسنده‌ی مزبور زنازادگی زیاد را امری مسلم دانسته و بر پایه‌ی آن قیاس اولویتی تشکیل داده است. ممکن است در جهت تأیید زنازادگی زیاد، به سخن معروف امام حسین(ع) استناد کرد که می‌فرماید: «ألا و إنَّ الدَّعَى بن الدَّعَى قد رکز بین اثنتین بین السَّلَّة والذِّلَّة وهیهات منَّا الذِّلَّة»^{۴۹} (آگاه باشید که دعی فرزند دعی بر یکی از دو چیز پای می‌فشارد؛ یا کشتن و یا ذلت (پذیرفتن ما)، چه دور است از ما، که ذلت را بپذیریم). در اینجا امام(ع)، صفت «دعی» را به ابن زیاد و پدرش نسبت داده است که براساس برخی لغتنامه‌ها به معنای زنازاده است.^{۵۰}

^{۴۶} مغنیه. (۱۳۸۸). ج ۲، ص ۶۲.

^{۴۷} نراقی. (۱۴۱۵ق). ج ۱۷، ص ۳۸.

^{۴۸} جمالی شهر بابک. (۱۳۹۳). ص ۸۶.

^{۴۹} سید ابن طاووس. (۱۳۹۵). ص ۱۷۶.

^{۵۰} آذرنوش. (۱۳۹۲). ص ۳۰۹. و اتابکی. (۱۳۸۰). ج ۱، ص ۱۲۵۰. و خلیل جرّ. (۱۳۶۳). ج ۱، ص ۹۸۰. و انوری. (۱۳۸۷).

ج ۴، ص ۳۲۲۱. و دهخدا. (۱۳۷۷). ج ۷، ص ۱۰۹۳۳.

جهت صحت و سقم این مطلب که دعای به معنای زنازاده است، شایسته است که معنای این کلمه در فرهنگ‌های زبان، خصوصاً با توجه به این که این کلمه عربی است، در فرهنگ‌های زبان عربی هم مورد بررسی قرار گیرد.^{۵۱} معانی مختلفی برای کلمه دعای شده است و در اصطلاح، این کلمه مشترک لفظی است. اولین معنای آن پسرخوانده می‌باشد که به آن در زبان عربی متبنی (به یاء مقصور) نیز می‌گویند.^{۵۲} این ادعای شخصی نسبت به فرزند دیگری است (در این معنای اول، دعای به معنای اسم مفعول یعنی ادعا شده می‌باشد).

معنای دوم این کلمه، در صورتی است که شخصی ادعا کند که دیگری پدر اوست یا اشخاص دیگری، قوم و بستگان او می‌باشند. به این شخص نیز دعای می‌گویند (در این معنای دوم، دعای به معنای اسم، فاعل، ادعاکننده می‌باشد).^{۵۳}

سومین معنای این کلمه، کسی است که نسب او مورد اتهام و نسب او به شخص دیگری، نسبت داده شده است.^{۵۴} چهارمین معنای ذکر شده برای این کلمه، به معنای شخصی است که به مهمانی و طعام دعوت شده است (در این معنای چهارم «دعای» معنای اسم مفعولی مدعو (دعوت شده) دارد).^{۵۵} با بررسی انجام گرفته در میان فرهنگ‌های زبان عربی، در هیچ‌یک از فرهنگ‌های عربی یادشده و فرهنگ‌های معاصر عربی - فارسی یادشده که این چهار معنا را برای دعای بیان کرده‌اند، یافت نشد که لفظ دعای را به معنای زنازاده دانسته

^{۵۱} ابن منظور. (۱۴۱۴ق). ج ۱۴، ص ۲۶۰ و ۲۶۱. و فراهیدی. (۱۴۰۹ق). ج ۲، ص ۲۲۱. و ازهری. (۱۴۲۱ق). ج ۳، ص ۷۷. و صفی‌پور، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۷۴. دانستن ریشه‌ی این کلمه نیز در فهم دقیق معنای آن کمک شایانی می‌کند. ریشه‌ی دعای «دعو» می‌باشد و بر وزن فعل است؛ و مصدر آن دعوه به کسر دال (دعوی یا ادعای نسب کردن) می‌باشد.

^{۵۲} به همین معنای اول در قرآن نیز آمده است «وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ» (و پسرخواندگانتان را پسران واقعی) شما قرار نداده است). (احزاب، ۴). ادعیاء جمع دعای می‌باشد.

^{۵۳} طریحی. (۱۳۷۵). ج ۱، ص ۱۴۴. و ابن منظور. (۱۴۱۴ق). ج ۱۴، ص ۲۶۰. و زمخشری. (۱۳۸۶). ص ۴۵. و انیس و دیگران. (۱۴۲۵ق). ص ۲۸۷. و صفی‌پور. بی‌تا، ج ۱، ص ۳۷۴. و قییم. (۱۳۸۸). ص ۴۸۰. و معلوف. (۱۳۸۹). ص ۲۱۶. و مسعود. (۱۹۶۷م). ص ۶۷۲ و شرتونی لبنانی. بی‌تا، ص ۳۳۷.

^{۵۴} ابن منظور، همان. و انیس و دیگران، همان. و صفی‌پور، همان. و معلوف، همان. و مسعود، همان. و شرتونی، همان. و عمید، همان.

^{۵۵} انیس و دیگران، همان. و مسعود، همان.

بررسی شرط طهارت مولد در قاضی / رحیمی ۵۵

باشند و تنها در برخی کتاب‌های لغت فارسی معاصر و در برخی؛ ترجمه‌ی فرهنگ‌های عربی، آن را به معنای حرام‌زاده یا زنازاده نیز دانسته‌اند^{۵۶} به نظر می‌رسد این فرهنگ‌ها در برگرداندن این کلمه به زبان فارسی دچار مسامحه و اشتباه شده‌اند.^{۵۷} برخی فرهنگ‌های زبان فارسی دقت لازم در این زمینه داشته و دَعی را به معنای زنازاده ندانسته‌اند.^{۵۸}

گذشته از این، بررسی تاریخی موضوع نیز در دانستن معنای دَعی در کلام امام حسین(ع) کمک شایانی می‌کند. در زمان خلافت عمر بن خطاب، ابوسفیان در مجلسی ادّعا می‌کند که با سمیه که زن عبید بوده است همبستر شده و به جهت این همبستری، نطفه‌ی زیاد منعقد شده و زیاد، فرزند اوست. پیش از این ادّعی ابوسفیان، زیاد را فرزند عبید می‌دانسته‌اند و در نسب زیاد جای تردید وجود نداشته است ولی پس از این ادّعا، نسب زیاد مورد اتهام قرار می‌گیرد.^{۵۹} زمان خلافت علی بن ابیطالب(ع) نیز که امام زیاد را به ولایت فارس منصوب کرده بود، معاویه بن ابی‌سفیان به منظور نافرمانی زیاد از امام علی(ع) به زیاد نامه‌ای نوشته و به تحریک عواطف و احساسات زیاد پرداخته و او را برادر خود می‌داند تا از این طریق زیاد را به خود نزدیک کند.

امام علی(ع) پس از اطلاع از این نامه، به زیاد نامه‌ای نوشته و در قسمتی از این نامه می‌فرماید: «در روزگار عمر، ابوسفیان از آنچه در خاطر داشت سخنی گفت که خطای زبان بود و وسوسه شیطان. نه نسبی بدان درست شود و نه میراثی را سزاوار بود...»^{۶۰} امام حسین(ع) نیز در زمانی که معاویه بر قدرت تکیه زده بود، نامه‌ای به او نوشته و ادّعی معاویه مبنی بر برادری با زیاد را مورد ملامت قرار می‌دهد. در قسمتی از این نامه امام(ع) می‌نویسد: «آیا تو ادّعی (برادری) زیاد بن سمیه که در فراش(همسرش) عبید متولد شده بود،

^{۵۶} آذرنوش. ص ۳۰۹. و اتابکی. (۱۳۸۰). ج ۱، ص ۱۲۵۰. و خلیل جرّ، (۱۳۶۳). ج ۱، ص ۹۸۰. و انوری. (۱۳۸۱). ج ۴، ص ۳۲۲۱. و دهخدا، (۱۳۷۷). ج ۷، ص ۱۰۹۳۳.

^{۵۷} معلوف. (۱۳۸۹). ص ۲۱۶. و انیس و دیگران، (۱۴۲۵ق). ص ۲۸۷. و مسعود. (۱۹۶۷م). ص ۶۷۲. و ترجمه‌ی بندر ریگی از المنجد. (۱۳۸۰). ج ۱، ص ۴۷۱. و ترجمه‌ی بندر ریگی از المعجم الوسیط، (۱۳۸۶). ج ۱، ص ۶۱۴. و ترجمه‌ی انزابی‌نژاد از الرائد، (۱۳۸۶). ج ۱، ص ۷۹۱.

^{۵۸} عمید. (۱۳۶۳). ج ۲، ص ۱۱۳۱ و ۱۱۳۲. و معین. (۱۳۶۳). ج ۲، ص ۱۵۳۹. و طهرانی. (۱۳۸۳). ص ۳۲۱.

^{۵۹} ابن ابی‌الحدید. (۱۹۶۲م). ج ۱۶، ص ۲۰۴ - ۱۷۹.

^{۶۰} شهیدی. (۱۷۳۱). ص ۷۱۱.

را نکردی؟ گمان کردی که او فرزند پدرت است در حالی که پیامبر(ص) فرمود که «فرزند برای فراش است و برای زناکار سنگ است» و سنت رسول الله(ص) را ترک کردی». ^{۶۱} نامه امام علی(ع) به زیاد و نامه امام حسین(ع) به معاویه، دلیل بر این است که زنازادگی زیاد را نپذیرفته‌اند. زیرا اگر زیاد را مولود رابطه زنا ابوسفیان با سمیه می‌دانسته‌اند دیگر معنا ندارد که امام علی(ع) ادعای ابوسفیان را امری شیطانی بداند که به وسیله‌ی آن نسبی ثابت نمی‌شود. همچنین اگر امام حسین(ع)، ادعای معاویه مبنی بر انعقاد نطفه‌ی زیاد از پدرش ابوسفیان را قبول داشت، معنا ندارد که این ادعا را مورد سرزنش قرار داده و آن را مخالف قاعده‌ی فراش بداند.

بنابراین ادعای ابوسفیان تنها اخبار به زنا با سمیه را می‌رساند و با توجه به اینکه سمیه در زمان زنا ابوسفیان، زن عبید بوده است و علم به انعقاد نطفه زیاد از ابوسفیان وجود ندارد، طبق حقوق اسلامی فرزند از آن صاحب فراش(عبید) می‌باشد نه برای زانی(ابوسفیان). بنابراین این ادعای ابوسفیان فقط ایجاد شبهه در فرزند می‌کند که آیا ملحق به ابوسفیان می‌شود یا ملحق به عبید و با توجه به قاعده‌ی فراش ملحق به عبید می‌شود نه اینکه ثابت کند که زیاد زنازاده است. خلاصه اینکه با توجه به بررسی واژگانی صورت گرفته و بررسی تاریخی موضوع(ادعای ابوسفیان و معاویه) و نامه‌های امام علی(ع) به زیاد و امام حسین(ع) به معاویه، دانسته می‌شود که لفظ «دعی» در کلام امام حسین(ع) تنها می‌تواند به معنای اول(پسرخوانده) یا معنای سوم(کسی که نسب او مورد اتهام است یا به شخص دیگری نسبت داده شده است) باشد و با توجه به اینکه پایه‌ی استدلال به قیاس اولویت مطرح شده، مبتنی بر فرض ثبوت زنازادگی زیاد می‌باشد، چنین قیاسی نمی‌تواند صحیح باشد.

مسأله‌ای که شایسته است در پایان این پژوهش به آن پاسخ داده شود این است که با توجه به اینکه کار قاضی، قاضی تحکیم و داور تقریباً از یک سنخ است، آیا شرطیت حلال‌زادگی، در قاضی تحکیم نیز شرط می‌باشد و یا خیر؟ همچنین آیا شرط حلال‌زادگی همچنان که در قاضی، طبق نظر مشهور فقهای امامیه و حقوق کنونی شرط می‌باشد، در داور نیز شرط هست یا خیر؟

^{۶۱} طبرسی. (۱۴۱۶ق). ص ۹۱.

بررسی شرط طهارت مولد در قاضی / رحیمی ۵۷

در زمینه‌ی قاضی تحکیم، ظاهراً فقهای امامیه حلال‌زادگی را در او نیز شرط می‌دانند و تنها در برخی شرایط خاص مانند بصر و کتابت اختلاف نظر است که آیا در قاضی تحکیم شرط هست یا خیر^{۶۲} در پاسخ به سؤال دوم نیز باید گفت در قانون آیین دادرسی مدنی در مبحث داوری اشاره‌ای به شرطیت حلال‌زادگی داور نشده است. بنابراین در حقوق ما شخص زنازاده می‌تواند به سمت داور انتخاب شود.

^{۶۲} جبعی عاملی. (۱۴۲۸ق). ج ۲، ص ۷۶.

نتیجه گیری

ظاهراً دلیل اینکه فقهای متقدم امامیه حلال زادگی را از جمله شرایط قاضی نیاورده اند این بوده است که آن را قیاس باطل می دانسته اند و شایسته بود فقهای بعدی نیز همانند فقهای متقدم، بر تعبد به آیات و روایات در زمینه ی شرایط قاضی باقی می ماندند و روایات در زمینه ی امامت جماعت و شهادت زنازاده را به شرایط قاضی تسری نمی دادند. علاوه بر این، مشهور فقهای امامیه (پس از محقق حلی) و برخی فقهای اهل سنت که قضای زنازاده را جایز ندانسته اند بیشتر تحت تأثیر روایات موجود در زمینه ی نکوهش ولدالزنا و اجتهادهای شخصی بوده اند و در این زمینه احتیاط را در این دیده اند که مانع او از تصدی چنین منصبی شوند. اینان ظاهراً اینگونه احتیاط کرده اند که چنین شخصی نباید بر جان و مال و آبروی انسان ها سلطه پیدا کند و تفاوتی از این جهت میان عادل و غیرعادل اشخاص متولد از زنا ندیده اند؛ درحالی که اتفاقاً چنین برداشتی، خلاف احتیاط است.

زیرا پس از اینکه چنین شخصی دارای صفت عدالت شد، احتیاط در این است که چنین شخصی از این اختیار و حق اجتماعی محروم نشود، نه اینکه احتیاط در این باشد که پس از احراز عدالت نیز، او را صالح برای چنین منصبی ندانست. دست کم شایسته بود فقها این طور می گفتند که بایستی در احراز عدالت شخصی که متولد از زنا است و می خواهد قاضی شود، با توجه به اینکه بر اساس روایات، دارای صفات مذموم است و میل به گناه دارد، دقت لازم در احراز عدالت او به عمل آید؛ ولی اگر هیچ گونه شک و شبهه ای در عدالت او وجود نداشته و عدالت او با دقت لازم در این زمینه احراز شود، می تواند متصدی قضا شود.

گذشته از این، نحوه احراز این شرط نیز از موارد قابل تأمل در این زمینه است که نیازمند پژوهش مستقلی می باشد. بنابراین از میان دیدگاه های موجود در حقوق اسلامی، دیدگاه عدم اشتراط طهارت مولد با توجه به دلایل محکمی که این دیدگاه به آنها تکیه کرده است به عنوان نظر برگزیده معین می شود و پیشنهاد می شود که این شرط از شرایط قاضی در قوانین کنونی حذف شود.

کتابنامه

- { کتاب: } قرآن کریم.
- { کتاب: } اداره کل تنقیح قوانین و مقررات ریاست جمهوری (۱۳۸۵ش). مجموعه استخدام قضات و تشکیلات دادگستری، تهران: معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات.
- { کتاب: } انوری، حسن. (۱۳۸۷ش). فرهنگ بزرگ سخن، ج ۴، تهران: سخن.
- { کتاب: } _____ . (۱۳۸۷ش). فرهنگ بزرگ سخن، ج ۵، تهران: سخن.
- { کتاب: } دهخدا، علی اکبر. (۱۳۷۷ش). لغت‌نامه دهخدا، ج ۷، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- { کتاب: } _____ . (۱۳۷۷ش). لغت‌نامه دهخدا، ج ۱۴، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- { کتاب: } شه‌میری، حسین. (۱۳۸۷ش). صفات قاضی، رساله علمی سطح ۴، حوزه علمیه قم.
- { کتاب: } شه‌یدی، سید جعفر. (۱۳۸۴ش). ترجمه نهج‌البلاغه، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.
- { کتاب: } صدر، محسن. (۱۳۶۴ش). خاطرات صدرا‌لأشراف، بی‌جا، وحید.
- { کتاب: } طهرانی، محمد علی. (کاتوزیان) (۱۳۸۳ش). فرهنگ کاتوزیان، تهران: نشر دادگستر.
- { کتاب: } عمید، حسن (۱۳۶۳ش). فرهنگ عمید، تهران: انتشارات امیر کبیر.
- { کتاب: } فاضل لنکرانی، محمد. (۱۳۸۱ش). سیری کامل در خارج فقه معاصر (کتاب القضاء)، ج ۱، قم: فیضیه.
- { کتاب: } قافی، حسین. و شریعتی، سعید. (۱۳۹۳ش). اصول فقه کاربردی، ج ۲، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- { کتاب: } گرجی، ابوالقاسم. (۱۳۸۵ش). ادوار اصول فقه، تهران: میزان.
- { کتاب: } گروه علمی مؤسسه چتر دانش (۱۳۹۵ش). نخستین قانون اصول تشکیلات عدلیه و محاضر شرعیه و حکام صلحیه، تهران: چتر دانش.
- { کتاب: } معین، محمد. (۱۳۶۳ش). فرهنگ معین، ج ۲، تهران: انتشارات امیر کبیر.
- { کتاب: } منتظری مقدم، محمود (۱۳۸۸ش). منطق ۲، قم: مرکز مدیریت حوزه علمیه قم.
- { کتاب: } ابن ابی الحدید (۱۹۶۲م). شرح نهج‌البلاغه، ج ۱۶، تحقیق محمد ابوالفضل ابراهیم، قم: دارالکتب العلمیه.
- { کتاب: } ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب، ج ۱۴، بیروت: دار صادر.

۶۰ دوفصلنامه دانش پژوهان / شماره ۷۰ / ویژه نامه حقوق / صص ۳۹-۶۳

- { کتاب: { لتابکی، پرویز. (۱۳۸۰ش). فرهنگ جامع کاربردی عربی - فارسی فرزانه، ج ۲، تهران: پژوهش فرزانه روز.
- { کتاب: { آذرنوش، آذرتاش. (۱۳۹۲ش). فرهنگ معاصر عربی - فارسی، تهران: نشر نی.
- { کتاب: { اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفلئدة والبرهان، ج ۱۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- { کتاب: { ازهری، محمد بن احمد. (۱۴۲۱ق). تهذیب اللغة، ج ۳، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- { کتاب: { اصفهانی، محمد بن حسن (فاضل هندی). (۱۴۱۶ق). کشف اللثام، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- { کتاب: { اصفهانی، محمد حسین. (۱۴۰۴ق). الفصول الغریبه، قم: دار احیاء العلوم الاسلامیه.
- { کتاب: { آمدی، علی بن محمد. (۱۴۰۶ق). الإحكام فی اصول الأحكام، ج ۳، بیروت: دارالکتاب العربی.
- { کتاب: { انیس، ابراهیم. و منتصر، عبدالحلیم. و الصوالحی، عطیة. و خلف الله احمد، محمد. (۱۴۲۵ق). معجم الوسیط، مصر: مکتبة الشروق الدولیة.
- { کتاب: { _____ (۱۳۸۶ش).
- معجم الوسیط، ج ۱، ترجمه ی بندر ریگی، محمد، تهران: اسلامی.
- { کتاب: { البعلبکی، روحی. (۱۳۸۸ش). فرهنگ المورد، ترجمه ی مقدس، محمد، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر.
- { کتاب: { بغدادی، محمد بن محمد بن نعمان (شیخ مفید). (۱۴۱۳ق). المقنعه، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
- { کتاب: { جبعی عاملی، زین الدین (شهید ثانی). (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام، ج ۱۳، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة.
- { کتاب: { _____ (۱۴۲۸ق). الروضة البهیة، ج ۲، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- { کتاب: { جرّ، خلیل. (۱۳۶۳ش). المعجم العربی الحدیث، ج ۱، ترجمه ی طبیبیان، سید حمید، تهران: امیر کبیر.
- { کتاب: { جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۳۷۶ق). الصحاح، ج ۴، بیروت: دارالعلم للملایین.
- { کتاب: { حسینی شیرازی، سید محمد. (۱۴۱۳ق). الفقه (القواعد الفقهیه)، بیروت: مؤسسه امام رضا(ع).

بررسی شرط طهارت مولد در قاضی / رحیمی ۶۱

{ کتاب: } حلی، ابوالصلاح. (۱۴۰۳ق). الکافی فی الفقه، اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین(ع).

{ کتاب: } حلی، حمزه بن علی بن زهره. (۱۴۱۷ق). غنیة النزوع، قم: مؤسسه امام صادق(ع).

{ کتاب: } حلی، ابن ادريس محمد بن منصور. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

{ کتاب: } حلی، ابوالقاسم نجم الدين (محقق حلی). (۱۴۳۶ق). شرایع الاسلام، ج ۲، قم: فقاہت.

{ کتاب: } حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی). (۱۴۱۳ق). قواعد الأحكام، ج ۳، قم: اسلامی.

{ کتاب: } _____ (۱۴۲۰ق). تحرير الأحكام، ج ۵، قم: مؤسسه امام صادق(ع).

{ کتاب: } _____ (۱۴۲۰ق). نهاية الوصول، ج ۴، قم: مؤسسه امام صادق(ع).

{ کتاب: } حلی، محمد بن حسن (فخرالمحققین). (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد، ج ۴، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

{ کتاب: } حلی، یحیی بن سعید. (۱۴۰۵ق). الجامع للشرائع، قم: مؤسسه سید الشهداء العلمیه.

{ کتاب: } خوبی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج، ج ۴۱ موسوعه، قم: مؤسسه الإمام الخوئی.

{ کتاب: } الدسوقي، شمسالدين محمد. (۱۴۱۹ق). حاشیة الدسوقي على الشرح الكبير، ج ۴، بیروت: دارالفکر.

{ کتاب: } زبیدی، محمد بن محمد مرتضی. (۱۴۱۴ق). تاج العروس، ج ۷، بیروت: دارالفکر.

{ کتاب: } زمخشری، محمود بن عمر. (۱۳۸۶ش). مقدمة الأدب، تهران: مؤسسه مطالعات اسلامی دانشگاه تهران.

{ کتاب: } سبحانی، جعفر. (۱۳۸۷ش). الموجز فی اصول الفقه، قم: مؤسسه امام صادق(ع).

{ کتاب: } سبزواری، محمدباقر. (۱۴۲۳ق). کفایة الأحكام، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

{ کتاب: } سید ابن طاووس، علی بن موسی. (۱۳۹۵ش). اللهوف، تصحیح صادقی کاشانی، مصطفی، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

{ کتاب: } الشرتونی اللبانی، سعید. (بی تا). اقرب الموارد، بی جا، بی نا.

{ کتاب: } صفی پور، عبدالرحیم (بی تا). منتهی الأرب فی لغة العرب، ج ۱، بی جا، کتابخانه سنائی.

۶۲ دوفصلنامه دانش پژوهان / شماره ۷۰ / ویژه نامه حقوق / صص ۳۹-۶۳

{ کتاب: { طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۳۴ق). ملحق العروة الوثقی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

{ کتاب: { طباطبایی، سید علی. (۱۴۲۲ق). ریاض المسائل، ج ۱۵، قم: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث.

{ کتاب: { طبرسی، أبی منصور. (۱۴۱۶ق). الاحتجاج، ج ۲، تهران: اسوه.

{ کتاب: { طبرسی، امین الاسلام. (۱۴۱۰ق). المؤلف من المختلف بين أئمة السلف، ج ۲، مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه.

{ کتاب: { طریحی، فخرالدین بن محمد. (۱۳۷۵ش). مجمع البحرین، ج ۱، تهران: مرتضوی.

{ کتاب: { طوسی، محمد بن حسن (شیخ طوسی). (۱۳۸۷ق). المبسوط، ج ۸، تهران: المكتبة المرتضویة.

{ کتاب: { _____ (۱۴۰۰ق). النهاية، بیروت: دارالكتاب العربی.

{ کتاب: { _____ (۱۴۰۷ق). الخلاف، ج ۶، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

{ کتاب: { عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه، ج ۲۷، قم: مؤسسه آل البيت.

{ کتاب: { _____ (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه، ج ۸، قم: مؤسسه آل البيت.

{ کتاب: { _____ (۱۴۰۹ق). هداية الأمة الیأحكام الأئمة، ج ۸، مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه.

{ کتاب: { فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۰۹ق). کتاب العین، ج ۲، قم: نشر هجرت.

{ کتاب: { فیض کاشانی، محمد محسن. (بی تا). مفاتیح الشرایع، ج ۳، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

{ کتاب: { قیوم، عبدالنبی. (۱۳۸۸ش). فرهنگ معاصر عربی - فارسی، تهران: فرهنگ معاصر.

{ کتاب: { الکتانی، محمد المنتصر. (بی تا). معجم فقه السلف صحابه، عتره وتابعین، الجزء ۵، بیروت: دارالکتب العلمیه.

{ کتاب: { لیثی واسطی، علی بن محمد. (۱۳۷۶ش). عیون الحکم والمواعظ، قم: دارالحدیث.

{ کتاب: { مجاهد طباطبایی، محمد. (بی تا). کتاب المناهل، قم: مؤسسه آل البيت.

{ کتاب: { مسعود، جبران. (۱۹۶۷م). الرائد، بیروت: دارالعلم للملایین.

بررسی شرط طهارت مولد در قاضی / رحیمی ۶۳

{ کتاب: } _____ (۱۳۸۶ش). الرائد، ج ۲، ترجمه انزابی نژاد، رضا، مشهد: آستان قدس رضوی.

{ کتاب: } مظفر، محمدرضا. (۱۴۲۸ق). المنطق، قم: مؤسسه النشر الاسلامی .

{ کتاب: } معرفت، محمد هادی. (بی تا). تعلیق و تحقیق عن أمهات مسائل القضاء، قم: چاپخانه مهر.

{ کتاب: } معلوف، لوئیس. (۱۳۸۹ش). المنجد فی اللغة، قم: ذوی القربی.

{ کتاب: } _____ (۱۳۸۰ش). المنجد فی اللغة، ج ۱، ترجمه بندرریگی، محمد، تهران: نشر ایران.

{ کتاب: } المغربي، أبی عبدالله محمد. (۱۴۲۹ق). مواهب الجلیل لشرح مختصر الخلیل، ج ۶، قاهره: شركة القدس.

{ کتاب: } مغنیه، محمدجواد. (۱۳۸۸ش). فقه الإمام جعفر الصادق(ع)، ج ۶، قم: مؤسسه انصاریان.

{ کتاب: } مکی عاملی، شمس الدین محمد (شهید اول). (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعیة، ج ۲، قم: اسلامی.

{ کتاب: } موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۴۳۰ق). تحریر الوسیله، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

{ کتاب: } موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا. (۱۴۱۳ق). کتاب القضاء، ج ۱، قم: دارالقرآن الکریم.

{ کتاب: } مؤمن، محمد. (۱۴۲۲ق). مبانی تحریر الوسیله (القضاء والشهادات)، تهران: مؤسسه تنظیم آثار امام خمینی(ره).

{ کتاب: } نجفی، محمد حسن. (۱۳۸۵ش). جواهر الکلام، ج ۴۰، تهران: دارالکتاب الاسلامیة.

{ کتاب: } نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۵ق). مستند الشیعه، ج ۱۷، قم: مؤسسه آل البيت.

{ مقاله: } جمالی شهر بابک، علیرضا. (۱۳۹۳ش). بررسی شرط طهارت مولد در تصدی منصب قضا از منظر فقه امامیه، مجله رسائل، ش ۱، ص ۷۶-۹۳.

{ مقاله: } روزنامه رسمی کشور، مجموعه قوانین سال ۱۳۱۵، بی جا، بی تا.

میانجی‌گری بین‌المللی در منازعات داخلی

آرمین حاجی آقایی*

چکیده

فراگیری جنگ‌های داخلی در عصر حاضر و در دهه‌ی اخیر، چگونگی حل و فصل این منازعات را مطرح می‌نماید که با توجه به وضعیت خاص این جنگ‌ها و آسیب‌های آن و احتمال عدم امکان اعمال سایر روش‌های حل و فصل اختلافات در این مورد با توجه به ویژگی‌های خاص آن، اهمیت موضوع میانجی‌گری بین‌المللی را چند برابر نموده است. در جنگ داخلی تاجیکستان و میانجی‌گری‌های به وجود آمده و همچنین قطعنامه‌ی شورای امنیت در خصوص بحران سوریه و تاکید بر میانجی‌گری در آن، یکی از اصلی‌ترین نشانه‌های ضرورت توجه به این موضوع می‌باشد.

در واقع یکی از مسائلی که امروزه مورد توجه جامعه جهانی قرار دارد، موضوع منازعات داخلی کشورها و یافتن راه‌حل مسالمت‌آمیز برای اختلافات داخلی است و استفاده از روش میانجی‌گری بین‌المللی در منازعات داخلی از جمله مهم‌ترین روش‌های مورد توجه جامعه جهانی است. لذا مقاله پیش‌رو با یاری جستن از روش تحلیلی - استنتاجی و به واسطه‌ی مطالعات کتابخانه‌ای در منابع موجود به بحث درباره چپستی و چرایی منازعات داخلی و ابعاد مختلف میانجی‌گری بین‌المللی در منازعات داخلی می‌پردازد.

واژگان کلیدی: منازعات داخلی، حل و فصل اختلافات، میانجی‌گری، میانجی.

* کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال، تهران، ایران.

مقدمه

میانجی‌گری به عنوان یکی از روش‌های حل و فصل اختلافات بین‌المللی سابقه‌ای طولانی دارد و سوابقی از آن را حتی در جوامع یونان قدیم، چین باستان و هند می‌توان یافت. همچنین میانجی‌گری در جوامع مسیحی اروپا، به دلیل نفوذ معنوی پاپ سابقه طولانی داشته است. اما میانجی‌گری به شکل کنونی و در قالب قراردادهای دوجانبه و چندجانبه از اواسط قرن نوزدهم رایج شد؛ مثلاً، در کنوانسیون ۱۸۵۶ پاریس، ماده‌ی ۲ مقرر می‌دارد: چنانچه اختلافی بین کشورهای امضاکننده (دولت عثمانی و دولت‌های اروپایی) رخ دهد، از طریق میانجی‌گری حل و فصل خواهند کرد.^۱

برخی از این اختلافات می‌تواند صلح و امنیت بین‌المللی را به خطر بیندازد و برای جلوگیری از خشونت، اشکات، سازمان‌های بین‌المللی در مناقشات داخلی وارد شدند و میانجی‌گری یکی از راه حل اختلافات بین‌المللی بود. هنگامی که برای حل و فصل اختلافات دو بازیگر بین‌المللی (معمولاً دو کشور) پیشنهاد میانجی‌گری می‌شود، طرفین منازعه بنا به مصالح خود در رد یا قبول پیشنهاد میانجی‌گری اتخاذ تصمیم می‌نمایند. اما هنگامی که در یک منازعه داخلی پیشنهاد میانجی‌گری می‌شود، اولین موضوعی که مطرح می‌شود مسأله حاکمیت دولت‌هاست. معمولاً در پیک منازعه داخلی یکی از طرفین منازعه دولت (حکومت) است که حاکمیت را از آن خود دانسته و پیشنهاد میانجی‌گری را با اصل حاکمیت دولت‌ها در تعارض می‌بیند و به همین دلیل پیشنهاد میانجی‌گری را نوعی مداخله در امور داخلی خود که معتقد است حوزه صلاحیت تامه اوست می‌بیند و فقط زمانی به پیشنهاد میانجی‌گری پاسخ مثبت می‌دهد، که مجبور باشد و این اجبار با اصل اختیاری بودن میانجی‌گری متعارض است و به عبارت دیگر میانجی‌گری بین‌المللی در منازعات داخلی یک نوع مداخله بین‌المللی است.

^۱ موسی‌زاده، رضا. (۱۳۷۶). حقوق بین‌الملل عمومی، تهران، وزارت امور خارجه، صص ۱۶۲-۱۶۳.

میانجی‌گری بین‌المللی

میانجی‌گری به معنای اقدام برای جلب توافق و تاثیرگذاری بر طرفین معارضه تعریف شده است و این خود مبین توانایی میانجی‌گر برای حل مشکلات، جلب نظر موافق طرفین درگیر در مناقشه و درک وضعیت‌های متفاوت می‌باشد. از این‌رو، می‌توان گفت که میانجی‌گری از انواع متعددی برخوردار است و به اندازه طرفین مختلف درگیر در مناقشه می‌تواند از تنوع و گوناگونی برخوردار باشد. به همین جهت است که رفتار و روش‌های میانجی در میزان موفقیت میانجی‌گری به عاملی مهم تبدیل می‌شود.

۱. میانجی‌گری فردی

شخصیت‌های میانجی‌ذی‌مدخل یا در سطح ظرفیت شخصی خود فعالیت می‌کنند و یا اینکه نمایندگان رسمی دولت‌های خود می‌باشند که در یک رشته تماس‌های متقابل بین مقامات عالی رتبه کشورهای طرف مناقشه به رایزنی می‌پردازند. دخالت شخصیت‌های رسمی معمولاً به دخالت‌های سیاسی منجر می‌گردد و در این رابطه نباید فراموش کرد که نتایج حاصل از حضور یک نماینده رسمی معمولاً محدود به آن خبرهایی نیست که صرفاً اعلام می‌گردد و تلاش ما نباید مصروف آن شود که این پدیده از چنین دیدگاهی ساده‌نگرانه بررسی شود. دیدارهایی وجود دارد که جز مشارکت‌کنندگان، کسی از جریان آنها مطلع نبوده و قادر به ارائه توضیح در مورد آنها نمی‌باشد.^۲ این میانجی‌گری به دو دسته فردی رسمی و غیررسمی تقسیم می‌شود.

۲. میانجی‌گری دولت‌ها

وقتی که یک دولت به میانجی‌گری در یک مناقشه دعوت می‌گردد یا خود رأساً نسبت به میانجی‌گری داوطلبانه اقدام می‌نماید، فرد کارآمدی را انتخاب می‌کند که تأمین‌کننده بیشترین اهداف مورد نظر باشد. میانجی‌گری بین‌المللی توسط چنین افرادی به عوامل ذیل بستگی دارد: الف) موقعیت شغلی افراد در کشور متبوع.

² Gérardine Meishan Goh, Dispute Settlement in International Space Law, leiden, Nijhoff publishers, 2007 at 96.

(ب) مهلت ارائه شده برای اخذ تصمیم.

(ج) منابع مختلف، توانایی‌ها و جهت‌گیری سیاسی کشورهای متبوع.

(د) میزان محدودیت‌های ناشی از اختلاف منابع در رفتارهای میانجی‌گرانه.

نمایندگان تمامی دولت‌ها به صورت رسمی در بدنه سیاست‌گذاری مشارکت دارند، اما کوشش آنها صرف آن می‌گردد که فراتر از حد و مرز نمایندگی رسمی خود و تلاش در جهت حفظ تساوی حقوق، عمل نمایند. اصولاً جای تعجب دارد که به میزان و حدود تأثیرات ژرف منابع در تحمیل میانجی‌گری، چگونگی آن و یا در واقع به انتخاب منازعه پرداخته شود. ولی در این خصوص که آیا چنین اختلافاتی مهم می‌باشند یا با توجه به بافت رسمی میانجی‌گری می‌توانند نادیده گرفته شوند، عقیده بر آن است که این اختلافات میزان موفقیت میانجی‌گری را تحت تأثیر قرار می‌دهند و باید در سطوح وسیع‌تری مورد بحث قرار گیرند. دولت‌های بزرگ صرفاً به دلایل بشردوستانه به میانجی‌گری دست نمی‌زنند، بلکه همراه با انگیزه‌های بشردوستانه، اهداف سیاسی نیز دنبال می‌کنند.^۳

۳. میانجی‌گری موسسات و سازمان‌ها

قدرت‌های بزرگ نیز در بسیاری از موضوعات بیشتر تمایل دارند که نقش خود را در چارچوب نهادهای فراملی ایفا نمایند. در نتیجه، ما شاهد پدیده رشد بازیگران بین‌المللی، فراملی و غیردولتی می‌باشیم که تمامی آنها بر موضوعاتی مانند، جنگ و صلح، آگاهی و مسئولیت، محیط زیست و ادامه حیات اثرگذار می‌باشند. سیستم‌های اجرایی عملیاتی فراملی در ارائه بعضی از خدمات بهتر از دولت‌ها عمل می‌کنند و همچنین در نظام جدید بین‌المللی به منظور حفظ مؤسسات خود در ارائه راه‌حل‌های منتهی به صلح شرکت فعالانه داشته‌اند. معمولاً حساسیت سیاسی طرف‌های مناقشه در رابطه با سازمان‌های فراملی کمتر از دولت‌های ملی می‌باشد و این عامل می‌تواند موجبات کارآمدی بیشتر این سازمان‌ها را برای فعال شدن در حل و فصل

^۳ صباغیان، علی. (۱۳۷۶). نقش میانجی‌گری در حل و فصل اختلافات بین‌المللی، وزارت امور خارجه، مؤسسه چاپ و انتشارات، ص ۴۵.

میانجی‌گری بین‌المللی در منازعات داخلی / حاجی آقایی ۶۹

مناقشات بین‌المللی فراهم سازد. دو معیار مهم و گسترده ارزیابی یعنی معیارهای ذهنی و عینی برای دستیابی به نتایج حاصل از هرگونه میانجی‌گری بین‌المللی پیشنهاد شده‌اند.^۴ معیارهای ذهنی بخشی از واقعیت است که باید در ارزیابی میانجی‌گری مورد توجه قرار گیرند. این معیارها معمولاً از طریق تجربی قابل دستیابی نیستند و به طرفین درگیر و یا انتظارات میانجی‌گری از میزان موفقیت در رسیدن به اهداف تعیین شده بستگی دارند. اهداف میانجی‌گری شامل انتظاراتی می‌شود که از فرآیند میانجی‌گری و نتیجه آن وجود دارد. از این لحاظ می‌توان ارزیابی موفقیت در میانجی‌گری را به میزان رضایت طرفین مناقشه طی مراحل میانجی‌گری یا نتیجه آن منوط نمود و یا اینکه اظهارنظر هر یک از طرفین یا هر دو طرف مناقشه در مورد حفظ بی‌طرفی، کارایی و یا مؤثر بودن میانجی‌گری را ملاک قرار داد.^۵ معیارهای عینی نمایانگر تصویر کلی دیگری برای ارزیابی نتایج میانجی‌گری می‌باشد و این اجازه را به ما خواهند داد تا رفتار طرفین مناقشه در خاتمه میانجی‌گری مورد آزمایش قرار گیرد و میزان تغییرات به وجود آمده تعیین گردد. بنابراین، امکان ارزیابی کوشش‌های میانجی‌گرانه به وجود خواهد آمد. در صورتی که طرفین مناقشه کماکان مناقشات قبلی خود را ادامه دهند، این امر بیانگر شکست عمل میانجی‌گری است، حال آنکه اگر کوشش‌های به عمل آمده منجر به آن شود که رفتار خصمانه طرفین مناقشه متوقف شود و باب مذاکره و گفتگو بین آنها باز شود، این امر نمایانگر موفقیت میانجی‌گری می‌باشد.

انگیزه‌های متعددی برای میانجی‌گری وجود دارد. کریستوفر میشل در یک تقسیم‌بندی کلی معتقد است، انگیزه‌های میانجی‌گری می‌تواند فردی (مانند نوع دوستی و سود مادی) یا نهادی (مانند نقش سازمان ملل، پرستیژ یک دولت) باشند.

^۴ همان، صص ۲-۳.

^۵ فریدی عراقی، عبدالحمید. (۱۳۶۹). روش‌های مسالمت‌آمیز حل و فصل اختلافات بین‌المللی، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی، ص ۴۱.

در تمام موارد، میانجی از به عهده گرفتن این نقش سود می‌برد؛ این منفعت یا در فرایند میانجی‌گری نصیب او می‌شود (مانند بالارفتن شأن و حیثیت او) و یا در نتیجه میانجی‌گری حاصل می‌آید (مانند پیشبرد منافع امنیتی).

نقش میانجی در منازعات داخلی

نقش میانجی از ابعاد مختلف قابل بررسی می‌باشد و از هر منظر که به این فعالیت بنگریم اهمیت آن بیشتر نمایان می‌گردد. برخی از محققین نظیر آرتورمایر، از کارشناسان میانجی‌گری، بر جنبه‌های منحصر به فرد نقش میانجی و داشتن ابتکار لازم در مواقع حساس تأکید می‌کند و می‌گوید: «وظیفه میانجی وظیفه ساده‌ای نیست، وی همانند فردی است که کشتیرانی می‌کند و محدوده کارش به روشنی قابل تشخیص نیست. او از علم دریانوردی آگاه نیست و از تجربیات گذشتگان نیاموخته است. او هنرمندی است که حداکثر چند ستاره راهنما دارد و متکی به قدرت پیش بینی شخصی خویش می‌باشد.»^۶

ویلیام سیمکین، یکی از کارورزان در زمینه میانجی‌گری معتقد است که: «متغیرهای میانجی‌گری آنقدر گوناگون هستند که بنظر می‌رسد تشریح نمونه رفتاری یک میانجی با توجه به توالی زمان، بکار بردن و یا نبردن اقدامات نظری گوناگون و قابل دسترس، تلاشی بیهوده باشد. نامعلوم بودن و استثنایی بودن میانجی‌گری مانند شبیحی عمل می‌کند که مدت مدیدی است که ما را غافلگیر نموده است، آگاهی اندکی در این مورد که چگونه می‌توان بنحو احسن میانجی‌گری را مطالعه نمود، وجود دارد. اما خوشبختانه اتفاق نظر قابل توجهی در این زمینه که این شیخ خاص باید مورد مطالعه قرار گیرد، وجود دارد.»^۷ همه میانجی‌ها در ظاهر با انگیزه‌های انسان‌دوستانه و صلح‌خواهانه وارد مناقشات می‌شود و به تلاش برای کاهش یا حل و فصل اختلافات می‌پردازند.

^۶ Arthur Meyer, 1980, "Functions of Mediator in Collective Bargaining", Industrial and Labor Relations Review, Vol. 13, No.2, P.161.

^۷ William Simkin, "Mediation and The Dynamics of Collective Bargaining" (Washington, D.C. : Bureau of National Affairs, 1971), P. 118.

میانجی‌گری بین‌المللی در منازعات داخلی / حاجی آقایی ۷۱

در ورای اهداف بشردوستانه، معمولاً اهداف دیگری نیز مدنظر می‌باشد. انگیزه و اهدافی که دولت‌ها از میانجی‌گری دنبال می‌کنند بیش از شخصیت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی می‌باشد. در اختلافات بین‌المللی دولت‌ها هنگامی میانجی‌گری می‌کنند که بخواهند خطری را از خود دور کنند یا برای خود سهم و نفوذی کسب نمایند. لزوماً این سهم مادی نیست بلکه می‌تواند دست‌آوردی غیرمادی مانند کسب اعتبار باشد. بازیگران سیاسی از جمله افراد، می‌توانند به علل زیر مبتکر میانجی‌گری باشند.

الف) دریافت دستور مشخص برای دخالت در مناقشه، به عنوان نمونه دریافت دستور از سوی سازمان ملل.^۸

ب) تمایل احتمالی به انجام فعالیت‌هایی در رابطه با پایان دادن به مناقشه‌ای که ادامه آن مضر بر ضد منافع سیاسی میانجی باشد.

ج) ممکن است مستقیماً از جانب یک طرف یا دو طرف مناقشه در خواست میانجی‌گری صورت گرفته شده باشد.

د) حفاظت از ساختاری که دولت مداخله‌گر عضو آن محسوب می‌گردد. (مانند میانجی‌گری مکرر ایالات متحده آمریکا بین یونان و ترکیه، که اعضای ناتو می‌باشند)

هـ) استفاده از میانجی‌گری به منظور گسترش و ارتقاء میزان نفوذ در طرفین مناقشه، یا یک طرف مناقشه.^۹

میانجی‌ها مانند دیگر بازیگران سیاسی درگیر در میانجی‌گری هزینه‌هایی را متقبل می‌شوند و معمولاً در قبال آن انتظار کسب منافع را دارند. از نقطه نظر میانجی‌گری شخصیت‌های غیررسمی، انگیزه‌های میانجی برای دخالت در موضوع می‌تواند شامل موارد زیر باشد:
الف) علاقه به مفید واقع شدن در ایجاد تغییر در زمینه یک مناقشه دراز مدت.

^۸ بعنوان مثال اساسنامه اتحادیه عرب و سازمان اتحادیه آفریقا و سازمان کشورهای آمریکایی، که دارای دستورالعمل مشخص و روش در زمینه میانجی‌گری اعضاء در مناقشات منطقه‌ای می‌باشند.

^۹ واعظی، محمود. (۱۳۸۴). مبانی نظری میانجی‌گری در مناقشات بین‌المللی، فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی، سال اول، شماره ۲، ص ۳۲.

۷۲ دوفصلنامه دانش پژوهان / شماره ۷۰ / ویژه نامه حقوق / صص ۶۵-۸۹

(ب) علاقه به نظارت، بررسی، و تاثیر گذاری بر یک معارضه واقعی بین المللی.

(ج) تمایل به دستیابی برای ایجاد ارتباط با رهبران سیاسی.

(د) تمایل به بکارگیری مجموعه‌ای از ایده‌های ارائه شده در رابطه با مدیریت بحران و مباحثه در بعضی زمینه‌ها.

(ه) تمایل به بسط افکار فردی و پیشرو، مواضع فردی یا زمینه‌های حرفه‌ای.^{۱۰}

بی نتیجه بودن اکثر جنگ‌ها، هزینه‌های بسیار زیاد آن و از همه مهم‌تر ترس از شروع یک جنگ هسته‌ای و ... دولت‌ها را وادار کرده است، تا اختلافات مابین خود را از طریق دیگری غیر از جنگ، حل و فصل نمایند. وقتی یکی اختلاف بین المللی بوجود می‌آید، شخصیت‌های رسمی و غیررسمی، دولت‌ها، سازمان‌های منطقه‌ای و بین المللی برای حل این اختلاف قدم پیش می‌گذارند و یا بدان دعوت می‌شوند.

میانجی‌گری فن پیچیده‌ای است که متکی به مجموعه‌ای از عوامل به هم پیوسته می‌باشد، آرایش و در کنار هم قرار دادن این عوامل، ساختار روند میانجی‌گری را شکل می‌دهد. به دلیل اهمیت میانجی‌گری در حل و فصل اختلافات بین کشورها، سازمان‌های منطقه‌ای و بین المللی که به منظور حفظ صلح و امنیت بین المللی تشکیل شده‌اند، براین مساله تأکید زیادی دارند. بنابراین، این سازمان‌ها، کمیته‌ها و کمیسیون‌های موقت و دائمی میانجی‌گری را ایجاد کرده‌اند، تا به هنگام بروز اختلافات، وارد عمل شوند.^{۱۱}

میانجی‌گری جمعی به عنوان الگویی کارآمد در منازعات داخلی

در سال‌های اخیر استفاده از روش‌های مرسوم میانجی‌گری برای حل بحران‌ها و جنگ‌های داخلی همراه با توفیق کامل نبوده است، ضمن اینکه اثرات جانبی برخی از آنها را برای کاهش تشنج نمی‌توان نادیده گرفت.

^{۱۰} همان، ص ۳۲.

^{۱۱} صباغیان، علی. (۱۳۸۷). نقش میانجی‌گری در حل و فصل اختلافات بین المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته‌ی معارف اسلامی و علوم سیاسی، استاد راهنما: هوشنگ مقتدر، دانشگاه امام صادق(ع).

میانجی‌گری بین المللی در منازعات داخلی / حاجی آقایی ۷۳

میانجی‌گری به ویژه در مرحله‌ای مهم است که دست کم برخی از طرف‌های کشمکش پذیرند که پیگیری کشمکش احتمالاً اهداف آنها را تأمین نخواهد کرد. برای مثال میانجی‌گری جمهوری اسلامی ایران در مناقشه قره‌باغ به دلیل رقابت میانجی‌ها با یکدیگر به صلح منجر نشد، اما برخلاف تجربه مناقشه قره‌باغ، تجربه به دست آمده از میانجی‌گری موفق در مناقشه تاجیکستان را که به تدریج بر حسب نیاز و شرایط حاکم بر مناقشه و منطقه کامل شد می‌توان به عنوان الگویی جدید در حل و فصل مناقشات منطقه‌ای معرفی کرد. در عصر حاضر نیز به نظر می‌رسد که بهترین طریق برای حل و فصل اختلافات در جنگ‌های داخلی همچون سوریه، بهره‌برداری از همین مسیر باشد که در این راستا سازمان ملل بارها افرادی را برای میانجی‌گری در آن منازعات مقرر نموده است. البته نهادهای دیگری نیز در این میانجی‌گری‌ها می‌توانند مفید باشند که عوامل دخیل بر حسب امکانات و نفوذ خود هر کدام نقش ویژه‌ای را در این مجموعه ایفا می‌کنند که به طور اختصار به آنها اشاره می‌شود:

* سازمان ملل: از طریق نماینده دبیر کل به عنوان هماهنگ کننده و در نهایت به عنوان تضمین کننده بین المللی.

* سازمان‌های امدادی: عهده‌دار نقش اجرای توافقات در شرایط حساس و بحرانی.

* کشورهای منطقه: تسهیل کننده روند مذاکرات و ارائه تسهیلات؛ کشورهای منطقه نیز بر حسب نفوذ خود و نگرانی از تبعات سوء گسترش بحران در منطقه و ایجاد ناامنی و با توجه به توان خود ایفای نقش می‌کنند. میانجی‌گری زمانی با موفقیت قرین می‌شود که با استراتژی تعریف شده‌ای برای پیشبرد مذاکرات توسط میانجی‌ها همراه باشد. مذاکرات صلح تاجیکستان فراز و نشیب‌های فراوانی داشت، به طوری که چندین بار با بن‌بست مواجه شد. حضور کشورهای مختلف در میانجی‌گری موجب شد که هر یک از کشورها با هماهنگی با نماینده دبیر کل و دیگر کشورهای دخیل و با استفاده از نفوذ و توان خود برای از سرگیری مذاکرات ابتکاری جدید داشته باشند.

این راه دشوار و طولانی با استفاده از راهکارهای مختلف توسط هر یک از عناصر دخیل در میانجی‌گری پیموده شد و به صلح منجر گردید. مهم‌ترین شیوه‌ها و روش‌های استفاده شده در این مذاکرات تحت عنوان استراتژی مذاکرات در میانجی‌گری جمعی قابل ارائه می‌باشند. این شیوه‌ها و روش‌ها در انواع دیگر میانجی‌گری‌ها کارآیی دارد، اما در میانجی‌گری جمعی به دلیل حضور بازیگران متعدد و هماهنگ کارآیی بیشتری دارد.

* شروع مذاکرات از موضوعاتی که توافق بر سر آنها آسان‌تر است؛

* تفهیم منافع مشترک به طرفین؛

* از طرفین خواسته شود که انعطاف داشته باشند؛

* برقراری نوعی توازن در گروه‌های درگیر؛

* جلب اعتماد و اطمینان دو طرف؛

* اجتناب از حمایت یک طرفه؛

* آگاهی از موانع و منافع طرفین؛

* شناخت صحیح از وضعیت و آگاهی از مشکلات مناقشه؛

* داشتن ابتکار برای بیرون آوردن مذاکرات از بن‌بست و ارائه پیشنهادهای سازنده؛

* حوصله داشتن و احساس خستگی نکردن در مواجه شدن با مشکلات؛

* تعدیل درخواست‌ها به نحوی که معقول جلوه کنند، بدون آنکه از نظر محتوایی تغییر کنند؛

* تنظیم ملاقات‌های خصوصی بین دو طرف در رده‌های مختلف به ویژه در سطح رهبران؛

* توافقات مرحله به مرحله در اسنادی که به امضای طرفین رسانده شود؛

* ارائه ارزیابی‌های مثبت از پیشرفت مذاکرات و امیدواری به آینده.^{۱۲}

یکی از میانجی‌گری‌های سازمان ملل، میانجی‌گری در بحران قره باغ است. سازمان ملل متحد پس از جنگ جهانی دوم با هدف حفظ صلح و امنیت بین‌المللی، توسعه روابط دوستانه و

^{۱۲} واعظی، محمود. (۱۳۸۶). میانجی‌گری در مناقشات بین‌المللی: الگوی میانجی‌گری جمهوری اسلامی ایران در بحران

قره‌باغ و تاجیکستان، مرکز تحقیقات استراتژیک.

میانجی‌گری بین‌المللی در منازعات داخلی / حاجی آقایی ۷۵

تأمین همکاری بین‌المللی ایجاد شد. روی همین اصل، این حق برای سازمان ملل محفوظ است که در صورت بروز اختلاف و مناقشه میان دو دولت نسبت به حل آن در جهت تحقق صلح اقدام نماید.

در مورد مراحل ایجاد بحران قره باغ یعنی از سال ۱۹۸۸ تا ۱۹۹۱ که جمهوری آذربایجان و ارمنستان هنوز جزئی از اتحاد جماهیر شوروی بودند، سازمان ملل آنچنان حق دخالت مستقیم در امور داخلی شوروی را نداشت. اما وقتی که طرفین بعد از اعلان استقلال به عضویت رسمی سازمان ملل در آمدند، مناقشه میان آنها می‌توانست از طریق سازمان ملل بررسی شده و راهی به سوی صلح پیدا کند. بدین ترتیب، متعاقب درخواست آذربایجان و ترکیه از سازمان ملل برای رسیدگی به تجاوزات ارمنی‌ها به خاک جمهوری آذربایجان، سازمان ملل برای نخستین بار با اظهارات رئیس شورای امنیت در ۲۹ ژوئیه و ۶ آوریل ۱۹۹۳ در مورد مناقشه قره باغ و گزارش دبیرکل سازمان ملل در ۱۴ آوریل ۱۹۹۳ از مناقشه قره باغ و وخیم شدن اوضاع منطقه و روابط بین آذربایجان و ارمنستان به شورای امنیت وارد روند مدیریت و حل بحران قره باغ شد.^{۱۳}

اگرچه قطعنامه‌های شورای امنیت سازمان ملل درباره قره باغ، از یک طرف بر لزوم احترام به تمامیت سرزمینی آذربایجان، شناسایی تلویحی ارمنستان به عنوان یکی از طرف‌های درگیر در منطقه و لزوم تخلیه بدون قید و شرط سرزمین‌های اشغالی جمهوری آذربایجان از طرف ارمنه تأکید دارد، اما از طرف دیگر در تمام قطعنامه‌ها از معرفی رسمی ارمنستان به عنوان کشور مهاجم و اتخاذ تدابیر محکم در مقابل نقض رسمی قطعنامه‌ها از سوی ارمنستان در جهت تخلیه و عقب نشینی از سرزمین‌های اشغالی اجتناب شده است یا به نوعی عملاً بر تجاوز ارمنستان به تمامیت ارضی جمهوری آذربایجان سرپوش گذاشته است. علاوه بر این، ادبیات نرم و فقدان ضمانت اجرایی بزرگترین نقطه ضعف این قطعنامه‌ها است که باعث شده است، تلاش‌های میانجی‌گری سازمان ملل بعد از گذشت سال‌ها از شروع بحران قره باغ هیچ

¹³ UN Security Council, (1993), «security council resolution» -874, Available at: <http://daccess-ddsy.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/557/41/PDF/N9355741.pdf?OpenElement>.

توفیقی در حل بحران یا حداقل در خروج ارمنی‌ها از مناطق اشغالی خارج از قره باغ نداشته باشد.^{۱۴} از دیگر میانجی‌گری‌های سازمان ملل در خصوص بحران لیبی است. خشونت و کشتار گسترده غیرنظامیان در لیبی، به دخالت سازمانهای بین‌المللی و بویژه سازمان ملل متحد انجامید. شورای امنیت در فوریه ۲۰۱۱ بر پایه ماده‌ی ۴۱ فصل هفتم منشور سازمان ملل متحد قطعنامه ۱۹۷۰ و در ۱۷ مارس ۲۰۱۱ بر پایه ماده‌ی ۴۲ همان فصل، قطعنامه ۱۹۷۳ را صادر کرد و با دخالت نظامی در لیبی، به حکومت معمر قذافی پایان بخشید. گرچه در زمینه شیوه برخورد با معمر قذافی، در آغاز کار میان اعضای ثابت شورای امنیت اتفاق نظر وجود نداشت، اما حمله‌های هوایی ارتش لیبی به غیرنظامیان و شهروندان بی‌دفاع، ضرورت اجرای طرح ممنوعیت پرواز بر فراز آسمان لیبی را آشکارتر کرد. برای نخستین بار شورای حقوق بشر، که نهادی نوپا بود، در ۲۵ فوریه ۲۰۱۱ در نشست ویژه خود با تعلیق عضویت لیبی و تشکیل یک کمیسیون حقیقت‌یاب برای اثبات نقض گسترده حقوق بشر در لیبی، زمینه را برای ورود شورای امنیت به مسئله لیبی فراهم کرد.

در همین راستا، سازمان ملل متحد سرکوب شهروندان معترض به دست نیروهای دولتی لیبی را محکوم کرد و خواهان پایان گرفتن خشونت‌ها در آن کشور شد. شورای امنیت سازمان ملل هم به سرعت برضد قذافی دست به کار شد و قطعنامه‌ای برای وارد شدن فشار بر لیبی به رأی گذاشت ۱۵ شورای امنیت سازمان ملل متحد قطعنامه‌های زیر را در مورد لیبی صادر کرد:

الف) قطعنامه ۱۹۷۰: بحران لیبی، به عللی چند از جمله وجود منابع استراتژیک انرژی در آن کشور، از موارد نادری بود که از آغاز تا پایان با واکنش سریع و قاطع شورای امنیت روبه‌رو شد.

^{۱۴} ولی قلی زاده، علی. (۱۳۹۱). بررسی و تحلیل ماهیت میانجی‌گری بین‌المللی در بحران ژئوپلیتیک قره باغ، فصلنامه آسیای مرکزی و قفقاز، ش ۷۹.

^{۱۵} علایی، حسین. (۱۳۹۱). نقش شورای امنیت سازمان ملل در فروپاشی نظام قذافی، راهبرد، س ۲۱، ش ۶۳، ص

میانجی‌گری بین‌المللی در منازعات داخلی / حاجی آقای ۷۷

چنانکه گفته شد، شورای امنیت با توجه به خشونت گسترده دولت لیبی در برابر مخالفان و معترضان، بر پایه ماده‌ی ۴۱ فصل هفتم منشور و به اتفاق آراء، قطعنامه ۱۹۷۰ را که شالوده قطعنامه‌های بعدی شورا قرار گرفت، تصویب کرد. این قطعنامه به‌گونه‌ای بی‌سابقه بر نظریه «مسئولیت پشتیبانی» تأکید کرد و یادآور شد که دولت لیبی موظف است از شهروندان خود پشتیبانی کند و چون به این وظیفه عمل نمی‌کند، جامعه بین‌المللی مسئولیت دارد که در این زمینه دست به کار شود. محورهای اصلی قطعنامه چند مورد و مهم‌ترین آنها ارجاع قضیه لیبی به دیوان بین‌المللی کیفری (ICC) بود.^{۱۶}

ب) قطعنامه ۱۹۷۳: از آنجا که قطعنامه ۱۹۷۰ شورای امنیت سازمان ملل متحد مانع خشونت‌ها و خونریزی‌ها در لیبی نشد، شورای امنیت در نشست ۶۴۹۸ خود در ۱۷ مار ۲۰۱۱/۲۷ اسفند ۱۳۸۹، بر پایه ماده‌ی ۴۲ فصل هفتم منشور ملل متحد قطعنامه ۱۹۷۳ را در زمینه ممنوعیت پرواز بر فراز لیبی، تصویب کرد. این قطعنامه که با رأی ممتنع چین، روسیه، برزیل، هند و آلمان تصویب شد، دارای یک مقدمه، متنی ۲۹ ماده‌ای و دو پیوست (تحریم مسافرتی و مالی هفت‌تن از مسئولان لیبیایی) بود.

قطعنامه ۱۹۷۳ شورای امنیت در هشت صفحه تنظیم شده بود. در پی تصویب این قطعنامه و فراخوان شورای امنیت، ایالات متحده آمریکا، فرانسه، انگلیس، کانادا، بلژیک، دانمارک، ایتالیا، یونان، هلند، نروژ، رومانی، اسپانیا، ترکیه، امارات عربی متحده و قطر، نیروهای نظامی خود را به لیبی گسیل کردند. در هفته نخست، فرماندهی این عملیات میان آمریکا و فرانسه تعارف می‌شد اما سرانجام ناتو این مسئولیت را عهده‌دار شد.^{۱۷}

^{۱۶} زینی‌وند، علی. (۱۳۹۱). بازخوانی نقش شورای امنیت در تحولات لیبی، (تاریخ انتشار: ۳۰ فروردین ۱۳۹۱)، قابل دسترسی در: <http://www.shia-news.com/fa/news/34063/>

^{۱۷} همان، ص ۵-۶

مطالعه موردی میانجی در منازعات داخلی (بحران سوریه)

تردید نیست که یکی از بدترین فجایع انسانی بعد از جنگ جهانی دوم، بحران سوریه به شمار می‌رود. به استناد کمیساریای عالی پناهندگان (UNHCR) از زمان آغاز بحران سوریه در سال ۲۰۱۱ تا میانه‌ی سال ۲۰۱۶ از ۲۲ میلیون سوری بیش از ۲۵۰ هزار نفر کشته و ۱۳ میلیون و ۵۰۰ هزار نفر مجبور به ترک خانه‌های خود شدند، و از این میان، چیزی نزدیک به ۶ میلیون و ۳۰۰ هزار نفر به عنوان پناهجو در سایر کشورها زندگی می‌کنند.^{۱۸} بدین سبب برخی کشورها و سازمان‌های بین‌المللی، از بسیاری روش‌ها بهره گرفتند تا با اهداف متفاوت، جنگ را خاتمه دهند و یا از خسارات و تلفات انسانی این بحران بکاهند. یکی از مهم‌ترین این روش‌ها که از همان سال‌های آغازین جنگ مورد توجه و استفاده قرار گرفت، میانجی‌گری بود.

به طور کلی میانجی‌گری روشی رایج برای کاهش مناقشات است که یک یا چند دولت، سازمان بین‌المللی یا یک شخص برجسته ثالث و بی طرف، پیشنهادهاتی را ارائه می‌کند، که طرفین درگیر برای پذیرش یا عدم پذیرش آن پیشنهادهات اختیار دارند. تجربه ثابت کرده است که اگر میانجی‌گری با توجه به اصول ذکر شده به درستی صورت گیرد، روش کارآمدی خواهد بود اما میانجی‌های صورت گرفته در بحران سوریه بدلیل موانع و مشکلات موجود، تاکنون هیچ یک راه به جایی نبرده‌اند. بعنوان نمونه می‌توان به میانجی‌گری اتحادیه عرب و سازمان ملل اشاره کرد که همگی با شکست مواجه شدند. به نظر می‌رسد حضور در این میدان سخت به مأموریتی ناممکن بدل شده است. در ادامه به میانجی‌گری اتحادیه عرب و سازمان ملل می‌پردازیم.

۱. میانجی‌گری اتحادیه عرب

اولین اقدام جدی برای میانجی‌گری در بحران سوریه توسط اتحادیه عرب صورت گرفت. چند ماه پس از شروع درگیری در بهار ۲۰۱۱، «نبیل العربی» دبیرکل وقت اتحادیه عرب برای میانجی‌گری و تنش‌زدایی به سوریه اعزام شد.

^{۱۸} نقی پورفر، فاطمه. (۱۳۹۶). میانجی‌گری در سوریه؛ بررسی چهار تلاش ناکام، اندیشکده راهبردی تبیین.

میانجی‌گری بین المللی در منازعات داخلی / حاجی آقایی ۷۹

با وجود اینکه اتحادیه عرب تحت سلطه عربستان سعودی و قطر (کشورهای حامی مخالفان بشار اسد) قرار داشت، دولت سوریه با آغوش باز میانجی‌گری را پذیرفت. نبیل العربی در طول مدت پنج ماه فعالیت خود به عنوان میانجی چندین بار با بشار اسد رئیس‌جمهور سوریه دیدار کرد، حداقل سه بار نمایندگان معارضین را پذیرفت، با کشورهای منطقه مشورت کرد. در نهایت نتیجه این مذاکرات در چارچوب یک طرح پیشنهادی ارائه شد. مهم‌ترین مواد پیشنهادی اتحادیه عرب عبارت بود از: آتش بس کامل طرفین، خروج ارتش از شهرها و برپایی گفت‌وگو میان دولت و مخالفان و آزادی تمامی زندانیان و افراد بازداشت شده و بالاخره امکان ورود گروه‌های ناظر از طرف اتحادیه عرب و نمایندگان رسانه‌های خارجی به هر منطقه‌ای از سوریه.^{۱۹} علی‌رغم پذیرش و عملیاتی شدن برخی از بندهای این طرح از سوی دولت سوریه، اتحادیه عرب تحت فشار دول عربستان سعودی و قطر به بهانه عملی نشدن برخی مواد طرح پیشنهادی، در تاریخ ۲۷ نوامبر ۲۰۱۱ عضویت سوریه در اتحادیه عرب را لغو کرد.

اتحادیه فشارها را افزایش داد و در پنج محور اقتصادی تحریم‌هایی علیه سوریه وضع نمود. این پنج محور مشتمل بر این موارد بود: «مسافرت، حواله‌های بانکی و بلوکه کردن اموال سوریه در کشورهای عربی به همراه توقف طرح‌های مشترک و تعاملات بازرگانی و تعلیق عضویت دمشق در منطقه تجارت آزاد عرب. دو سال بعد اتحادیه عرب در اقدامی عجیب، کرسی سوریه در این سازمان را به معارضین واگذار کرد. فشارهای اتحادیه عرب علیه سوریه سرآغاز شکست میانجی‌گری این سازمان بود. فشارهای عربستان و قطر به اتحادیه برای تحمیل شرایط سخت‌تر به بشار اسد، منجر شد در تاریخ ۲۸ ژانویه ۲۰۱۲ مأموریت اتحادیه عرب در این خصوص پایان یابد.^{۲۰} شکست اتحادیه عرب در این مأموریت با توجه به عدم رعایت اصول اساسی روش میانجی‌گری یعنی بی‌طرفی میانجی و اختیاری بودن طرح‌های پیشنهادی آن، سبب پدید آمدن دو مشکل لاینحل در بحران سوریه شد.

¹⁹ <http://www.entekhab.ir/fa/news/43378>.

²⁰ اسلام تایمز. (۱۳۹۶). میانجی‌گری در سوریه؛ بررسی چهار تلاش ناکام، قابل دسترسی در: <http://islamtimes.org/fa/doc/article//664859>

اول اینکه معضل سوریه که می‌توانست به عنوان یک مسئله داخلی و نهایتاً منطقه‌ای حل شود به یک بحران بین‌المللی تبدیل شد. مشکل اساسی دیگر این بود که معارضین و همچنین گروه‌های تروریستی، پشتیبان‌های بین‌المللی برای خود یافتند که منجر به ایجاد یک جبهه علیه دولت سوریه شد؛ جبهه‌ای قدرتمند که توان تحریم و تحت فشار قرار دادن دولت اسد را داشت. بنابراین گزینه مصالحه و مذاکره دیگر در تفکر این جبهه جایی ندارد و تنها به پیشبرد منافع خودش می‌اندیشد.^{۲۱}

۲. میانجگری سازمان ملل

سازمان ملل نقش فعال و یا سازنده‌ای در تحولات چند سال اخیر منطقه ایفا نکرده است. مهم‌ترین دلیل این عدم کارایی را باید در اختلاف‌های اساسی موجود میان اعضا در خصوص نوع نگاهی که به تحولات دارند جست‌وجو کرد. مثلاً در بحران لیبی، سازمان ملل متحد عملیات نظامی علیه این کشور را مورد پذیرش قرار داد که بر اثر آن شرایط برای سقوط زود هنگام قذافی فراهم شد. این مسئله روسیه را در موضع غافل‌گیری قرار داد. اما این موضوع در رابطه با سوریه معنای چندانی پیدا نکرد و به همین دلیل آمریکایی‌ها نتوانستند قطع‌نامه‌ای را در خصوص دخالت نظامی در این کشور از سوی شورای امنیت سازمان ملل صادر کنند. البته در سایر موارد نیز به دلیل برخی مسائل و مشکلات، شورای امنیت نتوانست اقدام خاصی که حاکی از نقش یکپارچه این نهاد باشد انجام دهد.

مسائل پیرامون سوریه، صرفاً داغ انتقادات کهنه از شورای امنیت را تازه کرد. انتقادات قدیمی دوباره مطرح شدند، نطق‌های آتشین و محکومیت‌های سیاسی و اعتراض «دادگاه افکار عمومی» متوجه شورای امنیت، ساختار و عملکرد آن شد و دوباره فرونشست تا بروز بحران بشردوستانه بعدی که اجساد زنان و کودکان، رنج و محنت آدمیان و واقعیات تلخ سیاست مجدداً شورای امنیت را در مرکز توجه قرار دهد و مجدداً بحث ناتوانی شورا، انتقادات از آن و ... به راه بیفتد.

^{۲۱} همان.

میانجی‌گری بین‌المللی در منازعات داخلی/ حاجی آقایی ۸۱

در مورد موضوع سوریه، با اذعان به وخامت اوضاع بشردوستانه در آن، باید گفت که چون این مسئله در مرکز توجه سیاست بین‌المللی و قدرت‌های جهانی قرار دارد به موضوع انتقاد از شورای امنیت تبدیل شده است.

فهرست طولانی از برخوردهای دوگانه و ضعف شورای امنیت وجود دارد که به حق آن را در معرض انتقاد قرار می‌دهد اما در ازای آن باید به نقش کلیدی آن در ایجاد محدودیت برای قدرت‌های جهانی، و حفظ صلح و امنیت بین‌المللی نیز اشاره داشت. زمینه و امکان تغییر و تقویت این نهاد برای بهبود نقش‌آفرینی آن وجود دارد، اما چشم‌اندازی برای تبلور اراده سیاسی در میان قدرت‌های عضو شورا وجود ندارد. البته مگر اینکه اراده سیاسی را صرفاً در نطق‌ها و گزارش‌ها خلاصه کرد. در مورد حق وتو در بحران‌های حقوق بشری و منع استفاده از آن نیز باید گفت با وجود اینکه می‌تواند مفید واقع شود اما باید توجه داشت که به عنوان مثال، استفاده روسیه و چین از وتو در مورد مداخلات بشردوستانه ناشی از اختلاف کلان‌تر در رویکرد و گفتمان آنان با کشورهای غربی در قبال مسئله حاکمیت، حقوق بشر و هم‌چنین تأکید آنان نسبت به برخورد دوگانه غرب با بحران‌های بشردوستانه و یا نیت آنان است. تا این اختلافات و این مسائل حل نشده باقی بمانند، چنین تغییراتی نیز بعید می‌رسند چرا که خود این تغییرات نیازمند رای مثبت اعضای دائم شورا است. اصلاحات در شورای امنیت، تابع معادلات قدرت و سیاست جهانی است. علیرغم تمامی باورها، آلام انسانی و بحران‌های بشری تنها گاهی می‌توانند در ذات سیاست و منفعت محوری قدرت‌ها تغییر ایجاد نمایند.^{۲۲}

در سوریه دو ابرقدرت آمریکا و روسیه مقابل هم ایستاده‌اند و همپیمانان و متحدان دو طرف نیز در این صف آرایبی شرکت دارند. یعنی عربستان، قطر و ترکیه در ائتلاف آمریکا قرار دارند و ایران، سوریه و حزب الله نیز در جبهه روسیه قرار گرفته‌اند. از سوی دیگر مسئله تروریسم نیز قرار دارد. در سوریه گروه‌های تروریستی حضور دارند که مدعی گرفتن سرزمین سوریه برای تفکرات و اندیشه‌های خودشان هستند.

^{۲۲} مصفا، نسرين. (۱۳۹۲). داستان تکراری اصلاحات در سازمان ملل، دیپلماسی ایرانی.

این مسئله هم برای جناح آمریکا و هم جناح روسیه مشکل ساز است. لذا نحوه کار متفاوت است؛ در جایی این دو بلوک به هم نزدیک می‌شوند و در جاهایی از یکدیگر فاصله می‌گیرند؛ جاهایی که به یکدیگر نزدیک می‌شوند مربوط به موضوع تروریسم است و جاهایی که از یکدیگر فاصله می‌گیرند به نحوه حل تمامیت ارضی و حاکمیت ملی سوریه مربوط می‌شود. ایران و روسیه اعتقاد دارند که اگر بشار اسد از سوریه حذف شود، سرنوشت این کشور مشخص نیست و نمی‌توان عرصه را برای جبهه النصره و داعش باز گذاشت. به همین دلیل ایران و روسیه موافق با جابجایی بشار اسد نیستند. آمریکا و اتحادیه اروپا نیز تاحدودی با نظر ایران و روسیه موافقت و معتقدند در صورتی اسد باید جابجا شود که جایگزینی برای آن وجود داشته باشد. این در حالی است که ترکیه و عربستان یک سری فرمول منطقه‌ای برای خود دارند؛ به ویژه ترکیه، مسئله سوریه را بسیار پیچیده کرده است چرا که می‌خواهد یک سرنوشتی به دست خود در منطقه خاورمیانه و به خصوص صحنه سوریه رقم بزند و خواسته‌هایی دارد که بقیه با این خواسته‌ها هماهنگی ندارند. در نتیجه صحنه سوریه به قدری پیچیده است که سازمان ملل متحد قادر نیست یک فرمول روشنی را در آنجا دنبال کند. موضوعات انسانی در این کشور از جمله مسائلی که همه را ناراحت کرده است اما پیچیدگی این بحران حتی سازمان ملل را نیز با مشکلاتی روبرو کرده است. بنابراین تا زمانی که اصلاحات در سازمان ملل صورت نگیرد در صحنه سوریه هیچ تحول خاصی جز آنچه که اکنون انجام می‌شود، قابل پیگیری نیست. در راستای میانجی‌گری سازمان ملل در بحران سوریه در ادامه به بررسی اقدامات این سازمان توسط نمایندگان آن در سوریه؛ کوفی عنان، استفان دیمیستورا و اخضر ابراهیمی می‌پردازیم.

۱. مأموریت کوفی عنان

در ۲۳ فوریه ۲۰۱۲ کوفی عطا عنان به عنوان نماینده ویژه سازمان ملل متحد و اتحادیه عرب مأموریت یافت تا با ارائه طرحی به خشونت‌ها در سوریه پایان دهد. طرح صلح پیشنهادی عنان مشتمل بر ۶۶ ماده است که در چارچوب آن عملیات نظامی علیه غیرنظامیان باید متوقف

میانجی‌گری بین‌المللی در منازعات داخلی / حاجی آقایی ۸۳

شود، نیروهای نظامی از مناطق شهری خارج شوند، اجازه برگزاری تظاهرات مسالمت‌آمیز به غیرنظامیان داده شود، زندانیان سیاسی آزاد شوند، روزانه ۲ ساعت، درگیری بین طرفین به منظور ارسال کمک‌های بشردوستانه به غیرنظامیان متوقف شود و بین طرفین درگیر به منظور حل بحران، گفتگوهای سیاسی صورت گیرد. طرح صلح پیشنهادی عنان برای پایان دادن به بحران سوریه تاکنون توانسته‌است حمایت شورای امنیت سازمان ملل متحد (به اتفاق آرا) و کشورهای روسیه و چین را به دست آورد. رئیس‌جمهور سوریه، بشار اسد، با اجرای طرح صلح عنان موافقت کرده است و متعهد شده‌است که نیروهای خود را از شهرهای سوریه خارج کند. شورای امنیت تا ۱۰ آوریل ۲۰۱۲ به سوریه مهلت داده است طرح صلح ۶۶ ماده‌ای عنان را در سوریه اجرا نماید. این ضرب‌الاجل از سوی کوفی عنان پیشنهاد شده است.^{۳۳}

در چارچوب این طرح صلح مقرر شده است که پس از پایان ضرب‌الاجل توافق شده (۱۰ آوریل)، نیروهای درگیر، به عملیات نظامی و خشونت جنگی پایان دهند و ۲ روز پس از آن (۱۲ آوریل)، بین طرفین آتش‌بس رسمی و کامل اعلام شود. دبیر کل سابق سازمان ملل با بیان اینکه خلع سلاح بسیار مهم است، گفت: باید اقداماتی شود که سلاح‌ها در سوریه جمع‌آوری شود و دولت فعلی باید کنترل سلاح‌ها را در دست داشته باشد و ما باید یک دولت داشته باشیم که سلاح دارد و آن دولت فعلی سوریه است.^{۳۴}

۲. مأموریت استنفان دیمیستورا

«استنفان دیمیستورا» نماینده سازمان ملل در امور سوریه اعلام کرد که راهکار نظامی در سوریه جایی ندارد و تنها راه حل بحران این کشور سیاسی است. بر اساس این گزارش استنفان دیمیستورا همچنین از روسیه درخواست کرد که نقش سازنده‌ای در کشور جنگ‌زده سوریه ایفا

^{۳۳} بی بی سی فارسی. (۲۰۱۲). عنان درباره طرح صلح سوریه به شورای امنیت توضیح می‌دهد، ۲ آوریل ۲۰۱۲، بازبینی شده در ۵ آوریل ۲۰۱۲.

^{۳۴} پایگاه خبری - تحلیلی انتخاب. (۱۳۹۱). کوفی عنان در تهران: سلاح باید تنها دست دولت باشد، قابل دسترسی در: <http://www.entekhab.ir/fa/news/69274>

کند و همچنین میزان دخالت خود را در این کشور کاهش دهد. نماینده ویژه سازمان ملل؛ استفان دیمیستورا در امور سوریه در همین راستا تصریح کرد: نقش روسیه در سوریه مهم است و ما تلاش کردیم میزان دخالت‌های این کشور در سوریه را کاهش دهیم. دیمیستورا پیش از این اعلام کرده بود که برای دعوت از طرف‌ها در خصوص برگزاری دور جدید مذاکرات صلح سوریه آماده است، اما وی در انتظار توافق قدرت‌های بزرگ در رابطه با سازوکار انتقال سیاسی در سوریه است. نماینده دبیرکل سازمان ملل در امور سوریه شرایط فعلی موجود در این کشور را حساس‌تر از همیشه توصیف کرد و با اشاره به نقش محوری جمهوری اسلامی ایران در منطقه، ایران را کشوری مهم و تاثیرگذار در کمک به حل بحران سوریه دانست.^{۲۵}

۳. مأموریت اخضر ابراهیمی

وی بعد از استعفای کوفی عنان نمایندگی بحران سوریه را از طرف سازمان ملل متحد پذیرفت. طرف‌های غربی و عربی با مطرح کردن الاخضر ابراهیمی به عنوان نماینده‌ی سازمان ملل متحد در بحران سوریه او را وارد بازی خطرناکی کرده‌اند. مشخص است که غرب و برخی از کشورهای عربی مایل به ماندن اسد نیستند و خواستار سقوط این کشور هستند اما نمی‌توانند یکباره از روش‌های خشونت‌آمیز نظیر جنگ به صورت عریان استفاده کنند. از این‌رو طرف‌ها س غربی و عربی با مطرح ساختن کوفی عنان در ابتدا و به شکست کشاندن طرح او و در مرحله بعد با مطرح کردن یکی از خبره‌ترین سیاستمداران عربی - الاخضر ابراهیمی - در ظاهر تلاش می‌کنند بحران سوریه را به صورت مسالمت‌آمیز حل کنند.

این تاکتیک افکار عمومی را مجاب ساخته و اقناع می‌کند که وقتی راه‌های مسالمت‌آمیز جواب نداد، راهی جز ورود نظامی نیست. چرا که اگر راهی برای حل مسالمت‌آمیز بحران سوریه بود ابراهیمی به سوی آن می‌رفت.^{۲۶}

^{۲۵} خبرگزاری مهر. (۱۳۹۶). راه حل بحران سوریه فقط سیاسی است / راهکار نظامی جایگاهی ندارد، خبرگزاری مهر.

^{۲۶} ابراهیمی، اخضر. (۱۳۹۴). «نماینده ویژه سازمان ملل در سوریه کیست؟». قابل دسترسی در:

نتیجه‌گیری

میانجی‌گری اقدامی داوطلبانه از سوی طرف ثالثی می‌باشد و زمینه فعالیت آن زمانی فراهم می‌شود که ابتکارات طرفین درگیر بی‌نتیجه و همراه با هزینه‌های غیرقابل تحمل باشد به طوری که آنها از نظر ذهنی و شرایط اجتماعی آمادگی حل و فصل مناقشه را دارا و میانجی‌گری را بپذیرند. در چنین شرایطی میانجی‌گری با طرف ماهر با داشتن ابتکار و خلاقیت می‌تواند با استفاده از روش چانه‌زنی در جهت تغییر و تقریب عقاید طرفین درگیر به منظور تخفیف درگیری و نهایتاً حل و فصل مناقشه اقدام نماید.

در ساله‌های اخیر فراگیر شدن جنگ‌های داخلی ضرورت و بایسته‌های میانجی‌گری در این اختلافات را نیز شدت بخشیده است چرا که در این میان، تنش‌های قومی و نژادی در درون این گونه جوامع یکی از مهمترین موضوعات بوده است که علاوه بر دول همجوار، توجه قدرت‌های بزرگ فرامنطقه‌ای را نیز به خود معطوف ساخته است که جنگ داخلی تاجیکستان مصداق بارزی از این مورد بوده که کاملاً روشن از چنین شکاف‌های قومی به شمار می‌آمده و با میانجی‌گری حل و فصل گردیده است.

در این مناقشه، جمهوری اسلامی ایران ضمن رعایت اصول بی‌طرفی کامل و با بهره‌گیری از پشتوانه‌های فرهنگی و پیشین تاریخی مشترک یا طرفین مناقشه، نه تنها موفق به میانجی‌گری میان طرف‌های درگیر گردید بلکه توانست روش جدیدی از میانجی‌گری موسوم به میانجی‌گری جمعی را نیز در منطقه الگوسازی نماید.

از سویی دیگر، که جنگ‌های داخلی به دلیل ویژگی‌های خاص آن ظرفیت بیشتری برای حل و فصل با این روش را دارند، مهم‌ترین دلیل این ادعا نیز موفقیت میانجی‌گری در جنگ داخلی تاجیکستان توسط ایران و همچنین تاکید به میانجی‌گری در قطعنامه ۲۲۴۵ شورای امنیت در خصوص جنگ داخلی سوریه می‌باشد. البته امروزه میانجی‌گری بین‌المللی در مخاصمات داخلی با مشکلاتی اساسی روبرو است که نمونه بارز آن در بحران سوریه قابل مشاهده است و به گواه تجربه‌های حاصله از تلاش‌های چندین ساله میانجی‌ها، به این نتیجه

می‌رسیم که پنج مانع اساسی وجود دارد که هرگونه اقدام برای میانجی‌گری در جنگ سوریه را به بن‌بست می‌کشاند:

* تقابل قدرت‌های بزرگ در بحران سوریه که هر کدام از آنها اهداف مختلف و متضاد با دیگری دارند.

* عدم وجود اجماع بین‌المللی در خصوص راه حل بحران.

* خوشبینی به نتایج عملکرد نظامی منجر شده معارضین و تروریست‌ها دلیلی برای حضور در میز مذاکره نبینند و گواه این امر، اصرار بر پیش شرط «لزوم کناره‌گیری اسد از قدرت» به عنوان تلاشی تعمدی برای کارشکنی در روند مذاکرات صلح می‌باشد.

* از هم‌گسیختگی در جبهه مخالفان که باعث شده طیف گسترده‌ای از گروه‌های شبه نظامی معارضین و تروریستی تشکیل شود که میانجی‌گری با تمام این گروه‌ها غیرممکن است.

* تعصبات کورکورانه در گروه‌های تروریستی مانند داعش و جبهه النصره و ... مذاکرات صلح را با پیچیدگی‌هایی روبرو ساخته است. البته موثر بودن میانجی به شرطی است که میانجی، شرایط و الزامات بی‌طرفی را رعایت کند. در غیر این صورت، تلاش‌های میانجی، خود در یک سوی نزاع تعریف شده و عملاً بحران را پیچیده‌تر می‌سازد.

پیشنهاد مقاله حاضر توجه به ظرفیت‌های میانجی‌گری بین‌المللی در حل و فصل اختلافات می‌باشد که می‌تواند از بغرنج‌تر شدن این مناقشات جلوگیری نماید. نمونه بارز این موضوع جنگ داخلی سوریه است، این جنگ بیش از شش سال است که ادامه دارد و نظامیان دولتی سوریه و مخالفانش، همچنان با پیشروی در مناطق تحت تسلط داعش، پایان حیات این افراط‌گرایان را هدف گرفته‌اند و فضا برای نقش‌آفرینان جدید در سوریه آماده می‌شود. اکنون مصر قرار است میان دولت مستقر سوریه و مخالفان بشار اسد میانجی‌گری کند.

میانجی‌گری بین المللی در منازعات داخلی / حاجی آقای ۸۷

- از دیگر پیشنهادات کاربردی نیز می‌توان به شرح ذیل بیان نمود:
۱. توجه به راهکارهای حل بحران با استفاده از رضایت طرفین درگیر.
 ۲. رعایت کامل اصل بیطرفی میانجی.
 ۳. ارائه پیشنهادات کاربردی.
 ۴. تفکیک متخصصین داخلی از شورشگران و تروریست‌ها.

کتابنامه

- {کتاب:} آقای، سید داوود. (۱۳۸۳). "شرایط نوین بین المللی و ضرورت تحول ساختاری در سازمان ملل متحد." همشهری دیپلماتیک. ۱۱ دی.
- {کتاب:} ابراهیمی، اخضر. (۱۳۹۴). نماینده ویژه سازمان ملل در سوریه کیست؟ قابل دسترسی در: <http://didban.ir/fa/news-details/1572>.
- {کتاب:} بعیدی نژاد، حمید و همکاران. (۱۳۸۵). تحول در ساختار نظام بین الملل، تهران: انتشارات وزارت امور خارجه.
- {کتاب:} ثقفی عامری، ناصر. (۱۳۷۶). سازمان ملل متحد، مسئولیت حفظ صلح و امنیت بین الملل، تهران، موسسه چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، چ دوم .
- {کتاب:} صباغیان، علی. (۱۳۷۶). نقش میانجیگری در حل و فصل اختلافات بین المللی، وزارت امور خارجه، موسسه چاپ و انتشارات.
- {مقاله:} پایگاه خبری - تحلیلی انتخاب، (۱۳۹۱). کوفی عنان در تهران: سلاح باید تنها دست دولت باشد، قابل دسترسی در: <http://www.entekhab.ir/fa/news/69274>
- {مقاله:} ترابی، قاسم. (۱۳۸۵). "اصلاحات شورای امنیت: زمینه ها و موانع"، راهبرد، بر گرفته از: <http://did.ir/document/index.fa.asp?cn=pp>.
- {مقاله:} دوستی، جعفر. (۱۳۸۶). برررسی پیشنهادهای مربوط به اصلاحات ساختاری در شورای امنیت سازمان ملل متحد و آینده آن، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه اصفهان.
- {مقاله:} شاکریان، شاهرخ. (۱۳۷۴). "شورای امنیت، فرایند توزیع مجدد قدرت"، فصلنامه سیاست خارجی، سال نهم، ش ۳، ص ۱۰۲۲.
- فریدی عراقی، عبدالحمید، (۱۳۶۹). روش های مسالمت آمیز حل و فصل اختلافات بین المللی، دفتر مطالعات سیاسی و بین المللی.
- {مقاله:} قاسمی، حاکم. (۱۳۸۵). "سازمان ملل بازیگری با نقشهای متفاوت" ماهنامه زمانه، سال پنجم، ش ۴۹.
- {مقاله:} مصفا، نسرین. (۱۳۹۲). داستان تکراری اصلاحات در سازمان ملل، دیپلماسی ایرانی.

میانجی‌گری بین‌المللی در منازعات داخلی / حاجی آقایی ۸۹

Arthur Meyer ,1980, "Functions of Mediator in Collective Bargaining",
Industrial and Labor Relations Review, Vol. 13, No.2.

Gérardine Meishan Goh," Dispute Settlement in International Space Law",
leiden, Nijhoff publishers, 2007 at.

Weiss, Thomas G. Autumn2003. "The Illusion Of UN Security Council
Reform", The Washington Quarterly.

William Simkin, Mediation and The Dynamics of Collective Bargaining
(Washington, D.C. : Bureau of National Affairs, 1971).

نقش اتحادیه اروپا در صلح جهانی با تأکید بر مسئله فلسطین

سجاد روشن بین*

چکیده

در این مقاله صلح را تعریف کرده و سپس به سراغ آشنایی با ساختار اتحادیه اروپا می‌رویم و بعد از آن کنار کانت فیلسوف مشهور آلمانی رفته و از پی ریزی او برای نظریه حال حاضر اروپایی آگاه می‌شویم و برخی موضوعات و زمینه‌ها من جمله حقوق بشر، منع گسترش سلاح‌های کشتار جمعی و مبارزه با تروریسم را در بستر تاریخ تحلیل می‌کنیم، با هدف اینکه دریابیم اروپاییان و به خصوص اتحادیه اروپا در هریک از زمینه‌های یادشده چه موضع‌گیری و نقشی داشته و چه اقداماتی را در راستای نیل به اهداف خود انجام داده و در آخر، حاصل اقداماتش چه نتیجه‌ای داشته است. دست آخر هم به غرب آسیا رفته و نقطه‌ای را که ده‌ها سال است با جنگ و اشغال و ناامنی دست به گریبان شده یعنی سرزمین زیتون (فلسطین) را نظاره کرده و اقدامات اتحادیه اروپا را در مورد وقایع آن مورد بازبینی قرار داده و نتایج آن را به بحث و بررسی می‌گذاریم. **واژگان کلیدی:** صلح، اتحادیه اروپا، شورای اروپا، فلسطین، حقوق بشر، ناامنی.

* کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشگاه مفید، قم، ایران.

مقدمه

از زمانی که انسان بر این کره خاکی پا نهاد و زندگی‌های ساده و فردی به تدریج جای خودش را به زندگی‌های پیچیده و گروهی داد، همه زوایا و ابعاد زندگی بشر تحت تأثیر این تکامل قرار گرفت و در کنار نقاط سفید یا مثبتی که برای بشر ایجاد شد، نقاط سیاه یا منفی هم به وجود آمد. ظلم، ستم، استبداد، استثمار، برده‌کشی، نژادپرستی تبعیض جنسیتی و ... را می‌توان از جمله نقاط سیاه یا تاریک زندگی‌های گروهی بشر برشمرد و از آن به چرخش انسانیت به حیوانیت تعبیر نمود. اما انسان‌ها همیشه در پی از بین بردن این نقاط سیاه و تبدیل آن به نقاط سفید برمی‌آمدند. در این میان به سال ۱۹۴۵ می‌توان اشاره نمود که سازمان ملل متحد تاسیس شد و در پی حفاظت و حراست از صلح پس از جنگ‌های طاقت‌فرسای اول و دوم جهانی برآمد و امید به پایان همیشگی جنگ و ویرانی و ناعدالتی در دل جهانیان روشن شد. قاره اروپا که کانون جنگ‌های جهانی ویرانگر بود به سازمان ملل متحد اکتفا نکرد و خود در پی نظامی هدفمند برای ریشه‌کن کردن هرگونه ناعدالتی اعم از جنگ و تبعیض و ... برآمد و برای سبز ملندن این قاره در ارزش‌گرایی، مبارزه‌ای طولانی را آغاز کرد.

مقاله پیش‌رو می‌خواهد به جواب این سوال برسد که «اتحادیه اروپا چه نقشی برای محقق کردن صلح جهانی در زمینه‌های مختلف تاکنون داشته و چه اقداماتی برای این مهم انجام داده و چه مقدار در این امر موفق بوده است؟» اگرچه موضوع مقاله، اقدامات اتحادیه اروپا است اما به تناسب به سازمان‌های دیگر اروپایی مانند شورای اروپا نیز اشاره کرده و در مورد آنها توضیحاتی ارائه خواهد شد.

۱. مفهوم صلح جهانی

صلح در لغت به معنای آن چیز است که در مقابل فساد و خرابی می‌آید.^۱ برخی نیز صلح را به معنای هم‌زیستی و آشتی یک قوم پس از نزاع میانشان می‌دانند.^۲ حالت نبود جنگ را صلح می‌گویند. صلح تا قبل از تاسیس سازمان ملل متحد نیز به همین مفهوم بود. لکن ملل متحد، مفهوم آن را وسعت داده و به عنوان (نهاد یک نظام بین‌المللی مبتنی بر عدالت) تلقی

^۱ راغب اصفهانی، حسین بن محمد. مفردات الفاظ القرآن، و زکریا، أحمد بن فارس. معجم المقاییس اللغة.

^۲ فراهیدی، خلیل بن أحمد. کتاب العین، و أبو القاسم اسماعیل بن عبّاد، المحيط فی اللغة.

نقش اتحادیه اروپا در صلح جهانی.../ روشن بین ۹۳

کرده است.^۳ با این تعریف در می‌یابیم که هرگونه بی‌ثباتی و خرابی در زمینه‌های اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و حقوق بشری نیز تهدیدی علیه صلح و امنیت جهانی به حساب می‌آید. منشور ملل متحد در ماده‌ی دهم و در بندهای دوم و سوم آن تقویت صلح از طریق توسعه روابط دوستانه بین‌المللی را بیان می‌کند که منجر به کاهش علل زمینه‌های وقوع جنگ و تحکیم صلح جهانی خواهد بود. همچنین مواد ۳۳، ۳۴، ۳۶، ۳۶ و ۵۰ منشور هم هدف را حصول این اهداف از طریق مسالمت‌آمیز دانسته است.^۴ در واقع در مقابل دورنمای وحشتناکی که برای بشریت در پیش است، به عیان می‌توان دریافت که (صلح) تنها پیکاری است که ارزش درگیر شدن را دارد.^۵

۲. نظام ساختاری اتحادیه اروپا

هر سازمانی دارای ساختار و تشکیلاتی مختص خود است و اتحادیه اروپا نیز از این قاعده مستثنی نیست. اتحادیه اروپا دارای سه نهاد اصلی است که عبارتند از: شورا.^۲ کمیسیون.^۳ پارلمان که به ترتیب در مورد هر کدام جداگانه توضیح خواهیم داد.

۲-۱. شورای اروپایی^۷

این رکن بدون اینکه در موافقت‌نامه رم پیش‌بینی شده باشد، با پذیرش ضمنی کلیه اعضای اتحادیه اروپا تشکیل شده است. شورای اروپایی در واقع از اجلاس روسای دولت‌های عضو اتحادیه تشکیل می‌شود. این شورا به دعوت ریاست کشوری که ریاست اتحادیه اروپایی را برعهده دارد، تشکیل می‌شود و علاوه بر این رئیس کمیسیون اروپایی نیز در آن عضویت دارد. اولین اجلاس رسمی شورای اروپایی در مارس ۱۹۷۵ به ریاست رئیس جمهور ایرلند در دوبلین برگزار شد. تصمیمات شورای اروپایی باید برای اجرا پس از طی تشریفات قانونی از طریق کمیسیون اروپایی تنفیذ و با مسئولیت آن اجرا شود.

^۳ منصوره کلیر، سید احمد رضا، و نیکخواه، رضا. نقش اتحادیه اروپا در تحقق صلح جهانی.

^۴ منشور ملل متحد، ترجمه ایرانیک هاشمی، عامر. براساس ترجمه طالقانی، محمدعلی. و زندی، هوشنگ.

^۵ منصوره کلیر، سید احمد رضا، و نیکخواه، رضا. نقش اتحادیه اروپا در تحقق صلح جهانی.

^۶ European Union الاتحاد الأوروبي

^۷ European Council المجلس الأوروبي

شورای اروپایی عنوانی است که به پیشنهاد «ژیسکار دستن» رئیس جمهور سابق فرانسه به کنفرانس سران کشورهای عضو اتحادیه اروپا داده شده است. شورای اروپایی دارای ارکانی است که اولین رکن آن « کمیته وزیران»^۸ است که متشکل از وزرای خارجه کشورهای عضو است. دومین رکن شورای اروپایی «مجمع پارلمانی»^۹ است که متشکل از اعضای مجالس قانون گذاری کشورهای عضو است. سومین و آخرین رکن شورای اروپایی «دبیرخانه»^{۱۰} که دارای یک دبیرکل و دو معاون و تعدادی کارمند بین المللی می باشد.^{۱۱}

۲-۲. کمیسیون اروپایی^{۱۲}

در سال ۱۹۷۶ سه نهاد مستقل اروپا پایه کمیسیون اجرایی کنونی اتحادیه اروپا را ریختند. این سه نهاد عبارت بودند از ۱. کمیته اجرایی جامعه اروپایی انرژی اتمی اوراتوم، ۲. کمیسیون اتحادیه ذغال سنگ و فولاد مشهور به اتحادیه مونتان و ۳. کمیسیون اجرایی جامعه اقتصادی اروپا. کمیسیون اروپایی در مرتبه ای پایین تر از شورا ولی بسیار با اهمیت است.

عملا نهادی بسیار مهم تلقی می شود که به آن «قلب اروپا» را لقب داده اند.^{۱۳} کمیسیون نقش کابینه را دارد و به عنوان بازوی اجرایی آن به اجرای مصوبات شورای اروپایی نظارت می کند. کمیسیون پیشنهادات خود را به شورای وزیران ارائه می کند و تصمیمات شورای مزبور به آن ابلاغ می شود. کمیسیون مبتکر سیاست ها و حافظ توافق های اتحادیه است.^{۱۴}

۲-۳. پارلمان اروپایی^{۱۵}

در سال ۱۹۵۷ مجمع بین المجالس اروپا در چارچوب قرارداد رم تشکیل شد که به تاسیس پارلمان اروپا در سال ۱۹۶۲ میلادی انجامید.

⁸ لجنة وزراء Committee of Ministers

⁹ الجمعية البرلمانية Parliamentary Assembly

¹⁰ الأمانة العامة لمجلس الاتحاد الأوروبي Secretariat

^{۱۱} موسی زاده، رضا. سازمان های بین المللی، صص ۳۰۶-۳۰۸.

¹² المفوضية الأوروبية European Commission

^{۱۳} منصوری کلپیر، سید احمد رضا. و نیکخواه، رضا. نقش اتحادیه اروپا در تحقق صلح جهانی، صص ۴۱.

^{۱۴} موسی زاده، رضا. سازمان های بین المللی، صص ۳۱۷.

¹⁵ البرلمان الأوروبي European Parliament

نقش اتحادیه اروپا در صلح جهانی.../ روشن بین ۹۵

پارلمان اروپا نقش قوه مقننه اتحادیه اروپا را دارد که بر نحوه اجرای قوانین و مقررات نظارت می‌کند و مورد مشاوره قرار می‌گیرد.^{۱۶} قانون‌گذاری از مهم‌ترین اختیاراتی است که طبق معاهدات ماستریخت، آمستردام و نیس به پارلمان اروپا اعطاء شده است. این درحالی است که در معاهده ۱۹۷۵ رم فقط اختیار مشورتی برای پارلمان در نظر گرفته شده است. همچنین تصویب بودجه نهایی اتحادیه اروپا نیز به عهده پارلمان است.^{۱۷}

پس قانون‌گذاری، اعمال قدرت در بودجه و نظارت اجرایی وظایف پارلمان اروپا می‌باشد. در حال حاضر پارلمان اروپا از ۷۸۵ نماینده که مستقیماً توسط شهروندان ۲۸ کشور عضو انتخاب می‌شوند تشکیل می‌شود. پارلمان اروپایی تنها مجمع جهانی است که امور مربوط به آن در سه کشور مختلف انجام می‌شود. مقر دبیرخانه پارلمان در لوکزامبورگ و اجلاس‌های آن در استراسبورگ فرانسه می‌باشند و کمیسیون‌های پارلمان در بروکسل بلژیک برگزار می‌گردد.

۳. نظریه صلح مردم‌سالار^{۱۸}

این نظریه در روابط بین‌الملل است که طبق آن دولت‌های مردم‌سالار به جنگ علیه همدیگر مبادرت نمی‌ورزند، ریشه این نظریه به «صلح جاویدان»^{۱۹} کانت بر می‌گردد.^{۲۰} در مورد علل فقدان جنگ میان مردم‌سالاری‌ها نقطه نظرات گوناگونی وجود دارد، مثلاً برخی معتقدند چون دولت‌های لیبرال ثروتمند در شرایط تعارض، آنچه را که به دست می‌آورند؛ کمتر از آن مقداری است که از کف می‌دهند، بنابراین تمایلی به ستیزش ندارند.^{۲۱} البته به نظر می‌آید که نظام‌های مردم‌سالار در واقع خالی از خشونت نیست، بلکه حداقل خشونت را دارا می‌باشند.

^{۱۶} موسی‌زاده، رضا. سازمان‌های بین‌المللی، ص ۳۱۷.

^{۱۷} منصوری کلیبر، سید احمد رضا. و نیکخواه، رضا. نقش اتحادیه اروپا در تحقق صلح جهانی، ص ۱۴۱.

^{۱۸} Zum ewigen Frieden إلى السلام الأبدی

^{۱۹} Zum ewigen Frieden إلى السلام الأبدی

^{۲۰} بخش مهمی از قرن هجدهم میلادی را جنگ‌های مذهبی تشکیل می‌داد و در آن برهه کانت فیلسوف آلمانی با طرح نظریه «به سوی صلح جاویدان» دستگاه کلیسا و مذاهب مختلف مسیحیت را به گام نهادن در مسیر صلح جاویدان دعوت کرد.

^{۲۱} منصوری کلیبر، سید احمد رضا. و نیکخواه، رضا. نقش اتحادیه اروپا در تحقق صلح جهانی، ص ۱۴۲.

۴. اتحادیه اروپا و حقوق بشر

اگرچه حوزه حقوق بشر بیشتر در تخصص شورای اروپاست که در ادامه در مورد اقدامات آن توضیح خواهیم داد، اما اتحادیه اروپا هم اقدامات حقوق بشری داشته که پس از اقدامات شورای اروپا به آن می‌پردازیم.

۴-۱. اقدامات شورای اروپا

سال ۱۹۴۶ و ۱۹۴۷ جنبش‌های مختلف اروپایی با گرایش‌های مختلف از قبیل اتحادیه اروپای فدرالیست، گروه لیگ اروپایی، جنبش سوسیالیستی برای کشورهای متحد اروپا، جنبش لیبرالیستی برای اتحاد اروپا و غیره پدیدار شده بودند. این جنبش‌های اروپایی در ۱۰ مه ۱۹۴۸ کنگره‌ای در شهر لاهه تشکیل دادند که امروزه به «کنگره اروپا^{۲۲}» شهرت یافته است.

پیامی در این کنگره به تصویب رسید که متضمن چهار اصل بود:

۱. ایجاد اروپای واحد

۲. تصویب یک میثاق حقوق بشر

۳. ایجاد دیوان دادگستری اروپایی

۴. ایجاد یک مجمع پارلمانی

بر اساس تصمیمات کنگره لاهه، شورای اروپا^{۲۳} شکل گرفت و اساسنامه آن یکسال بعد در ۵ مه ۱۹۴۹ در لندن به تصویب رسید. اگرچه بسیاری از تحلیل‌های رویکرد منطقه‌ای حقوق بشر در اروپا بر کنوانسیون اروپایی^{۲۴} و دادگاه حقوق بشر^{۲۵} متمرکز شده است، اما مهم است

²² کونفرس أوروبا Congress of Europe

²³ مجلس أوروبا Council of Europe

²⁴ الاتفاقية الأوروبية European Convention

کنوانسیون به معنای معاهده یا قرارداد است که در آن موادی ذکر شده که باید همه اعضا به آنها عمل کرده و آنها را رعایت کنند. در کنوانسیون اروپایی به موضوعاتی مانند آزادی‌ها، ممنوعیت شکنجه، ممنوعیت بردگی اجباری، ممنوعیت تبعیض و ... اشاره شده است.

²⁵ المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان European Court of Human Rights

دادگاه اروپایی حقوق بشر، دادگاهی است که در صورت تخلف هر مورد از موارد ذکر شده در کنوانسیون وارد عمل خواهد شد و با سازوکارهای خاص خود با دولت متخاطی برخورد می‌کند.

نقش اتحادیه اروپا در صلح جهانی.../ روشن بین ۹۷

که طیف سازوکارهایی را که در شورای اروپا با استفاده از روش‌های مختلفی که در این شورا عمل می‌کنند را بشناسیم.^{۲۶}

تعهدات دولتی انجام شده در زمان الحاق (توسط مجمع پارلمانی)^{۲۷}، فرآیندهای گزارش دهی و نظارت دولتی (مانند کنوانسیون چارچوب برای حمایت از اقلیت‌های ملی)^{۲۸}، سازوکارهای شکایت (بر اساس منشور اجتماعی اروپا)^{۲۹}، بازدیدهای نظارتی در داخل کشور توسط (کمیته پیشگیری از شکنجه)^{۳۰}، ارائه مشاوره تخصصی (توسط کمیسیون ونیز)^{۳۱}، فشار سیاسی و دیپلماتیک (توسط کمیسیون حقوق بشر)^{۳۲} و کمک فنی (از طریق اداره کل حقوق بشر)^{۳۳} توسط این دستگاه‌ها نشان‌دهنده این واقعیت است که غالباً یک رویکرد چند وجهی (ترکیب سازوکارهای حقوقی، سیاسی و دیپلماتیک) برای مقابله با مشکلات غیرقابل حل حقوق بشر که در سراسر قاره اروپا تجربه می‌شوند وجود دارد.^{۳۴}

مثلاً کمیته پیشگیری از شکنجه و رفتار و مجازات غیرانسانی و تحقیرآمیز ایجاد شده و پیشرفته‌ترین شکل نظارتی است که تاکنون ابداع شده است. این کمیته از سال ۱۹۸۹ عملیاتی شده است یعنی سال‌ها قبل از تاسیس «کمیته فرعی سازمان ملل در مورد پیشگیری از شکنجه».

^{۲۶} کتاب "Routledge Handbook of International Human Rights Law" مقاله "The European System and Approach" نوشته "Philip Leach" ترجمه روشن بین، سجاد.

^{۲۷} Parliamentary Assembly الجمعية البرلمانية

^{۲۸} Framework Convention for the Protection of National Minorities الاتفاقية الإطارية

لحماية الأقليات القومية

^{۲۹} European Social Charter الميثاق الاجتماعي الأوروبي

^{۳۰} European Committee for the Prevention of Torture (CPT) اللجنة الأوروبية لمنع التعذيب

^{۳۱} The Venice Commission لجنة البندقية

^{۳۲} Commissioner for Human Rights مفوض حقوق الإنسان

^{۳۳} Directorate General for Human Rights المديرية العامة لحقوق الإنسان

^{۳۴} کتاب "Routledge Handbook of International Human Rights Law" مقاله "The European System and Approach" نوشته "Philip Leach" ترجمه روشن بین، سجاد.

۹۸ دوفصلنامه دانش پژوهان / شماره ۷۰ / ویژه نامه حقوق / صص ۹۱-۱۰۸

دلیل موفقیت این کمیته را می‌توانیم فلسفه پیشگیرانه به دنبال گفتگوی سازنده با دولت‌ها بدانیم و البته دولت‌ها هم همکاری فزاینده‌ای^{۳۵} از خود نشان داده‌اند.^{۳۶}

۲-۴. اقدامات اتحادیه اروپا

اتحادیه اروپا در زمینه حقوق بشری معاهداتی را بسته‌اند. از جمله آن معاهدات، معاهده ماستریخت در سال ۱۹۹۲ است که در این معاهده اتحادیه اروپا، حقوق بشر را به عنوان بخشی از اتحادیه اروپا به رسمیت شناخت. همچنین معاهده کپنهاگ در سال ۱۹۹۷ است که بر اساس آن داشتن یک مردم‌سالاری با ثبات و احترام به حقوق بشر الزام‌آور شد. معاهده آمستردام هم به اتحادیه اروپا اختیار داد مبنی بر اینکه قوانینی را برای مبارزه با تبعیض صادر کنند.^{۳۷}

اتحادیه اروپا از این اقدامات اهدافی مانند:

۱. عدم تبعیض

۲. برابری جنسیتی

۳. زندگی خانوادگی

۴. عدالت کیفری

۵. آزادی

۶. آزادی بیان

۷. مقررات ضد تروریسم، را دنبال می‌کند.^{۳۸}

^{۳۵} این همکاری فزاینده را می‌توانیم در پرونده‌های «بدرفتاری شدید با بازداشت شدگان توسط پلیس ترکیه در اواسط دهه ۱۹۹۰» و «استفاده از شکنجه توسط اعضای سازمان‌های مجری قانون و نیروهای امنیتی در چچن دهه ۲۰۰۰» ببینیم.

^{۳۶} کتاب "Routledge Handbook of International Human Rights Law" مقاله "and Approach" The European System " نوشته " Philip Leach " ترجمه روشن بین، سجاد.

^{۳۷} کتاب "Routledge Handbook of International Human Rights Law" مقاله "The European System and Approach" نوشته " Philip Leach " ترجمه روشن بین، سجاد.

^{۳۸} کتاب "Routledge Handbook of International Human Rights Law" مقاله "The European System and Approach" نوشته " Philip Leach " ترجمه روشن بین، سجاد.

نقش اتحادیه اروپا در صلح جهانی.../ روشن بین ۹۹

همچنین منشور حقوق اساسی اتحادیه اروپا که در سال ۲۰۰۰ به عنوان مرجع درآمد و تبعیت از آن برای ارگان‌های اروپایی الزامی شد، در بخش حقوق اقتصادی و اجتماعی، حقوقی مانند:

۱. حق مشارکت در کار

۲. حقوق سالمندان

۳. حق برخورداری از محیط زیست، را به رسمیت شناخت.^{۳۹}

۵. اروپا و تروریسم

تروریسم یکی از مهم‌ترین خطرات و چالش‌هایی است که امنیت جوامع بشری را تهدید می‌کند. اقدامات نهادی اتحادیه اروپا برای مبارزه با تروریسم به اوایل دهه هفتاد میلادی و تجربه مبارزه با گروه‌های چپ افراطی، مانند بریگارد سرخ ایتالیا و فراکسیون ارتش سرخ آلمان بر می‌گردد. تشکیل گروه بین‌المللی ضدتروریسم، رادیکالیسم، افراط‌گرایی و خشونت بین‌المللی یا گروه تریوی^{۴۰} در سال ۱۹۷۵ و کنوانسیون اروپایی مبارزه با تروریسم و افراط‌گرایی بود.^{۴۱} در سال ۱۹۹۳ گروه تریوی و دیگر نهادهای اروپایی در مورد مسأله قضایی، گمرک و موضوعات مربوط به مهاجرت در ساختار جدیدی و تحت عنوان «ماده شش» معاهده اتحادیه اروپا قرار گرفتند.

در ماده‌ی ششم اتحادیه اروپا تمام اقدامات جبرانی برای حذف یکباره کنترل مرزی در نظر گرفته شد. همچنین این معاهده ایجاد پلیس اروپا «یوروپل» را الزامی کرد.^{۴۲} از این رو در سال ۱۹۹۷ یک گروه مقدماتی به تدوین نقش یوروپل در مبارزه با تروریسم پرداخت

^{۳۹} کتاب "Routledge Handbook of International Human Rights Law" مقاله "The European System and Approach" نوشته "Philip Leach" ترجمه روشن بین، سجاد.

^{۴۰} گروه «TREVI» شبکه یا انجمنی بین حکومتی و متشکل از وزیران دادگستری دوازده کشور عضو جامعه اروپا بود که در دوم سپتامبر ۱۹۷۵ و در جلسه شورای اروپا تاسیس شد. گروه تریوی توسط مقامات پلیس اروپا و در راستای تبادل اطلاعات و فراهم کردن کمک‌های متقابل علیه تروریسم و جنایات بین‌المللی تشکیل شد.

^{۴۱} صباغیان، علی. و سروستانی، عباس. سیاست‌های ضدتروریستی اتحادیه اروپا؛ روندها، کارآمدی و چشم‌انداز، فصلنامه مطالعات راهبردی، ش ۷۹، ص ۱۴۱.

^{۴۲} صباغیان، علی. و سروستانی، عباس. سیاست‌های ضدتروریستی اتحادیه اروپا؛ روندها، کارآمدی و چشم‌انداز، فصلنامه مطالعات راهبردی، ش ۷۹، ص ۱۴۱.

یوروپل از سال ۱۹۹۸ عملیاتی شد. اما با وجود گسترش همکاری‌های پلیسی تا زمان ۱۱ سپتامبر به دلیل مقاومت کشورها در برابر واگذاری بخشی از حاکمیت خود به ویژه در زمینه‌های امنیتی به جامعه اقتصادی اروپا و سپس اتحادیه اروپا تقریباً به صورت محدود باقی ماند.^{۴۳} بمب‌گذاری‌های مرگبار ۱۱ مارس ۲۰۰۴ مادرید که ۱۹۰ کشته و حداقل ۱۴۰۰ زخمی بر جای گذاشت و مسئولیت آن را القاعده بر عهده گرفت، موجی از ترس و وحشت را در سراسر اروپا ایجاد نمود. رؤسای کشورها و دولت‌های ۲۵ عضو اتحادیه اروپا اجلاس شورای اروپایی را با بحث و بررسی در رابطه با اقدامات ضدتروریستی آغاز نموده و طرح اقدامی که توسط وزرای خارجه و کشور آماده شده بود را در تاریخ ۲۵ مارس ۲۰۰۴ به تصویب رساندند.^{۴۴}

بر اساس این طرح حمله به یک کشور، حمله به تمامی کشورهای عضو تلقی شده و کشورهایی که گریبان‌گیر حملات تروریستی گردیده، مستحق دریافت کمک اعم از نظامی و ... می‌باشند. اقدام دیگر آنها معرفی معاون سابق وزیر کشور هلند آقای Gijs de Vrejs به عنوان آقای تروریسم و هماهنگ کننده امور مربوط به مبارزه علیه تروریسم بود.^{۴۵}

همچنین رهبران اتحادیه اروپا به منظور تصویب مقررات جنجالی کنترل و نگهداری اطلاعات موجود در مراودات میان افراد توسط سرویس‌دهندگان، ژوئن ۲۰۰۵ را به عنوان یک ضرب‌الاجل تعیین نمودند. مقررات جدید سرویس‌دهندگان تلفن‌ها و خطوط اینترنتی را ملزم می‌نمود تا اطلاعات ناشی از مراودات افراد را تا سه سال نگهداری نموده و در صورت لزوم و نیاز در اختیار سازمان‌های اطلاعاتی قرار دهند؛ توقیف، مصادره و ضبط اموال تروریست‌ها و برخورد با جرایم آنها نیز اقدامات دیگر اروپا در مقابله با تروریسم به شمار می‌آید.^{۴۶} اولویت دادن اتحادیه اروپا در زمینه مشارکت و همکاری بهتر اطلاعاتی میان کشورها در این مبارزه سهم بسزائی را در موفقیت‌های چشمگیر آنها دارد.

^{۴۳} صباغیان، علی. و سروستانی، عباس. سیاست‌های ضدتروریستی اتحادیه اروپا؛ روندها، کارآمدی و چشم‌انداز، فصلنامه مطالعات راهبردی، ش ۷۹، ص ۱۴۱.

^{۴۴} منصوری کلیبر، سید احمدرضا. و نیکخواه، رضا. نقش اتحادیه اروپا در تحقق صلح جهانی، ص ۱۴۳.

^{۴۵} منصوری کلیبر، سید احمدرضا. و نیکخواه، رضا. نقش اتحادیه اروپا در تحقق صلح جهانی، ص ۱۴۳.

^{۴۶} منصوری کلیبر، سید احمدرضا. و نیکخواه، رضا. نقش اتحادیه اروپا در تحقق صلح جهانی، ص ۱۴۵.

نقش اتحادیه اروپا در صلح جهانی... / روشن بین ۱۰۱

مثلا اتحادیه اروپا زمانی به کشورهای فقیر کمک مالی می‌کند که آنها همکاری اطلاعاتی و عملیاتی با این اتحادیه داشته باشند. اعطای غرامت به قربانیان ترور و خانواده‌هایشان و اقدام علیه تأمین منابع مالی تروریسم نیز شکلی دیگر از مبارزه اروپا با تروریسم است.

۶. اروپا و سلاح‌های کشتار جمعی

در سال ۲۰۰۳ خاویر سولانا نماینده عالی اتحادیه اروپا در امور سیاست خارجی و امنیتی مشترک^{۴۷}، عناصر راهبرد امنیتی اروپا را در طرحی به نام «اروپای امن در دنیایی بهتر» ارائه داد. بر اساس پیش‌نویس راهبرد تهیه شده توسط سولانا، تکثیر سلاح‌های کشتار جمعی «مهم‌ترین تهدید نسبت به صل و امنیت در میان ملت‌هاست.»^{۴۸} با وجود اینکه معاهدات بین‌المللی و نظام کنترل صادرات، موانعی بر سر راه گسترش سلاح‌های بیولوژیکی، شیمیایی و هسته‌ای هستند ولی در جهان کنونی با توسعه فن‌آوری و وجود مسابقه تسلیحاتی بین کشورها، خطر گسترش این تسلیحات بیش از گذشته موجبات نگرانی اتحادیه اروپا را در حمایت از جامعه بشری، فراهم نموده است.^{۴۹}

همین مساله، امکان دستیابی به این سلاح‌ها را از سوی گروه‌های تروریستی، محتمل‌تر کرده است. در راهبرد امنیتی اروپا نیز بر وحشتناک بودن این پدیده تأکید شده، بطوری که یک گروه کوچک از این دست می‌تواند ضرباتی با مقیاس گسترده وارد نماید که پیش‌تر در تاریخ، تنها دولت‌ها از عهده آن بر می‌آمدند. اگرچه تعداد حملات تروریستی در سال ۲۰۱۹ کاهش یافته بود، اما رویدادهای سال بعد در فرانسه و اتریش نشان داده است که تهدید تروریسم در اتحادیه اروپا همچنان بالاست.^{۵۰}

⁴⁷ (PSFC)

⁴⁸ منصوری کلیبر، سید احمد رضا. و نیکخواه، رضا. نقش اتحادیه اروپا در تحقق صلح جهانی، ص ۱۴۷.
⁴⁹ رضایی، و شکری، مرتضی. و یاور، عسل. (۱۴۰۱). سند راهبردی امنیتی اتحادیه اروپا در مقابله با گسترش تسلیحات بیولوژیک.

⁵⁰ رضایی. و شکری، مرتضی. و یاور، عسل. (۱۴۰۱). سند راهبردی امنیتی اتحادیه اروپا در مقابله با گسترش تسلیحات بیولوژیک.

بنابراین، کشورها از دستور کار کمیسیون برای مبارزه با تروریسم و زیست‌تروریسم^{۵۱} استقبال می‌کنند و بر اهمیت اتخاذ رویکردی جامع در پیشگیری و مقابله با تروریسم و زیست‌تروریسم، ترکیب سیاست‌های امنیتی، آموزشی، اجتماعی، فرهنگی و ضد تبعیض و مشارکت همه ذی‌نفعان مربوط، تأکید می‌ورزند.

۷. اروپا و غرب آسیا

مسئله فلسطین

در گذشته فلسطین بخشی از امپراطوری عثمانی بود و با شکست امپراطوری مزبور قیمومت فلسطین توسط جامعه ملل به بریتانیا تفویض گردید و تا ۱۹۴۸ هم ادامه داشته است.^{۵۲} موسو در کتابی تحت عنوان «سیاست خارجی اتحادیه اروپایی در قبال روند صلح اسرائیل و فلسطین» این سیاست خارجی را به سه مقطع تاریخی تقسیم کرده است. اولین مقطع از ۱۹۶۹ تا ۱۹۹۰ در قالب همکاری‌های سیاسی اروپا، دومین مقطع از ۱۹۹۰ تا ۱۹۹۹ و سومین مقطع پس از سال ۲۰۰۰.^{۵۳}

نخستین اقدام در جهت آغاز روند صلح غرب آسیا پس از پایان جنگ سرد، مذاکرات صلح مادرید (۱۹۹۱) بود اما به دلیل مخالفت اسرائیل با نقش آفرینی اروپا، اتحادیه نقشی فراتر از یک ناظر در مذاکرات نیافت. در سال ۱۹۹۳ قرارداد اسلو میان اسرائیل و ساف^{۵۴} به امضاء رسید. ساف^{۵۵} در موافقتنامه اسلو اسرائیل را به رسمیت شناخته و کاربرد خشونت را

^{۵۱} إرهاب بیولوجی Bioterrorism

زیست‌تروریسم انتشار عمدی ویروس‌ها، باکتری‌ها، سموم یا سایر عوامل مضر برای ایجاد بیماری یا مرگ در افراد، حیوانات یا گیاهان است.

<https://www.interpol.int/en/Crimes/Terrorism/Bioterrorism>

^{۵۲} رضانی قوام‌آبادی، محمدحسین. (۱۳۹۵). از شناسایی دولت فلسطین تا عضویت در دیوان کیفری بین‌المللی، در بخش مقدمه.

^{۵۳} صباغیان، علی. و پارسایی، سید مهدی. (۱۳۹۷). عوامل بیرونی موثر بر نقش آفرینی اتحادیه اروپا در قبال مسئله فلسطین، فصلنامه پژوهش‌های روابط بین‌الملل، دوره هشتم، ص ۱۹۸.

^{۵۴} سازمان آزادی‌بخش فلسطین (مُنظَمَةُ التَّحْرِیرِ الفَلَسْطِینیَّة).

^{۵۵} سازمان آزادی‌بخش فلسطین در سال ۱۹۶۴ تاسیس شد. ساف در اصل یک سازمان نظامی نبود، جنبش‌های نظامی بعد از جنگ ۱۹۶۵ تاسیس شدند. این سازمان کارش را برای رفع نیازهای اقتصادی، اجتماعی فلسطینیان آغاز کرد. ساف در سال ۱۹۷۴ وضعیت ناظر در مجمع عمومی را کسب کرد و دارای نمایندگی دائم ناظر در مقر

نقش اتحادیه اروپا در صلح جهانی... / روشن بین ۱۰۳

محکوم کرد؛ در مقابل اسرائیل نیز ساف را به عنوان نماینده قانونی مردم فلسطینی به رسمیت شناخت.^{۵۶} اروپایی‌ها به رغم عدم حضور رسمی در این مذاکرات، قرارداد اسلو را نوعی پیروزی برای خود قلمداد می‌کردند. اول در جهت اثبات فرضیه خود مبنی بر اینکه هیچ پیشرفتی در صلح حاصل نمی‌شود، مگر آنکه پیش از آن، دو طرف متخاصم یکدیگر را به رسمیت بشناسند؛ و دوم اینکه اروپایی‌ها از نقش نروژ در پیشبرد مذاکرات در شرایطی که تلاش‌های آمریکا با مانع مواجه شده بود، احساس رضایت می‌کردند.^{۵۷}

قرارداد اسلو^{۵۸} موجب شد تا اروپا که نقش بزرگ‌ترین تأمین‌کننده مالی روند صلح را داشت، در جستجوی نقش سیاسی بزرگتری در آینده برآید.^{۵۹} پس از آن درحالی که آمریکا موفق نشده بود اسرائیل، سوریه و لبنان را بر سر یک میز مذاکره برای همکاری گردهم آورد، اروپا در ادامه سیاست‌های مدیترانه‌ای خود که از سال ۱۹۹۲ آغاز شد، توانست این سه کشور را در قالب روند بارسلون یا اروپا-مدیترانه^{۶۰} (۱۹۹۵) ^{۶۱} ^{۶۲} در کنار هم قرار دهد. در اکتبر ۱۹۹۶ شورای وزیران اروپا در بیانیه‌ای با ابراز نگرانی عمیق از ناآرامی‌های غزه، اسرائیل را مسئول توقف روند مذاکرات صلح و همچنین افزایش خشونت در منطقه معرفی کرد. در همین سال بود که اتحادیه اروپا موریتانوس را به عنوان نماینده ویژه اتحادیه در روند صلح غرب آسیا و شمال آفریقا (خاورمیانه) انتخاب کرد.

سازمان ملل در نیویورک و در ژنو شد. با صدور اعلامیه استقلال فلسطین توسط شورای ملی فلسطین در ۱۵ نوامبر ۱۹۸۸ مجمع عمومی سازمان ملل در دسامبر همان سال به موجب قطعنامه‌ای فلسطین را جایگزین سازمان آزادی‌بخش فلسطین شناخت.

^{۵۶} رضانی قوام‌آبادی، محمدحسین. (۱۳۹۵). از شناسایی دولت فلسطین تا عضویت در دیوان کیفری بین‌المللی، در بخش مقدمه.

^{۵۷} منصوری کلپبر، سید احمدرضا. و نیکخواه، رضا. نقش اتحادیه اروپا در تحقق صلح جهانی، ص ۱۴۷.

^{۵۸} اتفاقاً اوسلو Oslo Agreement

^{۵۹} منصوری کلپبر، سید احمدرضا. و نیکخواه، رضا. نقش اتحادیه اروپا در تحقق صلح جهانی، ص ۱۴۷.

^{۶۰} الإتحاد من أجل المتوسط (The Union for the Mediterranean)

^{۶۱} بر اساس اعلامیه پایانی اجلاس اروپا-مدیترانه هدف از این اجلاس «تبدیل حوزه مدیترانه به منطقه گفتگو، مبادله و همکاری تضمین‌کننده صلح، ثبات و رفاه بیان شده است.»

^{۶۲} According to the 1995 Barcelona Declaration, the aim of the initiative was summed up as: "turning the Mediterranean basin into an area of dialogue, exchange and cooperation guaranteeing peace, stability and prosperity."

وظایف محول شده به وی عبارت بود از:

۱. برقراری و حفظ تماس نزدیک با کلیه طرف‌ها در روند صلح.
۲. انتقال پیشنهادات اتحادیه به طرفین درگیر و مشارکت در امضای موافقت‌نامه‌های روند صلح به منظور ارتقای تطابق آن با نرم‌های اساسی مردم‌سالاری از جمله رعایت حقوق بشر و قواعد قانونی.
۳. نظارت بر اقدامات هریک از طرفین که احتمالاً سبب لطمه زدن به نتایج کلی مذاکرات می‌گردد.^{۶۳} اتحادیه اروپا پس از این اقدام در چند بیانیه مهم از جمله لوکزامبورگ، مایورکا، برلین، سویل در ۱۹۹۷، ۱۹۹۸، ۱۹۹۹ و ۲۰۰۲ مواضع شفاف و صریح در قبال منازعه اتخاذ و خطمشی خود را در پی‌گیری صلح اعلام کرد. درحالی که در فضای دهه ۱۹۹۰ فضای سیاست بین‌الملل چندجانبه‌گرایی را تجربه می‌نمود و روند صلح اعراب-اسرائیل در مجموع برای اروپایی‌ها امیدوارکننده بود، اما سه عامل در ابتدای قرن بیست و یکم روابط روبه‌گسترش یورو-مدیترانه را دچار مشکل کرد.
- یک‌جانبه‌گرایی و تمرکز بر تروریسم به ضرر مردم‌سالاری به بهانه ۱۱ سپتامبر، به بن بست رسیدن صلح اعراب-اسرائیل و حمله آمریکا به عراق که موجب بی‌ثباتی بیشتر در مدیترانه شد. مسائل مذکور ابعاد منطقه‌ای و زیر منطقه یورو-مدیترانه را دچار سستی کرد و همکاری‌های منطقه‌ای میان رژیم صهیونیستی و کشورهای عربی مدیترانه را به اغماز برد.^{۶۴} سال‌های پس از انتفاضه، اروپا از طرح‌ها و مواضع آمریکا در قبال موضوع حمایت می‌کرد؛ مانند اجلاس شرم‌الشیخ.^{۶۵}

^{۶۳} منصورى كليبر، سيد احمد رضا. و نيكخواه، رضا. نقش اتحاديه اروپا در تحقق صلح جهاني، ص ۱۴۹.

^{۶۴} صباغیان، علی. و پارسایی، سيد مهدی. (۱۳۹۷). عوامل بیرونی موثر بر نقش‌آفرینی اتحادیه اروپا در قبال مسئله فلسطین، فصلنامه پژوهش‌های روابط بین‌الملل، دوره هشتم، ص ۱۹۹.

^{۶۵} در اواخر سال ۲۰۰۰ اجلاسی با حضور روسای جمهور آمریکا، مقاماتی از مصر، اردن، حکومت خودگردان فلسطینی، اسرائیل، اتحادیه اروپا و سازمان ملل در شرم‌الشیخ مصر برگزار شد. در پایان مقرر شد کمیسیونی به ریاست «جرج میچل» آمریکایی و حضور «خاویر سولانا» جهت بررسی ریشه‌های خشونت و نیز یافتن راه حل برای توقف آن برگزار گردد.

نقش اتحادیه اروپا در صلح جهانی... / روشن بین ۱۰۵

البته حمایت اروپا از آمریکا تا حدود زیادی نیز از تغییر در رویکرد اعلامی آمریکا در خصوص مسأله فلسطین از جمله اعلام حمایت جرج بوش از نظریه دو دولت نشأت می‌گرفت.^{۶۶} یکی از سرفصل‌های اصلی سیاست خارجی اتحادیه اروپا در ابتدای دهه دوم قرن بیست و یکم در قبال مسأله اعراب - اسرائیل، حمایت از ارتقاء جایگاه حقوقی - بین‌المللی فلسطین به عنوان یک دولت در عرصه سیاست جهانی بود. نظریه دو دولت که جزء اصول اصلی رویکرد اروپا در قبال بحران است از سال‌های پس از توافق اسلو در حالت تکوین و رشد تدریجی بود. فلسطینی‌ها در سال ۲۰۱۱ به دنبال ارتقاء جایگاه خود از یک ناظر^{۶۷} به یک دولت عضو^{۶۸} بودند که پس از ناکامی در سال ۲۰۱۲ به وضعیتی حدفاصله‌ای دو یعنی دولت ناظر غیر عضو^{۶۹} بسنده کردند.

در این مسیر مجدداً از اروپا صدای واحدی شنیده نشد و دول عضو اروپا به سه دسته تقسیم شدند؛ گروهی از کشورها شامل فرانسه به قطعنامه رای مثبت دادند. گروهی دیگر از دستورالعمل ۲۰۱۳، سیاست اتحادیه اروپایی در قبال منازعه فلسطین در دوران اخیر را وارد فضای نوینی کرد. این دستورالعمل در ۱۸ جولای ۲۰۱۳ از سوی کمیسیون اروپایی صادر شد. براساس دستورالعمل ۲۰۱۳ هرگونه سرمایه‌گذاری و تعامل اقتصادی و نیز همکاری در سایر زمینه‌ها میان اروپا اسرائیل از جمله مراودات تحقیقاتی، بورسیه و تبادلات فرهنگی و رای مرزهای سبز ۱۹۶۷ شامل کرانه باختری، غزه و بلندی‌های جولان از ابتدای سال ۲۰۱۴ تا سال ۲۰۲۰ ممنوع است. این دستورالعمل در واقع به دنبال استفاده اروپا از اهرم تحریم اقتصادی جهت پیشبرد سیاست‌های خود در قبال فرایند صلح به خصوص زنده نگه داشتن رویکرد دو-دولت است. طبق این دستورالعمل اروپا حاکمیت اسرائیل بر سرزمین‌های اشغال شده پس از ۱۹۶۷ را به رسمیت نمی‌شناسد.^{۷۰}

^{۶۶} صباغیان، علی. و پارسایی، سید مهدی. (۱۳۹۷). عوامل بیرونی موثر بر نقش‌آفرینی اتحادیه اروپا در قبال مسأله فلسطین، فصلنامه پژوهش‌های روابط بین‌الملل، دوره هشتم، ص ۱۹۹.

^{۶۷} Observer مراقب

^{۶۸} Full Membership عضویه کامله

^{۶۹} Non-Member State دوله غیر عضو

^{۷۰} صباغیان، علی. و پارسایی، سید مهدی. (۱۳۹۷). عوامل بیرونی موثر بر نقش‌آفرینی اتحادیه اروپا در قبال مسأله فلسطین، فصلنامه پژوهش‌های روابط بین‌الملل، دوره هشتم، ص ۲۰۵.

سیاست‌های اروپا در خصوص راه حل دو- دولت با اقدامات توسعه‌طلبانه میدانی دولت افراطی نتانیا هو و درسایه رویکرد دونالد ترامپ رئیس‌جمهور سابق آمریکا مبنی بر انتقال سفارت آمریکا از تل آویو به بیت‌المقدس در ماه دسامبر ۲۰۱۷ و فاصله گرفتن او از سیاست دو- دولت، شدیداً در معرض نابودی قرار گرفته است. رویکرد اروپا ظرف دهه‌های گذشته مبنی بر تشکیل دولت فلسطینی در کرانه باختری، نوار غزه و بیت‌المقدس شرقی و نیز تعیین مرزهای ۱۹۶۷ به عنوان مرزهای اسرائیل و فلسطین در سایه مولفه‌های فوق عملاً در حال فروپاشی قرار گرفت. مخصوصاً اینکه اروپا معمولاً در مواقع وخامت روند به اصطلاح صلح از آمریکا تقاضای استفاده از توان دیپلماتیک و قدرت میانجی‌گری می‌کرد اما در شرایط دولت ترامپ، سیاست‌های کاخ سفید درست در مقابل راهکار نیل به صلح بر مبنای دو دولت بود.^{۷۱} سرانجام پس از انتخابات ۲۰۲۰ آمریکا و با روی کار آمدن «جو بایدن» سیاست‌های ایالات متحده تغییر کرده و رئیس‌جمهور جدید آمریکا موضعی هم‌سو با اتحادیه اروپا گرفته و از سیاست «دو- دولت» حمایت کرده است.^{۷۲} موضعی که بعید است برای آمریکا ثابت بماند.

^{۷۱} صباغیان، علی. و پارسایی، سید مهدی. (۱۳۹۷). عوامل بیرونی موثر بر نقش‌آفرینی اتحادیه اروپا در قبال مسئله فلسطین، فصلنامه پژوهش‌های روابط بین‌الملل، دوره هشتم، ص ۲۰۶.

^{۷۲} www.parsi.euronews.com

نقش اتحادیه اروپا در صلح جهانی... / روشن بین ۱۰۷

نتیجه‌گیری

به سبب آنچه که از اقدامات اروپاییان در اتحادیه اروپا بیان شد متوجه می‌شویم که همه نهادهای زیرمجموعه اتحادیه اروپا و شورای اروپا برای مقابله با هرگونه خرابی و فساد در زمینه‌های مختلف مانند حقوق بشر، منع گسترش سلاح‌های کشتار جمعی، و هرآنچه صلح را در اروپا و جهان و غرب آسیا به هم می‌زند، اراده‌ای جدی دارد و تلاش‌های بسیاری برای به وجود آوردن صلح انجام داده است که برخی تا به امروز نتیجه بخش بوده و برخی دیگر خیر.

در مسئله فلسطین هم اروپا با توجه به اینکه با اتخاذ موضعی میانه آمریکا و اعراب در برهه‌ای از تاریخ و آمریکا و ایران در زمان حاضر می‌خواهد صلح را به سرزمین فلسطین برگرداند سعی در جلب نظر آمریکا از یک‌سو و مخالفان اشغالگری اسرائیل از سوی دیگر داشته، اما با تیزتر شدن نزاع و درگیری، باید دید که آیا بازهم بر سر موضع خود که تشکیل دو- دولت (اشغالگر و اشغال شده) است، خواهد ایستاد یا خیر. اما به نظر می‌رسد صلح، تنها از طریق ایجاد همه‌پرسی میان ساکنان بومی سرزمین فلسطین برای انتخاب حاکمیت مورد علاقه خود صورت خواهد گرفت، نه از راه‌های دیگر.

۱۰۸ دوفصلنامه دانش‌پژوهان / شماره ۷۰ / ویژه‌نامه حقوق / صص ۹۱-۱۰۸

کتابنامه

- {کتاب:} راغب اصفهانی، حسین بن محمد. مفردات الفاظ القرآن، و زکریا، أحمد بن فارس. معجم المقاییس اللغه.
- {کتاب:} فراهیدی، خلیل بن أحمد. کتاب العین، و أبو القاسم اسماعیل بن عبّاد، المحيط فی اللغه.
- {کتاب:} منصورى کلبیر، سید احمد رضا. و نیکخواه، رضا. نقش اتحادیه اروپا در تحقق صلح جهانی.
- {کتاب:} منشور ملل متحد، ترجمه ایرانیک هاشمی، عامر. براساس ترجمه طالقانی، محمدعلی. و زندی، هوشنگ.
- {کتاب:} موسی زاده، رضا. سازمان‌های بین‌المللی، صص ۳۰۶-۳۰۸.
- {مقاله:} صباغیان، علی. و سروستانی، عباس. سیاست‌های ضدتروریستی اتحادیه اروپا؛ روندها، کارآمدی و چشم‌انداز، فصلنامه مطالعات راهبردی، ش ۷۹، صص ۱۴۱.
- {کتاب:} رضایی، و شکری، مرتضی. و یاور، عسل. (۱۴۰۱). سند راهبردی امنیتی اتحادیه اروپا در مقابله با گسترش تسلیحات بیولوژیک.
- {کتاب:} رمضانی قوام‌آبادی، محمدحسین. (۱۳۹۵). از شناسایی دولت فلسطین تا عضویت در دیوان کیفری بین‌المللی، در بخش مقدمه.

استرداد مجرمین از خارج از کشور

حمید قاسم‌زاده*

چکیده

یکی از چالش‌های قضائی، رسیدگی به جرایمی است که ایرانیان در خارج از قلمرو حاکمیت نظام جمهوری اسلامی ایران مرتکب می‌شوند. البته بحث استرداد در کشورهای دیگر نیز دارای اهمیت به سزایی است. مسائلی مانند حفظ ارزش و اعتبار دین و همچنین مقابله با مسائلی که امنیت نظام‌های سیاسی را تهدید می‌کند، باعث می‌شود کشورها قدری از قوانین بین‌المللی فاصله گرفته و خود را در رسیدگی به جرایمی که در خارج از کشور واقع شده دارای حق رسیدگی بدانند. استرداد مجرمان یکی از موارد مهمی است که در علم حقوق به جد مورد توجه قرار گرفته و به نوعی با عدالت کیفری و حقوق بین‌الملل نیز در ارتباط است.

گاهی مجرمان برای فرار از قانون، از کشور محل وقوع جرم گریخته و به کشور دیگری برای عدم دسترسی به او پناه می‌برند، که این دست موارد باعث شده تا کشورها قوانین و معاهداتی را برای رسیدگی و حل و فصل آنان وضع نمایند. با توجه به موارد ذکر شده و همچنین اهمیت بحث استرداد، در مقاله حاضر بر آن شدیم، تا در دو فصل به بررسی مفاهیم، کلیات و تاریخچه و همچنین مباحث مربوط به صلاحیت‌ها و بررسی پرونده‌های مطرح شده در نظام حقوقی کشورمان بپردازیم.

واژگان کلیدی: استرداد مجرمین، موانع استرداد، حقوق بین‌الملل، اینترپل.

* کارشناسی ارشد جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه مفید، قم، ایران.

مقدمه

بزهکاری یکی از پدیده‌های تهدیدآمیز علیه بشریت و دولت‌ها محسوب می‌گردد و مجرمان در طول تاریخ به دنبال فرار از مجازات و عواقب افعال مجرمانه خود به دنبال خروج از مرزهای وقوع جرم بوده‌اند. رفته رفته با پیشرفت تکنولوژی، وسایل ارتباطی و حمل و نقل، شیوه ارتکاب جرم را تغییر داده و خارج از مرزهای قانون شروع به سوءاستفاده و ارتکاب جرم نموده‌اند. بدین ترتیب دولت‌ها برای مقابله با سوءاستفاده این افراد دست به تشکیل و ایجاد قواعد و قراردادهای خاصی نمودند که مجرمان را با شرایط خاصی به دولت‌های مبدأ مسترد نمایند. این امر باعث شد که مجرمان متوجه این موضوع باشند که در هر نقطه از جهان مرتکب رفتار مجرمانه شوند، تحت شرایط و قوانین وضع شده در دولت‌های مبدأ و مقصد، بالأخره به کشور خود مسترد می‌گردند و به کیفر اعمال خود می‌رسند.

در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مواد ۵، ۶ و ۷ می‌توان اصل صلاحیت واقعی و شخصی را مشاهده نمود و اشعار قانون‌گذار داخلی به این موضوع را دریافت که در ادامه به توضیح آن خواهیم پرداخت. ما در این نوشتار درصدد آن هستیم که به بیان وقوع جرم در خارج از کشور و چگونگی استرداد و محاکمه این قبیل مجرمین بپردازیم.

فصل اول

استرداد مجرمین

یکی از چالش‌های قضائی، رسیدگی به جرایمی است که ایرانیان در خارج از قلمرو حاکمیت نظام جمهوری اسلامی ایران مرتکب می‌شوند، البته بحث استرداد در کشورهای دیگر نیز دارای اهمیت بالایی است. اغلب کشورها تلاش کرده‌اند با استفاده از اصول و مبانی حقوق بین‌الملل خصوصی این مسائل را برطرف کنند. اما مسائلی مانند حفظ ارزش و اعتبار دین و همچنین مقابله با مسائلی که امنیت نظام‌های سیاسی را تهدید می‌کند باعث می‌شود تا کشورها قدری از قوانین بین‌المللی فاصله گرفته خود را در رسیدگی به جرایمی که در خارج از کشور واقع شده

استرداد مجرمین از خارج از کشور / قاسم‌زاده ۱۱۱

نیز دارای حق رسیدگی بدانند. در این فصل به بررسی مفهوم، انواع، موانع و نحوه استرداد مجرمین خواهیم پرداخت.

مبحث اول: کلیات و مفاهیم

استرداد مجرمان یکی از موارد مهمی است که در علم حقوق به جد مورد توجه قرار گرفته و به نوعی با عدالت کیفری و حقوق بین‌الملل نیز در ارتباط است، گاهی مجرمان برای فرار از قانون، از کشور محل وقوع جرم فرار کرده و به کشور دیگری برای عدم دسترسی به او و فرار از مجازات پناه می‌برند، در چنین مواردی کشورها برای اینکه اجازه ندهند مجرمان از مجازات فرار کنند و بدون کیفر باقی بمانند تدابیری اندیشیده و قوانین و مقرراتی را در کشور خود وضع نموده و معاهداتی را به اشکال دو یا چند جانبه با کشورهای دیگر به امضا رسانده‌اند.

گفتار اول: بررسی مفهوم استرداد

استرداد در لغت به معنی «بازپس چیزی کردن، داده را واپس خواستن و پس گرفتن است»^۱ و در اصطلاح حقوقی به مجموعه اقداماتی گفته می‌شود که در راستای آن کشوری که در آن جرم واقع شده، تقاضای استرداد مجرم را از کشور مقصد مجرم خواهد داشت.

اصل حاکمیت دولت‌ها ایجاب می‌کند که هر دولت در مورد تعقیب یا عدم تعقیب جرایمی که در قلمرو همان کشور اتفاق افتاده است تصمیم بگیرد. با این ترتیب این امکان وجود دارد که مجرمی که به داخل خاک کشور دیگر وارد می‌شود از مجازات اعمال خود معاف بماند. از طرف دیگر حتی در صورتی که کشوری که مجرم به آنجا فرار کرده، به تعقیب و مجازات جرم ارتكابی خارج از قلمرو خود بپردازد، بدون شک این کشور، از نظر تعقیب و مجازات جرم ارتكابی ارجحیت دارد. به همین جهت به خاطر آنکه محاکمه و مجازات مجرمین امکان‌پذیر باشد بین دولت‌های مختلف قرداد استرداد منعقد می‌گردد.

^۱ واژه یاب، لینک: <https://yun.ir/gvt70g>

گفتار دوم: تاریخچه استرداد

علی‌رغم اینکه مسئله استرداد اخیراً اهمیت زیادی پیدا کرده اما یک مسئله جدیدی نیست «در روابط ایران و یونان باستان بارها اتفاق می‌افتاد که یکی از اتباع دو کشور که متهم به بزهکاری بخصوص علیه سلطنت حاکم وقت بود به کشور دیگر فرار می‌کرد و استرداد او مورد تقاضای کشور متبوعش قرار می‌گرفت و در قراردادهای صلح، معمولاً ترتیب استرداد اینگونه اشخاص نیز پیش‌بینی می‌شد.

از دوران قرون وسطا نیز مصادیق متعددی از قراردادهای استرداد بجا مانده است، مثلاً: قرارداد سال ۱۱۷۴ بین هانری دوم پادشاه انگلستان و گیوم پادشاه اسکاتلند یا قرارداد ۱۳۰۳ بین ادوارد سوم پادشاه انگلستان و فیلیپ لوبل^۲ «در تاریخ اسلام نیز نمونه‌ای از این نوع قرارداد را می‌توان در عقد صلحی که بین پیامبر اسلام (صلی‌الله‌علیه و آله و سلم) و قبیله قریش امضا شد، مشاهده کرد. منتها این قرارداد استرداد یک طرفه بوده که پس از نقض مفادی از صلح‌نامه از سوی قریش در سوره ممتحنه آیه ۱۰ فسخ می‌شود.

در قسمتی از این صلح‌نامه آمده است: «... هر که از قریش بدون اذن ولی خود نزد محمد بیاید، محمد او را به قریش بازگرداند و هر که از محمد نزد قریش بیاید قریش او را بر نمی‌گرداند»^۳ در اروپا به تدریج از قرن هجدهم به بعد استرداد جنبه بین‌المللی به خود گرفت. در سال ۱۸۳۳ بلژیک اولین کشوری بود که در مورد استرداد قانون تهیه نمود. در ایران اولین قرارداد استرداد مجرمین قراردادی است که در سال ۱۳۰۷ با دولت افغانستان و پس از آن قراردادهای استرداد با عراق، ترکیه، پاکستان پاکستان و فرانسه منعقد شد. در نهایت در اردیبهشت سال ۱۳۳۹ قانون استرداد مجرمین ایران در ۲۶ ماده به تصویب رسید.

مبحث دوم: انواع، فایده، مبنا و موانع استرداد مجرمین

با توجه به اینکه قانون بین‌المللی در خصوص استرداد وجود ندارد، ممکن است این امر از طرق

^۲ پژوهه، استرداد مجرمین، ۱۳۹۳، لینک: <https://yun.ir/vpw221>

^۳ پژوهه، همان.

استرداد مجرمین از خارج از کشور / قاسم‌زاده ۱۱۳

قراردادهای دو یا چندجانبه بین کشورهای مختلف منعقد گردد و یا اینکه کشوری بطور مستقل و در قوانین داخلی خود پیش بینی استرداد در مورد اتباع بیگانه را بکند. ماده‌ی ۱ قانون راجع به استرداد مجرمین بیان می‌دارد: «در مواردی که بین دولت ایران و دول خارجه قرارداد استرداد منعقد شده، استرداد طبق شرایط مذکور در قرارداد به عمل خواهد آمد و چنانچه قرارداد منعقد نشده و یا اگر منعقد گردیده حاوی تمام نکات لازم نباشند، استرداد طبق مقررات این قانون به شرط معامله متقابل به عمل خواهد آمد»

گفتار اول: انواع و حق تقدم در استرداد مجرمین

در این گفتار با توجه به اهمیت استرداد به بررسی انواع و حق تقدم در استرداد مجرمین خواهیم پرداخت.

۱. انواع استرداد مجرمین

۱-۱. **استرداد اجباری:** در صورتی که شخص در قلمرو حاکمیت دولت متبوع خود مرتکب جرمی شود و به کشور دیگر فرار کند، چنانچه بین دولت متقاضی و دولتی که مرتکب به آن کشور فرار کرده، قرارداد استرداد وجود داشته باشد با رعایت سایر شرایط مقرر در قرارداد، استرداد مجرم اجباری خواهد بود.

۱-۲. **استرداد اختیاری:** در صورتی که بین دولت متقاضی استرداد و دولت متقاضی عنه قرارداد استردادی وجود نداشته باشد، و یا بین آن دو کشور قرارداد استرداد وجود داشته باشد ولی خارج از شمول در قرارداد استرداد باشد، قبول یا رد استرداد از سوی دولت متقاضی عنه اختیاری خواهد بود.

۲. حق تقدم در استرداد مجرمین

بر اساس ماده‌ی ۹ و ۱۰ قانون راجع به استرداد مجرمین؛ در صورتی که چند دولت تقاضای رد مجرمی را به دلیل ارتکاب یک عمل مجرمانه واحدی بنمایند، شخص مورد تقاضا به دولتی مسترد می‌شود که جرم در قلمرو حاکمیت آن دولت یا علیه مصالح عمومی آن کشور ارتکاب یافته است. هرگاه تقاضای استرداد از طرف چند دولت و به سبب ارتکاب عمل مجرمانه متعددی

صورت گرفته باشد، شخص مورد تقاضا به دولتی که حق تقدم خواهد داشت تسلیم می شود. حق تقدم در این موارد با توجه به اهمیت جرم و محل وقوع آن و تاریخ تقاضای رد و تعهدی که دول تقاضاکننده نسبت به رد مجدد مجرم می نمایند، معین خواهد شد.

گفتار دوم: مبنا و فایده‌ی استرداد مجرمین

مبنای استرداد مجرمین به ترتیب عبارت اند از:

۱. معاهدات بین دولت‌ها ۲. قوانین داخلی کشورها ۳. اصول عمومی حقوق ۴. عرف بین‌المللی ۵. شرط معامله متقابل

فایده‌ی استرداد مجرمین

استرداد مجرمین از دو جهت دارای فایده می باشد. اولین فایده استرداد این است که این امکان را می دهد تا شخصی که مرتکب جرمی شده به دلیل دور بودن از کشورش بدون کیفر باقی نماند و شخص بداند که به راحتی نمی تواند از دست قانون فرار کند، دومین فایده استرداد این است که برای کشوری که مورد تقاضای استرداد قرار گرفته این فرصت را فراهم می کند تا اشخاص نامطلوب را از کشور خود بیرون کند و به آنها اجازه ندهد تا کشورش را برای خود پناهگاه امنی بسازند.

گفتار سوم: موانع استرداد

اصل بر قابل استرداد بودن تمام جرایم می باشد، اما استثنائاتی وجود دارد که در آن شخص مورد تقاضا به دولت متقاضی مسترد نمی شود حتی اگر بین آن دو کشور معاهده استرداد نیز وجود داشته باشد، با توجه به اینکه موارد استثنا شده در بیشتر قوانین استرداد و معاهدات بین دولت‌ها یکسان می باشد در این گفتار به بررسی برخی از این موارد می پردازیم.

الف) اصل عدم استرداد اتباع

در جهت احترام به اصل حاکمیت دولت‌ها و به منظور حمایت هر دولت از اتباع خود و نشان دادن اقتدار حاکمیت، اتباع قابل مسترد به کشور متقاضی عنه نخواهد بود حتی اگر بین آن دو کشور معاهده استرداد وجود داشته باشد، این امر تقریباً بین تمام کشورها پذیرفته شده می باشد.

ب) اصل عدم استرداد مجرمین سیاسی

در همه معاهدات استرداد که بین کشورهای مختلف منعقد می‌گردد یا در قوانین استرداد که تصویب می‌شود، جرایم سیاسی از شمول مقررات استرداد مستثنی است، از قبیل موارد زیر:

۱. در صورتی که جرمی بر اساس آن درخواست استرداد صورت گرفته جرم سیاسی یا ماهیتاً سیاسی باشد یا مشخص گردد که درخواست استرداد، اتهام شخص مورد تقاضا، یا محاکمه یا مجازات آن به دلیل جرم سیاسی صورت گیرد.
۲. در صورتی که شخص مورد تقاضای استرداد، نزد طرف در خواسته شده از حق پناهندگی سیاسی برخوردار باشد.

پ) اصل عدم استرداد مجرمین نظامی

عدم استرداد مرتکبین جرایم نظامی یک اصل پذیرفته شده در حقوق بین‌الملل می‌باشد که در قوانین موضوعه کشورها و در اغلب معاهدات استرداد بین کشورهای مختلف گنجانده شده است، بنابراین مطابق این اصل هرگاه یک نظامی ایرانی در ارتباط با وظیفه‌ی خود در خارج از قلمرو حاکمیت نظام جمهوری اسلامی ایران مرتکب جرمی شود، حتی اگر بین کشور ایران و کشور متقاضی عهده معاهده استرداد نیز وجود داشته باشد، قابل استرداد نخواهد بود. جرایم نظامی عبارت اند از: قصور نظامیان در حفظ انضباط و تخلف از وظایفی که به مناسبت شغلی به آنها سپرده شده است.

ج) اصل عدم استرداد مجرمین در جرایم مشمول عفو و مرور زمان

عفو و مرور زمان از موارد سقوط مجازات‌ها می‌باشد، بنابراین با عفو یا مرور زمان جرم از گردونه کیفری خارج می‌شود و براساس معاهدات، جرایمی که مشمول عفو یا مرور زمان می‌شوند غیرقابل استرداد خواهند بود.

فصل دوم

صلاحیت دادگاه‌های ایران در رسیدگی به جرایم ارتكابی در خارج از کشور

باتوجه به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، اصول حاکم بر قلمرو اجرای قوانین جزایی در مکان عبارت‌اند از: اصل صلاحیت سرزمینی، واقعی، شخصی و جهانی، براساس ماده‌ی ۳ و ۴ این قانون در صورتی که تبعه‌ی ایرانی در داخل کشور مرتکب جرمی شوند یا هرگاه قسمتی از جرم یا نتیجه آن در خاک ایران واقع شود، دادگاه‌های ایران براساس اصل صلاحیت سرزمینی و بر اساس ماده‌ی ۵ و ۷ این قانون هرگاه تبعه‌ی ایرانی در خارج از کشور مرتکب جرمی شود، بر اساس اصل صلاحیت واقعی یا اصل صلاحیت شخصی قابل تعقیب و مجازات خواهد بود. در این فصل به بررسی این صلاحیت‌ها و نحوه رسیدگی خواهیم پرداخت.

مبحث اول: بررسی صلاحیت‌های واقعی و شخصی

در قانون مجازات اسلامی برای مواردی که تبعه‌ی ایرانی در خارج از قلمرو حاکمیت نظام جمهوری اسلامی ایران مرتکب عملی شود که طبق قانون ایران جرم می‌باشد نیز مقرراتی را اعمال کرده است، که شخص بی مجازات باقی نماند و بداند که حتی اگر در خارج از کشور نیز مرتکب جرمی شود بازهم از طرق مختلف از جمله از طریق استرداد، توسط دادگاه‌های کشور ایران قابل تعقیب و مجازات خواهد بود. در این مبحث به شرح اصل صلاحیت واقعی و شخصی خواهیم پرداخت.

گفتار اول: اصل صلاحیت واقعی

بر اساس ماده‌ی ۵ قانون مجازات اسلامی: هر شخص ایرانی یا غیرایرانی که در خارج از قلمرو حاکمیت ایران مرتکب یکی از جرایم زیر یا جرایم مقرر در قوانین خاص گردد، طبق قوانین جمهوری اسلامی ایران محاکمه و مجازات می‌شود و هرگاه رسیدگی به این جرایم در خارج از ایران به صدور حکم محکومیت و اجرای آن منتهی شود، دادگاه ایران در تعیین مجازات‌های تعزیری، میزان محکومیت اجراء شده را محاسبه می‌کند:

الف. اقدام علیه نظام، امنیت داخلی یا خارجی، تمامیت ارضی یا استقلال جمهوری اسلامی ایران
ب. جعل مهر، امضاء، حکم، فرمان یا دست خط مقام معظم رهبری یا استفاده از آن پ. جعل مهر، امضاء، حکم، فرمان یا دست خط رسمی رئیس‌جمهور، رئیس قوه قضاییه، رئیس و

استرداد مجرمین از خارج از کشور / قاسم‌زاده ۱۱۷

نمایندگان مجلس شورای اسلامی، رئیس مجلس خبرگان، رئیس دیوان عالی کشور، دادستان کل کشور، اعضای شورای نگهبان، رئیس و اعضای مجمع تشخیص مصلحت نظام، وزرا یا معاونان رئیس‌جمهور یا استفاده از آنها.

ت. جعل آراء مراجع قضایی یا اجرائیه‌های صادره از این مراجع یا سایر مراجع قانونی یا استفاده از آنها.

ث. جعل اسکناس رایج یا اسناد تعهدآور بانکی ایران و همچنین جعل اسناد خزانه و اوراق مشارکت صادر شده یا تضمین شده از طرف دولت یا تهیه یا ترویج سکه قلب در مورد مسکوکات رایج داخل.

در برخی از قوانین خاص نیز به اصل صلاحیت واقعی اشاره دارد که هرگاه تبعه ایرانی در کشور دیگری مرتکب این جرایم شود و حتی متهم در محل وقوع جرم محاکمه و تبرئه نشده یا در صورت محکومیت، مجازات کلاً یا بعضاً درباره او اجراء نشده باشد، بازهم دادگاه‌های ایرانی بر اساس این اصل، صالح به رسیدگی خواهد بود. برخی از این قوانین خاص عبارت اند از:

۱. طبق ماده‌ی ۷ قانون قاچاق انسان «هر تبعه ایرانی که در خارج از قلمرو حاکمیت نظام جمهوری اسلامی ایران مرتکب یکی از جرایم موضوع این قانون گردد، مشمول مقررات این قانون خواهد بود.»

۲. طبق تبصره‌ی ۳ ماده‌ی ۱ قانون مبارزه با تامین مالی تروریسم «برای تعقیب تأمین‌کننده مالی اقدامات تروریسمی علیه افراد حقیقی و حقوقی صرف نظر از محل وقوع جرم، تابعیت و محل اقامت مجرم مفاد این قانون اجرا خواهد شد.

براساس این مواد مشخص می‌شود که اگر شخص ایرانی در خارج از کشور مرتکب جرایم تأمین مالی تروریسم یا مرتکب قاچاق انسان شود براساس اصل صلاحیت واقعی، مطلقاً دادگاه ایران صالح به رسیدگی خواهد بود حتی اگر در آن کشور نیز محاکمه و یا تبرئه شده و یا مجازات‌ها بعضاً یا کلاً نیز نسبت به او اجرا شده باشد.

گفتار دوم: اصل صلاحیت شخصی

قانون‌گذار در ماده‌ی ۷ قانون مجازات اسلامی اشعار دارد: علاوه بر موارد مذکور در مواد فوق، هریک از اتباع ایران که در خارج از کشور مرتکب جرمی شود، در صورتی که در ایران یافت و یا به ایران اعاده گردد، طبق قوانین جمهوری اسلامی ایران محاکمه و مجازات می‌شود مشروط بر اینکه:

الف. رفتار ارتكابی به موجب قانون جمهوری اسلامی ایران جرم باشد.
ب. در صورتی که جرم ارتكابی از جرایم موجب تعزیر باشد، متهم در محل وقوع جرم محاکمه و تبرئه نشده یا در صورت محکومیت، مجازات کلاً یا بعضاً دربارۀ او اجراء نشده باشد.
پ. طبق قوانین ایران موجبی برای منع یا موقوفی تعقیب یا موقوفی اجرای مجازات یا سقوط آن نباشد. این ماده به صلاحیت شخصی فعال اشاره دارد. توضیح آنکه در صورت ارتكاب جرم توسط یکی از اتباع ایرانی در خارج از قلمرو حاکمیت ایران در صورت وجود شرایط بیان شده، طبق قوانین ایران مجازات می‌گردند.

نکته دیگر آنکه باید تمام جرم در خارج از کشور ارتكاب یافته باشد و نه بخشی از آن. و اگر بخشی از آن در داخل کشور ارتكاب یافته باشد تحت اصل صلاحیت سرزمینی می‌باشد. و شرط دیگر آنکه جرم ارتكابی از جرایم ماده‌ی ۵ قانون مجازات اسلامی نباشد. قانون‌گذار در تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۱۵ اشعار دارد: اطلاق مقررات این ماده و همچنین بند ب ماده‌ی ۷ و بندهای الف و ب ماده‌ی ۸ و مواد ۲۸، ۳۹، ۴۰، ۴۵، ۴۶، ۹۲، ۹۳، ۱۰۵ این قانون شامل تعزیرات منصوص شرعی نمی‌شود. بدین توضیح که در تعزیرات غیر منصوص محاکمه در کشور وقوع جرم باعث سقوط مجازات از مرتکب می‌گردد و در جرایم موجب دیه، قصاص، تعزیرات منصوص شرعی و حدود مجازات و محاکمه مرتکب جرم، موجب سقوط مجازات و رسیدگی در محاکم ایران نخواهد شد. طبق بند ب ماده‌ی ۷ قانون مجازات اسلامی اگر متهم تبرئه نشده باشد و یا محکوم شده باشد ولی مجازات بر وی اجراء نشده باشد، موجب سقوط مجازات نخواهد بود.

استرداد مجرمین از خارج از کشور / قاسم‌زاده ۱۱۹

از سویی دیگر ماده‌ی ۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به عنوان یکی از شقوق اعمال اصل صلاحیت شخصی فعال مقرر می‌کند: به جرایم مستخدمان دولت اعم از ایرانی یا غیرایرانی که در رابطه با شغل و وظیفه خود در خارج از قلمرو حاکمیت ایران مرتکب شده‌اند و به جرایم مأموران سیاسی و کنسولی و دیگر وابستگان دولت ایران که از مصونیت سیاسی برخوردارند، طبق قوانین جمهوری اسلامی ایران رسیدگی می‌شود. صدر ماده‌ی ۶ جرایم ارتكابی توسط اتباع ایرانی و غیرایرانی که مستخدم دولت ایران باشند را در صلاحیت محاکم ایرانی می‌داند. بدیهی است جرایم مستخدمان غیرایرانی دولت جمهوری اسلامی ایران در صورتی تحت صلاحیت محاکم ایران خواهد بود که جرم ارتكابی در رابطه با شغل و وظیفه‌ی وی ارتكاب یافته باشد. ولی در رابطه با مأموران سیاسی و کنسولی و دیگر وابستگان دولت ایران که از مصونیت سیاسی برخوردارند، تمام جرایم آنها مشمول این ماده است.

در شرح ماده‌ی ۶ نظریه‌های متفاوتی به شرح ذیل اظهار شده است.

نظریه اول: دکتر شمس ناتری و همکارانش در کتاب قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، در شرح ماده‌ی ۶ بیان می‌کنند که: قسمت اول ماده به جرایم مستخدمان دولت اعم از ایرانی یا غیرایرانی که در رابطه با شغل و وظیفه‌ی خود در خارج از قلمرو حاکمیت ایران مرتکب شده‌اند، بیانگر اصل صلاحیت حمایتی می‌باشد. ولی قسمت دوم ماده به جرایم مأموران سیاسی و کنسولی و دیگر وابستگان دولت ایران که از مصونیت سیاسی برخوردارند طبق قوانین جمهوری اسلامی ایران رسیدگی می‌شود (بیانگر اصل صلاحیت شخصی فعال می‌باشد).

علت اعمال اصل صلاحیت واقعی یا حمایتی در مورد جرایم ارتكابی توسط افراد فوق این است که مستخدمان دولت در خارج از کشور، در صورت ارتكاب جرایم مرتبط به شغل و وظیفه، جایگاه حکومت را به طور جدی تضعیف می‌نمایند که نوعی لطمه به منافع حیاتی و سیاسی کشور تلقی می‌گردد.^۴

^۴ حمیدی، اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت، ص ۴.

نظریه دوم: دادگاه‌های صالح به رسیدگی و بررسی چند پرونده در مورد استرداد، در صورت وقوع جرم در خارج از کشور، تعیین دادگاه ایرانی صالح، مستلزم صلاحیت فرامرزی دادگاه‌های ایران است. آنچه صلاحیت فراسرزمینی دادگاه‌های ایران را توجیه می‌کند ضوابطی است که با توجه به مجرم، نوع جرم و بزه‌دیده تعیین می‌شود. پس از احراز صلاحیت عام محاکم ایران، نوبت به تعیین دادگاه صالح به رسیدگی بر اساس معیارهای صلاحیت ذاتی و محلی می‌رسد.

گفتار اول: صلاحیت محلی دادگاه‌ها در رسیدگی به جرایم ارتكابی در خارج از کشور
طبق ماده‌ی ۳۱۶ قانون آیین دادرسی کیفری: به اتهامات اشخاصی که در خارج از قلمرو حاکمیت جمهوری اسلامی ایران مرتکب جرم می‌شوند و مطابق با قانون، دادگاه‌های ایران صلاحیت رسیدگی به آنها را دارد، چنانچه از اتباع ایران باشند، حسب مورد در دادگاه محل دستگیری و چنانچه از اتباع بیگانه باشد حسب مورد، در دادگاه تهران رسیدگی می‌شود. «اگر متهم دو تابعیتی و یکی از تابعیت او ایرانی باشد، به اعتبار تابعیت ایرانی خود، در محل دستگیری محاکمه می‌شود.

اگر در یک پرونده متهمان متعدد باشند، برخی از آنها ایرانی و برخی دیگر خارجی، به استناد ماده‌ی ۳۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری همه آنها در دادگاهی محاکمه می‌شوند که صلاحیت رسیدگی به اتهام متهم اصلی را دارد.»^۵

گفتار دوم: بررسی چند پرونده در مورد استرداد مجرمین

با بررسی مبانی نظریه بحث استرداد و صلاحیت دادگاه‌های ایران در رسیدگی به جرایمی که اتباع ایرانی در خارج از کشور مرتکب می‌شوند، حال در این گفتار به بررسی برخی پرونده‌های مربوط به مجرمین مسترد شده، می‌پردازیم. چند پرونده تحت پیگرد از سوی اینترپل ایران: تاکنون بیش از صد مورد درخواست استرداد واصله از مراجع قضائی تحت پیگرد اینترپل تهران است که بیشترین تعداد مورد درخواست از کشورهای ترکیه، پاکستان و ... است. سایر کشورها

^۵ خالقی، علی. ۱۳۹۹. نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چ پانزدهم، ص ۴۵۳.

استرداد مجرمین از خارج از کشور / قاسم‌زاده ۱۲۱

عبارتند از اسپانیا، ایتالیا، سوئد، سوریه، آلمان، آمریکا، فرانسه، هند، بلغارستان، عربستان، اتریش، یوگسلاوی، بلژیک و هلند. در جرایم افراد موردنظر همه گونه جرمی دیده می‌شود.

از جمله بیشترین این جرایم عبارت اند از:

چک بلامحل (۲۴ نفر)، کلاهبرداری (۲۴ نفر)، سرقت (۲۸۰۰۰ نفر)، قتل عمد و غیرعمد (۱۳۰۰ نفر)، جعل (۱۲ نفر) و فرار از خانه (۶ نفر)

به عنوان نمونه: پرونده محمد - ب - ق - به کلاسه ۸۲۰ - ۴ - ۱۱۱

این شخص متهم است به چند فقره کلاهبرداری که به ترکیه گریخته است. پرونده تحت کلاسه ۵۷۵/۶۴ در شعبه اول بازپرسی دادسرای عمومی تهران مطرح و تحت تعقیب قرار گرفته و به اینترپل جهت بررسی و ردیابی متهم اعلام می‌شود. اینترپل تهران جریان را به کشورهای عضو اعلام می‌دارد و سرانجام اینترپل آنکارا طی تلکسی در جواب اینترپل تهران اعلام می‌دارد، طبق آخرین اطلاعات واصله از پلیس استانبول به ما معلوم گردیده است که نام‌برده در استانبول می‌باشد، از جانب وزارت دادگستری خود درخواست می‌شود اطلاع دهید آیا مقامات قضائی شما ضلنت می‌نمایند که مجازات شلاق در مورد نام‌برده اجرا نگردد، زیرا قانون کیفری ما فاقد مجازات شلاق می‌باشد. به همین دلیل اطلاعات مورد درخواست به منظور اقدام جهت استرداد در کشور ما بسیار با اهمیت می‌باشد لذا تقاضا می‌شود به وسیله تلگرام پاسخ دهید زیرا این موضوع خیلی فوریت دارد. مراتب به بازپرسی شعبه مذکور منعکس شده و از طریق آن جهت تعیین تکلیف به شورای عالی قضائی گزارش گردیده که تاکنون پاسخی واصل نگردیده است. در اینجا ذکر نکته‌ای ضروری است و آن این است که در مورد متهمین و مجرمین مورد درخواست از کشورها اگرچه اشکال تراشی و یا عدم استرداد وجود دارد، لکن برخورد فعال اینترپل دو کشور موجب می‌شود اولاً شخص شناخته شده و ردیابی شود، دوماً از کشور موردنظر ممنوع‌الخروج، و در اغلب موارد به سایر کشورها ممنوع‌الورود گردد.^۶

^۶ این امر در مورد کلاهبرداران شرکت خانه دانش آموز مصداق دارد و دو نفر از متهمین که در ترکیه هستند ممنوع‌الخروج گردیده‌اند.

سوم اینکه به مجرد اعلام مورد به خصوص متهم به جرایم مالی، فرد درخواست شده تحت نظارت قرار می‌گیرد و وضعیت وی متزلزل می‌شود. در برخی موارد برای جلوگیری از کُشدارشدن مطلب قبل از دریافت درخواست رسمی استرداد از طریق سیاسی، مقامات کشور مورد درخواست شخص تحت تعقیب را از کشورشان اخراج یا به وی تکلیف می‌کنند ظرف مدت یک یا دو روز کشور آنها را ترک کند. این امر از سوی کشورهایی که قرارداد استرداد ندارند انجام می‌شود.

پرونده بعدی: پرونده مربوط به شخصی به اسم ناصر_ ق است.

این شخص متهم به کلاهبرداری از تعدادی ایرانی در اهواز می‌باشد. وی با دریافت مبالغی از مردم و در قبال اخذ وجه متعهد گردیده بود ارز مورد نیاز مسافرت را در دبی به آنان بپردازد، ولی به تعهد خود عمل ننمود و از سوی شعبه دوم بازپرسی دادرسی عمومی اهواز تحت تعقیب قرار می‌گیرد، پس از انعکاس امر به اینترپل تهران و اعلام به اینترپل دبی، علیرغم عدم وجود قرارداد استرداد اینترپل دبی پاسخ می‌دهد که نامبرده دستگیر و تحت نظر است. چگونگی آن به دادرسی اهواز و اداره حقوقی دادگستری اعلام می‌شود، ولی چون اداره حقوقی از ابتدای امر در جریان قرار نگرفته و با وجود اقدام و پاسخ مناسب اداره دعوای و حقوقی وزارت دادگستری در زمینه فراهم آوردن موقعیت استرداد وی، اقدام به موقعی از سوی مقامات مربوطه انجام نمی‌شود و نامبرده تحویل گرفته نمی‌شود. البته ممکن است در صورت ادامه اقدامات رسمی در آخر کار با وضعیت غیرمنتظره مواجه شویم و با بهانه‌ای از سوی ابوظبی مسأله منتفی شود، ولی در حال حاضر نتیجه نهائی مشخص نیست. در پایان به این موضوع اشاره می‌شود که دبیرخانه سازمان اینترپل در چارچوب وظایف خود بخشنامه‌ای در مورد استرداد تهیه و موارد و اشکالات و شیوه‌های متنوع در کارها را ارائه نموده است. در این بخشنامه آمده است کشورها حق دارند، خود مورد درخواست را تا ۴۸ ساعت بازداشت کنند، ضمناً اقدام دیگر سازمان دریافت مقررات استرداد کشورها و بخشنامه آن به کشورهای عضو می‌باشد.^۷

^۷ سامانه ملی مقالات تخصصی رشته حقوق، آیین استرداد مجرمین بین دولت جمهوری اسلامی ایران و سایر کشورهای جهان، لینک: yun.ir/vbhs6

استرداد مجرمین از خارج از کشور / قاسم‌زاده ۱۳۳

نتیجه‌گیری

باتوجه به مطالب گفته شده و مورد تحقیق، می‌توان گفت که دادگاه‌های کشور ایران نه تنها در مواردی که جرم در قلمرو حاکمیت ایران واقع شده باشد صلاحیت رسیدگی دارند، بلکه بر اساس اصل صلاحیت واقعی و شخصی در مواردی که جرم در خارج از قلمرو حاکمیت نیز واقع شده باشد، در صورتی که جرم توسط اتباع ایران واقع شده باشد یا در صورتی که جرم توسط اتباع غیرایرانی بود ولی علیه تبعه‌ی ایرانی یا منافع عمومی کشور ایران باشد، دولت ایران صلاحیت رسیدگی به این جرایم را نیز خواهد داشت.

حال اگر کشور ایران با کشور متقاضی عنه قرارداد استرداد داشته باشد در صورت وجود سایر شرایط کشور مورد تقاضا الزاماً باید شخص مورد تقاضا را به دولت ایران مسترد کند و اگر بین کشور ایران و کشور مورد تقاضا قرارداد استرداد وجود نداشته باشد، کشور مورد تقاضا در استرداد شخص تقاضا شده، مخیر خواهد بود.

۱۲۴ دوفصلنامه دانش پژوهان / شماره ۷۰ / ویژه نامه حقوق / صص ۱۰۹-۱۲۴

کتابنامه

- {قوانین:} قانون آیین دادرسی کیفری.
- {قوانین:} قانون راجع به استرداد مجرمین مصوب ۱۳۳۹.
- {قوانین:} قانون مبارزه با تأمین مالی تروریسم.
- {قوانین:} قانون مبارزه با قاچاق انسان.
- {قوانین:} قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.
- {کتاب:} حمیدی. اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت، ص ۴.
- {کتاب:} خالقی، علی. (۱۳۹۹). نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چ ۱۵، ص ۴۵۳.
- {مقاله:} پژوهه، استرداد مجرمین. (۱۳۹۳).
- {مقاله:} سامانه ملی مقالات تخصصی رشته حقوق، آیین استرداد مجرمین بین دولت جمهوری اسلامی ایران و سایر کشورهای جهان.
- واژه یاب.

مصالح عالیہ کودک در فقه و حقوق ایران

سهیلا سعادت^{*}

چکیده

یکی از موضوعات مهم و درعین حال مبهم در حوزه حقوق کیفری، مصالح عالیہ کودکان است؛ این ابهام موضوعی مزیت‌ها و معایب متعددی به همراه داشته است؛ مزیت اصلی ابهام مصالح عالیہ کودک موجب می‌شود که این مفهوم انطباق پذیر باشد و معایب این ابهام نیز موجب نادیده گرفتن برخی از مصالح عالیہ به بهانه‌های متعددی می‌شود. پژوهش پیش رو درصدد است با مطرح کردن چندین سؤال نظیر: ملاک، سنجه و مرجع تشخیص مصلحت کودک چیست؟ و چگونه می‌توان مصلحت عالیہ کودک را به مثابه قاعده و در طول و عرض قواعد دیگر در نظر گرفت؟ دق‌البابی در حوزه مصالح کودکان ارائه کند. یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد که می‌توان بر اساس قانون حمایت از اطفال و نوجوانان و کنوانسیون حقوق کودک برخی از سنجه‌های مصلحت کودک را استخراج کرد و آن را به مثابه قاعده انگاری مصالح عالیہ کودک تدوین نمود.

واژگان کلیدی: مصلحت عالیہ، کودکان، سنجه‌ها، امکان‌سنجی، فقه.

^{*} کارشناسی ارشد حقوق کیفری اطفال و نوجوانان، دانشگاه مفید، قم، ایران.

مقدمه

مصالح‌عالیه کودک یا «بهترین منافع» در کنوانسیون حقوق کودک تعریف نشده است؛ محققان بسیاری در صدد تعریف این مفهوم بوده‌اند که جان اکالار یکی از آنهاست؛ او مصالح‌عالیه را این‌چنین تعریف می‌کند «منافع / مصالح اساسی»، نظیر مصالحی که به مراقبت جسمی، عقلی و عاطفی و در راستای ورود بدون مشکل به دوران بزرگسالی، استقلال و خصوصاً آزادی در انتخاب سبک زندگی مربوط می‌شوند [...] منطقاً می‌بایست این امر امکان‌پذیر باشد که کنوانسیون حقوق کودک مبتنی بر حقوق کودک و به شکل فهرستی از مجموعه وظایف تنظیم شود تا بزرگسالان در مواجهه با کودکان مبتنی بر آن رفتار کنند^۱ باین‌وجود، همچنان این مفهوم مبهم جلوه می‌کند و به نظر می‌رسد که معیاری مشخصی در تعریف آن وجود ندارد تا قادر باشیم که ویژگی‌ها و موارد خاص همه کودکان را در نظر بگیریم.

درباره اینکه چه موضوعی با مصالح‌عالیه کودکان هماهنگ است، نظرات متعددی ارائه شده است و جوامع و فرهنگ‌های گوناگون تعریفی متفاوتی از مصالح‌عالیه دارند. در فقه امامیه و حقوق ایران نیز این تفاوت کاملاً مشخص است. مصلحت از ریشه «صَلَح» گرفته شده و آن چیزی را گویند که موجب خیر، صلاح، نفع و آسایش انسان باشد^۲ واز مصلحت در لغت‌نامه دهخدا در مقابل مفسده قرار گرفته است و معنای آن صواب، شایستگی و چیزی که صلاح و نفع به حساب آید، تعریف شده است. در بسیاری از کتب فقهی صلح و صلاح مقابل فساد آورده شده‌اند. واژه صلح و مشتقات آن در قرآن کریم ۱۸۰ مرتبه آمده است که واژه مقابل آن سیئه و فساد است. فقها در تعریف مصلحت آن را هم‌سطح منفعت و در مقابل آن، یعنی، مفسده به معنای ضرر را آورده‌اند. دکتر محقق داماد معتقد است که مراد از مصلحت کودک «وصف فعل یا حقیقتی» است که هدف از آن «آمادگی کودک برای سایر ادوار زندگی وی (هدف اولیه)» و نیز «ایجاد همسویی به‌منظور رسیدن هدف نهایی انسان در ساحت فردی، خانوادگی و جامعه»

^۱ مانی، آیت‌ای. (۱۳۹۱). صص ۱۳-۱۴.

^۲ عمید. (۱۳۶۹). ۱۱۲۹ به نقل از محقق داماد، مصطفی. پیشین، ص ۱۵۸.

مصالح عالیہ کودک در فقہ و حقوق... / سعادت ۱۲۷

تدوین می‌شود، مجری اهداف فوق «ولی» می‌باشد.^۳

پیشینه پژوهش

هادی رستمی و سید پوریا موسوی^۴ در مقاله با نام «مصالح عالیہ کودکان و نوجوانان بزهکار در حقوق کیفری ایران؛ با تأکید بر پاسخ‌های تعزیرمدار» معتقدند که پژوهش‌های صورت گرفته در حوزه جرم‌شناسی حکایت از ناکارآمدی «پاسخ‌گذاری و پاسخ‌دهی یکسان به جرائم اطفال و نوجوانان بزهکار» و خروجی آن مانا شدن بزهکاری بوده است. به‌زعم آنها اسناد حقوق بشری هم هدف خود را کاهش چرخه عادت شدن بزهکاری تعریف کرده‌اند. نظام سیاست جنایی سازمان ملل، مصالح عالیہ کودک و نوجوانان را به‌مثابه اصلی بنیادین و راهبردی تعریف کرده و آن را شاخصی برای سیاست‌گذاران داخلی سایر کشورها قرار داده است.^۵

محمد روشن و حسین حمدی^۶ در مقاله‌ای با عنوان «مصالح عالیہ کودک در حقوق و رویه قضایی ایران و کنوانسیون حقوق کودک» بیان می‌دارند که «مصلحت کودک به معنای اداره امور او به نحوی است که صحت رشد جسمی و تربیت عقلی و اخلاقی او فراهم شود». به‌زعم آنها، پایه و اساس مصلحت کودک را می‌توان وضعیت خاص روانی و جسمانی دانست؛ چراکه کودک انسانی تکامل نیافته و در مسیر بلوغ است.

بدین سبب، شیوه رعایت مصلحت کودکان با بزرگسالان فرق دارد و در صورت وجود تداخل میان جان و مال اولویت با حفظ جان او می‌باشد. روشن و حمدی معتقدند که کنوانسیون حقوق کودک و حقوق موضوعه ایران این معیار تداخل را پذیرفته‌اند و از آنجایی که ایران به کنوانسیون حقوق کودک ملحق شده است، منطبق با ماده ۹ قانون مدنی، این کنوانسیون حکم قانون داخلی را دارند و در زمان سکوت قانون به آن ارجاع داد.^۷

^۳ همان، ص ۱۶۰.

^۴ ۱۳۹۹.

^۵ رستمی. و موسوی. (۱۳۹۹). ص ۱۵۷.

^۶ ۱۳۹۹.

^۷ روشن، محمد. و حمدی، حسین. (۱۳۹۸). ص ۱۳.

مصطفی محقق داماد و مریم غنی زاده بافقی^۸ در مقاله‌ای ذیل عنوان «تعیین مصالح نوعیه کودک از منظر فقه امامیه و مبانی آن» معتقدند که یکی از اصول مهم و بنیادی در فقه امامیه، اصل عدم ولایت است که بر آن اساس ولایت انسان‌ها بر دیگر انسان‌ها نفتی می‌شود. از استثنائات این اصل ولایت صغیر می‌باشد که به دلیل شرایط خاص کودک شکل گرفته است. با این وجود، مصلحت به مثابه عنصری محدودکننده ولایت ضروری می‌باشد. در ادامه آنها به تقسیم مصلحت طفل به لحاظ عمومیت داشتن یا شخصی بودن ذیل دو عنوان نوعیه و شخصیه پرداخته‌اند. آنها بیان می‌دارند که «در متون فقهی مصلحت شخصیه مورد توجه است، در حالی که مصالح نوعیه از منابع فقهی قابل استنباط‌اند». مصالح نوعیه عطف توجه به مراحل زندگی انسان و دوره‌های رشد کودک قابل طرح می‌باشد.^۹

محمدباقر پارسا پور و سوسن نوربخش^{۱۰} در مقاله‌ی «معیارهای ارزیابی مصلحت کودک در فقه امامیه، حقوق ایران و کنوانسیون حقوق کودک» اظهار می‌دارند که «اولیای قانونی در کلیه اقدامات مالی و غیرمالی خویش نسبت به کودک مکلف به رعایت مصالح وی می‌باشند». به زعم آنها مفهوم مصلحت همواره در نظام حقوقی متفاوت همواره دارای ابهام تعدی بوده است و همین امر سبب شده که انطباق پذیر باشد. ابهام مفهومی مصلحت در عرصه‌های تقنین، اجرا و قضا شکل می‌گیرد و موجب می‌شود که «ارزیابی مصلحت تابع چارچوب‌های معینی نباشد». این امر به مثابه رکن اصلی حقوق کودک اهمیت زیادی دارد.^{۱۱}

مصلحت، منفعت یا ضرورت

ابن فارس در تعریف مصلحت آن را به معنای «نقیض و مخالف مفسده» بیان می‌کند و بیان می‌دارد که این مفهوم در برخی مواقع در معنای خیر نیز به کاررفته است^{۱۲} در اینجا موضوع

^۸ ۱۳۹۶.

^۹ محقق داماد، مریم. و غنی زاده بافقی، مریم. (۱۳۹۶). ص ۱۵۷.

^{۱۰} ۱۳۹۴.

^{۱۱} پارسا پور، محمدباقر. و نوربخش، سوسن. (۱۳۹۴). ص ۱.

^{۱۲} ابن فارس، بی‌تا، ج ۳، ص ۳۰۳، به نقل از پارسا پور، محمدباقر. و نوربخش، سوسن. (۱۳۹۴). ص ۵.

مصالح عالیہ کودک در فقہ و حقوق.../ سعادت ۱۲۹

محوری که برای مصلحت از منظر لغوی‌ها آورده شده است، عدم مفسده و تحقق خیر است، البته مقدار مفسده یا تحقق خیر در این میان ذکر نشده است^{۱۳} در اینجا ابهامی رخ می‌دهد که ممکن است برخی واژگان مشابه از قبیل منفعت و ضرورت جای مصلحت را بگیرند، در همین راستا می‌بایست به تحدید مفهومی این سه مفهوم پرداخت.

مفهوم نخست منفعت است؛ فایده‌ای موقت و شخصی که ممکن است دربرگیرنده مصلحت و خیر نباشد. آیت‌الله خویی معتقد است که مصلحت سنخ منفعت و مفسده از سنخ مضرت نیست؛ به این دلیل است که در بسیاری از واجبات شرعی مانند حج، جهاد و خمس ضرر مالی یا جانی وجود دارد؛ به همان نحو که در محرمات نیز شامل منافع مالی و بدنی می‌شود^{۱۴} اگر بخواهیم به تمایز گذاری بین منفعت و مصلحت را در مورد حقوق کودکان به پردازیم، می‌توانیم به مثال زیر اشاره کنیم: برآورده کردن نیازهای مادی اطفال نظیر خوراک و پوشاک می‌تواند بالاترین منافع طفل را در برگیرد؛ باین وجود برخی مسائل نظیر اصلاح رفتار طفل، آموزش به او در باب کمک به نیازمندان و سایر چنین مسائلی را نمی‌توان ذیل عنوان منفعت طفل به حساب آورد؛ بلکه می‌توان آن را در قلمرو مصلحت طفل دانست. از این رو منفعت دربرگیرنده منافع مادی و مصلحت شامل امور معنوی می‌شود. به عبارت دیگر، منفعت بر پایه سود شخصی استوار است و مصلحت مبتنی بر مدار حقیقت.

مفهوم دیگر که در برخی مواقع به جای مصلحت به کار می‌رود، ضرورت است. با نگاه به قاموس لغت پی می‌بریم که ضرورت مشتق از «ضر» در معنای درماندگی و ناچاری به کاررفته است. در مفهوم اصطلاحی، ضرورت به معنای «رسیدن نیاز انسان به بالاترین و سخت‌ترین وضعیت است که به نحوی که مال و سایر چیزهای مشابه به خطر افتاد». در تمایز ضرورت با مصلحت می‌توان بیان کرد که مفهوم مصلحت هم شامل «جلب منفعت و دفع مفسده» است.

^{۱۳} علی‌دوست، ابوالقاسم. (۱۳۹۰). ص ۸۴-۸۵، به نقل از منبع پیشین.

^{۱۴} خویی، ابوالقاسم. (۱۴۱۹ق). ج ۴، ص ۴۰۴-۴۰۵. به نقل از منبع پیشین، ص ۵.

در اینجا به نظر رابطه این دو مفهوم به لحاظ اصولی عام و خاص مطلق باشد؛ به بیان دیگر، مصلحت حداقلی و حد قسم مهم‌تر را ضرورت می‌گویند. به گونه‌ای دیگر هر مصلحتی ضرورت نیست ولی هر ضرورتی مصلحت است. آیت‌الله جوادی آملی معتقد است که در برخی مواقع مصلحت «اولویت تعیینی» و در برخی شرایط «اولویت تفضیلی» است. زمانی که مصلحت اولویت تعیینی داشته باشد، معنای آن ضرورت و آن هنگام که اولویت تفضیلی داشته باشد، مصلحت مطرح می‌شود.^{۱۵}

کارکرد تقنینی و تفسیری مصالح عالی‌ه کودک در فقه، حقوق ایران و کنوانسیون حقوق کودک

در این بخش ذیل سه قسمت به این کارکردها در مصالح عالی‌ه کودک در فقه، حقوق ایران و کنوانسیون حقوق کودک می‌پردازیم.

مصالح عالی‌ه کودک در فقه

به نظر برخی محققین باب فقهی مشخصی وجود ندارد که به تبیین مفاهیم و موضوعات مربوط به کودک پرداخته باشد و این موضوع به صورت پراکنده در قسمت‌های مانند «حجر»، «لقیظ»، «امور حسبه و ایتام»، «نکاح» و «ایتام» توجه شده است. به دلیل اینکه کودک قادر به انجام امور خود نبوده و به حمایت و کمک سایرین نیاز دارد، این «ولی» است که امور به مربوط به کودک را برعهده گرفته است. لیکن ولی اختیارات مطلقى ندارد و حوزه ولایت او با معیار «مصلحت» محدود و مقید می‌شود. این موضوع در برخی از متون فقهی ذیل عنوان غبطه ذکر شده است. در برخی از آثار نویسندگان از مصلحت کودک تحت عنوان «شرط ارتکازی در تصرفات» او یاد شده است^{۱۶} اختلافات زیادی در فقه در باب رعایت مصلحت یا مفسدانگیز نبودن اقدامات ولی وجود دارد.

^{۱۵} جوادی آملی. (۱۳۷۹). ص ۴۶۵، به نقل از منبع پیشین: ۶.

^{۱۶} محقق داماد، مصطفی. و غنی زاده باقی، مریم. (۱۳۹۶). ص ۱۶۱-۱۶۲.

مصلح عالیه کودک در فقه و حقوق.../ سعادتى ۱۳۱

برخی از فقها معیار تصرفات ولی را رعایات مصلحت و قبضه دانسته‌اند^{۱۷} برخی دیگر از فقیهان در مقابل معتقدند که فقدان مفسده شرط نفوذ تصرفات ولی است (خمینی، ۱۴۱۵ ق: ۵۹۹ و آملی، بی‌تا: ۳۳۱ به نقل از منبع پیشین). اگر در منابع فقهی به تحقیق بپردازیم متوجه می‌شویم که مصلحت از نظر فقها در این حوزه امری شخصی است و به تشخیص «عرفی» ولی منوط می‌شود. در اینجا می‌بایست خاطر نشان شود که عرف نیز مانند مصلحت مفهوم سیال و منعطف است و به سختی می‌توان اصول ثابت یا معیاری مشخصی برای آن تعریف کرد. نکته فوق در ابتدا شاید حمل بر این شود که این موضوع معضلات عدیده‌ای را در پی دارد، لیکن به لحاظ عملی امکانی گشوده است که راه را برای ارزیابی تصمیماتی که ولی یا سرپرست اخذ می‌کنند، می‌گشاید.^{۱۸}

مصلحت کودک در قوانین کیفری ایران

در قوانین کیفری ایران در مواد متعدد به مصلحت کودک اشاره شده است. تبصره‌ی ۳ ماده‌ی ۸۸ قانون مجازات اسلامی اشعار می‌دارد که «در مورد تصمیمات مورداشاره در بندهای الف و ب این ماده، دادگاه اطفال و نوجوانان می‌تواند با توجه به تحقیقات به عمل آمده و همچنین گزارش‌های مددکاران اجتماعی از وضع طفل یا نوجوان و رفتار او، هرچند بار که مصلحت طفل یا نوجوان اقتضاء کند در تصمیم خود تجدیدنظر نماید». تبصره‌ی ماده‌ی ۱۵ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بد سرپرست مقرر می‌دارد که «در صورتی که دادگاه تشخیص دهد اعطای سرپرستی بدون اجرای مفاد این ماده به مصلحت کودک یا نوجوان می‌باشد به صدور حکم سرپرستی اقدام می‌کند».

ماده‌های متعددی دیگری نیز وجود دارند که در آن تعبیر مصلحت طفل و نوجوانان در آنها به کار رفته است؛ ماده‌ی ۳۶، ۴۰ و ۴۲ قانون حمایت از کودکان که در سال ۱۳۹۹ به تصویب

^{۱۷} طوسی، محمدبن حسن. بی‌تا، ۲۰۰ و مکارم شیرازی. (۱۴۱۱ق). ص ۴۳۳. به نقل از محقق داماد. و غنی زاده باقی،

پیشین، ص ۱۶۳.

^{۱۸} همان، ص ۱۶۳.

رسید؛ تبصره‌ی ماده‌ی ۱۱۶۹ و ۱۱۸۴ قانون حمایت از خانواده نیز از این تعبیر استفاده کرده‌اند.^{۱۹}

مصلحت کودک در اسناد بین‌المللی

بند ۱ ماده‌ی ۳ کنوانسیون حقوق کودک مقرر می‌دارد که «در همه اقدامات در حوزه کودکان، از مهم‌ترین ملاحظات مصلحت کودک است». مبنای ماده سوم را که در همه امور مرتبط با کودکان عاملی اساسی در نظر گرفته می‌شود، قاعده کلی تأمین مصلحت کودک است. مصالح عالی‌ه کودک در کمیته حقوق کودک به‌مثابه حق، اصل و قاعده اجرایی تعریف می‌شود. تعبیر به کار گرفته‌شده در کنوانسیون برای مصلحت کودک که از آن حمایت می‌کند، «ملاحظه نخستین» است. بر اساس بند ۳۶ همین ملاحظات، مراد از ملاحظه نخستین هم‌سطح نبودن مصالح عالی‌ه کودک با سایر ملاحظات می‌باشد. بند چهارم ملاحظات اشعار می‌دارد که هیچ سلسله مراتبی در باب حقوق کودک وجود ندارد و تمام حقوقی که در کنوانسیون ذکر شده است به مصالح عالی‌ه کودک خدمت می‌کنند. به نظر می‌رسد که مقصود نویسندگان این کنوانسیون از تأکید بر لزوم رعایت مصلحت کودکان به‌مثابه ملاحظه نخستین، به حداکثر رساندن قلمروی شرایط زمانی، مکانی و شرایطی است که در آن می‌بایست مصلحت کودک رعایت شود.^{۲۰}

سنجه‌های تشخیص (ملاک و میزان) مصالح عالی کودک و مرجع تشخیص آن

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که ملاک، سنجه و مرجع تشخیص مصلحت کودک چیست؟ چه معیاری وجود دارد که به ما کمک کند تا این مصالح را به‌درستی تشخیص دهیم؟ به‌عبارت‌دیگر در مقام وضع قانون چه سنجه‌هایی وجود دارد که در تشخیص مصالح کودک به قانون‌گذار کمک کند؟ در گام بعد این مسئله مطرح می‌شود که مرجع تشخیص این مصلحت چه نهاد یا افرادی هستند؟ در راستای پاسخ به این سؤال ما در دو گام به بررسی سنجه‌های تشخیص مصالح عالی کودک می‌پردازیم.

در گام نخست با توجه به کنوانسیون حقوق کودک سنجه‌های تعیینی و تضمینی می‌پردازیم و

^{۱۹} پیوندی، غلامرضا. (۱۴۰۱). جزوه درسی.

^{۲۰} روشن، محمد. و حمدی، حسین. پیشین.

مصالح عالی‌ه کودک در فقه و حقوق.../ سعادت‌ی ۱۳۳

سپس با توجه به قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب سال ۱۳۹۹ برخی سنجه‌های تشخیص را احصا می‌کنیم.

سنجه‌های تشخیص مصالح عالی کودک در کنوانسیون کودک

اگرچه کنوانسیون حقوق کودک و برخی اندیشمندان حقوقی تعریف مشخصی از سنجه‌ها ارائه نکرده‌اند؛ با این وجود برخی از اساتید از دو سنجه برای مصالح عالی‌ه کودک نام برده‌اند؛ سنجه نخست معیارهای تعیینی است که لازم‌الاجرا به نظر می‌رسند و سنجه دیگر، یعنی سنجه‌های تعیینی که در راستای تضمین مصالح عالی‌ه کودک ضروری است.

سنجه تضمینی ذیل چند مصداق مطرح شده است که می‌توان به توجه به نظرات کودک، ظرفیت‌های در حال تکامل کودک، هویت کودک، حفظ محیط خانوادگی و ارتباطات خانواده، استمرار و ثبات، مراقبت، حمایت و امنیت کودک، وضعیت آسیب‌پذیری کودک و حق آموزش کودک اشاره کرد.

سنجه دیگر یا معیارهای تضمینی به مواردی از قبیل بیان واقعیت، توجه به زمان، به‌کارگیری متخصصان خبره، حضور نماینده قانونی کودک، ذکر قانونی موجه تصمیم، پیش‌بینی سازوکارهای بازبینی تصمیم و ارزیابی میزان تأثیر اجرای حقوق کودک اشاره دارد.^{۲۱}

قانون حمایت از اطفال و نوجوانان ۱۳۹۹

در این راستا می‌توان به برخی از قوانین رجوع کرد و این سنجه‌ها را از آن استخراج کرد. قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ یکی از قوانینی است که می‌توان سنجه‌ها را از دل آن بیرون کشید. این قانون در مقایسه با قانون پیشین سال ۱۳۸۱ بسیار کامل‌تر به نظر می‌رسد. یکی از ابتکارات به کار گرفته شده در این قانون استفاده از اصطلاح وضعیت مخاطره‌آمیز است. علاوه بر این برخی از اصطلاحات به‌کاررفته در این قانون می‌تولند به ما کمک کند تا بتوانیم برخی از سنجه‌های مصالح عالی کودک را از دل آن استخراج کنیم.

^{۲۱} غنی زاده باقی. (۱۳۹۷). ص ۳۰۹-۳۱۴.

نخستین سنجه را می‌توان در بند پ ماده‌ی نخست دید. در بند پ سهل‌انگاری و بی‌توجهی به‌عنوان یکی از موضوعات مطرح و مقرر شده است که «کوتاهی در انجام تکالیفی از قبیل تأمین نیازهای اساسی و ضروری طفل و نوجوان یا وظایف مربوط به حضانت، ولایت، قیمومیت، وصایت، سرپرستی، تربیت، نظارت یا مراقبت از آنان توسط والدین، اولیاء یا سرپرست قانونی یا هر شخصی که مکلف به آن است». در اینجا به نظر می‌رسد که سهل‌انگاری به‌عنوان یک آسیب مطرح گشته و می‌توان یکی از مراجع تشخیص مصلحت به‌حساب آید.

سنجه دوم را می‌توان در بند ت ماده‌ی نخست ذیل عنوان سو رفتار دید. در بند ت اشعار می‌دارد که «سوء رفتار: هرگونه فعل یا ترک فعل عمدی که سلامت جسمی، روانی، اخلاقی یا اجتماعی طفل و نوجوان را در معرض خطر و آسیب قرار دهد؛ از قبیل ضرب و جرح، محبوس کردن، سوءاستفاده جنسی، توهین یا تهدید نسبت به طفل یا نوجوان در صورتی که جنبه تأدیبی نداشته باشد یا قرار دادن او در شرایط سخت و غیرمتعارف و یا خودداری از کمک به وی».

سنجه سوم را می‌توان با توجه به بند ث قانون فوق بهره‌کشی اقتصادی دانست. در این بند بهره‌کشی اقتصادی این‌چنین آمده است: «بهره‌کشی اقتصادی: به‌کارگیری غیرقانونی طفل و نوجوان و یا وادار کردن یا گماردن او به کار یا خدمتی که از لحاظ جسمی، روانی، اخلاقی یا اجتماعی با نظر به وضعیت طفل و نوجوان برای وی مضر یا خطرناک باشد».

سنجه دیگر یا چهارم در بند ج و در قالب معامله نمود یافته است: «معامله: خرید و فروش یا هرگونه اقدام غیرقانونی که به‌موجب آن طفل یا نوجوان در ازای پرداخت وجه یا امتیاز و سایر موارد در اختیار دیگری قرار می‌گیرد».

سنجه پنجم فحشا است که در بند چ این‌چنین به آن اشاره شده است «فحشاء: هرگونه به‌کارگیری و یا وادار کردن طفل و نوجوان در فعالیت‌های جنسی برای خود یا دیگری».

سنجه ششمی که می‌توان از بند ح ماده‌ی نخست استخراج کرد «مبتذل: هرگونه محتوا یا تصویری که دارای صحنه یا صور قبیحه باشد».

سنجه هفتمی که می‌توان از ماده‌ی فوق بیرون کشید در بند خ ذیل عنوان «مستهجن»

مصالح عالیہ کودک در فقہ و حقوق.../ سعادت ۱۳۵

تبیین شده است. ماده‌ی فوق چنین اشعار می‌دارد که «مستتهجن: هرگونه محتوا اعم از صوتی یا تصویری که به صورت واقعی یا غیرواقعی بیانگر برهنگی کامل زن یا مرد- آمیزش- عمل جنسی یا اندام جنسی انسان است».

سنجه هشتم نیز در قالب بند «د» به نام هرزه‌نگاری تبیین شده است، بند «د» مقرر می‌دارد که «هرزه‌نگاری: تهیه و تولید هر اثری که محتوای آن بیانگر جذابیت جنسی طفل یا نوجوان مانند برهنگی، آمیزش، عمل جنسی یا اندام جنسی باشد». در بند «ذ» به عنوان آخرین سنجه از خطر شدید و قریب‌الوقوع نام برده می‌شود و در تعریف آن به «وضعیتی که حیات یا سلامت جسمی یا روانی طفل و نوجوان به شدت تهدید و در معرض آسیب قرار گیرد، به نحوی که مداخله فوری و چاره‌جویی را ایجاب نماید»، اطلاق می‌شود.^{۲۲}

تزام و تعارض مصلحت کودک

سؤالی که در اینجا می‌توان مطرح کرد این است که در صورت التزام و تعارض مصلحت کودک چگونه می‌توان مسئله را حل کرد. به نظر می‌رسد یکی از راه‌ها استفاده از اصل یا قاعده اهم و مهم است. این اصل یکی از اصول عقلی است و در منابع نقلی نیز اگر نامی از آن برده شده باشد، امری است که جنبه ارشادی دارد.

قاعده فوق به «تزام ملاکات احکام در مقام عمل» مرتبط است. به عبارت دیگر در مقام امتثال می‌بایست مهم را فرو گذاشت و به اهم عمل کرد. اگر این احتمال برود که میان دو حکم التزام وجود دارد، به لحاظ عقلانی باید احتیاط را رعایت کرد و اهم را مقدم بر مهم دانست؛ اگرچه اهم بودن آن موضوع به صورت منطقی و عقلانی برای ما محرز نشده باشد^{۲۳} سنجه‌ای که در اینجا برای اهمیت مطرح می‌شود، نظر قانون‌گذار است؛ لذا با بررسی در دلایل و متون شرعی و نیز مستندات قانونی باید تلاش کرد تا میزان اهمیتی که هر یک از احکام دارد را درک کرد.

^{۲۲} پیوندی، غلامرضا. (۱۴۰۱). جلسه سخنرانی.

^{۲۳} مظفر. (۱۳۷۴). ص ۲۱۶. به نقل از پارساپور، محمدباقر. و نوربخش، سوسن. (۱۳۹۴). ص ۱۰.

اصول اساسی و معیارهایی که با آن می‌توان مرجحات تراحم احکام در متون دینی را تبیین کرد، شامل موارد ذیل هستند:

الف) نزد شارع کلیه مصالح معتبر در پنج مورد دسته‌بندی می‌شوند که می‌توان به حفظ دین، نفس، عقل، نسل و مال اشاره کرد. در شریعت به این موارد به صورت جدی توجه شده و حفظ آنها بر بسیاری از احکام اولویت دارد. به گونه‌ای که می‌توان این چنین بیان کرد که به منظور تحقق این مصالح بسیاری از احکام در این راستا جعل شده‌اند؛ بدین سبب به نظر می‌رسد که اولویت دیگر امور بر این موارد فوق مصداق نقض غرض است و از جانب شارع صورت نمی‌گیرد. در حوزه مصلحت کودکان می‌توان برای مثال به مورد تربیت اشاره کرد که میان تربیت (مصداق حفظ دین) و هزینه کردن (مصداق مال)، موضوع نخست بر دومی ارجح است.

ب) مقدم دانستن مصالح ضروری بر مصالح حاجی. در اینجا مصلحت‌های ضروری بر مصالح حرجی مقدم هستند مصلحت حرجی نیز بر مصلحت تکمیلی اولویت دارد. به عنوان مثال، در صورتی که کودک برای حفظ جان‌ش نیاز به کسب درآمد داشته باشد بر مصلحت تحصیل وی مقدم است.

ج) اولویت مصلحت عام بر خاص. در تعریف مصلحت عام گفته‌اند که مصلحتی است که به عموم امت تعلق دارد؛ مصلحت خاص یا فردی نیز به مصلحتی اشاره دارد که به فرد یا افراد اندکی اشاره داشته باشد. مثالی که می‌توان در این حوزه مطرح کرد این است که در صورتی که شرایط خاصی مانند بیماری کرونا مطرح شود و رفتن کودک به مدرسه موجب سلب سلامتی او شود، سلامتی او بر تحصیل مقدم است.

د) مقدم دانستن مصلحت فاقد بدل بر مصلحت واجد بدل. علت این تقدم را می‌توان این دانست مصلحت نخست فاقد بدل است. شارع در باب ترک مصلحت واجد بدل دستور داده است، لیکن در حوزه مصلحت فاقد بدل این حکم را صادر نکرده است. در این حوزه و برای مصالح کودکان می‌توان مادری را فرض گرفت که مجازاتی در قالب حبس برای او صادر شده است، در اینجا مادر فاقد بدل است و می‌توان به جای حبس برای او مجازات دیگری تعیین کرد.

مصالح عالیله کودک در فقه و حقوق.../ سعادتى ۱۳۷

هـ) اولویت دادن به مصلحت مضیق در مقابل مصلحت موسع. علت اولویت مصلحت مضیق بر موسع را می‌توان چنین تبیین کرد که مصلحت مضیق موقت می‌باشد این در حالی است که مصلحت موسع غیرموقت است. برای مثال می‌توان به اولویت استفاده کودک از شیر اولیه (مضیق) بر جدا کردن مادر در راستای اهداف تربیتی (موسع) اشاره کرد.

ت) اولویت مصلحت متغیر بر ثابت. از آنجایی که مصلحت متغیر گذار است و در صورتی که زمان بگذرد امکان فوت وجود دارد، بر مصلحت ثابت که همیشگی است، اولویت دارد.^{۲۴}

امکان سنجی قاعده انگاری مصلحت عالیله کودک

در این بخش درصدد هستیم که به این سؤال پاسخ دهیم چگونه می‌توان مصلحت عالیله کودک را به مثابه قاعده و در عرض و طول قواعد دیگر در نظر بگیریم؟ در پاسخ به این سؤال آیت‌الله علیدوست معتقد است که در این حوزه دو نظر وجود دارد. در نظر نخست فرض بر این است که «ولایت ولی مشروط به مصلحت نیست». نظر دوم بر این باور است که مصلحت می‌تواند در مقام قاعده باشد، «مصلحت یک قاعده است؛ قاعده به چه معنا؟ یعنی شرط تصرف ولی است» و در صورتی که ولی می‌خواهد تصرف کند می‌بایست مصلحت را رعایت کند، برخی اظهار می‌دارند که صرف عدم مفسده کفایت می‌کند و برخی نیز بر این باورند که باید مصلحت باشد^{۲۵} لذا بر این اساس و بر مبنای نظر دوم امکان قاعده انگاری مصلحت عالیله کودک در فقه وجود دارد. اگرچه این امکان به صورت نظری وجود دارد، لیکن در ادبیات تحقیقی تاکنون کسی به تبیین این امکان سنجی نپرداخته است.

در پاسخ به سؤال فوق در حقوق ایران نیز بر پایه تحقیق نگارنده فردی به بررسی این امکان سنجی نپرداخته است؛ اما می‌توان بر اساس قوانین مصوب که به تفصیل در قسمت قوانین کیفری ایران و مصلحت کودک اشاره شد، به این قاعده انگاری در حوزه مصلحت کودک قائل شد.

^{۲۴} پارساپور، محمدباقر. و نوربخش، سوسن. (۱۳۹۴). ص ۱۰-۱۱.

^{۲۵} علیدوست، ابوالقاسم. (۱۴۰۱). منبع اینترنتی.

به عبارت دیگر می‌توان مصالح عالیّه کودک را در صدر قوانین قرار داد و بر اساس تراحم میان قوانین دیگر مصالح عالیّه را حل و رفع کرد. در سال ۲۰۱۳، کمیته حقوق کودک سازمان ملل متحد در نظریه عمومی شماره ۱۴ در مورد تفسیر بند سوم کنوانسیون و تبیین مصالح عالیّه کودک مباحث ارزشمندی را مطرح ساخت.

در پیشگفتار این نظریه عمومی، از حق کودک بر ملاحظه بر مصالح عالیّه به مثابه یکی از چهار اصل عمومی کنوانسیون حقوق کودک یاد کرده و «هدف اصلی آن را تضمین همه‌جانبه و فراگیر همه حقوقی» دانسته که کنوانسیون برای کودکان بیان می‌کند؛ به گونه‌ای که قادر باشد حیات حقوقی پویا، تعرض ناپذیر و منسجم برای کودکان به بار آورد. بر اساس این نظریه، همه حقوقی که در کنوانسیون خاطرنشان شده، جزئی از مصالح عالیّه کودک است و نمی‌بایست به بهانه ترجیح یکی بر دیگری، یکی از این حقوق را نادیده گرفت. در این نظریه بیان شده است که سلسله مراتبی در میان حقوق کودکان نباید وجود داشته باشد و تحت هیچ شرایطی نمی‌بایست به این حقوق بی‌توجهی کرد.

از نظر کمیته حقوق کودک، مصالح عالیّه کودک به مثابه مفهومی است که سه وجه دارد؛ در وجه نخست بیان می‌شود که «لحاظ کردن مصالح کودک، تکلیفی ماهوی و ذاتی نزد دولت‌ها بوده است» که به‌طور مطلق در مواجهه با همه کودکان می‌بایست به مثابه حقی بنیادین در نظر گرفته شود، به عبارت دیگر، احترام به مصالح عالیّه فوق ستون و اصل اساسی نائل آمدن به اهداف کنوانسیون است.

وجه دوم در باب تفسیر اصول فوق است که کنوانسیون می‌بایست همسو با مصالح عالیّه به تفسیر بپردازد؛ از این رو، هیچ تفسیری نباید با این اصل مغایرت داشته باشد. وجه سوم نیز حکایت از آن دارد که در فرایند تصمیم‌سازی حقوقی، رویه‌های اجرایی و متن آئین‌نامه‌ها در حوزه کودکان می‌بایست به مصالح عالیّه این گروه توجه جدی شود.^{۲۶}

^{۲۶} کونانی، سلمان. (۱۳۹۹). صص ۱۵۶-۱۵۷.

نتیجہ گیری

مصالح عالیہ کودک، یکی از مفاهیم مبہم است و ہموارہ میان پژوهشگران در تعریف این مفہوم اختلاف وجود دارد. در میان ادبیات تحقیق در این حوزہ بہندرت دانش پژوهشی را می توان یافت کہ بہ تعریف دقیق این مفہوم ہمت گماشتہ باشد. برخی این ابہام مفہومی در تعریف را مزیت بہ حساب آورده اند؛ چراکہ موجب شدہ است کہ مصالح عالیہ کودک، در شرایط گوناگون انعطاف پذیر و تفسیر پذیر باشد. در مقابل برخی معتقدند کہ می بایست معیارها و شاخص های معین برای این مفہوم تدوین شود تا مانع از نادیدہ گرفتن این مصلحت عالیہ شود. عدم تعریفی مفہومی می تواند زمینہ ساز سو استفادہ از این اصل و نادیدہ گرفتن حقوق بنیادین کودک شود. بہ نظر می رسد کہ در بہ رسمیت شناختن این اصل این دو موضوع فوق را نظر بگیریم.

مصلحت در حوزہ فقہ اسلامی مفہومی کارآمد و مؤثر بودہ و تاکنون بحث های متعدد نظری در باب خاستگاہ، قلمرو و آثار آن میان پژوهشگران این حوزہ صورت گرفته است. مصلحت در فقہ اسلامی از جہات متعددی نقش پررنگی ایفا می کند؛ در حوزہ تشریح و قانون گذاری مصلحت عنصر اساسی دارد؛ در حوزہ اجرای احکام نیز مصلحت نقش پررنگی ایفا می کند. یکی از موارد مہم نقش اساسی مصلحت در اجرای احکام «سرپرستی و ولایت بر کودکان» است. مصلحت در فقہ اسلامی ہموارہ با دو مفہوم منفعت و ضرورت آمیختہ شدہ است، بہ گونه ای کہ در بسیاری از موارد این سہ مفہوم بہ جای یکدیگر بہ کار رفتہ اند. در این راستا ضروری است کہ این تحدید مفہومی میان این سہ مفہوم صورت گیرد. در حقوق ایران و بہ طور خاص قوانین کیفری مواد متعدد را می توان یافت کہ بہ مصالح عالیہ کودک توجہ کرده اند کہ می توان بہ تبصرہ ی ۳ مادہ ی ۸۸ قانون مجازات اسلامی، مادہ ی ۳۶، ۴۰، ۴۲ قانون حمایت از کودکان و سایر قوانین اشارہ کرد. در اسناد بین المللی نیز توجہات ارزندہ ای بہ مصلحت کودک شدہ است کہ مہم ترین این توجہات را می توان مادہ ی سوم کنوانسیون حقوق کودک دانست.

مسئلہ دیگری کہ در این میان مطرح می شود این است کہ چہ سنجہ های برای تشخیص مصالح عالی کودک وجود دارد؟ کنوانسیون حقوق کودک برخی از سنجہ ها رعایت مصالح عالیہ

کودک را ارائه داده است که می‌توان به سنجه‌های تعیینی و تضمینی اشاره کرد. در قانون حمایت از اطفال و نوجوانان نیز با توجه به ماده‌ی اول آن می‌توان سنجه‌های متعددی را استخراج کرد که می‌توان به اشاره به وضعیت مخاطره‌آمیز، سهل‌انگاری، سو رفتار، بهره‌کشی اقتصادی و سایر سنجه‌ها اشاره کرد. موضوع مهم دیگر در ساحت مصالح عالیّه کودک، تراحم و تعارض مصلحت کودک است که در اولویت‌بندی مصالح، مقدم دانستن مصالح ضروری بر مصالح حاجی، اولویت مصلحت عام بر خاص، مقدم دانستن مصلحت فاقد بدل بر مصلحت واحد بدل، اولویت دادن به مصلحت مضیق در مقابل مصلحت موسع و مصلحت متغیر بر ثابت نشان داده می‌شود. مسئله‌نهایی که در این به آن پرداخته شد، امکان‌سنجی قاعده‌انگاری مصالح عالیّه کودک بود. در پاسخ به این سؤال دو نظر وجود دارد، نظر نخست معتقد بود که ولایت ولی مشروط به مصلحت نیست و در مقابل نظر دوم براین باور بود که این امکان وجود دارد.

مصالح عالیہ کودک در فقہ و حقوق.../ سعادتۃ ۱۴۱

کتابنامه

- { کتاب: { ابن فارس، احمد (بی تا). معجم مقاییس اللغه، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، قم: مکتبه الکلام الاسلامی، بی جا.
- { کتاب: { پارساپور، محمدباقر. و نوربخش، سوسن. (۱۳۹۴). معیارهای ارزیابی مصلحت کودک در فقہ امامیه، حقوق ایران و کنوانسیون حقوق کودک. پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۲(۳)، ص ۱-۲۷.
- { کتاب: { پیوندی، غلامرضا. (۱۴۰۱)، سنجہ‌ها و مرجع تشخیص مصالح کودکان و نوجوانان، دانشگاه امام صادق(ع).
- { کتاب: { جوادی آملی، عبدالله. (۱۳۷۹). ولایت فقیه: ولایت فقاہت و عدالت، قم: اسراء، چ ۲.
- { کتاب: { خویی، ابولقاسم. (۱۴۱۹ق). محاضرات فی أصول الفقه، تقریر محمداسحاق فیاض، قم: مؤسسہ النشر الاسلامی، چ ۱.
- { کتاب: { روشن، محمد، و حمدی، حسین. (۱۳۹۸). «مصالح عالیہ کودک در حقوق و رویہ قضایی ایران و کنوانسیون حقوق کودک»، فصلنامه حقوق کودک، سال اول، ش اول، ص ۱۱-۳۶.
- { کتاب: { علیدوست، ابولقاسم. (۱۳۹۰). فقہ و مصلحت، تهران: پژوهشگاہ فرهنگ و اندیشہ اسلامی، چ ۲.
- { کتاب: { محقق داماد، مصطفی. و غنی زاده بافقی، مریم. (۱۳۹۶). تعیین مصالح نوعیہ کودک از منظر فقہ امامیہ و مبانی آن. مطالعات حقوق خصوصی، ۴۷(۱)، ص ۱۵۷-۱۷۲.
- { کتاب: { مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۱ق). انوارالفقاہہ - کتاب البیع، قم: مدرسہ الامام.
- { مقاله: { غنی زاده بافقی، مریم. و غنی زاده، زهرا. (۱۳۹۷). تعیین مؤلفہ‌های حضانت در بستر مصالح عالیہ کودک. فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۲۱(۸۴)، ص ۲۹۹-۳۲۴.
- { مقاله: { علیدوست، ابولقاسم (۱۴۰۱). مصالح عالیہ کودک قاعدہ یا پارادایم؟ قابل درستی در: <http://a-alidoost.ir/persian/news/27337>
- { مقلله: { کونانی، سلمان. (۱۳۹۹). روح حقوق کودک؛ نگاهی به اهداف حقوق کودک در رویکردی تطبیقی، فصلنامه حقوق کودک، ش ۸، دورہ ۲.
- { مقاله: { مانی، آیتای. (۱۳۹۱). منافع عالیہ کودک در نظام بین‌المللی حقوق بشر، پایان‌نامہ کارشناسی ارشد حقوق، دانشگاه علامہ طباطبایی. استاد راهنما، دکتر باقر انصاری.

بررسی و اثبات شخصیت حقوقی نهاد وقف

محمدحسن قاسم‌زاده*

چکیده

از جمله صدقات جاریه که در بین مردم ایران زمین و به خصوص مسلمانان خواستاران فراوانی دارد و مردم با رغبت بسیاری نسبت به انجام آن اقدام می‌کنند، وقف است. وقف از دیرباز در بین ایرانیان مرسوم بوده و هست. دامنه بحث وقف بسیار گسترده است و به صورت مستقل می‌تواند موضوع کتاب جداگانه‌ای باشد ولی آنچه که ما در این مقاله قصد داریم به تفصیل به آن بپردازیم، بحث سرنوشت مالکیت بر عین موقوفه است.

پس از اجرای صیغه وقف و تمام شدن آن، در این که اکنون موقوفه ملک چه کسی است اختلاف نظر بین فقها و حقوق‌دانان وجود دارد. عده‌ای قائلند عین موقوفه حتی پس از وقف هم از ملک مالک خارج نمی‌گردد و همچنان در ملکیت اوست. گروهی معتقدند پس از عقد وقف، فک ملک و ازاله ملکیت صورت می‌گیرد به نحوی که موقوفه از مالکیت واقف خارج می‌گردد ولی در ملکیت شخص دیگری داخل نمی‌شود و حکم ملک بلا مالک را دارد. جماعتی هم قائل به تفصیل شده‌اند به این صورت که در وقف عام معتقد به فک ملک و در وقف خاص قائل به مالکیت موقوف علیهم بر عین موقوفه هستند. آخرین گروه از فقها که نسبت به سایرین تعدادشان هم بیشتر است، معتقدند که موقوف علیهم مالک موقوفه می‌شوند. پس از نقل تمامی این اقوال و رد آنها، به نظریه‌ی مورد قبول خود خواهیم رسید که برای نهاد وقف یک شخصیت حقوقی مستقل قائل است.

واژگان کلیدی: وقف، واقف، موقوف‌علیهم، عین موقوفه، فک ملک، شخصیت حقوقی.

* کارشناسی حقوق، دانشگاه مفید، قم، ایران.

مقدمه

از دیرباز انسان موجودی کمال‌گرا بوده و همیشه رویای جاودانگی را در سر می‌پروراند و به شهادت تاریخ، پادشاهان دائماً در پی یافتن اکسیر جاودانگی بوده‌اند اما پس از اینکه بشر متوجه شد که از نظر جسمی امکان جاودانه زیستن وجود ندارد، تلاش کرد تا نام خویش را جاودانه کند. برای انجام این مهم، هرکس به نحوی کوشش می‌کند تا نام خویش را در اذهان نسل‌های آینده حک کند.

عده‌ای تمام هم و غم خود را در راه علم‌اندوزی و تعلیم آن قرار دادند تا به سبب کتب و تحقیقات و کشفیاتی که از خود بر جای می‌گذارند، نام خویش را دیرینه کنند. گروهی که امکان تعلم نداشتند، همت گماردند تا فرزندان تربیت کنند که یک کشور یا در ابعادی گسترده‌تر، یک تاریخ، به آن فرزندان مدیون شوند و به سبب اولاد صالح خویش به جاودانگی در اذهان ملت دست یابند. افرادی هم که تمکن دو نعمت قبلی را نداشتند، یعنی نه علمی داشتند که از آن بهره‌مند شوند و نه اولادی که احیاء‌کننده نام آنها باشند، سعی کردند که با خدمت به خلق‌الله به سعادت دنیوی و اخروی برسند و در این راستا برخی منابع مالی خویش را هم به این مهم اختصاص دادند. اما قطعاً هر فردی پس از مرگ خویش عملاً دستش از تمام دنیا و ما فیها و به خصوص اموال خویش کوتاه است و ورثه او اختیار تام در مصرف اموال به جا مانده از مورث خود را دارند؛ لذا این افراد خیر باید تمهیدی می‌اندیشیدند که وسیله مالی این خدمت را از ترکه جدا سازند. اخبار مروی از ائمه علیهم السلام این اموال عام‌المنفعه را صدقه جاریه نامیده‌اند تا همچنان که از نامش پیداست، یک منبع حسنات دائم و مستمر برای بانیان آن باشد. یکی از نمونه‌های اتم و اکمل این صدقات جاریه، وقف است که به صورت مستقل موضوع برخی خطابات شرعی واصله از اولیای الهی، قرار گرفته است و همین دستورات نیز برای افراد خیر انگیزه مضاعف را برای اقدام به این عمل خیر ایجاد کرده است. حقوق از دیدگاه اجتماعی علم به نیازها و رفع آنهاست.

بررسی و اثبات شخصیت حقوقی نهاد وقف / قاسم‌زاده ۱۴۵

حال یکی از کامل‌ترین وسیله‌های حقوقی و اقتصادی برای رفع نیازهای جامعه، وقف است که به صورت گسترده در احکام اسلامی بیان شده است و به تبع در قوانین جمهوری اسلامی ایران نیز متبلور گشته است. وقف در جامعه امروزی ما از لحاظ اجتماعی دارای اهمیت فراوان است، به صورتی که امروزه در کشورهای متدین به دین مبارک اسلام بسیاری از پرورشگاه‌ها، بیمارستان‌ها، آموزشگاه‌ها، مدارس قدیمی و حوزه‌های علمیه جزء موقوفات به حساب می‌آیند و حتی اگر هم مستقیماً موقوفه نباشند، از محل درآمد اوقاف اداره می‌شوند. حتی فارغ از ریشه مذهبی این مسئله، در ایران قبل از اسلام نیز موقوفاتی برای امور عام‌المنفعه به ویژه نگهداری معابد و آتشکده‌ها وجود داشته که پاره‌ای از آنها در بعضی از شهرستان‌های ایران مثل یزد و کرمان هنوز در دست زرتشتیان باقی و دایر است.^۱ اما بحث وقف در قوانین موضوعه ایران یک بحث گسترده و دامنه‌دار است، به نحوی که مواد ۵۵ تا ۹۱ قانون مدنی را به خود اختصاص داده است و در کنار آن، قانونی تحت عنوان قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه نیز به طور مستقل به بیان بایدها و نبایدهای این امر خیر پرداخته است که همه این امور نشان از اهمیت فوق‌العاده بحث وقف در نظر قانون-گذار ایران دارد. ولی آنچه که مسلم می‌باشد این است که چنین امکانی وجود ندارد که در یک مقاله به تمام ابعاد این قضیه پرداخته شود. لذا این گفتار سعی دارد بخش کوچکی از بحث وقف را به صورت استدلالی تبیینی و با کمک گرفتن از عبارات فقها و حقوق‌دانان تحلیل کند. گفتیم که واقفین قصد دارند با عمل وقف یک صدقه دائمی را در دفتر اعمال خود به ثبت برسانند، به نحوی که حتی سال‌ها پس از مرگ ایشان هم این نهاد سرچشمه خیرات و حسنات برای آنان باشد. پس با این توضیحات ناگزیریم تکلیف مال موقوفه را پس از اجرای صیغه وقف از نظر مالکیت مشخص نماییم.

^۱ صفایی، سیدحسین. (۱۳۹۸). حقوق مدنی: اشخاص و اموال، ص ۲۸۵.

در این بخش فقها و حقوق‌دانان نظرات مختلفی را ایراد نموده‌اند. برای مثال، عده‌ای قائلند حتی پس از وقف هم واقف مالک عین موقوفه است. گروهی معتقدند موقوفه پس از وقف به ملکیت موقوف علیهم در می‌آید و ... آنچه مدنظر ماست، اثبات شخصیت حقوقی مستقل برای نهاد وقف است. لذا در این مقاله به طور مفصل مدعا و دلیل هریک از مستدلین را نقل خواهیم نمود و تا حد امکان بر آن استدلال‌ات نقد خویش را وارد می‌کنیم. در نهایت نظریه شخصیت حقوقی مستقل وقف را به کرسی اثبات خواهیم نشاند و علاوه بر اینکه از برخی مواد قانونی برای ادعای خویش مؤید خواهیم آورد، از کلام فقهای پیشین نیز که به مقصود ما نزدیک‌تر است، شاهد ذکر خواهیم نمود.

تعریف وقف

پیش از ورود به بحث اصلی مقاله یعنی بررسی و اثبات شخصیت حقوقی نهاد وقف، لازم است عناوین اخذ شده در موضوع را به طور واضح توضیح دهیم. همان‌طور که مشخص است، دو قید مهم از موضوع مقاله که از حیث استقلالی صلاحیت توضیح و تبیین را دارند عبارتند از «وقف و شخصیت حقوقی»؛ لذا ابتدا به تعریف ماهوی وقف می‌پردازیم و سپس منظور از شخصیت حقوقی در حقوق موضوعه ایران را بیان خواهیم کرد. وقف در لغت به فتح واو و سکون قاف به معنای حبس، نگاه داشتن، ایستادن، منع کردن، جلوگیری، حصر کردن و منحصر ساختن است.^۲

اما وقف در اصطلاح: ماده‌ی ۵۵ قانون مدنی در تعریف وقف مقرر داشته است: «وقف عبارت است از اینکه عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود.» منبع اصلی این ماده روایت پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم می‌باشد: «حبس الاصل و سبل المنفعه»^۳ (اصل عین را

^۲ انصاری، مسعود. و طاهری، محمدعلی. (۱۳۸۸). مجموعه دانشنامه حقوق: دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۳، ص ۲۱۹۴. و رسائی نیا، ناصر. فرهنگ حقوقی، ص ۱۵۹۶. و امامی، سیدحسن. (۱۳۸۱). حقوق مدنی، ج ۱، ص ۷۳.

^۳ مستدرک، ج ۲، ص ۵۱۱.

بررسی و اثبات شخصیت حقوقی نهاد وقف/ قاسم‌زاده ۱۴۷

حبس کن و منفعت آن را تسبیل نما) در متن ماده و روایت الفاظی به کار رفته است که نیاز به توضیح دارند و اگر تبیین شوند، معنای روشنی از وقف به دست خواهد آمد؛ لذا منظور از حبس عین و تسبیل منفعت را بیان می‌کنیم. منظور از حبس نمودن، عین جدا ساختن، عین از دارایی مالک و نگاه داشتن، عین مال به طور ابدی از نقل و انتقال و همچنین از تصرفاتی است که موجب تلف عین می‌گردد؛ زیرا مقصود از وقف انتفاع همیشگی موقوف علیهم از مال موقوفه است و بدین جهت آن را وقف گفته‌اند؛ زیرا همانطور که بیان شد، کلمه وقف در فارسی ایستادن و نگه داشتن است.^۴

بحثی که در اینجا لازم به ذکر است، تفاوت بین حبس و وقف است. طبق حقوق ایران، حبس مال یک بحث مستقل حقوقی است و مفهومی گسترده‌تر از بحث وقف دارد و کما اینکه از تعریف وقف هم مشخص شد، بین وقف و حبس رابطه عموم و خصوص مطلق برقرار می‌باشد. اما مهم‌ترین تفاوت حبس و وقف این است که در حبس رابطه مالک با مال قطع نمی‌شود و او همچنان مالک باقی می‌ماند جز اینکه برای مدتی کوتاه یا بلند و یا برای همیشه از پاره‌ای تصرفات ممنوع می‌گردد. بنابراین مال حبس شده به میراث منتقل می‌شود و هرگاه حق انتفاع به دلیلی زائل شود، دوباره اختیار مالک به طور کامل به او باز می‌گردد.^۵ پس از بیان مفهوم حبس، نوبت به تبیین لفظ تسبیل می‌رسد. مقصود از اینکه منافع عین تسبیل می‌شود آن است که واقف از منافع آن شخصاً صرف‌نظر کرده و صرف آن را برای امور فی سبیل‌الله یعنی غالباً نوعیه و خیریه مقرر دارد و در واقع منافع آن مال را به صورت اباحه یا تملیک به

^۴ امامی، سید حسن. (۱۳۸۱). حقوق مدنی، ج ۱، ص ۷۳. و کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۸). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۶۰. و عدل، منصور. (۱۳۸۹). حقوق مدنی، ص ۶۰.

^۵ کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۲). حقوق مدنی: عقود معین، ج ۳، ص ۱۴۱.

دیگران واگذار نماید.^۶

آنچه تاکنون بیان شد، تبیین تعریف وقف در قانون مدنی بود اما برای وقف در علم حقوق دو معنای نزدیک به هم ارائه شده است:

۱. عمل حقوقی خاصی که در شمار «عقود معین» قرار دارد و به موجب آن مالکی به منظور رسیدن به هدف معنوی و اخلاقی مال یا بخش معینی از دارایی خود را حبس می‌کند تا از انتقال مصون بماند و منابع آن را اختصاص به مصرف در راه رسیدن به هدف خویش می‌دهد؛ برای مثال، مالکی می‌خواهد به دانشجویان با استعداد و بی‌بضاعت کمک کند. لذا ساختمان چند طبقه‌ای می‌سازد و آن را به خوابگاه این‌گونه دانشجویان اختصاص می‌دهد. ماده‌ی ۵۵ قانون مدنی هم اشاره به همین معنا دارد تا به اجمال ارکان عمل حقوقی منشاء وقف را معین سازد.

۲. گاه وقف به نهاد حقوقی‌ای گفته می‌شود که برای رسیدن به هدف واقف به وجود آمده است. سازمانی که دارای مدیر و ناظر و اموال خاص است. اداره و مصرف آن تنها برای رسیدن به هدف منظور واقف امکان دارد و از دارایی او جدا گشته و اصالت و استقلال یافته است. امروز ما چنین سازمانی را شخص حقوقی می‌نامیم. مفهومی که حقوق از ارتباط جمعی از اشخاص و اموال اختصاص یافته به خدمت و هدف معین انتزاع می‌کند. شخصیتی که دارای نام، اقامت‌گاه و دارایی خاص است و می‌تواند دارای حق و تکلیف شود و طرف قرارداد و تعهد قرار گیرد.

ولی چون در فقه مفهوم شخصیت حقوقی مصطلح نبود و موجوداتی مانند مسجد و بیت‌المال و وقف در قالب نظریه مدونی مطالعه نمی‌شد، برای نمایاندن وقف به اموال موقوفه

^۶ کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۹). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۶۰ و عدل، منصور. (۱۳۸۹). حقوق مدنی ص ۶۰ و جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۵، ص ۳۸۱۹. و امامی، سیدحسین. (۱۳۸۱). حقوق مدنی، ج ۱، ص ۷۳.

بررسی و اثبات شخصیت حقوقی نهاد وقف/ قاسم‌زاده ۱۴۹

اشاره می‌شد و گاه نیز به این اموال وقف می‌گفتند. برای نمونه در ماده‌ی ۸۸ قانون مدنی که صحبت از بیع وقف می‌شود بی‌گمان مقصود، فروش مال موضوع آن (موقوفه) است. این دو معنا با هم ارتباط نزدیک دارند و هر دو یک حقیقت را نشان می‌دهند؛ منتها نخستین معنا مربوط به منشاء و سبب آن حقیقت و دیگری مربوط به ماهیت و اوصاف خود آن است که جداگانه مورد توجه قرار می‌گیرد. در کتاب‌های حقوقی به طور معمول تکیه بر عقد وقف و شرایط و ارکان آن است و به ماهیت آنچه به وجود آمده است، کمتر توجه می‌شود ولی به نظر می‌رسد که باید شناسایی این سازمان حقوقی را مقدم داشت زیرا ویژگی‌های عقد وقف در برابر هبه یا عمری و یا سکنی ناشی از اثر آن یا اوصاف وقف است.^۷ لفظ وقف فقط در علم حقوق کاربرد ندارد؛ بلکه در علوم دیگر هم گاهی به کار می‌رود. به منظور توان تشخیص این موضوع لازم است حقوقدان با سایر معانی وقف در علوم دیگر هم آشنایی داشته باشد؛ لذا اکنون تعریف وقف را در علوم دیگر بیان می‌کنیم.

در علم اصول فقه وقف عبارت است از ضد حضر و اباحه و در علم کلام وقف مذهب واقفیه است که در ملل و نحل متعرض شده‌اند و از باب استطراد آورده شده است.^۸ وقف در فقه به معنای توقف و احتیاط است. چنانکه گویند اصل در اشیا وقف است نه حضر، یعنی هرگونه اقدام در امور زندگی که قانون صریحاً نهی نکرده یا امر ننموده باشد، باید بر وفق احتیاط باشد و باید از اقدام برخلاف احتیاط خودداری (توقف) کرد؛ زیرا تصرف در ملک خداوند بدون اذن او روا نیست. مکتب اخباری طرفدار این نظر است در مواردی که احتمال تحریم می‌دهد.^۹

گرچه تعاریف فقیهان از وقف نزدیک به هم است اما اختلاف نظرهایی هم در آن ملاحظه

^۷ کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۲). حقوق مدنی: عقود معین، ج ۳، ص ۱۱۶-۱۱۸.

^۸ جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۵، ص ۳۸۳۰.

^۹ جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۴). ترمینولوژی حقوق، ص ۷۵۲.

می‌شود؛ چنانکه در تعریف وقف گفته اند: «وقف عبارت از حبس عین بر ملک خداوند متعال است.» تعریف قانون مدنی که پیشتر بیان شد با عبارت جواهرالکلام نزدیکی زیادی دارد؛ چنانکه در تعریف وقف آورده است: «وقف عقد است. نتیجه‌اش تحبیس اصل و اطلاق منفعت است.» در فقه اهل سنت، سه نوع تعریف از وقف ارائه شده است؛ چنانکه ابوحنیفه در تعریف وقف می‌گوید: «وقف عبارت است از حبس عین بر حکم ملک واقف و صدقه دادن منفعت در جهت خیری است.» اما شافعیه، حنابله و ابو محمد و ابویوسف از پیشوایان حنفیه در تعریف وقف گفته اند: «وقف عبارت از حبس مال قابل انتفاع با بقای عین آن است به نحوی که واقف و دیگری نمی‌تواند دیگر در آن تصرفی کند و این کار در راه خیر و برای تقرب به خداوند انجام می‌پذیرد.» اما مالکیه در تعریف وقف گفته اند: «وقف عبارت از آن است که مالک منفعت مملوک خود را هرچند که از طریق اجرت باشد و یا بهره‌مندی از چیزی را برای مستحق، با صیغه و تعیین مدت مورد نظر خویش به صورت تبرعی و به وصف لازم با بقای عین آن در ملک واقف قرار دهد.» که البته هریک از تعاریف پیش‌گفته با عنایت به آثاری که بر آن بار است، تفاوت‌های با اهمیتی را با همدیگر دارند. فقها عموم آیات وارده در باب انفاق، احادیث منقول از پیامبر اسلام و رأی و نظر فقها و عمل امت اسلامی را به عنوان مبنای مشروعیت وقف ذکر می‌کنند.^{۱۰}

تعریف شخصیت حقوقی

دومین قید مهمی که در موضوع مقاله مزبور به چشم می‌خورد و ما ناگزیر از تعریف آن هستیم، قید شخصیت حقوقی می‌باشد. شخص حقوقی هنگامی پدید می‌آید که دسته‌ای از افراد که دارای منافع و فعالیت مشترک هستند یا پاره‌ای از اموال که به اهداف خاصی اختصاص داده شده‌اند، در کنار هم قرار بگیرند و قانون آنها را طرف حق و تکلیف بشناسد و

^{۱۰} انصاری، مسعود. و طاهری، محمدعلی. (۱۳۸۸). مجموعه دانشنامه حقوق: دانشنامه حقوق خصوصی ج ۳، ص ۲۱۹۴.

بررسی و اثبات شخصیت حقوقی نهاد وقف/ قاسم‌زاده ۱۵۱

برای آنها شخصیت مستقلی قائل گردد؛ مانند دولت، شهرداری، دانشگاه تهران، شرکت‌های تجاری و انجمن‌ها. بنابراین می‌توان گفت شخص حقوقی مانند شخص طبیعی موجودی است که برای نیل به اهداف خاصی پدید می‌آید و می‌تواند طرف حق و تکلیف قرار بگیرد.^{۱۱} در حقوق امروز اشخاص حقوقی را می‌توان به اشخاص حقوقی حقوق عمومی و اشخاص حقوقی حقوق خصوصی تقسیم کرد.

اشخاص حقوقی حقوق عمومی

شخص حقوقی ممکن است مربوط به حقوق عمومی باشد. این اشخاص را اشخاص حقوق عمومی نیز گفته‌اند. دولت بی‌شک از این دسته از اشخاص حقوقی است. شهرداری‌ها و سازمان‌های عمومی که قانون به آنها استقلال مالی و اداری اعطا کرده نیز از این دسته‌اند. مجلس شورای اسلامی، دانشگاه تهران، شهرداری، سازمان ثبت احوال کشور، سازمان آب منطقه‌ای و شرکت ملی نفت، اشخاص حقوقی حقوق عمومی هستند. ماده‌ی ۵۸۷ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ مقرر می‌دارد: «مؤسسات و تشکیلات دولتی و بلدی به محض ایجاد و بدون احتیاج به ثبت دارای شخصیت حقوقی می‌شوند.» باید اضافه کرد که گاهی تشخیص اینکه یک شخص حقوقی مربوط به حقوق عمومی یا حقوق خصوصی می‌باشد، دشوار و دقیق است، همانطور که تشخیص حقوق عمومی از حقوق خصوصی همیشه آسان نیست؛ مثلاً می‌توان از خود پرسید آیا قانون و کلا یک شخص حقوق عمومی است یا خصوصی؟ چون این قانون بعضی از وظایف دولت را در مورد تنظیم و کالت دادگستری و تعقیب و مجازات انضباطی و کلاهی متخلف انجام می‌دهد، می‌توان آن را یک شخص حقوق عمومی دانست. در مورد شرکت‌های بازرگانی که سرمایه آنها متعلق به دولت است ولی طبق مقررات و اصول بازرگانی اداره می‌شوند نیز مسئله‌ای قابل بحث است.

^{۱۱} صفایی، حسین. و قاسم‌زاده، مرتضی. (۱۳۹۸). حقوق مدنی: اشخاص و مجبورین، ص ۱۶۴.

با وجود این، چون سرمایه این مؤسسات متعلق به دولت است، می‌توان آن‌ها را در زمره اشخاص حقوقی حقوق عمومی قرار داد. بنابراین می‌توان گفت اگر سرمایه شخص حقوقی متعلق به دولت و شهرداری باشد یا هدف فعالیت آن از هدف‌ها و فعالیت‌های عمومی باشد، شخص حقوقی مربوط به حقوق عمومی تلقی می‌شود.

اشخاص حقوقی حقوق خصوصی: این دسته از اشخاص حقوقی که گاهی آن‌ها را اشخاص حقوقی حقوق خصوصی می‌نامند، مربوط به روابط خصوصی مردم هستند و هدف و فعالیت آن‌ها در زمینه حقوق خصوصی است. بعضی از این اشخاص دارای هدف انتفاعی هستند و بعضی دیگر چنین هدفی ندارند^{۱۲}. اما اینکه موقوفات جزء کدام دسته‌اند، در آینده و پس از اینکه اصل مسئله شخصیت حقوقی را برای موقوفات ثابت کردیم بحث خواهیم نمود.

تصویر محل نزاع

مسئله تعیین سرنوشت حق مالکیت یکی از دشوارترین مباحثی است که در وقف با آن روبه‌رو هستیم. شاید امروزه به دلیل آشنایی کافی حقوق‌دانان ما با مفهوم شخصیت حقوقی از دشواری مبحث کاسته شده است، لکن از نظر مطالعه تاریخی در فقه این اشکال باقی است که با وجود ناشناخته بودن شخصیتی که بتواند مستقل از انسان باشد، چگونه می‌توانستند اداره وقف را به عنوان سازمانی جدا از دارایی واقف یا موقوف علیهم توجیه کنند؟

نکته جالبی که نباید از نظرها دور بماند این است که فقها از راه تمهید نظریه کلی درباره مالکیت اموال وقف شده به راه‌حل‌های عملی اداره وقف دست نیافته‌اند؛ بلکه با توجه به زمینه‌های اجتماعی و نیازهای عاطفی مردم و استفاده از اخبار، قواعد حاکم بر وقف را به دست آورده‌اند؛ یعنی از طبیعی‌ترین راه، نهاد اجتماعی وقف و نیاز و گرایش به مالکیت جمعی را به یک سازمان حقوقی تبدیل کرده و آنگاه به این فکر افتاده‌اند که چگونه سازمان پیش ساخته را

^{۱۲} همان، ص ۱۷۰-۱۷۲.

بررسی و اثبات شخصیت حقوقی نهاد وقف / قاسم‌زاده ۱۵۳

در قالب نظریه‌های حقوقی توجیه کنند. بدین ترتیب جست‌وجوی مالک عین موقوفه اهمیت عملی شایانی برای آنان نداشت. چندان که مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی در عین حال که با کمال دقت و ظرافت بنیان یکی از مهم‌ترین نظریه‌های حقوق جدید (شخصیت حقوقی) را بررسی می‌کند، از این بحث تنگ حوصله می‌شود و آن را بی‌فایده یا از لحاظ عملی کم‌فایده می‌بیند.^{۱۳}

در هر حال با قبول اداره وقف به شکل سازمان حقوقی و قطع اختیار واقف در این بخش از دارایی خود، حقوق دانان با این پرسش منطقی روبه‌رو شدند که مالک عین موقوفه کیست؟ عده‌ای بر این عقیده‌اند که همچنان واقف مالک است و عین موقوفه در دارایی او حبس شده است. گروهی عقیده دارند که در اثر عقد وقف، مال موضوع آن به موقوف علیهم تملیک می‌شود و پس از وقوع عقد، مالک واقعی عین موقوفه کسانی هستند که بنا بر اراده واقف حق استفاده از آن را دارند. منتها این مالکیت بنا به مقتضای عقد وقف محدود است؛ یعنی موقوف علیهم فقط حق دارند از منافع مال خود با شرایط معینی استفاده کنند.

عده‌ای وقف را مانند ابراء از مصادیق فک ملک دانسته‌اند؛ از این بیان می‌توان نتیجه گرفت که در اثر عقد وقف عین موقوفه به کسی تملیک نمی‌شود و چون از ملک واقف نیز خارج شده دارای مالک خاص نیست. بعضی دیگر وقف عام را از مصادیق فک ملک و نتیجه وقف خاص را تملیک به موقوف علیهم دانسته‌اند. افرادی نیز معتقدند اینگونه اموال خود اصالت و شخصیت پیدا می‌کنند و از دایره تعلق به آدمیان بیرون می‌روند.^{۱۴}

تبیین نظریه مالکیت واقف بر عین موقوفه

قائلین به مالکیت واقف بر عین موقوفه ممکن است به اموری چند استدلال نمایند که در ذیل

^{۱۳} کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۲). حقوق مدنی: عقود معین، ج ۳، ص ۱۴۵.

^{۱۴} کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۸). دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت، ص ۲۲۱.

تعدادی از ادله آنان را نقل و رد می‌نماییم.

۱. چون در وقف باید عین موقوفه حفظ و منافع آن به مصرف مشروعی که واقف تعیین کرده است برسد، برای اداره آن باید ترتیبی اتخاذ گردد. ممکن است واقف شخص یا اشخاصی را برای اداره موقوفه تعیین کرده باشد. چنین شخصی متولی نامیده می‌شود و ممکن است علاوه بر متولی، یک یا چند نفر نیز به عنوان ناظر بر وقف تعیین گردند و نیز ممکن است موقوفه متولی نداشته و یک متصدی برای اداره آن منصوب گردد. به هر حال اداره موقوفه باید به طریقی انجام شود که واقف مقرر داشته یا در قانون پیش‌بینی شده است. در تعریف متولی می‌توان گفت متولی موقوفه کسی است که به موجب مفاد وقفنامه و مقررات قانون به این سمت شناخته شده است.^{۱۵} متولی مسئول حفظ و نگهداری عین موقوفه و صرف منافع آن در اموری است که واقف تعیین کرده است.

اختیار تعیین متولی اصولاً با واقف است. طبق ماده‌ی ۷۵ قانون مدنی: «واقف می‌تواند تولیت یعنی اداره کردن امور موقوفه را مادام‌الحیات یا در مدت معینی برای خود قرار دهد و نیز می‌تواند متولی دیگری معین کند که مستقلاً یا مجتمعاً با خود واقف اداره کند. تولیت اموال موقوفه ممکن است به یک یا چند نفر دیگر غیر از خود واقف واگذار شود که هر یک مستقلاً یا منضمماً اداره کنند و همچنین واقف می‌تواند شرط کند که خود او یا متولی که معین شده است نصب متولی کند و یا در این موضوع هر ترتیبی را که مقتضی بداند قرار دهد.»^{۱۶}

از بیانات بالا به خوبی روشن شد که واقف سلطنت کاملی بر عین موقوفه دارد، به نحوی که خود او می‌تواند مصرف موقوفه را در هر امری که صلاح بداند مشخص کند و می‌تواند اداره موقوفه را هم خودش بر عهده بگیرد و یا به هر شخصی که تمایل داشت بسپارد و حتی

^{۱۵} ماده‌ی ۴ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳.

^{۱۶} صفایی، سید حسین. (۱۳۹۸). حقوق مدنی: اشخاص و اموال، ص ۲۸۹.

بررسی و اثبات شخصیت حقوقی نهاد وقف/ قاسم‌زاده ۱۵۵

متولی جدید هم باید تابع اوامر واقف باشد و در اموری که واقف تعیین می‌کند، موقوفه را مصرف نماید. همه این موارد نشان از سیطره واقف بر عین موقوفه دارد و بدیهی است که فقط مالک است که می‌تواند در ملک خود تصرف کند و شخص دیگری این حق را ندارد. در نتیجه، وقتی پس از عقد وقف مالک می‌تواند در این حد از تصرف را انجام دهد، مشخص می‌شود واقعاً او پس از عقد وقف هم مالک است. نهایتاً می‌توانیم ملزم شویم که مالک با عقد وقف تصرفات خود بر ملک خود را محدود به امورات مذکور در وقفنامه کرده است.

اما استدلال بالا به دو دلیل مخدوش است؛ اولاً کبرای قیاس بالا مردود است، چراکه تصرف دلالت بر مالکیت ندارد چون که موقوف علیهم هم حق تصرف در مال موقوفه را دارند^{۱۷} و آن‌ها هم دقیقاً همان تصرفات مذکور در وقفنامه را مجازند انجام دهند. پس شما باید قائل به مالکیت موقوف علیهم هم باشید، در حالی که به این امر ملتزم نیستید. ثانیاً قبض از شرایط صحت وقف است؛ کما اینکه دکتر صفایی فرموده: «مادام که قبض واقع نشده یا به اصطلاح قانون مدنی عین موقوفه به تصرف وقف داده نشده است، اثری بر وقف مترتب نیست.^{۱۸} بنابراین واقف می‌تواند قبل از قبض از قصد خود برگردد یا تغییر و تبدیلی در شرایط و آثار وقف بدهد اما همین که قبض محقق شد، ارکان وقف کامل می‌شود و دیگر واقف نمی‌تواند آن را برهم زند یا در آن تغییر و تبدیلی بدهد، چنانکه فرد یا افرادی را از زمره موقوف علیهم خارج نماید.^{۱۹}»^{۲۰}

در عبارت بالا که مستفاد از متن قانون مدنی بود، به خوبی روشن می‌شود که چقدر تصرف واقف پس از قبض محدود شده است؛ درحالی که اگر مالک بود اصولاً نباید هیچ‌یک از

^{۱۷} در اثبات یا رد مالکیت موقوف علیهم در آینده بحث خواهیم نمود.

^{۱۸} ماده‌ی ۵۹.

^{۱۹} ماده‌ی ۶۱ قانون مدنی.

^{۲۰} همان، ص ۲۸۸.

این محدودیت‌ها را برمی‌تابید؛ چرا که مالک مختار است هر تصرفی که می‌خواهد در ملک خویش بنماید.

۲. اگر شخصی زمینی را بدین منظور که وقف امر خیر کند خریداری کرده و ساخته باشد، این تنها کافی برای احراز وقف نیست ولو اینکه بنای مزبور مورد استفاده امر خیر منظور نیز واقع شده باشد.^{۲۱}

از این بیان دکتر کاتوزیان مشخص می‌شود که تا قبل از لحظه وقف، موقوفه در ملکیت واقف بوده است همچنان که باید هم همینطور باشد؛ چرا که ماده‌ی ۵۷ قانون مدنی مقرر داشته است: «واقف باید مالک مالی باشد که وقف می‌کند و به علاوه دارای اهلیتی باشد که در معاملات معتبر است.» حال در لحظه وقف شک در خروج موقوفه از مالکیت واقف می‌کنیم و اینجا مجرای استصحاب است و باید مالکیت واقف را استصحاب کنیم.

استدلال بالا مردود است؛ چرا که اینجا نمی‌تواند مجرای اصول عملیه باشد، زیرا شکی در کار نیست که اصول عملیه جاری کنیم و به عقیده ما به محض وقوع عقد وقف یقین داریم که موقوفه از ملکیت واقف خارج گشته است. در ادامه، عباراتی از کلام فقها و حقوق‌دانان بیان خواهیم کرد که صراحتاً دلالت بر خروج موقوفه از ملک واقف دارد.

شاهد دیگر بر رد استدلال بالا کلام دکتر کاتوزیان می‌باشد؛ «در موضوع اختلاف در ملکیت و وقفیت اصل ملکیت است و مدعی وقف باید دعوا را اثبات نماید و عمل به وقف هم به تنهایی دلیل مثبت وقف محسوب نمی‌شود.»^{۲۲} از این عبارت به خوبی فهمیده می‌شود که اگر مدعی وقف بتواند دعوی وقف را ثابت کند، اصل مالکیت واقف باطل خواهد شد و از حین وقوع عقد وقف موقوفه دیگر در ملکیت واقف نخواهد بود.

^{۲۱} کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۹). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۶۱.
^{۲۲} همان.

بررسی و اثبات شخصیت حقوقی نهاد وقف/ قاسم‌زاده ۱۵۷

۳. مالک نمی‌تواند به طور دائمی حتی پس از مرگ خود ملک خود را حبس کند؛ چون این عمل تصرف در سلطنت وراثت است و اگر هم مالک چنین کاری کند، این حبس فقط تا زمان حیات او جریان خواهد داشت و پس از فوت او آن عین به ملکیت وراثت باز خواهد گشت و از آنجایی که وقف هم نوعی حبس است، استدلال بالا در مورد وقف هم جاری خواهد شد.

رد بر استدلال بالا: اولاً واقف در حین حیات خود سلطنت کامل بر ملک خود دارد و هر تصرف و تملیک مشروع و معقولی که بخواهد را می‌تواند انجام دهد و هیچ‌کس هم نمی‌تواند متعرض او شود.^{۲۳} ثانیاً آنچه که باعث شده مستدل این مطلب بالا به غلط بیفتند این بوده که آنها بین حبس مطلق و وقف خلط کرده‌اند. کلام آنها در مورد حبس مطلق صحیح است، کما اینکه ماده‌ی ۴۴ قانون مدنی مؤید این مطلب است: «در صورتی که مالک برای حق انتفاع مدتی معین نکرده باشد، حبس مطلق بوده و حق مزبور تا فوت مالک خواهد بود مگر اینکه مالک قبل از فوت خود رجوع کند.» در حالی که وقف غیر از حبس مطلق است.

۴. معدودی از فقهای امامیه و بعضی از عامه اعتقاد دارند که عین موقوفه حبس و در ملک واقف باقی می‌ماند؛ زیرا ظاهر از لزوم حبس عین با انتقال آن به دیگری منافات دارد، چرا که انتقال باید با قصد شخص تملیک‌کننده همراه باشد در حالی که او قصد خروج عین از ملکیت خود را نکرده و فقط قصد خروج ثمره مال را داشته است و تنها ثمره مال است که به موقوف علیهم می‌رسد.

بر این نظر انتقاد شده است که لزوم حبس عین با انتقال آن به دیگری یا خروج از ملکیت واقف منافات ندارد؛ زیرا می‌توان عین را در ملکیت موقوف علیهم نیز حبس کرد وانگهی وقتی شخص نتواند عین یا منفعت مالی را بفروشد یا ببخشد و مالی از او به میراث نرسد، چگونه می‌توان ادعا کرد که او مالک است؟ در اثر وقف رابطه مالک با عین موقوفه قطع می‌شود و

^{۲۳} گرامی، محمد علی. (۱۳۸۱). معلقات علی ملحقات عروه الوثقی، ص ۶۰.

عین از مالکیت او بیرون می‌رود و دیگر به او باز نمی‌گردد. با وجود این فقیهانی که وقف منقطع (مانند وقف بر کسانی که منقرض می‌شوند) را درست و از اقسام وقف می‌دانند و همچنین وقف درباره بعضی از منافع را نافذ می‌شمارند، در این دو مورد عین حبس شده را ملک واقف می‌بینند. ولی منقطع بودن وقف نیز با لزوم فک ملک واقف منافات ندارد و از ظاهر ماده‌ی ۵۵ قانون مدنی نیز بر می‌آید که برای تحقق وقف باید تمام منافع تسبیل شود و بر فرض هم که چنین وقفی درست باشد، تنها در مورد بعضی از منافی که برای واقف باقی مانده، ملکیت او از بین نمی‌رود.^{۲۴}

در این مرحله مؤبداتی جهت اثبات خروج موقوفه از مالکیت واقف ارائه می‌کنیم. ابتدا مؤبداتی از قانون مدنی و سپس عباراتی از کلام حقوق‌دانان بیان خواهیم کرد که دلالت صریح بر خروج موقوفه از مالکیت واقف دارند.

الف) ماده‌ی ۷۲ قانون مدنی بیان می‌دارد: «وقف بر نفس به این معنا که واقف خود را موقوف علیه یا جزء موقوف علیهم نماید یا پرداخت دیون یا سایر مخارج خود را از منافع موقوفه قرار دهد باطل است، اعم از اینکه راجع به حال حیات باشد یا بعد از فوت» همانطور که مشخص است تصرفات مذکور در این ماده را واقف نمی‌تواند انجام دهد، پس معلوم است که بعد از وقف، موقوفه از مالکیت او خارج شده است؛ چون اگر اینطور نبود هیچ دلیلی نداشتیم مبنی بر اینکه مالک را منع کند از اینکه دیون خود را از ملک خود بپردازد.

ب) ماده‌ی ۷۴ قانون مدنی: «در وقف بر مصالح عامه اگر خود واقف نیز مصداق موقوف علیهم واقع شود، می‌تواند منتفع گردد.» اگر واقعاً واقف مالک موقوفه بود دیگر نیازی به بیان این شرط (اگر واقف مصداق موقوف علیهم واقع شود) توسط قانونگذار نبود و در هر صورت مالک

^{۲۴} کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۲). حقوق مدنی: عقود معین، ج ۳، ص ۱۴۷.

بررسی و اثبات شخصیت حقوقی نهاد وقف/ قاسم‌زاده ۱۵۹

می‌توانست از ملک خود بهره‌مند شود.

ج) ماده‌ی ۷۹ قانون مدنی مقرر داشته است: «واقف یا حاکم نمی‌تواند کسی را که در ضمن عقد وقف متولی قرار داده شده است عزل کند مگر در صورتی که حق عزل شرط شده باشد و اگر خیانت متولی ظاهر شود، حاکم ضم امین می‌کند» اگر واقف مالک موقوفه بود به راحتی می‌توانست کسی را که اداره‌کننده ملک اوست، عزل کند ولی حالا که این اختیار را ندارد معلوم می‌شود، موقوفه از مالکیت او خارج شده است.

د) ماده‌ی ۸۲ قانون مدنی مرقوم داشته است: «هرگاه واقف برای اداره کردن موقوفه ترتیب خاصی معین کرده باشد، متولی باید به همان ترتیب رفتار کند و اگر ترتیبی قرار نداده باشد متولی باید راجع به تعمیر و اجاره و جمع‌آوری منافع و تقسیم آن بر مستحقین و حفظ موقوفه و غیره مثل وکیل امینی عمل نماید» ممکن است مستدللین به مالکیت واقف بر عین موقوفه به لفظ وکیل در ماده استناد کنند به این نحو که وقتی متولی، وکیل واقف است؛ پس یعنی موقوفه ملک وکیل نیست بلکه ملک موکل است. بنابراین واقف مالک موقوفه خواهد شد.

ولی این کلام باطل است؛ چرا که متولی مدیر شخصیت حقوقی است و نباید او را نماینده واقف شمرد پس معنی بخش اخیر ماده‌ی ۸۲ این است که متولی در حکم وکیل و امین وقف است نه واقف.^{۲۵} اکنون به نقل عباراتی از حقوق‌دانان که دلالت صریح بر خروج موقوفه از ملک واقف دارد می‌پردازیم.

الف) واقف را نباید مالک عین موقوفه دانست؛ زیرا در اثر وقف رابطه او با عین موقوفه قطع می‌شود، چنان که ماده‌ی ۶۱ قانون مدنی هم موید همین مطلب است. بیشتر نویسندگان نیز بر اینکه اثر وقف انتزاع ملکیت واقف است اتفاق نظر دارند.^{۲۶}

^{۲۵} کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۹). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۷۰.

^{۲۶} کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۸). حقوق مدنی: اموال و مالکیت، ص ۲۲۱.

ب) واقف تا قبل از عقد مالک مطلق عین موقوفه می‌باشد و می‌تواند به هر نحوی می‌خواهد آن را وقف نمایند ولی پس از تحقق وقف هیچ‌گونه تغییری در آن نمی‌تواند بدهد؛ زیرا به وسیله عقد، موقوفه از مالکیت واقف خارج و رابطه او از مال قطع می‌گردد.^{۲۷}

ج) بدین ترتیب وقف وسیله‌ای است تا مالکیت‌های خصوصی به مالکیت عمومی تبدیل شود و هدف‌های اجتماعی بر سودجویی‌های شخصی چیره گردد. چنانکه نظریه تملیک مال وقف به خداوند و اختصاص منافع آن به آدمیان در فقه، خود وسیله توجیه این گروه از مالکیت‌های جمعی است. در جامعه اسلامی کوشش‌ها بر این بوده است که از راه نفوذ اخلاقی و تکیه بر عواطف مذهبی و نوع‌دوستی توانگران از مالکیت‌های خصوصی دست بردارند و به رغبت بر قلمرو ثروت‌های عمومی بیفزایند در حالی که به شهادت تاریخ فردگرایان سده‌های ۱۸ و ۱۹ در اروپا و طرفداران اقتصاد آزاد با این اقدام به مخالفت برخاستند و در راه انجام آن موانع حقوقی گوناگون به وجود آوردند.^{۲۸}

د) در هیچ‌یک از اقسام وقف قبول شرط نیست و این عدم اعتبار قبول یکی از دو نظر موجود در مسئله می‌باشد و ظاهر عبارت اکثر فقها نیز همین است و دلیل آن این است که اصل عدم اشتراط است و این که وقف ازاله ملکیت است. بنابراین همانند عتق مجرد ایجاب برای تحقق آن کافی است.^{۲۹} شاهد مثال ما فقط در عبارت «وقف ازاله ملکیت است» می‌باشد.

تبیین نظریه فک ملک در عین موقوفه

فک ملک به معنای آزاد کردن مال و اخراج آن از مالکیت مالک است. عده‌ای از فقها بر این نظر قائلند و در واقع در همین مرحله توقف نموده‌اند، یعنی عین موقوفه را از مالکیت واقف

^{۲۷} امامی، سید حسن. (۱۳۸۱). حقوق مدنی، ج ۱، ص ۷۴.

^{۲۸} کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۲). حقوق مدنی: عقود معین، ج ۳، ص ۱۳۷.

^{۲۹} دادمزی، سید مهدی. (۱۳۸۵). فقه استدلالی، ص ۲۲۶.

بررسی و اثبات شخصیت حقوقی نهاد وقف/ قاسم‌زاده ۱۶۱

خارج می‌دانند ولی آن را به ملکیت شخص دیگری وارد نمی‌کنند و آن را ملک بلا مالک به حساب می‌آورند^{۳۰} و حتی صاحب غنیه و سرائر ادعای اجماع بر این مطلب کرده‌اند.^{۳۱} اما استدلال بالا هم از لحاظ مدعا و هم از لحاظ دلیل مخدوش است؛ اولاً خدشه مدعای بالا را ثابت می‌کنیم. مدعای استدلال بالا این است که پس از عقد وقف عین موقوفه ملک بلا مالک شده است که این مطلب به وضوح باطل است چرا که به هیچ وجه ملک نمی‌تواند بدون مالک تصور شود و هر ملکی باید در تملک مالکی باشد.^{۳۲} ممکن است بر این مطلب اشکال شود که ما این قاعده را که هیچ ملکی بدون مالک نمی‌شود، قبول نداریم و بر اثبات ادعای خود مثال نقض بیاورند و آن مثال نقض عبارت است از اینکه مالکی از ملک یا عین در مالکیت خود اعراض کند، در این صورت آن عین از مباحات و در نتیجه مال بلا مالک خواهد بود؛ پس امکان دارد که ملکی بدون مالک تصور شود.

در جواب از این اشکال می‌گوییم فرض این مثال با فرض مثال ما متفاوت است؛ چرا که در این مثال مالک با قصد خود از مالکیت خود اعراض کرده است و در هنگام اعراض فقط قصد داشته که مالکیت خود را از این عین زائل کند ولی در مسئله مورد بحث ما، مالک در نیت خود فقط و فقط قصد کرده است که موقوف علیهم از ثمرات آن بهره‌مند شوند و کاری با مالکیت عین موقوفه ندارد و در اینجا است که فقه و حقوق وارد عمل می‌شوند و مالک عین موقوفه را مشخص می‌گردانند.

اکنون نوبت به آن می‌رسد که دلیل مستدلین به فک ملک را مخدوش نماییم. آنها اجماع را دلیل بر مدعای خود ذکر کردند ولی اصولاً اجماعی که آنها ذکر کردند نمی‌تواند به یاری آنها بیاید چرا که این اجماع فقط ثابت می‌کند که عین با عقد وقف از ملکیت واقف خارج شده

^{۳۰} گرامی، محمدعلی. (۱۳۸۱). معلقات علی ملحقات عروه الوثقی، ص ۱۴۷.

^{۳۱} نجفی، محمد حسن. (۱۳۷۸). به نقل از جواهرالکلام، ج ۲۸، ص ۸۸.

^{۳۲} کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۲). حقوق مدنی: عقود معین، ج ۳، ص ۱۲۱.

است و نسبت به بقیه ماجرا ساکت است و دال بر این مطلب نیست که عین موقوفه بدون مالک باقی می‌ماند؛ بلکه پس از اینکه با اجماع ثابت شد که موقوفه از ملکیت واقف خارج شده است حال وظیفه فقیه است که مالک موقوفه را مشخص نماید، چراکه هیچ ملکی بدون مالک تصور نمی‌شود.

تبیین نظریه فک ملک در وقف عام و مالکیت موقوف علیهم در وقف خاص

از جمله علمایی که قائل به تفصیل شده‌اند و در وقف عام اعتقاد به فک ملک پیدا کرده‌اند و در وقف خاص موقوف علیهم را مالک موقوفه دانسته‌اند، مرحوم شیخ انصاری است.^{۳۳}

اما بنا بر مطالبی که در بخش قبل گفتیم اعتقاد بر فک ملک و بلا مالک بودن موقوفه نمی‌تواند اعتقاد صحیحی باشد ولی علاوه بر رد آن اعتقاد، ظاهراً منظور شیخ انصاری از فک ملک، بلا مالک ماندن موقوفه نیست؛ زیرا ایشان در بخش وقف بر موقوفات این عمل را جایز دانسته‌اند و فرموده‌اند موقوفات می‌توانند خود مالک باشند و سایر املاک را برای موقوفات می‌توان وقف کرد مانند وقف باغ برای مسجد یا مدرسه دینی. پس از این بیان شیخ مشخص می‌شود ایشان قائل به شخصیت حقوقی مستقل به معنای امروزی برای موقوفات بودند و قاعدتاً این امر متفاوت با ملک بلا مالک بودن موقوفه است. البته در زمینه اثبات شخصیت حقوقی مستقل وقف در آینده به طور مفصل بحث خواهیم نمود.

گفتیم که در وقف خاص شیخ قائل به مالکیت موقوف علیهم است که این امر هم بحث علی حده‌ای را می‌طلبد و نیاز به استدلال‌های مقتضی دارد، لذا این مطلب را به بخش تبیین نظریه مالکیت موقوف علیهم بر عین موقوفه حواله می‌دهیم و پس از روشن شدن مسئله در آن قسمت ابهام این کلام شیخ هم از میان خواهد رفت. از دیگر اشخاصی که قائل به تفصیل شده‌اند مرحوم سید محمد مجاهد می‌باشد. ایشان در وقف عام قائل به ازاله ملکیت هستند و

^{۳۳} انصاری، شیخ مرتضی. (۱۳۸۰). مکاسب، ج ۴، ص ۳۷.

بررسی و اثبات شخصیت حقوقی نهاد وقف / قاسم‌زاده ۱۶۳

در وقف خاص قائل به مالکیت موقوف علیهم^{۳۴}. اما فرق ایشان با مرحوم شیخ در این است که ایشان در وقف عام پس از ازاله مالکیت از واقف، موقوفه را تحت مالکیت خداوند می‌دانند و بر مدعای خویش این موید را ذکر می‌کنند که به خاطر همین مالکیت خداوند در وقف عام است که واقف در وقف عام می‌تواند یکی از مصادیق موقوف علیهم باشد و از عین موقوفه منتفع شود، چرا که مالکیت خداوند نسبت به تمام کائنات یکسان است و همه انسان‌ها می‌توانند از ملک خداوند بهره‌مند شوند ولی در وقف خاص واقف این اختیار را ندارد. پس معلوم می‌شود وقف خاص به ملکیت موقوف علیهم در آمده است.

در رابطه با مالکیت موقوف علیهم در مبحث آتی به تفصیل سخن خواهیم گفت ولی اینکه در وقف عام موقوفه به ملکیت خداوند درآمده است فقط کلام مرحوم سید محمد مجاهد نیست؛ بلکه جمعی از محققان نیز در مورد اوقاف عام، مال موقوفه را از آن خدا می‌پندارند ولی در ادامه می‌گویند در وقف بر جهت یا بر غیر محصور، همه در برابر انتفاع از عین وضعی برابر دارند و مسلم است که نمی‌توان عین موقوفه را ملک همه شمرد. پس مصرف وقف در مرحله نخست اهمیت دارد که خدمت به مردم و در راه خداست. در نتیجه، برای رفع این اشکال بهترین تمهید این است که وقف ملک خدا دانسته شود و اشخاص منتفع از این خوان نعمت بهره‌مند گردند.

در نظر اینان سه نوع وقف وجود دارد: تملیک در وقف خاص، فک ملک در مساجد و جهات و خروج ملک از میان مردم و تعلق آن به خدا در موقوفات عام. بدین ترتیب نخستین نشانه‌های اعتقاد به وجود شخصیت و اصالت وقف در سایه منسوب کردن آن به خداوند دیده می‌شود. در واقع این تعبیر نوعی مجاز و فرض حقوقی است که برای نمایاندن اصالت مالکیت وقف به کار رفته تا عین حبس شده از هرگونه تعلق برهد و به منبعی بالاتر از خاکیان وابسته

^{۳۴} مجاهد، سید محمد. مناهل، ص ۴۹۹.

شود وگرنه همه محققان اسلامی بر این باورند که خدا قادر و مالک همه چیز است و هنگامی که سخن از مالکیت می‌رود مقصود این است که در روابط اجتماعی ملک به شخصی اختصاص داده شده است. پس منسوب کردن مال به مالک نخستین جهان، رفع اشکال در روابط آدمیان نمی‌کند جز اینکه به ملک اصالتی بیرون از تعلق‌های متعارف می‌بخشد. به هر حال بعضی از فقها این فکر را در مورد همه اقسام وقف به کار برده‌اند.^{۳۵}

تبیین نظریه مالکیت موقوف علیهم بر عین موقوفه

نسبت به نظریه‌های قبل این نظریه طرفداران بیشتری را در بین فقها به خود اختصاص داده است؛ لذا جمع کثیری از فقها معتقدند مال موقوفه با تمام منافع خود از ملک واقف خارج می‌شود و داخل در ملکیت موقوف علیهم می‌گردد.^{۳۶} در نتیجه این مبحث اقتضای استدلالات فراوانی را دارد که در ذیل ادله قائلین به این نظریه را نقل و رد خواهیم نمود.

۱. ماده‌ی ۶۹ قانون مدنی مقرر داشته است: «وقف بر معدوم صحیح نیست مگر به تبع موجود» از همین مطلب مرّ قانون که می‌فرماید وقف بر معدوم صحیح نیست مشخص می‌شود که موقوف علیهم پس از عقد وقف مالک موقوفه می‌شوند، چرا که اگر مالک نبودند قاعدتاً نباید وقف بر معدوم صحیح نمی‌شد.

توضیح مطلب به این صورت است که اگر موقوف علیهم مالک نباشند، یا واقف مالک است یا موقوفه ملک بلا مالک مانده یا به ملکیت خداوند درآمده و در تمام این فروض نباید وقف بر معدوم اشکالی داشته باشد چرا که بر طبق این فروض می‌شود وقف بر معدوم کرد و عقد وقف صحیح منعقد شود و عین موقوفه در تملیک واقف یا خداوند باشد یا ملک بلا مالک بماند و هر وقت معدوم به وجود آمد، از ثمرات موقوفه استفاده خواهد کرد.

^{۳۵} کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۲). حقوق مدنی: عقود معین، ج ۳، ص ۱۴۹.

^{۳۶} میرزای قمی. (۱۳۷۱). جامع الشتات، ج ۴، ص ۱۴۱.

بررسی و اثبات شخصیت حقوقی نهاد وقف/ قاسم‌زاده ۱۶۵

پس همین که قانون گفته است وقف بر معدوم صحیح نیست مشخص می‌شود که منظور قانونگذار تملیک به موقوف علیهم است و مسلم است که در عقدی که مقتضای تملیک دارد باید مالک جدید وجود داشته باشد، چرا که تملیک به معدوم معنا ندارد.

اشکال استدلال بالا در این است که مستدین گمان کرده‌اند مقصود قانونگذار از اینکه گفته موقوف علیهم باید وجود داشته باشند این است که در زمان انعقاد وقف وجود داشته باشند. در حالی که این گونه نیست و وجود موقوف علیهم در زمان برقراری حق انتفاع به سود ایشان شرط است نه زمان انعقاد وقف و علت این مطلب هم که در زمان برقراری حق انتفاع وجود موقوف علیهم شرط است، این است که طبیعتاً استفاده‌کنندگان از عین باید وجود داشته باشند تا از منفعت بهره‌مند شوند و منافع عین بلا استفاده نماند تا هدر شود کما اینکه متن صریح ماده‌ی ۵۵ قانون مدنی هم بر این استفاده تأکید دارد

علاوه بر این با فرض شخصیت حقوقی برای وقف می‌توان گفت وجود موقوف علیهم در زمان وقف شرط نیست و قابلیت وجود موقوف علیهم هم برای درستی وقف کافی است و از همین روست که وقف بر حمل صحیح است، البته مشروط بر اینکه زنده به دنیا بیاید و بتواند از منافع عین استفاده کند.^{۳۷} پس با توجیه بالا مشخص شد که علت بطلان وقف بر معدوم، این نیست که چون معدوم نمی‌تواند مالک شود؛ بلکه علت این است که چون معدوم نمی‌تواند از منافع عین استفاده کند و از همین روست که وجود موقوف علیهم در زمان انعقاد وقف لازم نیست؛ بلکه در زمان برقراری حق انتفاع به سود ایشان لازم است.

۲. تمام فقها متحدالقول هستند که از جمله شرایط موقوف علیهم اهلیت تملک است و موقوف علیهم باید کسانی باشند که بتوانند تملک نمایند؛ زیرا وقف در حکم تملیک است و قابلیت

^{۳۷} کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۹). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۶۵.

تملك موقوف عليه شرط عقلی برای صحت وقف می باشد.^{۳۸} همین که موقوف عليه باید اهلیت تملك داشته باشند، معلوم می شود در نتیجه عقد وقف عین موقوفه به ملكیت آنان منتقل می شود.

اگر استدلال بالا را به شكل یک قیاس منطقی در آوریم، کبرای این قیاس مشکل دارد؛ به این معنا که این سخن صحیح نیست که بگوییم چون موقوف عليه باید اهلیت تملك داشته باشند، پس معلوم می شود مالک موقوفه می شوند؛ چون اهلیت تملك فقط به معنای اهلیت مالکیت عین موقوفه نیست، بلکه می تواند بدین منظور باشد که موقوف عليه باید اهلیت تملك منافع عین موقوفه را داشته باشند نه خود عین موقوفه را و بنا بر قاعده «اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال» استدلال بالا مخدوش می شود. علاوه بر آن ما در موارد دیگری از فقه هم سراغ داریم که فرد باید اهلیت تملك داشته باشد ولی در عین حال مالک عین نمی شود. برای مثال، در باب اجاره، مستأجر باید اهلیت تملك داشته باشد ولی منظور از این اهلیت تملك نسبت به منافع عین است نه خود عین و همه حقوق دانان متفق القولند که مستأجر مالک منافع عین می شود نه مالک خود عین.

۳. روشن است که عین موقوفه بدون قبض به موقوف عليه منتقل نمی شود.^{۳۹} از مفهوم مخالف عبارت بالا استفاده می شود که عین موقوفه در صورت قبض موقوف عليه به آنان انتقال پیدا می کند. از طرفی ماده ۵۹ قانون مدنی نیز به کمک استدلال بالا آمده است: «اگر واقف عین موقوفه را به تصرف وقف ندهد وقف محقق نمی شود و هر وقت به قبض داد وقف تحقق پیدا می کند.» بنابراین وقتی قبض در وقف موضوعیت دارد مشخص می شود که پس از قبض، موقوف عليه مالک عین موقوفه می شوند.

^{۳۸} امامی، سید حسن. (۱۳۸۱). حقوق مدنی، ج ۱، ص ۸۱ و دادمزری، سیدمهدی. (۱۳۸۵). فقه استدلالی، ص ۲۳۱.

^{۳۹} دادمزری، سیدمهدی. (۱۳۸۵). فقه استدلالی، ص ۲۲۷.

بررسی و اثبات شخصیت حقوقی نهاد وقف/ قاسم‌زاده ۱۶۷

استدلال بالا مخدوش است؛ چراکه مستدل از عام اراده خاص کرده است، به این معنا که قبض را دلیل بر ملکیت گرفته است در حالی که قبض اعم از مالکیت و عدم مالکیت است و ممکن است علت لزوم قبض هم این باشد که بدون قبض، وقف تمام نمی‌شود و موقوف علیهم نمی‌توانند از منافع عین استفاده کنند. بنابراین قانونگذار قبض را لازم کرده است تا موقوف علیهم بتوانند بدون مزاحمت از منافع عین موقوفه بهره‌مند شوند.^{۴۰}

۴. بین فقهای امامیه مشهور است که مال وقف به موقوف علیهم تملیک می‌شود. مبنای استدلال این گروه بر دو اصل استوار است؛ اول اینکه بر اثر وقف رابطه حقوقی بین مالک و عین قطع می‌شود. دوم اینکه تصور ملک بدون مالک امکان ندارد. بر این مبنا اعتقاد دارند که ناچار باید موقوف علیهم را مالک شمرد و اینان در برابر ایراد کسانی که می‌گویند چگونه موقوف علیهم را می‌توان مالک شمرد درحالی که نه حق فروش آن را دارند و نه از آن‌ها به میراث می‌ماند، پاسخ می‌دهند که عدم امکان فروش مال، مالکیت را محدود می‌سازد ولی میان تهی نمی‌کند، به ویژه اینکه در پاره‌ای از موارد نیز بیع وقف تجویز شده است.

رابطه حقوقی موقوف علیهم با مال وقف نشانه‌های اصلی مالکیت را داراست؛ زیرا منافع ملک را موقوف علیهم می‌برند و اگر کسی مال وقف را تلف کند در برابر موقوف علیهم ضامن مثل یا قیمت است. این گروه حتی در مورد موقوفات عام مانند فقرا و بر جهات مانند پل و مدرسه و مسجد اعتقاد دارند که موقوف علیهم مالکند جز اینکه در چنین مواردی موقوف علیهم کلی است و هیچ مانعی ندارد که ملکیتی به کلی نسبت داده شود؛ مانند وصایا و نذور و اموال عمومی^{۴۱}. حتی مستدلین بر این قول ادعای اجماع هم کرده‌اند. در ادامه برخی از اشکالات وارد بر این نظریه را نقل می‌کنیم.

^{۴۰} گرامی، محمدعلی. (۱۳۸۱). معلقات علی ملحقات عروه الوثقی، ص ۵۹.

^{۴۱} کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۲). حقوق مدنی: عقود معین، ج ۳، ص ۱۴۷.

الف) این قول با روایت «حبس الاصل و سبب المنفعه» تنافی دارد چرا که از ظاهر این روایت برمی‌آید که عین موقوفه از مالکیت واقف خارج نمی‌شود؛ بلکه فقط حبس دائمی می‌شود. رد اشکال: منظور از حبس فقط حبس در ملکیت مالک نیست؛ بلکه امکان دارد منظور روایت حبس اصل عین در ملک موقوف علیهم باشد، به طوری که نه فروخته شود، نه هبه شود و نه به ارث گذاشته شود. علاوه بر این منظور روایت از حبس نمی‌تواند حبس در ملک مالک باشد؛ چون در این صورت آن حبس مطلق می‌شود و از عنوان وقفیت خارج می‌گردد و در حقیقت حبس مطلق بحثی است که قسیم وقف قرار می‌گیرد و هر دو از اقسام حق انتفاع هستند، در حالی که ما از موارد خود وقف صحبت می‌کنیم.

ب) اگر موقوف علیهم مالک هستند پس چرا جواز بیع ندارند؟

رد اشکال: چون وقف در حقیقت ملک تمام مسلمین است و بعضی از آنان نمی‌توانند حق فروش داشته باشند؛ چرا که در این صورت حق سایر مسلمین که چه بسا هنوز به دنیا نیامده‌اند ضایع می‌شود.

البته این پاسخ نمی‌تواند قانع‌کننده باشد؛ چون این مطلب فقط می‌تواند درباره وقف عام صدق کند ولی اگر فرض کنیم وقف خاص است بنا بر قول شما که می‌گویید موقوف علیهم مالکند، چرا نباید موقوف علیهم مجاز به بیع باشند، درحالی که همه آنها محصورند و می‌توانند به رضایت جمعی به بیع مال موقوفه برسند و ملک خود را بفروشند. پس بنا بر قول شما مبنی بر مالکیت موقوف علیهم برای عین موقوفه در وقف خاص اگر موقوف علیهم همگی راضی به بیع شدند، باید مجاز به بیع موقوفه باشند در حالی که هیچ‌یک از فقها چنین مطلبی را نگفته است.

ج) اگر موقوف علیهم مالک هستند، پس چرا در صورتی که یکی از آنها عین موقوفه را تلف کند ضامن خواهد بود مگر در ملک خود هم بحث ضمانت مطرح است؟

بررسی و اثبات شخصیت حقوقی نهاد وقف/ قاسم‌زاده ۱۶۹

رد اشکال: ما گفتیم که وقف یا عام است یا خاص. در وقف عام چون در واقع همه مسلمین موقوف علیهم هستند و متلف در برابر حق سایر مالکین ضامن است و مقابل همه مسلمین در حقیقت باید پاسخگو باشد. اگر هم وقف خاص است، متلف باید در برابر شرکایش که آنها هم مالک بودند، پاسخگو باشد؛ چون عین موقوفه فقط در ملکیت انحصاری او نبوده است. مستدللین به نظریه مالکیت موقوف علیهم، قول کسانی را هم که می‌گویند عین موقوفه به ملکیت خدا در می‌آید را رد می‌کنند؛ به این صورت که قول به مالکیت خدا بر عین موقوفه قول باطلیست؛ چون که واقف در هنگام وقف فقط موقوف علیهم را قصد کرده است تا تنها آنها منتفع شوند و مقتضی عقد شرعی ترتب مقصود فاعل عقد است و لا غیر. در حالی که واقف مالکیت خداوند را به هیچ وجه قصد نکرده است. از طرفی بحث ما درباره مالکیت در خصوص مالکیت مالی مختص بشر است و مالکیت خداوند تخصصاً از بحث ما خارج است؛ چرا که قطعاً فقط او مالک آسمان‌ها و زمین است و مالکیت او از نوع مالکیت بشر نیست.

در ادامه، عده‌ای بر قائلین به مالکیت موقوف علیهم اشکال گرفته‌اند که درست است که مالکیت خداوند از نوع مالکیت بشر نیست ولی می‌توانیم قائل به مالکیت ولی خدا باشیم ولی آنها این قول را هم رد می‌کنند و در پاسخ می‌گویند آنچه برای ولی خدا یا امام است، انفال است و موارد انفال هم در فقه محصور است و قطعاً موقوفات جزء اموال نیست؛ چرا که هیچ فقیه‌ی چنین سخنی را که موقوفات جزء انفال باشد را نگفته است.

دلیل دیگری که مستدللین به مالکیت موقوف علیهم بر قول خود ذکر می‌کنند روایت امام حسن عسکری علیه السلام است که می‌فرماید: «الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها»^{۴۲} (در موقوفات باید به حسب آنچه وقف کننده، تعیین کرده است و مطابق وقف وی عمل شود) همچنان که از روایت هم مشخص است اراده واقف تعیین کننده سرنوشت موقوفه است و او هم موقوف

^{۴۲} الوسائل ۱۹، ۱۷۵-۱۷۶، ب ۲، من الوقوف و الصدقات ح ۱ و ۲.

علیهم را قصد کرده است. بنابر همین مطلب است که اگر مالک عبدش را وقف کند دیگر نمی‌تواند آن را آزاد کند چون از ملکش خارج شده و در ملکیت موقوف علیهم در آمده است. البته آنها هم نمی‌توانند عبد را آزاد کنند چون موقوفه فقط در ملکیت انحصاری یک نفر نیست بلکه در وقف ابدی برای عامه مسلمین است (البته در اینجا همان اشکال رضایت جمعی در وقف خاص که در صفحه ی قبل بیان شد بنابر این قول وجود دارد) بنابراین موقوفه در ملکیت موقوف علیهم می‌ماند البته به طوری که نمی‌توانند در ملکیت آن تغییر حاصل کنند نه به نحو اختیاری با عوض مثل بیع و نه به نحو اختیاری بدون عوض مثل هبه و نه به نحو قهری مثل ارث.^{۴۲}

حال نوبت به آن می‌رسد که به کلی استدلال قائلین به مالکیت موقوف علیهم را رد نماییم. ایراد مهمی که بر این استدلال‌ها می‌شود کرد در این نکته خلاصه می‌شود که اگر موقوف علیهم تنها حق انتفاع مال وقف را داشته باشند هم منافع از آن ایشان است و هم ضمان تلف به سود ایشان به وجود می‌آید پس این نشانه‌ها را نباید دلیل مالکیت شمرد. آنچه در این میان اهمیت شایان دارد و در حقوق ما به روشنی انجام شده تمییز میان مالکیت عین و منافع و پرهیز از اختلاط این دوست. موقوف علیهم بر عین حبس شده حق انتفاع دارند و این امتیاز دلیل نمی‌شود که مالک عین باشند آن هم مالکیتی که هیچ نشانه‌ای از سلطه اختصاصی و دائم یعنی جوهر این حق را دارا نیست. درست است که پس از وقف، واقف نسبت به آن بیگانه است ولی این واقعیت نیز دلیل تملیک مال به موقوف علیهم نیست زیرا چه مانع عقلی وجود دارد که این اموال به دلیل اختصاص یافتن به جهت معین و به دلیل حبس قانونی آنها خود اصالت یابد و همچون شخصیتی اعتباری و حقوقی در اجتماع زندگی ویژه خود را داشته باشد. به ویژه در مورد اوقاف عام پذیرش چنین موجودی به مراتب آسان تر از این است که تملیک به سود کسانی قبول شود که وجود خارجی ندارند (مانند تملیک بر دانشجویان

^{۴۲} نجفی، محمدحسن. (۱۳۷۸). جواهرالکلام، ج ۱۴، ص ۴۴۷.

بررسی و اثبات شخصیت حقوقی نهاد وقف/ قاسم‌زاده ۱۷۱

مدرسه‌ای که هنوز تاسیس نشده است) یا به سود جهتی که تنها نشانه مصرف وقف است بدون اینکه مالک آن معلوم باشد (مانند وقف بر مساجد و پل‌ها و مدرسه‌ها).^{۴۴}

تبیین نظریه شخصیت حقوقی مستقل برای عین موقوفه

پس از اینکه عین مال حبس و منافع آن به مصرف معین اختصاص یافت گفتیم مهمترین مسئله‌ای که در حقوق سنتی مطرح می‌شود وضع تعلق این مال است. بیان شد که عده‌ای قائلند عین حبس شده همچنان در مالکیت واقف باقی می‌ماند و گروهی هم قائل به ملکیت موقوف علیهم شدند و افرادی هم به فک ملک و یا تفصیل در ملکیت وقف عام و خاص معتقد شدند. این نظریه‌ها به طور مفصل بیان شدند. اکنون نوبت به آن رسیده که بیان کنیم وقف خود سازمان خاص می‌یابد و از شخصیت حقوقی بهره‌مند می‌شود و عین مال به این سازمان تعلق پیدا می‌کند.

بررسی خط فکری محققان نشان می‌دهد که کم و بیش متوجه ضرورت شناسایی وجودی مستقل از واقف و موقوف علیهم برای وقف بوده‌اند. این فکر در آغاز بدینگونه ظاهر شد که برای رهایی از تعلق عین موقوفه به اشخاص آن را منسوب به خدا سازند و مال وقف را به ویژه در موقوفات عام ملک الله شمارند که اختصاص به مصرف معین آدمیان یافته است. سپس پاره‌ای از محققان کوشش کردند که ضرورت ارتباط و تعلق ملک را به شخص انکار کنند و نظریه‌ای فراهم سازند که استقلال و اداره وقف را به صورتی که در احکام شرع وجود دارد توجیه کنند. در واقع می‌توان گفت وجود یک سازمان حقوقی شخص گونه در فکر حقوق دانان ما وجود داشته و تنها نمی‌دانستند که آن را با چه نام مشخص کنند زیرا از نظر اداری و آثار آنچه ساخته و پرداخته بودند چیزی از یک شخصیت حقوقی کم نداشت. موجودی که دارای نام و دارایی خاص است، به وسیله مدیر منصوب واقف یا مقام‌های عمومی اداره

^{۴۴} کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۲). حقوق مدنی: عقود معین، ج ۳، ص ۱۴۸.

می‌شود و تنها تابع مقررات وقفنامه است (مانند اساسنامه شرکت‌ها)، پس از مرگ واقف به زندگی حقوقی خود ادامه می‌دهد و وجودی دائمی است، طرف قراردادها واقع می‌شود و حق و تکلیف پیدا می‌کند. این شخصیت بدون اینکه نیازی به اجازه دولت یا ثبت در دفاتر یا تشریفات دیگر باشد به وجود می‌آید و جالب‌تر اینکه تنها از مجموعه اموال یا ملکی که حبس شده و اختصاص به جهت و مصرف معین یافته است به وجود می‌آید. مفهومی که تنها در حقوق جدید پاره‌ای از کشورها مانند آلمان و سوئیس پذیرفته شده است.^{۴۵}

پذیرفتن شخصیت حقوقی وقف در قوانین کنونی نیز نفوذ کرده است. پیش از قانون اوقاف ۱۳۵۴ شخصیت حقوقی موقوفه محل بحث بود با اینکه اکثر علمای حقوق برای موقوفه شخصیت حقوقی قائل بودند در قوانین موضوعه به آن تصریح نشده بود. قانون اوقاف ۱۳۵۴ به شخصیت حقوقی موقوفه عام تصریح کرده چنین مقرر داشت: «موقوفه عام دارای شخصیت حقوقی است و متولی یا سازمان اوقاف حسب مورد نماینده آن می‌باشد.»^{۴۶} از این عبارت چنین بر می‌آید که موقوفه خاص شخصیت حقوقی ندارد و این قابل انتقاد می‌نمود. از این رو قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳ هر موقوفه را دارای شخصیت حقوقی اعلام کرد و برابر ماده‌ی ۳ قانون اخیر هر موقوفه دارای شخصیت حقوقی است و متولی یا سازمان حسب مورد نماینده آن می‌باشد.

بنابراین امروزه همه موقوفات اعم از عام و خاص دارای شخصیت حقوقی هستند، مال موقوفه متعلق به این شخص است و متولی و متصدی یا سازمان حج و اوقاف بر حسب مورد نماینده شخص حقوقی به شمار می‌آیند و به نمایندگی از او بر طبق وقفنامه که در حکم

^{۴۵} کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۲). حقوق مدنی: عقود معین، ج ۳، ص ۱۴۱.

^{۴۶} ماده‌ی ۳.

بررسی و اثبات شخصیت حقوقی نهاد وقف / قاسم‌زاده ۱۷۳

اساسنامه شخص حقوقی است موقوفه را اداره می‌کند و اعمال حقوقی لازم انجام می‌دهند.^{۴۷} اکنون قصد داریم عباراتی از فقهای پیشین بیاوریم که دلالت بر شخصیت حقوقی موقوفه دارد شهید ثانی در بحث وقف قائل شده‌اند که وقف باعث فک ملک میشود و موقوفه را از ملکیت واقف خارج مینماید. حال سوال اینجاست پس از اینکه شهید قائل به فک ملک شد(از آنجایی که در بحث های پیشین ثابت نمودیم که ملک بدون مالک تصور نمی‌شود) موقوفه را در ملکیت چه کسی می‌داند آیا آن را ملک موقوفه علیهم می‌داند یا برای وقف شخصیت حقوقی مستقل قائل است؟

ایشان در ذیل ایرادات وارد بر تعریف وصیت بر شهید اول اشکالی می‌گیرند. در تعریف وصیت شهید اول فرموده: «تملیک عین یا منفعت یا تسلیط بر تصرف بعد از وفات» بر این تعریف شهید ثانی اشکال می‌گیرند که این تعریف جامع افراد نیست چون مورد وصیت بر وقف را شامل نمی‌شود زیرا که وصیت بر وقف فقط جنبه ی فک ملک و زائل کردن ملک انسان را دارد و جهت تملیکی ندارد.^{۴۸} پس مشخص می‌شود که مرحوم شهید ثانی قائلند در وقف تملیک وجود ندارد پس موقوف علیهم مالک نمی‌شوند. از طرفی ایشان وقف بر موقوفه را صحیح می‌دانند. در نتیجه معلوم می‌شود ایشان برای مال موقوفه شخصیت حقوقی مستقل به بیان امروزی قائلند. مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی در عین حال که هیچ مانعی نمی‌بیند که حتی در وقف دائم نیز مال در ملکیت واقف باشد، تعبیراتی دارد که زمینه فکری مربوط به قبول شخصیت حقوقی وقف را آشکارا نشان می‌دهد. این محقق مالکیت موقوف علیهم و خداوند را مردود می‌داند و اعتقاد دارد که خروج مال از ملک واقف ملازمه با تملیک آن به دیگری ندارد و ضرورتی ندارد که در جست و جوی مالک آن باشیم و آن مالی است که

^{۴۷} صفایی، سید حسین. (۱۳۹۸). حقوق مدنی: اشخاص و اموال، ص ۲۹۷. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۹). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۶۰.

^{۴۸} شهید ثانی. (۱۳۹۱). الروضه البهیه فی شرح لمعه دمشقیه، ج ۲، ص ۳۲۰.

به طور مستقل اداره می‌شود و به مصرف می‌رسد بدون این که تعلق به شخصی داشته باشد و در مورد اوقاف عام می‌افزاید هیچ ضرورتی ندارد که مالک آن موجود باشد زیرا مالکیت رابطه‌ای است بین مالک و مملوک و از حیث لزوم وجود هیچ تفاوتی بین این دو پایه «ملکیت» نیست و همان گونه که مملوک می‌تواند معدوم باشد (مانند کلی در ذمه و منافع و ثمره درخت پیش از بروز آن) مالک نیز می‌تواند کلی و معدوم باشد پس چرا باید در مالکیت فقرا یا دانشجویان به دلیل اینکه مفهوم کلی است و وجود خارجی ندارند تردید کرد؟ به اضافه ملکیت از امور اعتباری است و لزومی ندارد که مانند سفیدی و سیاهی دارای محل خارجی باشد و کافی است دارای محلی اعتباری باشد و حتی می‌توان گفت وجود ملکیت با اعتبار عقلایی یکی است (مانند وجود حرمت و وجوب و مانند این‌ها) پس لزومی ندارد که وجود ملکیت فرع بر وجود محل خارجی آن شود چنانکه حرمت زنا نیز پیش از وقوع آن وجود دارد.

به این ترتیب این فقیه روشن بین می‌کوشد خود را از قیود سنتی مالکیت برهاند و وجود آن را قطع نظر از شخص مالک تصور کند. این گونه تلاش‌ها که شاید ناخواسته یا مبنی بر تصویری گنگ از وجود شخصیت حقوقی برای جمع اموال باشد زمینه فکری و نهاد وجود یک سازمان حقوقی مستقل را برای وقف نشان می‌دهد. به ویژه کته از نظر آثار اداره وقف چیزی از یک سازمان یا شخصیت حقوقی کم ندارد جز اینکه وجود آن مبتنی بر حبس عین موقوفه و بقای آن است.^{۴۹} برخی برآنند که شخصیت حقوقی چیزی جز مالکیت جمعی نیست مثلاً هنگامی که سه نفر شریک می‌شوند نیازی نیست که بگوییم شخص چهارمی ایجاد شده است. اموال شخص حقوقی مورد ادعا در واقع ملک جمعی اعضای آن است.

ولی این توجیه نارساست زیرا در اموال مشاع شرکا حق استفاده مشترک از اموال را دارند و می‌توانند تقسیم آن را تقاضا کنند و دیون راجع به آنها جزء بدهی‌های شخصی شرکا

^{۴۹} کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۲). حقوق مدنی: عقود معین، ج ۳، ص ۱۵۱.

بررسی و اثبات شخصیت حقوقی نهاد وقف/ قاسم‌زاده ۱۷۵

محسوب می‌شود. لکن در مورد شخص حقوقی چنین وضعی دیده نمی‌شود. وانگهی در مورد اشخاص حقوقی حقوق عمومی، انجمن‌ها و موسسات غیر انتفاعی، هدف‌ها و فعالیت‌ها از تملک و تصرف و بهره‌برداری از مال بسی فراتر می‌رود و نظریه مالکیت جمعی نمی‌تواند ماهیت و هدف‌های این اشخاص را نشان دهند. به علاوه عناصر غیر مالی مانند نام و اقامتگاه و تابعیت در اشخاص حقوقی وجود دارد که با نظریه مالکیت جمعی قابل توجیه نیست. بعضی دیگر از استادان حقوق اظهار عقیده کرده‌اند که روابط قراردادی موجود بین اعضای گروه می‌تواند جایگزین مفهوم شخص حقوقی شود و در نتیجه شخص حقوقی وجود ندارد بلکه افرادی هستند که با قرارداد شرکت با هم رابطه پیدا کرده‌اند. این نظریه هم قابل ایراد است زیرا وجود اشخاص حقوقی حقوق عمومی را نمی‌توان نتیجه روابط قراردادی افراد دانست.^{۵۰}

تنها مطلبی که باقی می‌ماند این است که وقتی موقوفات دارای شخصیت حقوقی شدند جزء کدام قسم از شخص حقوقی قرار می‌گیرند؟ آیا جزء اشخاص حقوقی حقوق عمومی هستند یا اشخاص حقوقی حقوق خصوصی؟ اشخاص حقوقی حقوق خصوصی مربوط به روابط خصوصی مردم هستند و هدف و فعالیت آنها در روابط حقوق خصوصی است بنابراین موقوفات جزء اشخاص حقوقی حقوق خصوصی به شمار می‌آیند.^{۵۱}

^{۵۰} صفایی، سید حسین. و قاسم‌زاده، سیدمرتضی. (۱۳۹۸). حقوق مدنی: اشخاص و محجورین، ص ۱۶۸.

^{۵۱} همان، ص ۱۷۲

نتیجه گیری

در این مقاله سعی بر این شد که به بررسی و اثبات شخصیت حقوقی نهاد وقت پرداخته شود. ابتدا قبل از ورود به بحث اصلی و بیان نظر علما و رد آنها لازم بود نکات مجمل موضوع را به تفصیل بیان کنیم. وقف در لغت به فتح واو و سکون قاف به معنای حبس، نگاه داشتن، ایستادن، منع کردن، جلوگیری، حصر کردن و منحصر ساختن است و در اصطلاح ماده‌ی ۵۵ قانون مدنی به تعریف وقف پرداخته است: « وقف عبارت است از اینکه عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود» که خود این ماده هم تقریباً ترجمه حدیث شریف نبوی است: « حبس الاصل و سبل المنفعه » (اصل(عین) را حبس کن و منفعتش را تسبیل نما.) پس از بیان تعریف وقف الفاضلی در تعریف بود که نیاز به توضیح داشتند. منظور از حبس نمودن عین مال جدا ساختن عین از دارایی مالک و نگاه داشتن عین مال به طور ابدی از نقل و انتقال و همچنین از تصرفاتی است که موجب تلف عین گردد زیرا مقصود از وقف انتفاع همیشگی موقوف علیهم از مال موقوفه است.

مقصود از تسبیل آن است که واقف از منافع آن شخصاً صرف نظر کرده و صرف آن را برای امور فی سبیل الله یعنی مقاصد غالباً نوعیه و خیریه مقرر دارد و در واقع منافع آن مال را به صورت اباحه یا تملیک به دیگران واگذار نماید. در علم حقوق برای وقف دو معنای نزدیک به هم اراده شده است. یکی اینکه عمل حقوقی خاصی است که در شمار عقود معین قرار دارد و دیگری اینکه گاه وقف به نهاد حقوقی ای گفته می‌شود که برای رسیدن به هدف واقف به وجود آمده است.

آنچه تاکنون بیان کردیم معانی وقف در علم حقوق بود اما لفظ وقف در علوم اصول فقه و کلام و فقه تعاریف دیگری دارند که با تعریف ارائه شده ما بیگانه است و اصلاً ربطی به مقصود ما ندارد. در ادامه برای وقف تعاریفی از کلام فقها هم اشاره نمودیم که نزدیک‌ترین آنها به تعریف ما تعریف مرحوم صاحب جواهر بود که فرمودند: «وقف عقد است نتیجه‌اش

بررسی و اثبات شخصیت حقوقی نهاد وقف / قاسم‌زاده ۱۷۷

تحبیس اصل و اطلاق منفعت است» دومین واژه ای که در موضوع مقاله به صورت مبهم به چشم می‌خورد لفظ شخصیت حقوقی بود. گفتیم که شخص حقوقی هنگامی پدید می‌آید که دسته ای از افراد که دارای منافع و فعالیت‌های مشترک هستند یا پاره ای از امتوال که به اهداف خاصی اختصاص داده شده اند در کنار هم قرار بگیرند و قانون آنها را طرف حق و تکلیف بشناسد و برای آنها شخصیت مستقل قائل گردد مانند دولت و شهرداری. اشخاص حقوقی را می‌توان به دو قسمت اشخاص حقوقی عمومی و اشخاص حقوقی حقوق خصوصی تقسیم نمود. پس از تبیین الفاظ مجمل موضوع وارد تصویر محل نزاع شدیم. برای تعیین سرنوشت مالکیت عین موقوفه در بین فقها و حقوق‌دانان اختلاف نظر است. عده‌ای بر این عقیده اند که حتی پس از اجرای صیغه وقف نیز همچنان واقف مالک عین موقوفه است و عین موقوفه در دارایی او حبس شده است.

مدعای این افراد را همراه دلیشان ذکر کردیم و در ادامه مویداتی از متن قانون و عبارات صریح فقها و حقوق‌دانان ذکر کردیم که صریحا ادعای این افراد را رد می‌کردند و دلالت بر خروج مال موقوفه از ملک واقف داشتند. گروهی دیگر در عین موقوفه قائل به فک ملک شدند. فک ملک به معنای آزاد کردن مال و اخراج آن از مالکیت مالک است و مقصود این گروه از فک ملک این است که پس از اجرای عقد وقف مال موقوفه از ملکیت واقف خارج می‌شود و پس از آن در ملکیت هیچ کسی وارد نمی‌گردد و حکم ملک بدون مالک را دارد. این افراد حتی بر قول خود ادعای اجماع هم کرده اند.

اما قول این افراد هم مردود است چرا که هیچ ملکی بدون مالک تصور نمی‌شود و هر ملکی باید تحت تملک مالکی باشد و آن اجماع مورد ادعای آنان هم نمی‌تواند یاری کننده این افراد باشد چرا که اجماع فقط اصل ازاله ملکیت و خروج وقف از مالکیت واقف را ثابت می‌کند و نسبت به دخول وقف در ملک دیگری ساکت است. جماعتی از فقها هم قائل به تفصیل شده‌اند بدین معنا که در وقف عام قائل به فک ملک و در وقف خاص قائل به ملکیت موقوف

علیهم گشتند و شیخ انصاری هم بنابر آنچه که از ظاهر کلامشان پیداست داخل در این گروهند. ادعای این افراد را هم نپذیرفتیم چرا که قول مربوط به فک را در بخش قبل رد کرده بودیم و مالکیت موقوف علیهم را هم در بحثی مستقل که پس از این بحث آمد، رد نمودیم. ولی از آنجایی که مقام علمی مرحوم شیخ انصاری بسیار بالاست، نمی‌توانیم به این راحتی از کنار قول ایشان رد شویم و مجبوراً قول ایشان را توجیه نمودیم بدین صورت که بیان کردیم منظور ایشان از فک ملک در وقف عام در حقیقت همان معنای شخصیت حقوقی مستقل به اصطلاح امروزی بوده چرا که ایشان وقف بر مال موقوفه را صحیح دانسته‌اند مانند وقف بر مسجد.

پس معلوم می‌شود ایشان برای خود مال موقوفه مالکیت و در نتیجه شخصیت مستقل قائل بودند. گروهی از فقها هم قائل به ملکیت موقوف علیهم بر عین موقوفه هستند که البته تعداد این افراد نسبت به قائلین به اقوال دیگر در بین علمای سلف بیشتر است. لذا به صورت مستقل و مفصل ادعا و دلیل این افراد را ذکر نمودیم و بعضی از اشکالاتی را هم که بر این قول شده بود ولی در خور توجه نبود نقل کرده و رد نمودیم. نهایتاً این استدلال را هم نپذیرفته و ادله مخدوش بودن آن را بیان کردیم و در نهایت نوبت به قول برگزیده ما یعنی شخصیت حقوقی مستقل برای نهاد وقف رسید. ما این قول را بیان نموده و جهات قوت و ترجیح این قول نسبت به اقوال دیگر را تقویت نمودیم و عباراتی از حقوق دانان بیان کردیم که دال بر این مطلب می‌شدند حتی موادی از قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه ذکر کردیم که صراحتاً شخصیت حقوقی موقوفه را قبول کرده بودند. اما در ظاهر نمی‌شد از کلمات فقها مویدی بر ادعای خویش ذکر کنیم چرا که مبحث شخصیت حقوقی یک بحث تازه تاسیس در بین حقوق دانان است که فقها اشاره به آن نکرده‌اند. لذا برخی قرائن را از کلام فقها ذکر کردیم که احتمالاً دلالت بر مراد ما داشتند.

بررسی و اثبات شخصیت حقوقی نهاد وقف / قاسم‌زاده ۱۷۹

در ابتدای مقاله گفتیم که شخصیت حقوقی به دو قسمت اشخاص حقوقی حقوق عمومی و اشخاص حقوقی حقوق خصوصی تقسیم می‌شود و بعد از اینکه ما شخصیت حقوقی موقوفات را اثبات نمودیم باید بیان می‌کردیم که موقوفه جزء کدام دسته است. لذا گفتیم اشخاص حقوق خصوصی مربوط به روابط خصوصی مردم هستند و هدف و فعالیت آنها در زمینه حقوق خصوصی است بنابراین توضیحات علی‌القاعده موقوفات باید جزء اشخاص حقوقی حقوق خصوصی به شمار بیایند.

۱۸۰ دوفصلنامه دانش پژوهان / شماره ۷۰ / ویژه‌نامه حقوق / صص ۱۴۳-۱۸۱

کتابنامه

- { کتاب: } صفایی، سیدحسین. (۱۳۹۸). دوره مقدماتی حقوق مدنی: اشخاص و اموال، ج ۱، چ بیست و هفتم، تهران: نشر میزان.
- { کتاب: } کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۹). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چ پنجاه و نهم، تهران: نشر میزان.
- { کتاب: } کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۸). دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت، چ پنجاه و دوم، تهران: نشر میزان.
- { کتاب: } صفایی، سید حسین. و قاسم زاده، سید مرتضی. (۱۳۹۸). حقوق مدنی: اشخاص و محجورین، چ بیست و ششم، تهران: انتشارات سمت.
- { کتاب: } عدل، منصور. (۱۳۸۹). حقوق مدنی، چ اول، تهران: انتشارات خرسندی
- { کتاب: } کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۲). حقوق مدنی: عقود معین، ج ۳، چ هشتم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- { کتاب: } جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۹۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۵، چ پنجم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- { کتاب: } رسائی نیا، ناصر. (۱۳۸۸). فرهنگ حقوقی، ج ۱، چ اول، تهران: انتشارات دریچه.
- { کتاب: } جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۹۴). ترمینولوژی حقوق، چ بیست و هفتم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- { کتاب: } انصاری، مسعود و طاهری، محمد علی. (۱۳۸۸). مجموعه دانشنامه حقوق: دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۳، چ سوم، تهران: انتشارات جنگل، جاودانه.
- { کتاب: } امامی، سید حسن. (۱۳۸۱). حقوق مدنی، ج ۱، چ بیست و دوم، تهران: انتشارات اسلامیه.
- { کتاب: } دادمرزی، سید مهدی. (۱۳۸۵). فقه استدلالی، چ دهم، قم: انتشارات شریعت.
- { کتاب: } زین الدین بن علی (شهید ثانی). (۱۳۹۱). الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، به تصحیح شیخ حسن قاروبی تبریزی، ج ۲، چ دوازدهم، قم: انتشارات دارالتفسیر.

بررسی و اثبات شخصیت حقوقی نهاد وقف/ قاسم‌زاده ۱۸۱

{کتاب:} انصاری، مرتضی. (۱۳۸۰). مکاسب، ج ۴، چ بیست و پنجم، قم: انتشارات مجمع الفکر الاسلامی.

{کتاب:} میرزای قمی (ابوالقاسم بن محمد حسن). (۱۳۷۱). جامع الشتات، ج ۴، تهران: انتشارات کیهان.

{کتاب:} طباطبایی، محمد بن علی، المناهل، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث
{کتاب:} نجفی، محمد حسن. (۱۳۷۸). جواهرالکلام، جلد ۱۴ و ۲۸، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذاهب اهل بیت.

{کتاب:} گرامی، محمد علی. (۱۳۸۱). معلقات علی ملحقات عروه الوثقی، قم: انتشارات دارالفکر.
{کتاب:} نوری، میرزا حسین (محدث نوری). (۱۳۶۶). مُسْتَدْرَكُ الْوَسَائِلِ وَ مُسْتَنْبَطُ الْمَسَائِلِ، ج ۲، چ دوم، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.

{کتاب:} حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۳۶۷). وسائل الشیعه، جلد ۱۹، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.

بررسی سایتهای شرطبندی از منظر فقه و حقوق

علی قادری*

چکیده

یکی از مسائل مهمی که امروزه ذهن بسیاری از افراد و حتی حکومت‌ها را در جوامع مختلف درگیر خود کرده است، بحث «جرایم رایانه‌ای»^۱ می‌باشد. این نوع جرایم، تقسیمات مختلفی دارد که ما قصد داریم در این نوشتار به یکی از این تقسیمات یعنی «سایتهای قمار و شرطبندی» بپردازیم. قربانیان این جرم، روز به روز در حال افزایش و سالانه مبالغ زیادی توسط این سایتهای از کشور ما خارج می‌شود که طبیعتاً بایستی به دنبال راه چاره برای گریز از این منجلاب باشیم. در این نوشتار سعی بر این است، که با در نظر گرفتن ارکان اصلی این سایتهای همانند نقش‌های پشت‌پرده و پشتیبانان، و با بررسی فقهی و حقوقی این پدیده، بگوییم آیا قوانین ما در خصوص این جرم، پاسخگو هستند یا خیر و اینکه آیا برای قربانیان سایت شرطبندی، راهی برای استرداد مال خود وجود دارد یا خیر.

واژگان کلیدی: جرایم رایانه‌ای، قمار، شرطبندی، قربانی جرم، استرداد مال، سایت.

* کارشناسی حقوق، دانشگاه مفید، قم، ایران.

مقدمه

در جوامع امروزی، با پیشرفت علم و تکنولوژی، زندگی افراد تحت الشعاع آثار این ابزار قرار گرفته که می تواند مثبت یا منفی باشد. یکی از مهم ترین ابزارهای تکنولوژی که پیشرفت چشم گیری در این دوره داشته، اینترنت و فضای مجازی است که شاید کمتر کسی با آن در ارتباط نبوده باشد.

در این حوزه از علم، امروزه اتفاقات بسیار زیادی همچون معاملات رخ می دهد که در نتیجهی برخی از این معاملات، افرادی به سود هنگفت دست پیدا کرده و در نتیجه، افرادی متضرر می شوند. این معاملات ممکن است در حوزه های مختلفی انجام شود؛ مثل خرید و فروش برخی کالاها، برندها و... اما در این نوشتار، سعی بر این است که به یکی از مهم ترین و تاثیرگذارترین معامله یا اتفاقی که در عرصه فضای مجازی و اینترنت رخ می دهد، اشاره کنیم و آن چیزی نیست جز سایت های شرط بندی.

سایت های شرط بندی^۲ یا قمار^۳، سایت هایی هستند که در چند سال اخیر پا به اریکه قدرت نهاده و قربانیان اقتصادی زیادی برجای گذاشته اند. در این خصوص باید گفت، طبق گفته نایب رئیس کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی ایران^۴، بیش از ۱ میلیارد دلار (۲۵ هزار میلیارد تومان) رقمی است که سایت های شرط بندی و قمار سالانه از کشور خارج می کنند که به نوبه خود، ضربه مهلک اقتصادی به کشور وارد کرده است. نگارنده با توجه به پرسش های تحقیقی و میدانی از برخی قربانیانی که مبالغ بسیار زیادی در این سایت ها از دست داده اند، افراد متخصص که در زمینه علوم و تکنولوژی سرآمد بوده و اطلاعات مفیدی در اختیار گذاشته اند و همچنین از وکلا و مشاوران حقوقی در خصوص تدابیر حقوقی برای پیشگیری از این رخداد بهره جسته و در اختیار خواننده گرامی قرار خواهد داد.

البته شایان ذکر است که علی رغم پیگیری های قوه قضاییه و مجلس شورای اسلامی و البته پلیس فتا، هنوز این سایت ها و گردانندگان آنها مشغول به فعالیت بوده و مبالغ زیادی

^۲ BETTING SITES.

^۳ GAMBELING.

^۴ نوروزی، حسن.

بررسی سایت‌های شرط‌بندی از منظر.../قادری ۱۸۵

توسط مردم جذب می‌کنند. طی اعلام فرمانده پلیس فتا در سال ۹۲، حدود ۳۰۰ سایت فعال در این حوزه وجود دارد که البته تا امروز، تعداد بسیار زیادی به این رقم اضافه شده و متأسفانه تدابیر لازم برای مقابله با آن اندیشیده نشده است.^۵

حال قصد داریم ابتدا با توضیح چگونگی عضویت در این سایت‌ها، روش کار، دلایل و اهداف گردانندگان و اعضای آن‌ها، و بررسی اجمالی این سایت‌ها در فقه اسلامی و حقوق ایران، به راهکارهای پیشگیری از عضویت در این مجموعه بزرگ و کمرنگ کردن آن بپردازیم.

بررسی فنی سایت‌های شرط‌بندی ما در ذیل این عنوان بجای پرداختن به مباحثی از جمله مفهوم شناسی شرط‌بندی و قمار و تفاوت این دو لفظ از حیث فقهی و حقوقی و مفاهیمی نظیر سایت و دنیای دیجیتال و ... به مباحث مهم‌تری نظیر روش عضویت، نحوه سرمایه‌گذاری، روش‌های جذب کاربران به این سایت‌ها، ادله عضویت و اهداف این سایت‌ها که ارتباط بسیار مؤثرتری با بحث ما دارند، پرداخته و برای مطالعه بیشتر در مورد مفاهیم مذکور، منابعی^۶ را در اختیار خواننده قرار خواهیم داد تا مورد استفاده قرار گیرد. یک مصاحبه علمی پژوهشی توسط نگارنده با یکی از کارشناسان خبره در حوزه فناوری و اطلاعات و هوش مصنوعی به نام مهندس ابوالفضل نوری تهیه ده که فقط به مواردی که به بحث ما مربوط است، اشاره می‌شود.

الف) متضرر شدن در این سایت‌ها

به گفته مهندس نوری: «بهتر است این سایت‌ها را به سایت‌های ایرانی و خارجی تقسیم کنیم. به این جهت که ممکن است در یک کشور خارجی، فعالیت این سایت‌ها کاملاً قانونی بوده و بر روی آن‌ها نظارت شکل بگیرد. اما در سایت‌های ایرانی که البته کاملاً در خارج از کشور مدیریت می‌شوند، به این دلیل که فعالیت آن‌ها از نظر فقه و حقوق که در مباحث

⁵ WWW.MEHRNEWS.COM

^۶ برای مطالعه بیشتر در مورد مفهوم شناسی به این دو منبع مراجعه شود (چگنی، مهدی. و موسوی، سید احمد. (۱۳۹۸). قمار بازی در فضای مجازی)

(ولی‌پور، اباذر. و ولی‌پور، پریسا. (۱۳۹۳). شرط‌بندی و احکام آن در فقه اسلامی) (خالقی، ابوالفتح. و فرخی نیا، سیمین. (۱۴۰۰). ابعاد فقهی و جرم‌شناختی شرط‌بندی در فضای مجازی)

بعدی به آنها می‌پردازیم نامشروع می‌باشد، عملاً هیچ‌گونه نظارتی از سوی ارگان‌های مربوطه صورت نمی‌گیرد. به همین دلیل، اگر بر روی یک سایت (BETT)، نظارت درست اعمال شود، چه بسا طراحی و برنامه‌نویسی آن به گونه‌ای باشد که ۹۰٪ کاربران آن متضرر نشوند. در این سایت‌ها هم ممکن است شرط‌بندی به انواع مختلفی صورت پذیرد؛ مثل پیش‌بینی نتایج فوتبال، بازی انفجار، تخته نرد و ...»^۷

با تحقیقات صورت گرفته به این نتیجه رسیدیم که اکثریت قریب به اتفاق سایت‌های شرط‌بندی علی‌الخصوص در ایران، دارای سیستم متمرکزی می‌باشند. یعنی علی‌رغم تعداد بالای این سایت‌ها، تقریباً همگی آن‌ها توسط یک سیستم مادر کنترل و هدایت می‌شوند. پس یکی از عوامل متضرر شدن کاربران این سایت‌ها، نحوه طراحی این سایت‌ها و فقدان نظارت بر عملکرد آن‌ها می‌باشد.

ب) مدیران و گردانندگان

بررسی‌ها نشان می‌دهد که بیشتر مدیران این سایت‌ها، افراد مشهوری مثل بازیگران، خوانندگان، ورزشکاران یا به طور کلی افراد سلبریتی^۸ دارای تریبون هستند که در فضای حقیقی و مجازی، دنبال‌کنندگان زیادی داشته و به همین جهت از تریبون خود سوءاستفاده کرده و دنبال‌کنندگان خود را به معرض خطرات مالی می‌کشانند. کارشناس ما معتقد است: «تفاوتی نمی‌کند چه شخصی و با چه سیستمی این سایت‌ها را مدیریت می‌کند. چون سایتی که یک خالفکار مدیر آن است، با سایتی که یک خواننده مشهور مدیر آن است (چون جملگی تحت کنترل سیستم مادر هستند)، هیچ تفاوتی ندارد. متأسفانه امروزه در عرصه دنیای مجازی، برخی ترفندهای رسانه‌ای بوجود آمده که کارایی زیادی در جلب نظر مردم به این سایت‌ها دارد. مثل اینکه مدیر یک سایت، با بی‌نقص جلوه‌دادن سایت خود در صفحه شخصی‌اش، سایت‌های دیگر را کلاهبردار جلوه داده و اعتماد مردم را جلب می‌کند.»^۹

ج) عضویت و روش کار

^۷ نوری، ابوالفضل. (۱۴۰۰). مصاحبه حضوری.

^۸ Celebrity.

^۹ نوری، همان.

شاید برای شما هم اتفاق افتاده باشد که لینک یکی از این سایت‌ها را باز کرده و وارد آن شده و صفحه عضویت آن سایت را مشاهده کرده باشید. قبل از توضیح در مورد روش عضویت، باید بگوییم روش کار در تقریباً همه‌ی این سایت‌ها به یک شکل بوده و اصولاً برای جذب بیشتر افراد، مراحل ابتدایی عضویت بسیار سهل و آسان می‌باشد.

اما در مقابل، در صورتی که یکی از اعضا بخواهد حساب خود را شارژ کند و یا بخواهد از حساب کاربری خود برداشت کند، بایستی یک سری مراحل پیچیده‌ای را بگذرانند که اجمالاً به آن اشاره می‌کنیم: در مرحله عضویت این سایت‌ها، شما با هر ایمیل یا شماره یا گذرواژه حتی جعلی می‌توانید عضو شوید و حساب^{۱۰} خود را بسازید و این بخاطر عضوگیری راحت این سایت‌هاست. اما وقتی که یک کاربر بخواهد پاداش خود را برداشت کند، درگاه این سایت، او را وارد مرحله احراز هویت می‌کند که در این مرحله، شخص بدون در نظر گرفتن عواقب این کار، تمامی اطلاعات محرمانه خود مثل شماره ملی، شماره کارت بانکی، شماره شب، تاریخ انقضای کارت، شماره CVV2 و حتی رمز اینترنتی ثابت یا پویای خود را در اختیار سایت و به تبع آن، مدیر آن سایت قرار می‌دهد.

حال ممکن است برای شخص این ذهنیت ایجاد شود که با وجود سیستم جدید رمز پویا که اعتبار هر رمز ۱۲۰ ثانیه بوده، دیگر امکان دستبرد زدن به حسابش ممکن نیست. اما باید در جواب گفت افراد زیادی هستند که دقیقاً طی همین روند و با وجود این سیستم نوظهور، سرمایه‌های قابل توجهی را از دست داده‌اند.

د) اصطلاح «کارت بانکی اجاره‌ای»^{۱۱}

گاهی اوقات، برخی کاربران این سایت‌ها که نمی‌خواهند با اطلاعات بانکی خود وارد مرحله احراز هویت شوند، با دادن پیشنهادهای وسوسه‌انگیز به قشر خاصی از جامعه مثل معتادان، کارتن خولبان و ...، کارت‌های بانکی آن‌ها را دریافت کرده و با اطلاعات آن‌ها وارد این سایت‌ها می‌شوند تا در صورت کشف حساب آن‌ها توسط پلیس یا مقام قضایی، دیگر پای آن‌ها به روند رسیدگی به اتهامات و جرایم مربوط به آن‌ها باز نشود. به این کارت‌ها، کارت‌های اجاره‌ای گفته می‌شود که تعداد آن‌ها هم کم نیست.

¹⁰ Account.

¹¹ Rental Bank Card.

۲. بررسی فقهی شرط‌بندی در فضای مجازی

در این خصوص بحث‌های متنوع زیادی در نوشتارها و کتب گوناگون مطرح شده که برای پرهیز از زیاده‌گویی، اجمالاً به ذکر برخی از مهم‌ترین آنها می‌پردازیم.

الف) منشأ پیدایش قمار

اولین بحث، منشأ پیدایش این نهاد در فقه است که یکی از نویسندگان در این حوزه معتقد است: «به طور دقیق معلوم نیست و به نظر می‌رسد از همان ابتدایی‌ترین جوامع بشری آغاز گردیده و اعتقاد انسان‌ها به شانس و اقبال به عنوان مهم‌ترین عنصر، مؤثر بوده است. پس می‌توان در یک جمع‌بندی، منشأ پیدایش قمار را به این سه قسم^{۱۲} تقسیم کرد: ۱. اعتقاد به شانس و اقبال، ۲. غلبه کردن بر دیگران، ۳. جلب منفعت (طمع)»

ب) مصادیق قمار در فقه

بحث بعدی، مصادیق مختلف قمار و شرط‌بندی در فقه اسلامی است که به طور کلی ۴ مصداق را فقها بدان اشاره کرده‌اند؛ از جمله:

۱. قمار با آلات مخصوصه با برد و باخت.

۲. قمار با آلات مخصوصه بدون برد و باخت.

۳. قمار بدون آلات مخصوصه با برد و باخت.

۴. قمار بدون آلات مخصوصه بدون برد و باخت.

در مورد قسم اول، هیچ اختلاف نظری میان فقها وجود نداشته و جملگی به جهت آشکار بودن و متداول بودن این مصداق در دنیا، آن را حرام اعلام کرده‌اند.^{۱۳}

اما در مورد سایر صور و مصادیق، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد که برخی قائل به حرمت و برخی قائل به عدم حرمت هستند و به جهت اینکه نویسندگان زیادی به ذکر این مصادیق و توضیحات آنها پرداخته‌اند، بدان اشاره نمی‌کنیم.

ج) مستندات فقهی قمار و شرط‌بندی

۱. آیات

«در قرآن ۵ آیه در مورد قمار وجود دارد که البته با لفظ مستقیم قمار نیامده‌اند، بلکه سه آیه

^{۱۲} ولی‌پور، اباذر. ص ۳۹.

^{۱۳} توحیدی، محمدعلی. ج ۱، ص ۳۶۸.

بررسی سایت‌های شرط‌بندی از منظر.../قادری ۱۸۹

با لفظ (میسر)، یک آیه با لفظ (الاوئان) و یک آیه از لفظ (اکل مال به باطل) استفاده کرده است. آیه ۲۱۹ سوره بقره، آیه ۹۰ سوره مائده، آیه ۳۰ سوره حج و...»^{۱۴}

۲. روایات

«تمامی روایاتی که در خصوص حرمت قمار آمده متواتر بوده و به دو نمونه از آن‌ها اشاره می‌کنیم: زیاد بن عیسی از امام صادق(ع) تفسیر آیه (مال‌هایتان را میان خودتان به باطل نخورید) را پرسید و ایشان فرمودند: قریش با زنان و اموالشان قمار می‌کردند و خدا آن‌ها را منع کرد.^{۱۵} جابر از امام محمد باقر(ع) نقل می‌کند که حضرت فرمودند: هنگام نزول آیه‌ی ۹۰ سوره مائده؛ پیامبر(ص) از خداوند پرسیدند: میسر چیست؟ و خداوند فرمود: هر آلتی که با آن قماربازی کنند، میسر و حرام است.»^{۱۶}

۳. اجماع

یکی از حقوق‌دانان معتقد است که از اجماع می‌توان برای تایید حرمت بازی با ابزار مخصوصه قمار حتی بدون برد و باخت استفاده کرد. البته نمی‌توان به طور مطلق، تمامی مصادیق و صور قمار را حاصل اجماع فقها دانست؛ چون اجماع مدرکی بوده و حجت نیست و قدر متیقن، تنها قماربازی همراه با برد و باخت است.^{۱۷}

۴. بنای عقلا

مالی که از طریق اتکاء به شانس و اقبال بدست آمده و هیچ زحمتی برای آن کشیده نشده، افراد را سست و ضعیف می‌کند و بر روند اقتصادی جامعه هم آثار مخربی برجای می‌گذارد و حرمت این عمل از نظر بنای عقلا هم مورد تایید قرار گرفته است.

د) طرح یک مسئله

مسئله‌ای که اینجا مطرح می‌شود و ذکر آن خالی از فایده نیست، این است که ما معتقدیم فقه پویایی داریم به گونه‌ای که برای هر مسئله‌ای، حکمی معین شده است. مثلاً در خصوص شرط‌بندی در اسب سواری، حکم حلیت است اما چرا در این خصوص بحث ما

^{۱۴} خالقی، ابوالفتح. و فرخی نیا، سیمین. (۱۴۰۰).

^{۱۵} حر عاملی. ج ۱۷، ص ۱۶۷.

^{۱۶} خالقی، ابوالفتح. و فرخی نیا، سیمین. (۱۴۰۰).

^{۱۷} شهبازی، مریم. (۱۳۹۳). ص ۷۴.

حکمی معین نشده و یا در برخی موارد، فقها قائل به حرمت‌اند؟ در پاسخ باید گفت اینکه در شرع مقدس بیان شده که شرط‌بندی در برخی مسابقات مثل اسب سواری، تیراندازی، شنا و ... مانعی ندارد از این جهت است که، این حکم در مورد خود شرکت کننده (تیرانداز، شناگر، اسب سوار) جاری است؛ نه اینکه دو نفر با هم مسابقه بدهند و یک شخص روی مسابقه آن‌ها (بدون اینکه خودش دخیل باشد) شرط‌بندی کند. در مورد دوم طبیعتاً حکم حرمت جاری است.^{۱۸}

۳. بررسی حقوقی سایت‌های شرط‌بندی الف) نقش‌های مجرمانه در این جرم

اولین بحثی که ذکر آن حائز اهمیت بوده و در مباحث بعدی سودمند می‌باشد، بحث انواع نقش‌های مجرمانه در جرم شرط‌بندی در فضای مجازی است.

با مراجعه به برخی کتب و متون حقوقی، درمی‌یابیم که به طور کلی پنج نقش مجرمانه در بحث مدنظر ما فعال و دخیل هستند:

۱. گردانندگان و مدیران وب سایت‌ها.

۲. حساب‌رسان و پشتیبانان این سایت‌ها.

۳. تبلیغ‌کنندگان این سایت‌ها.

۴. کسانی که کارت‌های بانکی خود را اجاره می‌دهند.

۵. برنامه‌نویسان این وب سایت‌ها.

یکی از حقوقدانان^{۱۹} معتقد است: «امروزه در حوزه قمار، ۵ نوع جرم رخ می‌دهد که ضعیف‌ترین آن، خود قمار است؛ یعنی سایت‌هایی که به ترویج قمار و بستن آن مبادرت می‌ورزند، اولاً مرتکب خود جرم قمار، ثانیاً در آن زمینه مرتکب جرم کلاهبرداری شده، ثالثاً مرتکب جرم سرقت، و رابعاً در برخی موارد مرتکب جرم تهدید (آنجایی که کاربر را در صورت شکایت قضایی، تهدید می‌کنند)، و خامساً با دست به دست کردن این مقدار زیاد پول، مرتکب جرم پولشویی نیز می‌شوند.»^{۲۰}

^{۱۸} امام خمینی. استفتانات، ج ۳.

^{۱۹} محبی، جلیل. معاون سیاسی حقوقی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.

^{۲۰} محبی، جلیل. (۱۳۹۹). مصاحبه رسانه‌ای.

ب) سایت بت و قوانین ما

همانطور که در ابتدای نوشتار مطرح کردیم، بحث سایت‌های قمار و شرط‌بندی، یک بحث نوین و نوظهور بوده که سابقه تاریخی نداشته و به همین دلیل، در خصوص وجود مقرر قانونی مربوط با این موضوع، بین حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد.^{۲۱}

برخی از حقوق‌دانان معتقدند که هرچند ما در بین قوانین کیفری و مدنی خود، مواد (۷۰۵) الی (۷۱۱)^{۲۲} قانون مجازات اسلامی، و ماده (۶۵۴)^{۲۳} قانون مدنی را در مورد قمار و شرط‌بندی داریم، اما با توجه به متن ماده (۷۰۵)^{۲۴} قانون مجازات اسلامی و سایر مواد دیگر، می‌توان دریافت که این مواد صرفاً ناظر به نوع خاصی از قمار بوده که همراه با آلات مخصوص قمار صورت می‌گیرد و ما در بحث بررسی فقهی اشاره کردیم که رایج‌ترین شیوه قمار نیز همین مورد است و قانون‌گذار، آنرا جرم‌انگاری کرده است.

اما در مورد سایت‌های شرط‌بندی که نوع جدیدی از قمار است، یک خلأ قانونی وجود دارد که متأسفانه هنوز برطرف نشده است. چون می‌دانیم طبق برخی اصول مثل اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری، و ... نمی‌توان رفتاری که جرم‌انگاری نشده را جرم تلقی و برای آن مجازات تعیین کنیم.^{۲۵}

با این توضیح درمی‌یابیم که در خصوص جرایمی نظیر جرم مورد بحث ما، بایستی یک سیاست‌گذاری جنایی در کشور ایجاد شود. یعنی با خلأ قانونی در مورد سایت‌های بت که اشاره شد چه تأثیر مخربی بر اقتصاد کشور وارد ساخته، نمی‌توان ادعا کرد که در این خصوص، برنامه مدونی داریم.

^{۲۱} برای مطالعه بیشتر (حاج محمدی، عاطفه. (۱۴۰۰). قمار و شرط‌بندی اینترنتی)

^{۲۲} این مواد از سال ۱۳۰۴ به همین شکل بوده و از قانون فرانسه اخذ شده و پیش از آن در سال ۱۲۸۵ عیناً از کتابچه قانونی کنت برداشت شده است.

^{۲۳} ماده‌ی ۶۵۴ قانون مدنی: «قمار و گرویندی باطل و دعاوی راجعه به آن مسموع نخواهد بود. همین حکم در مورد کلیه تعهداتی که از معاملات نا مشروع تولید شده باشد جاری است».

^{۲۴} ماده‌ی ۷۰۵ قانون مجازات اسلامی تعزیرات: «قمار بازی با هر وسیله‌ای ممنوع و مرتکبین آن به یک تا شش ماه حبس و یا تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم می‌شوند و در صورت تجاهر به قماربازی به هر دو مجازات محکوم می‌گردند».

^{۲۵} چگنی، مهدی. و موسوی، سید احمد. (۱۳۹۸).

یعنی اگر ما ادعا کنیم که با یک جرم مبارزه می‌کنیم، اما همچنان آمار و ارقام، نشان از کثرت و تکرار آن توسط مردم باشد، این نشانه شکست راه‌های مبارزه با این جرم است. قانون اساسی در حوزه جرایم و مجازات‌ها (بدلیل قضایی بودن)، ارائه لایحه را به عهده قوه قضاییه گذاشته است. البته قوه مذکور باید از ضابطین مثل پلیس فتا و نیروی انتظامی و ... برای نگارش لوایح استفاده کند. این قوه در زمان ریاست آیت‌الله رئیسی، یک بسته‌های سیاستی در قالب دستورالعمل بوجود آورد؛ یعنی قوانین موجود، نحوه برخورد، میزان مجازات و ... را در قالب مجموعه واحدی تدوین و به ضابطین، بازپرسان و دادستانی و محکمه ابلاغ کرد تا آن‌ها بدانند چگونه عمل کنند که البته به نظر می‌رسد این روش، یک سیاست موفق در این راستا بوده است. حال برای اینکه در حوزه مبارزه با جرایم، یک سیاست‌گذاری جامع داشته باشیم، بایستی اولاً مطابق اصل ۳۶ قانون اساسی^{۲۶} و ماده‌ی ۲ قانون مجازات اسلامی^{۲۷}، از هر جرمی تعریف جامع و مانعی داشته باشیم تا مجری قانون بداند با چه چیزی به عنوان جرم باید برخورد کند. ثانیاً این نکته را نباید فراموش کرد که مجازات‌ها باید بازدارنده باشند؛ یعنی رنج مجازات باید به قدر و گونه‌ای باشد که افراد از ارتکاب آن جرم منصرف شوند. ثالثاً بایستی برنامه مدون و مناسبی برای کشف و اثبات جرم وجود داشته باشد که در خصوص بحث قمار، یک سری پیچیدگی‌های خاصی در قوانین ما وجود داشته و متأسفانه رفع نشده است.

رابعاً بایستی در کنار همه این خطوط، یک برنامه در جهت حمایت از بزه‌دیده اندیشیده شود؛ اما در مورد بحث قمار و مال باختگان ناشی از آن، مشاهده می‌کنیم جای چنین برنامه‌ای در سیاهه قوانین ما خالی است. خامساً بایستی یک برنامه پیشگیری از جرم نیز در این خصوص تدوین شود تا جرایم اینچنینی، دیگر توسط مردم رخ ندهد و میزان آن به حداقل برسد. حال با همه این تفاسیر، بررسی‌های میدانی که از روند تقنینی مجلس شورای اسلامی و سخنان برخی از افراد ذیصلاح در این حوزه برآمده، دریافتیم که مجلس یک طرحی را در خصوص جرم‌انگاری این پدیده نوین و راهکارهای مقابله با آن ارائه داده که البته برخی

^{۲۶} اصل ۳۶ ق.ا: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد».

^{۲۷} ماده‌ی ۲ ق.م.ا: «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است جرم محسوب می‌شود».

بررسی سایت‌های شرط‌بندی از منظر.../قادری ۱۹۳

معتقدند حتی این طرح نیز نمی‌تواند نقیصه موجود را برطرف سازد. البته برخی اصلاحاتی توسط کمیته‌های کارشناسی بر این طرح اعمال شده که در نتیجه آن، میزان مجازات از درجه ۶ به درجه ۴ (۵ تا ۱۰ سال) تغییر کرده است. در برخی موارد، میزان مجازات نقدی، ۳ تا ۶ برابر مالی که مورد قمار قرار گرفته و در برخی موارد ۲ تا ۵ یا ۱ تا ۳ برابر آن مال در نظر گرفته شده است و به گفته رئیس کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس: «این مجازات‌ها فعلاً در نظر گرفته شده و آن هم به این خاطر است که این جرایم به گونه‌ای در نظام اقتصادی کشور، اخلاص ایجاد کرده و مجازات آن باید به گونه‌ای باشد تا دیگر رخ ندهد.»^{۲۸}

یک پژوهشگر در حوزه جرایم سایبری دیدگاه دیگری دارد و آن این است که: «در اینجا بحثی که بسیار حائز اهمیت است، حجم مالی بالایی است که توسط این سایت‌ها رد و بدل می‌شود. دلیل این انتقال، کارت‌های بانکی اجاره‌ای است که توضیح آن داده شد. به علاوه اینکه اشخاص آگاهانه خودشان قربانی این جرم می‌شوند، نیز یک مطلب فرهنگی است. یعنی هم قوانین ما باید در این حوزه، بازدارنده باشد و هم یک آگاهی فرهنگی به افراد داده شود. حال می‌توان در کنار این موارد، علاوه بر مجازات قماربازان و گردانندگان این سایت‌ها، اجاره‌دهندگان کارت‌های بانکی را نیز به محرومیت‌های اجتماعی محکوم کرد (به جای مجازات حبس)، تا این جرم به راحتی ارتکاب نیابد و البته این همان خلأیی است که در قوانین ما به چشم می‌خورد.»^{۲۹}

نکته‌ای که در رد فرمایش این پژوهشگر به نظر می‌رسد این است که ایشان معتقد است که در مورد مجازات عوامل این سایت‌ها، بهتر است به جای حبس، از محرومیت‌های اجتماعی استفاده کرد؛ در صورتی که مجازات‌های اجتماعی در واقع، جزء سبک‌ترین مجازات‌هاست. وقتی ما از مجازات جایگزین حبس سخن می‌گوییم، یعنی تمایل به یک نوع تخفیف در مجازات داریم. مثل کسی که قرار است محکوم به ۶ ماه حبس شود، به خدمات اجتماعی محکوم شود. حال اگر چنین حکمی در خصوص جرم قمار و سایت‌های شرط‌بندی صادر شود، آیا واقعا متناسب و بازدارنده است؟

^{۲۸} غضنفرآبادی، موسی. (۱۳۹۹). مصاحبه پژوهشی.

^{۲۹} حسینی، مهدی. (۱۳۹۹). مصاحبه علمی.

مشکل اساسی در حوزه کشف و برخورد با این جرم، این است که مال باخته خودش متهم جرم قمار بوده و کمتر کسی اقدام به شکایت می‌کند. آمار رسمی که پلیس فتا در سال ۹۹ از شکایت افراد مال باخته در این خصوص ارائه کرده، تنها ۷٪ کل پرونده‌هاست که نمایانگر گفتار ماست. البته با قوانینی که ما داریم، چنین نتیجه‌ای دور از ذهن نیست؛ زیرا اشخاص اگر شکایت هم بکنند، اولین نفر متهم جرم قمار شناخته شده و طبق ماده ۷۰۵ ق.م.ا تعزیرات ۷۵، به ۱ تا ۶ ماه حبس و تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم می‌شوند. پس چون شخص می‌داند که حبس و شلاق در انتظار اوست، دست به شکایت نمی‌زند. برای حل این مشکل، ما باید ببینیم در بین ۵ نقش مجرمانه‌ای که در این خصوص وجود دارد، کدامیک گلوگاه و منشأ اصلی بروز این جرم است که با جلوگیری از آن، تمام جرم یا متوقف و یا کم‌رنگ شود. حال اگر ما شخصی را که مرتکب قمار شده (مال باخته) به عنوان بزه‌دیده اصلی بشناسیم، با در اختیار داشتن ماده ۳۹ ق.م.ا^{۳۰} که معافیت از کیفر را در اختیار قاضی^{۳۱} قرار داده، و یک مقرر قانونی تحت این عنوان که افرادی که در این نوع قمار شرکت می‌کنند، مثلاً به مجازات تعزیری خیلی پایین (مثلاً ۵۰۰ هزار تومان) محکوم شوند، در این صورت، بزه‌دیده دیگر خوف حبس و شلاق مقرر در ماده‌ی ۷۰۵ را به خود راه نداده و بخاطر مالی که از دست داده شکایت کیفری خود را طرح و در مقابل، با اطلاعاتی که در اختیار پلیس و مقامات قضایی قرار می‌دهد، آن‌ها را در کشف عوامل سایت مذکور کمک می‌کند.

۴. اقدامات نظارتی و پیشگیری کننده

سوالی که ذهن خیلی از افراد را درگیر کرده این است که چطور این سایت‌ها به راحتی از امکانات و درگاه‌های داخلی استفاده کرده و با افرادی که این امکانات را در اختیار آن‌ها قرار داده برخوردی صورت نمی‌گیرد؟ یکی از مقامات عالی پلیس فتا پاسخ می‌دهد: «تا قبل از

^{۳۰} ماده‌ی ۳۹ قانون مجازات اسلامی تعزیرات ۷۵: «در جرائم تعزیری درجه‌های هفت و هشت در صورت احراز جهات تخفیف چنانچه دادگاه پس از احراز مجرمیت، تشخیص دهد که با عدم اجرای مجازات نیز مرتکب، اصلاح می‌شود در صورت فقدان سابقه کیفری موثر و گذشت شاکی و جبران ضرر و زیان یا برقراری ترتیبات جبران آن می‌تواند حکم به معافیت از کیفر صادر کند».

^{۳۱} قاعده فقهی «التعزیر به ما یراه الحاکم».

بررسی سایت‌های شرط‌بندی از منظر.../قادری ۱۹۵

سال ۹۷، به جهت فقدان یک سری سازوکارهای نظارتی و همچنین عدم وجود قوانین کافی در این حوزه، درگاه‌های بانکی در اختیار سایت‌های قمار قرار می‌گرفت. در این سال (۹۷)، پلیس فتا با انجام شکایات کیفری از این سایت‌ها البته با همکاری بانک مرکزی، آیین‌نامه پرداخت یارانه تنظیم شد که مطابق آن، هر کس بخواهد درگاه (پذیرنده‌ای) را در اختیار عموم قرار دهد، بایستی حتما کد ملی صاحب سایت، صاحب حساب و مابقی دیتا^{۳۲}های اخذ شده را بررسی کند که حتما برای یک شخص باشد.

حال اگر درگاه برای یک فروشگاه قانونی گرفته شده ولی یک شخص دیگر غیر این فروشگاه، این درگاه را کنترل کند، تخلف صورت گرفته و حوزه نظارتی مربوطه باید رسیدگی نماید.^{۳۳} گذشته از این مباحث، یکی از گردانندگان و مدیران سایت‌های قمار که به تازگی به کشور مسترد شده در مصاحبه‌ای، چند عامل را باعث افزایش این جرم می‌داند: «۱. عدم نظارت، ۲. نبود کنترل و دقت، ۳. سهولت طراحی درگاه‌های پرداخت، ۴. رهاشدگی در سیستم بانکی کشور.^{۳۴} همانطور که از صحبت‌های این مدیر پیداست، بیشترین مسؤلیت نظارتی بر گرده بانک مرکزی است. با این توضیح که بسیاری از مسؤلین در هر حیطة و مسؤلیتی، بارها از بانک مرکزی خواستار نظارت و قطع ارتباط مردم با این سایت‌ها شده‌اند؛ اما هربار متأسفانه بنا به دلایلی عملی نشده است.

البته باز هم اشاره می‌کنیم تا وقتی یک شخص به میل خود، علی‌رغم اینکه می‌داند این سایت، غیرقانونی بوده و هیچ مجوزی برای فعالیت خود ندارد، با این حال تمامی اطلاعات محرمانه و هویتی خود را از جمله کارت بانکی و رمز آن، کد ملی و ... را در اختیار آن قرار می‌دهد، نمی‌توان نظارت مطلوبی را به عمل آورد؛ اما درکل، می‌توان از طریق برخی امور فنی و آموزشی توسط دولت و حکومت به مردم (مثلا با تبلیغات در رسانه‌ها)، فعالیت این سایت‌ها را به حداقل رساند. به عنوان مثال برنامه‌هایی با محوریت مصاحبه با برخی از مال باختگان این سایت‌ها ترتیب داده شود و از تلویزیون و رسانه‌های پرطرفدار پخش شده تا تجربه شکست آن‌ها برای سایرین نمایان شود.

³² Data.

³³ نوروزی. (۱۳۹۹).

³⁴ ح.م. ۱۴۰۰.

یکی از نکات بسیار مهمی که در جلب نظر مردم به عدم عضویت در این سایت‌ها مؤثر است، توجه به این مطلب است که چرا مدیران این سایت‌ها (سایت‌های ایرانی)، سایت‌های خود را با زبان‌های مختلف مثل انگلیسی، فرانسوی، آلمانی و ... برای مردم سایر کشورها تبلیغ نمی‌کنند تا در کنار درآمد ریالی، درآمد دلاری نیز داشته باشند؟! شاید این پرسش در ذهن برخی افراد مجسم شود که راه بسته شدن این سایت‌ها چیست؟ یکی از کارشناسان در این حوزه معتقد است: «اولین و طبیعی‌ترین راه، فیلترینگ^{۳۵} آن‌هاست. البته در مقابل فیلترینگ، مدیران این سایت‌ها به طور مستمر و روزانه، لینک‌های ورودی سایت‌های خود را تغییر می‌دهند که فیلترینگ در این شرایط، تاثیر عملی کمی دارد.

دومین راه، مسدود کردن درگاه آن‌هاست؛ منظور از درگاه، روش کاری آن سایت است که در صورت انسداد، تا حد زیادی فعالیتش مختل می‌شود. اما در هر حال، بایستی بانک مرکزی با حمایت پلیس فتا و قوه قضاییه، تدابیر جدی بر علیه این سایت‌ها بیاندیشند.^{۳۶} در خصوص اقداماتی که پلیس فتا انجام داده، طبق آماري که در سال ۱۳۹۹ از سوی رئیس مرکز مبارزه با جرائم ملی و سازمان یافته پلیس فتای ناجا^{۳۷} اعلام شده، به طور کلی ۵ اقدام مهم در این زمینه صورت گرفته است:

۱. بیش از ۱۶ هزار فقره سایت و حساب کاربری مسدود شده است.
۲. بیش از ۴۹۰۰ وب سایت و حساب کاربری در شبکه‌های اجتماعی در قالب ۱۴۷۰ پرونده (برخی پرونده‌ها به تنهایی چندین وب سایت را پوشش می‌دادند) که ۹۳٪ آنها توسط نیروی انتظامی و ۷٪ آن توسط شکات حقیقی در مراجع قضایی طرح شده است.
۳. قریب به ۹۰۰ کانال تبلیغاتی این سایت‌ها که در فضای مجازی مثل اینستاگرام و تلگرام و ... فعالیت می‌کردند، مسدود و باندهای پشتیبانی این سایت‌ها شناسایی شد که در قالب ۳۰۲ نفر بودند.
۴. تعداد ۱۰ نفر از سلبریتی‌ها، بازیکنان فوتبال، خوانندگان و ... که مبلغ این سایت‌ها بودند، دستگیر و تحویل مراجع ذیصلاح شدند.

^{۳۵} Filtering.

^{۳۶} نوری، ابوالفضل. (۱۴۰۰). مصاحبه.

^{۳۷} سرهنگ نوروزی.

بررسی سایت‌های شرط‌بندی از منظر.../قادری ۱۹۷

۵. دو نفر از مدیران و گردانندگان این سایت‌ها در خارج از کشور شناسایی و مسترد شدند. در آخر باید گفت هر چند پروسه استرداد این مجرمان که در خارج از کشور ساکن بوده طولانی است (به دلیل اینکه ادله و مستندات تهیه شده، باید استناد قانونی و فرآیندهای دیپلماسی آنها لحاظ شود)، اما این افراد بالاخره تحویل قانون داده می‌شوند.

نتیجه‌گیری

دانستیم که سایت‌های شرط‌بندی و قمار (Bett Sites)، یک پدیده نوظهور و نوین در عصر ارتباطات و تکنولوژی بوده که البته آثار مخربی را بر زندگی اقتصادی اشخاص گذاشته است. علاوه بر این گفتیم چون قمار و شرط‌بندی بر سر موضوعی مثل فوتبال و ...، که افراد در آن دخیل نیستند و صرفاً بر اساس بازی بین دو شخص یا تیم دیگر، شرط‌بندی می‌کنند، از منظر فقهی (به استناد ادله اربعه آیات، روایات، اجماع، بنای عقلا) و حقوقی (مطابق مواد ۷۰۵ تا ۷۱۱ قانون مجازات اسلامی)، حرام و جرم است، در ایران عملاً بر این سایت‌ها نظارتی از سوی نهادهای مربوطه اعمال نشده و به همین دلیل وجاهت قانونی ندارند و اکثریت قریب به اتفاق کاربران این سایت‌ها متضرر می‌شوند؛ اما ممکن است این روند در یک کشور خارجی مشروعیت داشته و برنامه نویسی این سایت به گونه‌ای باشد که حتی تا ۹۰٪ به کاربران سود بدهد.

همچنین یادآوری می‌کنیم که قوانین ما (چه کیفری چه مدنی) در خصوص این پدیده ناقص و حتی در برخی مواقع، خلأ قانونی به چشم می‌خورد که اصلاً به خاطر عدم ماده قانونی صریح در این خصوص، برخی نهادها توان مبارزه با این جرم نوین را ندارند. در آخر اینکه علاوه بر وضع مقررات، اعمال نظارت، فیلترینگ این سایت‌ها، باید یک فرهنگ‌سازی عمیق توسط رسانه‌ها و دولت و حاکمیت در خصوص این جرم صورت گرفته و سطح فرهنگی مردم که مباحثان این جرم تلقی می‌شوند، افزایش یافته تا بتوان به طور قاطع با این پدیده مبارزه کرد.

کتابنامه

- {قوانین:} قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
- {قوانین:} قانون مجازات اسلامی (کلیات) ۱۳۹۲.
- {قوانین:} قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) ۱۳۷۵.
- {قوانین:} قانون مدنی ۱۳۰۷.
- {کتاب:} قرآن کریم.
- {کتاب:} حاج محمدی، عاطفه. (۱۴۰۰). قمار و شرط‌بندی اینترنتی (راهکارهای پیش‌گیری از شرط‌بندی اینترنتی)، چ اول، تهران: انتشارات مبین عدالت.
- {کتاب:} عافیت، نرگس. (۱۳۹۵). جرم قمار و جرایم مربوط به آن، چ اول، تهران: انتشارات اندیشه کامیاب ایرانیان.
- {کتاب:} ولی‌پور، اباذر. و ولی‌پور، پریسا. (۱۳۹۳). شرط‌بندی و احکام آن در فقه اسلامی، چ اول، کرج: انتشارات نشر صنوبر ۲.
- {کتاب:} محقق داماد، سید مصطفی. قواعد فقه، ج چهارم.
- {کتاب:} توحیدی، محمدعلی. (۱۴۱۷ق). مصباح الفقاهه، تقریرات بحث آیت‌الله خویی، ج اول، چ چهارم، قم: انتشارات صدر.
- {کتاب:} حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). تفصیل و مسائل الی تحصیل مسائل الشرعیه، جلد هفدهم، چ اول، قم: مؤسسه آل‌البیت(ع).
- {کتاب:} موسوی الخمینی، سید روح‌الله. استفتاءات، ج سوم.
- {مصاحبه:} نوری، ابوالفضل. (۱۴۰۰). مصاحبه علمی پژوهشی.
- {مقاله:} شهبازی، مریم. (۱۳۹۳). ماهیت قمار از دیدگاه فقهای امامیه و تطبیق آن بر مصادیق جدید، پایان نامه کارشناسی ارشد معارف اسلامی، دانشگاه قم.
- {مقاله:} چگنی، مهدی و موسوی، سید احمد. (۱۳۹۸). قماربازی در فضای مجازی از نظر حقوق کیفری، مقاله علمی پژوهشی.
- {مقاله:} خالقی، ابوالفتح. و فرخی نیا، سیمین. (۱۴۰۰). ابعاد فقهی و جرم‌شناختی شرط‌بندی در فضای مجازی، مقاله علمی پژوهشی.
- {مقاله:} غضنفرآبادی، موسی. (۱۳۹۹). سایت آپارات.
- {مقاله:} محبی، جلیل. (۱۳۹۹). سایت آپارات.

۲۰۰ دوفصلنامه دانش پژوهان / شماره ۷۰ / ویژه نامه حقوق / صص ۱۸۳-۲۰۰

{مقاله:} حسینی، مهدی. (۱۳۹۹). سایت آپارات.

{مقاله:} سایت مهرنیوز. (۱۴۰۰). WWW.MEHRNEWS.COM

Dictionary of Long Man
Law Dicniona

مطلق و مقید بودن جرم محاربه در فقه امامیه و حقوق ایران (تحلیل و بررسی ماده ۲۷۹ ق.م.ا.م.صوب سال ۱۳۹۲)

حسین فرج‌زاده*

چکیده

یکی از اساسی‌ترین بسترهای تحقق قسط و عدل، وجود امنیت و آسایش برای افراد جامعه می‌باشد. بدون شک، وقوع جرائم حدی می‌تواند این امنیت را به مخاطره بیفکند. یکی از جرائم حدی محاربه می‌باشد. در کیفیت و چگونگی وقوع جرم محاربه بین فقهای امامیه و حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. یکی از مسائل اختلافی؛ مقید به نتیجه بودن یا نبودن جرم محاربه و شرطیت یا عدم شرطیت ترس شهروندان جامعه برای تحقق این جرم در خارج می‌باشد. هدف اصلی این مقاله پرداختن به این مسئله می‌باشد. در کنار این هدف دو مسئله دیگر وجود دارد. نخست؛ آیا به کارگیری سلاح آهنین اساساً در تحقق این جرم شرطیت دارد یا خیر؟ دوم؛ برهم زدن امنیت شهروندان جامعه و قصد مجرمانه و به تعبیر حقوقی اخافه در خارج و قصد اخافه در تحقق جرم محاربه تا چه اندازه ای می‌باشد؟ این نوشتار برآن است پس از نقل آرای فقهای امامیه در پاسخ به مسائل فوق، به بررسی ماده ۲۷۹ ق.م.ا.م.صوب سال ۱۳۹۲ بپردازد.

واژگان کلیدی: محاربه، سلاح آهنین، قصد اخافه، مطلق بودن، مقید بودن.

* کارشناسی رشته حقوق، دانشگاه مفید، قم، ایران.

مقدمه

طرح و بحث از جرم محاربه در متون اسلامی قدمتی طولانی دارد. در کشور ما ایران هر چقدر ناآرامی بیشتر شود مشخصا پرداختن به جرایم امنیتی خواه حدی باشد و خواه تعزیری از اهمیت بیشتری برخوردار خواهد شد. زیرا شبهات به وجود آمده پیرامون جرایم امنیتی در اذهان عمومی هم در مقام مسائل نظری و تئوری و هم در مقام عمل و اجرای مجازات در برخورد و واکنش به جرایم شدت گرفته که در صورت عدم تبیین‌گری می‌تواند خطرات اساسی برای جامعه بازتولید کند.

طی سال‌های اخیر یعنی سال‌های ۱۳۹۶، ۱۳۹۸ و ۱۴۰۱ آشوب و ناامنی و اعتراض به حکومت و دولت به اوج خود رسیده که باعث صدور احکام قضایی - جزایی زیادی شده است. صدور احکام قضایی - جزایی محکم و متقن وابسته به فهم شایسته از جرایم امنیتی مخصوصا جرم محاربه می‌باشد. از طرف دیگر دفع شبهات اذهان عمومی و باز گویی صحیح مساله جرم محاربه می‌تواند به خاموشی آتش شبهات بی‌انجامد.

نگارنده به هیچ عنوان درصدد دفاع یا تخریب جبهه‌ای خاص از صنف خاص نمی‌باشد، اما می‌خواهد بگوید می‌شود با تحلیل مساله و با پاسخ درست و رویکرد مناسب، از مسایل و حوادث اخیر و ناآرامی‌های به وجود آمده در کشور، بسلامت گذشت و کشور را به سمت آرامی وجدان قضایی و دادرسی عادلانه پیش برد بدون آنکه شائبه‌ای برای نخبگان و شهروندان داخلی و خارجی در صدور احکام قضایی به وجود آید.

به عنوان مثال در خصوص تحقق جرم محاربه گفته می‌شود چرا مجرمان اسیدپاشی - های شهر اصفهان محارب شناخته نشده‌اند و یا چرا فلان مداح معروف با اینکه اسلحه می‌کشد و تیراندازی می‌کند، و یا اینکه چرا ترورکننده مغز اصلاحات آقای سعید حجاریان محارب شناخته نشده است و یا اینکه آیا کسی که با نیروهای امنیتی - دولتی برای اغراض سیاسی و یا اعتراض به وضع جامعه درگیر می‌شود محارب محسوب می‌شود یا خیر؟ درحالی که با اندک تأملی در ماده‌ی ۲۷۹ قانون مجازات اسلامی و مسایل مرتبط با آن می‌توان به راحتی پاسخ سوالات و شبهات مذکور را داد زیرا اسید مصداقی از عنوان سلاح سرد قانونی نیست و مجوز سلاح باعث عدم تحقق ارکان جرم محاربه می‌شود و همچنین طبق نص ماده‌ی ۲۷۹ ق.م.ا «هرگاه کسی با انگیزه شخصی به سوی یک یا چند شخص خاص

مطلق و مقید بودن جرم محاربه در.../ فرج‌زاده ۲۰۳

سلاح بکشد و عمل او جنبه عمومی نداشته باشد محارب محسوب نمی‌شود.» بنابراین انگیزه‌های شخصی و سیاسی و اعتراض به فقر و تورم، اختلاس و ناکارآمدی مسئولان باعث عدم تحقق جرم محاربه می‌شود؛ اگرچه امکان دارد فعل مجرم باعث تحقق دیگر عناوین مجرمانه امنیتی شود. در هر صورت از نظر قضایی هر موضوع و پرونده خاص باید به طور جداگانه بررسی شود اما آنچه مشخص است با طرح مساله و تأمل بیشتر در ارکان جرم محاربه می‌توان به فهم بهتر و شایسته‌ای از جرم محاربه و شرایط تحقق آن دست یافت. در تعبیر فقهی از محاربه به سرقت کبری و در تعبیر حقوقی از محاربه به جرم حدی یاد شده است.

محاربه جرمی است که نخست در قرآن کریم سپس در بیانات ائمه‌ی فقهی اهل تشیع و تسنن و سپس در کلمات فقهای متقدمین و متأخرین و معاصرین و بعد در قوانین جزایی عصر حاضر مطرح گردید. بعد از انقلاب اسلامی رویکرد اسلامی کردن قوانین مخصوصاً قوانین جزایی و مطابقت قوانین موضوعه با شریعت اسلام و فقه امامیه همواره مراد و مقصود اصلی قانون‌گذار بوده است. قانون‌گذار در سال ۱۳۷۰ با ترجمه متون فقهی فقهای مسلمان، به این هدف پرداخت و در سال ۱۳۹۲ دومرتبه به امر قانون‌گذاری دست یازید.

ماده‌ی ۱۸۳ قانون مجازات اسلامی قدیم، بدون تفکیک عناوین مجرمانه‌ی محاربه و افساد فی‌الارض در قالب یک ماده و سه تبصره که در فقه نیز از فروعات مسئله‌ی محاربه بود، تقریباً به خوبی و با تقسیم‌بندی درست به ارکان اصلی جرم محاربه و فروعات آن اشاره نمود و دقیقاً به عبارت فقهی فقهای امامیه و مقصود آنان پرداخت. این درحالی است که قانون‌گذار در سال ۱۳۹۲ نخست به تفکیک جرم محاربه از افساد فی‌الارض پرداخت و سپس با اضافه کردن قید ناامنی در محیط تعریف نسبتاً جدیدی از محاربه ارائه نمود و در نهایت در ماده‌ی ۲۷۹، قانون جدید را با عدم رعایت تقسیم‌بندی مناسب و عدم تفکیک ماده و تبصره‌ی مسئله، جرم محاربه در معنای نسبتاً جدیدی وضع گردید. فقها و مفسرین اهل تشیع و تسنن بعد از آیه‌ی ۳۳ سوره‌ی مائده و اتخاذ تصمیم درباره‌ی تخییری بودن یا ترتیبی بودن مجازات و بعد از تحدید حدود حکم مجازات حدی جرم محاربه، در باب فروعات مسئله‌ی حد محارب، به شش فرع اشاره نموده‌اند که عبارتند از:

الف) تحدید موضوع مفهوم سلاح

ب) قصد اخافه

ج) تحقق خوف در خارج

د) انگیزه‌ی شخصی محارب

ه) اهل ربه بودن یا نبودن محارب

و) عدم ثبوت مجازات بر طلیع و ردیء (ردء).

نگارنده فقط به موارد اهم مساله می‌پردازد. قانون‌گذار قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ در ماده‌ی ۲۷۹ محاربه را عبارت از کشیدن سلاح به قصد جان، مال، ناموس مردم یا ارباب آنها به گونه‌ای که موجب ناامنی در محیط گردد، می‌داند. با توجه به این تعریف فارغ از آنکه جامع افراد و مانع اغیار است یا خیر؛ درصددیم معرفتی اجمالی از معرفت و معرفت ارائه دهیم. واژه محاربه کلمه‌ای است عربی که در اصطلاح امروزی بار معنایی فقهی و حقوقی را به یدک می‌کشد. مصدر اصلی این واژه «حرب» می‌باشد. این واژه در مصدر ثلاثی مجرد خود، سلب جمیع ما یملک دیگران است. فاعل آن حارب و مفعول آن محروب است. در زبان عرب هرگاه این واژه به باب مفاعله رود به معنای جنگ و کشتار طرفینی می‌باشد؛ اعم از اینکه دو طرف دعوا دو شخص باشند یا دو گروه و قبیله. هرگاه این واژه در کنار واژه الله به کار برده شود به معنای سرپیچی و سرباززدن از فرامین و دستورات او می‌باشد و از معنای حقیقی به معنای مجازی عدول می‌کند؛ زیرا حقیقتاً جنگ با خداوند معنا ندارد همانطور که در آیه ۳۳ سوره مائده «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَ يَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا...» مشاهده می‌شود.^۱

واژه محاربه به دلیل آنکه صراحتاً در قرآن کریم به کار برده شده است معنای حقیقت شرعیه را به دوش می‌کشد. از طرفی آیه به زبان قابل فهم مردم عرب زبان نازل گشته است؛ در نتیجه واژه محاربه حاکی از معنای حقیقت عرفیه مردمان عرب زبان است. واژه سلاح نیز کلمه‌ای عربی و اسم جامعی برای تمامی آلات و ادوات جنگی وضع شده است. اعم از اینکه این آلات و ادوات در خشکی و یا در هوا و یا در دریا به کار گرفته شود.

^۱ انیس و دیگران. (۱۹۴۵). ص ۱۶۳.

مطلق و مقید بودن جرم محاربه در... / فرج‌زاده ۲۰۵

جمع این واژه «أسلحه» می‌باشد.^۲ واژه «أمن» به معنای اطمینان یافتن و نترسیدن از محیط است.^۳ به هر حال باتوجه به سیاق ماده‌ی ۲۷۹ ق.م.ا و توضیح لغوی و شرح الاسمی واژگان محاربه، سلاح، و امنیت، در تعریف محاربه باید این گونه بیان داشت که، «محاربه عبارت است از اینکه؛ حارب یا محارب با به کاربردن هر گونه آلات و ادوات قتاله و جنگی و یا تهدیدآمیز قصد اخاذی و گرفتن جان، مال، یا اهل و عیال محروب را داشته باشد به گونه‌ای که موجب برهم خوردن آرامش و آسایش ناحیه و اطراف پیرامون در خارج گردد.»

۱. شرطیت به کارگیری سلاح آهنین

تجربید سلاح، تشهیر سلاح، شهر السلاح، إظهار سلاح عرفی، حمل سلاح، تجهیز سلاح، مجرد سلاح و اشهار سیف، همگی تعابیری می‌باشند که در متون فقهی برای تحقق جرم حدی محاربه دیده می‌شود. بدون تردید به کار بردن سلاحی که از جنس آهن و فلز مثل چاقو و خنجر و نیزه و... باشد قدر متیقن نظر تمامی فقهای امامیه و اهل تسنن و اهل لغت است. اذعان عرف و سیره عقلا نیز مؤید این امر می‌باشد. در تحدید موضوعی واژه ی سلاح و محدوده‌ی دربرگیری آن بین فقهای امامیه اختلاف دیدگاه دیده می‌شود. در موضوعیت داشتن سلاح و اختصاص آن به فلزات و یا سرایت آن به دیگر آلاتی که از جنس فلز نمی‌باشند و موضوعیت نداشتن آن بین فقها، دیدگاه‌های مختلفی ارائه گردیده است.

مبحث اختصاص داشتن واژه سلاح به سلاح آهنین زیر مجموعه‌ای از مبحث شرطیت به کارگیری سلاح می‌باشد. با این بیان که اگر در تحقق جرم محاربه قائل به شرطیت استفاده از سلاح نباشیم سلب هرگونه امنیت و آسایش مردم باعث تحقق عنوان محاربه خواهد بود و مهم نیست این امر با چه ابزاری باشد و ممکن است این امر با اخذ به زور و قدرت بدنی بالا و یا اسیدپاشی و یا صرف حمل سلاح و... باشد.^۴ اما چنانچه در تحقق جرم محاربه بکارگیری سلاح را شرط بدانیم، در این صورت این سوال مطرح خواهد شد که آیا این واژه جدای از ابزار آهنین؛ ابزارهایی مانند چوب، سنگ، تازیانه، اسید، آتش و مانند این‌ها را شامل می‌شود؟

^۲ همان. ص ۴۴۱.

^۳ همان، ص ۲۸.

^۴ شاهرودی، محمود. (۱۳۷۷). ص ۵۷.

به عبارت دیگر شرطیت به کارگیری سلاح و شرطیت به کارگیری سلاح آهنین دو مبحث جداگانه‌ای هستند که باید جداگانه بررسی و تبیین شود که ما به مبحث دوم خواهیم پرداخت.

بیان دیدگاه‌ها

با تتبع در کتب فقها در موضوع بکارگیری سلاح آهنین برای تحقق جرم محاربه روشن می‌شود برخی از فقها اساساً به دربرگیری واژه سلاح و سرایت آن از فلز به مصادیق دیگری مانند چوب و عصا و تازیانه و یا اسید و آتش نپرداخته‌اند و اساساً ورود به بحث نیافته‌اند.^۵ در آرای برخی دیگر از فقها نوعی تهافت و تناقض دیده می‌شود که در مبحث سوم به آن اشاره خواهد شد. در نهایت آن دسته از فقیهانی که به این بحث پرداخته‌اند و به صراحت نظر خود را ابراز نموده‌اند به شش گروه تقسیم شده‌اند و با بیانات مختلف به این امر پرداخته‌اند.

دیدگاه اول

در شرطیت به کارگیری سلاح آهنین این دیدگاه موسع‌ترین دیدگاه می‌باشد و اعم از تمامی دیدگاه‌های دیگر است. این دیدگاه بر خلاف مشهور فقهای امامیه اساساً بکارگیری سلاح و استفاده‌ی بالفعل از آن را شرط تحقق جرم محاربه نمی‌داند. برخی از فقهای متأخر در ابزار تحقق جرم محاربه أخذ به زور و غلبه و قوه‌ی قاهره‌ی انسانی را نیز در تحقق جرم محاربه کافی دانسته‌اند. این دسته از فقها نه تنها استفاده از سلاح آهنین و هر نوع سلاح گرم و سرد را در تحقق جرم محاربه لازم نمی‌دانند؛ بلکه علاوه بر این موارد استفاده از چوب و سنگ و عصا و... را نیز در تحقق عنوان جرم محاربه شرط تحقق جرم محاربه نمی‌دانند. حتی بالاتر از این مساله برای تحقق این جرم به قدرت بدنی شخص حارب یا محارب در

^۵ تا آنجا که نگارنده بررسی نموده است فقهایی متعددی مانند ابن ادریس حلی در کتاب السرائر، شیخ طوسی و شیخ مفید و فقهای معاصری مانند سید احمد خوانساری باتوجه به کتاب جامع المدارک و آیت‌الله خویی باتوجه به کتاب تکلمه‌المنهاج و مبانی تکمله‌المنهاج در موضوعیت و طریقت استفاده‌ی از سلاح در تحقق جرم محاربه، به بحث ورود نیافته‌اند. و فقیهانی مانند شیخ محمد حسن نجفی صاحب کتاب جواهرالکلام، شهید ثانی، مقدس اردبیلی، فاضل هندی و فقهای معاصری مانند آیات عظام موسوی گلپایگانی، موسوی خمینی، موسوی اردبیلی و هاشمی شاهرودی ورود به بحث یافته و نظر خود را ابراز نموده‌اند. این مطلب با رجوع به باب حدود قسمت محاربه در کتب فقهی ایشان نمایان می‌باشد.

مطلق و مقید بودن جرم محاربه در... / فرج‌زاده ۲۰۷

صدق عنوان جرم محاربه اکتفا نموده‌اند.^۶

برخی از فقهای معاصر به صراحت، هم نظر با این دسته از فقهای متأخر گشته‌اند و با بیانی متفاوت، بیان داشته‌اند که باید به مناسبات عقلایی و عرفی حکم و موضوع در تحقق جرم محاربه بسنده نمود و دلیل اتخاذ این دیدگاه را جامع الاحکام و جامع الشمول بودن دستورات الهی دانسته‌اند. با توجه به این امر، نخست محاربه اختصاص به محاربه مسلحانه ندارد و واژه سلاح نه تنها اسیدپاشی و استفاده از مواد شیمیایی سمی و آتش‌زا را فرا می‌گیرد، اخذ به زور و غلبه و قدرت بدنی نیز در تحقق جرم محاربه کافیست. زیرا سلاح پدیده‌ای متغیر است و در ازمان و اماکن مختلف تغییر می‌یابد و اطلاقات روایات اهل بیت پیامبر(ص) را فی‌نفسه تمام دانسته‌اند و قید این روایات را به سلاح خاص ناروا و ناتمام می‌دانند.^۷ برخی دیگر از فقهای معاصر اذعان داشته‌اند در بادی امر اساساً وجود سلاح و به کارگیری سلاح شرط تحقق جرم محاربه نمی‌باشد. سپس ملاک و معیار تحقق یافتن جرم محاربه را عبارت می‌داند از هر جرم و جنایتی که به قصد محاربه و ارباب مردم و افساد؛ و باعث اخلال نظم اجتماعی گردد. این اخلال نظم اجتماعی می‌تواند با تفرقه بین مردم یا تخریب سدهای آب و داخل کردن مواد میکروبی در آب و پخش مواد سمی در هوا و یا بستن درب اتاق و منع رسیدن اکسیژن به اشخاص یا ممنوعیت مردم از به جا آوردن شریعت و مناسک مذهبی‌شان و یا براندازی حکومت (مسامحتاً) صورت گیرد.^۸

با توجه به گفتار این دسته از فقیهان از آرا و کلام ایشان در جرم محاربه می‌توان چنین استنباط کرد که نخست اینکه در پیش فرض‌های ذهنی و معرفتی خود علاوه بر اینکه عرف زمانه‌ی پیغمبر و صدر اسلام را تنها معیار فتوای خود قرار نداده، پیشرفت جوامع بشری در به کارگیری سلاح و عرف متغیر جوامع را نیز مدنظر قرار داده‌اند، و آنچه در

^۶ عاملی، زین‌الدین بن‌علی. (۱۴۱۰ق). ج ۹، ص ۲۹۲.

^۷ شاه‌رودی، محمود. (۱۳۷۷). ص ۶۳ و ۶۴.

^۸ ایشان در این زمینه مقرر می‌دارد: «أقول: إن ما ذكره (المراد بالمحاربة افسادواخلال أمن العام) صاحب الميزان رحمه الله هو جيد حسن، غير أن الأمن العام كما يتحقق بتحقيق الخوف من خلال استعمال السلاح، كذلك يخل بافتنان الناس و ایجاد التفرقة والتست والخصومه والعدواه بينهم، فكل من يخل بنظم مجتمع المسلمين و يوجب الفوضى بينهم و فقدان امنهم فالايه الشريفه تشمله ولا يخفى أن الاخلال في النظم و الأمن هو تخریب، سواء أ كان يقصد به تدبير نظام المجتمع وازاله الحكومه أم لا.»^۸

تحقق جرم بسیار اهمیت دارد سلب جمیع ما یملک دیگران است؛ اگرچه هیچگونه سلاحی اساساً به کار برده نشود. دوم اینکه بین جرم محاربه و افساد فی الارض تفکیک چندانی قائل نیستند. به عنوان مثال می‌توان گفت اگر در شهری از ایران مانند اصفهان اسیدپاشی باعث سلب امنیت مردم شود با تحقق شرایط و ارکانه مجرمانه، دیگر جرم محاربه تحقق می‌یابد.

دیدگاه دوم

دیدگاه نظرگاه اکثر فقیهان امامیه است. دیدگاه مشهور فقهای امامیه در عدم شرطیت به کارگیری سلاح آهنین است ولی آشکارکردن سلاح را در تحقق عنوان محاربه دخیل می‌دانند.^۹ و در صدق عنوان سلاح و ابزار تحقق جرم محاربه به طور مختصر بیان داشته‌اند که «کل ما یقاتل به فهو سلاح» و با قید اطلاق برای ابزار جنگی سلاح را سلاح عرفی می‌دانند.^{۱۰} به عنوان مثال صاحب کتاب جواهرالکلام اگرچه به شرطیت زور و قوه‌ی قاهره-ی انسانی در شخص محارب در تحقق عنوان محاربه و سلاح تصریحی نمی‌کند، اما بعد از ذکر عبارت قائلین دیدگاه اول در ممنوعیت اختصاص سلاح به فلز بیان می‌دارد: «وعلی کل حال فلاریب فی دخول البندق و نحوه بالآته الصغار و الکبار فیه». باتوجه به این کلام، مصنف خود را در سرایت سلاح فلزی به دیگر ابزارهای جنگی از جمله تیروکمان هم نظر با دیدگاه اول یادشده از فقها می‌یابد و در راستای قول مشهور فقها گام می‌گذارد.^{۱۱}

در توضیح دیدگاه مشهور فقها می‌توان گفت: نخست اینکه سلاح محدود به سلاح آهنین نمی‌باشد و انواع سلاح‌های سرد و گرم و کلیه ابزارهای جنگی در دنیای امروز را شامل می‌شود؛ و دوم اینکه استفاده از چوب و سنگ و عصا و گرز آتش و تازیانه، برای تحقق ابزار جرم محاربه کافی است؛ سوم اینکه به نظر می‌رسد با توجه به قاعده درء و تفسیر به نفع متهم نمی‌توان شخصی را که با اخذ به زور و غلبه، به جان و مال و ناموس مردم تعرض نموده است؛ شامل مجازات محارب دانست.

^۹ شاهرودی، محمود. (۱۳۷۷). ص ۵۷.

^{۱۰} مقدس اردبیلی. (۱۴۱۶). ص ۲۸۸.

^{۱۱} نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴). ج ۴۱، ص ۵۶۶.

مطلق و مقید بودن جرم محاربه در... / فرج زاده ۲۰۹

مستند این دسته از فقها روایت سکونی می‌باشد^{۱۲} و دوم اینکه از عبارت امام مبنی بر اینکه شخص باید کشته شود چنین برداشت می‌شود که سلب نفس یکی از موارد مجازات شخص محارب است و محاربه با ابزار آتش تحقق یافته است؛ پس باید قائل به سرایت سلاح به دیگر ابزارهای خوف انگیز شد و کاربرد سلاح آهنین هیچگونه موضوعیتی ندارد. گفتنی است برخی دیگر از فقها با توجه به استناد فقهی در این مطلب قائل به تفصیل گشته‌اند و بیان داشته‌اند که با توجه به آیه‌ی محاربه ما نمی‌توانیم به اطلاق آیه تمسک کنیم ولی با توجه به روایت سکونی این اطلاق استنباط و آهنی بودن سلاح به تمامی آلات و ادوات مجرمانه سرایت داده می‌شود.^{۱۳}

دیدگاه سوم

طرفداران این دیدگاه بر خلاف دیدگاه مشهور پیشین، استفاده از چوب، سنگ، تازیانه و عصا و امثال این گونه آلات را در تحقق سلاح برای جرم محاربه کافی نمی‌دانند و فقط قائل‌اند به این که شخص محارب باید از سلاح آهنین استفاده کرده باشد. این دسته از فقها با توجه به قاعده‌ی تفسیر به نفع متهم ابراز داشته‌اند: «هرگاه شخصی با تازیانه و عصا و سنگ مردم را بترساند محکوم شدن شخص به مجازات محارب مشکل است و نسبت به تازیانه و عصا به واقع نزدیک‌تر است.»^{۱۴} در تشریح ابعاد سخن این دسته از فقها و حقوق دانان می‌توان گفت: نخست اینکه برخلاف دیدگاه اول؛ اخذ به زور و غلبه در تحقق جرم محاربه کفایت نمی‌کند. دوم؛ برخلاف دیدگاه دوم، با چوب و عصا و تازیانه و مانند اینها محاربه تحقق نمی‌یابد. لازم به ذکر است برخلاف بعضی از نویسندگان حقوقی نمی‌توان به این دسته از فقها اختصاص داشتن سلاح به سلاح آهنین را که مصداق بارز آن شمشیر و

^{۱۲} فی روایه السکونی عن الصادق عن ابیه عن علی (ع) أنه قال فی رجل أقبل بنار یشعلها فی دار قوم فاحترقت واحترق متاعهم؛ إنه یغرم قیمه الدار وما فیها ثم یقتل. روایت امام علی (ع) به نقل از امام صادق (ع) می‌باشد که شخصی بعد از اینکه وارد خانه دیگری شده و خانه و متاع آن را به آتش کشیده امام در مجازات این شخص فرمودند نخست اینکه شخص از نظر مدنی مسئول جبران خسارت می‌باشد و باید شخص غرامت خانه و متاع آن را بپردازد؛ سپس کشته خواهد شد.

^{۱۳} موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا. بی تا، ج ۲، ص ۵.

^{۱۴} موسوی خمینی، روح‌الله. (۱۴۰۹). ج ۲، ص ۴۹۲. و میرمحمدصادقی، حسین. (۱۳۹۳). ج ۳، ص ۵۵.

خنجر و قمه می‌باشد، استناد داد.^{۱۵} زیرا قائلین این دیدگاه اگرچه خود به آن تصریح ننموده‌اند؛ ولی سلاح‌های آهنینی مانند توپ جنگی و تیربار جنگی و تفنگ جنگی آهنین را نیز حتماً یا به دلیل قیاس اولویت دخیل در عنوان سلاح آهنین خواهند دانست. مستند این دسته از فقها روایت امام محمد باقر(ع) است که می‌فرماید: «من اشار بحدیده فی مصر قطعت یده و من ضرب بها قتل»^{۱۶} این دیدگاه را باتوجه به دو دیدگاه قبل، می‌توان دیدگاهی خاص دانست.

دیدگاه چهارم

دیدگاه آخر، دیدگاهی فرضی می‌باشد. این دیدگاه، دیدگاهی واپس‌گرا و تاجرگرایانه می‌باشد و در نهایت تخالف، با دیدگاه اول قرار دارد. این از تمامی دیدگاه‌های دیگر اخص و مضیق‌تر در تحدید واژه سلاح می‌باشد. این دیدگاه سلاح را فقط محدود به سلاح آهنین از جنس شمشیر و نیزه و قمه و می‌داند و واژه‌ی سلاح، حتی ابزارآلات جنگی سرد و گرم مدرن را دربر نمی‌گیرد، حتی اگر آهنین باشد، چه برسد به چوب و عصا و یا اخذ به زور و غلبه. این دیدگاه در بین فقهای امامیه دیده نمی‌شود، حتی به برخی از فقها مانند خلیل بن احمد فراهیدی با توجه به کتاب العین و ابوحنیفه به نقل از صاحب کتاب جواهرالکلام و صاحب فقه‌الحدود و التعزیرات که شرطیت فلزی بودن سلاح در تحقق جرم محاربه را لازم می‌دانند (البته در شرطیت فلزی بودن سلاح و نسبت آن به ابوحنیفه صاحب کتاب فقه‌الحدود و التعزیرات به تناقض نقل نظر و عبارات فقهای اهل تسنن از ابوحنیفه در کتاب خویش پرداخته است)^{۱۷} نیز نمی‌توان استناد داد. شاید بتوان این فرض را به اشخاصی که گرایش به تفکر سلفی‌گری و حدیث‌گرایی محض دارند نسبت داد.

بررسی دیدگاه‌ها

در رد دیدگاه اول که موسع‌ترین دیدگاه است، باید گفت باتوجه به عبارت مشهور فقهای امامیه و روایاتی که در این زمینه وجود دارد، در تعریف جرم محاربه مبنی بر بکارگیری سلاح برای ارعاب و سلب امنیت مردم (تجریدالسلاح لإخافه الناس) به نظر می‌رسد نخست

^{۱۵} میرمحمدصادقی، حسین. (۱۳۹۳). ج ۳، ص ۵۰.

^{۱۶} میر محمدصادقی. همان.

^{۱۷} اردبیلی، احمد. (۱۴۲۷). ص ۱۷۵.

مطلق و مقید بودن جرم محاربه در... / فرج‌زاده ۲۱۱

آنکه بکارگیری سلاح در تحقق موضوع ماده‌ی ۲۷۹ ق.م.ا موضوعیت دارد و هرگاه کسی که با قدرت بدنی، مرتکب جنایتی علیه اموال مردم شود، این جرم در زمره‌ی جرایم علیه اموال و مالکیت افراد مانند سرقت و ربایش مال غیر قرار می‌گیرد و هرگاه علیه جان و ناموس و امنیت مردم و شهروندان باشد، این جرم در زمره‌ی جرایم علیه تمامیت جسمانی و حیثیت معنوی افراد قرار می‌گیرد، و دوم اینکه در نقد دیدگاه اول از محاربه اگر خوف مردم و نوعی بودن اخافه مدنظر قرار گیرد، این شخص بیشتر شبیه یک هیولا می‌باشد تا یک انسان و این امر با واقع‌گرایی علم حقوق منافات دارد، و سوم آنکه متغیر بودن سلاح ربطی به قدرت بدنی ندارد و این دو امر کاملاً از یکدیگر متمایزند و چهارم اینکه این دیدگاه بر خلاف قاعده تفسیر به نفع متهم می‌باشد.

در رد دیدگاه فقیهان و حقوق‌دانانی که نظر به دیدگاه سوم دارند باید ذکر نمود که اولاً این قول با گفتار اکثر فقیهان امامیه در تعارض است و ثانیاً ابزارهایی مانند چوب، سنگ، تازبانه و یا اعمالی مثل اسیدپاشی و به کارگیری ادویه‌جات و خوراکی‌های سمی یا رفتارهایی مانند به آتش کشیدن این گونه ادوات از آلات مشترک بوده و در دست شخص محارب با توجه به نحوه‌ی به کارگیری آنان سلاح جنگی محسوب می‌شود و می‌تواند باعث سلب امنیت مردم گردد. به عنوان مثال جرم اسیدپاشی در اثر تکرار می‌تواند امنیت یک شهر و یا کشور را سلب کند و به کارگیری ادویه‌جات تند در بخش بیماران قلبی یک بیمارستان می‌تواند باعث شکل‌گیری عنوان جرم محاربه گردد.

ابطال قول چهارم نیز بسیار روشن می‌باشد. به نظر می‌رسد حق با قول مشهور فقها می‌باشد که در این زمینه نه راه افراط پیش گرفته و نه راه تفریط را؛ زیرا با توسعه واژه سلاح و جرم محاربه به قدرت بدنی، قاعده درء و قاعده تفسیر به نفع متهم نادیده گرفته شده و با تضییق مصادیق واژه سلاح امنیت جامعه مختل شده و باب هرج و مرج و جری-شدن متهمان گشوده خواهد شد. برای تحقق مفهوم، سلاح عرف و زمان را باید ملاک تفسیر واژه سلاح قرار داد. از این‌رو به نظر می‌رسد بکارگیری سلاح در تحقق جرم موضوعیت دارد ولی اختصاص داشتن سلاح به موضوع و عنوان و ابزار خاص منتفی است.

۲. نقش قصد در تحقق جرم محاربه

در عبارت مختصر فقهی، محاربه عبارت است از به کارگیری سلاح برای ارباب و وحشت

مردم یا «تجريدالسلّاح لإخافه الناس». در توضیح نقش قصد با توجه به این عبارت باید گفت از نظر ادبی یکی از معانی لام جارّه، لام صیوروت یا همان نتیجه و عاقبت است.^{۱۸} با توجه به سیاق عبارت، از نظر ادبی عنصر نتیجه همان عنصر قصد و سوءنیت خاص از طرف شخص محارب می‌باشد و برداشت مقید بودن جرم محاربه به حصول نتیجه در خارج از این عبارت، خیلی بعید به نظر می‌رسد. زیرا اخافه به قصد مرتکب برمی‌گردد و خوف ناظر به تحقق در خارج است. عنصر معنوی در این جرم تشکیل یافته از سوءنیت عام و سوءنیت خاص است. در وجود داشتن هر دو عنصر اتفاق نظر وجود دارد ولی در عنصر خاص که آیا دو جزیی است یا یک جزیی از طرف فقهای امامیه دیدگاه‌های مختلفی ارائه گشته است. سبب این امر اختلاف برداشت و تفسیر از آیه ۳۳ سوره مبارکه مائده می‌باشد.

بررسی دیدگاه‌ها

با رجوع به باب حدود در قسمت محاربه در کتب فقهی فقها این مطلب نمایان می‌شود که، برخی از فقها (مانند صاحب کتاب مبانی تکمله‌المنهاج، السرائرالحاوی، شرایع الاسلام و...) برای وجود سوءنیت خاص به تک‌جزیی بودن عنصر خاص در عنصر معنوی جرم محاربه اکتفا نموده‌اند و در آرای فقهی و احکام صادره در زمینه وجود قصد به همان قول صاحب کتاب شرایع‌الاسلام استناد نموده و برای تحقق محاربه و عنصر قصد به همان سلاح کشیدن به قصد اخافه و ارعاب شهروندان و مردم شهر اکتفا نموده‌اند. (دیدگاه اول)

برخی دیگر از فقها و مفسرین^{۱۹} سوءنیت خاص عنصر معنوی جرم محاربه را علاوه بر قصد اخافه و ارعاب؛ افساد در زمین دانسته و افساد را جزء دوم در سوءنیت خاص دانسته‌اند. به عنوان نمونه در تعریف جرم محاربه و نقش قصد در این جرم بیان داشته‌اند: «المحارب هو کلّ من جرد سلاحه أو جهّزه لإخافه الناس و اراده الإفساد فی الأرض»^{۲۰} و یا «المدار علی قصد الإخافه الذی یتحقق به الفساد فی الأرض»^{۲۱} و مراد از افساد؛ قتل و خونریزی و غارت اموال مردم و تجاوز به مال و ناموس شهروند است، و این قصد اخافه و افساد از هر

^{۱۸} انیس و دیگران. (۱۴۲۵ق). ص ۸۰۹.

^{۱۹} آیات عظام موسوی اردبیلی، طباطبایی، شاهرودی، خمینی و نجفی.

^{۲۰} موسوی خمینی، روح‌الله. بی‌تا، ج ۲، ص ۴۹۲.

^{۲۱} نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴). ج ۴۱، ص ۵۶۶.

مطلق و مقید بودن جرم محاربه در.../ فرج‌زاده ۲۱۳

جهت اطلاق دارد و فرقی ندارد در دریا باشد یا خشکی؛ در شب باشد یا روز؛ شخص مرد باشد یا زن؛ جرم داخل شهر صورت بگیرد یا خارج از شهر؛ شخص ضعیف باشد یا قوی؛ اهل ربه باشد یا نباشد. (دیدگاه دوم)

برخی از فقهای مشهور امامیه، بر خلاف دو دیدگاه قبل، تحقق جرم را نه تنها شامل موارد فوق دانسته‌اند بلکه اطلاق را در عنصر قصد اخافه نیز پذیرفته‌اند و برای تحقق جرم محاربه نه تنها افساد در زمین را روا ندانسته‌اند؛ بلکه بالاتر قصد ترساندن و وحشت مردم را نیز شرط لازم تحقق جرم ماده‌ی ۲۷۹ ق.م.ا ندانسته‌اند و بیان داشته‌اند شخص محارب چه قصد ترساندن مردم را داشته باشد یا نداشته باشد، جرم محاربه وقوع خواهد یافت.^{۳۲}

این درحالی است که در دیگر کتب خود که آرای فقهی خود را به تفصیل و صراحت بیان داشته‌اند، این اطلاق را نپذیرفته و قصد اخافه را عنصر اصلی وقوع جرم محاربه دانسته‌اند.^{۳۳} در توضیح و توجیه کلام این فقیه برجسته، می‌توان بیان نمود نخست اینکه نظر قوی و اصلی ایشان را باید همان قول دوم یعنی وجود قصد اخافه دانست؛ زیرا کسانی که با این فقیه آشنایی دارند می‌دانند که آرای اصلی ایشان در کتابی که بر شرح کتاب شرایع - الاسلام نگاشته شده بیان گردیده است و گفتار اول وی که مبتنی بر نقش نداشتن قصد اخافه است به این دلیل است که ایشان قصد اختصار و ایجاز داشته است (صاحب کتاب جواهرالکلام با آگاهی از این نظر که شهید ثانی قصد اخافه را در کتاب الروضه‌البهیة شرط ندانسته و مقرر می‌دارد که: «ما قول صریحی در عبارات فقها مبنی بر عدم شرطیت قصد اخافه نیافته‌ایم و اگر باشد شاذ و نادر خواهد بود.» این درحالی است که برخی از نویسندگان صاحب کتاب مذکور را بر بی‌اطلاعی محکوم نموده‌اند)^{۳۴}.

در توجیه سخن ایشان می‌توان گفت که اگر چه ادله‌ی قرآنی در این زمینه اطلاق دارند (بر فرض امکان اطلاق‌گیری) ولی فتاوی فقهی و وجود قاعده‌ی درء و تبادر و انسباق ذهنی بیانگر وجود قصد اخافه و شرطیت آن در تحقق جرم محاربه است.^{۳۵}

^{۳۲} عاملی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). ج ۹، ص ۲۹۰.

^{۳۳} عاملی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). ج ۱۵، ص ۵.

^{۳۴} قربان نیا، ناصر. (۱۳۹۳). ص ۱۱۶.

^{۳۵} گلپایگانی، سید محمد رضا. ج ۲، ص ۶.

و بعضی از محشین بیان داشته‌اند که عدم قصد برای اشخاص اهل فساد و ریبه می‌باشد.^{۲۶} در هر حال باتوجه به روایت امام موسی بن جعفر(ع) در پاسخ به سوال سائل که گفت: هر گاه شخصی با نیزه و چاقو تشهیر سلاح نماید، حکم مجازات این چیست؟ امام در جواب فرمودند که: «إن كان يلعب فلأبأس» می‌توان چنین برداشت نمود هرگونه به کاری گیری سلاح اگر همراه با قرینه‌ای فعلی یا لفظی بر شوخی و مزاح بودن رفتار باشد، جرم محاربه اتفاق نمی‌افتد.^{۲۷} زیرا عنصر قصد تحقق نیافته است.

با وجود این امر می‌توان اظهار داشت که تمامی فقهای امامیه قصد اخافه را عنصر لازم و مقوم اصلی در تحقق جرم محاربه می‌دانند (الف: آرای بسیاری از فقهای متأخر امامیه در این مسئله بر مجازات چهارگانه جرم حدی محاربه بر این شخص می‌باشد. این دسته از فقها با اطلاق اصولی به مطلق بودن جرم محاربه به معنای حقوقی رسیده‌اند. دلیل این دسته از فقها صدق عنوان جرم و عمومات و اطلاقات ادله اعم از آیات و روایات و تعمیم کلام فقهای قبل از خود (متقدمین) می‌باشد. از نظر برخی از فقهای این گروه می‌توان ادعای اجماع را نیز نمود.^{۲۸}

ب): برخی از فقها معتقد به عدم صدور حکم مجازات محاربه نسبت به این شخص شده‌اند. غالباً این دسته از فقها از فقهای دوران معاصر می‌باشند و در رد استدلال فقهای دسته اول ذکر نموده‌اند که نخست؛ اطلاق گیری و تعمیم از روایت اساسا مردود است به دلیل اینکه روایتی که در مورد ماجرای امام جواد(ع) و معتصم عباسی نقل گردیده است و در آن ایجاد و تحقق ترس در شوارع را شرط ثبوت حد محارب شناخته است، اساسا سندیت ندارد و در آیه شریفه نیز چنین اطلاقی وجود ندارد؛ زیرا آیه در مقام پاسخ به این سوال نمی‌باشد و دوم؛ اگر ما شوکت و قدرت بر ارتکاب جرم را نیز شرط وقوع این جرم بدانیم؛ در این فرض اساسا تحقق جرمی صورت نخواهد گرفت. سوم؛ اطلاق لفظ محارب به این گونه اشخاص مجازی است، نه حقیقی؛ زیرا آنچه مراد و مقصود می‌باشد شخصی است که

^{۲۶} عاملی، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۰). ج ۹، ص ۲۹۰.

^{۲۷} عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). ج ۲۸، ص ۳۱۵.

^{۲۸} اردبیلی، احمد. ج ۳، ص ۵۱۹.

مطلق و مقید بودن جرم محاربه در... / فرج‌زاده ۲۱۵

حقیقتاً محارب باشد^{۲۹}

ج: برخی دیگر از فقها در این موضوع قائل به تفصیل شده‌اند، و میان دو حالت ناتوانی مطلق و ناتوانی نسبی قائل به تفکیک شده‌اند و بیان داشته‌اند هرگاه شخصی نسبت به افراد قوی‌تر از خود ضعیف باشند؛ شخص محارب نمی‌باشد و هرگاه نسبت به اشخاص ضعیف‌تر از خود؛ مانند اطفال و مجانین قوی‌تر باشند؛ این افراد شامل عمومات ادله‌ی جرم محاربه خواهند شد. و همچنین است هرگاه شخص در بعضی از اوقات محارب محسوب شود و در اوقات دیگر محارب محسوب نشود. اما چنانچه اینگونه اشخاص در همه‌ی حالات دچار ضعف باشند گرچه با قصد ارباب و ترساندن مردم دست به سلاح ببرند؛ مشمول مجازات محارب نخواهند شد. این تفصیل را یکی از نویسندگان معاصر از کلام یکی از فقه‌های نامدار امامیه صاحب کتاب جواهرالکلام برداشت نموده است. این نویسنده‌ی معاصر بعد از ذکر عبارت فوق و برداشت و بیان تفصیل مورد نظر خود قائل است به این که صاحب کتاب تحریرالوسیله نیز هم نظر با صاحب جواهرالکلام می‌باشد^{۳۰}

د: در برخی از آرای فقها تردید و ابهام دیده می‌شود به عنوان مثال می‌توان آراء فقهی علامه‌ی حلی را مورد بررسی قرار داد. ایشان در کتاب قواعد الاحکام و تحریر الاحکام قائل به ثبوت مجازات و مطلق بودن جرم محاربه و در کتاب ارشادالاذهان قائل به عدم ثبوت مجازات و مقید بودن جرم محاربه گردیده است.^{۳۱}

همان طور که در ماده‌ی ۱۷۹ ق.م.ا مصوب سال ۱۳۷۹، به صراحت عنصر قصد را در تحقق محاربه دخیل دانسته و مقرر می‌دارد «هرکسی که برای ایجاد رعب و هراس و سلب آزادی و امنیت مردم دست به اسلحه ببرد محارب و مفسد فی الارض است.» این ماده به طور کامل حاکی از دو عنصر اصلی در تحقق جرم محاربه می‌باشد؛ نخست آنکه قصد اخافه را رکن اصلی و مقوم شکل‌گیری و ایجاد جرم محاربه می‌داند و دوم آنکه قید افساد را نیز شرط می‌داند؛ این در حالی است که ماده‌ی ۲۷۹ ق.م.ا مصوب سال ۱۳۹۲ قصد اخافه را

^{۲۹} شاهرودی، محمود. (۱۳۷۷). ص ۷۹، اردبیلی، احمد. ج ۳، ص ۵۱۹.

^{۳۰} شاهرودی، محمود. (۱۳۷۷). ص ۶۸.

^{۳۱} علامه حلی. قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۵۶۸. و ارشاد الاذهان، ج ۲، ص ۱۸۶، به نقل از موسوی اردبیلی. (۱۴۲۷ق).

رکن و مقوم شکل‌گیری جرم نمی‌داند.^{۳۲}

۳. مطلق یا مقید بودن جرم محاربه

در حقوق ایران، جرایم مطلق جرایمی هستند که به صرف صدور فعل یا ترک فعل از فاعل فارغ از آنکه در خارج تحقق بیابد یا نه؛ وقوع می‌یابد مانند اهانت به دیگران اما در جرائمی همچون قتل یا سرقت؛ ضرب و جرح افراد و یا ورود به منزل افراد بیگانه برای سرقت باعث تحقق جرم قتل یا سرقت نمی‌شود زیرا این دو جرم باید منجر به سلب حیات (ازهاق نفس) و یا ربایش مال در خارج شود. حال با توجه به تعریف جرم محاربه در ماده ۲۷۹ ق.م.ا. مصوب ۹۲ که مقرر می‌دارد: «محاربه عبارت از کشیدن سلاح به قصد جان و مال یا ناموس مردم یا ارباب آنهاست، به نحوی که موجب ناامنی در محیط گردد.» در این بخش به مطلق و مقید بودن جرم محاربه خواهیم پرداخت. شاید برخی چنین برداشت نمایند که معنای واژه «به نحوی» در ماده ی فوق بیان‌گر مقید بودن جرم محاربه است و واژگان «ناامنی در محیط» بیان‌کننده نتیجه در خارج می‌باشد. برای درستی این ادعا ما باید به یافتگاه قانون یعنی عبارات فقهی فقها رجوع کنیم. در تبیین و توضیح ادعای یاد شده در قالب مسئله می‌توان گفت آیا هرگاه شخصی با وجود سوءنیت عام و خاص (عمد در کشیدن سلاح و قصد وحشت و ترساندن مردم) دست به سلاح برد ولی به دلائلی مانند ضعف بدنی محارب و قوت بدنی محروبین ارباب و وحشت و سلب امنیت در خارج عینیت نیابد آیا چنین شخصی محارب است؟ و حکم حدی مجازات چهارگانه ی محاربه را می‌توان بر او اعمال نمود یا خیر؟ از لحاظ فقهی در مقام پاسخ به مسئله ی یاد شده چهار دیدگاه وجود دارد که به طور جداگانه به شرح این نظریات خواهیم پرداخت.

بررسی دیدگاه‌ها

با اندکی اختلاف، این نظرات فقهی در نظرات حقوق دانان دیده می‌شود و حتی تردید از بعضی از محشین قانون مجازات اسلامی نیز دیده می‌شود^{۳۳} در هر حال به نظر می‌رسد از میان دیدگاه‌های یاد شده، دیدگاه دوم که همان مقید بودن جرم محاربه می‌باشد به قواعد و اصول جزایی از قبیل قاعده تفسیر به نفع متهم، اصل برائت، وقاعده ی درء و تناسب جرم و

^{۳۲} قربان‌نیا. (۱۳۹۳). ص ۹۲.

^{۳۳} گلدوزیان، ایرج. (۱۳۹۶). ص ۲۹۱.

مطلق و مقید بودن جرم محاربه در... / فرج‌زاده ۲۱۷

مجازات نزدیک‌تر می‌باشد. در رد دیدگاه اول باید ذکر کرد؛ اطلاق‌گیری برای مطلق بودن جرم محاربه در اول امر زمانی صورت می‌پذیرد که ادله‌ی عقلی و عرفی و شرعی و یا قانونی دیگری نداشته باشیم و با بودن این امور آن ادله تخصیص خواهند خورد و در ثانی به دلیل عدم صدق عنوان محارب و در مقام بیان نبودن ادله‌ی قرآنی و متقدمین از فقهای امامیه می‌توان با فرض مسئله به خروج موضوعی این مسئله از اطلاقات کلام خداوند در قرآن و اصحاب امامیه استناد ورزید و گفت اساساً تخصصاً مسئله از ادله کتاب و سنت خارج است؛ زیرا اطلاق‌گیری نسبت به انواع محاربان مجرم زمانی معنا دارد که صدق عنوان احراز شده باشد. برداشت دیدگاه تفصیلی از سخن فقیه مشهوری مانند شیخ محمد حسن نجفی نیز در مقید و مطلق جرم محاربه پذیرفته نمی‌باشد و برای نقد این دیدگاه و عدم درستی این معرفت و برداشت به نقل مستقیم عبارت نویسنده می‌پردازیم.

عبارت صاحب کتاب جواهرالکلام همراه با عبارت متن کتاب شرایع الاسلام از این قرار است: «وکیف کان ففی ثبوت هذا الحكم للمجرد سلاحه بالقصد المزبور مع ضعفه عن الإخافه تردد أشبهه و أقربه كما فی القواعد الثبوت للعمومات المزبوره و حیثئذ فیحتزراً بقصده الإخافه و لكن قد یمنع اندراج مثل ذلك مع فرض الضعف عن الإخافه مطلقاً ای لكل أحد فی إطلاق الآیه و نحوها خصوصاً بعد ما فی القواعد من اعتبار الشوکه المعلوم انتفاؤها فی مثل الفرض المعتضد بداراً الحد بالشبهه و غیره، اللهم إلا أن یکون إجماعاً، كما عساه یظهر من بعض. نعم قد یقال: إن ضعفه عن الإخافه لمعظم الناس لا ینافی قوته علیها لما هو أضعف منه و لمن لا یعقل الخوف كالطفل و المجنون و نحوهما، و من هنا اتجه منع اعتبار الشوکه»^{۳۴} با توجه به این گفتار؛ چنین برداشتی جای بسیار شگفت است و به شدت مورد تأمل و نقد می‌باشد.

نخست؛ همانطور که برخی از فقها بیان داشته‌اند صاحب کتاب جواهرالکلام در پاسخ به این مسئله با توجه به عبارت «اقربه الثبوت» در گروه فقهای دسته اول یعنی ثبوت حکم و مجازات محارب بر این گونه از اشخاص می‌باشد و هرگونه برداشتی غیر از این امر اجتهاد در مقابل نص می‌باشد؛ و دوم اینکه، این نویسنده تحقق محاربه در خارج و مقید بودن این

^{۳۴} نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴). ج ۱، ص ۵۶۹.

جرم را به این فقیه نامدار استناد داده است، درحالی که این برداشت به نظر نمی‌رسد و دست کم ما به چنین برداشتی از آن نرسیده‌ایم. سوم؛ صاحب کتاب جواهرالکلام با فقهای متأخر مخصوصاً صاحب کتاب شرایع‌الاسلام هم‌نظر است، باتوجه به سخن ایشان؛ ایشان فقط به تبیین مسئله پرداخته است و معلوم نیست که نظرشان نیز همین تفصیل باشد.

چهارم چگونه این برداشت صحیح به نظر خواهد رسید درحالی که عده‌ای دیگر از فقها، صاحب کتاب جواهرالکلام را در گروه بعد یعنی مرددین جای داده‌اند.^{۳۵} پنجم؛ چگونه صاحب کتاب جواهرالکلام هم‌نظر با صاحب کتاب تحریرالوسیله می‌باشد، درحالی که صاحب تحریرالوسیله مقرر می‌دارد: «فی ثبوتہ للمجرد سلاحه بالقصد المزبور مع کونه ضعيفا لا یتحقق من إخافته خوف لأحد إشکال بل منع»^{۳۶} با توجه به آراء و دیدگاه‌های یادشده مشاهده می‌گردد قید «به نحوی که موجب ناامنی در محیط گردد» در ق.م.ا مصوب ۹۲ بیان قول اتخاذ شده می‌باشد؛ زیرا ناامنی باید در محیط و اطراف پیرامونی و در خارج اتفاق بیفتد و مقید به تحقق نتیجه گردد تا جرم محاربه وقوع یابد و اگر این برداشت صحیح به نظر برسد؛ نخست؛ اگرچه قانون‌گذار سال ۹۲ در مقام گنجاندن مقید بودن جرم در ماده‌ی مربوط به محاربه بوده است، ولی این امر به دلیل اینکه از فروعات مسئله می‌باشد، باید در قالب تبصره و خارج از ماده ذکر می‌گردید همان طور که در قانون مجازات قدیم تفکیک اصل و فرع مسئله به خوبی مشاهده می‌گردد و در ثانی، ذکر آن در انتهای ماده نوعی لغویت را به همراه دارد.

با این همه؛ برخی از نویسندگان حقوقی سوءنیت خاص این جرم را دو جزئی دانسته‌اند و رکن معنوی را علاوه بر قصد اخافه؛ قصد ارباب و ناامنی در محیط دانسته‌اند و در ثانی قید ناامنی در محیط را از ارکان مادی جرم به حساب آورده‌اند؛ درحالی که این مسئله از فروعات و لوازم و شروط تحقق جرم محاربه می‌باشد.^{۳۷} پس با عنایت به عبارت برخی از فقها، هرگاه شخصی به قصد اخافه دیگری را مورد ضرب و جرح قرار دهد و دست به سلاح

^{۳۵} موسوی اردبیلی، ج ۳، ص ۵۱۹ و ۵۲۰.

^{۳۶} موسوی خمینی، ج ۲، ص ۴۹۲.

^{۳۷} شامببانی، هوشنگ، ۱۳۹۲، ص ۳۸.

مطلق و مقید بودن جرم محاربه در... / فرج‌زاده ۲۱۹

عرفی نبرد یا همراه با ایراد ضرب و جرح و اظهار سلاح عرفی برای شخص محروب اخافه صورت نپذیرد و یا اساساً قصد اخافه صورت بپذیرد اما قصد شخص شوخی و مزاح باشد؛ جرم محاربه در هیچ‌یک از موارد صورت نخواهد یافت.^{۳۸}

^{۳۸} محقق اردبیلی. ۱۴۱۶ق، ص ۲۸۶ و ۲۸۷.

نتیجه‌گیری

صرف نظر از اختلاف فقها در تک‌جزئی یا دوجزئی بودن سوءنیت خاص عنصر معنوی محاربه و اینکه در روش تفسیری خود با چه معیاری از آیه‌ی قرآن کریم در زمینه محاربه و افساد فی‌الارض استنباط حکم فقهی نموده‌اند و اینکه آیا جرم محاربه عنوان مجرمانه‌ی مستقلی از عنوان افساد فی‌الارض است یا خیر؛ کفایت به رابطه این دو جرم که عموم و خصوص مطلق می‌باشد توجه نمود و از نظر فقهی هر جا که جرم محاربه صدق نماید به طور قطع عنوان افساد صدق خواهد نمود. نتیجتاً قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۹۲ نباید این دو جرم از یکدیگر تفکیک می‌شدند و عناوین مستقلی به خود می‌گرفتند. در تعریف جرم محاربه بیان صحیح و متقن همان است که قانون‌گذار قانون سال ۱۳۷۰ بیان نموده است؛ زیرا با عبارات فقهی فقها و روایات فقهی سازگاری و هم‌خوانی بیشتری دارد. این درحالی است که قید افساد فی‌الارض در تعریف جرم محاربه دیده نمی‌شود. و این امر برخلاف یافتگاه و خواسته‌ی قانون‌گذار با رویکرد اسلامی تصویب قوانین می‌باشد. به هر حال معترضین به وضع موجود مانند اعتراض به وجود فقر و اختلاس و بیکاری و تورم بالای ۵۰ درصد و... در نظام اسلامی را نمی‌توان به صرف اعتراض محارب دانست حتی اگر دست به اسلحه ببرند؛ زیرا علاوه بر اینکه اعتراض از حقوق مسلم شهروندان در معارف اسلامی و آموزه‌های دینی است، از حقوق مسلم افراد در بسیاری از جوامع مخصوصاً کشور ما ایران است.

علاوه بر اینکه قیود ارکان تحقق جرم محاربه باعث می‌شود هر شخص مسلحی را محارب ندانست اگرچه امکان دارد فعل مرتکب با عناوین مجرمانه‌ی دیگری مانند بغی و افساد فی‌الارض و محکومین به مجازات جرایم امنیتی در بخش قانون تعزیرات سال ۱۳۷۵ به طور کلی و تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۶۷۵ و ۶۸۷ به طور خاص تطبیق پیدا نماید؛ زیرا روشن است جرایم علیه حکومت و دولت اسلامی و جرایم علیه امنیت مردم دو مقوله جدای از هم می‌باشد که خلط بین این دو مساله باعث گمراهی اذهان خواهد شد.

مطلق و مقید بودن جرم محاربه در... / فرج‌زاده ۲۲۱

کتابنامه

- {کتاب:} قرآن کریم.
- {کتاب:} اردبیلی، احمد. (۱۴۱۶ق). مجمع الفائده والبرهان فی شرح ارشادالأذهان، ج ۱۳، مؤسسه نشر اسلامی، (جامعه مدرسین قم).
- {کتاب:} موسوی اردبیلی، سید عبد الکریم. (۱۴۲۷ق). فقه الحدود و التعزیرات، ج ۴، قم: مؤسسه النشر لجامعه المفید رحمه الله، چ دوم.
- {کتاب:} أنیس ابراهیم. و عبدالحلیم منتصر. و عطیه الصوالحی. و محمد خلف الله احمد. (۱۴۲۵ق). معجم الوسیط، مصر: مکتبه الشروق الدولیه، چ چهارم.
- {کتاب:} موسوی خمینی، سید روح الله. (بی تا). تحریر الوسیله، ج ۲، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، چ اول.
- {کتاب:} شامبیاتی، هوشنگ. (۱۳۹۲). حقوق جزای اختصاصی، ج ۳، انتشارات مجد، چ اول.
- {کتاب:} عاملی، زین الدین بن علی، (شهید ثانی). (۱۴۱۰ق). الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشى کلاتر)، ج ۹، قم: کتابفروشی داوری، چ اول.
- {کتاب:} عاملی، زین الدین بن علی، (شهید ثانی). (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، ج ۱۵، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، چ اول.
- {کتاب:} حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة، ج ۲۸، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چ اول.
- {کتاب:} قربان نیا، ناصر. (۱۳۹۳). ملاحظاتی درباره‌ی قانون مجازات اسلامی، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چ اول.
- {کتاب:} گلدوزیان، ایرج. (۱۳۹۶). محشای قانون مجازات اسلامی، انتشارات مجد، چ هفتم.
- {کتاب:} موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا. (بی تا). الحدود و التعزیرات (تقریرات)، ج ۲، (سایت کتابخانه مدرسه فقاقت به نشانی lib.eshie.ir)، تاریخ مراجعه به سایت ۱۳۹۶/۰۹/۲۸
- {کتاب:} میرمحمد صادقی، حسین. (۱۳۹۳). جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، نشر میزان، چ بیست و هفتم.
- {کتاب:} نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۴۱، بیروت: دار إحياء التراث العربی، چ هفتم.
- {مقاله:} شاهرودی، محمود. (۱۳۷۶). محارب کیست و محاربه چیست، فقه اهل بیت، سال چهارم، ش سیزدهم.

