





صاحب امتیاز: انجمن علمی حقوق خصوصی
مدیرمسئول و سردبیر: زهرا ایوبی

فصلنامه علمی-تخصصی مطالعات حقوقی
سال اول، شماره ۱، بهار ۱۳۹۴

هیات تحریریه:

زهرا ایوبی، دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس
حبیب رضانی آکردی، دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس
الهام سادات شیخ الاسلام نوری، دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه
تربیت مدرس

ویراستاران: زهرا ایوبی، حبیب رضانی آکردی
صفحه آرا: سمیه کوهی لای

این نشریه با مجوز شماره ۱۹۳۵/۸۲۸۸ دانشگاه تربیت مدرس منتشر می شود.

بها: ۱۰۰۰۰ تومان

راهنمای تدوین و ارسال مقالات

فصلنامه مطالعات حقوقی، نشریه تخصصی انجمن علمی_ دانشجویی حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس است که مقالات تحلیلی، پژوهشی و توصیفی در زمینه‌های حقوقی را به چاپ می‌رساند.

- مقالات ارسالی قبلاً نباید در نشریه دیگری به چاپ رسیده باشد.
- مقالات، پس از ارزیابی و تایید داوران به چاپ خواهد رسید.
- مسؤولیت مطالب مطرح شده در مقالات، بر عهده نویسندگان است.
- مقاله باید دارای بخش‌های چکیده، مقدمه، بدنه تحقیق، نتیجه و فهرست منابع باشد.
- ارجاعات مقاله به شیوه درون متنی و به صورت (نام خانوادگی نویسنده، سال انتشار، صفحه) و پس از نقل مطلب ذکر گردد و در انتهای مقاله، فهرست منابع بدون شماره، به ترتیب حروف الفبا و به صورت زیر ارائه گردد:
- الف - کتاب تألیفی: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار)، «عنوان کتاب به صورت ایتالیک»، شماره جلد، نوبت چاپ، محل نشر کتاب، نام ناشر.
- ب - کتاب ترجمه‌ای: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار)، «عنوان کتاب به صورت ایتالیک»، نام مترجم، نوبت چاپ، محل نشر، نام ناشر.
- ج- مقالات مندرج در مجلات: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار)، «عنوان مقاله»، نام مجله، شماره مجله و شماره صفحات منابع زبان خارجی نیز با ترتیب فوق آورده شوند.

- مقالات باید در محیط نرم افزار word به نشانی zauobi2009@gmail.com ارسال گردد.



فصلنامه تخصصی مطالعات علمی - تخصصی حقوقی

سال اول، شماره ۱، بهار ۱۳۹۴

صفحه	عنوان
۱	• سخن سردبیر
۳	• مصاحبه با جناب آقای دکتر عیسائی تفرشی.....
۹	• مسؤلیت مدنی ناشی از غضب
	سیاوش گودرزی
۳۳	• تشریفات دیپلماتیک و ضمانت اجرای آن
	نادیا عطاران
۵۱	• بررسی جرایم عقیم و محال
	فاطمه آل محمد
۷۹	• نظارت مردم بر حاکمیت براساس آموزه‌های اسلامی.....
	مهدی حاج محمود عطار، پیمان حاج محمود عطار
۹۹	• مفهوم آزادی در اصل ۲۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.....
	طیبه اتحادنژاد، اسماعیل صادقی
۱۲۱	• تعارض شهادت با سایر ادله اثبات دعوا
	مهسا رحمانی اصل، الهام السادات شیخ الاسلام نوری
۱۳۵	• چکیده مقالات به زبان انگلیسی

سخن سردبیر

به نام یگانه آفریدگار هستی

انجمن علمی- دانشجویی حقوق خصوصی پس از تأسیس، جهت ایجاد انگیزه در راستای پیشرفت و ارتقای حوزه مطالعاتی مربوطه و همچنین تعامل و همکاری بیشتر دانشجویان، اولویت خود را انتشار نشریه علمی-تخصصی مطالعات حقوقی قرار داد. خداوند منان را سپاس می‌گوییم که علی‌رغم چالش‌های پیش‌رو انجمن توانست به این هدف خود جامه عمل بپوشاند. در ضمن بر خود لازم می‌دانیم از توجه و حمایت‌های جناب آقای دکتر شهبازی‌نیا رئیس محترم دانشکده حقوق، سپاس و قدردانی کرده و برای ایشان سلامتی و توفیق روز افزون در تمامی عرصه‌ها را آرزو مندیم.

سردبیر نشریه مطالعات حقوقی

زهرا ایوبی

مصاحبه با جناب آقای دکتر محمد عیسائی تفرشی استاد پیشکسوت و عضو
هیأت علمی گروه حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس

جناب آقای دکتر با سلام و تشکر از اینکه وقت گرانبهای خودتان را در اختیار ما قرار دادید. لطفاً اگر امکان دارد مختصری از زندگی شخصی و علمی خودتان را برای ما شرح بدهید.

سلام علیکم. بسم الله الرحمن الرحیم. اینجانب محمد عیسائی تفرشی در سال ۱۳۳۰ در شهر تفرش (از شهرهای فعلی استان مرکزی) در یک خانواده مذهبی، متوسط مالی و نسبتاً بالا از نظر اجتماعی به عنوان پنجمین فرزند خانواده دنیا آمدم. پدرم کشاورز و فردی محترم و سرشناس در شهر، فردی مذهبی و عاشق اهل بیت بود. تقریباً از دوران دبستان در کار کشاورزی به پدرم کمک می‌کردم. وی در سال ۱۳۵۳ فوت کرد. خداوند او را قرین رحمت نماید.

در یک خانواده ۸ نفری (پدر و مادر و ۳ پسر و ۳ دختر) بزرگ شدم. دوران ۶ ساله دبستان و دوره ۳ (ساله) اول دبیرستان را در سال‌های ۱۳۴۵-۱۳۳۶ در شهرستان تفرش سپری کردم. سال‌های دهم و یازدهم دبیرستان را در رشته ریاضی در دبیرستان سعدی تفرش گذراندم.

چون در طول تحصیل در زادگاهم تقریباً شاگرد اول کلاس‌ها بودم، برادر من را تشویق به ادامه تحصیل نمود و با کمک ایشان در سال ۱۳۴۸، کلاس دوازدهم دبیرستان را در رشته ریاضی در دبیرستان خوارزمی شماره ۲ تهران ادامه دادم. در سال ۱۳۴۸ موفق به اخذ مدرک دیپلم ریاضی شدم.

در مهر سال ۱۳۴۹ در رشته حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (سومین رشته انتخابی پس از رشته‌های مهندسی برق و مکانیک) پذیرفته شدم. تصمیم داشتم در رشته مهندسی ادامه تحصیل دهم که موفق نشدم و چون به رشته حقوق علاقه‌مند شدم، فکر ادامه تحصیل در رشته مهندسی را رها کردم.

در سال ۱۳۵۳ موفق به اخذ مدرک لیسانس حقوق از دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران با معدل ۳/۷۶ (از ۴) شدم. در مرداد سال ۱۳۵۳ ازدواج کردم. در تابستان ۱۳۵۳ در آزمون

ورودی فوق‌لیسانس حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران پذیرفته شدم. از مهر سال ۱۳۵۳ تحصیلم را در آن دانشکده شروع کردم و به نحو استثنایی در آذر ماه همان سال به خدمت مقدس سربازی اعزام شدم و پس از طی دوره سه ماهه آموزشی در مرکز آموزشی (۰۱) ارتش (واقع در منطقه افسریه تهران)، چون متأهل و دانشجوی فوق‌لیسانس بودم، محل خدمت اینجانب در شهرستان شمیران تعیین شد و بدین ترتیب توانستم تحصیل در دوره فوق‌لیسانس و خدمت نظام وظیفه را تقریباً همزمان در خرداد ۱۳۵۵ به اتمام برسانم. البته ۶ ماه از دوران خدمت سربازی را در طول ۴ سال تحصیل در دوره لیسانس (با شرکت در دوره آموزش حین تحصیل) سپری کرده بودم. دوره فوق‌لیسانس حقوق خصوصی را با معدل ۳/۶۶ (از ۴) گذراندم.

نظربه‌اینکه در پایان دوره لیسانس حقوق، «دانش‌آموخته ممتاز» شناخته شدم، دانشگاه تهران در آذرماه ۱۳۵۳ با واگذاری بورس و ادامه تحصیل اینجانب در یکی از دانشگاه‌های خارج کشور موافقت کرد، لیکن به دلیل عدم توافق دانشگاه تهران و وزارت علوم در پرداخت هزینه تحصیلی اینجانب، ادامه تحصیل اینجانب در خارج از کشور متفی شد. به هر حال به دلیل علاقه شدیدی که به تحصیل و سپس تدریس در دانشگاه داشتم همچنان در فکر ادامه تحصیل بودم.

از سال ۱۳۵۵ دوره کارآموزی وکالت دادگستری را تحت سرپرستی یکی از وکلای معروف تهران در یک مؤسسه حقوقی شروع کردم و به دلیل رضایت وکیل سرپرست از توان علمی اینجانب، از ابتدای دوره کارآموزی وکالت، به استخدام قراردادی آن مؤسسه حقوقی درآمدم. در آبان ۱۳۵۷ موفق به اخذ پروانه وکالت پایه یک دادگستری شدم.

در سال ۱۳۵۰ با اوج‌گیری انقلاب اسلامی ایران، در تظاهرات محدودی که در دانشکده حقوق دانشگاه تهران و برخی از دانشکده‌های دیگر انجام می‌شد شرکت می‌نمودم. در سال‌های ۱۳۵۶ و ۱۳۵۷ در راهپیمایی‌ها و تظاهرات اسلامی علیه رژیم ستمشاهی و در سخنرانی‌های مذهبی پیش از پیروزی انقلاب اسلامی ایران شرکت می‌کردم. از جمله در راهپیمایی معروف و به یاد ماندنی روز ۱۶ شهریور ۱۳۵۷ که در طول جاده قدیم شمیران (خیابان دکتر شریعتی فعلی) ادامه داشت

شرکت داشتیم. با پیروزی انقلاب اسلامی ایران به رهبری حضرت امام خمینی (ره) بنیانگذار کبیر جمهوری اسلامی ایران، ادامه تحصیل در خارج از کشور دیگر در اولویت زندگی اینجانب نبود. در پایان مرداد ۱۳۵۸ آگهی استخدام مربی در مدرسه عالی بابلسر در روزنامه اطلاعات نظرم را جلب کرد و درخواست استخدام را تکمیل و ارسال کردم. در شهریور ۱۳۵۸ به مصاحبه دعوت و پذیرفته شدم و بدین ترتیب از مهر سال ۱۳۵۸ به استخدام مدرسه عالی بابلسر درآمدم. پس از مدت کوتاه با انجمن اسلامی دانشجویان آن مدرسه عالی آشنا شدم و همکاری و همفکری با آنها شروع شد. در این مقطع زمانی نیروهای چپ (منافقین، سلطنت طلب‌ها و ...) در مدرسه عالی بسیار فعال بودند و در سطح شهر و در مدرسه عالی به تظاهرات ضد انقلابی می‌پرداختند به نحوی که در ۱۶ آذر ۱۳۵۸ با اعتراض شدید مردم بابلسر روبرو شدند و اینجانب در بین ۲۳ عضو هیأت علمی آن زمان مدرسه عالی موضع متفاوتی داشتم و همین امر ارتباط اینجانب را با دانشجویان انجمن اسلامی و کارمندان طرفدار انقلاب اسلامی قوی‌تر نمود.

پس از انقلاب فرهنگی در اردیبهشت سال ۱۳۵۹، با حکم مرحوم دکتر حسن ابراهیم حبیبی (وزیر محترم وقت علوم) به ریاست مدرسه عالی بابلسر منصوب شدم. پس از تشکیل دانشگاه مازندران متشکل از تمامی مراکز آموزش عالی فعال در استان مازندران آن موقع (از بابلسر تا گنبد کابوس)، همزمان با ریاست مدرسه عالی بابلسر، به سمت معاون آموزشی و دانشجویی دانشگاه مازندران منصوب شدم.

پس از انقلاب فرهنگی در اردیبهشت سال ۱۳۵۹، پذیرش دانشجویان در دوره‌های دکتری از جمله دوره دکتری حقوق در دانشگاه‌های کشور متوقف شد. در سال ۱۳۶۵ قصد ادامه تحصیل با استفاده از بورس تحصیلی وزارت علوم و آموزش عالی در کشور فرانسه را داشتم که به دلیل اشتغال کاری زیاد در دانشگاه مازندران، موفق به استفاده از این فرصت نشدم.

در مهر ماه ۱۳۶۷ اولین دوره دکتری حقوق در دانشگاه نوپا و انقلابی تربیت مدرس دایر شد. برای مهر سال ۱۳۶۷ در این دوره پذیرفته شدم، لیکن به دلیل مخالفت رئیس دانشگاه مازندران با ادامه تحصیل اینجانب در دوره مذکور به دلیل ضرورت ادامه خدمت اینجانب در دانشگاه مازندران، ادامه تحصیل اینجانب به دوره بعد موکول شد. از مهر سال ۱۳۶۷ تا مهر ۱۳۶۹ که دوره

دوم دوره دکتری حقوق در دانشگاه تربیت مدرس آغاز شد، بایست نهاد رئیس دانشگاه مازندران و موافقت وزرای محترم وقت فرهنگ و آموزش عالی از مرخصی تحصیلی بدون احتساب در سنوات تحصیلی استفاده کردم تا اینکه از مهر ۱۳۶۹ با استفاده از مأموریت تحصیلی در دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس شروع به تحصیل نمودم. به دلیل ضرورت حضور اینجانب در تهران (به دلایل خانوادگی)، از ابتدای اردیبهشت ۱۳۷۰ به دانشگاه تربیت مدرس منتقل شدم و بدین ترتیب رابطه استخدامی‌ام با دانشگاه مازندران قطع گردید.

در سال ۱۳۷۵ موفق به اخذ مدرک دکتری در رشته حقوق خصوصی از دانشگاه تربیت مدرس شدم. از سال ۱۳۷۵ با مرتبه استادیاری و سپس با مرتبه دانشیاری و از سال ۱۳۸۹ تا بحال با مرتبه استادی حقوق خصوصی در این دانشگاه به ارائه خدمات آموزشی و پژوهشی اشتغال دارم. در آبان ۱۳۵۷ موفق به اخذ پروانه وکالت پایه یک دادگستری از کانون وکلای دادگستری مرکز شدم. از سال ۱۳۵۸ تا ۱۳۷۰ بدلیل اشتغالات بسیار در دانشگاه مازندران و از ۱۳۷۰ تا ۱۳۷۵ بدلیل اشتغال به تحصیل در دانشگاه تربیت مدرس، تقریباً هیچگونه فعالیت وکالتی نداشتم. از سال ۱۳۷۵ تا به حال بطور محدود چند پرونده وکالتی داشته‌ام و در این مدت سعی کرده‌ام کار وکالت روی کارم در دانشگاه، تأثیر منفی نداشته باشد. البته معتقدم کار همزمان در هر دو حوزه، از لحاظ علمی تأثیر مثبت و متقابل بر یکدیگر دارند.

در خصوص زندگی شخصی‌ام، همانطور که گفتم سال ۱۳۵۳ ازدواج کردم و دو پسر دارم. یکی متولد ۱۳۵۷ و دیگری متولد ۱۳۶۷ و یک نوه دارم که دختری پنجساله است.

سوابق اجرایی و مدیریتی اینجانب در دانشگاه تربیت مدرس و وزارت علوم

- ۱- معاون آموزشی دانشکده علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس از ۷۲/۷/۳ تا ۷۴/۴/۶
- ۲- مدیر گروه حقوق دانشگاه تربیت مدرس از ۷۹/۹/۵ تا ۸۴/۹/۹
- ۳- سردبیر فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی دانشگاه تربیت مدرس از خرداد ۱۳۹۰ تا به حال
- ۴- مشاور معاون آموزشی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری از ۱۳۸۳/۷/۱ تا به حال.

جناب استاد نظر شما در خصوص رابطه استاد با دانشجو چیست؟

انتظار می‌رود استادان با تسلط بر موضوعات و مباحث درس، با جامع‌نگری و ژرف‌اندیشی از دانش عمومی و تخصصی خود استفاده نمایند و با انتقال مطالب درس در طرح مباحث جدید و استفاده از منابع روز آمد در افزایش دانش دانشجویان خود کوشش کنند، با ایجاد انگیزه و رغبت در دانشجویان، آنان را در مباحث درس مشارکت دهند. امکان ارتباط حضوری و غیر حضوری (بویژه از طریق پست الکترونیکی) با دانشجویان فراهم و برقرار نمایند. با دانشجویان خوش برخورد باشند و با احترام رفتار کنند و دانشجویان نیز با حضور فعال در کلاس و مشارکت در مباحث درس، به دانش خود بیفزایند و استادان را به فعالیت بیشتر تشویق نمایند. در مباحث درس، ضمن احترام به استادان خود و برخورد مؤدبانه بطور منطقی در مباحثات شرکت نمایند و مانع یکنواختی و کسلی کلاس شوند. استادان با گشاده‌رویی از دانشجویان استقبال کنند؛ دانشجویان نیز با احترام، روش تدریس و برخورد استادان را ارزیابی و نقد کنند؛ روش خوب آنان را طرح و آنان را به ادامه آن تشویق کنند و پیشنهادهای منطقی و معقول خود را برای بهبود کار استادان ابراز کنند.

توصیه شما به دانشجویان جوان چیست؟

دروس دوره‌های تحصیلات تکمیلی معمولاً با پژوهش همراه است. توصیه می‌کنم دانشجویان از این فرصت‌ها استفاده کنند و در مطالب مورد علاقه خود به پژوهش بپردازند. دانشجویان گرامی می‌دانند که طبق قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تمامی قوانین ما باید مبتنی بر موازین اسلامی باشند. از دانشجویان دوره‌های کارشناسی ارشد و دکتری حقوق انتظار می‌رود با مطالعه عمیق در مباحث فقهی و حقوقی، به دانش خود بیفزایند و با تطبیق موضوعات با سایر نظام‌های معتبر حقوقی، در انتقال مطالب جدید و بومی نمودن آنها به ادبیات حقوقی کشور عزیزمان اضافه کنند و تدوین‌کنندگان لوایح و طرح‌های حقوقی را در بهبود و تعالی نظام حقوقی ما یاری کنند و همچنین قضات محترم، وکلای دادگستری و

کارشناسان حقوقی را برای صدور آراء، تنظیم لوایح و ارایه نظرات حقوقی مستدل و قوی کمک نمایند.

یکی از مسائلی که استادان و دانشجویان حقوق با آن مواجه‌اند توجه بیش از حد تعداد قابل توجهی از آنان به کار وکالت است. این موضوع را خطر جدی برای نظام حقوقی کشورمان می‌دانم. توصیه می‌کنم این همکاران محترم و اینگونه دانشجویان عزیز و جوان در این مسأله بازننگری نمایند و تعادلی بین کار و تدریس و تحصیل برقرار کنند.

استاد گرامی سخن پایانی شما را می‌شنویم.

ورود و حضور فصلنامه دانشجویی علمی- تخصصی «مطالعات حقوقی» به جامعه حقوقی کشور را تبریک می‌گویم. برای مسؤلان انجمن علمی دانشجویی حقوق خصوصی و سردبیر این فصلنامه آرزوی توفیق دارم. امید است این فصلنامه بتواند با توکل به خداوند متعال و با دقت و وسعه نظر و رعایت اخلاق اسلامی، رعایت موازین اسلامی و پرهیز از مسائل سیاسی به کار خود ادامه دهد. از دانشجویان رشته حقوق دعوت می‌کنم با ارائه مقالات قوی به این فصلنامه، زمینه رشد و ارتقای آن را فراهم نمایند.

استاد ارجمند بی‌نهایت متشکریم و برای شما آرزوی سلامتی و موفقیت داریم.
من هم از شما متشکرم و برایتان آرزوی توفیق، تندرستی، شادکامی و بهروزی دارم.

مسئولیت مدنی ناشی از غضب اشخاص

سیاوش گودرزی*

دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

چکیده

فقه‌های امامیه همگی در تعریف و شمارش عناصر تشکیل‌دهنده غضب، آن را فقط در مورد اموال صحیح دانسته‌اند و با توجه به این نگرش، اشخاص را از تحت تصرف قرار گرفتن خارج دانسته‌اند و فتوا به عدم ضمان غاصب، نسبت به اشخاص داده‌اند. بازشناسی دقیق مفهوم غضب و ویژگی‌های این تأسیس حقوقی و ارائه تعریف دقیق و منطقی از آن بسیار حائز اهمیت است، به‌ویژه با توجه به اینکه فقیهان امامی و قانون مدنی، آثار و احکام مهمی را بر ضمان ناشی از غضب مترتب کرده‌اند، در این پژوهش تعاریف مذکور در کتب فقهی بررسی و سعی شده است تعریف بهتری ارائه شود، سپس با نقد تعریف مشهور چنین نتیجه گرفته شده است که غضب مختص اموال نیست و به‌طریق اولی شامل غضب اشخاص و منافع آنان نیز می‌شود و به تبع تحقق غضب، حکم به ضمان می‌شود. این مقاله با ورود به بحث فقهی، آرای گوناگون در باب مفهوم غضب را مورد تحلیل و سپس نقد فقهی قرار داده است.

واژگان کلیدی: ضمان، غضب اشخاص، مسئولیت مدنی، منافع غیرمستوفات.

مقدمه

در فقه اسلامی افراد به دو دسته حر و عبد تقسیم بندی شده‌اند؛ که این تقسیم‌بندی امروزه از لحاظ عملی کاربردی ندارد و با لغو برده‌داری موضوع آن برداشته شده است. شارع مقدس به دلیل شیوع و رواج برده‌داری در عرف زمان تشریح احکام و وجود محذورات اجتماعی در برخورد با این پدیده، آن را پذیرفت، اما روشی را در پیش گرفت که برده‌داری به تدریج ملغی و منسوخ شود. این نوع تقسیم‌بندی افراد جامعه تأثیرات مهمی در برخی ابواب فقه اسلامی نظیر باب حدود، قصاص، دیات و... داشته است. از جمله موارد تأثیرگذار این تقسیم‌بندی، مسئولیت ناشی از غضب اشخاص بوده است که فقهای امامیه با توجه و تأکید بر وجود عنصر مالیت برای شیء یا شخص مغضوب، معتقدند که فقط اموال تحت تصرف قرار می‌گیرند. این نگرش باعث شده که فقیهان امامیه همگی تنها نظر بر ضامن بودن شخص مستولی بر عبد دارند و چون که شخص آزاد مال محسوب نمی‌شود استیلاء بر او را موجب ضمان مدنی نمی‌دانند. شاید این دیدگاه از شیوع و رواج برده‌داری و خرید و فروش انسان‌ها در گذشته، ناشی شده است، زیرا در روایات ما نیز اشاره‌ای به این موضوع نشده است. در ادامه ادله فقهای امامیه و نقد آن خواهد آمد.

۱. غضب در لغت و اصطلاح

غضب در لغت به معنای آن است که چیزی را به ظلم و ناحق اخذ کنند (ابن منظور، ۱۴۱۴، ۱/۶۴۸؛ واسطی زبیدی، ۳/۱۴۱۴/۲۸۸). مرحوم سبزواری و امام خمینی (ره) در ابتدای کتاب غضب در تعریف غضب می‌فرمایند: «الغضب و هو الاستیلاء علی ما للغير من مال او حق عدوانا» (سبزواری، ۱۴۲۳، ۲/۶۳۲؛ امام خمینی، بی تا، ۲/۱۷۲). «ما» در «ما

للغیر» موصول و لام آن جاره است، یعنی آن چیزی که مربوط و متعلق به غیر است. برخی دیگر از فقها در تعریف غصب به جای «استیلاء» از کلمه «استقلال» استفاده کرده‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۱۸۴/۳؛ شهید اول، ۱۴۱۰، ۲۲۱)؛ قانون مدنی در ماده ۳۰۸ در تعریف غصب از کلمه استیلاء استفاده کرده و چنین بیان داشته است: «غصب، استیلاء بر حق غیر است به نحو عدوان. اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است». برخی حقوقدانان تعریف قانون مدنی را ناقص می‌دانند و معتقدند این تعریف شامل غارت نیز می‌شود و در مقام تعریف غصب چنین می‌گویند: «تصرف در حق غیر با سوءنیت بدون اعمال تقلب یا نقض اعتماد صاحب آن حق و بدون اعمال قهر و غلبه» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۲۷۲۸/۴)؛ بنابراین عناصر غصب از قرار ذیل است:

اول- وجود حقی جزئی اعم از مالی و غیر مالی مانند غصب نام خانوادگی

دوم- تصرف غیر ذی‌حق در آن حق بدون اذن صاحب حق یا قانون

سوم- سوء نیت غاصب در تصرفی که انجام می‌دهد یا همان عدوان

چهارم- تصرف مذکور همراه تقلب نباشد. سارق به تقلب مال مسروق را برمی‌دارد در حالی که غصب جنبه متقلبانانه ندارد

پنجم- تصرف مذکور مقرون به نقض اعتماد صاحب حق نباشد و با این قید، خیانت که بر نقض اعتماد متکی است از غصب خارج می‌شود

ششم- تصرف مذکور مقرون به اعمال قهر و غلبه نباشد وگرنه این عمل از مصادیق غارت است (جعفری لنگرودی، همان).

در ذیل ماده ۳۰۸ قانون مدنی غصب حکمی نیز عنوان شده است ولی مانند صدر ماده که تعریف غصب حقیقی را بیان کرده، ناقص است و تبعاً ذیل آن نیز ناقص است. با توجه به عناصر مذکور در مورد غصب، اگر یک یا چند عنصر غصب مفقود باشد به طوری که جرم دیگری به وقوع نپیوندد، غصب حکمی است؛ مانند تصرف بدون سوءنیت

در اموال غیر، چنانکه غالباً خریداران اموال به سرقت رفته، مشمول عنوان غصب حکمی هستند. ضمان غاصب حکمی، ضمان ید است و ماده ۳۱۱ قانون مدنی شامل آن می‌شود.

۱-۱. استیلاء یا استقلال؟

حال باید دید کدام یک از این تعابیر برای افاده مقصود بهتر است. به نظر می‌رسد همان‌طور که امام خمینی (ره) و قانون مدنی بیان داشته‌اند، کلمه‌ی «استیلاء» بهتر باشد؛ زیرا اگر فرض کنیم که دو شخص با کمک و یاری یکدیگر، مالی را غصب کنند، به‌گونه‌ای که هیچ‌یک امتیازی بر دیگری نداشته باشد، حال آیا می‌توانیم بگوییم که این دو نفر غاصب نیستند چون که استقلال ندارند؟ این سخن گفتنی نیست؛ زیرا همان‌طور که ممکن است غاصب یک نفر باشد، ممکن است که دو یا چند نفر نیز باشند، بدون آنکه هیچ ترجیحی در کار باشد، مثلاً سبب و مباشری در کار باشد. این سخن بر مبنای آن است که ما جمود بر معنای مطابقی استقلال داشته باشیم؛ زیرا در اینجا این دو نفر هیچ استقلالی ندارند، برای اینکه دو نفری و با کمک یکدیگر مال را غصب کرده‌اند؛ ولی عنوان «استیلاء» بر هر دو صادق است و هر دو شخص مستولی هستند، درحالی‌که هیچ‌یک استقلال ندارند. حال اگر به ذهن برسد که معنای استقلال آن نیست که یک شخص به‌تنهایی مسلط بر مال گردد و غاصبین متعدد در کار نباشد، بلکه معنای استقلال آن است که مالک را از تصرف در مال خودش محروم کند و دست او را از مال کوتاه کرده باشد و به عبارت بهتر، آنکه جمود بر مبنای مطابقی استقلال نداشته باشیم. در پاسخ می‌توان گفت در این صورت نیز تعریف به کلمه استقلال به مورد دیگری نقض می‌شود و آن اینکه اگر مثلاً فرض کنیم که آقای «الف» مالک منزلی است و در آن سکونت دارد، حال آقای «ب» به ظلم آمد در خانه او سکنی گزید، کاری هم به مالک ندارد ولی بدون اجازه وارد شده و در منزل ساکن شده است. شخص «ب» کاری به مالک ندارد و

می‌گوید: مالک در بخشی از خانه ساکن شده است من هم از جای دیگر خانه استفاده می‌کنم، مالک نیز قدرت ندارد که دفاع کند و دست او را کوتاه کند. شخص «ب» هم که در خانه نشسته است، قصد ندارد که مالک آن را بیرون کند، می‌گوید خانه وسیع است، من هم از چند اتاق آن استفاده می‌کنم. مثلاً خانه دو طبقه‌ای است مالک در یک طبقه قرار دارد، او هم در یک طبقه ساکن است. اگر ما غضب را به معنای استقلالی بگیریم و معنای استقلال هم آن باشد که دست مالک به‌طور کامل کوتاه گردد، در اینجا این معنا تحقق پیدا نمی‌کند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۴۶/۱۲) درحالی‌که قطعاً شخص «ب» عنوان غاصب را دارد. با توجه به موارد مذکور کلمه «استقلال» چندان مناسب به نظر نمی‌رسد و بهتر آن است که از کلمه «استیلاء» استفاده کنیم. البته این نکته را نیز یادآور می‌شویم که در این‌گونه تعاریف نمی‌توان به دنبال تعریف حقیقی که جامع و مانع باشد، باشیم، تعاریف مذکور همگی برای تقریب به ذهن و از قبیل شرح اسم هستند. در مورد دوم ممکن است گفته شود که به شخص «ب» عنوان مزاحم صادق است، ولی در پاسخ باید گفت هرچند او مزاحم است ولی تحت عنوان غضب وارد می‌شود. نکته دیگری که در ابتدای بحث باید مورد تأکید قرار دهیم آن است که عمده بحث در بحث غضب مسأله «ضمان» است که حکم وضعی برای غضب است؛ و الا غضب از عناوینی است که عقل مستقلاً به قبح آن حکم می‌کند و حکم شرع به حرمت نیز در پی آن می‌آید. البته روایاتی از رسول اکرم (ص) نیز حرمت آن را تأیید می‌کند (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۳۶۸/۲۵).

۲-۱. قید تصرف در ماهیت غضب

در تعریفی که از غضب ذکر شد «عنوان تصرف» مطرح نشده است؛ یعنی ممکن است کسی «استیلاء» بر مال غیر پیدا کند بدون آنکه تصرفی در آن کرده باشد. میرزا حبیب‌الله در کتاب غضب مدعی آن هستند که در غضب تصرف نیز معتبر است و جزو ماهیت

غصب است و حتماً غاصب باید متصرف باشد (میرزا حبیب الله رشتی، بی تا، ۳). ایشان دو دلیل برای مدعای خود می آورند و می فرمایند: اولاً اگر عنوان تصرف در غصب مطرح نباشد بلکه همان صرف استیلاء یا استقلال بدون اعتبار قید تصرف معتبر باشد، ما دلیلی نداریم که بگوییم غصب موجب ضمان است، حال آنکه مسلم است که از اسباب ضمان یکی غصب است، نظیر اتلاف و تسبیب. حال اگر تصرف نباشد چه دلیلی داریم که غصب موجب ضمان است؛ زیرا عبارت «لایجوز التصرف فی المال الغیر الا باذن» نهی از تصرف می کند و تصرف در مال غیر را ممنوع می داند. ثانیاً برخی از علما در تعریف غصب کلمه «بالید» را نیز افزوده اند (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۲۲۱/۲؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ۴۹۱/۱۰). البته برخی نیز این کلمه را در تعریف غصب نیاورده اند (شهیدثانی، ۱۴۱۳، ۱۴۹/۱۲). میرزا حبیب الله در ادامه می گوید که معلوم است از این کلمه «ید» این عضو مخصوص اراده نشده است؛ زیرا اگر کسی به وسیله غیر دست نیز مرتکب غصب شود، عنوان بر او صادق است و همچنین مراد قدرت و سلطنت نیز نیست، سپس می گوید که مراد «اقرّب المجازات» است که همان «تصرف» است؛ و چون در اینجا امکان آن وجود ندارد که ید را بر معنای حقیقی حمل کنیم بر همان «اقرّب المجازات» حمل می کنیم که عبارت از تصرف است. ایشان با این دو دلیل مدعی آن هستند که تصرف در ماهیت غصب اعتبار دارد (میرزا حبیب الله رشتی، بی تا، ۳).

در پاسخ به این استدلال می توان گفت برفرض قبول کنیم که قید تصرف در ماهیت غصب معتبر است و برخی می گویند اگر قید تصرف را نیاوریم دلیلی بر ضمان وجود ندارد، حال اگر قید تصرف را بیاوریم دلیل بر ضمان چیست؟ دلیلی که می توان اقامه کرد «لایجوز التصرف فی مال الغیر به غیر اذن» است، ولی این روایت فقط متعرض یک حکم تکلیفی است، اما دلالتی بر ضمان ندارد. دلیل دیگری که ممکن است اقامه شود «علی الید ما اخذت حتی تؤدی» است. در مورد این روایت نیز می توان گفت: اولاً که این جمله از

نظر روایت بودن چندان مسلم نیست. روایت «علی الید» از رسول اکرم (ص) نقل شده است، ولی راوی آن سمره بن جندب است و سمره همان است که حدیث «لا ضرر» را پیامبر در رد اعمال او فرموده‌اند و حال او از همان روایت معلوم است و در کتب اهل سنت نقل شده و ضعف در سلسله سند آن وجود دارد. در برخی نقل‌ها هم به جای اخذت کلمه «قبضت» آمده است. ثانیاً این روایت دلالت بر آن دارد که آنجایی که تصرفی و اخذی باشد، ضمان هست؛ اما آنجایی که تصرفی نباشد و فقط غضب صورت گیرد، ضمان محقق نمی‌شود. دیگر نسبت به این قضیه سالبه، «علی الید ما اخذت حتی تؤدی» نمی‌تواند مطلبی را بیان کند و فقط همانجانب اثباتش را متعرض است. به عبارت دیگر آنجایی که اخذی تحقق پیدا کرد، تصرفی پیدا کرد، تصرفی تحقق پیدا کرد، ضمان دارد، اما آنجایی که تصرفی پیدا نشد و فقط مجرد استیلاء بود، دلالتی بر ضمان ندارد (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۸، ۱۱). در جواب ایشان باید گفت که اولاً اینکه غضب موجب ضمان است از ضروریات فقه است البته از ضروریات اسلام نیست و اگر کسی منکر آن مرتد محسوب نمی‌شود (فاضل لنکرانی، ۱۲). مسأله سببیت غضب برای ضمان مثل این ضروریاتی که از آن‌ها به ضروری اسلام تعبیر می‌کنیم به طوری که اگر کسی منکر آن شود محکوم به ارتداد است، نیست؛ اما ضروری فقه است و هرکسی در فقه وارد می‌شود، می‌بیند که در مورد غضب حکم به ضمان شده است. همین ضروری فقه بودن، کافی است برای سببیت غضب برای مسؤولیت و ضمان، پس اگر تصرف را هم در معنای غضب اخذ نکنیم، و بگوییم که تصرف دخالتی در حقیقت غضب ندارد، این موجب نمی‌شود که بگوییم در باب غضب، دلیل بر ضمان نداریم. ثانیاً از صحیح‌های ابی ولاد (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۱۹/۱۲۰) نیز می‌توان حکم به ضمان را استخراج کرد، زیرا در پایان روایت که از امام علیه‌السلام سؤال می‌کند که آیا می‌توانم هزینه‌هایی را که خرج این چهارپا کرده‌ام بگیرم؟ امام علیه‌السلام می‌فرمایند: خیر زیرا که تو غاصب بوده‌ای.

۲. غصب در اموال و حقوق

غصب در مورد مال و حق، تحقق پیدا می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴، ۱۰/۳۱؛ امامی، ۱۳۹۱، ۳۳۳/۱) امام خمینی (ره) هم در ادامه‌ی تعریف مذکور در بالا، می‌فرماید «من حق او مال». حال ممکن است کسی مالی را غصب کند بدون آنکه مسأله حقی مطرح باشد و گاهی غصب می‌کند حتی را بدون آنکه ملکیتی در میان باشد مثل حق سکونتی که برای دانشجویان در خوابگاه به وجود می‌آید، مثلاً اگر دانشجویی، اتاقی را تحویل گرفته و در آن سکونت دارد، شرایط را هم داراست، حال اگر کسی دیگر بیاید به‌طور غصب این محل سکونت را تصرف کند، این غصب یک حق است ولو اینکه غصب مال نشده است. در برخی موارد هم غصب حق و غصب مال هر دو تحقق می‌یابد. مثلاً اگر کسی عین مرهونه را غصب کرد، غصب نسبت به مرتهن که «حق الرهانه» در مورد این مال داشته است، صورت گرفته است که غصب حق است. این حقی که در صدر مسأله ذکر گردید آیا اختصاص به حق مالی دارد یا حقوق غیرمالی نیز غصب می‌شوند؟ یک‌سری حقوق داریم که مربوط به مال است که از آن تعبیر به حقوق مالی می‌کنیم، مانند حق تحجیر که مفید مالکیت نیست بلکه مفید حق اختصاص است و مانند حقی که مرتهن نسبت به مال مرهون دارد. حقوق غیرمالی نیز نظیر همان حق سکونت که در مسائل قبلی، توضیح آن گذشت. از ظاهر کلمات فقها مانند حضرت امام (ره) که کلمه‌ی «حق» را به‌طور مطلق آورده‌اند، استفاده می‌شود که حقوق مالی و غیرمالی را شامل می‌شود.

۲-۱. تسلط به نحو عدوان

قید دیگری که در تعریف غصب مأخوذ است قید «عدواناً» است (شهیدثانی، ۱۴۱۲، ۲۲۹/۲؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴، ۲۰۸/۶). ابتدای بحث در آن است که مراد از این قید «عدوان»

چیست؟ آیا مقصود این است که اگر کسی جاهل بود و روی جهلش حرمتی در کار نبود، آیا این غاصب نیست؟ یا اینکه غصب نیز مانند اتلاف است و درهرحال ضمان آور است؟ مثلاً اگر کسی در بازار مسلمانان چیزی را از کسی بخرد، ولی شخص فروشنده مال غصبی را به او بفروشد، بدون اینکه شخص مشتری متوجه آن بشود، از نظر حکم تکلیفی حکم حرمت به او توجه پیدا نمی‌کند. از نظر عنوان غصب هم می‌توانیم بگوییم که او غاصب نیست و یا اینکه معذور است، ولی حکم به ضمان در جای خود محفوظ است. از برخی فقهای اهل سنت نقل شده که قید «جهاراً» هم باید اضافه بشود که سرقت از تعریف خارج می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴، ۷/۳۷). اضافه کردن این قید اضافی بوده و فرق میان سرقت و شرایط آن با غصب واضح است و نیاز به توضیح ندارد.

۳. غصب و احکام سه‌گانه مربوط به آن

در هر جا که مالی غصب شود سه حکم در پی آن می‌آید که دوتای آن‌ها حکم تکلیفی است و دیگری یک حکم وضعی. آن دو حکم تکلیفی یکی حرمت غصب است که می‌توان گفت از مستقلات عقلیه است و عقل به تنهایی حکم به قبح آن می‌کند و پس از حکم عقل به قبح، حکم شارع به حرمت نیز به دنبال می‌آید (محمدرضا مظفر، ۱۳۷۵، ۲۳۶۱). حکم تکلیفی دوم هم عبارت است از آنکه هرگاه این حرام اتفاق افتاد و مخالفت با این حکم تکلیفی شد مسأله تمام نمی‌شود، بلکه شرعاً بر غاصب لازم است که آن مال را به صاحبش برگرداند که این معنا از قاعده «علی الید» یا همان «ضمان ید» استفاده می‌شود؛ اما حکم وضعی، همان حکم به ضمان است که مهم در بحث ضمان همین موضوع مسؤولیت یا حکم وضعی است. مثلاً فرموده‌اند که اگر کسی یکی از موقوفات عامه را نظیر مدارس، مساجد و ... غصب کند، آن دو حکم تکلیفی در مورد او

جاری می‌شود، ولی حکم وضعی که عبارت از ضمان باشد تحقق ندارد (امام خمینی، بی تا، ۱۷۶/۲) البته به شرط آنکه به سایر عوامل مسئولیت نظیر اتلاف و تسبیب ضامن نشود.

۴. انواع مغضوب

مغضوب گاهی یک عین است همراه با منفعت آن، حال این عین همراه با منفعت ممکن است مربوط به یک مالک و یا مالکین متعدد باشد. مثال آن این است که کسی خانه اجاره‌ای را از تصرف مستأجر و موجر خارج بکند. صورت دوم جایی است که فقط منفعت را غصب کند مانند آنجا که خود موجر خانه‌ای را که اجاره داده است، در مدت اجاره یا بخشی از آن از مستأجر غصب کند. حالت سوم عکس این حالت است که عین را بدون منفعت غصب کند یعنی خودش مالک منفعت باشد ولی دیگری مالک عین، مثل آنجا که مستأجر، عین خانه را در مدت اجاره غصب کند. صورت چهارم آنجا است که حق مالی متعلق به عینی را غصب کند، مانند آنجا که شخصی زمین مباحی را تحجیر کرده و به واسطه این اقدام حق تحجیر برایش پیدا می‌شود حال اگر کسی به نحوی بر آن زمین استیلاء پیدا نماید که عملاً اولویت تحجیر از میان برود، اینجا یک حق مالی متعلق به عین را غصب نموده است و نیز مانند آنجا که عین مرهونه نزد مرتهن باشد، این مال متعلق حق مرتهن است و آن را نزد خود نگه داشته است که اگر مدیون، دین خود را پرداخت نکرد، بتواند از راه فروش مال مرهون حق خود را استیفاء کند. حال اگر کسی این مال مرهون را غصب کند در اینجا، محل تردید نیست که مال هم نسبت به مالک آن یعنی راهن غصب شده است و هم نسبت به مرتهن یک نوع غصب اتفاق افتاده است، برای اینکه «حق الرهانه» که یک حق مالی متعلق به عین است مورد استیلاء شخص غاصب قرار گرفته است. صورت پنجم نیز آنجایی است که یک حق غیرمالی غصب می‌شود،

مانند آنجایی که یک حق اولویتی غصب شود مثل حق اولویتی که نمازگذار به سبب سبقت در جا گرفتن در محل پیدا کرده است. در اینجا نه حساب عینی در کار است، نه منفعتی در کار است و نه یک حق مالی متعلق به عین مطرح است. آن عموم و اطلاق کلمه «حق» که در کلام فقها مذکور بود شامل این مورد نیز می‌شود.

۵. انواع مغضوب‌منه (کسی از او غصب شده)

در مسأله قبل انواع غصب را بیان کردیم در این بخش نیز انواع کسانی که از آنان غصب می‌شود را بیان می‌کنیم. کسی که از غصب شده گاهی یک شخص است، مانند کسانی که مالک عین و یا مالک منفعت هستند یا مالک حق مالی است (امام خمینی، بی تا ۱۷۳/۲). مثل آنکه یک عین مشترک میان سه شریک باشد و غاصب آن را هر سه نفر غصب کند، گاهی هم کسی که از او غصب می‌شود (مغضوب‌منه) اشخاص نیستند، بلکه به تعبیر حضرت امام (ره)، «جهت» و یا «نوع» مغضوب‌منه است (امام خمینی، بی تا، ۱۷۳/۲). مغضوب‌منه گاهی نوع است؛ مثل اینکه اگر کسی مالی را برای فقرا وقف کرده باشد، بدین شکل که نه فقط فقرا حق انتفاع داشته باشند، بلکه منفعت این عین موقوفه «ملک» آن فقرا باشد. اینجا نمی‌توانیم بگوییم ملک برای جمیع فقرا است، آن‌هم جمیع فقرا یک مملکت یا یک شهر. اینجا که ملکی را وقف می‌کند به شکلی که منفعتش را به فقرا تخصیص می‌دهد و نظر واقف آن است که عین موقوفه به حال خودش باقی بماند و فقرا در هر نسلی و در هر برهه‌ای از زمان از آن مال استفاده کنند، اینجا مالک این منفعت عین موقوفه چه کسانی است؟ آیا همه فقرا مالک هستند؟ اینجا باید گفت که «نوع» مالک است، یعنی از جنس و از نوع فقیر، حال اگر حتی یک نفر باشد. اگر منافع این عین موقوفه را به یک فقیر هم بدهند، برای عمل به وقف کفایت می‌کند برای اینکه موقوف

علیه یک شخص نیست و کلی هم نیست که لازم باشد همه افراد اجتماع کنند و نظر و رضایت بدهند، ولی این نوع خاص مدنظر است. یک فرد از این نوع هم باشد کافی است، ده تا فرد از این نوع هم باشد کافی است؛ اما گاهی این نوع و این عنوان هم مطرح نیست، بلکه یک جهت، مقصود واقف است. مثلاً واقف، چند خوابگاه را برای دانشجویان وقف می‌کند که در آن سکونت داشته باشند و درس بخوانند، حال اگر کسی آمد آن محل را غصب کرد و آنرا از تحت تصرف، متصرفین سابق خارج کرد، در اینجا از چه کسی غصب کرده است؟ در این مورد از «جهت» غصب شده است و مغضوب‌منه، جهت است و مانند این کاروانسراهایی که سابقاً در راه‌ها وجود داشته است، این‌ها برای گروه خاصی، یا اشخاص خاصی وقف نشده‌اند بلکه برای یک جهت وقف شده‌اند و آن استراحت عابران در این مکان‌ها است.

۶. ضمان غصب حقوق

گفته شد که غصب دارای سه حکم است، دو حکم تکلیفی (حرمت غصب و وجوب رد) و یک حکم وضعی (ضمان ید). حال بحث بر آن است که آیا در تمامی موارد غصب این احکام وجود دارد؟ برخی فقها معتقدند که در تمامی موارد غصب آن دو حکم تکلیفی وجود دارد ولی حکم وضعی که همان ضمان باشد فقط در رابطه‌ی با اموال مطرح است (امام خمینی، بی تا ۱۷۳/۲) و فرقی ندارد که آن اموال عین باشد یا منفعت، اما در مورد حقوق هرچند فرموده‌اند که غصب در مورد آن تحقق پیدا می‌کند، اما ضمان در مورد آن‌ها راه ندارد. مثلاً اگر در همان مثال مذکور در مورد حق سکونت در خوابگاه، اگر کسی آمد دانشجویی را از محل سکونتش بدون علت، بیرون کرد و خودش آن مکان را تصرف کرد این ضمان ندارد. در مورد حقوق غیرمالی این مسأله روشن است که ضمان

وجود ندارد برای اینکه هیچ مالی در کار نیست تا نسبت به آن ضمان وجود داشته باشد؛ اما اشکال در مورد حقوق مالی است که مورد غضب نیز واقع می‌شود ولی چگونه بگوییم که ضمان در آن را ندارد. آنچه صحیح به نظر می‌رسد در مورد حقوق مالی آن است که حکم ضمان در مورد آن وجود دارد.

۷. غضب شخص حر

فقهای امامیه غالباً و شاید بتوان گفت اجماعاً معتقدند که اگر کسی بر یک شخص استیلاء پیدا کرد و مثلاً او را حبس کرد بدون آنکه مجوزی برای این کار داشته باشد، عنوان غضب در مورد این شخص تحقق پیدا نخواهد کرد (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۲/۲۲۳؛ حائری طباطبائی، ۱۴۱۸، ۱۳/۱۴؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ۱۹۷/۵). البته در مورد بنده (عبد) قائل به ضمان هستند؛ زیرا که عبد را در زمره اموال می‌دانند که این بحث امروزه سالبه به انتفاع موضوع است و در مورد آن بحث نمی‌کنیم و در ادامه هر جا سخن از شخص باشد همان شخص حر مدنظر است. در مورد کسی که او را غضب نموده‌اند و مثلاً در محل درندگان یا سایر حیوانات خطرناک قرار داده‌اند؛ غالباً ضمان را پذیرفته‌اند. البته برخی در این مورد نیز با قاطعیت نظر نداده‌اند (محقق ثانی، ۱۴۱۴، ۲۲۰/۶؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ۵۱۱/۱۰) شیخ طوسی (ره) در کتاب خلاف نظر به ضمان این شخص غاصب دارد ولی در کتب مبسوط عدم ضمان را پذیرفته است (شیخ طوسی، خلاف، ۴۲۱/۳؛ شیخ طوسی، مبسوط، ۱۰۵/۳). عبارت شیخ در کتاب مبسوط بدین شکل است: «و ان غضب حراً صغیراً فتلف فی یده فلا ضمان علیه، بسبب کان او غیر سبب اذا لم یکن سبب منه، مثل لسع حیه او لدق عقرب او اکل سبع او وقوع حائط علیه». در این موارد قطعاً باید نظر کسانی را تأیید نمود که حکم به ضمان کرده‌اند. چگونه می‌شود که شخص غاصب، یک انسان آن‌هم

مثلاً کودک را در محل حیوانات خطرناک حبس کند و آن شخص تلف شود ولی هیچ ضمانتی در کار نباشد.

حال اگر استیلاء بر شخص پیدا کرد و مثلاً او را حبس کرد بدون آنکه مجوز شرعی و قانونی داشته باشد، مسأله‌ای که مطرح می‌شود آن است که این استیلاء مخصوصاً با توجه به آن حبس که خودش نوعی تصرف است، آیا موجب تحقق عنوان غصب است؟ مهم‌ترین اثر غصب که همان ضمان و مسئولیت است، در رابطه با این اقدام غاصب تحقق پیدا می‌کند. حتی اگر در این استیلاء تصرفی نظیر حبس هم روی داده باشد از اساس موضوع را منکرند و می‌گویند اصلاً غصبی اتفاق نیفتاده که ضمان داشته باشد. ثمره بحث در آنجاهایی ظاهر می‌شود که شخص غاصب، فردی را مثلاً حبس کرد و آن فرد در زندان در اثر حادثه‌ای که مستند به فعل غاصب نباشد از بین برود. اگر بگوییم که اصلاً غصب نیست پس قطعاً ضمان هم در کار نیست، ولی اگر تحت عنوان غصب بیاید باید حکم به ضمان نمود. بحث ما در این است که آیا غصب نسبت به شخص انسان تعلق می‌گیرد یا خیر؟ در موردی که غاصب استیلاء بر شخص پیدا می‌کند و ما نیز عنوان تصرف را در تحقق معنای غصب معتبر نمی‌دانیم، حال فرض کنیم که او را حبس کرد و تصرف نیز حاصل شد حکم چه می‌شود؟ در تعریفی که برای غصب ذکر گردید و گفتیم «و هو الاستیلاء علی ما للغير من حق او مال»، در حقیقت مستفاد از این تعریف آن است که مستولی علیه (چیزی که بر آن استیلاء پیدا شده) فقط یا مال است و یا حق. اگر بخواهیم به‌ظاهر تعریف مذکور توجه داشته باشیم، بلااشکال اشخاص از تحت این تعریف بیرون هستند، برای اینکه استیلاء «علی ما للغير من حق او مال» نیست بلکه اینجا «استیلاء علی الغير» است و اشخاص از این تعریف قطعاً خارج هستند. برای آنکه در تعریف نیامده که غاصب، استیلاء بر اشخاص پیدا کند، بلکه استیلاء پیدا کند بر مال غیر یا استیلاء پیدا بکند بر حق غیر؛ اما اشکال در آن است که مستند این تعریف چیست؟ آیا

آیه یا روایتی داریم که غضب را منحصر در مال و حق دانسته باشد؟ آیا عقل قطعی خالی از هرگونه شائبه حکم می‌کند که بدین شکل باشد؟ اگر آیه و یا روایتی در کار باشد که شارع این‌گونه فرموده باشند برای ما به نحو قطعی حجت است و ما ملزم هستیم مطابق آن عمل کنیم، یعنی اگر فرض کنیم این تعریف مستفاد از یک آیه قرآن یا روایت صحیحی بود، ظاهر این تعریف استیلاء بر شخص را قطعاً دلالت نداشت، اما این تعریفی که برای غضب آمده است از آیه یا روایت و یا حکم عقل قطعی استفاده نشده است و حال که چنین است می‌توانیم بگوییم که اگر استیلاء بر حق غیر، پدیدآور عنوان غضب است و نیز استیلاء بر مال غیر، پدیدآورنده عنوان غضب است، چرا استیلاء بر خود شخص محقق عنوان غضب نباشد؟ کلمه غضب را که فقها در مورد مسأله به‌کاربرده‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ۷۵/۱۸؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، کتاب الغضب، ۸) و عنوان مسأله را «لو استولی علی حر» گذاشته‌اند (امام خمینی، بی تا ۱۷۴/۲)، تصرف هم که در معنای غضب معتبر نیست و در برخی موارد نظیر زندانی کردن شخص، تصرف هم که هست که فقها قید حبس را نیز آورده‌اند (امام خمینی، همان) اینجا عنوان غضب تحقق‌یافته است، چه دلیلی دارد که بگوییم این غضب نیست؟ در میان فقها ظاهراً مسلم گرفته‌اند که مال مغضوب باید مالیت داشته باشد، یا مثلاً متعلق حق غیر باشد، این دلیل از کجا استفاده می‌شود که مال غضب شده باید مال باشد. اگر می‌خواهند بفرمایند چون مال نیست دیگر ضمان ندارد، می‌گوییم که مگر در باب قتل گفته نمی‌شود که اگر قتل، عمدی باشد، قاتل یا باید قصاص شود یا دیه بپردازد - البته عفو نیز در مسأله قصاص وجود دارد که محل بحث ما نیست - و اگر قتل از نوع شبه عمد باشد، قاتل خودش باید دیه را بپردازد و دیگر مسأله قصاص مطرح نیست و دیه هم بر عهده شخص دیگر نیست و اگر قتل خطای محض باشد اینجا فقط دیه ثابت می‌شود ولی بر عهده «عاقله» است که دیه را بپردازد (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۳/۳۲۱)، پس فقها به‌طور اجمال در رابطه با قتل مسأله ضمان

را مطرح کرده‌اند، ولی دیه آن چیزی است که در مقابل نفس و جان پرداخته می‌شود. در این مسأله ما می‌گوییم که چه فرقی می‌کند کسی، شخص دیگری را با قتل شبه عمد یا خطای محض به قتل برساند یا اینکه مسلط بر او شود و او را حبس کند و آن شخص در آنجا از بین برود؟ این‌ها چه فرقی با همدیگر دارند؟ ظاهراً فرقی ندارد و غاصب ضامن است ولی فقها بر روی این مسأله مالیت تأکید دارند، مثلاً محقق رشتی می‌گوید که عنوان ید بر شخص حر تعلق نمی‌گیرد و بعد هم نتیجه می‌گیرد که پس به منافعش هم تعلق نمی‌گیرد (میرزا حبیب الله رشتی، بی‌تا، ۱۲). بحث ما نیز در همین است که این عنوان مالیت از کجا در تحقق عنوان غصب شرطیت پیدا کرده است. شاید بدین خاطر است که غصب غالباً بر اموال محقق می‌شود ولی اینکه غصب غالباً در مورد اموال است، باعث نمی‌شود که بگوییم غصب اشخاص، غصب نیست و عجیب‌تر آنکه بگوییم عنوان غصب به وجود آمده است ولی ضمان وجود ندارد. البته ما در مسأله ادعای اولویت داریم و می‌گوییم، فقها که می‌فرمایند اگر کسی بر مال شخص دیگر استیلاء پیدا کند یا به حق شخص دیگر استیلاء پیدا کند، غصب است، اگر به خود شخص استیلاء پیدا کند به طریق اولی غصب است و هرکجا که غصب باشد، ضمان هم در پی آن می‌آید. غصب اموال قدر متقین از غصب است و از مصادیق روشن و رایج است اما فقها برای آن «حد» مشخص کرده‌اند و می‌فرمایند: معنای غصب «الاستیلاء علی مال الغیر» است، باینکه می‌بینیم در رابطه با اشخاص در موارد سه‌گانه قتل، ضمان در کار است، چرا به عنوان غصب ضمان نباشد. عرف هم استیلاء بر شخص را غصب می‌داند و در صورت تلف شخص غاصب را ضامن می‌داند؛ بنابراین ما در تعریف غصب می‌گوییم «هو الاستیلاء علی الغیر شخصاً او مالاً او حقاً».

۷-۱. اجماع فقها بر شرطیت قید مالیت در تعریف غصب

گفتیم که در مورد اجماع، آیه، روایت و یا یک حکم عقلی قطعی وجود ندارد که غصب را منحصر در اموال و حقوق بداند، اما ممکن است که کسی در مسأله ادعای اجماع داشته باشد؛ زیرا کسی را نمی‌شناسیم که در مسأله مخالفت کرده باشد. اجماع در اصطلاح علمای اصول به چند معنا بیان شده است:

الف) اجماع عبارت از آن است که فقهای اسلام بر حکمی از احکام شرعی، اتفاق نظر داشته باشند.

ب) اجماع یعنی اتفاق و اجتماع اهل حل و عقد.

ج) اتفاق امت پیامبر (ص) بر حکمی از احکام شرعی.

گرچه در تعاریف مذکور و سایر تعاریفات درباره اجماع از تعبیرات گوناگونی بهره برده‌اند، لیکن قدر جامع میان این تعبیرات آن است که کسانی که نظرشان در اثبات احکام شرعی دارای ارزش و اعتبار است بر یک نظر اتفاق داشته باشند، بنابراین مردم عادی و عوام استثنا می‌شوند، برای اینکه نظر این افراد برای اثبات احکام شرعی فاقد ارزش است، بلکه آنان تابع عالمان و صاحب‌نظران هستند (مظفر، ۱۳۷۵، ۹۷/۲). علمای امامیه معتقدند که اجماع از ادله اثبات احکام شرعی بوده و حجت برای اثبات احکام شرعی است. اجماع نزد فقهای عامه و نیز فقیهان امامیه حجت بوده، اما یک تفاوت اساسی و جوهری میان این دو طایفه در این باب وجود دارد و آن اینکه علما و بزرگان از اهل سنت برای اجماع اصالت و استقلال قائل بوده و آن را یک دلیل مستقل برای استنباط احکام می‌دانند (محمدی، بی تا، ۳۸۳/۱)، اما حکم اجماع نزد فقهای امامیه بدین شکل نیست، بلکه فقهای امامیه همگی اتفاق نظر دارند که ارزش اجماع به کاشفیت آن از رأی قطعی امام معصوم (ع) است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ۲۸۸). بدین سان هرگونه اتفاق نظری که کشف از رأی معصوم بکند دارای ارزش بوده، هرچند اجماع به معنی اصطلاحی آن نباشد و هرچند

مورد اتفاق همه باشد. حکم مسأله در محل بحث ما نیز بدین شکل است که نمی‌توان ادعا کرد که حکم فقها به شرطیت وجود مال و حق برای تحقق عنوان غصب، کشف قطعی از قول معصوم (ع) دارد؛ زیرا چنین ادعائی بی‌دلیل بوده و راهی برای اثبات آن وجود ندارد.

۷-۲. غصب منافع اشخاص

اگر شخص غاصب بر شخص دیگر استیلاء پیدا کند و مثلاً او را حبس بکند، حال‌اگر در این مدت منافع این شخص غصب شده از بین برود، آیا غاصب ضامن است یا خیر؟ البته اگر غاصب از شخص دیگر استیفای منفعتی بکند، مثلاً او را مجبور کند که برای او کار بکند در این مورد، قطعاً بر مبنای اتلاف و تسبیب، شخص غاصب، ضامن است. برای توضیح بهتر مطلب ابتدا باید مطالبی را در مورد اجیر خاص و اجیر عام ذکر کنیم. اجیر خاص آن است که منفعت مطلق و یا مخصوصش را در اختیار شخص دیگر (مستأجر) قرار می‌دهد، مانند آنکه کسی خیاطی را استخدام می‌کند که در طول یک ماه برای او کار بکند (سید یزدی، ۱۴۰۹، ۶۹۰/۲). اجیری که به شکل اجیر خاص برای شخص دیگر کار می‌کند این حق را ندارد که در همان زمان برای شخص دیگری یا حتی برای خودش کار بکند چه به شکل اجاره یا مثلاً جعاله و غیره، مگر آنکه آن عمل منافاتی با حق مستأجر نداشته باشد، نظیر اجرای یک عقد یا یک ایقاع. اجیر عام نیز مثل همین خیاط‌هایی است که همه به آن‌ها مراجعه می‌کنند و پارچه‌ای را برای دوختن به آن‌ها می‌دهند و این‌طور نیست که منفعت خاص را از او مالک شوند. حال اگر شخص غاصب یک اجیر خاص را غصب کند و بر او استیلاء پیدا کند در اینجا بدون هیچ اشکالی نسبت به کسی که منفعت این اجیر ملک او بوده است ضامن خواهد بود. در حقیقت در این مورد غصب مال و منفعت روی داده است و باعث از بین رفتن منفعت متعلق به مالک شده است؛ اما بحث

آنجاست که شخص غصب شده، اجیر کسی هم نباشد، یک فرد عادی را حبس کرده و بر او استیلاء پیدا نموده است و فرض کنیم یک یا چند ماه هم در حبس مانده است. حالا نسبت به منافع این شخص، در این مدت که در حبس بوده آیا ضمانی در کار هست و یا خیر؟ مرحوم سید در حاشیه مکاسب سه احتمال را ذکر کرده‌اند (سید یزدی، ۱۴۲۱، ۵۵/۱). فقها در مورد منفعت بنده و عبد قائل بدان هستند که تقویت منافع عبد ضمان دارد. حال وجه اول آن است که بگوییم عمل حر با عبد چه فرق دارد؟ اگر یک عبد را مثلاً یک ماه حبس کردند، ضامن هستند پس اگر شخص حر را نیز غصب بکنند، ضمان وجود دارد و فرقی میان عمل عبد و عمل حر نمی‌بینیم. همان‌طور که عمل عبد مال است، عمل حر نیز مال است هرچند که روی آن معاوضه هم نشده باشد و اجیر کسی نباشد. احتمال دوم که ایشان ذکر کرده‌اند آن است که بگوییم عمل شخص حر اصلاً مال نیست و در عرف بر آن عنوان مال اطلاق نمی‌شود. احتمال سوم آن است که تفصیل قائل شویم میان کسی که دارای کسب‌وکار و درآمد است و هرروز آن شغل برای او منفعی را داراست و بالفعل کسب دارد و کسی که کسب‌وکاری ندارد و منفعتی را هم دارا نیست و بگوییم که عرف برای کسی که دارای کسب‌وکار است ضمان قائل است و به اصطلاح منافع آن مالیت دارد برخلاف کسی که هیچ کسب‌وکاری ندارد که منفعتی برای او داشته باشد؛ اما برخی دیگر از فقها معتقدند که عمل شخص حر مورد غصب واقع نمی‌شود (امام خمینی، بی تا، ۱۷۴/۲؛ محقق ثانی، ۲۵۵/۲؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ۱۸۶/۲). این تفصیل مرحوم سید یزدی موجه به نظر می‌رسد و می‌توان مطابق این تفصیل نظر داد. خود ایشان نیز تمایل به همین احتمال سوم دارند (سید یزدی، ۱۴۲۱، ۵۵/۱). احتمال اول نیز با توجه به قاعده (الغاصب یؤخذ به اشق الاحوال)، خالی از قوت نیست. هرچند این قاعده را شیخ انصاری قبول ندارند و معتقدند که مأخذ واضحی ندارد (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ۲۷۱/۳) ولی مفاد این دلیل در میان فقها و حقوقدانان رواج دارد.

۸. نتیجه گیری

بنابر آنچه بیان شد به خوبی می توان دریافت که در فقه اسلامی، شرط مال و یا حق بودن مغضوب به عنوان یک اصل مسلم پذیرفته شده است و تمامی فقها در مقام تعریف غصب عنصر مالیت را مطرح نموده اند. در هر حال با توجه به مستندات فوق می توان گفت که غصب فقط در مورد اموال تحقق پیدا نمی کند. درست است که غصب، غالباً در مورد اموال اتفاق می افتد ولی این شیوع باعث نمی شود که در مورد مسئولیت مدنی ناشی از غصب اشخاص، تردید روا داریم. با توجه به تعاریف مذکور که در مورد غصب ذکر گردید و ایرادات آن بیان شد در پایان نتیجه آن است که غصب شامل اشخاص نیز می شود و می توان بعد از تحقق عنوان غصب حکم به ضمان غاصب نمود. در مورد منافع شخص غصب شده نیز نظر بر مسئولیت غاصب داده شده است.

منابع

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین (۱۴۰۹)، «کفایه الاصول»، در یک جلد، قم، موسسه آل البیت علیهم السلام.
- ابن ادریس، محمد بن منصور (۱۴۱۰)، «السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی»، جلد سوم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم (۱۴۱۴)، «لسان العرب»، جلد اول، بیروت، دار الفکر.
- اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳)، «مجمع الفائده و البرهان»، جلد دهم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- امامی، سید حسن (۱۳۹۱)، «حقوق مدنی»، جلد اول، چاپ بیست و چهارم، تهران،

انتشارات اسلامیه.

- انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵)، «المکاسب»، جلد سوم، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد چهارم، چاپ سوم، تهران، گنج دانش.
- حائری طباطبایی، سید علی بن محمد (۱۴۱۸)، «ریاض المسائل»، جلد چهاردهم، قم، مؤسسه آل البیت.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، «وسائل الشیعه»، جلد نوزدهم و بیست و پنجم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
- حسینی عاملی، سید جواد (۱۴۱۹)، «مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه»، جلد هجدهم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- خمینی، سید روح الله موسوی (بی تا)، «تحریر الوسیله»، جلد دوم، چاپ اول، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم.
- خوانساری، سیداحمد بن یوسف (۱۴۰۵)، «جامع المدارک فی شرح مختصر النافع»، جلد پنجم، چاپ اول، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- رشتی، میرزا حبیب الله (بی تا)، «کتاب الغصب»، در یک جلد، بی جا، بی نا.
- سبزواری، محمدباقر (۱۴۲۳)، «کفایه الاحکام»، جلد دوم، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- سیوری، فاضل مقداد (۱۴۰۴)، «التفیح الرائع لمختصر الشرایع»، جلد دوم، چاپ اول، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۰)، «اللمعه الدمشقیه»، در یک جلد، چاپ اول، بیروت، دارالتراث-الدار الإسلامیه.

- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۲)، «الروضه البهیة»، جلد دوم، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ----- (۱۴۱۳)، «مسالك الأفهام الی تنقیح شرایع الاسلام»، جلد دوازدهم، چاپ اول، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن (۱۴۰۷)، «الخلاف»، جلد سوم، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ----- (۱۳۸۷)، «المبسوط فی فقه الإمامیه»، جلد سوم، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویه.
- ----- (۱۴۱۳)، «قواعد الأحکام فی معرفه الحلال والحرام»، جلد دوم، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن (۱۳۸۷)، «ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد»، جلد دوم، مؤسسه اسماعیلیان.
- کاشف الغطا، حسن بن جعفر (۱۴۲۲)، «انوار الفقاهه- کتاب الغصب»، در یک جلد، مؤسسه کاشف الغطا.
- کاشف الغطا، محمدحسین (۱۳۵۹)، «تحریر المجله»، جلد سوم، نجف، المکتبه المرتضویه.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، «عقود معین»، جلد چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- ----- (۱۳۹۰)، «مسئولیت مدنی»، جلد دوم، تهران، دانشگاه تهران.
- محقق ثانی، علی بن حسین (۱۴۱۴)، «جامع المقاصد فی شرح القواعد»، جلد دوم و ششم، مؤسسه آل‌البت علیهم‌السلام.
- محقق حلی، نجم‌الدین (۱۴۰۸)، «شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام»، جلد سوم، مؤسسه اسماعیلیان.

- ----- (۱۴۱۸)، «المختصر النافع»، جلد دوم، قم، مؤسسه المطبوعات الدينيه.
- محمدی، علی (بی تا)، «شرح اصول استنباط»، جلد دوم، قم، دارالفکر.
- مظفر، محمدرضا (۱۳۷۵)، «اصول الفقه»، جلد دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴)، «جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام»، جلد سی وهفتم، بیروت، دار إحياء التراث العربی.
- واسطی، زبیدی (۱۴۱۴)، «تاج العروس من جواهر القاموس»، جلد سوم، بیروت، دارالفکر.
- یزدی، سید محمدکاظم طباطبائی (۱۴۰۹)، «العروه الوثقی»، جلد دوم، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
- ----- (۱۴۱۲)، «حاشیه المکاسب»، جلد اول، قم، مؤسسه اسماعیلیان.

تشریفات دیپلماتیک و ضمانت اجرای آن

نادیا عطاران*

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین الملل دانشگاه شهید اشرفی اصفهانی

چکیده

تشریفات دیپلماتیک از دیرباز در میان ملل متمدن وجود داشته است و در تسهیل و توسعه روابط بین کشورها مؤثر بوده است. رعایت نزاکت و ادب جز لاینفک برقراری هر نوع ارتباطی است که در روابط بین سران دولت‌ها اهمیتی صد چندان می‌یابد. برخی معتقدند تشریفات هزینه زیادی را بر کشورها تحمیل می‌کند، اما در مقابل باید اظهار داشت مسلماً کشوری که برای تشریفات هزینه می‌کند از طریق رسانه‌ها وجهه بهتری از حیث امنیت، رفاه و ثروت از کشور خود نشان می‌دهد. در اوایل انقلاب ایران نیز موجی در مخالفت با تشریفات برخاست و حتی یکی از پست‌های کنسولی ایران در خارج، طی نامه‌ای به وزارت امور خارجه پیشنهاد کرده بود «اداره تشریفات» منحل، و به جای آن «اداره ضد تشریفات» تاسیس گردد. تشریفات در ایران به عنوان کشوری که روابط گسترده بین‌المللی دارد بسیار حائز اهمیت می‌باشد. در این مقاله به اهمیت تشریفات و عواقب رعایت نکردن آن پرداخته شده است.

واژگان کلیدی: تشریفات دیپلماتیک، دیپلماسی، عمل متقابل.

مقدمه

مسأله تشریفات مربوط به وجهه دولت‌ها و مقامات است و به دلیل حاکمیت برابر کشورها باید به صورت متقابل انجام شود، لذا همه کشورها نهایت تلاش خود را به کار می‌گیرند که تشریفات دیپلماتیک را برای مقامات سایر کشورها به عمل آورند تا به دلیل عمل متقابل وجهه بین‌المللی آنها مخدوش نشود. بنابراین تشریفات فنی است که همه دیپلمات‌ها باید بیاموزند تا بتوانند از حیثیت ملی کشور خود در مجامع بین‌المللی دفاع کنند. لازم به ذکر است که همیشه دولتهای انقلابی در آغاز با تشریفات به مبارزه برخاسته‌اند، اما با گذشت زمان به لزوم آن پی‌برده و آن را رعایت کرده‌اند. کشور ایران هم پس از انقلاب ۵۷ دچار همین مشکل شد و مفهوم تشریفات با تجملات یکی فرض شد، اما پس از چند سال مسؤولان به این نتیجه رسیدند که تشریفات می‌تواند چه نقش حیاتی در روابط خارجی بازی کند. در این مقاله سعی شده است به منشاء تشریفات، ضرورت و ضمانت‌اجرای زیرپا گذاشتن آن پرداخته شود.

۱. مفاهیم و پیش‌زمینه‌های تشریفات دیپلماتیک

تشریفات دیپلماتیک در واقع آداب و اصولی است که در روابط دیپلماتیک کشورها باید رعایت گردد و در قرن حاضر با توجه به گسترش روزافزون روابط دیپلماتیک بین کشورها لزوم توجه به این مسأله به‌طور گسترده‌ای در حال افزایش است که در مطالب بعدی به بررسی این موضوع می‌پردازیم و آثار آن را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱-۱. واژه شناسی پروتکل

اصطلاح پروتکل از کلمه لاتین *protocollum* مشتق شده است و به معنی کتابی است که

مدارک عمومی در آن ثبت می‌شد و بعداً به معنای نحوه بیرون کشیدن این مدارک و در دیپلماسی به معنای ثبت پیش‌نویس کنفرانس‌ها نیز به کار برده شده است. همچنین به مفهوم شیوه‌هایی است که وزارت امور خارجه باید در مکاتبات رعایت کند و نیز پیش‌نویس مدارک دیپلماتیک شامل موافقت‌نامه‌ها، قراردادها و اعلامیه‌ها و مقاله‌نامه‌ها اطلاق شده است. در فرانسه دفتر تشریفات اداره‌ای است که مسئولیت تهیه این اوراق و اجرای مراسم مربوط را به عهده دارد. در انگلستان این لغت بین اداره تشریفات و اداره معاهدات و تابعیت تقسیم شده است. پروتکل اشکال و مراسم و آدابی است که وسیله دیپلماتها و روسای کشور باید رعایت شود. همچنین نسخه اول هر قرارداد قبل از تصویب و یا هر پیش‌نویس مقدماتی پروتکل خوانده می‌شود (معصومی، ۱۳۶۷، ۱۰).

۲-۱. تعریف تشریفات

تشریفات دیپلماتیک مجموعه قواعد و مقرراتی است که ریشه در نزاکت دارد و در روابط بین دولت‌ها، روسای کشورها، نمایندگان حکومت‌ها، دیپلمات‌ها و بین وزارت امور خارجه و نمایندگی‌های خارجی و همچنین در مجامع و کنفرانس‌های بین‌المللی اعمال می‌شود. در تشریفات دیپلماتیک زورگویی و قدرت‌نمایی حکومت نمی‌کند، بلکه ادب بر آن حاکم است. تشریفات محیط را برای تماس نمایندگان دولت‌ها آماده می‌کند، روابط دولت‌ها را با یکدیگر آسان می‌سازد و بالمال موجب نزدیکی دولت‌ها و ملت‌ها می‌شود (ذوالعین، ۱۳۸۱، ۱۶ و ۱۷).

۳-۱. ضرورت تشریفات دیپلماتیک

عده‌ای امور تشریفات را مقرراتی زاید و سبب‌کننده امور دانسته‌اند و آنرا ساخته و پرداخته افکار قرون گذشته می‌شمارند. در صورتی که کشورهایی که مدعی تجدیدخواهی

زیاد از اندازه هستند و به گفته خودشان علیه این خرافات انقلاب کردند، پس از چندی رسوم و آدابی را که در اول گذارده بودند لازم دیده و دوباره تشریفاتی حتی بیشتر از سابق برگزیدند. اغلب مردم غیر آشنا به محیط سیاست و روابط بین‌المللی تشریفات را یک نوع کار و مراسم پوسیده قدیمی و بیهوده می‌دانند و تصور می‌کنند که غیر از پوشیدن لباسهای غیر عادی و ناراحت و شرکت در مجالس پذیرایی سرد و خسته کننده و به‌جا آوردن تعارفات پوچ چیز دیگری نیست. ولی اگر توجه کنیم که در روابط بین‌المللی و در برخورد نمایندگان سیاسی کشورها در مکاتبات سیاسی بین دول اصول ثابتی وجود دارد که همان تشریفات یعنی پروتکل و اتیکت است و این اصول مورد قبول همگی است به اندازه‌ای که هرگاه دقیقاً و کاملاً رعایت نشود ممکن است موجب تولید تیرگی در روابط بین‌دول گردد، آنگاه به جنبه بسیار حساس تشریفات پی خواهیم برد. نباید فراموش کرد که مأمور یا نماینده سیاسی به اصطلاح دیپلمات، در هر رتبه و مقامی باشد از همان لحظه اول که به کشور محل مأموریت خود وارد می‌شود، باید رعایت تمام اصول تشریفات را از ساده‌ترین آن که گذاشتن کارت ویزیت است تا دشوارترین آن که مذاکرات و مکاتبات سیاسی است دقیقاً انجام دهد، وگرنه هر قدر هم که اطلاعات و معلوماتش وسیع باشد نمی‌تواند با مأمورین دولت محل و سایر دیپلمات‌ها ارتباط نزدیک پیدا کند و وظایف خود را آنطور که باید انجام دهد (معصومی، پیشین، ۱۱).

در نشان دادن ضرورت تشریفات کافی است گفته شود که اقوال و اعمال دیپلماتها و مقامات دولتی، در یک مجمع خصوصی که در آن قواعد تشریفاتی رعایت نشده و جنبه رسمی ندارد، قابل استناد نیست و حتی می‌توان بعداً آن گفتار یا کردار را تکذیب کرد، بدون آنکه این انکار و تکذیب مسئولیتی ایجاد کند و یا عواقب حقوقی و یا سیاسی داشته باشد و اما، اقوال و افعال یک دیپلمات یا مقام دولتی اگر در محیط رسمی که با تشریفات همراه است اظهار یا ظاهر شود، مثلاً اگر مطلبی در پشت تریبون اجتماعی

رسمی گفته، یا در متن یادداشت سفارت‌خانه‌ای نوشته شود، تعهد به وجود می‌آورد و از نظر حقوقی قابل استناد است؛ بنابراین تشریفات، ناظر بر گفتار و کردار هر دیپلمات بوده و به آنها ارزش و اعتبار و رسمیت می‌دهد (ذوالعین، پیشین، ۲۰).

۱-۴. اهمیت تشریفات در دیپلماسی

دیپلماسی را هنر یا حرفه اداره روابط بین‌المللی و یا کاردانی و مهارت در رفتار با مردم تعریف کرده‌اند. شاید بتوان تعریف ذیل را که مورد قبول اکثریت حقوقدانان است کاملتر از بقیه تعاریف دانست:

دیپلماسی رویه‌ای است برای ایجاد روابط دیپلماتیک و حل و فصل امور و مسائل بین‌المللی از طریق مذاکره و گفت‌وگو.

اینجاست که اهمیت دیپلمات به عنوان عنصر اصلی اجرای دیپلماسی مورد توجه قرار می‌گیرد و قابلیت‌های فردی میدان بازی می‌یابد. یکی از آثار مشهود دیپلماسی جدید، اتکای زیاده از حد آن به افکار عمومی و تغییر در کیفیت ارتباط و زبان دیپلماتیک بین کشورها است. آنچه که امروز به نام دیپلماسی کلاسیک از آن یاد می‌کنیم، تماسها و ارتباطات به زبان خاصی که با نزاکت و متتهای ادب توأم بود، برقرار می‌شد. «سرهاولد نیکلسون» در یکی از کتب ممتاز خود به نام دیپلماسی با گردآوری جملات و اصطلاحات ویژه، نشان می‌دهد که چگونه سخت‌ترین مواضع را می‌توان در قالب تعارفات مؤدبانه دیپلماتیک به آگاهی طرف مقابل رسانید. مثالهای زیر که در اصطلاحات دیپلماتیک گذشته متداول بوده و کم و بیش نیز امروزه به وسیله کشورهای سنتی استفاده می‌شود، معرف خوبی برای نزاکت سیاسی است:

مثلاً وقتی سفیر انگلیس در ملاقاتی با وزیر امور خارجه کشور دیگر اظهار می‌دارد که دولت متبوعش با نگرانی (یا نگرانی شدید) به مسأله‌ای توجه دارد، در حقیقت منظورش

این است که دولت انگلیس در نظر دارد موضع بسیار قاطعی در برخورد با موضوع مورد نظر اتخاذ نماید. یا مثلاً وقتی گفته می‌شود که دولتی احساس می‌کند که ناگزیر از اتخاذ موضع مجدد است، به این معنی است که «حالت مودت دو کشور در شرف تبدیل به وضعیت تخاصم» است. هنگامی که سفیر یا فرستاده دولتی، نظر مشروط خود را ارایه می‌کند، این مفهوم را می‌دهد که دولت متبوعش موافق آن امر نیست. وقتی سفیر کشوری اظهار می‌دارد که دولت متبوعش «مدعی آزادی عمل» در موردی است، در حقیقت تهدیدی را تداعی می‌کند که به موجب آن برای خنثی کردن آثار سیاست یا خط مشی کشور دیگر، که با منافع او در تضاد است، دست به اقدام مقتضی خواهد زد.

نزاکت لفظی آمیخته با تهدیدهای فوق را تقریباً تمام دیپلمات‌ها و مقامات سیاسی خارجی کشورها درک می‌کنند، لکن ادراک افراد عادی و متعارف از آنها چیز دیگری است و همان مفاهیم و مقاصد را تداعی نمی‌کند. به همین ترتیب است که متعاقب انقلاب‌های مردمی که اوضاع جامعه کلاً زیورور می‌شود و افراد ناآگاه به این ظرافت‌ها و الفاظ و ارائه مواضع تلویحی، امور کشور را به دست می‌گیرند، به طور طبیعی به صورت یک دیپلماسی باز همراه با شعار و داد و قال کشانیده می‌شوند. این درست همان اتفاقی است که بعد از انقلاب کبیر فرانسه در ۱۷۸۹ و انقلاب اکتبر ۱۹۱۷ روسیه و ایران در روزهای اول بعد از انقلاب اسلامی ۱۳۵۷ شاهد بودیم. امروزه در پشت تریبون‌های سازمان ملل متحد و کنفرانس‌های بین‌المللی، حرمت کلام و نزاکت سیاسی چندان رعایت نمی‌شود و سخنرانان در هر فرصتی از بالای سر دولتها، مستقیماً ملت‌ها را مخاطب قرار می‌دهند. این تاکتیک تبلیغاتی، نقش دوگانه‌ای را ایفا می‌کند: اول اینکه دولت‌ها با اعلام مواضع خود به وسیله نمایندگان، در داخل کشورها، کسب وجهه و پرستیژ می‌کنند و دوم اینکه طرفداران آن حکومتها را در خارج تقویت می‌کند. لازم به تذکر است که اتخاذ چنین مواضع و بیرون از آداب و نزاکت عرفی دیپلماتیک، ناشی از

جهالت یا بی‌مبالاتی دیپلمات‌ها نیست، بلکه کل این تحول متأثر از شکستن شاخص‌های عرفی دیپلماسی کلاسیک و ظهور موج رفتار در روابط بین‌الملل است. در روال دیپلماسی قدیم یا کلاسیک، نزاکت و ادب دیپلماتیک، حتی بین دولت‌های دشمن، امری متداول بود. در این مورد، اشاره به واقعه‌ای خالی از لطف و فایده نیست. نقل شده است: که در خلال جنگ جهانی اول، هنگامی که سفیر وقت آلمان در ترکیه در بیرون شهر مشغول شکار مرغابی بود، تصادفاً سفرای روس و انگلیس نیز کمی دورتر در آن منطقه به تفنن سرگرم بودند. در تعقیب و گریز پرندگان، سفیر آلمان منطقه‌ای که در شعاع برد تیر سفرای دول متخاصم قرار داشت، چند مرغابی شکار کرد. لکن وقتی سفیر آلمان متوجه موضوع شد، لذت این شکار مبدل به تلخی گردید و از اینکه به حریم شکار دو سفیر دیگر تجاوز کرده است، فوق‌العاده ناراحت شد، به طوری که در مراجعت به مقر سفارت، بلافاصله طی یک یادداشت که از طریق سفیر یک کشور بی‌طرف به سفرای روس و انگلیس فرستاد، رسماً از عمل خود پوزش خواست.

این نزاکت در دیپلماسی کلاسیک جز رسوم متداول بود. ناگفته پیداست که در دیپلماسی جدید، اقدام به عمل مشابهی، در افکار عمومی، در حکم یک خیانت به مصالح و حیثیت ملی قلمداد می‌گردد. در دیپلماسی قدیم برخوردهای غیر رسمی و اجتماعی، فوق‌العاده مطلوب و زمینه ساز برای حل مشکلات فی‌مابین دولت‌ها به شمار می‌آمد، لکن در دیپلماسی جدید، وجود رقابتهای شدید و منافع متضاد بین دو بلوک شرق و غرب، شرایطی را به وجود آورده است که نمایندگان و فرستاده‌ها و سفرا و دیپلماتها همواره با سوظن، از برخوردهای اجتماعی و ملاقات‌های غیر رسمی امتناع و استنکاف می‌کنند و نگرانند که مبدا در شرایط و موقعیتی قرار گیرند که ناگزیر از دادن اطلاعات شده یا به دام‌های ماهرانه‌ای که حریف برای آنان گسترده است، گرفتار شوند (اصغرکاظمی، ۱۳۷۰، ۲۸ و ۲۹).

۱-۵. پیش زمینه تاریخی تشریفات دیپلماتیک

قواعد و مقررات تشریفاتی، عموماً ریشه تاریخی دارند و با گذشت قرن‌ها و مرور زمان تکوین یافته‌اند. در متون قدیم ایرانی و خارجی به مقرراتی از تشریفاتی برخورد می‌شود که گویی هم امروز نوشته شده‌اند. در حال حاضر، قواعد و مقررات تشریفات دیپلماتیک بعضی منشاء داخلی و بعضی دیگر منشاء بین‌المللی دارند. تشریفات دیپلماتیک که به قوانین و مقررات داخلی کشورها مربوط است، عبارتند از: تعیین پرچم، سرود رسمی، روز رسمی، جشن‌ها و عزاداری‌ها، عناوین رسمی، مراسم تسلیم استوارنامه، تعیین مأموران دیپلماتیک، تنظیم فهرست تقدم مقامات داخلی و بسیاری مسائل دیگر.

تشریفات دیپلماتیک که منشاء بین‌المللی دارد، مانند نظم تقدم دیپلماتیک، طبقه‌بندی نمایندگان دیپلماتیک، مصونیت‌ها و مزایای دیپلماتیک، قواعد و رسوم پذیرایی‌های رسمی، وضع کنسول‌ها و موضوعات بسیار دیگر که بعضی به صورت عرف و نزاکت و بعضی دیگر در قالب کنوانسیون‌ها، از طرف بسیاری کشورها پذیرفته شده و جنبه بین‌المللی پیدا کرده است. این توده انبوه از مطالب و قواعد و مقررات، که نه در ظاهر و نه در باطن، ارتباطی چندان با هم ندارند، مجموعاً موضوع تشریفات دیپلماتیک را تشکیل می‌دهند (ذوالعین، پیشین، ۲۷).

۱-۵-۱. سیر تحول تشریفات و حقوق دیپلماتیک در حقوق بین‌الملل

تاریخ یونان و روم در ضمن بیان حوادث مربوط به ایران نمونه‌هایی از دقت و مراقبت ایرانیان در کار اعزام یا پذیرایی سفرا به دست می‌دهد که هریک در مورد خود شایان توجه است. به نقل از کتاب سیاست‌عامه ارسطو آمده است: ای اسکندر بدان که ایرانیان به فال نیک و بد معتقدند. پس در روابط خود با ایشان این نکته را مراعات فرمای، چه این اقدام بایی از بختیاری است. اگر سفیر نزد ایشان می‌فرستی کسی را که چشم راست

او ناقص باشد گسیل مدار، چه این را به فال نیک نمی‌گیرند و معتقدند که چشم راست از آن خورشید است. پس هرگاه سفیر تو نزد آنان حاضر شد باید آنچه می‌تواند را بستاند ولی چیزی به آنها ندهد، و به او دستور دهد که سر خود را نخارد و با دست به آنان اشاره ننماید و بار اول که او را دعوت به نشستن کردند ننشیند، چه ایشان از این کار می‌رنجند و به سبب آن از تو پرهیز می‌کنند و باید هر چه گفتند سفیر تو در پاسخ نه گوید مگر آنچه بدیهی و آشکار باشد (معصومی، پیشین، ۱۵).

۱-۵-۱-۱. تشریفات در ایران قبل و بعد از اسلام

تشریفات از دیرباز در کشور ما وجود داشته است لیکن در سیر تحولاتی که کشور ما پشت سر گذاشته، دچار دگرگونی‌هایی شده است.

۱-۵-۱-۱-۱. تخت جمشید، محل برگزاری تشریفات هخامنشی (تشریفات در

دوران قبل از اسلام)

در زمان داریوش یکم، مراسم نوروز در تخت جمشید برگزار می‌شد. داریوش بزرگ در حدود ۵۱۸ ق.م. صخره بزرگی را در حدود شمال غرب کوه مهر (کوه رحمت) برگزید تا کوشک شاهانه‌ای بر روی آن بنا نهد، وی و پسرش خشیارشا، و پسرزاده‌اش اردشیر یکم، بناهای با شکوه تخت جمشید را بر آنجا بنا کردند. براین نکته باید تأکید کرد که هدف داریوش بزرگ از ساختن این کوشک در سرزمین فارس، ساختن یک پایتخت اداری و سیاسی نبوده، زیرا که این مکان از مرکز دولت دور بود، بلکه می‌خواسته است مرکزی برای برگزاری مراسم تشریفاتی ایرانی باشد. ارنست هرتسفلد (Ernst Herzfeld) که در سالهای ۱۹۳۰ در تخت جمشید حفاری می‌کرد، عقیده داشت که

«تخت جمشید تنها در مواقع برگزاری مراسم و تشریفاتی خاص از آن استفاده می‌شده است» از جمله جشن نوروز که در یکی از کاخ‌های تخت جمشید، یعنی کاخ آپادانا برگزار می‌شد.

کاخ آپادانا از قدیمی‌ترین کاخ‌های تخت جمشید به فرمان داریوش بزرگ بنا شد و محل پذیرش نمایندگان کشورهای وابسته به حضور پادشاه در جریان جشن نوروز بود. این کاخ در شمال و شرق دارای دو مجموعه پلکان است. مجموعه شرقی خود از دو پلکان شمالی و جنوبی تشکیل شده است و نقوش حجاری شده‌ای را در دیوار کناره خود دارند. پلکان رو به شمال نقش‌هایی از فرماندهان عالی‌رتبه نظامی مادی و پارسی دارد و در جلوی فرماندهان نظامی افراد گارد جاویدان در حال ادای احترام دیده می‌شوند (www.protocolportal.com).

ارتباطات خارجی در ایران دوره باستان معمول بوده است، اما این ارتباط نه توانست تشکیلاتی دیپلماتیک بسازد و نه آدابی منسجم. با فروپاشی حکومت ساسانی به عنوان یک حکومت متمرکز، دوره‌ای از پراکندگی و استیلاء دودمان‌ها بر تاریخ ایران حکمفرما گردید. این دوره که از هنگام تصرف ایران زمان خلیفه دوم و در امتداد آن زمان خلفای بعدی نیز تداوم یافت با چیرگی دو حکومت اسلامی یکی اموی و دیگری عباسی مشخص می‌گردد. از زمان خلفای عباسی و به طور مشخص مأمون عباسی، حکومت خاندان‌های ایرانی تحت نظر خلیفه و با گرفتن مشروعیت حکومت از وی، دوباره احیاء شد. در این دوره طولانی دودمان‌های زیادی هم‌زمان و یا با فاصله اندکی از هم با این شیوه حکومت‌داری، حکمروایی کردند. دوره مذکور به سبب آمد و شد دودمان‌ها و در نبود حکومت مرکزی به لحاظ دیپلماسی و ارتباط خارجی چندان غنی نیست. هر چند در دربار خلفا، سفرایی در حال آمد و رفت بوده‌اند، لکن به لحاظ آداب، به علت نبود روابط خارجی گسترده، تشریفات مدونی نیز وجود نداشت. ایلیخانان آغازگران ارتباطات

خارجی با اروپاییان در دوره میانه ایران شدند و این ارتباط در دروره تیموریان و صفویان نیز تداوم یافت (www.political.ir).

پایه‌های اساسی روابط بین‌الملل پس از به وجود آمدن دولت-ملت‌ها در اروپا و بعد از قرارداد وستفاليا (۱۶۴۸م) ریخته شد. در ایران دوره صفوی نیز که معاصر همین دوران است با گسترش روابط خارجی و ارتباط با کشورهای اروپایی که از دوره ایلخانان آغاز شده بود به منظور در امان ماندن از حملات و دسیسه‌های دو همسایه قدرتمند عثمانی و ازبک، حجم مناسبات خارجی فزونی یافت و حکومت صفویه در ارتباط با غرب و سفرای آن آدابی را به رسم احترام و مهمان‌نوازی انجام می‌دادند. شرایط زمانی و بافت دینی و سنتی جامعه عصر صفوی مانع از آن شد که چرخشی در آداب دیپلماتیک و زمینه‌ای جهت تأسیس تشکیلاتی منسجم پدید آید تا تشریفات موجود را در قالب سازمانی منظم ساماندهی کند. امور دیپلماتیک این دوره را رأس هرم حکومت یعنی شاه و سپس صدراعظم وی هدایت می‌کردند. آداب دیپلماتیک با وجود تحول همچنان سنتی و فاقد تشکیلات بود. این روند در دوره افشاریه و زندیه دو حکومت حائل بین فروپاشی صفویه و برآمدن قاجاریه نیز تداوم یافت (مسجدی آرای، ۱۳۹۱، ۱۰).

۱-۵-۲. پس از ظهور اسلام در ایران (تشریفات در دوران بعد از اسلام)

از پیامبر (ص) در خبر آمده است: هرگاه پیکی نزد من می‌فرستید باید خوش سیما و خوش اندام باشد. دانایان گفته‌اند سه چیز دلالت بر سه چیز دیگر دارد: هدیه بر هدیه دهنده و نوشته بر نویسنده و فرستاده بر فرستنده. اعراب که از دوره نفوذ دولت ساسانی در جزیره العرب با آداب و رسوم ایرانی آشنایی داشتند و در دربار ملوک حیره و یمن همان تشریفات را به جا می‌آوردند، در دربار مداین متداول بود. پس از ظهور اسلام و تشکیل خلافت عباسی به وسیله رجال و آثار ایرانی با ترتیبات کشورداری ساسانیان

آشنا تر شدند و در زمان منصور و هارون و مأمون کارنامه‌ها و دستورها و سرگذشت پادشاهان ایران و آداب متداول دربار ایشان از راه ترجمه‌های ابن مقفع و ابان لاحقی و مترجمین دیگر سرمشق کار و رفتار و گفتار خویش قرار دادند و بدان دل بستگی فراوان داشتند (معصومی، پیشین، ۱۶).

۲. تشریفات دیپلماتیک در قواعد حقوق بین‌الملل

تشریفات فنی است که باید همه دیپلمات‌ها بیاموزند. اکثر قواعد و رسوم تشریفاتی بین‌المللی بوده و عرفی است و از قبل تعیین شده است. هیچ دولتی نباید به میل خود در آن دخل و تصرفی کند. مگر در حدی که مجاز است و عرف تشریفاتی حدود آن را در صلاحیت دولتها می‌داند.

۲-۱. توجه به نقش باورها و اعتقادات در تشریفات دیپلماتیک

پذیرایی از دیپلمات‌های برخی کشورها شرایط و ملاحظات خاص خود را دارد. دیپلمات‌های ایرانی حتی از حضور در ضیافت‌هایی که مشروبات الکلی صرف می‌شود خودداری می‌کنند و از دست دادن با زنان امتناع می‌ورزند. البته فقط ایرانی نیستند که چنین رویکردی دارند. در پذیرایی از مهمانان بودایی و به خصوص هندو سعی می‌شود خیلی از گوشت قرمز استفاده نشود. غیر از این موارد البته ملاحظات دیگری هم وجود دارد. برخی جزئیات حتی نوع پوشش حضور در ضیافت‌ها و مراسم رسمی یا رغبت یا بی‌رغبتی در دیدار از اماکن خاص در برگزاری آنها تأثیرگذار است. چند سال پیش بود که سفیر احمدی نژاد به ترکیه مسأله سازشد و عبدالله گل، همتای ترک او برای اینکه اسیر تشریفات دیدار از مقبره آتاتورک که ایرانی‌ها همواره از آن سرباز می‌زنند، نشود به جای استقبال از او به استانبول رفت. در سال ۷۸ هم که رئیس‌جمهور وقت ایران به فرانسه

سفر کرد، بنا به درخواست او پاریس قبول کرد تنها برای یک بار در طول تاریخ خود برخلاف پروتکل تشریفات از قرار دادن نوشیدنی الکلی روی میز شام صرف نظر کرده و به جای آن از مهمانان با قهوه پذیرایی کند امری که با اعتراض برخی مطبوعات فرانسوی روبه رو شد (سادات، ۱۳۹۳، ۱۰).

احترام مابین کشورها می‌بایست متقابل باشد. شکی نیست که هر ملتی عرف و باورهای مخصوص به خود را داراست و نمی‌شود انتظار داشت که سران کشورها به اعتقادات و تشریفات دیپلماتیک کشوری احترام بگذارند، بدون اینکه این کشور هیچ‌گونه تلاشی برای احترام به باورهای آنان داشته باشد.

۲-۲. ضمانت اجرای تشریفات

تحقیقات نشان داده است تنها در بخش معاملات تجاری، سالانه ۲۰ درصد از این معاملات به دلیل عدم رعایت آداب و تشریفات به هم می‌خورد. مثلاً در اروپا رسم این است که وقتی هیأت تجاری وارد کشور می‌شود، میزبان هیأت میهمان را به ضیافت ناهار یا شام دعوت می‌کند. در طول ضیافت، قاعده این است که میهمان نباید شروع کننده بحث تجاری باشد، میهمان باید منتظر بماند تا میزبان بحث را شروع کند، اگر این کار را نکند آداب را رعایت نکرده و میزبان آزرده خاطر می‌شود. دیپلمات‌ها و مقامات باید با آداب آشنا شوند تا اعتماد به نفس داشته باشند و اگر آشنا نباشند ممکن است اشتباه کنند. مثلاً در هنگام نشستن باید دکمه‌های کت باز و در هنگام ایستادن یا سخنرانی باید دکمه‌های کت بسته باشد. حال اگر کسی در حالی که دکمه‌های کتش باز است سخنرانی کند، نشانه این است که مسائل جدی را مطرح نمی‌کند و حضار حرف‌های او را جدی نمی‌گیرند.

علی بن ابی طالب (ع) لباس وصله‌دار می‌پوشیدند، اما ایشان در رابطه با آداب حضور

در میهمانی و دیدار با دیگران می‌فرمایند: «وقتی به دیدار دوستت می‌روی، خودت را زینت کن». زینت به معنای اینکه آراسته باش، لباس مرتب بپوش، موهایت را شانه بزنی و کفش تمیز بپوش حالا در صحنه بین‌المللی هم همین مطلب را داریم. ما می‌گوییم وقتی در کنفرانس‌های بین‌المللی شرکت می‌کنید، لباس مرتب و مناسب با فضای جلسه بپوشید (بیدارمغز، ۱۳۸۹).

۲-۲-۱. کدورت در روابط کشورها (نقش تشریفات بین کشورهای دارای حالت خصمانه)

اشتباهات و سهل‌انگاری‌هایی که در ادارات دیگر و در مسائل غیرتشریفاتی روی می‌دهد معمولاً قابل چشم‌پوشی و جبران است، در صورتی که همین اشتباهات و سهل‌انگاری‌ها اگر در تشریفات واقع شود، بازتاب وسیع پیدا می‌کند و حتی ممکن است کدورت در سطح روابط کشورها به وجود آورد.

سفارت چین به وزارت امورخارجه اطلاع داد که هواپیمایی جنگ شیایوپینگ، زمامدار چین، در راه رفتن به سازمان ملل متحد در نیویورک، بر سر راه، مدتی در فرودگاه مهرآباد بر زمین خواهد نشست و تقاضا شد که تسهیلات و تشریفات لازم در مدت توقف در فرودگاه فراهم شود. این یادداشت به شاه رسید. دستور داده شد که در فرودگاه از طرف وزارت امورخارجه احترامات و تشریفات لازم و شایسته صورت گیرد. این دستور طی نامه‌ای به قائم مقام وزارت امورخارجه ابلاغ شد ولی بدون توجه در میان سایر نامه‌ها مفقود گردید و فراموش شد و به اداره تشریفات هم اطلاعی نرسید. هواپیما در ساعت مقرر در فرودگاه نشست ولی جز سفیر چین و اعضایش کسی در فرودگاه نبود. سفارت چین روز بعد طی یادداشتی که به وزارت امورخارجه فرستاد از این عدم

توجه گله کرد. خبر به شاه رسید و دستور اکید برای رسیدگی داده شد. قائم مقام وزیر امور خارجه به تقصیر خود اعتراف کرد و برای جبران، در راه مراجعت هواپیما، در فرودگاه از زمامدار چین استقبال و بدرقه شایسته به عمل آمد. از دلایل حساس بودن امور تشریفاتی این است که گاه مسائل دور از ذهن، ممکن است مشکل ساز شود و عواقب ناخوشایند در پی داشته باشد، بدون آنکه واقعاً بتوان کوتاهی در این موارد را متوجه شخصی یا تشکیلاتی دانست (ذوالعین، پیشین، ۲۵).

شاید باور این که پوشیدن و نپوشیدن کت و شلوار روابط دو کشور را با چالش مواجه کند کمی سخت باشد، اما واقعیت این است که داشتن لباس مناسب در مناسبت‌های دیپلماتیک موضوعی مهم است. به عنوان مثال برخی به نحوه پوشش لوئیس اوناسیو لولا داسیلوا، رئیس جمهور پیشین برزیل در سفر به ایران ایراد گرفتند. لولا در سفر به ایران بر خلاف عرف دیپلماتیک لباس پوشیده بود. او در مراسم استقبال، در میان تعجب حاضران، بدون کت و با پیراهنی آستین کوتاه حضور یافت. طبق عرف تشریفات دیپلماتیک حتی در مراسم تقدیم استوارنامه نیز سفیر باید از میان سه نوع لباسی که کشور میزبان تعیین می‌کند برای پوشش خود استفاده کند و تنها لباس‌های ملی از این مسأله مستثنا هستند. همین مسأله بظاهر ساده باعث شد بسیاری به این مسأله اعتراض کرده و از آن به عنوان توهینی به شأن و جایگاه کشورمان یاد کنند (سادات، ۱۳۹۱، ۱۰).

۲-۲-۲. عمل متقابل در تشریفات دیپلماتیک

عمل متقابل یا معامله به مثل، عملی است که یک دولت در مقابل عمل دولت دیگری انجام می‌دهد و عمل اخیر کاملاً مشابه رفتاری است که از دولت اولی سر زده بوده است. عملی که به موجب معامله به مثل می‌شود غیرقانونی و نامشروع نمی‌باشد و اعمال کننده در انجام آن واجد صلاحیت قانونی است. با این وجود طرف مقابل ممکن است آن را

ناعادلانه و غیرمنصفانه تلقی کند. ضمن این‌که به هر حال دست زدن به عمل متقابل اقدامی غیردوستانه است. کلمه معادل عمل متقابل یا معامله به مثل در زبان انگلیسی retorsion است (شه‌وری، ۱۳۸۱، ۱۶۵). رعایت ترتیب تقدم میهمانان، بر سر میز غذا، از اهمیت خاصی برخوردار است و عدم رعایت آن به میهمان حق اعتراض می‌دهد. اعتراض ممکن است به صورت های مختلف ظاهر شود. ترک کردن میز غذا حداکثر اعتراض است و اصولاً جز موارد خاص نباید به چنین عملی دست زد؛ زیرا توهین جبران ناپذیر نسبت به میزبان تلقی می‌شود. همیشه احتمال آن است که عدم رعایت تقدم از طرف میزبان، ناخواسته و ناشی از اشتباه او یا دستیارانش باشد. معمول‌ترین نحوه اعتراض، امتناع از خوردن سوپ یا پیش‌غذا است و این روش ملایم و مؤدبانه برای نشان دادن اعتراض است. پس از سوپ باید در صرف غذا با سایرین همراهی کرد (ذوالعین، پیشین، ۲۰۰).

۲-۲-۳. جنجال رسانه‌ای در تشریفات دیپلماتیک

گاه ناآشنایی با پروتکل‌های تشریفات، دردسرساز و دستمایه رسانه‌ها می‌شود تا با پرداختن به آنها جنجال به پا کنند. خودداری از فشردن دستی که به سوی کسی دراز می‌شود، یک نوع توهین و تحقیر به شمار می‌آید. در هیأت جمهوری اسلامی ایران که حامل پیام امام خمینی برای گورباچف بود، یک زن نیز شرکت داشت. طی مراسمی که در کاخ کرملین برای آنان ترتیب داده شده بود، بانویی که عضو هیأت جمهوری اسلامی ایران بود، در برابر دوربین‌های تلویزیونی، از دست دادن به گورباچف، که دست خود را پیش آورده بود، امتناع کرد و این صحنه در تلویزیون‌های سراسر جهان پخش گردید و بارها تکرار شد. گرچه این عمل، از نظر اسلامی مجاز می‌نماید و نفس عمل درست و منطبق با رسوم تشریفات جمهوری اسلامی است، ولی از نظر تشریفات، عملی غیر قابل

بخشش است. تقصیر این واقعه را باید به گردن تشریفات ایران و سفارت جمهوری اسلامی در مسکو گذاشت که از قبل روش خاص جمهوری اسلامی ایران را در این مورد به اطلاع مقامات شوروی نرسانده بود (ذوالعین، پیشین، ۱۴۸ و ۱۴۹). وقتی فرانسوا اولاند، رئیس جمهور جدید فرانسه برای اولین بار به آلمان سفر کرد، رفتار او مورد توجه خاص رسانه‌ها قرار گرفت که معتقد بودند اولاند از دیپلماسی و عرف بین الملل بی‌اطلاع است. هنگامی که اولاند در بدو ورود در محل استقبال از خودروی تشریفاتی پیاده شد و به دیدار آنگلا مرکل، صدراعظم آلمان رفت، به قدری در برابر یگان موسیقی که سرود ملی دو کشور را می‌نواختند، توقف کرد که مرکل مجبور شد با اشاره دست، وی را از آنجا دور کند. سپس اولاند روی فرش قرمز مسیر اشتباه را طی کرد و مرکل تقریباً او را به سوی دیگر هول داد تا او مسیر صحیح را در پیش گیرد. این گاف اولاند مورد توجه ویژه خبرنگاران قرار گرفت (سادات، پیشین، ۱۰).

۳. نتیجه گیری

تشریفات دیپلماتیک جز لاینفک دیپلماسی در دنیای امروز است و به کشوری که به آن اهمیت می‌دهد روابط خارجی موفق‌تری را تجربه می‌کند. عدم رعایت اصولی از تشریفات که مورد قبول جامعه بین‌المللی است باعث طرد شدن از جامعه بین‌المللی می‌شود. با طرد شدن از جامعه بین‌المللی فرصت‌های سیاسی و اقتصادی و فرهنگی بسیاری از دست خواهد رفت. رعایت اصول تشریفاتی به معنای چشم‌پوشی و یا نادیده انگاشتن آداب و رسوم و اعتقادات مذهبی نیست، بلکه تشریفات باید تلفیقی از سنت‌های مذهبی و ملی و اصول تشریفات بین‌المللی باشد. در دنیای امروز رعایت نکردن تشریفات می‌تواند مسئولیت سنگینی برای کشورها به وجود آورد، از جمله مقابله به مثل، به خطر افتادن وجهه آن کشور در نظر جهانیان و.... پس تشریفات می‌تواند یک فرصت برای

پیشرفت کشورها در سطح بین‌المللی باشد نه یک هزینه گزاف از جیب دولت‌ها.

منابع

الف) کتب و مقالات

- اصغر کاظمی، سیدعلی (۱۳۷۰)، «دیپلماسی نوین در عصر دگرگونی در روابط بین‌المللی»، چاپ اول، تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
- بیدار مغز، محمد علی (۱۳۸۹)، «آداب، اتیکت و ترتیبات تشریفات»، مدیریت ارتباطات، شماره ۶.
- ذوالعین، پرویز (۱۳۸۱)، «تشریفات دیپلماتیک»، تهران، میزان.
- سادات، رضا (۲۳ مرداد ۱۳۹۱)، «تشریفات آبروی بین‌المللی»، جام جم.
- شه‌وری، احمد (۱۳۸۱)، «تشریفات و دیپلماسی عملی در جمهوری اسلامی ایران»، تهران، اداره کل تشریفات وزارت امور خارجه.
- مسجد آرای، مصطفی (۲۳ مرداد ۱۳۹۳)، «تجملی که از نان شب واجب‌تر است»، جام جم.
- معصومی، محمدعلی (۱۳۶۷)، «سیر تحول تشریفات و حقوق دیپلماتیک در روابط بین‌المللی»، رساله ارتقا مقام، تهران.

ب) اینترنتی

- <http://www.protocolportal.com/tarikh.php>
- <http://political.ir/post-988.aspx>
- <http://jahannews.com/.rpra.html>

بررسی جرایم عقیم و محال

فاطمه آل محمد*

دانشجوی دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه شیراز

چکیده

در ارتکاب هر جرمی، مراحل منظم و متوالی از فعل و انفعالات ذهنی و مادی طی می‌شود. در طی این مسیر تحقق مدارج همیشه مقرون به موفقیت و تحصیل فرجام نیست و فرد ممکن است به‌علل متفاوت درونی و یا بیرونی ناکام بماند. در این راستا قانون‌گذاران کشورهای مختلف با تمییز بین این مراحل و با لحاظ ویژگی‌های خاص، نوع خطر متوجه نظم عمومی و منافع افراد و میزان درجه خطرناکی و شخصیت مجرمانه مرتکب، به جرم‌انگاری و تعیین مجازات می‌پردازند. عناوین عقیم و محال، عناوینی هستند که در این مسیر بر دو مقطع اطلاق می‌شوند که هدف تحقیق این بوده است تا جایگاه این دو را در حقوق کیفری ایران مورد بررسی قرار دهد. در این راستا ابتدا سعی شده است تا تعریفی مناسب از عناوین مذکور ارائه گردد؛ چراکه با توجه به اختلا نظر در این مقوله اتخاذ تعریف مورد نظر می‌توانست در بررسی جایگاه، مسیر تفکر نگارنده را تغییر دهد؛ همچنین بررسی موضع فقه نیز در این راستا کاملاً موثر بود. مورد دیگری که در این مقاله بر نتیجه تأثیر داشت موضعی بود که حقوق فرانسه و انگلستان در سیر قانونگذاری خود اتخاذ کرده بودند. مهم‌ترین ملاکی که در راستای رسیدن به هدف مذکور مدنظر قرار گرفت سیر قانونگذاری کشورمان بود که از قانون ۱۳۰۴ تا قانون ۱۳۹۲

بررسی شد و چنین بر می آید که در قانون فعلی، قانون‌گذار در جهت رفع نواقص قوانین سابق جرایم محال و عقیم را جرم‌انگاری نموده و قابل مجازات می‌داند.

واژگان کلیدی: جرم عقیم، جرم محال، جرم‌انگاری.

مقدمه

اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، اقتضا دارد که کلیه مقنین در مقام قانون‌گذاری ب‌طور شفاف و واضح اقدام به جرم‌انگاری و تعیین مجازات‌های مربوط نمایند و به این طریق آزادی‌های افراد جامعه و شهروندان را آن‌طور که شایسته و بایسته‌ی آن می‌باشد تأمین نمایند. به‌طور قطع، عدم توجه مقنین به این مقوله از آنجا که با آزادی افراد در ارتباط می‌باشد، موجب بدبینی و عدم اطمینان به دستگاه قضا و حکومت در معنای اعم کلمه می‌شود و زمینه‌های اعتراض و آشوب را فراهم می‌کند.

در زمینه جرم محال و عقیم نیز، قانون‌گذار در طول سیر قانون‌گذاری که در این مقاله به‌طور مفصل بررسی می‌شود، همواره از تعیین خط‌مشی واحد و شفاف عاجز بوده است، به‌طوری‌که از ابتدائی‌ترین قانون‌گذاری تا قانون فعلی، گاه قانون‌گذار این دو مورد را به رسمیت شناخته است و به‌نظر می‌رسد تعیین مجازات نیز نموده است؛ گاه به‌طور مبهم با این موارد برخورد کرده است ولی قرائنی را به‌جای گذاشته است که در مقام تعیین تکلیف می‌توان از این قرائن استفاده نمود؛ گاه قانون‌گذار مسأله را به سکوت واگذار کرده است و موجب سرگردانی و ابهام هر چه بیشتر شده است و گاه نیز باید گفت قانون‌گذار خود ندانسته که بالاخره تصمیم به جرم شناختن این موارد دارد یا خیر. این نحوه از قانون‌گذاری که متأسفانه بیشتر در حقوق کشور ما مشاهده می‌شود؛ می‌تواند از سویی ناشی از عدم تخصص قانونگذاران در تدوین قانون باشد که با

کپی برداری از قوانین دیگر کشورها به خصوص فرانسه، بدون توجه به مبنای آن کشورها در جرم شناختن اعمال، پرداخته است و از سوی دیگر می‌تواند ناشی از عدم توجه کافی به قانون‌گذاری جزایی در ایران باشد؛ که در بررسی تصویب یک قانون جزایی به این نارسایی‌ها پی خواهیم برد. خوشبختانه در قانون حاضر این نقیصه در مورد جرایم عقیم و محال تا حدودی برطرف گردیده است.

در این مقاله، هر چند موضوع اصلی بررسی جایگاه جرم عقیم و محال در حقوق ایران است و شاید توقع این باشد که تمام مطالب نیز در همین حول قرار گیرد؛ ولی با توجه به اسلامی بودن حقوق جزای ایران این نیاز احساس شده است که در مواردی گذری نیز در فقه زده شود، همچنین از آنجا که قانون‌گذاری ما معمولاً اقتباس از قانون جزای فرانسه می‌باشد، بررسی رویه کشور مذکور می‌تواند در خصوص درک بهتر موضع و جایگاه جرایم عقیم و محال در ایران مثمرتر باشد.

۱. جرم محال

محال در لغت به معنای ناشدنی، بیهوده و دست‌نیافتنی آمده است (معین، ۱۳۸۱، ۷۳۵)، در اصطلاح نیز جرم محال نزدیک به معنای لغوی می‌باشد (www.dadkhahi.net/wiki/index.php) در خصوص جرم محال تعاریف متفاوتی از سوی حقوقدانان ارائه شده است که البته به نظر می‌رسد از نظر ماهیت، تفاوت‌ها اندک باشد:

برخی (علی آبادی، ۱۳۶۹، ۱۴۴)، جرم محال را این‌گونه تعریف کرده‌اند «وقتی مقصود فاعل اساساً تحقق نباشد در این صورت بر اعمال او جرم محال اطلاق می‌شود». برخی دیگر (اردبیلی، ۱۳۸۷، ۲۲۶) جرم محال را با شیوه دقیق‌تری و با ذکر مثال تعریف نموده‌اند «جرم محال هنگامی است که فاعل با قصد ارتکاب جرم تمام کوشش خود را به کار برده است، مسیر مجرمانه را تا آخر پیموده است لکن از مساعی خود به

نتیجه‌ای دست نیافته است؛ مانند کسی که به قصد قتل دیگری، گردی را به تصور این که سم است، در لیوان او می‌ریزد ولی بعداً معلوم می‌شود که این گرد کشنده نبوده است و مؤثر واقع نشده است».

برخی دیگر (محسنی، ۱۳۷۵، ۱۸۸) جرم محال را با ذکر مثال ارائه داده و از ارائه تعریف دقیق اجتناب نموده‌اند؛ «می‌توان فرض نمود که شخصی شبانگاه برای از بین بردن دشمن خود به خوابگاه وی وارد شده است و او را در رختخواب هدف گلوله قرار دهد؛ لکن شخص اخیر به علت بیزاری از زندگی و قبل از به رخت‌خواب رفتن، مقداری قرص کشنده مصرف نموده و قبل از زمان تیراندازی فوت نموده است».

برخی (گلدوزیان، ۱۳۸۴، ۱۷۵) با این بیان که جرم مذکور در قانون نیامده است از ارائه تعریف خودداری کرده‌اند. برخی دیگر (میرفردی، ۱۳۸۳، ۲۸) جرم محال را صرفاً یک حالت خطرناک ذهنی بر اساس وهم و خیال و بدون طی کردن مسیر مجرمانه تعریف کرده‌اند؛ که ضعف تعریف اخیر نمایان می‌باشد. حقوقدانان اروپایی نیز در تعریف جرم محال گفته‌اند «هرگاه فاعل در نتیجه ناآگاهی، خواه به علت عدم امکان موضوع و خواه به علت عدم تکاپوی وسیله از عمل خود نتیجه‌ای نگیرد مرتکب جرم محال شده است (اردبیلی، همان، ۲۲۶).

از بررسی تعاریف ارائه شده، می‌توان چند شرط را در تحقق جرم محال شناسایی کرد و بر همین مبنا، تعریفی مناسب را ارائه داد:

۱- اراده ارتکاب جرم از همان آغاز مسیر مجرمانه

۲- اتمام عملیات اجرایی جرم

۳- غیرممکن بودن حصول نتیجه مجرمانه از همان آغاز مسیر مجرمانه

برخی (میرفردی، همان) شرط چهارمی را نیز لازم دانسته و معتقد هستند که مجرم می‌بایست از نقص موجود در وسیله یا فقدان موضوع جرم، اطلاعی نداشته باشد. به نظر

می‌رسد که نیازی به این شرط نباشد و لذا با وجود سه شرط پیش می‌توان جرم محال را به حالتی تعریف کرد که مرتکب تمام اعمال اجرایی جرم با نیت و اراده ارتکاب تا انتها می‌پیماید؛ لیکن به دلیل اوضاع و احوالی که خارج از اراده او هستند و از آغاز نیز وجود دارند؛ نتیجه مجرمانه حاصل نمی‌شود.

۱-۱. تقسیم‌بندی جرم محال

در تقسیم‌بندی جرم محال معمولاً دو تقسیم‌بندی عمده و معروف وجود دارد: (۱) تقسیم به جرم محال مطلق و محال نسبی: (نوربها، ۱۳۸۶، ۲۴۱)، این تقسیم‌بندی اولین بار توسط اورتلان (حقوقدان فرانسوی) انجام گرفت. منظور از جرم محال مطلق در این تقسیم‌بندی با توجه به نقشی که وسیله و موضوع در تعریف جرم محال دارند، آن حالتی است که یا موضوع جرم به‌طور کلی وجود ندارد؛ مانند تیراندازی به مرده یا وسیله ارتکاب جرم به‌طور مطلق فاقد اثر است؛ مانند خالی بودن اسلحه در هنگام تیراندازی.

جرم محال نسبی نیز آن حالتی است که امکان وقوع جرم می‌توانست وجود داشته باشد؛ ولی به دلیل اینکه وسیله به‌نحو مؤثری به‌کار نرفته است، نتیجه‌ای حاصل نشده است؛ مانند خارج از تیررس بودن که اگر برد مفید اسلحه زیادتر بود قطعاً نتیجه حاصل می‌شد.

(۲) جرم محال حکمی و محال موضوعی: (نوربها، همان، ۲۴۳)، این تقسیم‌بندی اولین بار توسط دو نفر از حقوقدانان فرانسوی به نام‌های گارو و رو انجام گرفت. منظور از جرم محال حکمی حالتی است که عنصر قانونی مورد حکم قانونگذار وجود ندارد؛ مانند سقط کودکی که مرده متولد شده است. چراکه اصولاً تعریف سقط جنین در قانون شامل حالتی می‌شود که جنین زنده بوده و متولد نیز نشده باشد.

در محال موضوعی، موضوع جرم از لحاظ قانونی قابل تعریف است؛ اما نتیجه‌ای حاصل نشده است مانند شلیک با اسلحه خالی.

۱-۲. بررسی جرم محال در فقه

تقریباً اکثر نویسندگان معتقدند که آنچه در فقه بیش از هر چیز به جرم محال شبیه است، تجری می‌باشد (حبیب‌زاده، ۱۳۷۷، ۴۲). تجری در لغت اعم از عصیان و به معنی جسارت کردن و بی‌شرمی و بی‌پروایی آمده است.

تجری هم شامل فعل و هم ترک فعل می‌باشد و به عبارت دیگر تجری آن است که، کسی قصد ارتکاب جرمی کند و بعد معلوم شود آنچه انجام داده است و قطع به جرم بودن داشته است در واقع جرم نبوده است.

برخی از نویسندگان (فیض، ۱۳۷۰، ۹۱) معتقدند که دامنه جرم تجری بسیار وسیع‌تر است و حالتی را نیز که فرد در مظان تعدی از حدود الهی است مشمول تجری می‌دانند و به نوعی تجری را حالت خطرناک فرد می‌دانند و در حیطة عنصر معنوی وارد می‌کنند. دسته اخیر از نویسندگان حتی معتقدند که جرم تجری، اعم از جرایم ناقص است و حتی در خصوص قانون مجازات اسلامی نیز معتقدند که تجری به معنای احراز حالت خطرناک آمده است و به مواد ۲۱۸، ۲۲۴ قانون مجازات سابق و ۶۱۲ قانون تعزیرات اشاره می‌کنند.

در تجری با توجه به دو جنبه‌ای که دارد یکی از لحاظ عاصی بودن فرد که با علم به قبح، درصدد تحقق برآمده است و دیگری اینکه هیچ مفسده‌ای بر فعل فرد وجود ندارد؛ همواره بین فقها در امکان عقاب آن اختلاف نظر وجود داشته است؛ به طوری که افرادی چون ابن حزم اندلسی در کتاب «الاحکام فی الاصول الاحکام» معتقد به جرم نبودن هستند و اعتقاد دارند که افراد مذکور صرفاً به فضائل و قوانین اسلام توهین کرده‌اند.

شهید اول و مرحوم بجنوردی نیز همین نظر را مورد پذیرش قرار داده‌اند (حیب زاده، همان، ۴۳).

محقق انصاری در کتاب معروف خود «فوائد الاصول» بحث تجری را مطرح کرده: است و آنرا به شش قسمت تقسیم می‌نماید (فیض، همان، ۴۳).

۱- مجرد قصد ارتکاب جرم

۲- قصد تهیه مقدمات و وسایل جرم و به کار گرفتن آنها

۳- قصد شروع کردن به آنچه که معتقد است معصیت است

۴- شروع به آنچه که احتمال جرم دارد و به امید تحقق یافتن جرم

۵- شروع کردن به آن به خاطر این که افتادن در جرم و حرام برای او اهمیتی ندارد.

۶- شروع در کاری به امید آنکه معصیت یا جرم نباشد با ترس از این که معصیت و جرم باشد.

ایشان در ادامه با ذکر اینکه قبح تجری از حیث خبث فاعلی است معتقد به عدم عقاب است.

برخی از حقوقدانان (نوربها، همان، ۲۴۴) نیز که بحث تجری را مورد بررسی قرار داده‌اند؛ معتقدند که آنچه فقها بررسی نموده‌اند و آنچه از تجری مورد نظر ماست متفاوت است؛ چراکه در جرم تجری قصد منجز به ارتکاب فعل حرام مورد نظر است؛ نه بی‌مبالاتی و سهل‌انگاری که در نظریه فقها مطرح شده است.

در نقد این نظر باید گفت که به نظر می‌رسد ایراد دکتر نوربها متوجه محقق انصاری است و از دقت در تقسیم‌بندی شش‌گانه باید گفت که در حقیقت لفظ بی‌مبالاتی یا سهل‌انگاری در نظر وی نیز به معنای مقید نبودن به ضوابط شرعی و بی‌اعتنایی به اوامر و نواهی شارع مقدس می‌باشد؛ لذا نباید این الفاظ را به معنای خاص کلمه و در مقابل قصد منجز قرار داد؛ چراکه اگر به حالات روانی مجرم در طول مسیر مجرمانه توجه

کنیم متوجه می‌شویم که نوعی از بی‌اعتنایی و بی‌پروایی در ذهن شخص نسبت به اوامر و نواهی قانونگذار قبل از ایجاد تمایل مستمر به انجام فعل ایجاد می‌شود؛ به عبارت دیگر ابتدا ارزش و اعتبار قوانین نزد اشخاص از بین رفته و در مرحله بعدی فرد تمایل مستمر به نقض این قانون پیدا می‌کند.

در مقابل نظرات بیان شده، محقق خراسانی در «کفایه الاصول» نظری عکس دارد و معتقد است همان‌گونه که نفس اطاعت از قانون پاداش دارد؛ نفس تجری نیز کیفر دارد؛ وی در ادامه ذکر می‌کند، کسی که دارای نهادی زشت و منشی ناپسند است تا زمانی که در مقام اظهار بر نیامده است، هرچند درخور نکوهش است ولی کیفر ندارد. مرحوم نایینی و محقق سبزواری نیز قائل به حرمت تجری بوده‌اند و این عمل را قابل عقاب می‌دانستند (حبیب‌زاده، همان، ۱۳).

بحث از تجری در میان حقوقدانان نیز مطرح شده است: برخی از حقوقدانان (معتد، ۱۳۲۱، ۲۶۹) معتقد هستند تجری با قصد ارتکاب جرم با جرم وهمی قابل مقایسه است؛ هرچند تفاوت‌هایی نیز می‌توانند با هم داشته باشند؛ برطبق این نظر چنانچه شخصی به علت جهل به قوانین، عملی را که مشروع است؛ با اعتقاد به اینکه جرم است، انجام دهد یا چنانچه در اثر اشتباه در یکی از عناصر تشکیل‌دهنده جرم خاصی، تصور کند که مرتکب جرم شده است؛ در صورتی که عمل مزبور فاقد عنوان مجرمانه باشد، جرم وهمی است.

برخی دیگر (گرجی، ۱۳۸۲، ۱۱۲) مفهوم تجری را گسترش داده و معتقد هستند، هر کس قصد سوء خود را، به نحوی ابراز کند؛ ولی به هر نحو به نتیجه مقصود نرسد، مرتکب تجری شده است و در صورت مصلحت نیز می‌توان این اشخاص را تعزیر کرد. به نظر این عده آنچه در لسان فقها از تجری مطرح است، بیش از هر چیز به جرم محال شبیه است و نمی‌توان به جرم عقیم و شروع به جرم نیز آن را تسری داد؛ چون به عنوان

مثال در شروع به جرم فرد حقیقتاً وارد عملیات اجرایی جرم شده است. به‌عنوان نتیجه‌گیری از بحث جرم محال در فقه باید گفت که فقهای امامیه عموماً رغبتی به مجازات متجری نداشته‌اند؛ چراکه در شریعت اسلام احترام به حقوق و آزادی‌های اشخاص از اصول اولیه و خدشه‌ناپذیر بوده است و بر این اساس تنها زمانی می‌توان افراد را مجازات کرد، که فعل حرامی را مرتکب شوند و شاید بر همین مبنا بوده است که در حقوق جزای اسلام، جرایم بر اساس عنصر مادی تعریف شده‌اند یا شرکت با عنصر معنوی مورد پذیرش واقع نشده است؛ بلکه تنها زمانی ممکن است که نتیجه مستند به عمل همه افراد باشد.

امام محمد غزالی نیز در این خصوص حالت سه‌گانه‌ای را مورد بررسی قرار داده است که بسیار مفید است، ایشان معتقدند که معصیت در سه حالت می‌باشد:

- ۱- معصیت گذشته، که ما به‌ازاء آن مجازات است.
 - ۲- معصیت حال، که باید نسبت به اقدامات انجام‌یافته مجازات اجرا شود و از تحقق مابقی معصیت جلوگیری به‌عمل آید.
 - ۳- معصیت منتظر، که ظن و گمان نسبت به ارتکاب جرم باشد؛ یعنی حالتی که قرائن و اوضاع و احوال قرینه‌ای بر تمایل مستمر فرد به ارتکاب جرم است؛ به این تمایل مستمر عقده الصرار یا گره اصرار گویند.
- ایشان معتقدند که قدرت حاکمه تنها می‌تواند در قبال چنین فردی اقدامات تدافعی انجام داده و مانع ارتکاب جرم شود؛ ولی حق اعمال مجازات را نسبت به وی ندارد؛ یعنی حداکثر می‌توان آن بخش از تعزیرات را که تنها شامل اقدامات تأمینی و تربیتی بوده و ما به‌ازاء حالت خطرناک می‌باشد اعمال نمود.

۱-۳. جرم محال در حقوق فرانسه

حقوقدانان فرانسوی و به تبع آنها، دیوان کشور فرانسه در قرن ۱۹ با پیروی از عقیده فوئرباخ، حقوقدان آلمانی، از اعمال مجازات در جرایم محال خودداری می‌کردند (نوربها، همان، ۲۶۸)، آنها معتقد بودند که ارتکاب جرم محال هیچ لطمه‌ای به امنیت جامعه وارد نکرده است و یا لاقبل اگر وارد کرده است؛ لطمه ناچیز بوده است و قابل قیاس با صدمات و لطمات ناشی از جرم شروع شده نمی‌باشد (دادبان، ۱۳۸۲، ۳۳۰).

بعدها در حقوق فرانسه حقوقدانانی مانند اورتلان با تقسیم‌بندی جرم محال به محال نسبی و مطلق، قائل به این شدند که جرم محال مطلق قابل مجازات نبوده و تنها باید واکنش‌های جزایی در قبال محال نسبی صورت گیرد (دادبان، همان، ۲۷۰). چراکه در محال مطلق امکان تحقق جرم به‌طور کلی ناممکن است که این ممتنع بودن یا مربوط به خود موضوع جرم است یا مربوط به وسایل به‌کار رفته. در واقع در جرم محال مطلق آنچه رخ داده است، تنها طی کردن یک مسیر مجرمانه خیالی بوده است. این دسته از حقوقدانان، محال نسبی را دارای قرابت زیادی با شروع به جرم دانسته و لذا قابل مجازات می‌دانستند.

رویه قضایی فرانسه نیز تا مدت‌ها این رویه را ملاک عمل قرار داده بود؛ که بعدها مورد انتقاد قرار گرفت (نوربها، همان، ۲۷۱). گارو و رو تفکیک جدیدی را ارائه دادند، که محال را به حکمی و موضوعی تقسیم‌بندی می‌کرد؛ این افراد محال قانونی را به دلیل وهمی بودن، قابل مجازات نمی‌دانستند؛ ولی محال موضوعی را قابل مجازات دانسته، چراکه از لحاظ قانونی موضوع جرم را قابل تعریف می‌دانستند.

در وضعیت فعلی حقوق فرانسه، از تقسیم‌بندی اخیر نیز چشم‌پوشی شده است و با تشبیه جرم محال به شروع به جرم، آن را قابل مجازات می‌دانند (دادبان، همان، ۲۳۲). البته باید توجه داشت که در حقوق فرانسه جرایم بر اساس عنصر معنوی تعریف

شده‌اند و لذا انطباق جرم محال با عملیات شروع به جرم اشکالی را ایجاد نمی‌کند. تنها استثنایی که بر قابل مجازات بودن جرم محال در وضعیت فعلی حقوق فرانسه وجود دارد، این است که اگر وسایل به‌کار برده شده در ارتکاب جرم، ظاهر در فقدان قصد مجرمانه داشته باشد، مانند قصد قتل دیگری با جادوگری، نمی‌توان فرد را مجازات کرد که البته در این مورد نیز توجه به فقدان عنصر معنوی مدنظر بوده است؛ نه رکن مادی جرم. توضیح دیگر این که مجازات شروع به جرم در حقوق فرانسه برابر جرم تام در نظر گرفته شده است معمولاً قضات فرانسوی با فردی کردن مجازات‌ها سعی می‌کنند مجازات را تعدیل کنند.

۱-۴. جرم محال در حقوق انگلستان

برطبق کامن‌لو، جرم محال اعم از اینکه از لحاظ فیزیکی غیرممکن باشد، یعنی به دلیل یک واقعه خارجی نتوان عنصر مادی را به‌پایان رساند و یا از نظر قانونی محال باشد، یعنی بتوان عنصر مادی عمل موردنظر را به اتمام برساند لکن به دلیل حقایقی که برای او ناشناخته است، عمل او عنصر مادی جرم موردنظر را تشکیل نمی‌دهد شروع به جرم تلقی نمی‌گردد (میرمحمد صادقی، ۱۳۷۵، ۵۲).

بخش دوم قانون شروع به جرم‌های جزایی مصوب ۱۹۸۱ مقرر می‌دارد «هر کس ممکن است محکوم به شروع به ارتکاب جرمی که این بخش در مورد آن اعمال می‌شود گردد و حتی اگر وقایع و اوضاع و احوال و اصول به گونه‌ای باشد که ارتکاب جرم غیر ممکن تلقی گردد». این قانون به این معناست که، متهمی که سعی می‌کند رادیوی مسروقه را بخرد در حالی که واقعاً مسروقه نیست، نمی‌تواند مدعی شود که قصد مداخله در یک مال غیرمسروقه را داشته است. (غیرمسروقه بودن رادیو در مجرمانه بودن عمل فرد هیچ‌گونه تأثیری را نداشته است). لکن مجلس اعیان در دعوای اندرسون علیه

تال در سال ۱۹۸۵ برخلاف این قانون حاضر به پیمودن چنین مسیر ذهن گرایانه‌ای نشد و متهمی را که به‌تصور مسروقه بودن یک دستگاه ویدئو که آن‌را خریداری کرده بود از اتهام شروع به جرم مبری دانست.

در این زمان لرد بریج، تمایزی را میان جرایم محال قائل شد که در هیچ‌جای قانون یافت نمی‌شود، وی بین اعمالی که ذاتاً توأم با بیگناهی هستند (مانند موارد فوق) و مجرمانه عمل کردن تفاوت قائل شد.

برطبق نظر ایشان تنها اگر متهم به‌شیوه مجرمانه عمل کند مستحق مجازات خواهد بود (مانند سرقت از یک جیب خالی) که در حقیقت مجرمانه بودن این نحوه از رفتار را نیز مقید به دو شرط نمودند:

- ۱- این نحوه از رفتار به‌وضوح هدف مجرمانه فاعل را نشان می‌دهد.
 - ۲- به‌گونه‌ای انجام شود که برای جامعه به‌طور کلی مرعوب کننده و آزاردهنده باشد؛ در واقع سعی شد تا ایراد صدمه بر حق ایمن بودن دیگری به‌عنوان یک پیش‌شرط لازم در فرمول کلی ایجاد مسئولیت در جرم محال قرار گیرد.
- لکن در سال ۱۹۸۶ در دعوای شیپوری، مجلس اعیان مقرر داشت که مسئولیت کیفری می‌تواند در تمامی موارد شروع به جرم محال وجود داشته باشد؛ به این ترتیب به‌نظر می‌رسد با توجه به قانون شروع به جرم‌های جزایی مصوب ۱۹۸۱ و تصمیم اخیر مجلس اعیان، امروزه مطلق جرایم محال تحت عنوان شروع به جرم قابل مجازات باشد. این رویه می‌تواند نشانگر یک ذهنیت‌گرایی افراطی در حقوق جزای فعلی انگلستان باشد و بر این اساس اگر مردی چتر خود را با تصور این که متعلق به دوست اوست بردارد، ممکن است متهم به شروع به جرم سرقت شود. در نتیجه در حقوق انگلستان بنابر عقیده پاره‌ای از حقوقدانان انگلیسی، جرم اندیشه‌ای نیز قابل مجازات است. مورد دیگر این است که مطابق قانون جزایی، مجازات شروع به جرم به میزان جرم تام است.

۱-۵. سیر قانون‌گذاری و قابلیت مجازات جرم محال

در قانون جزای ۱۳۰۴ در خصوص جرم محال، هیچ ماده خاصی وجود نداشت (www.hoghooghdanan.com/index.php?option) و به سکوت واگذار شده بود و این سکوت قانون‌گذار باعث شده بود که طرفداران تئوری موضوعی به منع تعقیب جرم محال نظر داده و مدافعان تئوری ذهنی نیز آن را قابل مجازات بدانند. برخی (محسنی، همان: ۱۹۱) باتوجه به ماده ۱۷۶ قانون مذکور که مقرر می‌داشت «هرکس عملاً به دیگری ادویه یا مشروباتی دهد که موجب قتل یا مرض یا عجز از کار گردد؛ مثل آن است که به واسطه ضرب و جرح موجب آن شده و همان مجازات را خواهد داشت» اعتقاد داشتند قانون‌گذار زمانی دادن ادویه و مشروبات را قابل مجازات دانسته است که جرم نتیجه‌بخش باشد و لذا از همین استدلال نتیجه می‌گرفتند که جرم محال قابل مجازات نیست.

در آن شرایط اکثر حقوقدانان^۱ فرضیه ذهنی را به‌لحاظ آثار اجتماعی آن و توجه به قصد مجرمانه مرتکب و خطرات ناشی از آن ترجیح داده و مرتکب جرم محال را قابل مجازات می‌دانستند.

وضعیت آشفته آن زمان ادامه داشت تا این که در سال ۱۳۵۲ مقنن در قانون جزای اصلاحی برابر تبصره ماده ۲۰ به مناقشات موجود پایان داد و مقرر داشت «در صورتی که اعمال انجام یافته ارتباط مستقیم با ارتکاب جرم داشته باشد ولی به جهات مادی که مرتکب از آنها بی‌اطلاع بوده، وقوع جرم غیرممکن باشد؛ عمل در حکم شروع به جرم محسوب می‌شود» با این تبصره بود که برخی از حقوقدانان (صانعی، ۱۳۷۱، ۲۹۵) معتقد شدند که مانعی برای تعقیب جرایم محال وجود ندارد. البته برخی دیگر از حقوقدانان

۱. حقوق‌دانانی مانند دکتر صانعی و دکتر علی‌آبادی.

(محسنی، همان، ۱۹۹) نیز در آن زمان معتقد بودند که در تنظیم این تبصره از تئوری عدم امکان حکمی و عدم امکان موضوعی تبعیت شده است؛ چراکه تبصره تصریح کرده بود. «اعمال انجام یافته ارتکاب مستقیم با جرم داشته باشد». و تفسیر صحیح و منطقی کلمات به کار برده شده و به طور مخصوص «جرم» که حاکی از آن بود که اعمال انجام یافته باید جنبه‌ی جرمی داشته باشد را در این راستا می‌دانسته‌اند.

در ادامه قانون‌گذار در سال ۱۳۶۱ در قانون راجع به مجازات اسلامی تبصره ماده ۲۰ را حذف و ماده مذکور را در قالب ماده ۱۵ بیان نمود و به شبهات موجود دامن زد. در سال ۱۳۷۰ نیز در ماده ۴۱ و تبصره‌های آن قانون‌گذار به موجب قانون مجازات اسلامی مباحثی را پیش‌بینی کرد که مورد بررسی قرار می‌گیرد:

ماده ۴۱: هرکس قصد ارتکاب جرمی کند و شروع به اجرای آن کند؛ لکن جرم مذکور واقع نشود؛ چنانچه اقدامات انجام گرفته جرم باشد به مجازات همان جرم محکوم می‌شود.

تبصره ۱: مجرد قصد ارتکاب جرم و عملیات و اقداماتی که فقط مقدمه جرم بوده و ارتباط مستقیم با وقوع جرم نداشته باشد، شروع به جرم نبوده و از این لحاظ قابل مجازات نیست.

تبصره ۲: کسی که شروع به جرمی کرده و به میل خود آن را ترک کند و اقدامات انجام شده جرم باشد از موجبات تخفیف مجازات برخوردار خواهد شد.

همان‌طور که از ماده پیدا است حکم صریحی در خصوص جرم محال پیش‌بینی نشده و این خود باعث ایجاد اختلاف نظر در میان حقوقدانان شده بود:

برخی معتقد بودند (www.dbase.irandoc.ac.ir/00024/00024675.htm) فقدان

متن صریح و اصل تفسیر مضیق قوانین جزایی و اکتفای به قدر متقین در تعیین مصداق برای ماده ۴۱ و منحصر کردن آن به شروع به جرم اقتضا دارد که، جرم محال در همه

اقسام آن غیر قابل مجازات باشد چنان که برخی از حقوقدانان در جرم محال اصولاً مرحله شروع به جرم وجود ندارد؛ تا اینکه مشمول ماده ۴۱ شود.

در مقابل برخی (صالح ولیدی، ۱۳۷۳، ۲۴۷) نظر دادند که مقنن سال ۷۰ با حذف رکن انصراف غیر ارادی از متن ماده و اکتفا به عبارت «جرم منظور واقع نشود» به طور ناگهانه نظام و ساختار حقوقی شروع به جرم اصطلاحی را درهم ریخته و بیشتر در مقام توصیف و بیان حکم جرم محال برآمده است؛ تا شروع به جرم. به این ترتیب حداقل می توان ادعا کرد که ماده ۴۱ قانون سابق، اگر هم از حیث عنوان و متن ناظر به شروع به جرم اصطلاحی می شد جرم محال را هم در بر می گرفت؛ ولی از آنجاکه این ماده برای شروع به جرم کیفر خاصی را در نظر نگرفته بود، مرتکب جرمی محال نیز فقط در صورتی که اقدامات انجام گرفته او عنوان خاص مجرمانه می داشت مجازات می شد؛ نه به خاطر جرم محال ارتكابی. برخی دیگر (اردبیلی، همان، ۲۲۶) در جواب نظر دوم معتقد بودند هر چند قانون گذار با عبارت «لکن جرم منظور واقع نشود» مندرج در ماده ۴۱ این توهم را ایجاد کرده بود که، اگر نتیجه جرم به هر علتی ممتنع بود، عمل مرتکب مشمول ماده می شد؛ ولی هنگامی که شرط دیگر ماده یعنی «شروع به اجرا» را در کنار شرط «عدم وقوع جرم مورد نظر» قرار می دادیم در می یافتیم که مقصود قانون گذار بلا اجرا ماندن جرم یا همان شروع به جرم است؛ وگرنه جرم محال برخلاف شروع به جرم است که به مرحله اجرا درآمده و به مرحله وقوع رسیده است.

به نظر می رسد که در دید ایشان اگر بشود شروع به جرم را مجازات را کرد، شروع به جرم محال را می توان مجازات نمود و ایشان به نحوی قائل به مجازات کردن جرم محال در قالب شروع به جرم است.

برخی از حقوقدانان دیگر (گلدوزیان، همان) جرم محال را مصداق بارز ماده ۴۱ می دانستند و با قاطعیت اعتقاد به قابل مجازات بودن داشتند. برخی دیگر (نوربها، همان،

۲۳۹) معتقد بودند که با توسل به ماده ۴۱ نمی توان به مجازات جرم محال پرداخت و لذا بایستی با توسل به فتاوی معتبر در مقام مجازات جرم محال برآمد که نظر اخیر نسبت به سایر نظرات مرجح می بود. چراکه اصولاً ماده ۴۱ ذیل عنوان شروع به جرم قرار داشت و این خود قرینه ای علاوه بر سایر دلایل ذکر شده در جهت عدم امکان مجازات جرم محال مطابق با قانون سابق بود.

در انتهای این مبحث به بررسی قانون مجازات جدید می پردازیم. در ماده ۱۲۲ این قانون ذیل عنوان شروع به جرم چنین مقرر شده است:

«هرکس قصد ارتکاب جرمی کرده و شروع به اجرای آن نماید؛ لکن به واسطه عامل خارج از اراده او قصدش معلق بماند، به شرح زیر مجازات می شود:

الف: در جرایمی که مجازات قانونی آنها سلب حیات، حبس دائم یا حبس تعزیری درجه یک تا سه است به حبس تعزیری درجه چهار

ب: در جرایمی که مجازات قانونی آنها قطع عضو یا حبس تعزیری درجه چهار است به حبس تعزیری درجه پنج

پ: در جرایمی که مجازات قانونی آنها شلاق حدی یا حبس تعزیری درجه پنج است به حبس تعزیری یا شلاق یا جزای نقدی درجه شش

تبصره: هرگاه رفتار ارتكابی ارتباط مستقیم با ارتكاب جرم داشته، لکن به جهات مادی که مرتکب از آنها بی اطلاع بوده وقوع جرم غیر ممکن باشد، اقدام انجام شده در حکم شروع به جرم است.

به نظر می رسد که اقدام قانون گذار در تدوین ماده مذکور در این قانون از چندین جهت قابل تحسین باشد:

۱- قانون گذار مفهومی به نام شروع جرم را مورد شناسایی قرار داده است و لذا بحث غیرقابل مجازات بودن شروع به جرم در قوانین متفرقه منتفی شده است. چراکه در

گذشته برخی از آنجا که ساختار شروع به جرم اصطلاحی از بین رفته است مفهوم شروع به جرم را در حقوق ایران به رسمیت نمی‌شناختند؛ به همین دلیل معتقد بودند شروع به جرم آمده در سایر قوانین قابل مجازات نمی‌باشد.

۲- قانون‌گذار با یک عقب‌گرد به قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۲ بازگشته و شروع به جرم را به عامل غیر ارادی محدود کرده است و در ماده ۱۲۴ نیز یادآور شده است «هرگاه کسی شروع به جرمی نماید و به ارده خود آنرا ترک کند به اتهام شروع به جرم منظور تعقیب نمی‌شود؛ لکن اگر همان مقدار رفتاری که مرتکب شده است جرم باشد به مجازات آن محکوم می‌شود».

۳- در این ماده مجازات شروع به جرم بر مبنای جرم منظور تفکیک شده است و این می‌تواند رویه‌ای باشد که به عدالت نیز نزدیک‌تر است.

۴- مهم‌ترین نکته در این خصوص اینکه قانون‌گذار در تبصره ماده ۱۲۲ به نوعی جرم محال را به رسمیت شناخته است و مجازات آنرا در حکم شروع به جرم دانسته است که شاید حرکت قانون‌گذار فرانسه و محاکم آن کشور به این سمت در اقدام قانون‌گذار فعلی در قانون جدید بی‌تأثیر نبوده است.

در پایان این مبحث لازم است که بدانیم که حقوقدانان اتفاق نظر دارند که تبصره ماده ۱۲۲ ق.م.ا. ناظر بر جرم محال است (شمس ناتری، ۱۳۹۲، ۲۷۷). لیکن در مورد اینکه کدام یک از انواع جرم محال را در بر می‌گیرد، اختلاف نظر دارند. برخی معتقدند جرم محال حکمی و موضوعی هر دو مشمول حکم تبصره هستند (همان). عده‌ای دیگر بر این باورند که مقنن در تنظیم تبصره مزبور از نظریه عدم امکان حکمی و عدم امکان موضوعی تبعیت نموده است؛ زیرا در تبصره مذکور صراحتاً اشاره شده «اعمال انجام یافته ارتباط مستقیم با ارتکاب جرم داشته باشد...». در تفسیر صحیح و منطقی کلمات به کار برده شده مخصوصاً استعمال واژه «جرم» حاکی از آن است که اعمال انجام‌شده بایستی

واجد عنوان مجرمانه باشد و همان‌طور که می‌دانیم وقتی می‌توانیم عملی را جرم بنامیم که تعاریف قانونی جرم بر آن صادق باشد. تیراندازی به مرده به‌تصور آنکه این شخص زنده است و یا تجویز ادویه به زنی که اصولاً آبستن نیست، نمی‌تواند مشمول عناوین قانونی قتل یا سقط جنین گردد. در این موارد به‌علت کامل نبودن تعریف قانونی، موضوع فاقد عنوان قانونی جرم است و چون در قانون با صراحت به کلمه «جرم» اشاره شده است، تصور می‌شود که مجازات جرم محال حکمی خالی از اشکال نباشد؛ به‌ویژه آن که تفسیر قوانین جزایی به‌طور موسع آن‌هم به‌ضرر متهم جایز نمی‌باشد. بنابراین باید نتیجه گرفت که عدم امکان حکمی قابل تعقیب نیست ولی با توجه به جملات به‌کار برده شده در تبصره مزبور هیچ‌گونه مانعی برای تعقیب جرایم محال موضوعی وجود ندارد. زیرا در این قبیل موارد امکان وقوع جرم از نظر قانونی محتمل بوده و چون مرتکب به جهات مادی از آن بی‌اطلاع بوده لذا مستحق مجازات می‌باشد (محسنی، ۱۳۸۲، ۱۹۹-۲۰۰).

به‌نظر می‌رسد با توجه به‌ظاهر تبصره که ارتباط مستقیم رفتار ارتكابی با «جرم» موردنظر را ضروری دانسته و مقرر داشته که فقط به‌دلایل مادی وقوع جرم غیر ممکن باشد، مقنن به تقسیم‌بندی جرم محال مطلق و نسبی نظری نداشته و محال حکمی را نیز از وصف مجرمانه خارج نموده و فقط محال موضوعی نسبی را در حکم شروع به جرم قرار داده است.

۲. جرم عقیم

عقیم در لسان عرب عقم یا عقم نامیده شده و به‌معنای «هزمه تقع فی الرحم فلا تقبل الولد» آمده است یعنی گودی و فرورفتگی واقع در رحم که مانع از پذیرش فرزند می‌گردد (طباطبایی، ۱۳۶۶، ۴۵۱) در لغت فارسی به‌معنای گندزدایی، نازایی و بی‌حاصلی

آمده است.

در تعریف جرم عقیم برخی (اردبیلی، همان، ۲۲۷) از ارائه تعریف اجتناب کرده‌اند و به‌ذکر مثال اکتفا نموده‌اند و به قیاس با عناوین مشابه پرداخته‌اند. برخی دیگر (باهری، ۱۳۴۰، ۲۵۵) آن را به این شکل تعریف کرده‌اند «جرم وقتی عقیم است که با وجود خاتمه عملیات مجرمانه، قصد مجرمانه بی‌اثر بماند» به‌نظر می‌رسد تعریف مطرح شده تعریف مانعی نباشد و از این لحاظ بر آن ایراد وارد باشد. برخی دیگر (گلدوزیان، همان، ۱۷۷؛ نوربها، همان، ۲۳۷) بر این هستند که وقتی جرم عقیم است که «به‌واسطه عدم مهارت مرتکب یا یک عامل خارجی که اراده در آن مداخلت نداشته، واقع نگردد و وجه ممیز آن از شروع به جرم در این است که در جرم عقیم عملیات اجرایی به پایان می‌رسد لکن جرم منظور واقع نمی‌گردد؛ ولی در شروع به جرم به پایان نمی‌رسد». بقیه حقوقدانان نیز در نوشته‌های خود تعاریفی را ارائه داده‌اند که به‌یکی از این تعاریف بر می‌گردد و لذا از تکرار آنها در این مبحث اجتناب می‌نماییم و در انتهای این مبحث تعریف ارائه شده از سوی دکتر گلدوزیان و دکتر نوربها را به‌دلیل جامعیت، مانعیت و دقت بیشتر نسبت به سایر تعاریف مرجح می‌دانیم.

۲-۱. مقایسه جرم عقیم، جرم محال و شروع به جرم

- ۱- در جرم عقیم تحقق نتیجه همیشه ممکن نیست لکن در جرم محال امکان اخذ نتیجه وجود ندارد. در شروع به جرم نیز مطابق با آن چه دکتر اردبیلی معتقدند، توجهی به امکان حصول یا عدم امکان حصول نتیجه نداریم.
- ۲- در جرم عقیم همانند شروع به جرم و جرم محال نتیجه‌ای که منظور فاعل بوده است عاید نمی‌شود.
- ۳- در شروع به جرم هرگز نمی‌توان یقین داشت که اگر مداخله عامل خارجی در

اثنای اجرا نبود فاعل لحظاتی دیرتر از ادامه عمل منصرف نمی‌شد در حالی که در جرم عقیم تردیدی نیست که فاعل تا آخر بر قصد باقی بوده است و نتیجه جرم به واسطه. اوضاع و احوالی مستقل از اراده فاعل بی‌حاصل مانده است (www.pajoohe.com/25513/index.php?page=definition&uid).
 ۴- در جرم عقیم مسیر مجرمانه برخلاف شروع به جرم و همانند جرم محال تا انتها طی می‌شود.

۵- هم شروع به جرم، هم جرم عقیم و هم جرم محال تنها در جرایم عمدی امکان داشته و مصداق دارند (شامبیاتی، ۱۳۸۰، ۱۲۴).

۶- برخی معتقدند که اگر بخواهیم در یک مسیر هر سه عنوان را قرار دهیم به این سبک است که در ابتدای مسیر شروع به جرم قرار دارد؛ سپس جرم عقیم و در انتها نیز جرم محال وجود دارد. چراکه در جرم محال به‌طور مثال تیر به هدف خورده است ولی در جرم عقیم تیر به دلیل لغزش دست یا عدم مهارت از کنار فرد عبور می‌کند. در انتهای این مبحث باید اشاره کرد که شباهت زیاد جرم عقیم و شروع به جرم باعث شده است که برخی از حقوقدانان (نجیب حسنی، ۱۳۸۱، ۱۲۴) جرم عقیم را از انواع شروع به جرم بدانند به‌طوری که از شروع به جرم اصطلاحی با عنوان شروع ناقص و از جرم عقیم با عنوان شروع تام و کامل یاد کنند.

۲-۲. سیر قانون‌گذاری و قابلیت مجازات جرم عقیم در حقوق ایران

همان‌طور که در خصوص جرم محال توضیح داده شد؛ در قانون ۱۳۰۴ جزای عمومی سابق، در خصوص جرم محال و عقیم حکم صریح و خاصی در قانون وجود نداشت و این باعث شده بود تا طرفداران هر یک از این نظریات با آوردن قرائنی ادعای خود را موجه جلوه داده و معتقد باشند قانون‌گذار نیز همین منظور را داشته است.

در ماده ۲۰ قانون ۱۳۵۲ قانون‌گذار چنین مقرر داشت «هرکس قصد ارتکاب جنایتی کرده و شروع به اجرای آن نماید ولی به واسطه موانع خارجی که اراده فاعل در آن مدخلیت نداشته قصدش معلق یا بی‌اثر بماند به ترتیب زیر محکوم خواهد شد...» با توجه به این ماده برخی از حقوقدانان (علی آبادی، همان، ۱۲۴) معتقد بودند که با توجه به قید «یا بی‌اثر بماند» مذکور در ماده می‌توان گفت که تا اندازه‌ای ماده با جرم عقیم منطبق می‌باشد و آن را در بر می‌گیرد.

برخی دیگر از صاحب‌نظران (صانعی، همان، ۲۹۵) معتقد بودند که مطابق این ماده اعمال مجازات بر مرتکب جرم عقیم خالی از اشکال نیست چراکه در متن ماده چنین مقرر شده است «جرم به واسطه موانع خارجی که اراده فاعل در آن مدخلیت نداشته است به نتیجه نرسد» ولی گاه اتفاق می‌افتد که این عدم حصول نتیجه منوط به عدم مهارت مرتکب می‌باشد؛ مانند عدم اصابت گلوله به قربانی در اثر عدم مهارت، در چنین مواردی عدم مهارت عامل داخلی است نه خارجی، بنابراین مشمول ماده نمی‌شود. به نظر می‌رسد که ایراد مطرح شده وارد نباشد؛ زیرا که منظور از موانع خارجی، آن دسته از موانعی است که خارج از اراده متهم می‌باشند و چون عدم مهارت فیزیکی از موانعی است که خارج از اراده فرد می‌باشد، لذا در این زمینه مانعی وجود ندارد (www.noormags.com).

برخی از حقوقدانان (محسنی، همان، ۱۹۸) معتقدند مقنن به‌هنگام اصلاح ماده ۲۰ عیناً جملات و عبارات قانون سابق را به‌کار برده است تا آنجا که از زمان تصویب قانون ۱۳۰۴ تا به حال هیچ‌وقت محاکم در تفسیر این ماده دچار تردید نشده‌اند و رویه قضایی نیز همیشه کسانی را که در اثر عوامل خارجی موفق به انجام جرم نشده‌اند؛ قابل مجازات و تعقیب دانسته است ولو آنکه عدم موفقیت آنها مربوط به عدم مهارت خود آنان باشد.

به نظر می‌رسد در خصوص ماده ۲۰ قانون ۱۳۵۲ باید بیان نمود که نظر حقوقدانان دسته اول مبنی بر قابل مجازات بودن جرم عقیم با توجه به قید «یا بی‌اثر بماند» موجه‌تر است و لذا باید گفت در زمان قانون ۱۳۵۲ جرم عقیم قابل مجازات بوده است. در نظام کیفری بعد از انقلاب در ماده ۱۵ قانون ۱۳۶۱ قانون‌گذار قید «یا بی‌اثر بماند» را از ماده حذف کرد و لذا باید قائل به این شد که در زمان قانون ۱۳۶۱ جرم عقیم قابل مجازات نبوده است.

در سال ۱۳۷۰ قانونگذار در ماده ۴۱ شکل ویژه‌ای را مدنظر قرار داده بود که بر اختلافات قبلی به نحوی دامن می‌زد. برخی از حقوقدانان (اردبیلی، همان، ۲۳۲) معتقد بودند که اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و امتناع از تفسیر موسع قوانین کیفری مانع از آن است که، بتوان مقررات ماده ۴۱ را به این قبیل جرایم که بزهدار تمام سعی خود را به‌کار برده است ولی نتیجه‌ای حاصل نشده است تسری داد و باید قائل به عدم مجازات شد.

برخی دیگر از حقوقدانان ضمن تأیید نظر فوق معتقد بودند که چون این قسمت از ماده «ولی به‌واسطه موانع خارجی که اراده فاعل در آن مداخلت نداشته قصدش معلق بماند» حذف شده است لذا جرم عقیم به‌موجب این ماده قابل مجازات نیست و چون جرم عقیم فاقد یکی از عناصر تشکیل دهنده جرم یعنی رکن مادی است و نمی‌توان به‌صرف حالت خطرناک مجازات کرد و همچنین از آنجا که جرم دانستن این اعمال با فلسفه مبارزه صحیح با جرایم و مجرمین که امروزه در اکثر کشورهای جهان پذیرفته شده است منافات دارد؛ باید با قاطعیت نظر بر غیرقابل مجازات دانستن جرم عقیم داد. برخی دیگر از نویسندگان حقوقی (فراهانی، ۱۳۸۰) بر این نظر بودند که، چون در جرم عقیم مرتکب حالت خطرناک خود را به‌منصه ظهور رسانیده است و از لحاظ روحیه بزهدارانه فرقی با یک مرتکب جرم تمام ندارد، با استنباط از ماده ۴۱ قانون

مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ می‌توانیم مرتکب جرم عقیم را مجازات کنیم. برخی دیگر (شامبیاتی، همان، ۱۸۳) معتقد بودند که به واسطه حذف قید مزبور جرم عقیم همانند شروع به جرم قابل مجازات است؛ یعنی اگر اقدامات و عملیات جرم عقیم در حدی باشد که جرم مستقلاً تلقی شود، متهم به مجازات آن جرم محکوم می‌شود و الا مجازات ندارد.

در انتهای این مبحث لازم به نظر می‌رسد که بررسی موضع قانون‌گذار در قانون مجازات خالی از لطف نباشد. در ماده ۱۲۲ این قانون که متن آن در مبحث جرم محال آورده شده است، قانون‌گذار بحثی از جرم عقیم به میان نیاورده است و لذا به نظر می‌رسد نتوان امکان مجازات جرم عقیم را از این ماده برداشت کرد؛ چرا که قید «یا بی‌اثر بماند» که قبلاً مورد استدلال حقوقدانان در جهت رسمیت جرم عقیم بود؛ به‌طور آگاهانه قید نشده است و لذا با این اقدام، قانون‌گذار قائل به غیرقابل مجازات بودن جرم عقیم می‌باشد.

در زمان کنونی به نظر می‌رسد امکان پذیرش جرم عقیم براساس قانون فعلی محل تردید و ابهام است. چراکه از یک طرف قانون‌گذار جرم عقیم را با صراحت مورد پذیرش قرار نداده است و از طرف دیگر اعمال انجام شده در جرم عقیم با تبصره ماده ۱۲۲ قابل انطباق نیست؛ زیرا این تبصره همان‌طور که اشاره شد تکلیف جرم محال را روشن می‌کند، در جرم عقیم جهات مادی نیست که مانع تحقق جرم می‌شود؛ بلکه عوامل شخصی از قبیل اشتباه، عدم دقت، یا عدم مهارت مرتکب عملیات مجرمانه در این امر موثر واقع می‌گردد. لیکن به نظر می‌رسد مقنن با هوشیاری عبارت «به‌واسطه موانع خارجی که اراده فاعل در آنها مداخلت نداشته» در صدر ماده ۲۰ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲ را به عبارت «عامل خارج از اراده او» در ماده ۱۲۲ قانون جدید تغییر داده است. بدیهی است که عوامل خارج از اراده که مربوط به موانع خارجی است منجر به

تحقق شروع به جرم می‌گردد و آن قسمت از عوامل خارج از اراده که متناسب به شخص مرتکب است منجر به تحقق جرم عقیم می‌گردد (ره‌دارپور، ۱۳۹۰، ۷۰).

۳. نتیجه‌گیری

جرم محال را باید حالتی دانست که مرتکب تمام اعمال اجرای جرم را با نیت و اراده ارتکاب تا انتها می‌پیماید؛ لکن به دلیل اوضاع و احوالی که خارج از اراده او هستند و از آغاز نیز وجود دارند، نتیجه مجرمانه حاصل نمی‌شود. با اینکه بسیاری از حقوق‌دانان معتقدند تجری به‌طور دقیق معادل یا متناظر فقهی جرم محال می‌باشد و حتی بسیاری از فقها در قابلیت مجازات آن به بحث و بررسی پرداخته‌اند به‌طوری‌که در این تحقیق این نتیجه نیز حاصل شد که فقهای امامیه عموماً نظر بر عدم مجازات دارند، لکن به‌نظر می‌رسد، تجری چیزی جدای از جرم محال باشد و به‌رغم شباهت در بررسی جرم محال باید ملاک‌های دیگری را مدنظر قرار داد.

بررسی موضع حقوق فرانسه در خصوص جرم محال، که در این تحقیق بررسی شد نشان داد که علاوه بر اینکه قانون مجازات ۱۳۵۲ را کاملاً تحت تأثیر خود قرار داده بوده است، در اتخاذ موضع قابلیت مجازات جرم محال بر قانون مجازات اسلامی فعلی نیز تأثیرگذار بوده است.

در بررسی سیر قانونگذاری در حقوق کشورمان نیز، به‌رغم این که تا قبل از قانون ۱۳۷۰ موضع انتخابی قانون‌گذار به‌نحوی بود که این راه را برای طرفداران هر دو جناح باز می‌گذاشت؛ تا در دفاع از نظرات خود مبنی بر قابل مجازات بودن یا غیرقابل مجازات بودن ارائه دلیل کنند؛ ولی آن‌چنان‌که در این تحقیق به آن رسیده شد، عملکرد قانون‌گذار در قانون ۷۰ به‌طرزی بود که خواسته یا نخواستار ساختار شروع به جرم

اصطلاحی را به هم ریخته و لذا با پیش‌بینی ماده‌ای که حاوی ماهیتی بدیهی نسبت به قوانین سابق می‌بود، این راه را بر طرفداران قابل مجازات بودن جرم محال بسته بود. در قانون مجازات ۱۳۹۲ قانونگذار در تبصره ماده ۱۲۲ به نوعی جرم محال را به رسمیت شناخته است و مجازات آنرا در حکم شروع به جرم دانسته است که شاید حرکت قانونگذار فرانسه و محاکم آن کشور به این سمت در اقدام قانونگذار فعلی در قانون جدید بی‌تأثیر نبوده است.

جرم عقیم را نیز می‌توان حالتی دانست که مرتکب به واسطه عدم مهارت یا عامل خارجی دیگر که اراده در آن مداخلت ندارد به نتیجه منتهی نمی‌شود. در خصوص سیر قانونگذاری نیز باید گفت که آنچه در خصوص جرم محال بررسی شد در اینجا نیز با کمی تفاوت وجود دارد و جرم عقیم به موجب ماده ۱۲۲ قانون جدید قابل مجازات می‌باشد و کاربرد عبارت «عوامل خارج از اراده او» موجب شمول جرم عقیم علاوه بر شروع به جرم در این ماده شده است.

منابع

الف) کتب و مقالات

- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۸۷)، «حقوق جزای عمومی»، جلد اول، چاپ هجدهم، تهران، انتشارات میزان.
- باهری، محمد (۱۳۴۰)، «حقوق جزای عمومی». تهران، انتشارات برادران علمی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲)، «ترمینولوژی حقوقی»، چاپ ششم، تهران، انتشارات گنج دانش.
- حبیب‌زاده، محمدجعفر (۱۳۷۷)، «شروع به جرم در حقوق ایران و مقایسه با عناوین مشابه»، فصلنامه علمی پژوهشی دانشور دانشگاه شاهد، شماره ۲۳۱، سال ششم.

- دادبان، حسن (۱۳۸۲)، «حقوق جزای عمومی»، تهران، انتشارات دانشگاه علامه.
- شامبیاتی، هوشنگ (۱۳۸۰)، «حقوق جزای عمومی»، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، انتشارات ژوبین.
- صانعی، پرویز (۱۳۷۱)، «حقوق جزای عمومی»، جلد اول، چاپ چهارم، تهران، انتشارات گنج دانش.
- طباطبایی، سیدمصطفی (۱۳۶۶)، «فرهنگ نوین فارسی عربی»، چاپ دوم، تهران، انتشارات اسلامیه.
- علی‌آبادی، عبدالحسین (۱۳۶۹)، «حقوق جنایی»، جلد اول، چاپ پنجم، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- فراهانی، حسن (۱۳۸۰)، «بررسی تحقق جرم از اندیشه تا عمل»، مجله معرفت، شماره ۴۹.
- فرهودی‌نیا، محمد (۱۳۸۱)، «جرایم ناقص»، تهران، انتشارات فروزش.
- فیض، علی‌رضا (۱۳۷۰)، «مقارنه و تطبیق در حقوق جزای اسلام»، چاپ دوم، تهران، انتشارات سازمان فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- گرجی، ابوالقاسم (۱۳۸۲)، «حقوق جزای اسلامی»، چاپ سوم، تهران، انتشارات طه.
- گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۴)، «بایسته‌های حقوق جزای عمومی»، چاپ یازدهم، تهران، انتشارات میزان.
- محسنی، مرتضی (۱۳۷۵)، «دوره حقوق جزای عمومی (پدیده جنایی)»، جلد دوم، تهران، انتشارات گنج دانش.
- معتمد، محمدعلی (۱۳۲۱)، «حقوق جزای عمومی»، تهران، انتشارات اسلامی.
- معین، محمد (۱۳۸۱)، «فرهنگ واژگان فارسی»، جلد چهارم، چاپ سوم، تهران، انتشارات سرایش.

- میر فردی، قدرت‌الله و ایروانیان، امیر (۱۳۸۲)، «بررسی تطبیقی جرم محال در حقوق ایران انگلستان و فرانسه»، ماهنامه کانون، شماره ۲۷.
- میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۷۴)، «ترجمه و تحلیل مبانی حقوق جزا»، چاپ دوم، تهران، انتشارات جهاد دانشگاهی.
- میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۷۵)، «مروری بر حقوق جزای انگلستان»، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان.
- نوربها، رضا (۱۳۸۶)، «زمینه‌های حقوق جزای عمومی»، چاپ بیستم، تهران، انتشارات گنج دانش.
- ولیدی، محمدصالح (۱۳۷۲)، «حقوق جزای عمومی»، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، انتشارات داد.

ب) اینترنتی

- www.dadkhahi.net/wiki/index.php.
- www.debase.irandoc.ac.ir/00042/00024675.htm.
- www.hoghooghddanan.com/index.php?option.
- www.pajooh.com/25513/index.php?pag=definition&uid.
- [www.noormags.com/view/magazine/newpage.aspx?numberid829&24 &view](http://www.noormags.com/view/magazine/newpage.aspx?numberid829&24&view).

نظارت مردم بر حاکمیت بر اساس آموزه‌های اسلامی

مهدی حاج محمود عطار^{۱*}، پیمان حاج محمود عطار^۲

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی
۲. وکیل دادگستری و کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد واحد چالوس

چکیده

موضوع «جوامع مشارکتی» و «نظاره‌گر»، در حوزه سیاست و اجتماع در همه دنیا، با مقوله «مشارکت مردم در تعیین سرنوشت» و «نظارت بر عملکرد دولت‌ها و حکومت‌ها»، هم‌عنان است و سال‌ها پیش از منظر جامعه‌شناسان و فلاسفه و حقوقدانان از جنبه‌های تخصصی خودشان مورد بررسی قرار گرفته است. نکته حایز اهمیت، پیش از بررسی و رسیدگی به موضوع نظارت مردم بر عملکرد دولت‌ها، این است که هرچه گردش اطلاعات، آزادانه‌تر انجام شود و همچنین هرچه حجم اطلاعات منتقل شده میان مردم، چه از طریق سایت‌ها و خبرگزاری‌ها و رسانه‌های دولتی و چه از طریق شبکه‌های اجتماعی، بیشتر باشد، نه تنها ارتقای میزان اطلاعات مردمی نسبت به قضایای اطرافشان در جامعه و کیفیت درک آنها از وقایع اتفاق افتاده عمیق‌تر خواهد بود، بلکه احساس مشارکت و مسئولیت‌پذیری مردم در قبال جامعه و دیگر شهروندان و امید به تعیین سرنوشتشان، نیز فزونی خواهد یافت. لذا در این مقاله کوشیده‌ایم تا تبیینی روشن از موضوع «مشارکت مردمی» و ارتباط آن با «نظارت بر عملکرد دولت‌ها و حاکمان» و همچنین ضرورت

این نظارت، از دیدگاه اسلام و نظریه های علمی ارایه دهیم.

واژگان کلیدی: نظارت مردم، حکومت، اسلام.

مقدمه

از نظر اسلام و آیات قرآن، «مردم» یکی از ارکان اساسی حکومت هستند. قرآن مجید می‌فرماید: «لقد ارسلنا رسلنا بالبینات و انزلنا معهم الکتاب و المیزان ليقوم الناس بالقسط...»؛ یعنی «ما رسولان خود را با دلایل روشن فرستادیم و با آنها کتاب (آسمانی) و میزان (شناسایی حق از باطل و قوانین عادلانه) نازل کردیم تا مردم قیام به عدالت کنند...» (سوره مبارکه حدید آیه ۲۵) بنابراین، اسلام که برای اجرای عدالت و قسط در اجتماع برنامه‌هایی دارد، اجرای عدالتی را با ارزش می‌داند که به دست مردم باشد و مردم آن را برپا دارند؛ نه حکومت و زمامداران. همچنین یکی از اساسی‌ترین ارکان فروع دین اسلام، آموزه‌های امر به معروف و نهی از منکر می‌باشد که با کمی دقت می‌توان آنها را به عنوان ابزارهای کنترلی آحاد جامعه برای نظارت بر عملکرد حاکمین منتخب آنها شناسایی نمود؛ چراکه حاکم به دلیل داشتن قوه حاکمیتی به راحتی می‌تواند اعمال قدرت نموده و بعضاً ضوابطی را بر مردم قطعیت بخشد؛ چراکه قدرت و استیلا بدون نظارت عملاً باعث ایجاد خودکامگی شده و تاریخ در این حوزه بهترین گواه می‌باشد؛ اما این ابزار کنترلی که به درستی توسط خداوند متعال طرح ریزی شده است به راحتی می‌تواند از خروج حکام از مسیر رشد و تعالی جلوگیری نموده و عملاً حاکمیتی مستدام را همراه با جامعه‌ای پویا به ارمغان آورد.

امام علی(ع) در امر حُکمرانی دو حق قایل است یکی، حق حکمفرما و دیگری، حق

مردم بر حکمران. امام علی (ع) در صفین، اصل حقوق مردم را در قبال حقوق حاکم، بر مردم تأکید کرد و گفت: همان‌گونه که خدای تعالی برای من حقی قرار داد، برای شما مردم هم در برابر حق بر شما، حقی ملحوظ داشت و این برابر است.

حقی که برای من تعیین کرد، حق حکمرانی بر اساس کتاب خدا و سنت فرستاده او و حقی که برای شما قرار دارد؛ حقی است که حاکم باید عادل و دادگر باشد و حقوق و آزادی و احترام مردمان را رعایت کند و در حفظ مال و جان و حیثیت آنان بکوشد و وسایل آسایش و رفاه همگان را در قبال اخذ زکات (مالیات) و خراج و یا جزیه (از غیرمسلمان) فراهم سازد (جلالی نایبی سید محمدرضا، امام علی علیه السلام، نسخه متنی کتابخانه دیجیتال تبیان).

۱. نظارت مردمی بر حکومت از دیدگاه اسلام

رابطه مردم و حکومت را از دیدگاه اسلام می‌توان در محورهای زیر خلاصه نمود:

۱-۱. انتخاب نظام حکومت اسلامی توسط مردم

در حکومت اسلامی، مردم با آگاهی، عشق و علاقه، نظام اسلامی را انتخاب کرده و خواستار اجرای قوانین الهی می‌باشند و اساساً بدون انتخاب و پشتیبانی مردم، حکومت اسلامی هیچ امکان اجرایی ندارد. بر همین اساس است که امام علی (ع) با آنکه از جانب خداوند به ولایت و رهبری مردم تعیین شده بود، تا قبل از بیعت مردم با ایشان، عملاً بر انجام این مسؤولیت اقدامی نکرد؛ زیرا زمینه اجرایی ولایت و رهبری حضرتش فراهم نبود.

اما وقتی که زمینه آماده شد آن حضرت از زیر بار مسؤولیت شانه خالی نکردند. حضرت در این زمینه می‌فرماید: «لولا حضور الحاضر و قیام الحجّة بوجود الناصر و ما

اخذ الله على العلماء ان لا يقاروا على كظله ظالم و لا سغب مظلوم لألقت حبلها على غاربها و لسقیت اخرها بكأس اولها و لألقتم دنیاکم هذه ازهد عندی من عطفه عنز... » (نهج البلاغه، خ ۳، ترجمه، محمد دشتی). یعنی «اگر حضور فراوان بیعت کنندگان نبود و یاران حجت را بر من تمام نکرده بودند و اگر خداوند از علما عهد و پیمان نگرفته بود، که در برابر شکم بارگی ستمگران و گرسنگی مظلومان سکوت نکنند، مهار شتر خلافت را به کوهان آن انداخته بودم و رهایش می ساختم و آخر خلافت را با کاسه‌ی اول آن سیراب می کردم، آن گاه می دیدید که دنیای شما نزد من از آب بینی بزغاله‌ای بی ارزش تر است» (همان).

این جملات حضرت علی (ع) بیانگر آن است، که اگر چه تشکیل حکومت برای اجرای عدالت و گرفتن حق مظلومان از ظالمان یک وظیفه است که خداوند بر دوش امام گذاشته است، اما از آنجایی که انجام این وظیفه بدون حضور و بیعت و پشتیبانی مردم ممکن نیست؛ تا زمانی که مردم در صحنه تشکیل دولت اسلامی حاضر نباشند، امام معصوم (ع) در این زمینه وظیفه‌ای ندارد که مردم را به زور وادار به اطاعت و پیروی از خود کند، بلکه امام با آگاهی دادن به افراد زمینه حضور مردم را آماده می کند.

حضرت امام خمینی (ره) درباره‌ی نقش بیعت مردم می فرماید: تولی امور مسلمانان و تشکیل حکومت بستگی دارد به آراء مسلمانان که در قانون اساسی هم از آن یاد شده است و در صدر اسلام تعبیر می شده است به بیعت با ولی مسلمانان (جایگاه مردم در نظام اسلامی از دیدگاه امام خمینی، ص ۹).

حاکم در نظام اسلامی، مجری احکام و اوامر پروردگار است و پذیرش بیعت، تنها برای این منظور، معنا و مفهوم دارد.

۱-۲. انتخاب مسئولان نظام از سوی مردم

در حکومت اسلامی انتخاب مسئولان نظام (رهبری، رئیس‌جمهور، نمایندگان مجلس و...) از سوی مردم است که بعضی از این انتخاب‌ها مستقیم و برخی غیرمستقیم است. مردم مستقیماً رئیس‌جمهور، نمایندگان مجلس خبرگان، نمایندگان مجلس شورای اسلامی، نمایندگان شوراهای شهر و روستا را انتخاب می‌کنند و به‌طور غیر مستقیم (با یک واسطه) در انتخاب رهبری توسط خبرگان منتخب خود نقش دارند. همچنین به‌طور غیر مستقیم (با یک واسطه) در انتخاب وزراء و مسئولان عالی‌رتبه دیگری که توسط ریاست جمهوری و مجلس شورای اسلامی انتخاب می‌شوند نقش دارند.

انتخاب مسئولان، توسط مردم یکی از بایسته‌های حکومت اسلامی است. معمار کبیر انقلاب اسلامی حضرت امام خمینی (ره) در این زمینه فرموده‌اند: «این مردم هستند که باید افراد کاردان و قابل اعتماد خود را انتخاب کنند و مسئولیت امور را به دست آنان بسپارند (همان، ص ۱۰).

ایشان در جای دیگر فرموده‌اند: ما می‌گوییم کسی که می‌خواهد یک مملکتی را اداره بکند، کسی که ما می‌خواهیم مقدراتمان را به‌دستش بسپاریم، باید آدمی باشد که مردم انتخاب کنند و با انتخاب مردم پیش بیاید (همان، ۱۱).

۱-۳. مشورت حاکم اسلامی با مردم

لازم است، حاکم با مشورت از نظریات مردم آگاه گردد و در مدیریت هرچه بهتر جامعه از آن بهره ببرد، ولی به هر حال تصمیم‌گیری نهایی بر عهده خود اوست که آیا به رأی خود عمل نماید یا به رأی دیگران، بله در جایی که حکم مسأله‌ای از جانب خداوند متعال

و معصومین (ع) بیان شده باشد، حاکم موظف است برطبق آن عمل نماید، هرچند بر خلاف نظر مردم باشد و مردم حق اعتراض ندارند؛ زیرا خود پذیرفته‌اند که حکومتشان بر اساس دستورات الهی و قوانین اسلام باشد. امام علی (ع) در این باره می‌فرماید: «اینکه گفتید با شما مشورت کنم، به‌خدا سوگند من رغبتی به ولایت و حکومت نداشتم، ولی شما مرا بدان فرا خواندید و بر عهده من گذاشتید و من خوف آن داشتم که با رد کردن درخواست شما، امت به اختلاف دچار شود؛ پس وقتی بر عهده‌ی من نهاده شد، به کتاب خدا و سیره و سنت رسول اکرم (ص) نظر کردم و بر اساس راهنمایی کتاب و سنت عمل کرده و از آنها پیروی کردم و نیازی به نظر شما و دیگران نداشتم، ولی اگر در موردی در کتاب خدا و سنت پیغمبر حکمی را نیافتم و نیازمند مشورت شد، با شما مشورت می‌کنم (شیخ طوسی، امالی، ۷۳۱، نرم‌افزار نور ۲).

وقتی امام علی (ع) با آن مقام والای علمی که بارها می‌فرمود: «سلونی قبل ان تفقدونی؛ یعنی قبل از اینکه من از میان شما بروم از من درباره‌ی مسائل خود سؤال کنید» (نهج‌البلاغه، خ ۱۸۹)، خود را در مسائلی موظف به مشورت با مردم می‌داند.

مسئله لزوم مشورت کارگزاران و پیروی از نظر اکثریت مشاوران، هم اکنون براساس قانون و نهادهای پیش‌بینی شده، تبیین شده است و تصمیم‌گیری‌های کلان و عمده قوه مجریه و قضائیه مبتنی بر رأی مجلس شورای اسلامی است و عملاً تبعیت از رأی اکثریت در این سطح پذیرفته شده است. در سطح رهبری نیز مجمع تشخیص مصلحت نظام و گروه‌های مشاورین رهبری، بازوان مستشاری قوی و کارآمدی برای تصمیم‌گیری‌های کلان رهبری محسوب می‌شوند. بنابراین، در حکومت اسلامی مردم از طریق نمایندگان خود، امکان مشارکت در قانون‌گذاری (در موارد قوانین جاری کشوری) و مشارکت در تصمیم‌گیری‌ها و امور جاری کشور را دارا هستند.

۴-۱. مشارکت در قانون‌گذاری

مردم در حکومت اسلامی از طریق انتخاب نمایندگان مجلس شورای اسلامی که فوه قانون‌گذاری کشور است، در تصویب قانون‌های اجرایی کشور سهیم‌اند. کما اینکه اصل تصویب قانون اساسی که مبنای اداره کشور است با رفراندوم و رأی مردم، به مرحله‌ی عمل راه یافت.

۵-۱. نظارت مردم بر زمامداران

مردم با چشمانی بینا و گوش‌هایی شنوا، تمام اعمال و رفتار و گفتار حکام را زیر نظر دارند و از دیرباز از اهرم نظارت بر زمامداران در ایفای نقش خود در حاکمیت، استفاده می‌جست‌اند و با نقد اعمال و برنامه‌های دولت جلوی انحراف‌ها را می‌گرفتند.

در حکومت اسلامی نیز مردم بر حسن اجرای قوانین الهی و رعایت آداب اسلامی همچون رعایت قسط و عدل، رفع تبعیض و نابرابری، مراعات حال مردم برخوردار از مدیریت و قدرت لازم برای حکومت کردن، پرهیز از تکبر و خود بزرگ‌بینی، مسؤولیت در برابر خدا و مردم، تهذیب خود قبل از تهذیب دیگران، راست‌گویی و درست‌کرداری و در یک جمله عمل به دستورات قرآن و سنت، نظارت دارند. این نظارت به شیوه‌های مختلف انجام می‌پذیرد که عبارت‌اند از:

۱-۵-۱. امر به معروف و نهی از منکر

آموزه‌های دینی مردم را به این فریضه بزرگ مخصوصاً در رابطه با زمامداران تشویق و ترغیب نموده است.

امام علی (ع) می‌فرماید: تمام کارهای نیک و جهاد در راه خدا در مقایسه با امر به

معروف و نهی از منکر، همانند قطره‌ای است در برابر دریایی پهناور و موج و همانا امر به معروف و نهی از منکر نه اجلی را نزدیک می‌کنند و نه از مقدار روزی می‌کاهند و از همه‌ی اینها برتر، گفتن سخن حق در پیش‌روی حاکم ستمکار است (نهج‌البلاغه، حکمت ۳۷۴).

علت فضیلت سخن عدل نزد حاکمان جور این است که، مردم اصولاً تابع و مطیع رهبران خود هستند و عمل آنان به‌علت گستردگی موجب گمراهی جامعه می‌شود. بنابراین، ارشاد و تذکر به آنان از ارزش بالایی برخوردار است.

امام باقر (ع) می‌فرماید: «کسی که نزد سلطان ستمگری برود و او را به تقوای الهی امر کرده و موعظه نماید و از عاقبت بی‌تقوایی بترساند، به اندازه‌ی اجر جن و انس و اعمال آنها پاداش دارد (وسائل‌الشیعه، ج ۱۲، باب ۳، ابواب امر به معروف و نهی از منکر، ح ۱۱).

از دیدگاه اسلام، امر به معروف و نهی از منکر حاکمان از چنان اهمیتی برخوردار است که ترک آن موجب استحقاق عذاب الهی می‌گردد. امام علی (ع) می‌فرماید: خداوند هیچ‌گاه عموم مردم را به‌خاطر گناهان پنهانی خواص عذاب نمی‌کند؛ اما در صورتی‌که خواص به صورت آشکارا گناه نمایند و عامه اعتراض نکنند، هر دو گروه (خواص و عامه)، مستوجب عقوبت پروردگار می‌شوند (همان، ح ۱).

۱-۵-۲. نصیحت پیشوایان

امام علی (ع) در تبیین حقوق متقابل خود (به‌عنوان امام) و مردم (امت) می‌فرماید: ای مردم مرا بر شما و شما را بر من حقی واجب شده است. اما حق من بر شما این است که به بیعت با من وفادار باشید و در آشکار و نهان نصیحتم (خیرخواهی) کنید (نهج‌البلاغه، خ ۳۴).

نصیحت در اینجا به معنای خیرخواهی در حق امامان و پیشوایان است؛ یعنی مردم باید از سر خیرخواهی بر امور جامعه خود و شیوهی حاکمان خود نظارت داشته باشند و در این مقام از هیچ‌گونه معاضدت، همیاری و همکاری و نهایتاً اطاعت از آنان در مسیر حق مضایقه و کوتاهی نکنند.

۲. نظارت مردم بر زمامداران در قانون اساسی جمهوری اسلامی

ایران

۱-۲. نظارت مستقیم

در اصل هشت، فصل اول قانون اساسی آمده است: «در جمهوری اسلامی ایران، دعوت به خیر، امر به معروف و نهی از منکر وظیفه‌ای است همگانی و متقابل بر عهده مردم نسبت به یکدیگر، دولت نسبت به مردم و مردم نسبت به دولت...» (قانون اساسی فصل اول، اصل هشتم).

۲-۲. نظارت غیر مستقیم

با گسترده‌گی جوامع و تنوع فعالیت‌ها و وظایف کارگزاران حکومت، امکان نظارت مستقیم همه مردم بر همه زمامداران و کارگزاران کم‌تر شده است و زمینه‌های اعمال نظارت غیر مستقیم به‌وسیله‌ی مردم فراهم می‌آید.

مردم افرادی را به‌عنوان نماینده‌ی خود برای تصدی حاکمیت بر می‌گزینند و علاوه بر واگذاری مسؤلیت به نمایندگان، وظیفه نظارتی خود را نیز بر دوش آنان می‌گذارند، ضمن آنکه این اختیار (نظارت) را از خود نیز سلب نکرده‌اند.

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصول متعددی به انتخاب نمایندگان مردم

برای تصدی امور مختلف اشاره شده است، از جمله:

الف) انتخاب نمایندگان مجلس شورای اسلامی که علاوه بر وظیفه مهم و خطیر قانون‌گذاری و تفسیر قوانین عادی به ایفای نقش نظارتی خود به طرق مختلف می‌پردازند که اهم راه‌ها عبارت‌اند از: تحقیق و تفحص در تمام امور کشور، تذکر، سؤال، استیضاح هر یک از وزراء، رئیس‌جمهور، هیأت وزیران و رسیدگی به شکایات مردم از طرز کار دستگاه‌های مختلف کشور (اصول، ۶۲-۷۶-۸۸-۷۹-۹۰، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده ۱۹۳ آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی).

ب) انتخاب ریاست جمهور برای ریاست قوه مجریه و اجرای قانون اساسی و نظارت بر امور اجرایی کشور و کار هر یک از وزراء (اصل یکصد و سی و چهارم قانون اساسی).
ج) انتخاب نمایندگان مجلس خبرگان رهبری به منظور تعیین رهبر جامع‌الشرایط و نظارت بر عملکرد وی و بررسی بقای شرایط ویژه رهبری جامعه اسلامی (اصل یکصد و هفتم).

د) انتخاب شوراهای اسلامی در سطح روستا، بخش، شهرستان، استان، به منظور ایفای وظایف خاص خودشان که قوانین پیش‌بینی شده است و همچنین نظارت بر حسن اجرای قوانین و برنامه‌های مختلف در محدوده حوزه انتخاباتی آنها در اموری که قانون به آنها تفویض کرده است (اصل یکصد).

۳. سایر ابزارهای نظارتی مردم بر زمامداران و کارگزاران

احزاب و گروه‌های سیاسی و فرهنگی (اصل یکصد و بیست و شش). و مطبوعات و رسانه‌های جمعی (اصل یکصد و بیست و چهارم).

امیرمؤمنان علی(ع) همواره بر نقش مردم در تحقق اهداف دولت و امت تأکید داشت؛ زیرا همه هدف وحی و پیامبران و اوصیاء و اولیای الهی (ع) تعلیم و تزکیه است تا مردم

جایگاه والای خویش را بشناسند و حقوق خود را بدانند و در مقام انسانیت و خلافت الهی، تکالیف خویش را در برابر خود و دیگر آفریده‌ها به‌درستی بجا آورند. پس مدار و محور دین و پیامبران، دولت اسلامی و رهبران دینی، مردم است.

بر این اساس در آموزه‌های اسلامی مردم از برترین جایگاه برخوردار هستند و همه چیز در خدمت ایشان است. دانشمندان و عالمان و رهبران موظف هستند تا مردم را به حقوق خویش آگاه سازند تا آنان خود زمام امور را به‌دست گیرند و در چارچوب عقل و وحی و بر اساس آموزه‌ها و احکام عقل و دین، زندگی خود را سامان دهند و حقوق خود را مطالبه کنند. اینجاست که مسأله ولایت و نظارت مردمی مطرح می‌شود؛ زیرا این مردم هستند که صاحبان حقیقی دولتند.

در مرتبه‌ای پایین‌تر میان افراد مؤمن یک رابطه ولایی است که آن نیز ادامه ولایت الهی است. در پایین‌ترین درجه و مرتبه، رابطه ولایی میان مسلمانان برقرار است. هر مسلمانی نسبت به مسلمان دیگر از ولایت برخوردار است؛ این ولایت دو سویه، موجب می‌شود تا حقوق و تکالیفی برای آنان مطرح شود. پیامبر گرامی (ص) در بیان این ولایت می‌فرماید:

کلکم راع و کلکم مسئول عن رعیتہ

هر یک از شما شبان و مسئول نسبت به دیگران است.

خداوند می‌فرماید: مردان و زنان با ایمان، دوستان یکدیگرند که به کارهای پسندیده و می‌دارند و از کارهای ناپسند باز می‌دارند و نماز را برپا می‌کنند و زکات می‌دهند و از خدا و پیامبرش فرمان می‌برند. آنانند که خدا به زودی مشمول رحمتشان قرار خواهد داد که خدا توانا و حکیم است (سوره مبارک توبه، آیه ۷۱).

این بدان معناست که هر مسلمان و مؤمنی دارای حقوق و تکالیفی نسبت به خود و دیگران است. شناخت این حقوق و تکالیف است که موجب رهایی انسان از خسران و

زیان ابدی می‌شود که همگی در دنیا گرفتار آن هستند؛ چراکه انسان‌ها تنها با شناخت این تکالیف نسبت به خدا و خلق و حقوق خود و دیگران و انجام آنهاست که می‌توانند خوشبختی را دریابند و در دنیا و آخرت سعادت‌مند شوند (سوره عصر).

البته از آنجایی که شناخت این حقوق و تکالیف از عهده عقل بر نمی‌آید؛ چراکه عقل کلیات را درک و اثبات می‌کند؛ ولی در بیان جزئیات و شناخت آن در می‌ماند؛ وحی به مدد عقل آمده است تا تمام این تکالیف و حقوق را بیان کند و حتی رهبرانی را فرستاده و معرفی کرده که بر اساس آن مردم، هم راه را بشناسند و هم چگونگی عمل را بدانند. این افراد که همان پیامبران و اولیای الهی هستند، به‌عنوان اسوه‌های نیک و الگوی برتر و کامل معرفی شده‌اند (سوره مبارک احزاب، آیه ۲۱ و آیات دیگر).

۴. نظارت مردمی، ولایت الهی

انسان به هر دلیلی چنان‌که علامه طباطبایی معتقد است یا به سبب خلقت الهی که زوج و جفت آفریده است یا هر دلیل دیگر، موجودی اجتماعی است. همین مسأله موجب می‌شود تا انسان‌ها از نظر روحی و عاطفی یا تعاون و همکاری به یکدیگر نیازمند باشند و اجتماع را تشکیل دهند؛ چراکه به‌تنهایی نمی‌توانند به کمال برسند و راه رشد را بیمایند. دست‌کم هیچ مرد و زنی به‌تنهایی کامل نیستند و به کمال نمی‌رسند و از بسیاری جهات کمالی، نیاز دارند که در کنار هم باشند تا بسیاری از تجربیات کمالی از جمله عشق و مؤدت و ایثار و سکونت و آرامش را درک کنند. آرامش و عشق و محبت و مؤدتی که از طریق زوجیت به‌دست می‌آید هرگز با عوامل دیگر به‌دست نمی‌آید.

امیرمؤمنان علی (ع) در سخنی نکته‌ای را مورد توجه قرار می‌دهد و در آن معلوم می‌دارد که مثلاً قدرت واقعی جز از طریق جماعت به دست نمی‌آید. آن حضرت (ع) می‌فرماید:

الزموا السواد الاعظم، فان یدالله مع الجماعه و ایاکم و الفرقة فان الشاذ من الناس
للشیطان کما ان الشاذ من الغنم للذئب؛

همواره با جمعیت و اجتماع باشید که دست خدا همراه آن است. از جدایی و
پراکندگی بپرهیزید که انسان تنها، اسیر شیطان است، همان‌گونه که گوسفند دور از گله،
طعمه گرگ است (نهج‌البلاغه، خطبه ۱۲۷).

البته همه اجتماعات انسانی، موجب رسیدن به کمال نیست؛ بلکه تنها اجتماع
خردمندان و اهل فطرت و عقل است که این‌گونه است؛ چرا که دارای یک نوع تقوای
عقلانی است که عقل نظری و عملی مستقل بدان رهنمون می‌شود. از جمله اینکه عقل به
حسن عدالت و قبح ظلم یا حسن وفای به عقد و عهد و یا حسن امانت و قبح و زشتی
بی وفایی و خیانت حکم می‌کند. اینها بخشی از اصول اخلاقی عقل است که شریعت و
وحی نیز آن را تأیید و امضا کرده است.

پس هر اجتماعی از نظر عقل و وحی، اجتماع رشدی و مناسب نیست، بلکه اجتماعی
که بر شرک که ظلم بزرگ است (سوره مبارک لقمان، آیه ۳۱) یا کفر فرمان می‌دهد و یا
بر اساس کارهای ضد اخلاقی و زشت چون فجور و هنجارشکنی و منکرات می‌رود
(سوره مبارک نوح، آیه ۲۷) اجتماعی است که می‌بایست از آن پرهیز کرد؛ چراکه چنین
اجتماعی انسان را به شقاوت و بدبختی دنیا و آخرت گرفتار می‌کند (همان).

جامعه سالم از نظر امیرمؤمنان علی(ع) جامعه‌ای است که در آن مردم حقوق حکومت
را ادا کنند و حکومت نیز حقوق مردم را رعایت کند. حق و عدالت در میان آنها قوی و
نیرومند و راه دین و دینداری استوار و جاودانه است و نشانه‌های تحقق عدالت اجتماعی
نمایان است. امور زندگی فرد و جامعه در مجرای اصلی خود قرار گرفته و جامعه و زمانه
اصلاح می‌شود (نهج‌البلاغه، خطبه ۲۱۶).

جامعه آلوده و ناسالم جامعه‌ای است که گوینده حق در آن اندک و زبان از گفتار

راست ناتوان و گنگ و حق جویان در آن خوار و ذلیل هستند (نهج البلاغه، خطبه ۲۳۳). در چنین جامعه‌ای رعیت و ملت بر حکومت خویش چیره و یا حکومت و رهبر بر مردم ظلم روا می‌دارد. نظم اجتماعی در آن فروپاشیده و نشانه‌های جور و ستم، آشکار و اعمال ناروا در امور دین در آن فراوان است (نهج البلاغه، خطبه ۲۱۶).

اما شکی نیست که حکومت و قدرت مانند هر کار دیگری نیازمند نظارت دائمی است؛ البته در اسلام مسأله‌ای به نام قدرت معنایی ندارد و دولت از ولایت برخوردار است نه قدرت. ولایت به معنای سرپرستی از روی محبت است؛ بنابراین مانند سرپرستی والدین بر فرزندان است که بیش از آنکه سرپرست سود برد؛ فرزند سود می‌برد و این گونه است که ولایت اولیای امور، نوعی خدمت‌گزاری عاشقانه است؛ زیرا هرکسی که در مرتبه بالاتری از ایمان قرار می‌گیرد در می‌یابد که سعادت واقعی در خدمت به مردم و از مصادیق عبادت الهی است.

مردم با توجه به کتاب و قانون و سنت‌ها و سیره پیشوایان دین از مسئولان می‌خواهند که همان‌گونه رفتار کنند و از دایره عدالت و انصاف بیرون نروند. اگر امت اسلام به سنت‌ها و سیره‌های پسندیده عقلانی و وحیانی انس بگیرد و عادت کند، نسبت به هرگونه انحراف حساس می‌شود و گوشزد می‌کند و اجازه نمی‌دهد که کاری به فساد و انحراف برود (نهج البلاغه، نامه ۵۳).

البته امیرمؤمنان علی (ع) به این نکته توجه می‌دهد که مردم همواره رهبران اجتماعی را الگوی رفتاری خود قرار می‌دهند، زیرا آنان را انسان‌های موفق می‌شمارند. پس از ایشان پیروی کرده و آنان را اسوه خود قرار می‌دهند. اگر اولیای امور و مسئولان حکومتی افراد غیر صالح انتخاب شوند، در یک فرآیند، سنت‌های پسندیده دگرگون می‌شود و مردم به سنت‌ها و آن سبک زندگی خوی می‌گیرند که اولیای غیر صالح در پیش گرفتند. از این رو حضرت بر انتخاب صالحان برای مصادر امور تأکید کرده و می‌فرماید: مردم بدون اصلاح

زاماداران و حاکمان، اصلاح نمی‌گردند و اولیای امور نیز جز با درستی و استقامت مردم یک جامعه اصلاح نمی‌شوند (نهج البلاغه، خطبه ۲۱۶).

پس شکی در این نیست که مردم و دولت در یکدیگر تأثیر دارند، هرگاه دولت فاسد شود ملت اگر با استقامت در دین و سبک زندگی خود دولت‌مردان را اصلاح نکند، خود نیز فاسد می‌شود. پس می‌بایست همواره بر کار اولیای امور نظارت داشته و آنان را در کوچک‌ترین انحراف به استقامت و اصلاح امور وادار سازند، زیرا تغییرات فرهنگی به کندی انجام می‌گیرد و چنان مانند خوره و سلول‌های سرطانی رشد می‌کند که جامعه ناگهان با مرگ و فساد مواجه می‌شود.

۵. راه نظارت مردمی از نظر امیرمؤمنان (ع)

امیرمؤمنان علی (ع) همان‌گونه که اصل کلی نظارت مردمی را بیان می‌کند، راه‌های نظارت را نیز تشریح می‌نماید تا مردم در چارچوب آن بتوانند به اصلاح رفتار دولت بپردازند:

مردم باید به این حد از بلوغ فکری برسند که فعالانه در همه امور مشارکت داشته باشند و خود را کنار نکشند. رهبران الهی همواره بر این مطلب توجه داده‌اند که مردم، حقوق خویش را بشناسند و برای تحقق آن قیام کنند (سوره مبارک حدید، آیه ۲۵). هدف ایشان ایجاد روحیه مسئولیت‌پذیری و دفاع از حق و حقوق خود و قیام حتی به شمشیر بوده است. امیرمؤمنان علی (ع) نیز می‌فرماید: ای مردم از خدا بترسید و پرهیزگار باشید، زیرا از همه شما در روز قیامت بازخواست خواهد شد. شما مسئول امور آفریده‌های خدا حتی از شهرها و حیوانات خواهید بود. خدا را اطاعت کنید و از فرمانش سرپیچی نکنید. هرگاه نیکی و خوبی‌ها را مشاهده کردید، انتخاب کنید و اگر بدی دیدید از آن اعراض کنید (سوره مبارک حدید آیه ۱۲۷).

خلافت الهی انسان مقتضی این معناست که نسبت به آبادانی زمین (سوره مبارک هود،

آیه (۶۱) و حتی پرورش حیوانات و حمایت از آنان بکوشند. پس نقش ایشان در برابر مسئولان و رهبرانی که هدایت جامعه را به عهده گرفته‌اند بیش از هر کسی و هر چیز دیگری است و می‌بایست کاملاً رفتار و افکار آنان را ردگیری کنند و در صورت انحراف و کژی، به عدالت و استقامت و ادار سازند و اصلاح نمایند.

در راستای این اندیشه‌های نظارتی آحاد مردم، افرادی مانند مونتسکیو در کتاب «روح‌القوانین» به دکتترین جامعی دست یافتند. به این صورت که قوای حاکمه را سه قوه قانون‌گذاری، اجرایی و قضایی تدوین کردند که هر سه قوه از طریق حضور نمایندگان مردم که به واسطه انتخابات آزاد و همه‌پرسی مستقیم مردم برگزیده می‌شوند، صورت می‌گیرد.

بعد اول مشارکت مردم در تشکیل حکومت‌ها و نظارت بر عملکرد آنها، بدین‌گونه محقق می‌شود. به عبارت ساده‌تر، هنگامی که مردم در تعیین نمایندگان خود در سیستم قانون‌گذاری و همچنین قوای اجرایی و قضایی سهیم باشند و افرادی که در این سه قوه حاکمه قرار می‌گیرند، از درون جامعه و توده‌های مردم انتخاب و گزینش شوند، مسلماً و قطعاً به مشکلات و معضلات مردم و راه‌حل‌های آن مشکلات، آگاهی کامل‌تری می‌یابند. همچنین حضور مستقیم مردم در تعیین نمایندگان خود در قوای حاکمه، خلاصه نمی‌شود؛ بلکه مردمی که نمایندگان خود را در قوای سه‌گانه حکومتی تعیین می‌کنند و آنها را از خود و کسی مانند خود می‌دانند، بر رفتار و کردار آنها نیز نظارت می‌کنند و موارد انتقادی یا نقطه‌نظرهای پیشنهادی را به نمایندگان منصوب خود، گوشزد می‌کنند و چنان‌چه کارگزاران انتخابی، دچار انحراف از سیاست‌های مردمی شوند، به جهت مشارکت عمومی جامعه در نظارت بر رفتار آنان، ناگزیر از قرار گرفتن در مسیر درست خواهند شد و در صورت مقاومت در این راستا، با اهرم‌های نظارتی مردمی، از سبمت خود برکنار می‌شوند. مشارکت توده‌های مردم در دو بعد انتخاب نمایندگان و کارگزاران

و نظارت بر عملکرد آنان، می‌تواند به صورت مستقیم صورت پذیرد. منتها در جوامعی مثل ایران که تنوع نژادی، طایفه‌ای و قومی و قبیله‌ای وجود دارد و همچنین، جمعیت آن کشور، زیاد است، امکان نظارت همه‌گیر مردم بر عملکرد حاکمان، در عمل با مشکلاتی روبه‌رو خواهد بود. نظریه‌پردازان در این راستا برای حفظ مشارکت مردم بر سرنوشت فردی و اجتماعی خود و نظارت بر رفتار کارگزاران، سازمان‌ها و کانون‌های برگرفته از توده‌های مردم و سازمان‌های مردم‌نهاد که امروزه به N. G. O معروف است را پیشنهاد می‌کنند.

ترس از افکار عمومی در کشورهایی که بلوغ فکری مردم به حدی رسیده است که در همه ارکان سرنوشت حکومتی خود مشارکت می‌کنند، این مشارکت می‌تواند از طریق تشکیل احزاب و کانون‌های مردم‌نهاد که دارای اساسنامه و مرامنامه‌های مشخص و رسمی و اعضای متشکل هستند، صورت پذیرد و نمایندگان این احزاب و گروه‌های مردمی می‌توانند به‌عنوان نماینده توده مردم در قوای حاکمه کشور، انتخاب و به‌کار گمارده شوند و نظارت عمومی جامعه بر عملکرد حاکمان از مسیر شکل‌های حزبی و صنفی، تحقق یابد. همچنین در این راستا می‌توان وجود رسانه‌های گروهی پرتلاش و فراگیر، اعم از رسانه‌های نوشتاری یا مجازی را جهت تحقق مشارکت مردم در جامعه پیشنهاد کرد.

هرچقدر که استقبال مردم از کتاب، روزنامه، مجله و همچنین سایت‌های اجتماعی بیشتر باشد و این رسانه‌های گروهی و ارتباط‌جمعی، به رسالت و وظیفه آگاه‌سازی اجتماعی خود، همت و وسواس کامل داشته باشند؛ به‌گونه‌ای که مردم با ارتباط با این رسانه‌ها از آخرین اخبار و اطلاعات روز کشور و جهان، آگاهی می‌یابند و دغدغه و نگرانی سانسور و حذف اخبار را در آنها نداشته باشند و افزون بر آن بتوانند انتقادات و پیشنهادهای خود را در بهبود رفتار کارگزاران و موارد انجام تخلف و سوءاستفاده آنها را

از طریق این رسانه‌ها اطلاع‌رسانی کنند، مشارکت عمومی جامعه، به‌طور کامل تحقق یافته است. این مشارکت، علاوه بر این‌که موجب ممانعت از ارتکاب جرم توسط مسئولان-حداقل از بیم نظارت همگانی مردم و احزاب و رسانه‌ها می‌شود، یک مجازات عمومی برای افرادی که مرتکب تخطی از وظایف قانونی می‌شوند، نیز محسوب می‌گردد.

در کشورهای پیشرفته و دموکرات، یک وزیر یا مدیر یک شرکت دولتی، از افشا شدن سوءاستفاده‌های مالی خود، در افکار عمومی و رسانه‌های گروهی، بیشتر می‌ترسد تا تعقیب قضایی، حبس و مجازات‌های کیفری. لذا مشارکت مردم، بهترین راه پیشگیری از ارتکاب جرم توسط کارگزاران و حاکمان خواهد بود؛ و از این طریق، آمار پرونده‌های قضایی، در دادگستری نیز کاهش خواهد یافت.

۶. نتیجه‌گیری

باتوجه به آنچه در ذیل فرمایشات الهی و نیز تفاسیری که اولیای الهی از آنها ارائه نموده‌اند و با تدقق در سیره‌ی عملی حکومت‌داری معصومین علیهم السلام - که البته به‌گواه تاریخ بسیار کوتاه بوده و نیز به‌جای معرفی معارف الهی برای رشد و تعالی زندگی دنیوی و اخروی بشریت دائم در پی مبارزه برای تثبیت همان حکومت اندک بوده‌اند- در می‌یابیم که عملاً برای حرکت مدام در مسیر جامعه‌ای پویا و به دور از ناهنجاری‌های اجتماعی ناشی از ابزارهای کنترلی قهری حاکمیتی، مشارکت‌های مردمی در قالب جریان‌ها و نهادهای عمومی و مستقل و دور از هیجانات سیاسی و دنیاطلبی، ابزاری است که اتفاقاً با احاطه به جوانب پیدا و پنهان حکومت‌داری از سوی حاکم به محکومین، می‌تواند در صورت شفاف شدن اطلاعات گسترده در سطح جامعه و آزادی در چارچوب قانون رسانه‌ها برای تحقق این مهم، هم نقش کنترلی خود را برای عدم انحراف از مسیر تعالی ایفا نماید و هم تکیه گاهی شایسته باشند برای اقلیت حاکمیت و اقتدار جامعه

مدنی خویش. آنچه بسیار پر اهمیت جلوه می‌کند تصمیم برای اجرای اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی در بخش حقوق ملت، به ویژه تعیین و تبیین حدود و ثغور جرایم سیاسی و تفکیک آن از جرایم امنیتی و نیز مشخص نمودن محدوده فریضه الهی امر به معروف و نهی از منکر که در قرآن و سنت اهل بیت علیهم السلام، تأکید بسیاری بر آن شده است بوده و همچنین هدایت مسیر قانون‌گذاری به سمتی که از برخورد قضایی و قهری با منتقدان به عملکرد دستگاه‌های حاکم و همچنین جلوگیری از سانسور خبری در رسانه‌های گروهی، جلوگیری نمایند و حس اعتماد مردم را به کارگزاران تحریک و اعتماد عمومی را نسبت به آنها افزایش دهد و نتیجه آن، مسلماً دخالت و مشارکت همگان در این راستا خواهد شد. در ناهنجاری‌های اجتماعی و آسیب‌های بزهکارانه جامعه، بایستی تبلیغات و فعالیت‌های رسانه‌ای، برای شرکت دادن مردم در ستیز با این آسیب‌ها و روش‌های درمان آنها، صورت پذیرد. تهیه و پخش برنامه‌های آموزشی در شبکه‌های تلویزیونی، در کالبدشکافی ناهنجاری‌های اجتماعی و علل و عوامل بروز آنها و آموزش همگانی به مردم و نیز تشکیل و افزایش ستادهای خبری اطلاع‌رسانی همگانی تا مردم بتوانند از آن طریق و به آسانی و سهولت و با یقین به شنیده شدن و نتیجه‌بخش بودن نظرات و انتقادهایشان، کمک شایانی در این راستا خواهد کرد.

منابع

- جایگاه مردم در نظام اسلامی از دیدگاه امام خمینی، مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- روزنامه کیهان، شماره ۲۰۲۷۶ به تاریخ ۹۱/۵/۱۷. صفحه ۶.
- شیخ طوسی، «الامالی»، کتابخانه دیجیتال نور.

- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- قرآن مجید
- نهج البلاغه
- وسایل الشیعه

مفهوم آزادی در اصل ۲۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

طیبه اتحادنژاد^{۱*} اسماعیل صادقی^۲

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه آزاد اسلامی شیراز

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه آزاد اسلامی شیراز

چکیده

اصل ۲۷ قانون اساسی، آزادی تشکیل اجتماعات را بدون حمل سلاح و به شرط عدم اخلال به مبانی اسلام مقرر کرده است. در خصوص مفهوم آزادی در اصل مذکور و قلمرو و محدودیت‌های مشمول بر آن مباحث مختلفی قابل طرح است. از جمله اینکه به نظر می‌رسد به تفسیر موسع منفی، حدود این آزادی‌های بنیادین توسط قوانین عادی خدشه‌دار شده و باعث کاسته شدن از هنجاریت قانون اساسی گردیده است. در عین حال جهت احیاء، تضمین و تنظیم خواهی در رابطه با آزادی‌های مورد بحث مرجع مشخصی معین نگردیده است.

واژگان کلیدی: آزادی، اجتماعات، راهپیمایی، قانون اساسی.

مقدمه

مسئله آزادی برای انسان مسأله حیاتی است که از آغاز زندگی‌اش برای او مطرح شده است. هرچند معنی اصلی آزادی به معنای رهایی انسان از سلطه دیگری است؛ ولی در طول تاریخ برداشت‌ها از این مفهوم دچار تنوع و تعدد شده است. اندیشمندانی چون جان لاک، هیوم، وولف، ولتر، بیلفینگر، کوهن معتقدند که آزادی از مقوله سلطه و قدرت است. اندیشمندانی چون لایب نیتس، اسپینوزا، باتلر، کانت، هگل و روسو معتقدند که آزادی از مقوله حکومت عقل است؛ چراکه تسلیم به عنصر نامعقول به نام آزادی یک نوع هرزگی است. کانت معتقد است میلی معقول بیش از همه وقت مشهود است که در تعارض با میل نامعقول به جلوه آید، لذا آزادی حکومت است؛ حکومت عقل، وجدان و ذهن (کرنستن، ۱۳۵۹، ۳۰-۳۱).

به اعتقاد جان استوارت میل، هر فرد باید آزادی داشته باشد؛ مشروط به اینکه به آزادی دیگران لطمه وارد نسازد و مشروط بر اینکه خود فرد از قوانینی که هدفش تامین همین آزادی برای سایر افراد جامعه است اطاعت ورزد (میل، ۱۳۷۵، ۱۳۷). منتسکیونیز آزادی را به «انجام هر چیزی که قانون اجازه داده است» تعریف کرده و اعلامیه حقوق بشر فرانسه (مصوب ۱۷۸۹م) آزادی را به معنای توانایی انجام کاری که به دیگران ضرر نرساند تفسیر می‌کند (عمید زنجانی، ۱۳۹۰، ۲۲).

از نظر هابز آزادی عبارت است از، اختیار برای انجام یک عمل یا امساک از آن، حال آنکه قانون تعیین‌کننده و ملزم‌کننده به یکی از آنها است (هابز، ۱۹۹۰، ۱۵۳) و هایک فیلسوف لیبرال اشاره می‌کند که آزادی فقط در محیط لیبرالی و آزادی می‌تواند عمل کند (هایکس، ۳۰، ۱۹۸۹). در نهایت از نظر فقه هم آزادی به معنای حریت است و امام علی (ع) در این باره می‌فرماید: بنده دیگری مباش که خداوند تو را آزاد قرار داده است (امام

علی «ع»، نامه ۳۴۴، ۳۱). آزادی به اعتبار فعالیت‌های گوناگون آدمی انواع متعددی دارد؛ از جمله: آزادی عقیده، بیان، قلم، آزادی اجتماعات، آزادی کار و تجارت، آزادی سیاسی، آزادی‌های فردی، آزادی مطبوعات، رسانه، اطلاعات و آزادی آموزش و پرورش. از آنچه که گفته شده مشخص شد که، بخش عمده‌ای از بحث‌های مربوط به آزادی در رابطه انسان و قانون است و در حقیقت محور اساسی بحث آزادی است که فرد تا چه حد در فکر و اعتقاد و بیان آن دو و در فعالیت‌های سیاسی و اجتماعی و اقتصادی می‌تواند از تعرض دولت و قانون مصون باشد و یا به عبارت دیگر اقتدارات حاکمیت و قانون تا چه حدی قلمروی آزادی را می‌تواند تحت کنترل خود در آورد. لذا با توجه به عنوان این مقاله که مفهوم آزادی در اصل ۲۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران می‌باشد؛ سعی خواهد شد اصل مذکور را مورد تجزیه و تحلیل قرار داده و هشت سوال پیرامون موضوع این نوع آزادی پاسخ داده شود.

۱. مفهوم آزادی در اصل ۲۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

اصل ۲۷ مقرر می‌دارد: «تشکیل اجتماعات و راهپیمایی‌ها، بدون حمل سلاح، به شرط آنکه مخل به مبانی اسلام نباشد آزاد است». از ظاهر اصل مذکور مشخص است که آزادی عمومی گروهی موقت، مدنظر قانون‌گذار بوده است که به دو بخش آزادی اجتماعات و آزادی راهپیمایی‌ها تقسیم می‌شود و در اینجا ابتدا به آزادی اجتماعات و سپس به آزادی تظاهرات خواهیم پرداخت.

۱-۱. آزادی اجتماعات

آزادی اجتماع عبارت است از گرد آمدن موقت گروهی از افراد برحسب قرار یا دعوت قبلی در محلی معین، به‌بیانی دیگر، آزادی اجتماع عبارت است از: اینکه افراد بتوانند برای

تبادل افکار یا دفاع از منافع خود در اجتماعی آزادانه شرکت کنند. در تشکیل و تحقق اجتماعات، ماهیت هدفی که آن اجتماعات برای آن تشکیل می‌شود اهمیت زیادی دارد و هر اجتماعی را نمی‌توان اجتماع عمومی و در زمره‌ی آزادی اجتماعات عمومی قرار داد. مثلاً نمی‌توان اجتماعی را که بر تماشای فیلم و نمایش در مکان‌های عمومی جمع می‌شوند را یک اجتماع عمومی دانست؛ زیرا خصیصه اصلی اجتماع عمومی تبادل افکار و عقاید، گفتگو و فعالیت گروهی می‌باشد و از این منظر اجتماعات عمومی به تمام آزادی‌های فکری و سیاسی پیوند می‌خورد.

آزادی اجتماعات از جمله آزادی‌های اساسی حقوق بشری و حق طبیعی است که در اکثر اسناد حقوق بشری داخلی و بین‌المللی به رسمیت شناخته شده است و با استفاده از آن به هر فرد این توانایی را می‌دهد که در سرنوشت جامعه خویش موثر باشد و در مواقع لزوم بتواند سخنانش را به گوش زمامداران برساند. عموماً حق‌های طبیعی در قالب آزادی‌های منفی ارائه می‌شود که حوزه‌ای از استقلال فردی را مشخص می‌کند، حوزه‌ای که حکومت نباید وارد آن شود (هابرماس، ۱۹۹۶، ۲۴۷-۲۴۸) و آزادی‌های عمومی هم از این قاعده نباید مستثنی شود؛ تا اینکه بتوانیم آن‌را در زمره آزادی‌ها و حق‌های طبیعی و حقوق بشری دانست و جز در موارد خاص محدودیت‌های قانونی حکومت‌ها نباید این آزادی را محدود سازند.

۱-۲. آزادی راهپیمایی‌ها

راهپیمایی‌ها در معابر عمومی همانند اجتماعات از گونه‌های آزادی‌های عمومی و گروهی موقت به‌شمار می‌روند؛ ولی ویژگی اصلی راهپیمایی‌ها و روش اعمال این آزادی باعث تمایز آن از آزادی اجتماعات می‌شود. نخست اینکه راهپیمایی‌ها عموماً در معابر عمومی برگزار می‌شود و دوم اینکه راهپیمایی‌ها اصولاً چهره طلبکارانه و معترضانه دارد و معمولاً

در مواقعی پیش می‌آید که اجتماعی می‌خواهد حرف و خواسته خود را بدون اینکه بین شرکت‌کنندگان تبادل افکار و عقیده و بیان باشد به‌گوش حکومت یا مخالفان خود برسانند و به‌خاطر همین شاید آزادی راهپیمایی‌ها را بتوان آزادی تظاهرات توصیف کرد که در قانون اساسی به رسمیت شناخته شده است؛ ولی چون اعمال این آزادی ممکن است به ایجاد خشونت بین شرکت‌کنندگان و گروه‌های مختلف از جمله مخالفان منجر شود و در نتیجه باعث اختلال در نظم عمومی و آسیب‌ها و خسارت‌هایی شود؛ دشواری‌های بیشتری جهت نظم و کنترل آن ایجاد می‌کند و دولت‌ها هم سخت‌گیری نسبتاً شدیدتری جهت اعمال این نوع آزادی‌ها به‌عمل می‌آورند و می‌توان گفت اکثر کشورها این آزادی را به دو دسته آزادی راهپیمایی (تظاهرات) عمومی قانونی و راهپیمایی (تظاهرات) عمومی غیرقانونی تقسیم می‌کنند. راهپیمایی‌های اعلام شده و مسالمت‌آمیز از مصادیق دسته اول و بیشتر شامل طیف موافق حکومت‌ها می‌شود و راهپیمایی‌های اعلام نشده یا بدون مجوز و خشونت‌آمیز در دسته دوم قرار می‌گیرند که اصولاً شامل طبقه مخالفان حکومت و دولت می‌باشند و شاید به جرات بتوان گفت در هیچ کشوری برخلاف قوانین اساسی آنها که این حق و آزادی را برای همه افراد به رسمیت شناخته است به‌طور عادلانه و حقوق بشری رعایت نمی‌شود.

۲. محدودیت‌های ناظر بر اصل ۲۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی

ایران

اصل ۲۷: تشکیل اجتماعات و راهپیمایی‌ها، بدون حمل سلاح، به شرط آن که مبانی اسلام نباشد آزاد است.

همان‌طور که از ظاهر اصل ۲۷ پیداست محدودیت‌هایی که بر آزادی اجتماعات در

ایران از نظر قانون اساسی بیان شده است و دو مولفه عدم حمل سلاح و مخل نبودن به مبانی اسلام است و لذا ما در این بخش این دو محدودیت را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۲-۱. عدم حمل سلاح

اولین محدودیت بر آزادی اجتماعات عدم حمل سلاح است؛ این بدان معنا است که مهم‌ترین موضوعی که در این اصل گوشزد شده است مسالمت‌آمیز بودن اجتماعات است؛ زیرا قید عدم حمل سلاح همواره جزو لاینفک مفهوم مسالمت‌آمیز بودن در آزادی اجتماعات است؛ زیرا حمل سلاح باعث خارج شدن تجمعات از حالت مسالمت‌آمیز می‌شود و ممکن است تهدید امنیت عمومی شود؛ یا همان جان و مال مردم به خطر بی‌افتد این تهدید با اهداف یک جامعه دموکراتیک مغایرت دارد.

هرچند عدم حمل سلاح به صراحت در اسناد بین‌المللی حقوق بشر منع نشده است؛ نظام بین‌المللی حقوق بشر و رویه دولت‌ها، حمل سلاح در تجمعات و راهپیمایی‌ها را ممنوع کرده و آن را مصداق بارز تجمع غیرمسالمت‌آمیز و غیرقانونی می‌داند. همچنین از برخی اسناد، بالاخص اصول اساسی استفاده از زور و سلاح گرم توسط ماموران پلیس می‌توان دریافت که حمل سلاح در اجتماعات منع شده است (اسلامی، کمالوند، ۱۳۹۳، ۱۹۵).

مطابق رویه دولت‌ها، به‌خصوص قانون اساسی در کشورهایی که قانون اساسی نوشته دارند و رویه قضایی و اعلامیه در کشورهایی که قانون اساسی مکتوب ندارند، عدم حمل سلاح برای اجتماعات، یکی از شروط مسالمت‌آمیز بودن دانسته شده است و اساساً اجتماعی که شرکت‌کنندگان آن اسلحه حمل یا از آن استفاده کنند، از حمایت بین‌المللی برخوردار نبوده و حتی دولت‌ها و نیروی پلیس اجازه برخورد با این‌گونه تجمعات را با

رعایت موازین حقوق بشر خواهند داشت (همان، ۱۹۵). لذا قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران هم این قید را ذکر نموده در همین قانون و قوانین دیگر توصیفی از اسلحه برده نشده است و باتوجه به اینکه اسلحه اعم است از گرم و سرد است، باید توسط قانونگذار مشخص گردد کدام یک از مصادیق سلاح است و همچنین مشخص گردد چه تعداد سلاح برای اینکه اجتماعات را از حالت مسالمت‌آمیز خارج کند لازم است. لذا به نظر می‌رسد به دلیل اینکه کلمه سلاح به طور مطلق به کار برده شده است و باتوجه به اینکه استفاده از یک سلاح گرم امروزی می‌تواند نظم عمومی یک شهر را به هم زند و جان تعداد زیادی را به خطر اندازد؛ باید قضاوت را باتوجه به اوضاع و احوال به عرف سپرد تا بتوان در شرایط مختلف تصمیمات لازم را جهت جلوگیری از به‌خشونت کشیده شدن اجتماعات و برهم خوردن نظم عمومی اتخاذ کرد.

۲-۲. عدم اخلال به مبانی اسلام

دومین محدودیتی که در ذیل اصل ۲۷ بر آزادی اجتماعات وارد شده است، مخل نبودن به مبانی اسلام است.

اسلام در روزگاران بسیار برای رهایی از انسان تلاش کرد و با برده‌داری، بزرگترین معضل پیچیده دیرینه بشری به بهترین وجه مبارزه کرد و در همان آغاز ظهور با تکیه به اصول عدالت و کرامت انسانی و یا اصل برادری و برابری، نظام انسانی و نوین جهانی را بیان نهاد. در این نظام آزادی تن و اندیشه به ارمغان آمد. مشارکت انسان را در قالب (وامرهم شورا بینهم) به عنوان اصل بنیادین ساختار سیاسی در دولت اسلامی مطرح کرد و با طرح (لا اکراه فی الدین) بر آزادی عقیده و اندیشه پا فشرد و آزادی‌های فردی و عمومی را در عرصه‌های گوناگون پدید آورد؛ جز آنکه با اصول و کرامت انسانی و یا با حقوق دیگران در تضاد باشد. این آزادی مربوط به حکومت‌های کنونی نمی‌باشد؛ بلکه

اعمالی در اسلام وجود داشته و دارد که از آن می‌توان به اجتماع سیاسی، عبادی و اجتماعی همچون نماز جمعه یاد برد و از آنها علاوه بر بهره‌برداری عبادی، بهره‌برداری سیاسی و اجتماعی فروان نیز شده است؛ نسبت به مخالفان، تجمعات آنها مورد احترام بوده و از تعرض به آنها جلوگیری می‌شده است (جوان آراسته، ۱۳۸۴، ۱۷۸). همچنین از نظر بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران امام خمینی که فرمودند: «ما جمهوری اسلامی را اعلام کرده‌ایم و ملت با راهپیمایی‌های مکرر به آن رای داده‌اند»؛ نقش راهپیمایی‌ها و اجتماعات کاملاً برجسته نشان داده می‌شود (رنجبر، ۱۳۸۲).

از آنچه گفته شد معلوم می‌شود که آزادی اجتماعات در اسلام حتی برای مخالفان در صورتی که به حقوق دیگران لطمه وارد نسازد به رسمیت شناخته شده است و آنرا از جمله حقوق بنیادین برای همه افراد دانسته است. حال این عدم مخل بودن به مبانی اسلام که در اصل ۲۷ آمده است به کدام موارد اشاره دارد؟ آیا منظور مخل اصل اسلام می‌باشد یا مخل امنیت و نظم عمومی و یا اینکه همه این موارد منظور مقنن بوده است و حتی می‌توان از آن تفسیر موسع کرد و مولفه‌های بسیار زیادی را به آن افزود؟ آیا تفسیر موسع از مبانی اسلام باعث از بین رفتن این آزادی نخواهد شد؟

به نظر می‌رسد که ما در این زمینه فقدان یک قانون یا آیین‌نامه و یا حتی یک تفسیر واضح و روشن می‌باشیم که باتوجه به آن بتوان این آزادی حقوق بشری را ارزیابی کرد و جلوی دست اندازی‌های دولت حاکم را بر حدود این آزادی را گرفت و از آن مهم‌تر وقتی حرف از مبانی اسلام و مغایرت با آن پیش می‌آید در کشور ما مرجع خاصی برای این موضوع مشخص گردیده است و نباید این آزادی توسط مراجعی غیر از مرجع صلاحیت‌دار در این موضوع محدود شود و از اصول اصلی دموکراسی که همان عدالت و برابری است فاصله بگیریم.

۳. نادیده گرفتن آزادی مصرح در قانون اساسی به استناد به قوانین

عادی

همان‌طور که از نام قانون اساسی مشخص است این قانون، اساسی‌ترین و بنیادی‌ترین قانون هر کشور است و می‌توان گفت سند رسمی یا اساسنامه یک کشور است که همه قوانین دیگر باید بر اساس این قانون سنجیده شوند و هرگز نباید با قانون اساسی مغایرت داشته باشند و به تبع این تفکر هر کشوری با توجه به اوضاع و احوال سیاسی و اجتماعی خود یک مرجع را برای نظارت بر قانون اساسی تعیین نموده است. پس می‌توان گفت قانون اساسی هر کشور از ویژگی هنجاریت برخوردار است. حال با این تفاسیر هرگاه در این قانون برین، حقی را که برای اشخاص در نظر گرفته شده است، می‌توان با استناد به قوانین دیگری مثل قوانین عادی محدود یا نادیده گرفت؟

آزادی اجتماعات و راهپیمایی‌ها از جمله آزادی‌هایی است که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۲۷ برای افراد در نظر گرفته شده است و در ادامه این اصل دو شرط عدم حمل سلاح و عدم اخلال به مبانی اسلام است. این نشان‌دهنده آن است که آزادی اصل است و تا جایی‌که به این دو شرط برخورد نکند، نباید با موانعی محدود شود. هر چند که اخلال به مبانی اسلام دارای ابهامات زیادی می‌باشد و مشخص نیست که آیا این مبانی اسلام احکام اصلی مهم اسلام است یا حتی فتوای مراجع را هم در بر می‌گیرد؟ یا اینکه اصولاً می‌توان آزادی افراد را با یک فتوا نادیده یا محدود کرد؟ به‌هرحال نباید از این نکته هم غافل شویم که قانون اساسی یک قانون کلی است و فقط کلیات را بیان نموده است و این کلیات باید توسط قوانین دیگر اجرایی شوند؛ ولی این قوانین تا چه اندازه قدرت محدودکننده دارند و یا اینکه تا چه حد می‌توان این قوانین عملی را تفسیر موسع به‌طرف محدودشدن آزادی‌ها نمود؟

آیا بهتر نیست قوانین عادی فقط و فقط در حد ضرورت و محدودیت‌های غیرقابل اجتناب به موانعی در جهت آزادی‌ها تبدیل شوند و بیشتر تمرکز خود را در جهت بسط و گسترش این آزادی‌ها نمایند تا این حق مسلم و مبارک هر روز گستره‌ی خود را بر جهان بشر، بیشتر بگسترانند؟

از لحاظ اجرا و اعمال محدودیت نسبت به آزادی اجتماعات و راهپیمایی‌ها از جمله به لزوم یا عدم لزوم کسب مجوز، سیستم‌های حقوقی به سه دسته تقسیم می‌شوند:

الف: سیستم اجازه، که در این نوع سیستم قانون افراد را جهت استفاده از آزادی باید از یک مرجع یا افراد مشخصی اجازه کسب نمود؛ که این سخت‌ترین محدودیت را برای آزادی در نظر گرفته است.

ب: سیستم اطلاع قبلی، در این سیستم صرفاً افراد جهت استفاده از آزادی باید به مراجع یا افراد اطلاع دهند که می‌توان گفت این نوع محدودیت متعادل می‌باشد.

ج: سیستم تعقیب پسینی یا بعدی، در این سیستم آزادی‌ها بسیار دموکراتیک‌تر می‌باشد و به افراد اجازه بهره‌مندی از این حق طبیعی و مسلم داده می‌شود و تا زمانی که موجب اختلال یا اضرار نشوند هیچ محدودیتی بر سر راه آنان قرار نمی‌گیرد.

با توجه به اینکه در قانون فعالیت احزاب تبصره ۲ ماده ۶، برگزاری تجمعات را منوط به اخذ مجوز از وزارت با تایید کمیسیون ماده ۱۰ دانسته است؛ این موضوع بسیار قابل انتقاد می‌باشد، زیرا اولاً، سیستم حقوقی کشور ما از سیستم اجازه قبلی یعنی محدودترین سیستم تبعیت نموده است و دوماً این اجازه باید به تایید کمیسیونی برسد که اعضای آن کاملاً دولتی هستند و در نهایت از همه مهم‌تر محدودیت اختلال به مبانی اسلام به وسیله کمیسیونی بررسی می‌شود که در سیستم اسلامی کشور ما نمی‌تواند قابل قبول باشد. پس می‌توان گفت سیستم حقوقی ما در این مورد باید یک بازنگری کلی به عمل آورد تا سیستم حقوقی کشور ما به هدف غایی خود که همان عدالت اجتماعی است نزدیک و

نزدیک‌تر گردد.

۴. آزادی اجتماعات در ایران

همان‌طور که در مباحث قبلی بیان شده آزادی اجتماعات یکی از آزادی‌های اساسی است که معمولاً در همه قوانین اساسی کشورها و قوانین حقوق بشری بین‌المللی به روشنی دیده می‌شود و در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران هم از این مقوله غافل نبوده و در اصل ۲۷ به‌طور واضح اشاره شده و آن‌را به رسمیت شناخته است و حال سوال این است که این آزادی چگونه توسط افراد قابل اعمال می‌باشد؟

آیا افراد می‌توانند به‌صورت خودجوش و بدون اینکه گروه یا حزبی را تشکیل دهند، اجتماع یا راهپیمایی مسالمت‌آمیز داشته باشند یا خیر؟

جواب این سوال با توجه به اصل مذکور کاملاً روش به‌نظر می‌رسد و جواب مثبت می‌باشد؛ ولی به‌نظر می‌رسد در حال حاضر نظریه‌ی جا افتاده در کشور مخالف با نص اصل ۲۷ می‌باشد و اجتماعات و راهپیمایی‌ها را فقط در قالب احزاب و گروه‌ها و انجمن‌ها می‌دانند؛ استدلال‌های مختلفی در این باره وجود دارد از جمله:

الف: عده‌ای استدلال خود را بر اساس اصل ۲۶ قانون مذکور بنا نهاده‌اند و اصل ۲۷ را ادامه اصل ۲۶ دانسته‌اند و چون در اصل ۲۶ از احزاب به جمعیت‌ها و انجمن‌ها نام برده شده است؛ پس استدلال می‌کنند که آزادی اجتماعات و راهپیمایی‌ها هم فقط در قالب گروه یا حزب یا انجمن امکان‌پذیر می‌باشد؛ اما شاید این نظر تا حدودی درست باشد، زیرا فقط در قالب گروه سازمان‌یافته می‌باشد که بتوان امنیت بین اجتماعات و راهپیمایی‌ها را تامین کرد؛ زیرا هرگروهی دارای مسئول یا مسئولان می‌باشد که مسئولیت خسارت احتمالی را برعهده خواهد گرفت؛ این محدودیت قابل قبول می‌باشد؛

زیرا آزادی اجتماعات و راهپیمایی‌های ذکر شده در اصل ۲۷ مطلق بیان شده و به‌جز در استثنائات بدون حمل سلاح و مخل مبانی اسلام چیزی ذکر نشده، پس نباید آزادی مطلق در قانون برتر را بتوان با قانون پایین دست محدود نمود.

ب: عده دیگری هم استدلالشان بر تبصره ۲ ماده ۶ قانون احزاب می‌باشد که مقرر نموده است: برگزاری راهپیمایی‌ها با اطلاع وزارت و تشکیل اجتماعات را با کسب مجوز از وزارت کشور بدون حمل سلاح و عدم اخلال به مبانی اسلام به تشخیص کمیسیون ماده ۱۰ قانون احزاب آزاد است و گفته می‌شود که فقط گروه و انجمن سازمان‌یافته می‌تواند توسط مسئولان خود مجوز را از وزارت کشور دریافت نمایند؛ ولی این‌هم قابل قبول نمی‌باشد زیرا اولاً، جمعیت‌های سازمان‌یافته هم باید بتوانند برای اهداف خود به‌صورت جداگانه و خودجوش اجتماع و راهپیمایی مسالمت‌آمیز داشته باشند؛ چون در این صورت است که می‌توان گفت استفاده از این آزادی به‌طور برابر برای همه شهروندان تامین شده است و دوماً، در کشور ما احزاب و گروه‌های سازمان‌یافته به‌ندرت وجود دارند که شهروندان بتوانند در زیر لوای این احزاب و گروه‌ها برای رسیدن به اهداف خود به این آزادی متوسل شوند.

۵. تفسیر موسع از حد و مرزهای پیش‌بینی شده در اصل ۲۷

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران چه در زمینه حق‌های فردی و چه در زمینه حق‌های گروهی، قوانین و مقررات بسیار دقیق و مطلوبی دارد؛ که تضمین عملی آنها می‌تواند پاسخگوی بسیاری از دغدغه‌های کنونی جامعه باشد. اما قانون اساسی در بند ۷ اصل سوم تامین آزادی سیاسی و اجتماعی را در حدود قانون، وظیفه دولت دانسته است و اصل ۲۷ نیز تشکیل اجتماعات و راهپیمایی‌ها را با ذکر شرایط دوگانه عدم اخلال در

مبانی اسلام و عدم حمل سلاح آزاد دانسته است. تامل پیرامون این اصول و دیگر اصول مشابه قانون اساسی نشانگر این است که از منظر قوه بنیادگذار جمهوری اسلامی اصل بر آزادی است؛ مگر آنکه شهروندان حدود کلی پیش‌بینی شده را محدود کنند. بنابراین تفسیر موسع یا حداکثری شرطها و محدودیت‌های پیش‌بینی شده برای آزادی‌ها با مبانی و فلسفه کلی قانون اساسی مغایرت دارد. این دسته از تفاسیر می‌تواند، در نهایت به اضمحلال اصل حق‌های مندرج در قانون اساسی منتهی شود و رفته‌رفته هنجاریت برین قانون اساسی را از آن بستاند. پس اعتقاد به مرجعیت هنجارهای قانون اساسی مستلزم آن است که اصول و مبانی این قانون در همه عرصه‌های حکمرانی بدون تبعیض مورد تضمین قرارگیرد (ژان دوفار، ۱۳۹۱، ۱۸-۱۷).

۶. ارتباط آزادی تجمع و تظاهرات و آزادی عقیده و بیان

قبل از ورود به بحث، ابتدا باید دید آزادی عقیده و بیان چیست. انسان در اندیشیدن و اعتقاد آزاد است و کسی نمی‌تواند دیگری را به انتخاب دینی یا مسلکی خاص مجبور کند و همچنین بر اساس اصل حریت، آدمی در ابراز اندیشه‌ها و افکار خود و نیز چاپ و نشر آنها آزاد است؛ اما پرهیز از دروغ، نشر باطل و منکرات، اهانت به خود یا جامعه و آنچه موجب تضعیف نظام و امت اسلامی است، واجب و ارتکاب آنها حرام است (موسی‌زاده، ۱۳۹۲، ۲۲۵).

آزادی عقیده و بیان معیاری اساسی برای هر نوع جامعه چند صدایی و دموکراتیک است. نقض این آزادی همواره به نابودی سایر موازین حقوق بشر منجر می‌شود. این آزادی به‌علت اساسی بودن آن در قوانین ملی، بین‌المللی و اسلام مورد حمایت و توجه ویژه قرار گرفته است؛ که در اینجا به بعضی از آنها اشاره خواهیم کرد.

- آزادی عقیده و بیان در اعلامیه جهانی حقوق بشر در ماده ۱۸، ۱۹، ۲۹، ۳۰ به‌طور

واضح مورد حمایت قرار گرفته است.

- آزادی عقیده و بیان در قوانین ملی هم به عنوان یکی از اصول اساسی حقوق بشری مورد توجه قرار گرفته است؛ به عنوان مثال در اصل ۲۳ قانون اساسی ایران یا متمم اول قانون اساسی ایالات متحده آمریکا در مورد آزادی عقیده و بیان می باشد و این آزادی را از آزادی های بنیادین شمرده است.

حال که چیستی و اهمیت آزادی عقیده و بیان مشخص شد؛ باید دید این آزادی ها را فقط می توان فردی مورد حمایت قرارداد یا افراد می توانند به طور جمعی هم ابراز عقیده کنند و آنرا به اشکال مختلف تجمع یا تظاهرات ابراز نمایند. علی الاصول هدف نظام قانون گذاری در کشورهای مختلف این است که نه تنها مانعی برای برگزاری تجمعات متخلف پیش بینی نکنند؛ بلکه برگزاری آنها را تسهیل نمایند. مثلاً مطابق رای مورد دیوان عالی کشور فرانسه تجمع عبارت است از گردهمایی سازمان یافته به منظور تبادل اندیشه ها و دفاع از منافع. معمولاً شیوه های برگزاری تجمعات گوناگون سیاسی، ادبی، اقتصادی و.. به گونه ای است که شنوندگان علاقمند بتوانند اطلاعات خود را افزایش داده و پرسش های خود را طرح نمایند؛ یعنی نوعی کنفرانس و گفتگو وجود داشته باشد. از این رو تجمع با نمایش متفاوت است زیرا در نمایش، شرکت کنندگان منفعلند و پرسش و پاسخی در کار نیست.

تجمع می تواند به انجام فعالیت های جمعی نیز توجه داشته باشد؛ مانند دفاع از منافع صنفی، سیاسی و اخلاقی، در اینجا افراد در جستجوی اهدافی هستند که به تنهایی و به صورت پراکنده نمی توانند به آن اهداف دست یابند. پس می توان گفت آزادی تجمع به منزله یکی از اشکال آزادی بیان، از شرایط تکثرگرایی در جامعه مردم سالار به شمار می رود. در نتیجه، وارد آوردن محدودیت بر اعمال آزادی تجمع باید همراه احتیاط و دوراندیشی باشد (ژان دوفار، پیشین، ۳۳-۳۴).

۷. مرجع رسیدگی نسبت به عدم اجرای اصل ۲۷ قانون اساسی

در این زمینه باتوجه به مباحث مختلف که به صورت پراکنده در آثار حقوقدانان مطرح گردیده است؛ نظریه واحدی وجود نداشته و راه‌حل‌های متعددی پیشنهاد شده است؛ که هر یک مقامات و مراجعی را به این منظور پیشنهاد داده‌اند که در ادامه آنها را بررسی خواهیم کرد:

الف) مقام رهبری، گروهی معتقدند که براساس مقدمه قانون اساسی و اصول ۵۰ و ۵۷ آن رهبری ضامن قانون اساسی و عدم انحراف نظامی می‌باشد و چون در قانون اساسی بدین منظور مرجعی مشخص نشده است پس از روح قانون اساسی استنباط می‌شود که کاری را که دادگاه عالی باید جهت احیاء و تضمین آزادی‌های مصرح در قانون اساسی انجام می‌داد از رهبری خواسته شده است (عمید زنجانی، ۱۳۸۰، ۱۶).

در نقد این نظریه می‌توان گفت درست است که بالاترین مقام کشور مقام رهبری است و نظارت ایشان گسترده است ولی نظارت بر قانون اساسی و تضمین آن مستلزم وجود تشکیلات و اعطای صلاحیت می‌باشد؛ که در قانون اساسی چنین امری به رهبری اعطا نشده است.

ب) رئیس‌جمهور، گروهی دیگر رئیس‌جمهور را به‌عنوان مرجع تضمین و صیانت از آزادی‌های مصرح در قانون اساسی پیشنهاد می‌کنند. این عده بر اساس اصل ۱۱۳ قانون اساسی این نظر را ابراز می‌نمایند. مثل اینکه گفته شده است: مسئول اجرای قانون اساسی در قوه قضائیه، قوه مقننه، قوه مجریه، صدا و سیما، نهادهای تابع رهبری و غیره رئیس‌جمهور می‌باشد (هاشمی، ۱۳۸۰، ۵۰). البته عده‌ای هم وظیفه تضمین را شورای نگهبان می‌دانند صیانت از قانون اساسی را وظیفه رئیس‌جمهور می‌دانند (مهرپور، حسین، ۱۳۸۴، ۲۰). ولی آنچه در عمل و از اصل ۱۱۳ قانون اساسی برداشت می‌شود، این

است که رئیس‌جمهور مسئولیت اجرای قانون اساسی در قوه مجریه و در محدوده ریاست خود را دارا است.

ج) قوه قضائیه، گروه سوم با استفاده به بند ۳ اصل ۱۵۶ و اصل ۱۷۳ قانون اساسی که نظارت بر حسن اجرای قوانین بر عهده قوه قضائیه گذاشته و با استظهار بر این، کلمه قوانین به صورت مطلق استعمال شده و هم قانون عادی و هم قانون اساسی را شامل می‌شود؛ لذا صلاحیت نظارت بر اجرای صحیح قانون اساسی را از وظایف قوه قضائیه می‌دانند (موسی زاده، ۱۳۸۹، ۳۳۳). این نظر نیز مضمون از خطا نبوده؛ زیرا در قانون اساسی چنین مرجعی در قوه قضائیه پیش‌بینی نشده است.

د) رئیس مجلس شورای اسلامی، برخی هم با استناد به اصل ۱۳۸ قانون اساسی، که رئیس مجلس شورای اسلامی را مکلف نموده است تا مقررات مغایر با قوانین را مورد نظارت قرار دهد؛ از آنجاکه کلمه قوانین مطلق استعمال شده، لذا هم قانون مادی و هم قانون اساسی را شامل می‌شود و این برعهده رئیس مجلس شورای اسلامی است، تا مقررات مغایر با قانون اساسی را مورد نظارت قرار دهد.

این نظریه هم ایراداتی دارد چون اولاً، مقررات و آیین‌نامه‌ها اقسام متعدد دارند که از این میان فقط آیین‌نامه‌های اجرایی، مبتنی بر قوانین تاییده شده قبلی می‌باشند و سایر مقررات به صورت مستقل توسط مراجع زیربسط تصویب می‌شوند (موسی‌زاده، ۱۳۸۴، ۱۵۱) و دوماً نظارت رئیس مجلس شورای اسلامی بر آیین‌نامه‌ها و مصوبات مقرر در اصل ۱۳۸ قانون اساسی، فقط مقررات دولتی را شامل می‌شود و سوماً بر اساس نظریه‌ی تفسیری شورای نگهبان، قوانین مقرر در اصل ۱۳۸ قانون اساسی منصرف از قانون اساسی بوده و رئیس مجلس شورای اسلامی فقط صلاحیت تطبیق مقررات با قوانین عادی را دارد.

ه) تاسیس دادگاه قانون اساسی، برخی اشخاص تشکیل دادگاه یا شورای عالی صیانت

از قانون اساسی را پیشنهاد داده‌اند. به نظر این گروه تنها راه حل باقی مانده، بازنگری در قانون اساسی و پیش‌بینی دادگاه عالی قانون اساسی می‌باشد (هاشم‌زاده هریسی، ۱۳۸۳، ۳۱۶).

به نظر ما هم بهترین راه جهت تضمین و احیای هر چه بیشتر حقوق و آزادی‌های مندرج در قانون اساسی تاسیس یک نهاد عالی یا دادگاه قانون اساسی خارج از سه قوه که بتواند با استقلال کامل عهده‌دار ضمانت و صیانت و احیای حقوق و آزادی‌های اساسی مردم شود و در آخر باید گفت با توجه به عدم پیش‌بینی مرجع مذکور در قانون اساسی در جهت تضمین و صیانت از آزادی‌های اساسی باید با استنباط از اصل ۴۱، قانون اساسی که بر اساس آن کلیه قوانین باید بر اساس موازین اسلام باشد و تشخیص این امر هم، بر عهده فقهای شورای نگهبان گذاشته شده است؛ می‌توان نتیجه گرفت جهت تضمین و احیای حقوق و آزادی‌های اساسی و همچنین حق دادخواهی جهت تضییع آزادی‌های اساسی می‌توان به شورای نگهبان مراجعه نمود.

۸. راهکارهای جامعه ایران و سازمان‌های بین‌المللی جهت اعمال

محدودیت نسبت به آزادی اجتماعات و تظاهرات

همان‌طور که ذکر گردید؛ سیستم کشورهای گوناگون به لحاظ اعمال محدودیت نسبت به آزادی اجتماعات و تظاهرات، از جمله لزوم یا عدم لزوم کسب مجوز سیستم‌های حقوقی به سه دسته تقسیم شده‌اند.

- سیستم‌های پیش‌بینی اجازه (پیشینی)
- سیستم‌های اطلاع قبلی
- سیستم تعقیب پسینی

هر یک از این سیستم‌ها سازوکار خاص خود را ایجاد کرده که بی‌شک رویکرد مسئولین و حاکمان در شکل‌گیری هر یک از این سیستم‌ها تاثیر بسزایی برخوردار است. در سیستم اجازه قبلی جهت بهره‌گیری از یک حق اساسی مانند حق آزادی و تظاهرات باید از یک مرجع خاص کسب اجازه کرد. به‌عنوان مثال، قانون فعالیت احزاب علاوه بر اینکه در تبصره ۲ ماده ۶ برگزاری تجمعات را منوط به اخذ مجوز از وزارت کشور دانسته، در ماده ۳۲ آیین‌نامه اجرایی آن، شرایط درخواست‌کنندگان این مجوز یعنی گروه‌ها و آن‌هم گروه‌های مندرج در این قانون و نحوه درخواست و چگونگی برگزاری، لزوم اعلام قبلی و بررسی موضوعاتی که قرار است در اجتماعات گفته شود و موارد دیگر، از جمله محدودیت ذکر شده است. همچنین مصوبات شورای عالی امنیت ملی که در آیین‌نامه چگونگی تامین امنیت اجتماعات و راهپیمایی‌های قانونی آمده از جمله موضوعات مبهمی است که حتی از ذکر آن محدودیت‌ها خودداری شده است و مشخص نیست چگونه می‌توان با این وصف اجتماع‌کنندگان را مسئول دانست. لذا سیستم حقوقی اجازه قبلی که سیستم حقوقی ایران مصداق بارز آن می‌باشد بیشترین محدودیت را در مورد این آزادی‌ها اعمال می‌کند.

سیستم اطلاع قبلی در مقایسه با سیستم اجازه قبلی، محدودیت کمتری ایجاد می‌کند و فقط افراد جهت بهره‌مندی از این آزادی مراجع یا مقامات ذیربط را مطلع می‌کنند. برای نمونه بر اساس قانون ۷ ژانویه ۱۹۸۳ فرانسه پیرامون توزیع صلاحیت‌ها، اعلامیه تظاهرات مسالمت‌آمیز باید حداقل ۳ تا ۱۵ روز قبل از تاریخ معین شده برای شهردار، فرماندار، اداره پلیس ارسال شود؛ که در این اعلامیه باید هدف، محل، تاریخ، ساعت تجمع، سخنرانان و مسیر تظاهرات ذکر گردد. شورای دولتی فرانسه هم در رای سال (۱۹۹۳/۰۷/۲۳) اظهار می‌کند که «برگزاری تظاهرات در معابر عمومی مشروط به اعلام قبلی آن به مقامات دارای صلاحیت انتظامی است». پس از منظر حقوق فرانسه، تظاهراتی

که برگزاری آن تابع اخذ مجوز پیشینی باشد، آزاد به حساب نمی آید. لازم به ذکر است که نظام بین‌المللی حقوق بشر در تشکیل و برگزاری اجتماعات، سیستم اطلاع قبلی را پذیرفته است.

سیستم تعقیب پسینی بسیار باز است که فقط در صورت اضرار به غیر می‌توان از آزادی جلوگیری و محدودیت اعمال کرد. این سیستم، لیبرال‌ترین سیستم در اعمال محدودیت برای آزادی‌هاست.

پس می‌توان نتیجه گرفت همه کشورها رویکرد یکسانی در قبال اعمال و اجرای حقوق و آزادی‌های اساسی از جمله آزادی اجتماعات ندارند و نظام بین‌المللی حقوق بشر جهت تشکیل اجتماعات، اطلاع قبلی را مناسب دانسته است و از کشورها می‌خواهد قوانین خود را با این سیستم تنظیم کنند (کیونمار فیکلند، ۴۱۲، ۱۹۹۰).

۹. نتیجه‌گیری

مسئله آزادی برای انسان مسأله حیاتی است که از آغاز زندگی‌اش برای او مطرح شده است و به تبع هم موضوع آزادی اجتماعات از جمله آزادی‌های اساسی و طبیعی است که تقریباً در اکثر قوانین اساسی کشورها و همچنین در قوانین حقوق بشری به وضوح دیده می‌شود و اجرای آنرا تضمین کرده‌اند. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران آزادی اجتماعات و راهپیمایی‌ها در اصل ۲۷ درج شده است که به جز دو محدودیت عدم اخلاص به مبانی اسلام و عدم حمل سلاح محدودیتی در مورد اعمال آن در نظر گرفته نشده است؛ اما محدودیت‌هایی توسط قوانین عادی مطرح شده است که از جمله این محدودیت‌ها، سیستم پیشینی (اخذ مجوز) جهت اعمال این آزادی است که در قانون فعالیت احزاب سازوکار آن بیان شده است؛ به طوری که حد و مرزهای پیش‌بینی شده در اصل ۲۷ تفسیر موسع شده و این محدودیت‌های شدید توسط قانون عادی تا حدود

زیادی از هنجاریت قانون اساسی کاسته است.

آزادی اجتماعات و تظاهرات می‌تواند به انجام فعالیت‌های جمعی نیز توجه داشته باشد؛ مانند دفاع از منافع سیاسی و اخلاقی و... که در اینجا افراد در جستجوی اهدافی هستند که به‌تنهایی نمی‌توانند به اهداف دست یابند؛ پس می‌توان گفت آزادی تجمع به‌منزله یکی از اشکال آزادی بیان می‌باشد که محدودیت بر اعمال آن باید همراه با احتیاط و دوراندیشی باشد. به‌علاوه در قوانین جمهوری اسلامی ایران مرجع مشخصی جهت احیا و تضمین آزادی مصرح در قانون اساسی معین نشده است و همین موضوع باعث نظرات مختلفی در بین حقوقدانان شده است؛ ولی به‌نظر می‌رسد که با استنباط از اصول قانون اساسی اشخاص جهت تظلم‌خواهی از حقوق اساسی خود می‌توانند به شورای نگهبان مراجعه نمایند.

منابع

الف) فارسی

- دوفار، ژان (۱۳۹۱)، «آزادی‌های گروهی»، ترجمه: علی اکبر گرجی، تهران، انتشارات مچد.
- جوان آراسته، حسین، (۱۳۸۴)، «حقوق سیاسی اجتماعی در اسلام»، قم، دفتر نشر معارف.
- رنجبر، مقصود (۱۳۸۲)، «حقوق و آزادی‌های فردی در دیدگاه امام خمینی»، مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۹۰)، «دانشنامه فقه سیاسی»، جلد ۱، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.

- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۰)، «قانون اساسی، مسئولیت اجرا و تفکیک قوا»، مجله حکومت اسلامی، شماره ۲۰.
- کرنستن، موریس (۱۳۵۹)، «تحلیلی نوین از آزادی»، ترجمه جلال‌الدین اعلم، چاپ دوم، تهران، چاپخانه سپهر.
- موسی‌زاده، ابراهیم (۱۳۸۹)، «تحلیل فرجام‌شناختی از اصل ۴ قانون اساسی»، فصلنامه حقوق و علوم سیاسی، شماره ۲.
- موسی‌زاده، ابراهیم (۱۳۹۲)، «جستارهایی در حقوق عمومی»، تهران.
- موسی‌زاده، رضا (۱۳۸۴)، «حقوق اداری»، چاپ هفتم، تهران، نشر میزان.
- مهرپور، حسین (۱۳۸۴)، «وظیفه دشوار نظارت بر اجرای قانون اساسی»، تهران، انتشارات ثالث.
- میل، جان استوارت (۱۳۷۵)، «رساله درباره آزادی»، ترجمه جواد شیخ‌الاسلامی، چاپ چهارم، تهران، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.
- هاشم‌زاده هریمی، هاشم (۱۳۸۳)، «درآمدی بر مسأله نقض یا عدم اجرای قانون اساسی»، نشریه حقوق اساسی، سال دوم، شماره ۳.
- هاشمی، سید محمد (۱۳۸۰)، «قانون اساسی، مسئولیت اجرا و تفکیک قوا»، مجله حکومت اسلامی، شماره ۲۰.

ب) لاتین

- Hobbes, Thomas (1990), "Leviathan, as cited by Richard Tuck the International Bill of rights part II' in philosophical Foundation of Human Rights". Paris: U. S. A.
- Hicks, Jan (1989), "An International of Religion: HUMAM

Responses to the Transcendent”, London: Macmillan Press.

- Habermas, Jurgen (1996), “*Between Facts and Norms: Contributions to a Discours Theory of Law and Democracy*”, Wiliam Rehg trans, Combridge.

تعارض شهادت با سایر ادله اثبات دعوی

مهسا رحمانی اصل^۱، الهام السادات شیخ الاسلام نوری^{۲*}

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد دانشگاه تربیت مدرس

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد دانشگاه تربیت مدرس

چکیده

برای استفاده از حق، وجود آن کافی نیست. اگر حق همراه با دلیل نباشد و اثبات نگردد اجرای آن منوط به میل بدهکار می گردد. ادله اثبات دعوا یکی از مهمترین مباحث حقوقی مطرح در دادگاهها است. این ادله به مرجع رسیدگی و اصحاب دعوا کمک می کند تا بهترین راه احقاق حق را بیابند. باین حال به دلیل وجود برخی نارسایی ها در قانون، میان ادله اثبات تعارض ظاهری پیش می آید. از آنجایی که تاکنون تعارض میان شهادت و دیگر ادله اثبات دعوا در قالب مقاله ای مستقل مورد بررسی قرار نگرفته است، لذا برای رفع خلاء یاد شده، در مقاله حاضر به موضوع تعارض شهادت با ادله دیگر می پردازیم.

سؤال اصلی نوشتار حاضر این است که آیا اساساً امکان بروز تعارض میان ادله اثبات دعوا قابل تصور است و اگر پاسخ مثبت باشد چگونه می توان این تعارض را حل کرد.

کلید واژگان: شهادت، تعارض، ادله اصلی، ادله تکمیلی، ادله تأمین.

مقدمه

ادله اثبات دعوا، عوامل، ابزار، اسباب و اوضاع و احوالی است که قانون آنها را معرفی کرده و تحت شرایط و ضوابطی، دادرس را برای احقاق حق و فصل دعوا هدایت می‌نماید. قانون آیین دادرسی مدنی در ماده ۳۵۳ در تعریف دلیل بیان می‌دارد: «... عبارت از امری است که اصحاب دعوا برای اثبات دعوا یا دفاع از دعوا به آن استناد می‌نمایند.» گذشته از اثبات یا دفاع، گاه دلیل از لوازم حق است، مانند طلاق که در صورتی موثر است که نزد دو شاهد عادل انجام شود.

آوردن دلیل به طور معمول وقتی ضرورت می‌یابد که حقی مورد انکار واقع شده و دعوا به جریان رسیدگی افتاده باشد. اثبات حق با کسی است که اجرای آن را از دادگاه می‌خواهد. علاوه بر آن ممکن است طرف مقابل نیز در مقام دفاع به اموری اشاره کند که نیازمند دلیل و اثبات است. در نتیجه قاعده کلی چنین بیان شده که اثبات حق به عهده مدعی است (البینه علی المدعی). اگر حقی که مورد ادعاست بدون دلیل باشد، ارزش خود را از دست می‌دهد؛ زیرا بدون دلیل نمی‌توان از مراجع دادگستری تقاضای حمایت از آن را کرد، به خصوص در امور مدنی که دادرس مأمور کشف واقعیت نیست و تحصیل دلیل برای او ممنوع است. لذا تنها می‌تواند بر اساس دلایل ارائه شده حکم صادر کند. به همین دلیل باید گفت که دلیل مکمل حق است. نقطه اوج قضاوت و آسودگی وقتی است که دلایل اثبات دعوا، قاضی را به مرحله علم و یقین برساند.

هر یک از طرفین دعوا برای اثبات حقانیت خود باید دلیلی ارائه نماید تا نظر دادرس را بر ذی حقی خود جلب نماید و قاضی دادگاه نیز برای آنکه بتواند اختلاف را فصل و حکم قضیه را صادر کند، باید به بررسی و ارزیابی این دلایل بپردازد و دلایلی را که نشانگر مستحق بودن طرفی و غیر محق بودن طرف دیگر است، شناسایی کند. این دلایل

نیز چه از لحاظ شکلی و چه از لحاظ ماهوی، باید منطبق بر قوانین موضوعه و شرع باشد. اصولاً در هر اختلاف حقوقی یا کیفری یک یا چند دلیل از ادله اثبات دعوا، مورد استناد قرار می‌گیرد که تعیین‌کننده سرنوشت موضوع مورد اختلاف است، از این رو گاهی دلایل ابرازی برای اثبات دعوا در تعارض با یکدیگر قرار می‌گیرند و این سوال را در ذهن به وجود می‌آورند که کدام یک در اولویت است و این تعارض چگونه باید حل و فصل گردد تا احقاق حق و عدالت، که غایت و آمال هر نظام حقوقی است، به نحو احسن اجرا گردد. در این مقاله سعی شده تا برخی از این نوع تعارضات را مطرح و به بررسی روش‌های حل آنها بپردازیم.

حال سوالی که مطرح می‌شود این است که آیا این تعارض، بین شهادت و ادله دیگر قابل فصل است یا خیر؟ و چنانچه قابل حل است چگونه باید بر این تعارض غلبه کرد؟ در قسمت اول این مقاله بحث تعارض ادله مطرح شده است و در قسمت دوم، تعارض شهادت با ادله اثبات دعوا به صورت جداگانه مورد بررسی قرار گرفت.

۱. تعارض ادله

جهت درک صحیح تعارض ادله لازم است ابتدا مفهوم تعارض ادله را به خوبی بشناسیم. همچنین از آنجاییکه تنافی بین مدلول دو دلیل، زمانی تعارض نامیده می‌شود که از نوع تراحم نباشد، باید تفاوت‌های بین این دو مفهوم نیز مشخص گردد.

۱-۱. مفهوم تعارض ادله

تعارض مصدر باب تفاعل از ریشه «ع ر ض» و در لغت به معنای اظهار است (فیروزآبادی، بی‌تا، ۳۳۴). در اصطلاح حقوقی به حالتی اطلاق می‌گردد که دو حکم از

زمان جعل و قانون‌گذاری با یکدیگر برخورد داشته باشند به طوری که قابل جمع نباشند و عمل کردن به هر یک با نقض دیگری همراه باشد. در خصوص تعارض ادله باید گفت هر گاه دو یا چند دلیل متعادل در برابر یکدیگر قرار گیرند، به طوری که عرفاً نتوان آنها را جمع کرد و در عین حال یکی ناسخ دیگری نباشد، در این صورت تعارض میان ادله محقق می‌شود.

تعارض دارای شروطی است که جمع آنها لازم است و با فقد یکی یا همه آنها تعارض از بین خواهد رفت.

۱. هیچ یک از ادله قطعی و یا یکی قطعی و یا هر دو ظنی به ظن شخصی نباشد؛ زیرا در مورد اول وجود دو دلیل قطعی متعارض مقدور نیست و در مورد دوم تعارض دلیل قطعی و غیر قطعی همانند تعارض حجت و لا حجت است و در واقع فقط یک دلیل خواهیم داشت. در خصوص ظن شخصی نیز باید گفت که ظن شخصی در برابر ظن نوعی است و دو ظن شخصی متعارض برای یک شخص حاصل نمی‌شود.

۲. تعارض به طور معمول بین دو دلیل است ولی بین بیش از دو دلیل نیز ممکن است.

۳. وجود تعادل یا تکافؤ که به معنای تساوی است و در مقابل ترجیح و برتری است. اگر یکی از دلایل بر دیگری ترجیح داشته باشد تعارض به وجود نمی‌آید.

۴. ادله متعارض واجد شرایط حجیت باشند.

۵. تنافی بین آنها از نوع تراحم نباشد.

حکم تعارض عقلاً تساقط است، اما گاه این تعارض، تعارض ظاهری است. منظور از تعارض واقعی این است که قاضی نتواند مدلول هر دو دلیل را بخواهد، اما در تعارض ظاهری چنین نیست و خواستن هر دو ممکن است. در تعارض ظاهری باید دید که آیا با تخصیص، تخصص، ورود، حکومت و یا جمع عرفی قابل حل هست یا خیر. در این

حالت باید با استفاده از یکی از طرق مذکور تعارض را رفع کرد و هر دو دلیل را به کار گرفت، چرا که گفته شده است: «الجمع هما امکن اولی من الطرح». لکن اگر تعارض رفع نگردید همانطور که گفته شد به ناچار هر دو دلیل از بین خواهد رفت. «الدلیلان اذا تعارضا تساقطا». این قاعده یک قاعده عقلی است و از نظر حقوق موضوعه نیز قابل قبول است.

۲-۱. مقایسه تراحم و تعارض

همانگونه که در شرایط تعارض ذکر شد، تنافی بین مدلول دو دلیل، زمانی تعارض نامیده می‌شود که تنافی بین آنها از نوع تراحم نباشد؛ بنابراین باید به تفاوت این دو مفهوم پرداخته شود.

تراحم از ماده زحمت است و در اصطلاح هر گاه دو حکم برای یک دیگر مزاحمتی ایجاد کنند که نتوان به هر دو عمل نمود، بدان تراحم می‌گویند. برای مثال در زمانی که فرد تنها توانایی انفاق به یک نفر از والدین خود را داراست، بین حکم وجوب انفاق به پدر و وجوب انفاق به مادر تراحم صورت می‌گیرد، یعنی قانون گذار هر دو را خواسته ولی مکلف نمی‌تواند بسته به اوضاع و احوال هر دو را به طور همزمان اجرا کند. لکن تعارض به نوعی است که از ابتدا نمی‌توان دو حکم را با یکدیگر جمع کرد و به اوضاع و احوال وابسته نیست. به عبارت دیگر تعارض در جایی است که امتناع و تنافی مدلول‌ها مربوط به مقام تشریح و قانونگذاری باشد، ولی اگر این امتناع مربوط به مقام امثال و اجرا باشد و امثال آنها در زمان و مکان واحد، ممکن نباشد، تراحم به وجود آمده است.

تعارض دو دلیل به این معنا است که دو دلیل در مقام جعل و قانونگذاری با هم تلاقی پیدا می‌کنند و استناد به یکی از آنها علی‌اصول با کنار گذاشتن دیگری ممکن خواهد بود و قانونگذار در این مقام، دو حکم متعارض جعل می‌کند. بر عکس، تراحم دو

حکم یا دو دلیل در مقام قانونگذاری با هم منافاتی ندارند ولی در مقام امتثال قابل جمع نیستند و مکلف به هر دلیلی، از جمله ناتوانی، اوضاع و احوال و...، از انجام دو حکم در زمان واحد عاجز است. بنابراین دو مفهوم یاد شده در این مسأله که جمع نمودن بین دو امر متعارض و متزاحم ممکن نیست، مشترکند. اما عدم امکان جمع در باب تعارض، برگشت به عدم امکان جعل می‌نماید و موالی نمی‌تواند دو حکم متعارض را انشا کند؛ زیرا این جعل به اجتماع ضدین و گاهی هم نقیضین برمی‌گردد، اما عدم امکان جمع دو حکم متزاحم، به این دلیل است که دو حکم در مقام انجام دادن تکلیف، متزاحم هستند در درحالی که در مقام قانون‌گذاری، کمال ملایمت را دارند. علامه شیخ مظفر نیز همین امر را در باب تفاوت بین مفهوم تعارض و تزاحم بیان می‌کند و قاعده اهم و مهم را مبتنی بر باب تزاحم می‌داند. دو حکم متزاحم را بر اساس اهم و مهم سامان می‌دهد لکن اگر شرایط به تساوی باشد مکلف، مخیر به انتخاب خواهد بود.

۲. تعارض شهادت با ادله اثبات دعوا

اکثر حقوقدانان ادله اثبات دعوا را به سه دسته تقسیم کرده‌اند:

(۱) ادله‌ی اصلی

(۲) ادله‌ی تامینی

(۳) ادله‌ی تکمیلی

در این قسمت به صورت جداگانه به بررسی تعارض شهادت با انواع ادله می‌پردازیم.

۲-۱. تعارض شهادت با ادله اصلی

ادله‌ی اصلی اثبات دعوا اقرار، سوگند و شهادت می‌باشند که تعاریف و شرایط قانونی

آن‌ها در قوانین توسط قانونگذار مشخص شده است. در این قسمت تعارض شهادت با هر یک از ادله‌ی اصلی را بررسی می‌نماییم.

۲-۱-۱. تعارض شهادت با اقرار

اقرار عبارت است از اخبار به حق غیر به ضرر خود. بنابراین اولاً اقرار اخبار است و موجد حق نیست و از جنس انشاء نیست و مانند هر خبری امکان صدق و کذب آن می‌رود. به همین دلیل است که ماده ۱۲۷۶ قانون مدنی بیان می‌دارد: «اگر کذب اقرار نزد حاکم ثابت شود، آن اقرار اثری نخواهد داشت». ثانیاً اقرار کننده باید اخبار به حقی برای مقررّه نماید. ثالثاً اخبار به حق باید به نفع غیر و به ضرر مقرر باشد. ماده ۲۰۲ قانون مدنی بیان می‌دارد: «هر گاه کسی اقرار به امری نماید که دلیل ذی حق بودن طرف او باشد، دلیل دیگری برای ثبوت آن لازم نیست».

اگرچه به نظر می‌رسد که اقرار از همه دلایل مؤثرتر است و قاضی را مکلف می‌سازد تا طبق مفاد اقرار اقدام به صدور رای کند، اما با دقت در شرایط افراد و ماهیت موضوع، مشخص می‌گردد که این دلیل دارای اعتبار مطلق نبوده و قابلیت صدق و کذب دارد. کذب بودن مفاد اقرار ممکن است ناشی از شوخی، تبانی مقرر و مقررّه، اشتباه و ... باشد. به هر حال اقرار در صورتی معتبر است که واجد شرایط قانونی باشد. لذا اگر مقررّه مدعی شود که اقرار فاسد و فاقد اعتبار است، اقرار به عمل آمده از سوی مقرر بی‌اثر و فاقد اعتبار می‌شود؛ لذا اعتبار اقرار نسبی است.

در مورد تعارض اقرار با شهادت باید گفت: عملاً تعارضی بین این دو وجود ندارد؛ زیرا اقرار و شهادت همواره در طول هم بوده و هیچ‌گاه هم زمان با هم مورد عمل واقع نمی‌شوند؛ چرا که پس از اقرار مقرر، چنانچه دادگاه اقرار را دارای شرایط قانونی و مورد تأیید تشخیص دهد، به موجب ماده ۲۰۲ قانون آیین دادرسی مدنی، به سراغ ادله دیگر، از

جمله شهادت شهود نخواهد رفت.

لذا نتیجه می‌گیریم که دامنه و اعتبار شهادت با وجود اقرار محدود می‌شود و شاید بتوان گفت که دیگر شهادت با وجود اقرار جامع شرایط قانونی جایگاهی نخواهد داشت.

۲-۱-۲. تعارض شهادت با سوگند

در خصوص سوگند باید گفت که تعارض میان سوگند و شهادت علی‌الاصول ممکن نیست؛ زیرا بر اساس آنچه در قبل نیز گفته شد سوگند اهمیت خود را در زندگی امروز از دست داده است و دامنه آن توسط قانون‌گذار محدود شده است و نه تنها سوگند در دعاوی که به شهادت شهود ثابت نمی‌شود، اثر ندارد، بلکه «توسل به قسم وقتی ممکن است که دلایل مذکور در کتاب‌های اول تا چهارم جلد سوم این قانون برای اثبات مدعی موجود نباشد. در این صورت مدعی می‌تواند حکم به دعوی خود را مورد انکار مدعی علیه است، منوط به قسم او نماید» (ماده ۱۳۳۵ قانون مدنی در لایحه اصلاحی کمیسیون امور قضایی مجلس مصوب ۱۳۶۱).

اینطور به نظر می‌رسد که در دعاوی که به شهادت ثابت می‌شود در صورت وجود شاهد، نوبت به سوگند نخواهد رسید و در این صورت تعارضی میان دو دلیل رخ نخواهد داد، هر چند این گفته دلیل بر عدم امکان تکذیب شهادت نیست، در صورتی که اثبات شود شهادت کذب بوده است ارزش آن ساقط شده و دلیل از بین می‌رود و در این صورت با توجه به اینکه دلیلی وجود ندارد می‌توان به سوگند متوسل شد که در این حالت نیز بدیهی است که تعارضی رخ نخواهد داد.

۲-۱-۳. تعارض شهادت با شهادت

باید گفت، تناقضی که میان دو شهادت مختلف به وجود می‌آید را نباید در قالب تعارض ادله، چنان‌که در گذشته بیان شد، مطرح کرد. لکن به طور کلی و برای تکمیل روند تحقیق به طور اجمالی بدان می‌پردازیم.

در صورتی که مفاد دو شهادت با یک دیگر تعارض پیدا کند، نظر به این که هر دو دلیل از یک سنخ بوده و هیچ یک بر دیگری تقدم ندارد و با توجه به قاعده کلی «الدلیلان اذا تعارضا تساقطا» هر دلیل باعث سقوط دیگری می‌شود و هر دو کنار گذاشته می‌شوند. کما اینکه ماده ۱۳۱۷ قانون مدنی در تایید این مطلب بیان می‌دارد: «شهادت شهود باید در مفاد متحد باشند. بنابراین اگر شهود به اختلاف شهادت دهند قابل اثر نخواهد بود، مگر در صورتی که از مفاد اظهارات آنها قدر متیقنی به دست آید».

۲-۲. تعارض شهادت با ادله تأمینی

سند و صورت جلسه تأمین دلیل جز دلایل تأمینی اثبات دعوا هستند. در این قسمت تعارض شهادت را با این دو قسم دلیل بررسی می‌کنیم.

۲-۲-۱. تعارض شهادت با سند

مهم‌ترین دلیل تأمینی در نظام حقوقی ما، سند است. ماده ۱۲۸۴ قانون مدنی، سند را اینگونه تعریف می‌کند: «سند عبارت است از هر نوع نوشته که در مقام دعوا یا دفاع قابل استناد باشد».

استفاده از سند به عنوان دلیل در ایران سابقه طولانی داشته و به صورت‌های مختلفی مبنای معاملات بوده است. مثلاً در دوران صفویه، دیوانی مخصوص، جهت تنظیم اسناد و

ثبت معاملات به وجود آمده بود و اثبات ازدواج و طلاق و معاملات را عهده دار بود (لنگرودی، بی تا، ۲۸۶).

اسناد به اعتبار ماده ۱۲۸۴ قانون مدنی به عادی و رسمی تقسیم می‌شوند. اعتبار اسناد رسمی از دو جهت قابل بررسی است.

۱- محتویات سند رسمی (خط و امضا)

۲- مندرجات سند رسمی

با توجه به ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی سابق، اصولاً بین شهادت شهود و اسناد رسمی یا سندی که اعتبار آن در نزد محکمه احراز شده بود، زمینه‌ای برای تعارض وجود نداشت؛ زیرا با توجه به ماده یاد شده، ادعای مخالف با مفاد و مندرجات اسناد مذکور، با شهادت شهود قابل اثبات نبود.

با دقت نظر در ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی، متوجه می‌شویم که این ماده محدودیت قابل اعتنایی را در مقابل اعتبار شهادت به وجود نیاورده است؛ زیرا ماده ۱۳۰۹ ق. م. تنها مواردی که مخالف با مفاد و مندرجات سند رسمی است را با شهادت شهود قابل اثبات نمی‌داند، نه هر نوع شهادت مغایر با سند رسمی را (کریمی، ۱۳۹۱، ۸۳). لذا در صورت تعارض میان شهادت و اسناد رسمی، هیچ یک رجحان و برتری بر دیگری ندارد و قاضی در مقام رفع تعارض باید به میزان ارزش و کیفیت اعتبار آن توجه کند. در فرضی که دعوا مخالف با مفاد و مندرجات سند رسمی باشد، شهادت مخالف سند رسمی است و مثبت حق نیست. برای نمونه اگر در سندی قید شده باشد: «در دفتر خانه تمامی مبلغ نقداً پرداخت شد» و در شهادت گفته شود که «طرف مقابل چک داده است»، شهادت قابل اعتنا نیست.

اما اگر در سند قید شود: «بیع انجام شد» و دیگری شهادت دهد که «بیع اقاله شد»، این شهادت مخالف سند نیست و با سند قابل جمع است.

۲-۲-۲. تعارض شهادت با صورتجلسه تأمین دلیل

تأمین دلیل به درخواست خواهان و برای استفاده احتمالی از آن در آینده است. به این علت که ممکن است دلیل موجود، در آینده وجود نداشته باشد. درست است که این دلیل توسط مأمورین رسمی و در غالب صورتجلسه رسمی تنظیم می‌شود ولی طبق ماده ۱۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی: «تأمین دلیل برای حفظ آن است و تشخیص درجه ارزش آن در موارد استفاده، با دادگاه می‌باشد». بنابراین بسته به موردی که تأمین دلیل شده است، قاضی رسیدگی‌کننده پرونده تشخیص خواهد داد که در صورت تعارض شهادت با صورت جلسه تأمین دلیل، کدام یک بر دیگری مقدم خواهند بود.

۲-۳. تعارض شهادت با ادله تکمیلی

ادله تکمیلی اثبات دعوا شامل امارات قانونی و امارات قضایی است.

۲-۳-۱. تعارض شهادت با اماره قانونی

امارات قانونی، اماراتی هستند که علت دلیل بودن آنها، بیان صریح قانون‌گذار است. یعنی قانون‌گذار به دلیل غلبه و ظاهر، آنها را دلیل فرض می‌کند. در واقع امارات قانونی در جایی به کار می‌روند که دلیلی برای اثبات امر وجود ندارد و این امارات نقش فصل دهنده و پایان دهنده به دعوا را دارند. امارات از اعتبار پایینی برخوردارند به همین علت است که تاب مقاومت در برابر دلیل را ندارند و در صورت وجود دلیل از بین می‌روند. در تأیید این موضوع قانون مدنی مقرر می‌دارد: «امارات قانونی در کلیه دعاوی اگرچه از دعاوی باشد که به شهادت شهود قابل اثبات نیست معتبر است، مگر آنکه دلیلی بر خلاف آن موجود باشد». بر همین اساس در می‌یابیم که اساساً امکان وجود تعارض میان شهادت

و امارات قانونی وجود ندارد و با وجود شهادت شاهد، امارات ارزش خود را از دست می‌دهند.

۲-۳-۲. تعارض شهادت با اماره قضایی

یکی دیگر از مهم‌ترین ادله تکمیلی، اماره قضایی است. بر اساس ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی، اماره عبارت است از اوضاع و احوالی که به حکم قانون یا در نظر قاضی، دلیل بر امری باشد. اماره قضایی، مربوط به اوضاع و احوال ویژه مورد دعوا است. قرائنی است که وجدان دادرس را قانع می‌سازد و بنابراین امکان تعارض بین اماره و دلیل وجود دارد. قانون مدنی درباره تقدم سایر دلایل بر اماره، حکمی ندارد، ولی برخی از استادان در این حالت اماره را مقدم شمرده‌اند (امامی، ۲۲۲) و این گفته با تحلیلی که از مبنای اماره قضایی ارائه شد، موافق است.

به عبارت دیگر، اماره امر معلوم خارجی است که دادرس با توجه به آن، متوجه امر مجهولی شده و با استفاده از آن امر معلوم، حکم به وجود مجهول می‌دهد. لذا اماره قضایی، اوضاع و احوالی است که در نظر قاضی دلالت بر امری کند.

در صورت تعارض میان شهادت و اماره قضایی، باید گفت که اماره قضایی مقدم است؛ زیرا اولاً طبق ماده ۲۴۱ قانون آیین دادرسی مدنی قانون‌گذار دست قاضی را در خصوص تشخیص ارزش گواهی باز گذاشته است تا به هر نحو که صلاح می‌داند عمل کند. ثانیاً علم حاصل از شهادت علم نوعی است، در حالی که علم ناشی از اماره قضایی علم شخصی است و رجحان و برتری با علم شخصی است.

در اینجا نیز دامنه و اعتبار شهادت در تعارض با اماره قضایی، بسیار محدود می‌شود، به طوری که اصلاً در مقابل اماره به شمار نمی‌آید.

۳. نتیجه گیری

ادله اثبات دعوا در نظام حقوقی ایران دارای اهمیت به سزایی است. برای اینکه این دلایل دارای ترتیب اثر قانونی باشند، لازم است مورد پذیرش قانونگذار واقع شوند. یعنی این دلایل قانونی، توسط مقامات صالح و با روشی قانونی جمع آوری و مطابق شرایط قانونی به مقامات رسیدگی کننده ارائه شوند. غیر قانونی بودن دلایل، روش و مرجع تحصیل آن مسأله تعارض ادله را ایجاد می کند.

همانطور که ملاحظه شد تعارض شهادت با اقرار و سوگند عملاً ممکن نیست. در تعارض شهادت با شهادت هر دو دلیل ساقط می شوند. رفع تعارض بین شهادت و سند و یا صورت جلسه تأمین دلیل نیز به تشخیص قاضی است. تعارض شهادت و اماره قانونی نیز متصور نیست؛ زیرا با وجود شهادت، امارات قانونی ارزش خود را از دست می دهند. در تعارض شهادت و اماره قضایی نیز باید اماره قضایی را مقدم بدانیم؛ زیرا علم حاصل از شهادت علم نوعی و علم حاصل از اماره قضایی علم شخصی است.

منابع

- فیروز آبادی (بی تا)، «قاموس المحيط»، جلد دوم، نشر دایره المعارف.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، «مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران»، شرکت سهامی انتشار.
- کریمی، عباس (۱۳۹۱)، «ادله اثبات دعوا»، چاپ سوم، تهران، نشر میزان.
- لنگرودی، جعفر (بی تا)، «دایره المعارف اسلامی و قضایی»، ج ۱.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۹۰)، «مبانی استنباط حقوق اسلامی»، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.

Siavash Godarzi

Abstract

Imami scholars define and count all elements of confiscation, it's just the right property considered And according to this view, the person taking possession of the knowledge and belief of non-liability of the usurper, the parties have.

Accurate recognition of confiscation and features of the legal establishment and the exact definition of logic it is very important" Particularly with regard to the Imami jurists and civil law, and the provisions of the liability arising from confiscation important to have accrued. This study investigated definitions mentioned in religious books and try to be better defined" The review concluded that the famous definition of property for confiscation and seizure of persons and their interests will be included preference And Consequently realize seized, the warrant liability. This article will discuss the legal field, the various opinions of the Usurpation to the analysis and critique of jurisprudence has.

Nadiya Attarian

Abstract

There has long been among civilized nations diplomatic protocol in the relations between the countries have been effective. Courtesy and politeness are an important element in establishing any type of communication is more important in the relations between heads of state. Some people say a lot of red tape imposed fee, but the country must be stated clearly that the procedure cost by better media image in terms of security, for the country's prosperity show. At the beginning of the Iranian revolution came a wave of opposition to the formalities and even one of Iran's consular posts abroad, in a letter to the Ministry of Foreign Affairs had proposed "protocol office" dissolved, and in its place an "Office of opposition to the formalities" to be established. Iran as a country that has diplomatic international relation and because of cultural and religious beliefs that have exist in the country protocol's has a different face. In this paper, the importance of the process and guarantee its implementation will be discussed.

Fatemeh Alemohammad

Abstract

In committing any crime, organized and successive stages of mental and physical interactions are gone through. During this, the individual may fail due to different internal or external causes. As a result, the legislatures of various countries attend to criminalization and to determining the sentence by distinguishing between these stages and taking into account the specific characteristics, the type of danger threatening public order and the interests of the people, the degree of danger and the criminal character of the offender. Sterile and impossible titles are titles which are used for two stages in this process and which are the objects of this research which seeks to shed light on the position of these two in the criminal law of Iran. To achieve this, first, attempt has been made to provide appropriate definitions of these titles because due to the disagreements in this issue, choosing the definition could have affected the writer's views in investigating the position. Investigating the views of jurisprudence was also very effective on this way. The most important criterion considered to achieve this goal was the changes of legislation in our country which was investigated from the 1304 law to the 1392 law, and it seems that in the current legislation, in order to eliminate the defects in the former laws, the legislature has criminalized the sterile and impossible crimes and has considered them punishable .

Mahdi Attar, Peyman Attar

Abstract

"The collaborative communities" and "watching" in politics and society in the world, with "people's participation in self-determination" and "monitor the performance of government", parallel and sociologists, philosophers and lawyers from the perspective of years ago.

Importantly, prior to review and address the issue of public supervision over government, is that the flow of information, freely done, and Also, the volume of information transmitted between people, whether through websites and through social media outlets and public and, more, the information will not only improve people's cases and the quality of their understanding of the events happening around them in society will be profound, but the sense of participation and responsibility towards society and citizens to determine their own destiny and hope, also give such excess.

Therefore, in this article we have tried to explain on the issue of "Public participation" and its relation to "monitor the performance of governments and rulers," as well as the necessity of monitoring, and scientific theories offer Islamic perspective.

Tayebe Etehadnezhad, Esmail Sadeghi**Abstract**

The principle 27 of the constitution law states the freedom of organizing associations and rallies provided that they do not interfere the bases of Islam .There are different debates regarding the conception of freedom in this principle and its territories and restrictions. For instance, it seems that in negative broad interpretation, the limits of these fundamental freedoms have been largely violated by the ordinary rules; therefore it caused the decrease in normality of the constitution law. At the same time, in terms of discussed freedoms, there is no specified reference for regeneration, assurance, and justice.

Mahsa Rahmani asl, Elham Sheikholeslam

Abstract

To have a right is not enough for enforcement. If there be no evidence to proof the right the enforcement depends on desire of the debtor. One of the most important legal issues raised in courts is evidence. It helps the court and the parties to find the best way to justice. Yet, because of some deficiencies of law we face some apparent conflict between evidences.

Since this conflict between testimony and other evidences has not been studied in a form of independent article, therefore, to fill this gap, we try to explain this issue. The main question to be answered is whether this conflict is possible and if so, how can it be resolved.