

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



فصلنامه علمی

دوره‌ی چهارم - شماره‌ی پنجم

بهار ۱۴۰۰

فصلنامه آراء دادگستری اصفهان

فصلنامه علمی

شماره شاپا: ۱۸۴۱-۲۷۱۷ ISSN

دوره چهارم / شماره پنجم / بهار ۱۴۰۰

شماره مجوز وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی ۱۷۲۸/۹۳ مورخ ۱۳۹۳/۲/۱

صاحب امتیاز: دادگستری کل استان اصفهان

مدیر مسؤول: سیدرضا سجودی، معاون قضایی رییس کل و سرپرست معاونت منابع انسانی و امور فرهنگی دادگستری کل استان اصفهان

سر دبیر: محمد محمدی، معاون قضایی رییس کل دادگستری استان اصفهان

دبیر تحریریه و مدیر اجرایی: علیرضا ارژندی

ویراستار متون انگلیسی: سیدمحمد مهدی مرتضوی

ویراستار متون فارسی: راضیه عرب

طرح جلد: امیرحسین چوپانی

شمارگان: ۱۰۰ نسخه چاپی

چاپ و صحافی: انتشارات آموزشی و پژوهشی بوعلی

تاریخ انتشار: بهار ۱۴۰۰

اعضای هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا): سیامک بهارلویی، حسن پوربافرانی، مسعود حیدری، مسعود راعی، حمید رئوفیان نائینی، ابراهیم شریفی گرم دره، علی نوریان

داوران این شماره (به ترتیب حروف الفبا): محمد بقایی، حمید بهرامیان، مهدی رجبی، سیدرضا سجودی، مجتبی فرهمند

نشانی: اصفهان - خیابان چهارباغ بالا - نیش چهارراه نظر - ستاد مرکزی دادگستری کل استان اصفهان - معاونت منابع انسانی و امور فرهنگی - طبقه دوم - دفتر فصلنامه آراء

صندوق پستی: ۷۵۹۶۷-۸۱۷۳۶

تلفن: ۰۳۱-۳۶۲۲۶۷۳۹

فکس: ۰۳۱-۳۶۲۴۰۵۲۵

www.ara.dadgostari-es.eadl.ir

faslnameh.ara@gmail.com

وب سایت:

پست الکترونیکی:

مسئولیت مطالب و مقالات مندرج در این فصلنامه بر عهده نویسندگان آنها است.

فهرست مقاله ها

عنوان	صفحه
آیین رسیدگی افتراقی جرائم بانکی	۷
علی عابدزاده	
تأثیر شخصیت در صحت و اعتبار قراردادها با تأکید بر رویه قضایی	۲۷
امیرمحمد جعفری هرنندی سید مهدی علامه	
تحریری بر تعهد و تعدیل قاعده اختصاص حق تعقیب به حقوق عینی	۵۱
محمد طاهری	
دادسرا نهادی شرعی مبتنی بر سیره عقلاء	۸۱
امین جلیلی	
سیاست کیفری قضایی ایران در برابر جنایت غیر عمدی منتهی به حیات نباتی دائمی	۹۵
سیدرضا سجودی	
کروناویروس در چارچوب حقوق بین الملل و تأثیر آن بر امنیت اقتصادی	۱۲۱
سعید نظری شیخی حسین سوری	
Abstracts	۱۴۳

آیین رسیدگی افتراقی جرائم بانکی

علی عابدزاده^۱

چکیده

تحلیل و بررسی شیوه رسیدگی به عنوان یکی از اصلی ترین بخش های نظام عدالت کیفری در جرائم بانکی، یکی از مهم ترین نیازهای نظام حقوقی و اقتصادی کشور، با توجه به وضعیت کنونی نظام بانکی می باشد. تعیین شیوه های رسیدگی متفاوت و پیش بینی کیفرهای گوناگون از سوی قانون گذار در مورد هر یک از جرائم، نشان دهنده وجود رابطه میان درجه اهمیت جرائم با شیوه رسیدگی و اعمال کیفر در خصوص آنهاست. بنابراین تحلیل شیوه های رسیدگی در خصوص جرائم بانکی و دریافت نقطه عزیمت قانون گذار در این موارد، نمایانگر اهمیت این جرائم در نظر قانون گذار می باشد. آنچه در بادی امر به عنوان یک راهکار کارآمد و تخصصی به نظر می رسد؛ اتخاذ سیاست کیفری افتراقی در خصوص جرائم بانکی می باشد. اما عملکرد نظام تقنینی و قضایی ما در به کارگیری چنین سیاستی، چندان قابل دفاع به نظر نمی رسد. از آنجایی که بررسی شیوه رسیدگی در جرائم بانکی به طور کلی، اثرات و نتایج علمی و مفیدی به دست نمی دهد؛ در مقاله پیش رو درباره هریک از جرائم بانکی، شیوه و شرایط رسیدگی به آنها به طور دقیق و فنی مورد تحلیل و بررسی قرار گرفته است.

کلیدواژه ها: شیوه رسیدگی، جرائم بانکی، پاسخ دهی کیفری، رسیدگی افتراقی.

^۱ - دانش آموخته کارشناسی ارشد رشته حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری - justcandoo@yahoo.com

مقدمه

جهت تحلیل و بررسی دقیق شیوه‌های رسیدگی در جرائم بانکی، تبیین دقیق و تخصصی مفاهیم ذیل - البته بنا بر اختصار، ضروری به نظر می‌رسد؛

- رسیدگی: رسیدگی را می‌توان مجموعه شرایط و ضوابط مقرر قانونی دانست؛ که از بدو اقدامات قضایی تا صدور حکم را شامل می‌شود؛ البته در صورت صدور حکم محکومیت، مرحله بعد اجرای رأی نامیده می‌شود. رسیدگی به هر جرمی بر اساس شرایط معنونه در قوانین و مقررات مربوطه می‌تواند با جرم دیگر متفاوت باشد؛ همچنین رسیدگی در مورد جرائم با رسیدگی مربوط به تخلفات نیز با یکدیگر متفاوت‌اند.

- جرائم بانکی: این جرائم را می‌توان شامل سه نوع از جرائم در نظر گرفت؛
- جرائم خاص بانکی: بدین معنا که ارتکاب این جرائم تنها از طریق نظام بانکی قابل تحقق می‌باشد؛ و غیراز آن به هیچ صورت قابل وقوع نمی‌باشد؛ مانند تأسیس غیرمجاز بانک یا بزه مداومت بر اشتغال غیرمجاز در عملیات بانکی

- جرائم بانکی که ارتکاب آن‌ها نوعاً و غالباً از طریق نظام بانکی است: فرض ارتکاب این جرائم گرچه از طریقی غیر از نظام بانکی نیز قابل تصور است؛ اما معمولاً بانک‌ها یکی از بسترسازان اصلی این جرائم معرفی می‌شوند؛ جرائمی مانند پول‌شویی یا اختلاس‌های کلان بانکی.

- جرائم عامی که در نظام بانکی نیز شایع می‌باشند: این جرائم نه جرم بانکی به معنای خاص می‌باشند و نه بانک بسترساز اصلی آنان است؛ اما تعداد آن‌ها در نظام بانکی نیز قابل توجه به نظر نمی‌رسد؛ جرائمی مانند رشاء و ارتشاء.

۱ - شرایط رسیدگی در جرائم بانکی - بانک به عنوان بسترساز اصلی

همان‌طوری که بیان گردید؛ جرائم بانکی به مجموعه‌ای از جرائم با ویژگی‌های مشخص اطلاق می‌گردد و بنابراین نمی‌توان آن را در یک جرم خاص محصور دانست. به همین خاطر مرحله رسیدگی و ضمانت اجرا در هر کدام از جرائم بانکی به‌طور مستقل مورد تحلیل واقع می‌شود؛ همچنین لازم به ذکر است که در این قسمت جرائمی مورد بررسی و تحلیل قرار می‌گیرند که بانک بسترساز اصلی آن‌هاست.

۱-۱- پول‌شویی

از آنجایی که جرم پول‌شویی غالباً با ظاهری مشروع و به‌صورت پیچیده انجام می‌شود، (ساک، ۱۳۹۶: ۲۳۸) کشف آن کاری بسیار دشوار می‌باشد. در نتیجه کشف به‌موقع این جرم، خود به‌تنهایی از اهمیت

بسازی برخوردار است. البته در وهله نخست می‌توان با اعمال راهکارهایی متناسب در نظام اقتصادی و اداری و جمع‌آوری به‌روز اطلاعات، از ارتکاب این جرم پیشگیری نمود. هرچند تجهیز و آموزش مؤثر ضابطین دادگستری به‌منظور تحقق این اهداف ضروری به نظر می‌رسد، ولی کافی نیست؛ زیرا ضابطین غالباً پس از وقوع جرم در جریان ارتکاب آن قرار می‌گیرند؛ ولی سازمان‌ها و نهادهایی که در مسیر فرآیند پول‌شویی قرار می‌گیرند، می‌توانند به‌خوبی با همکاری خود، از ارتکاب این جرم پیشگیری و یا در کشف به‌موقع آن‌ها تسهیل نمایند.

۱-۱-۱- جمع‌آوری اطلاعات

سازمان‌ها، نهادها و سایر اشخاص حقوقی که در ادامه به آن‌ها اشاره خواهیم کرد، مطابق قانون موظف شده‌اند که هویت ارباب‌رجوع خود را احراز نمایند و اطلاعات، مدارک و اسناد مربوط به قانون مبارزه با پول‌شویی و همچنین معاملات و فعالیت‌های مشکوک را به مرجع صالحی که شورای عالی مبارزه با پول‌شویی تعیین می‌کند، گزارش دهند.

همان‌طور که مشاهده می‌شود این داده‌ها به‌صورت خام - دیتا- بوده و طبیعتاً با اطلاعات قضایی که در خصوص گزارش کشف جرم است و به مراجع ذی‌صلاح قضایی ارسال می‌شود متفاوت می‌باشد. لذا داده‌های مذکور باید توسط یک مرجع تخصصی بررسی شود و چنانچه ظن قوی بر وقوع جرمی محقق شود، جهت پیگیری قضایی به مراجع ذی‌صلاح گزارش داده شود.

در ماده یک قانون مبارزه با پول‌شویی، تصریح شده است که اصل بر صحت معاملات تجاری است؛ مگر اینکه بر اساس مفاد این قانون خلاف آن احراز گردد. در حقوق جزا نیز اصل برائت وجود دارد و اصل ۳۷ قانون اساسی مؤید همین معناست. در مقام رسیدگی نیز این اصل و قاعده در کلیه مراجع اداری و قضایی باید رعایت گردد و تا مدارک قطعی دال بر وقوع این جرم اثبات نشود، نباید دچار اتهام زنی به اشخاص و تعقیب کیفری آنان شویم. البته رعایت اصل صحت و اصالت در معاملات تجاری واصل برائت نباید سبب توقف محتاطانه‌ی مقامات ذی‌صلاح گردد، زیرا بعضاً به استناد همین دلایل و اصول، اشخاص دست به ارتکاب جرائم کلان و سنگینی زده‌اند و سپس نیز به‌سادگی از چنگ قانون گریخته‌اند.

۱-۱-۲- ممنوعیت افشای اطلاعات

بر اساس مقررات قانون مبارزه با پول‌شویی، اطلاعاتی که در راستای اجرای این قانون جمع‌آوری می‌گردد، تنها در مراجع قضایی و مراجع ذی‌صلاح قابل طرح می‌باشد. لذا مأمورین دولتی یا سایر اشخاصی

که به نفع خود یا دیگری از این اطلاعات به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم استفاده می‌نمایند به مجازات مقرر در قانون مجازات انتشار و افشاء اسناد محرمانه و سری دولتی مصوب ۱۳۵۳ محکوم خواه شد. از آنجایی که معاملات و فعالیت‌های تجاری اشخاص جزء حریم خصوصی آنان می‌باشد، حقوق شهروندی اقتضاء می‌نماید تا اطلاعات آنان نزد مراجع قضایی و سایر مراجع ذی‌صلاح محفوظ بماند. اطلاعاتی مانند حساب بانکی اشخاص از آن جمله است. (نیازپور، ۱۳۹۷: ۱۲۵)

۱-۱-۳- بهره‌برداری از اطلاعات

اطلاعات مرتبط با دارایی‌های اشخاص و معاملات و فعالیت‌های تجاری آن‌ها، در صورتی که مشکوک باشد ابتدا باید در مراجع تخصصی پردازش و تحلیل گردد و اگر ظن به وقوع جرمی حاصل شد باید برای بررسی بیشتر- همان‌طوری که بیان شد- به مراجع قضایی صالح ارسال گردد. رسیدگی به این جرم بنا بر قواعد و مقررات عمومی کیفری می‌باشد و قانون حکم جدیدی در مورد جرم پول‌شویی مقرر نکرده است، بنابراین بر اساس قواعد آیین دادرسی کیفری به این جرم نیز رسیدگی می‌شود و لذا حکم ماده ۱۰ قانون مبارزه با پول‌شویی در خصوص اینکه قوه قضاییه مکلف به همکاری است تا طبق قوانین و مقررات عمل نماید یا مجوزهای قضایی مقتضی را صادر نماید؛ توضیح واضح‌تر می‌باشد.

۱-۱-۴- مراجع ذی‌صلاح

بر اساس قوانین و مقررات مربوط به جرم پول‌شویی، بعضاً مراجع قضایی صالح به رسیدگی شناخته می‌شوند و در برخی موارد هم مراجع اداری و تخصصی غیر قضایی صالح می‌باشند.

۱-۱-۴-۱- مراجع قضایی ذی‌صلاح

در ماده ۱۱ قانون مبارزه با پول‌شویی مقرر گردیده است: «شعبی از دادگاه‌های عمومی در تهران و در صورت نیاز در مراکز استان‌ها به امر رسیدگی به جرم پول‌شویی و جرائم مرتبط اختصاص می‌یابد، اختصاصی بودن شعبه مانع رسیدگی به سایر جرائم نمی‌باشد.» همان‌طور که ملاحظه می‌گردد در این ماده هم به صلاحیت ذاتی اشاره شده است و هم به صلاحیت محلی که ذیلاً به توضیح مختصری در این خصوص خواهیم پرداخت. (ساکي، ۱۳۹۶: ۱۹۳)

۱-۱-۴-۱-۱- صلاحیت ذاتی

اگر قانون‌گذار صلاحیت رسیدگی به یک جرم خاص را به یک مرجعی اختصاص دهد، در این صورت رسیدگی به این جرم را از سایر مراجع قضایی نفی صلاحیت نموده است؛ که این مورد دقیقاً، صلاحیت ذاتی است. بر اساس ماده قانونی اخیرالذکر، صلاحیت ذاتی برای رسیدگی به جرم پول‌شویی به دادگاه‌های عمومی (کیفری) داده شده است و به این سبب، دادگاه‌های انقلاب، نظامی و ویژه روحانیت صلاحیت رسیدگی به این جرم را ندارند.

سؤال مهمی که در خصوص ماده مورد اشاره مطرح می‌شود این است که؛ منظور از جرائم مرتبط چیست؟ در این خصوص به نظر می‌رسد، مصداق بارز جرائم مرتبط با پول‌شویی، جرائم منشأ و مقدم می‌باشد. (همان: ۱۹۵)

جرائم منشأ و مقدم به جرائمی گفته می‌شود که در نتیجه آن‌ها مال نامشروع تحصیل می‌شود. مانند جرائم مواد مخدر، قاچاق کالا و ارز و... که در این ماده قانونی احصاء هم نشده‌اند.

به نظر می‌رسد در مقام عمل، نحوه‌ی نگارش این ماده از قانون، سبب ابهاماتی می‌باشد؛ زیرا جرائم مرتبط دقیقاً مشخص نشده‌اند؛ بنابراین بهتر بود قانون‌گذار در این ماده به گونه‌ای جرائم مرتبط را مشخص و معین می‌نمود.

نکته دیگر در این خصوص، بحث صلاحیت دادسرا در جرم پول‌شویی است. در این ماده بیان شده: «شعبی از دادگاه‌های عمومی در تهران ... به امر رسیدگی به جرم پول‌شویی و جرائم مرتبط اختصاص می‌یابد...» با توجه به متن این ماده، ممکن است در ابتدا این مطلب به ذهن متبادر گردد که کلیه مراحل رسیدگی جرم پول‌شویی اعم از مرحله تحقیقات مقدماتی و مرحله رسیدگی نهایی در همین دادگاه‌ها انجام می‌گیرد و لذا دادسرا در این جرم صلاحیتی ندارد. اما به نظر می‌رسد علی‌رغم اینکه شاید بتوان تفسیر فوق را از الفاظ این ماده قانونی داشت؛ مراد و منظور قانون‌گذار این نیست. زیرا اگر چنین بود مانند جرائم منافی عفت، جرائمی که مجازات آن‌ها مجازات تعزیری درجه ۷ و ۸ می‌باشد و جرائم اطفال و نوجوانان که در مواد ۲۸۵ و ۳۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری نفی صلاحیت دادسرا از آن‌ها بیان شده است، سلب صلاحیت دادسرا از این جرم نیز، صراحتاً بیان می‌گردید؛ البته بهتر است قانون‌گذار در آیین‌نامه اجرایی با تصویب مقرره‌ای از این ابهام پرده‌برداری نماید.

بحث دیگر در مورد دادگاه صالح رسیدگی‌کننده به جرم پول‌شویی، این است که آیا دادگاه کیفری یک صالح می‌باشد یا دادگاه کیفری دو؟

در ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ جرائمی که در صلاحیت دادگاه کیفری یک می‌باشد عنوان شده است؛ در بند «ت» در این ماده که مرتبط با موضوع ماست، به جرائم موجب مجازات تعزیری درجه سه و بالاتر اشاره دارد. بنابراین باید دید درجه تعزیری جرم پول‌شویی مشمول این ماده و در نتیجه دادگاه کیفری یک می‌باشد یا خیر.

بر اساس ماده ۹ قانون مبارزه با پول‌شویی مصوب ۱۳۸۶ - با اصلاحات ۱۳۹۷ - و با توجه به درجات حبس بیان شده در این ماده، باید قائل بر آن شد که دادگاه صالح برای رسیدگی به این جرم، دادگاه کیفری دو می‌باشد. مگر آن‌که حسب مورد، جزای نقدی مرتبط با این جرم، به میزان مذکور در درجات سوم تا اول مجازات‌های تعزیری مقرر در ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی برسد؛ که در این صورت می‌توان دادگاه کیفری یک را صالح به رسیدگی دانست.

۱-۴-۱-۲- صلاحیت محلی

اگر قانون‌گذار صلاحیت رسیدگی به جرمی خاص را به مراجع قضایی واقع شده در حوزه قضایی خاصی - از لحاظ جغرافیایی - واگذار نماید، این به معنای صلاحیت محلی بوده و همچنین بدین معناست که سایر حوزه‌های قضایی در کشور صلاحیت رسیدگی به این جرم را ندارند.

با توجه به ماده ۱۱ قانون مبارزه با پول‌شویی، صلاحیت محلی رسیدگی به جرم پول‌شویی به شعبی از دادگاه‌های عمومی در تهران و یا مراکز سایر استان‌ها در صورت نیاز داده شده است. بدیهی است تشکیل این دادگاه‌ها در مراکز سایر استان‌ها به تشخیص رییس قوه قضاییه و بنابر اختیارت و وظایف ایشان می‌باشد.

۱-۴-۱-۲- مراجع اداری و غیر قضایی ذی‌صلاح

در این قسمت، شورای عالی مبارزه با پول‌شویی و سایر مراجع اداری و قضایی به ترتیب ذیل بررسی می‌گردد:

۱-۴-۱-۲-۱- شورای عالی مبارزه با پول‌شویی

در ماده ۴ قانون مبارزه با پول‌شویی ۱۳۸۶ - با اصلاحات بعدی - لزوم تشکیل این شورا و اعضای آن مورد تصریح واقع شده است؛ همچنین وظایف شورای عالی مبارزه با پول‌شویی، مطابق این ماده به اختصار بیان می‌گردد:

- تعیین راهبردها و برنامه‌ریزی‌ها جهت اجرای قانون؛

- هماهنگ ساختن دستگاه‌های زیرمجموعه دولت جهت جمع‌آوری و کسب اخبار و اطلاعات مرتبط و تجزیه، تحلیل و پردازش آن‌ها و ارائه به دستگاه‌های ذی‌ربط؛
- تهیه و پیشنهاد آیین‌نامه‌های لازم.

۱-۴-۲- سایر مراجع اداری و غیر قضایی

مواد ۵،۶ و ۷ قانون مبارزه با پول‌شویی، وظایف و تکالیفی را برای برخی از اشخاص حقوقی عنوان کرده است. این نهادها عبارت‌اند از:

بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، بانک‌ها، مؤسسات مالی و اعتباری، صندوق‌های قرض‌الحسنه، بیمه‌ها، بیمه مرکزی، بنیادها و مؤسسات خیریه، شهرداری‌ها، دفاتر اسناد رسمی، وکلای دادگستری، حساب‌برسان، حسابداران، کارشناسان رسمی دادگستری و بازرسان قانونی.

بر اساس ماده ۷ این قانون، اشخاص، نهادها و دستگاه‌های مذکور بر اساس نوع فعالیت و ساختار سازمانی، مکلف به رعایت موارد ذیل هستند:

الف - احراز هویت ارباب‌رجوع و در صورت اقدام توسط نماینده یا وکیل احراز سمت و هویت آنان در مواردی که قرینه‌ای بر تخلف وجود دارد.

یکی از شیوه‌های مناسب جهت تشخیص تخلفات، جرائم و شناسایی عاملان اصلی پول‌شویی، احراز هویت آنان است؛ زیرا مجرمین این قبیل از جرائم اغلب سعی دارند با هویت جعلی از اجرای قانون خودداری کرده و همچنان به فعالیت‌های مجرمانه خود ادامه بدهند. (دیباغ، ۱۳۸۳: ۴۳)

ب - ارائه اطلاعات، گزارش‌ها، اسناد و مدارک مربوط به موضوع این قانون، به شورای عالی مبارزه با پول‌شویی.

در خصوص ارائه این اطلاعات و گزارش‌ها حفظ حقوق شهروندی و حریم خصوصی اشخاص بسیار مهم و مورد تأکید قانون‌گذار می‌باشد.

ج - گزارش معاملات و عملیات مشکوک به مرجع ذی‌صلاحی که توسط شورای عالی مبارزه با پول‌شویی تعیین می‌شود.

در این بند معیار دقیقی جهت تشخیص معاملات و عملیات مشکوک ارائه نگردیده است، که این خود می‌تواند سبب تشطط آراء گردد.

د - نگهداری سوابق مربوط به شناسایی ارباب‌رجوع، سوابق حساب‌ها، عملیات و معاملات به مدتی که در آیین‌نامه اجرایی تعیین خواهد شد.

حفظ سوابق مربوطه یکی از ابزارهایی است که می‌تواند نقش بسزایی در کشف جرم پول‌شویی و دسترسی به عاملان این جرم داشته باشد؛ همچنین در اثبات جرم پول‌شویی نیز به‌عنوان دلیل و مدرک محکم قابل استناد می‌باشد. لذا مراجعی که این سوابق را در اختیاردارند، لازم است تا مدت معینی آن‌ها را حفظ نموده و در صورت نیاز به ضابطین دادگستری و مراجع قضایی ارائه نمایند.

هـ - تدوین معیارهای کنترل داخلی و آموزش مدیران و کارکنان به‌منظور رعایت مفاد این قانون و آیین‌نامه‌های اجرایی مربوط به آن.

آموزش کارکنان مؤسساتی مانند بانک‌ها قطعاً از اهمیت فراوانی برخوردار است؛ زیرا بانک‌ها به‌عنوان نهادی که به‌صورت گسترده در کل کشور وجود دارند، یکی از مهم‌ترین مراجعی هستند که پول‌شویان با آن سروکار دارند؛ لذا یک آموزش دقیق، فنی و تخصصی از جانب بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به کارمندان بانک‌ها در جلوگیری از پول‌شویی و کشف این جرم بسیار تأثیرگذار است.

۱-۲- ربا و رباخواری

فقدان ربا در عملیات و فعالیت‌های بانکی دارای چنان اهمیتی برای قانون‌گذار است که قانونی با عنوان «عملیات بانکی بدون ربا» را به تصویب رسانده است. رسیدگی و ضمانت اجرای این جرم بدین ترتیب بیان می‌گردد:

قانون مجازات اسلامی که یک قانون ماهوی است در خصوص مرجع رسیدگی‌کننده به این جرم، حکمی خاصی را مقرر نکرده است. لذا مطابق قواعد عام حاکم بر آیین دادرسی کیفری دادگاه‌های عمومی - کیفری - مرجع عام رسیدگی‌کننده به این جرائم هستند، مگر اینکه قانون‌گذار حکم خاصی را مقرر کرده باشد.

در مورد این جرم - به ترتیبی که ذیلاً بیان می‌گردد - وضعیت دوگانه‌ای مشاهده می‌شود؛ - از طرفی رسیدگی و صدور حکم در مورد این جرم مانند سایر جرائم عمومی، در صلاحیت دادگاه‌های عمومی کیفری است.

- از طرف دیگر موضوع ربا در قانون نحوه‌ی اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی نیز پیش‌بینی شده است و بر اساس ماده ۵ - بند ششم - قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳ رسیدگی به پرونده‌های موضوع اصل ۴۹ قانون اساسی در صلاحیت دادگاه‌های انقلاب اسلامی می‌باشد.

درنتیجه میان دادگاه‌های کیفری اختلاف‌نظر حاصل شده بود؛ برخی بر این عقیده بودند که ربا در صلاحیت دادگاه‌های عمومی می‌باشد و برخی دیگر دادگاه صالح را دادگاه‌های انقلاب می‌دانستند. برای

از بین بردن این اختلاف و تعیین تکلیف نهایی، لازم بود که دیوان عالی کشور وارد عمل گردد و با صدور یک رأی وحدت رویه قضیه را فیصله دهد.

سرانجام در سال ۱۳۸۴ رأی وحدت رویه‌ای بدین صورت صادر گردید:^۱ «به موجب بند ۶ ماده ۵ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، رسیدگی به دعوی مربوط به اصل ۴۹ قانون اساسی ثروت‌های ناشی از ربا، در صلاحیت دادگاه انقلاب است. و بر طبق ماده ۵۹۵ قانون مجازات اسلامی رسیدگی به جرم رباخواری در صلاحیت محاکم عمومی است.

این رأی به استناد ماده ۲۷۰ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها لازم‌الاتباع است.»

این رأی وحدت رویه اختلافات و وضعیت دوگانه‌ی سابق را با اصلاحاتی تثبیت کرد؛ به این صورت که اگر موضوع پرونده ثروت‌های ناشی از ربا باشد، دادگاه‌های انقلاب و اگر موضوع پرونده جرم ربا باشد، محاکم عمومی صالح هستند.

در پایان ذکر این نکته ضروری به نظر می‌رسد که - به جز موردی که اخیراً به آن پرداختیم - تحقیقات مقدماتی، نحوه رسیدگی، صدور حکم و سایر ضوابط مربوطه در خصوص جرم ربا، مطابق قواعد و مقررات عام حاکم بر جرائم می‌باشد و جرم ربا از این جهت فاقد ویژگی خاصی می‌باشد.

۱-۳- اختلاس

اختلاس یکی از جرائم خاصی است که صرفاً توسط کارکنان و کارمندان دولت قابلیت ارتکاب دارد. پس از پیروزی انقلاب اسلامی و در راستای مطابقت قوانین با شرع مقدس تغییراتی در قوانین و مقررات ایجاد گردید؛ از جمله در قوانین مربوط به اختلاس.

در مورد این تغییرات می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد:

- قانون تعزیرات سال ۱۳۶۲ که ماده ۷۵ آن در خصوص اختلاس بود.

- قانون تشکیل پست جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۶ که در ماده ۱۷ این قانون، برخی از اعمال کارکنان این نهاد در حکم اختلاس دانسته شده است.

- قانون تشدید مجازات مرتکبین اختلاس، ارتشاء و کلاهبرداری مواد ۵ و ۶

^۱ - ردیف ۱۵/۸ رأی شماره ۶۸۲

- لازم به ذکر است که تشریح و تفصیل هریک از موارد فوق در قسمت‌های سابق بیان گردیده و اکنون فقط از جهت بیان سیر تحولات قوانین راجع به اختلاس به آن‌ها اشاره شد.

جرم انگاری اختلاس در حال حاضر در حقوق ایران در قانون تشدید مجازات مرتکبین اختلاس، ارتشاء و کلاهبرداری منعکس یافته است. (ساکی، ۱۳۹۶: ۱۰۷) در این خصوص در صدر ماده ۵ این قانون مقرر شده است:

«هریک از کارمندان و کارکنان ادارات و سازمان‌ها یا شوراهای و شهرداری‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و یا وابسته به دولت یا نهادهای انقلابی و دیوان محاسبات و مؤسساتی که به کمک مستمر دولت اداره می‌شوند و یا دارندگان پایه قضایی و به‌طور کلی قوای سه‌گانه و همچنین نیروهای مسلح و مأمورین به خدمات عمومی اعم از رسمی یا غیررسمی، وجوه یا مطالبات یا حواله‌ها یا سهام و اسناد و اوراق بهادار و یا سایر اموال متعلق به هریک از سازمان‌ها و مؤسسات فوق‌الذکر و یا اشخاص را که برحسب وظیفه به آن‌ها سپرده شده است به نفع خود یا دیگری برداشت و تصاحب نماید مختلس محسوب و به ترتیب زیر مجازات خواهد شد...» - مجازات در قسم بعدی بیان می‌گردد.

بنابراین در رسیدگی به جرم اختلاس، بنا بر ماده فوق تحقق شرایط ذیل برای اثبات این جرم لازم می‌باشد:

- مرتکب جرم اختلاس: مرتکب این جرم باید لزوماً یکی از اشخاص مذکور در ماده ۵ قانون اخیرالذکر باشد؛ از جمله کارکنان و کارمندان دولت. بنابراین جرائم مالی کارمندان بانک‌های خصوصی در قالب بزه‌هایی مانند خیانت در امانت و سایر موارد بیان شده در این نوشتار قابل بررسی بوده و از حوزه بزه اختلاس خارج می‌باشد.

- رفتار مجرمانه: به‌طور کلی رفتار مجرمانه به یکی از صور ذیل قابل تحقق است: فعل، ترک فعل، فعل ناشی از ترک فعل، حالت و عضویت؛ (آبروشن، ۱۳۹۵: ۵۲) به نظر می‌رسد، رفتار مجرمانه‌ای که تحقق‌بخش جرم اختلاس است، فعل مثبت مادی می‌باشد؛ مانند اینکه کارمند دولت، مالی را که برحسب وظیفه به او سپرده شده است برای خود تصاحب نماید.

- موضوع جرم: به نظر می‌رسد، موضوع جرم اختلاس اموال منقول است؛ در اینکه اموال غیرمنقول هم می‌تواند موضوع این جرم باشد، اختلاف نظر وجود دارد.

در تبصره‌های این ماده نیز نکاتی در خصوص رسیدگی به جرم اختلاس بیان شده است که اشاره به آن‌ها مفید و مؤثر خواهد بود؛

- بنا بر تبصره چهار این ماده «حداقل نصاب مبالغ مذکور در جرائم اختلاس از حیث تعیین مجازات یا صلاحیت محاکم اعم از این است که جرم دفعه واحده یا به دفعات واقع شده و جمع مبلغ مورد اختلاس بالغ بر نصاب مزبور باشد».

بر این اساس در مورد تعیین مجازات اختلاس و مشخص نمودن دادگاه صالح برای رسیدگی به این جرم، رعایت مفاد این تبصره مهم و ضروری به نظر می‌رسد.

- همچنین بر اساس تبصره پنج این ماده، هرگاه میزان اختلاس از مبلغ مذکور در این تبصره بیشتر باشد و دلایل محکم و کافی نیز وجود داشته باشد؛ صدور قرار بازداشت موقت به مدت یک ماه الزامی است و این قرار در هیچ‌یک از مراحل رسیدگی قابل تبدیل نمی‌باشد؛ بنابراین لازم است کلیه نهادهای صالح در هر مرحله از رسیدگی حکم این ماده را مراعات و به آن توجه نمایند. - همان‌طور ی که سابقاً بیان شد، لازم است مبالغ مذکور در این ماده به‌روزرسانی و اصلاح گردد زیرا امروزه عمل نمودن به مقررات این ماده، با در نظر گرفتن این مبالغ امکان‌پذیر نیست.

نکته مهم دیگری که در خصوص رسیدگی به جرم اختلاس ضروری به نظر می‌رسد، این است که علاوه بر اینکه این جرم باید توسط کارمندان دولت ارتکاب یابد، (ملازمین، ۱۳۸۷: ۲۰) باید مال مورد اختلاس برحسب وظیفه به کارمند دولت سپرده شده باشد؛ نه اینکه مشارالیه این مال را به سرقت برده باشد. از آنجایی که در مورد تحقیقات مقدماتی، صدور رأی و اجرای آن حکم خاصی در قانون در خصوص جرم اختلاس وجود ندارد؛ رسیدگی به این جرم بر اساس قواعد عام قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ به عمل می‌آید.

۱-۴- سوءاستفاده از وظایف شغلی در حوزه جرائم و تخلفات بانکی

در برخی موارد تحقق جرائم و تخلفات بانکی ناشی از سوءاستفاده از اختیارات واگذار شده به مدیران و کارمندان بانک‌ها می‌باشد. چنین سوءاستفاده‌هایی غالباً در ساختارهایی صورت می‌گیرد که اهرم‌های نظارتی ندارند یا این ساختارها این قدر پیچیده است که راهکارهای نظارتی موجود مؤثر و کارآمد نمی‌باشد. سوءاستفاده از وظایف شغلی را می‌توان انجام امری که مربوط به وظیفه شغلی او نبوده یا عدم انجام امری که مربوط به وظیفه شغلی وی بوده است؛ با قصد تحصیل منفعت در نظر گرفت. سوءاستفاده از وظیفه شغلی ممکن است همراه با سوءاستفاده مالی یا بدون آن محقق گردد. (شریفی بناد کوکی، زارع مهرجردی، ۱۳۹۵: ۱۵)

در این مورد ماده ۵۷۶ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «چنانچه هریک از صاحب‌منصبان و مستخدمین و مأمورین دولتی و شهرداری‌ها در هر رتبه و مقامی که باشند از مقام خود سوءاستفاده نموده و از اجرای اوامر کتبی دولتی یا اجرای قوانین مملکتی یا اجرای احکام یا اوامر مقامات قضایی یا هرگونه امری که از طرف مقامات قانونی صادر شده باشد جلوگیری نمایند...»

همان‌طور که مشاهده می‌شود در این ماده سخنی از سوءاستفاده مالی یا منفعت شخصی به میان نیامده است؛ اما قانون‌گذار در ماده ۵۸۱ قانون اخیرالذکر مقرر کرده است: «هریک از صاحب‌منصبان و مستخدمین و مأمورین دولتی که با سوءاستفاده از شغل خود به جبر و قهر مال یا حق کسی را بخرد یا بدون حق بر آن مسلط شود یا مالک را اکراه به فروش به دیگری کند...»

همچنین در ماده ۱۲۵ قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح مقرر شده است «هر نظامی که با سوءاستفاده از لباس، موقعیت یا شغل خود به جبر و قهر، دیگری را اکراه به معامله مال یا حق خود نماید یا بدون حق بر مال یا حق دیگری مسلط شود...» به مجازات مقرر در این ماده محکوم می‌گردد.

در خصوص رسیدگی به این جرم ذکر این نکته ضروری به نظر می‌رسد که تصدی یک شغل، آن‌گونه که موضوع بحث ماست، ناشی از وجود یک رابطه‌ی استخدامی می‌باشد؛ خواه استخدام در بدنه‌ی دولت باشد یا خارج از آن؛ بنابراین برای صدق عنوان جرم سوءاستفاده از وظایف شغلی احراز رابطه‌ی استخدامی با سازمان مربوطه ضروری است. البته این سازمان می‌تواند دولتی یا غیردولتی و یا حتی نیمه‌دولتی باشد - ص ۳۹ فساد اداری و مالی - بدین ترتیب، مشاغل خصوصی یا مشاغل آزاد هیچ‌گاه نمی‌تواند محمل وقوع این جرم باشد.

در خصوص سایر موارد مانند تحقیقات مقدماتی، جلسات رسیدگی، صدور حکم و اجرای آن در مورد این جرم لازم است به قواعد و مقررات عام حقوق کیفری مقرر در قانون آیین دادرسی کیفری مراجعه نماییم.

۲- شرایط رسیدگی در جرائم خاص بانکی

در این قسمت جرائمی مورد بررسی و تحلیل قرار می‌گیرند که خاص نظام بانکی بوده و صرفاً در نظام بانکی قابل تحقق می‌باشند.

۲-۱- بزه مداومت در اشتغال غیرمجاز به عملیات بانکی

در راستای حمایت کیفری از نظام پولی و بانکی کشور و مقابله با اشتغال غیرمجاز به عملیات بانکی قانون‌گذار در قوانین و مقررات پراکنده، اقدام به جرم‌انگاری رفتارهای مخل نظام پولی و بانکی نموده است.

مداخله کیفری قانون‌گذار در حوزه مداومت در اشتغال غیرمجاز به عملیات بانکی در قالب دو عنوان مجرمانه در قوانین داخلی ظهور یافته است: (موسوی، ۱۳۹۱: ۲۹)

۱- ادامه فعالیت غیرمجاز بانکی اشخاص حقیقی و حقوقی علی‌رغم اعلام قبلی بانک مرکزی (تبصره ۴ ماده ۱ قانون تنظیم بازار غیر متشکل پولی مصوب ۱۳۸۳)

۲- ادامه فعالیت بانکی توسط مدیران سلب صلاحیت شده (تبصره ۳ ماده ۹۶ قانون برنامه پنجم توسعه مصوب ۱۳۸۹)

۱: بر اساس تبصره ۴ ماده ۱ قانون تنظیم بازار غیر متشکل پولی «اشخاص حقیقی یا حقوقی موضوع این ماده که به عملیات بانکی اشتغال دارند در صورتی که موفق به اخذ مجوز فعالیت تحت عنوان موجود یا عنوان مناسب دیگر ظرف شش ماه از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون نشوند بنا به اعلام بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران حق ادامه فعالیت نخواهند داشت»

در ادامه این تبصره به دو نکته اساسی زیر اشاره شده است:

الف- دادگاه صالح رسیدگی‌کننده: در این تبصره، دادگاه صالح با عنوان «مقامات قضایی صلاحیت‌دار» معرفی شده است. طبیعی است برای تعیین این مقامات، باید به قواعد عمومی کیفری تعیین صلاحیت رجوع کرد.

ب- مجازات متخلفین - که در قسم بعدی بیان خواهد شد -

۲: همچنین بنا بر تبصره ۳ ماده ۹۶ قانون برنامه پنجم توسعه «بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران بر اساس مقررات قانونی، اختیار سلب صلاحیت حرفه‌ای و لغو مجوز و محکومیت متخلفین فعال در حوزه پولی به پرداخت جریمه را دارد.

در صورت سلب صلاحیت حرفه‌ای، اعضاء هیئت‌مدیره و مدیران عامل بانک‌ها و مؤسسات اعتباری توسط بانک مرکزی جمهوری ایران از مسئولیت مربوطه منفصل می‌گردند.

ادامه تصدی مدیران مربوطه در حکم دخل و تصرف غیرقانونی در وجوه و اموال عمومی محسوب می‌شود...» بدیهی است سایر مسائل مربوط به رسیدگی این جرم، مانند تحقیقات مقدماتی، جلسات

رسیدگی و صدور حکم بر اساس قواعد و مقررات عام کیفری که در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ انعکاس یافته است؛ انجام می‌پذیرد.

۲-۲- تأسیس غیرمجاز بانک

یکی دیگر از جرائمی که صرفاً از طریق بانک‌ها و نظام بانکی امکان‌پذیر است؛ جرم تأسیس بانک به صورت غیرمجاز می‌باشد. این جرم یکی دیگر از جرائم بانکی مهم است؛ که تأثیر مخرب فراوانی بر نظام بانکی کشور دارد. (ولیدی، ۱۳۸۶: ۴۹)

قوانین پراکنده متعددی در این زمینه وضع گردیده است که بانک مرکزی و دادستانی را در فرآیند رسیدگی به این جرم - اعلام و پیگیری قضایی - صالح دانسته؛ اما قانون‌گذار در آخرین اراده خود در قانون ذیل چنین بیان داشته است:

بند «ب» ماده ۱۴ قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۵ «انجام هرگونه عملیات بانکی، واسپاری^۱، صرافی توسط اشخاص حقیقی و حقوقی و مشارکت بانک‌ها و مؤسسات اعتباری و اشخاص حقوقی تابعی که بانک‌ها بیش از پنجاه درصد (۵۰٪) سهام آن‌ها را دارند و یا در تعیین هیأت‌مدیره آنها مؤثرند در تأسیس صندوق‌های سرمایه‌گذاری و شرکت‌های تأمین سرمایه بدون اخذ مجوز از بانک مرکزی ممنوع است و ...»

علاوه بر این قانون‌گذار در بند ب ماده ۴۲ قانون پولی بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ بیان داشته است: «تأسیس بانک و اشتغال به بانکداری بدون رعایت مقررات این قانون و استفاده از نام بانک در عنوان مؤسسات اعتباری ممنوع است. ... در صورت اقتضاء دادستان می‌تواند به درخواست بانک مرکزی ایران موقتاً دستور تعلیق موسسه را تا تعیین تکلیف نهایی آن از طرف دادگاه بدهد.»

همچنین بر اساس تبصره سه ماده ۹۶ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه مصوب ۱۳۸۹ «بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران بر اساس مقررات قانونی، اختیار سلب صلاحیت حرفه‌ای و لغو مجوز و محکومیت متخلفین فعال در حوزه پولی به پرداخت جریمه را دارد...»

همان‌طوری که بیان شد در روند رسیدگی به این جرم بنا بر مقررات مربوطه دادستان و بانک مرکزی نقش تأثیرگذاری را ایفاء می‌نمایند. سایر موارد رسیدگی به این جرم بر اساس عمومات آیین دادرسی کیفری صورت می‌پذیرد.

¹ Leasing

۳- سازوکارهای کاربردی

بر اساس ارزیابی و شناسایی دقیق نظام عدالت کیفری ایران در حوزه جرائم بانکی به‌وسیله تحقیقات صورت گرفته، جهت ارتقاء نظام دادرسی کنونی در زمینه جرائم مذکور، راهکارهای ذیل پیشنهاد می‌گردد:

الف: وضع مجموعه قوانین و مقررات واحد و مستقل در مورد جرائم بانکی

فقدان چنین مجموعه قوانین سازمان‌یافته و منظمی و به‌تبع آن متورم و پراکنده شدن قوانین و مقررات در عرصه جرائم بانکی، سبب پیچیدگی‌ها و سردرگمی‌های فراوانی در این زمینه گشته است. بعضاً به علت احساس نیاز در برهه‌ای از زمان به وضع قوانین در موضوعی خاص، قانون‌گذار یک قانونی را بی‌آنکه به سایر قوانین و مقررات به‌طور دقیق توجه نماید و تکلیف قوانین متعارض را روشن سازد؛ تصویب نموده است.

بدین سبب پژوهشگران حقوقی در عرصه تألیف و تدریس، قضات در عرصه قضاوت و صدور حکم و حتی قانون‌گذار در عرصه قانون‌گذاری‌های نوین، بعضاً به‌حکم صریح قانون در موردی خاص آگاهی دقیق و کاملی ندارند و همین امر سبب بروز اختلاف‌نظرهایی در این زمینه گشته است. بنابراین وضع یک مجموعه قوانین کامل و جامع در این زمینه ضروری و لازم به نظر می‌رسد.

ب: به‌کارگیری ضمانت اجرای مؤثر و متناسب

همان‌طوری که بیان گردید، از آنجایی که مجرمین و متخلفین در حوزه نظام بانکی بسیار هوشمندانه و تخصصی عمل می‌کنند؛ قانون‌گذار نیز باید با وضع ضمانت اجرای متناسب و دقیق در پی مبارزه با آن‌ها باشد. طبیعی است با ضمانت اجرای سنتی و ساده نمی‌توان در این زمینه وارد شد و موفقیتی کسب نمود.

بر این اساس وضع ضمانت اجرای چگون مجازات‌های مدرج نسبت به میزان مبلغ موضوع جرم ارتكابی، اعمال جزای نقدی سنگین و نسبی، انتشار نام محکومین در رسانه‌های عمومی و سایر مجازات‌های متناسب و بازدارنده پیشنهاد می‌گردد.

ج: دادرسی افتراقی در زمینه جرائم و تخلفات بانکی

با توجه به ماهیت این جرائم و تخلفات، پیچیده و فنی بودن آن‌ها، تخصص گرایی در زمینه‌های قانون‌گذاری، رسیدگی، مراجع ذی‌صلاح، قضات و ضابطین دادگستری لازم به نظر می‌رسد. بدیهی است ابتدا باید بستری مناسب جهت ایجاد آموزش‌های لازم توسط افراد زبده و متخصص در این زمینه فراهم گردد؛ و چه‌بسا برای تحقق این امر نیاز به تشکیل کارگروه‌ها و کمیته‌های فنی و تخصصی در نهادهای مربوطه باشد.

د: بسترسازی مناسب جهت ارائه گزارش‌های مردمی در زمینه وقوع جرائم و تخلفات بانکی
ایجاد زمینه مناسب جهت ارائه گزارش‌های مردمی - اعم از مردم عادی و مدیران و کارمندان نهادهای موضوع جرم - علاوه بر آن که سبب جلوگیری از ارتکاب این جرائم و تخلفات با اقدامات به‌موقع مقامات قضایی خواهد شد؛ از آنجایی که هر لحظه امکان گزارش این جرائم توسط هر شخصی وجود دارد، مجرمین و متخلفین این عرصه را نسبت به ارتکاب جرم محتاط‌تر و چه‌بسا منصرف می‌نمایند.
بسترسازی و ایجاد زمینه مناسب در این مورد به دو دسته اقدامات ذیل نیاز مند است:
- اقدامات سلبی: سیاست‌گذاری‌های حمایتی از مخبرین در برابر خطرات احتمالی
- اقدامات ایجابی: سیاست‌گذاری‌های تشویقی و ترغیبی نسبت به مخبرین

نتیجه‌گیری

امروزه حقوق کیفری اقتصادی یکی از مهم‌ترین حوزه‌های حقوق کیفری به شمار می‌رود و در این میان تحلیل و بررسی نظام بانکی از منظر حقوق کیفری از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. اهمیت مذکور به جهت نقش انکارناپذیر مبادلات و عملیات بانکی در روابط مالی امروزه است؛ زیرا اکنون بدون در نظر گرفتن نظام بانکی، مرادفات اقتصادی و مالی تقریباً غیرممکن است. در جامعه کنونی انتقال میلیاردها ریال در روز، انجام بسیاری از معاملات سنگین تجاری، تخصیص وام‌های کلان تولیدی و خدماتی و... فقط از طریق بانک‌ها امکان‌پذیر است.

این اهمیت بانک‌ها موجب جلب مجرمین و متخلفین اقتصادی و بانکی به این نهاد مالی شده است و همین امر سبب اختلال در نظام بانکی گردیده، زیرا جرائم و تخلفات بانکی از چرخش کارآمد بانک‌ها به‌طور طبیعی جلوگیری کرده و سبب اختلالات و نقایص فراوانی در این زمینه شده است.
از آنجایی که فعالیت حرفه‌ای در حوزه و عرصه نظام بانکی به تخصص فراوانی نیاز دارد، قریب به اتفاق مجرمین و متخلفین بانکی از متخصصان این حوزه محسوب می‌گردند. بنابراین آنان در ارتکاب جرائم و

برنامه‌ریزی‌های خود بسیار باهوش و زبده عمل می‌نمایند و نمی‌توان به‌سادگی جرائم ارتكابی آنان را كشف و یا رابطه بین ارتكاب جرم و این افراد را اثبات نمود؛ لذا قانون‌گذاران این عرصه نیز باید به‌صورت تخصصی و علمی وارد عمل شوند و با شناخت و آگاهی کامل از نظام بانکی و خلأهای موجود در آن به قانون‌گذاری بپردازند.

اما متأسفانه تاکنون علی‌رغم تلاش‌های صورت گرفته در زمینه‌های مختلف، نظام عدالت کیفری متناسب و قدرتمندی در زمینه جرائم و تخلفات بانکی در کشور ما تکامل نیافته است. برای نمونه هنوز قانون‌گذارهای تخصصی، ضمانت اجراهای علمی و رسیدگی‌های دقیق و فنی در نظام حقوقی ما کامل نشده است. بنابراین اختلال مذکور همچنان در نظام بانکی ما رخنه کرده و آن را از کار انداخته است.

البته نتیجه اخیر با توجه به عملکرد نظام عدالت کیفری ما طبیعی و بدیهی به نظر می‌رسد؛ زیرا تا زمانی که درمان مناسبی برای بیماری موجود به کار گرفته نشود، انتظار بهبود وضعیت، عبث و بیهوده به نظر می‌رسد؛ زیرا گرچه تخلفات بانکی علت عمده نارسایی‌های نظام بانکی فعلی است، اما تشخیص صرف کافی نیست؛ بلکه چاره‌ی کار تنها در مبارزه جدی با این جرائم و تخلفات و ریشه‌کن کردن آن‌هاست.

بنا بر آنچه بیان شد، تا زمانی که قوانین و مقررات و به‌طور کلی نظام قضایی و حقوقی کشور به‌صورت علمی و تخصصی معطوف به جرائم و تخلفات بانکی نگردد و نتایج تحقیقات مفید انجام شده در این زمینه وارد عرصه عملیاتی نشود؛ نظام بانکی سالمی نخواهیم داشت. این تخصص‌گرایی - البته در کنار تعهد محوری - باید در حوزه قانون‌گذاری، رسیدگی، تعقیب توسط ضابطین دادگستری، ضمانت اجرا و اجرای حکم در حد اعلی ظاهر گردد؛ تا بتوان انتظار رفع مشکلات موجود را داشت.

مهم‌ترین نکته در این خصوص عدم کفایت وضع قوانین و مقررات علمی و تخصصی جهت اصلاح نقایص و ضعف‌های فعلی نظام بانکی می‌باشد. به‌عبارت دیگر اگر دقیق‌ترین قوانین و تخصصی‌ترین مقررات در این زمینه نیز وضع گردد؛ هنوز تا نیل به اهداف نهایی فاصله داریم و آن فاصله چیزی نیست، مگر نظارت دقیق و اجرای کامل قانون؛

به عبارت آخری گرچه قوانین و مقررات در زمینه نظام بانکی دارای خلأها و نقایصی می‌باشد، اما قوانین مفید و کارآمد نیز در این حوزه وجود دارد. ولی آن چیزی که تأثیر مثبت قوانین مفید و مؤثر را نیز از بین برده است؛ همان دو مورد مذکور است، فقدان نظارت‌های پیشرفته و دقیق و عدم اجرای کامل قوانین. ایجاد نظارت‌های دقیق و متناسب با فناوری‌های امروزه و به اجرا درآوردن کامل قوانین و مقررات حتی باوجود قوانین فعلی نیز حداقل نیمی از اختلالات نظام بانکی را مرتفع می‌نماید.

بر این اساس برای مقابله با جرائم و تخلفات بانکی و اصلاح نارسایی‌های این نظام، بر مبنای پژوهش حاضر به‌کارگیری همزمان سه ابزار زیر لازم و کافی به نظر می‌رسد:

- وضع قوانین و مقررات کارآمد و تخصصی در زمینه جرم‌انگاری، رسیدگی و ضمانت اجرا؛
- ایجاد نظارت‌های پیشرفته و دقیق؛
- اجرای مر قانون به‌طور کامل و برای همگان.

فهرست منابع

۱. آبروشن، هوشنگ، (۱۳۹۵)، سیاست جنایی ایران در قلمرو جرائم اقتصادی، چاپ اول، تهران، فردوسی.
۲. آشوری، محمد و دیگران، (۱۳۸۳)، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، چاپ اول، تهران، گرایش.
۳. ابراهیمی، شهرام، (۱۳۹۰)، جرم‌شناسی پیشگیری، چاپ اول، تهران، میزان.
۴. ایران‌نژاد، محمدرضا، (۱۳۹۷)، مباحث کاربردی حقوق بانکی، چاپ اول، تهران، جنگل.
۵. باقر زاده، احد، (۱۳۸۳)، جرائم اقتصادی و پول‌شویی، چاپ اول، تهران، مجد.
۶. بهره‌مند، حمید، (۱۳۹۶)، آسیب‌شناسی قوانین مربوط به جرائم اقتصادی در حقوق ایران، چاپ اول، تهران، پژوهشگاه قوه قضاییه.
۷. جعفری لنگرودی، (۱۳۴۶)، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ اول، تهران، ابن سینا.
۸. جعفری، علیرضا، (۱۳۹۴)، فساد اداری و مالی در نظام بانکی، چاپ اول، تهران، جنگل.
۹. حسنی، جعفر و نسرين مهرا، (۱۳۹۴)، «نقدی بر مفهوم جرم اقتصادی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره دوم، شماره ۲، بهار و تابستان.
۱۰. روستایی، مهرانگیز، (۱۳۸۸)، ارزیابی مداخله کیفری در حوزه جرائم اقتصادی، کارآگاه، دوره‌ی دوم، سال دوم، شماره ۷، تابستان.
۱۱. ساکی، محمدرضا، (۱۳۸۷)، آشنایی با جرم پول‌شویی، چاپ اول، تهران، جنگل.
۱۲. ساکی، محمدرضا، (۱۳۹۶)، حقوق کیفری اقتصادی، چاپ چهارم، تهران، جنگل.
۱۳. سمیعی زنوز، حسین و محمود صابر و محمدجعفر حبیب زاده، (۱۳۹۵)، «تحلیل بزه مداومت در اشتغال غیرمجاز به عملیات بانکی»، فصلنامه پژوهش‌های پولی - بانکی، سال نهم، شماره ۲۸، تابستان.
۱۴. شریفی بناد کوکی، مهدی و علی زارع مهرجردی، (۱۳۹۵)، «آسیب‌شناسی جرائم بانکی در نظام کیفری ایران»، سومین همایش ملی حقوق بسترهای فساد مالی و اداری در نظام حقوقی ایران با رویکرد اصلاح و توسعه نظام حقوقی، زمستان.
۱۵. ملازمیان، مسعود، (۱۳۸۷)، سیاست جنایی تقنینی ایران در جرائم اقتصادی، چاپ اول، تهران، جنگل.
۱۶. موسوی مقدم، محمد، (۱۳۹۱)، پول‌شویی، چاپ سوم، قم، حقوق امروز.

۱۷. مهدوی پور، اعظم، (۱۳۹۵)، سیاست کیفری افتراقی در قلمرو بزهکاری اقتصادی، چاپ دوم، تهران، میزان.
۱۸. نیاز پور، امیرحسین، (۱۳۹۷)، سیاست جنایی در برابر بزهکاری اقتصادی، چاپ اول، تهران، میزان.
۱۹. ولیدی، محمد صالح، (۱۳۸۶)، حقوق کیفری اقتصادی، چاپ اول، تهران، میزان
۲۰. ویژه، محمدرضا، (۱۳۸۹)، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، چاپ سوم، تهران، جنگل.
۲۱. ویلکن، پیتر، اقتصاد سیاسی، (۱۳۸۱)، ارتباطات جهانی و امنیت سیاسی، ترجمه مرتضی بحرانی، چاپ اول، تهران، پژوهشکده مطالعات راهبردی.

1. *African union convention on preventing and combating corruption* 2003.
2. *Budworth, David, The 10 longest white-collar prison sentences, The Times of London, 2009.*
3. *Criminal law. London: Cavendish 4th ed. 2002. print.*
4. *Garner. Bryan Clark. M. corruption. causes. consequences and control ۲th eds. martins press 1983.*
5. *Helping countries combat corruption the world bank 2000.*
6. *Pardel, Jean, Manuel de procedure penal, Cujas, 13th Edition, paris, 2007.*
7. *Sampford, Charles, Measuring Corruption, Ashgate, 2007.*

تأثیر شخصیت در صحت و اعتبار قراردادها با تأکید بر رویه قضایی

امیر محمد جعفری هرندی^۱

سید مهدی علامه^۲

چکیده

مقوله شخصیت از جمله عناصر بنیادین و حیاتی در هر قراردادی در کلیه سیستم های حقوقی می باشد. این مقاله با رویکردی به حقوق ایران، تأثیر شخصیت را در سیستم حقوقی ایران و در پرتو دکترین و آرای حقوقی مورد بحث و بررسی قرار می دهد. در برخی عقود و قراردادها، شخصیت طرفین، نقش مهمی را ایفا می نماید؛ اما در همه قراردادها این تأثیر، این گونه و به شکل یکسان نیست. برای مثال در این حوزه می توان به ماده ۲۰۱ قانون مدنی ایران اشاره نمود که به موجب آن اشتباه در شخص طرف معامله به صحت معامله خلل وارد نمی آورد مگر در مواردی که شخصیت طرف، علت عمده انعقاد عقد بوده باشد. علاوه بر این بر طبق حقوق کشورهای رومی ژرمنی نیز شخصیت عامل، مهم است. به بیان دیگر وقتی اشتباه در شخصیت طرفین رخ دهد به عنوان اشتباه در جوهره عقد است که می تواند همه این گونه قراردادها را در مجموع مخدوش کند. چرا که در این قراردادها به طور کلی شخصیت از اجزا و عناصر اصلی و اساسی عقد به شمار می رود و فقدان آن (نبودن شخصیت مقصود) موجب بطلان قرارداد می گردد. در این مقاله، نگارنده، به شیوه تحلیلی به تبیین این موضوع در نظام حقوقی ایران پرداخته است.

کلیدواژه ها: شخصیت، صحت، قرارداد، اعمال حقوقی.

^۱ - دانشجوی کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد میمه (نویسنده مسؤول) Amirjafari786726@gmail.com

^۲ - استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد اصفهان (خوراسگان) Sm_allameh@khuif.ac.ir

مقدمه

یکی از مباحث مهم حقوق مدنی، مبحث اشخاص و حمایت از محجورین است. قانون امور حسبی در خصوص افرادی که به واسطه ضعف قوای دماغی قادر به تشخیص مصالح و منافع و حسن و قبح امور خود نیستند امکان صدور احکام حجر را پیش بینی کرده است تا مانع سوء استفاده افراد سودجو از ضعف نفس چنین اشخاصی شده و اعمال حقوقی آنان را از درجه اعتبار ساقط نماید.

علاوه بر محجورین، اشخاصی وجود دارند که به علت ناتوانی یا کم‌توانی ذهنی و عقلانی یا زوال عقل، نمی‌توانند در امور خود تصرف کنند و اعمال حقوقی که برای حیات انسان لازم است را انجام دهند. ناتوانی عقلانی و ذهنی یک اختلال گسترده معمول و یک بیماری مزمن در طول زندگی است که عوامل ایجاد کننده این وضعیت، روی ساختار و عملکرد گسترده مغز یا دامن‌های از علائم ملایم تا شدید اثر می‌گذارد. از مصادیق بارز این اختلالات می‌توان به بیماری‌های عقب ماندگی ذهنی، زوال عقل یا دمانس، اسکیزوفرنی، کسالت روان و آلزایمر اشاره کرد. البته در مراحل از زندگی افراد نیز، ممکن است توانایی ذهنی و تمیز افراد دچار اختلال شود و حتی در مواردی با افول قوای دماغی و تمیز همراه باشد، مثلاً در دوران کهنسالی که گاهی اختلالات ذهنی و عقلی ایجاد می‌گردد و یا فردی که در کما به سر می‌برد و هوشیاری خود را کاملاً از دست داده است. حال سؤال این است که آیا می‌توان احکام حجر را به افراد با وضعیت‌های خاص که قانون آن‌ها را در شمار محجورین ذکر ننموده تسری داد؟

قانون‌گذار ایران در ماده ۱۲۰۷ قانون مدنی، به جای این که اسباب حجر را بیان کند از اشخاص محجور صحبت نموده است. بر اساس این ماده، صغار، اشخاص غیر رشید و مجانین، محجور محسوب شده و از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع هستند. به نظر می‌رسد با توجه به این که عدم اهلیت، استثناء است و نیاز به تصریح قانون دارد پاسخ این سؤال منفی است. ولی همان‌طور که گفته شد افراد به حمایت‌های قانون‌گذار نیاز دارند و علاوه بر این، این افراد را نمی‌توان در اجتماع بی حمایت و آزاد گذاشت؛ زیرا آزاد گذاشتن و حمایت نکردن از آنان از طرفی موجب زیان خود این افراد و از طرف دیگر موجب زیان خانواده ایشان و اختلال در امور اقتصادی و اجتماعی خواهد شد. بدین جهت جوامع متمدن، این افراد را مورد توجه خاص قرار داده و مقررات حمایتی مخصوصی در مورد آنان و اعمال حقوقی آنان پیش بینی کرده‌اند. در ایران نیز، این افراد به منظور اجرای حقوقی که دارند به ویژه در تصرفات و حقوق مالی، نیازمند توجه ویژه قانون‌گذار با رویکرد حمایتی در قالب نهادهای خاص هستند. شگفتی در این است که در قوانین، احکام ویژه‌ای در خصوص این افراد وجود ندارد و در نوشته‌های حقوقی نیز اعتنایی به آن‌ها

نمی‌شود. در این مقاله قصد بر این است که آرای متعدد قضایی مورد بررسی قرار داده شده و مبنای ذکر شده برای حجر در این موارد مورد نقد و ارزیابی قرار گیرد تا آرای نادرست صادره که بر مبنای صحیحی استوار نمی‌باشد از آرای صحیح تمیز داده شود.

واژه «شخصیت» علاوه بر مفهوم لغوی که در قسمت قبل بیان شد، دارای مفهومی اصطلاحی است. این واژه در رشته‌های مختلف، از جمله روان‌شناسی، جامعه‌شناسی و حقوق به کار می‌رود؛ ولی در هر رشته معنا و مفهوم مخصوص به خود دارد. در اصطلاح روان‌شناسی، «شخصیت» یا «منش» عبارت از مجموعه نفعانیات (احساسات، افکار، عواطف و...) انسان که در هر لحظه از تحول وی در حقیقت با نوعی از تجلیات روانی شخصیت او روبرو هستیم.

از دیدگاه روان‌شناسی اجتماعی، لیونگ^۱ این تعریف را از شخصیت مطرح می‌کند: «شخصیت مظهر هیأتی کم و بیش به هم پیوسته از عادات، طرز تلقی‌ها، خصوصیات و همچنین افکار یک فرد است که در خارج به صورت نقش‌ها و منزلت‌های خاص و عام سازمان می‌یابند و در داخل در حول و حوش خودآگاهی، مفهوم خود و همچنین افکار، ارزش‌ها و اهداف که با انگیزه‌ها، نقش‌ها و منزلت‌ها مربوطند، قوام می‌پذیرد» (ساروجانی، ۱۳۷۵: ۵۸۰). پارسنز^۲ و شیلز^۳ از دیدگاه جامعه‌شناسی، شخصیت را این گونه تعریف می‌کنند: «نظامی خاص، مشخص و هم ساز، متشکل از نیازها و آمادگی‌ها که واکنش‌های فرد را در انتخاب راه‌هایی که در برابرش قرار می‌گیرند، یا توسط وضع موجود و یا وضعی که خود برای خود یا به خاطر اهداف خود فراهم می‌سازد، هدایت می‌کنند» (مان، ۵۸۱). از لحاظ فلسفی «شخصیت» حقیقت «وجود» است قطع نظر از ظواهر احوال (فتحی آشتیانی، ۱۳۷۷: ۳۲).

۱- مفهوم اصطلاحی واژه «شخصیت»

در ترمینولوژی حقوق، «شخصیت» به «حالت تشخص شخص از جهت این که موضوع حقوق و تکالیف است» معنا شده است و «شخص» عبارت است از «کسی که موضوع حق قرار گیرد». که شخص حقیقی (که آن را انسان و شخص طبیعی هم می‌نامند) و شخص حقوقی را شامل می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۳۰-۲۹). در اصطلاح حقوقی «شخصیت»، وصف، قابلیت و شایستگی «شخص» است برای این که بتواند طرف و صاحب حق و تکلیف باشد و آن را با واسطه یا بدون واسطه اجرا نماید. برخی نویسندگان با این استدلال

¹ Carl Gustav Jung

² Talcott Parson

³ Dward Shils

که حق و تکلیف از موضوعات حقوقی می‌باشند، این وضعیت «شخص» را «شخصیت حقوقی» نامیده‌اند که اعم از شخصیت «اشخاص حقیقی و حقوقی» است (امامی، ۱۳۵۶: ۱۵۰). شخصیت در مفهوم فوق دارای عناصری است که شامل احوال شخصیه و اهلیت می‌باشد. به نظر می‌رسد «شخصیت» در علوم اجتماعی و روان‌شناسی مفهومی ذهنی می‌باشد که از این جهت و به لحاظ این که از نظر این علوم همه افراد دارای شخصیت هستند با علم حقوق دارای مشابهت می‌باشند؛ اما موضوع «شخصیت» در این علوم همان انسان واقعی است با همان وضعی که در خیابان یا کار یا به هنگام فراغت دارد. بنابراین شخصیت، یک کلیت روان‌شناختی است که انسان خاصی را مشخص می‌کند (ستوده، ۱۳۷۶: ۱۰۲). با توجه به این که حقوق برای موضوعاتی غیر از انسان نیز قائل به وجود شخصیت می‌باشد از این نظر با علوم اجتماعی و روان‌شناسی متفاوت است.

در این مقاله «شخصیت» در معنای مصطلح حقوقی و عبارت از «قابلیت حاصل از مجموعه اوصاف، خصوصیات و ویژگی‌هایی است که وضع، هویت و موقعیت حقوقی اشخاص را اعم از حقیقی و حقوقی روشن ساخته و حقوق و تکالیف او را در کلیه سطوح اجتماع معین می‌کند». این قابلیت در مورد شخص حقیقی (انسان)، ذاتی و در خصوص شخص حقوقی، اعتباری و ناشی از شناسایی و اعطای قانون یا جامعه می‌باشد. این مقاله در پی آن است که تفاوت در مجموعه موصوف یا عناصر آن از جمله در عناصر احوال شخصیه مانند، تابعیت، سن و... یا تغییرات شخصیت و اهلیت، چه تأثیری در ماهیت و سرنوشت قرارداد دارد؟ (شهیدی، ۱۳۷۸: ۹۲).

۲- انواع شخصیت

شخصیت حالت تشخیص شخص است از حیث این که موضوع حقوق و تکالیف است؛ به عبارت دیگر شخصیت؛ قابلیت، خصوصیت و صفت شخص است و در واقع شخص، مبنا و خاستگاه شخصیت می‌باشد. ملازمه و وابستگی متقابل این دو اصطلاح موجب در هم تنیدگی و بیان توأم مباحث آن‌ها در هر موضوع می‌گردد. بدین لحاظ برای شناخت انواع شخصیت، ناگزیر از بررسی مفهوم و انواع شخص می‌باشیم. در علم حقوق و در مفهوم اصطلاحی، شخص به عنوان کسی که موضوع حق قرار می‌گیرد، به دو نوع تقسیم

می‌شود: شخص طبیعی^۱ که آن را حقیقی و عادی نیز می‌گویند. شخص حقوقی^۲ که آن را اخلاقی، اعتباری یا فرضی نیز می‌نامند (ساکت، ۱۳۷۰: ۶).

۲-۱- شخص و شخصیت حقیقی

شخص حقیقی که به آن شخص طبیعی نیز می‌گویند و در مقابل شخص حقوقی به کار می‌رود، در ترمینولوژی حقوق چنین تعریف شده است: «افراد انسانی را گویند که موضوع حق و تکلیف می‌باشند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۳۰-۲۹). بدین لحاظ «هر یک از افراد انسان در جامعه دارای شخصیت می‌باشند و می‌توانند به وسیله آن دارای حق و تکلیف گردند و آن را اجرا نمایند. این قابلیت از طرف خداوند به اعتبار طبیعت انسانی در آن‌ها به ودیعه گذاشته شده است و بدین جهت انسان را شخص طبیعی می‌نامند» (امامی، ۱۳۵۶: ۱۵۰). به بیان دیگر اگر وصف قابلیت و شایستگی برای دارا شدن حقوق و تکالیف، ذاتی، همزاد و ملازم شخص باشد این صلاحیت را که وابسته به صفات و ویژگی‌های مادی و حقوقی شخص بوده و در قانون مدنی از آن به «اهلیت» تعبیر شده است، می‌توان «شخصیت حقیقی» و دارنده آن را «شخص حقیقی» نامید که تنها مصداق بارز و منحصر به فرد آن انسان زنده‌ای است که از حیات مستقل و نه جنینی برخوردار است (صفار، ۱۳۹۰: ۹۸). شخص حقیقی دارای اصالت و واقعیت می‌باشد و به لحاظ این که با واسطه و به صورت حقیقی موضوع حقوق و تکالیف قرار می‌گیرد، نسبت به شخص حقوقی از تقدم وجودی و زمانی برخوردار است (همان، ۱۰۰).

شخصیت و اهلیتی که انسان از آن بهره‌مند است آن چنان همراه و وابسته شخص انسان است که هیچ کس حتی خود او نمی‌تواند آن را سلب و انسان را از شخصیت تهی کند (همان، ۹۹). در جوامع امروز هر انسانی بدون در نظر گرفتن جنس، نژاد، رنگ، مذهب، تابعیت و موقعیت اجتماعی دارای شخصیت می‌باشد. بدین ترتیب یک طفل شیرخوار با یک دیوانه هر یک به نوبه خود شخص محسوب می‌گردند. در گذشته که بردگی وجود داشت انسان‌هایی که برده بودند، از نظر حقوقی فاقد شخصیت یا دارای شخصیت ناقص به شمار می‌آمدند و همانند اموال، مورد داد و ستد قرار می‌گرفتند. امروز از لحاظ حقوقی، دوران بردگی و رقیت به سر آمده است (صفایی؛ قاسم‌زاده، ۱۳۹۰: ۱۰). شخص حقیقی به اعتبار شخصیت و قابلیت برخورداری از حقوق و تکالیف و جهت رفع نیازهای خود، طرف قراردادهای مختلف قرار می‌گیرد

^۱ La personne physique

^۲ La personne morale

و می‌تواند متمتع از حقوق و مجری تکالیف خود گردد. لذا بخش عمده اعمال حقوقی اجتماع توسط و برای این شخص انجام می‌پذیرد و بسیاری از عقود، مخلوق قصد و اراده او است.

۲-۲- شخص و شخصیت حقوقی

یکی از ضرورت‌های زندگی اجتماعی امروز؛ وجود شخص حقوقی است زیرا اداره جامعه و جریان کارها به گونه‌ای شایسته، بدون وجود حکومت، دولت و سایر نهادها و بنیادهای حکومتی و تخصیص پاره‌ای اموال به آن‌ها و تأسیس شرکت‌های تجاری و مؤسسات غیرتجاری، اعم از انتفاعی و غیرانتفاعی، امکان‌پذیر نیست. قانون‌گذار نه فقط از منافع فرد به عنوان شخص حمایت می‌کند بلکه منافع گروه‌ها و اجتماعات بشری را که برای وصول به هدف‌های مشترک تشکیل می‌شوند نیز مورد حمایت قرار می‌دهد. این گروه‌ها برای نیل به اهداف و توسعه فعالیت‌های خود باید بتوانند اعمال لازم برای زندگی حقوقی را اعم از تملک و اداره اموال، اقامه دعوی یا دفاع از دعاوی مطروحه انجام دهند. نمی‌توان پذیرفت که هر یک از اعضای گروه در تمامی اعمال لازم برای نیل به هدف‌های گروه شرکت نماید یا همگی با هم آن‌ها را انجام دهند. برای آن که این گروه‌ها بتوانند طرف حق و تکلیف قرار گیرند باید برای آن‌ها شخصیتی متمایز و مجزا از شخصیت اعضای‌شان قائل شد و به آن‌ها اجازه داد که به وسیله نمایندگان صلاحیت‌دار خود اعمال لازم برای زندگی حقوقی را انجام دهند. از این رو در حقوق کشورها، علاوه بر شخص طبیعی که صاحب حق و تکلیف است؛ شخص حقوقی نیز شناخته شده است که می‌تواند مانند شخص حقیقی صاحب حق و عهده‌دار تکلیف گردد (همان، ۱۶۰).

قانون‌گذار ایران نه فقط برای بعضی از گروه‌ها و اجتماعات بشری شخصیت حقوقی قائل شده است، پاره‌ای از اموال را نیز مانند موقوفه از شخصیت حقوقی برخوردار کرده و به مسئولان حفظ و اداره آن‌ها اجازه داده است به نام شخص حقوقی مزبور تصمیمات لازم را اتخاذ نمایند. علاوه بر آن برای انسان قبل از تولد و بعد از فوت نیز قائل به نوعی شخصیت حقوقی ناقص شده است (صفار، پیشین، ۱۰۱). بدین لحاظ اگر چه وجود و حیات حقوقی شخص حقیقی با تولد آغاز می‌شود اما در دوران جنینی نیز می‌تواند دارای حق باشد، چنان‌که ماده ۹۵۷ قانون مدنی حمل را متمتع از حقوق مدنی می‌داند مشروط بر این که زنده متولد شود و ماده ۸۵۱ این قانون نیز با همین شرط وصیت به نفع او را صحیح و مؤثر می‌شناسد؛ اما تثبیت این شخصیت منوط به زنده متولد شدن حمل می‌باشد. از سوی دیگر اگر چه انسان با فوت، شخصیت حقیقی خود را از دست می‌دهد ولی شارع، نوعی شخصیت حقوقی ناقص برای او فرض می‌کند

که بر اساس آن واجد بعضی از جنبه‌های مثبت حقوق می‌شود اما تکلیفی بر او بار نمی‌گردد (صفار، ۱۳۹۰: ۱۰۴).

در حقوق ایران تبصره ۲ ماده ۴۹۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰/۰۹/۰۷ که وضع آن بر اساس این طرز تلقی بوده و مصداق شناسایی این شخصیت می‌باشد؛ در خصوص دیه جنایتی که بر مرده مسلمان واقع می‌شود اعلام می‌داشت: «دیه مذکور در این ماده به عنوان میراث به ورثه نمی‌رسد، بلکه مال خود میت محسوب شده و بدهی او از آن پرداخت می‌گردد.» (همان، ۱۰۵). این امر در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۰۲/۱۱ نیز در تبصره ماده ۷۲۲ بدین نحو بیان شده است: «دیه جنایت بر میت به ارث نمی‌رسد بلکه متعلق به خود میت است که در صورت مدیون بودن وی و عدم کفایت ترکه، صرف پرداخت بدهی او می‌گردد و در غیر این صورت برای او در امور خیر صرف می‌شود».

با توجه به اهمیت و نقش روزافزون و قابل توجه اشخاص حقوقی در زندگی و اعمال حقوقی جامعه به طور اعم و انعقاد عقود متعدد به عنوان موضوع اصلی این مقاله، شناخت دقیق مفهوم و ماهیت این اصطلاح ضروری می‌نماید.

۳- تأثیر شخصیت حقوقی طرف عقد در قرارداد

امروزه در زندگی اجتماعی و حیات حقوقی جوامع دو دسته از اشخاص وجود دارند. اشخاص حقوقی در کنار اشخاص حقیقی و به موازات آن‌ها در جامعه به ایفای حقوق و تکالیف خود می‌پردازند. حیات حقوقی این اشخاص، رفع نیازها و اداره امور آن‌ها مستلزم این است که به اعمال حقوقی و انعقاد قراردادهای مختلف مبادرت نمایند. به لحاظ این که غالباً اموال و امکانات این اشخاص به واسطه تجمع و همگرایی اموال، اشخاص و اهداف مختلف، گسترده‌تر از اشخاص حقیقی است؛ حجم مبادلات آن‌ها به مراتب قابل توجه‌تر از این افراد می‌باشد (شهیدی، ۱۳۸۲: ۹۱). بر این اساس میزان قابل توجهی از قراردادهای توسط این اشخاص و در راستای اهداف آن‌ها منعقد می‌گردد. با توجه به این که بر اساس قواعد عمومی قراردادهای اهلیت طرفین و قصد و رضای آن‌ها از شرایط اساسی صحت هر معامله می‌باشد؛ شخص حقوقی طرف قرارداد می‌بایست برای انعقاد آن واجد اهلیت باشد و عقد با قصد و رضای او منعقد شده باشد (عدل، ۱۳۷۳: ۱۲۴).

عناصر اهلیت شخص حقیقی قابل انطباق با شخص حقوقی و ماهیت آن نمی‌باشد بدین جهت بلوغ، عقل و رشد در خصوص این شخص قابل تحقق نیست. اهلیت شخص حقوقی مستلزم ایجاد و شناسایی شخصیت اعتباری آن است. به لحاظ ماهیت اعتباری این شخصیت، به محض ایجاد آن از اهلیت تام نوع

خود برخوردار می‌گردد در حالی که اشخاص حقیقی ممکن است به لحاظ صغر، سفاقت یا جنون فاقد اهلیت استیفاء باشند. از سوی دیگر اشخاص حقوقی از حقوق و تعهدات ویژه طبیعت انسان برخوردار نیستند. همچنین اهلیت آن‌ها محدود به قانون و اساسنامه است. اداره امور شخص حقوقی توسط نمایندگان آن انجام می‌پذیرد. حدود اختیارات این نمایندگان بر اساس قانون، اساسنامه و مصوبات هیأت مدیره تعیین می‌شود. خروج نماینده از اختیارات اعطایی و نیز فعالیت‌های مغایر با تخصص شخص حقوقی سبب خلل در صحت قراردادهای این شخص می‌گردد (عمید، ۱۳۷۴: ۲۱۱). از سوی دیگر ضوابط خاص حاکم بر معاملات اشخاص حقوقی عمومی، تشکیل و بقای قراردادهای عمومی و اداری را تابع شرایط خاص می‌نماید.

۴- اهلیت شخص حقوقی

اصولاً اشخاص حقوقی از کلیه حقوق و تکالیف برخوردار می‌باشند. این امر در ماده ۵۸۸ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ مورد شناسایی قانون‌گذار قرار گرفته است. در خصوص اشخاص حقیقی، اصل بر صلاحیت و اهلیت آن‌ها است و عدم اهلیت آنان خلاف اصل و امری استثنایی است؛ زیرا اهلیت، لازمه شخصیت انسان است و محروم ماندن از حقوق مدنی و عدم اهلیت با دو اصل «آزادی» و «تساوی در برابر قانون» منافات دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۲۳)؛ اما در مورد اشخاص حقوقی، پذیرش قاعده «استثنایی بودن عدم اهلیت» مورد اختلاف نویسندگان حقوق مدنی است. قائلین به نظریه فرضی بودن شخص حقوقی معتقدند این اشخاص فقط برای اموری اهلیت دارند که قانون‌گذار برای‌شان در آن امور اهلیت شناخته است و در نتیجه معتقدند که در مورد این اشخاص برخلاف انسان عدم اهلیت، اصل و اهلیت استثنایی است. به نظر می‌رسد بر اساس حکم مقرر در ماده ۵۸۸ قانون تجارت، قاعده «استثنایی بودن عدم اهلیت» را در مورد اشخاص حقوقی نیز باید پذیرفت. موارد استثنایی عدم اهلیت شخص حقوقی در این بند بررسی می‌شود (معین، ۱۳۸۲: ۱۵۹).

۵- تأثیر تغییرات شخصیت در قراردادها

به عنوان یک اصل اساسی، برای انعقاد تمام قراردادها وجود شخصیت و برخورداری متعاقدان از اهلیت ضروری می‌باشد. فقدان این اهلیت موجب ممنوعیت شخص از تصرف و انجام اعمال حقوقی است که این حالت را در اصطلاح فقهی حجر می‌نامند (کاتبی، ۱۳۶۸: ۲۵۴)؛ اما پاره‌ای از قراردادها علاوه بر این که در حدوث یعنی ایجاد به طرف‌های دارای اراده معتبر نیاز دارند، بقای عقد نیز منوط به وجود اشخاص دارای اراده معتبر و قانونی می‌باشد. از سوی دیگر شخصیت و اهلیت اشخاص، اعم از حقیقی و حقوقی همواره

ثابت نیست (اسکینی، ۱۳۷۸: ۲۹۷). تغییر در احوال شخصیه انسان و عناصر تشکیل دهنده اهلیت اشخاص حقوقی ممکن است سبب عدم اهلیت تصرف شخص و در نتیجه زوال جزئی شخصیت گردد یا موجب پایان آن و فقدان اهلیت تمتع می شود.

۶- تغییر اهلیت تصرف طرف قرارداد

اهلیت استیفاء که در زبان فقهای امامیه به «اهلیت تصرف یا تکسب» معروف است، به معنای شایستگی شخص برای انعقاد معاملات مربوط به اموال خود و یا سایر اعمال حقوقی در ارتباط با خویشتن است. در اصطلاح فقهی، شخصی را که دارای اهلیت استیفاء نیست «محجور» می نامند. اصولاً در غالب انواع قراردادهای تداوم عقد نیازمند شرایط خاصی نیست اما در برخی عقود تغییر در اهلیت متعاملین موجب انفساخ قرارداد می گردد ضمن این که زوال حجر و برخورداری محجور از اهلیت نیز ممکن است بر قراردادهای منعقد شده توسط ولی یا قیم تأثیرگذار باشد (کیانی، ۱۳۵۱: ۲۰۶). در این قسمت به بررسی تأثیر رفع یا بروز حجر در طرف عقد پس از انعقاد قرارداد می پردازیم.

۷- رفع حجر طرف عقد

محجورین به واسطه نماینده قانونی یا قضایی خود مانند ولی، وصی، قیم یا امین به اعمال حقوقی مبادرت می نمایند. در اثر اختیار قانونی نمایندگان مذکور، آثار قراردادهای منعقد شده توسط آنان در اموال و حقوق مالی محجور بروز می کند. اختیار و سمت مزبور که به موجب قانون و به لحاظ وضعیت خاص محجور و عدم اهلیت او ایجاد شده است (نصیری، ۱۳۸۳: ۱۶۷)، با زوال حجر وی که ناشی از بلوغ صغیر، رشد سفیه یا افاقه مجنون می باشد، خاتمه می یابد.

ماده ۱۲۵۳ قانون مدنی در خصوص قیمومت مقرر می دارد: «پس از زوال سببی که موجب تعیین قیم شده، قیمومت مرتفع می شود». در این خصوص در مورد سرنوشت قراردادهای منعقد شده توسط نمایندگان محجور، اختلاف نظر وجود دارد. در خصوص موردی که ولی قهری یا قیم، مال محجور را اجاره می دهد و در خلال مدت، صغیر بالغ می شود یا محجور، تغییر وضع می دهد مشهور است که اجاره تا زمانی که حجر وجود دارد صحیح و برای بعد از آن غیر نافذ و موکول به اجازه او است (حسنی، ۱۳۸۸: ۱۴۵). پذیرفتن این نظر با همه شهرتی که دارد، دشوار است زیرا موضوع اجاره انتقال منافع است و در زمره اعمال اداری محسوب می شود. قیم و ولی قهری نیز مأمور اداره اموال محجور هستند؛ بنابراین اگر در مقام اداره مال محجور، ملک او را اجاره بدهند و در خلال مدت، حجر از بین برود نمی توان ادعا کرد که اجاره فضولی است زیرا در زمان انعقاد قرارداد، سرپرست محجور در حدود صلاحیت خویش اقدام کرده است.

این امر در خصوص عقود تملیکی قابل دفاع است زیرا در این دسته از قراردادها اثر مستقیم عقد، ایجاد حق عینی یا انتقال مالکیت یا سایر حقوق عینی است حتی اگر عقد، مستمر و موضوع آن منفعت و ذاتاً با عامل زمان درآمیخته باشد؛ اما در عقود عهدی، تعهد مستقر بر ذمه مولی علیه، پس از رفع حجر به سبب زوال ولایت و سمت ولی یا قیم ساقط می‌گردد. در این خصوص استدلال اداره حقوقی قوه قضاییه قابل تأمل است: بر اساس نظریه مشورتی اداره مذکور، استقرار ولایت برای پدر و جد پدری نسبت به مولی‌علیه تا زمانی است که مولی‌علیه کبیر و رشید نشده است. پس از رسیدن به سن رشد و تحقق کبارت، موجبی برای دخالت ولی قهری نیست و کبیر می‌تواند رأساً در امور خود مداخله نماید (نصیری، ۱۳۸۳: ۱۷۲). با این توصیف نمایندگی قانونی موضوع ماده ۱۱۸۳ قانون مدنی صرفاً محدود به زمان ولایت و تا حد کبر و رشد می‌باشد و هر نوع وکالت‌نامه که از طرف ولی قهری برای امور مولی‌علیه تنظیم شده باشد صرفاً تا همان زمان معتبر و قابل استفاده است اعم از این که واجد مدت بوده یا بلاعزل باشد. به نظر می‌رسد اگر چه با رفع حجر، سمت ولی یا قیم پایان می‌یابد اما قرارداد منعقد شده باطل نیست بلکه نیازمند اذن مجدد یا تنفیذ می‌باشد (طباطبایی یزدی، ۱۳۶۰: ۲۳۱). این دیدگاه از جهت حفظ حقوق ثالث، موافق اصل صحت قراردادها است.

۸- زوال اهلیت طرف عقد

در غالب انواع قراردادها پس از انعقاد صحیح قرارداد، آثار حقوقی عقد ایجاد شده و تداوم آن نیازمند شرایط خاصی در طرفین نیست. عقود لازم، تملیکی و آنی در زمره این قراردادها می‌باشند. اما در دسته‌ای از قراردادها مانند عقود جایز ادامه آثار حقوقی قرارداد و بقای ماهیت اعتباری ایجاد شده، مستلزم وجود طرف‌های دارای اراده معتبر است. در عقد جایز ضمن این که هر یک از طرفین می‌تواند هر وقت بخواهد آن را فسخ کند با فوت یا حجر هر یک از آن‌ها عقد، منفسخ می‌گردد. علاوه بر این در عقود عهدی که نتیجه قرارداد، ایجاد، انتقال یا سقوط تعهد است در خصوص تعهدهایی که وابسته به شخصیت یکی از دو طرف است و مباشرت در اجرای تعهد قید رابطه حقوقی می‌باشد، مرگ یا حجر متعهد یا طلبکار موجب سقوط تعهد و انفساخ عقد می‌گردد. در این بند به عوامل موجب زوال اهلیت می‌پردازیم.

۸-۱- عارض شدن جنون

عقل، جنون و مجنون را در مباحث مربوط به اهلیت متعاقدان معنا نمودیم. جنون، اقسام و درجات فراوان دارد. معروف‌ترین تقسیم آن در عبارت فقها، تقسیم جنون به ادواری و اطباقی یا دائمی می‌باشد. در حقوق ایران قانون‌گذار میان درجات مختلف جنون قائل به تفکیک و تمایز نشده و مقرر می‌دارد:

«جنون به هر درجه که باشد موجب حجر است» (شهیدی، ۱۳۳۴: ۲۴۲). مجنون، فاقد درک و تمیز و در نتیجه فاقد اراده حقوقی بوده و تمام اعمال حقوقی او باطل است. این قاعده مربوط به انعقاد قرارداد در حالت جنون است اما موضوع این بحث بروز جنون پس از عقد است. این امر از عوامل انحلال عقود جایز می‌باشد. اگر چه ماده ۹۵۴ قانون مدنی که می‌گوید: «کلیه عقود جایزه به موت احد طرفین منفسخ می‌شود همچنین به سفه در مواردی که رشد معتبر است» (طاهری، ۱۳۵۶: ۲۱۶)، در بیان موارد انفساخ عقد جایز از جنون نام نبرده است اما اساتید حقوق، معتقدند که در متن قانون بعد از کلمه «موت» واژه «جنون» وجود داشته که در استنساخ از قلم افتاده است. نحوه تنظیم ماده مزبور این امر را می‌رساند؛ زیرا اگر چنین نبود برای ذکر «هم‌چنین به سفه در مواردی که رشد معتبر است» مناسبتی وجود نداشت؛ چرا که بین موت و سفه شباهتی نیست تا جمله مزبور را توجیه کند. علاوه بر آن وقتی عقد جایز به سفه منفسخ می‌شود به طریق اولی به جنون نیز منفسخ می‌گردد؛ زیرا جنون به هر درجه که باشد موجب حجر است (قلی زاده، ۱۳۸۳: ۸۷).

در میان قراردادهای لازم نیز در نکاح، عارض شدن جنون در مرد پس از عقد، به زن حق فسخ قرارداد را می‌دهد. در خصوص اجرای قراردادها و ایفای تعهدات قراردادی، قانون‌گذار به منظور حمایت از حقوق محجور، تأدیه دین قراردادی یا تحویل موضوع قرارداد به متعهدله فاقد اهلیت را نامعتبر دانسته است. بر این اساس در صورت انفساخ عقود همچون عاریه و ودیعه به علت حجر معیر یا مودع، رد مورد قرارداد به محجور، رافع مسئولیت متعهد نیست (الغزالی، ۲۰۰۶: ۹۴).

۸-۲- بیماری (مرض متصل به موت)

فقه‌های امامیه معمولاً در کتاب حجر شش سبب را به‌عنوان اسباب حجر ذکر می‌کنند که عبارت‌اند از صغر، سفه، جنون، افلاس، مرض متصل به موت و رقیق (بردگی). در ماده ۱۲۰۷ قانون مدنی اسباب حجر به سه عنوان صغر، جنون و سفه محدود شده است؛ زیرا حجر ناشی از این سه سبب به واسطه نقص قوای عقلی و به تعبیر دیگر فقدان یا عدم کفایت اراده پدید می‌آید و این امر لزوم حمایت از شخص محجور را ایجاب می‌کند.

در خصوص وضعیت بیمارانی که در مرض متصل به مرگ خود اقدام به تقسیم دارایی خود می‌نمایند. در فقه اختلاف نظر وجود دارد. برخی آن‌ها را از اصناف محجوران به شمار می‌آورند و گروهی قائل به جواز تصرفات آن‌ها در تمام اموال خود می‌باشند. در حقوق موضوعه، قانون مدنی در بیان اسباب حجر و انواع محجورین از بیماران و مرض متصل به موت نامی نبرده است (کیانی، ۱۳۵۱: ۲۶۹). به نظر می‌رسد

با توجه به اصل تسلیط و مالکیت مریض و برخورداری از حق هرگونه تصرف مالکانه در اموال خود و استثنایی بودن حجر که نیازمند نص است و با توجه به سکوت قانون‌گذار در مقام بیان می‌توان گفت در حقوق ایران مرض متصل به موت از اسباب حجر به شمار نمی‌آید و بروز آن تأثیری در قرارداد و حقوق تعهدات ناشی از آن ندارد.

۹- زوال شخصیت طرف قرارداد

یکی از حالت‌های تغییر در شخصیت اشخاص، از بین رفتن و سلب شخصیت آنان است. این امر در شخص حقیقی با فوت و در اشخاص حقوقی به سبب انحلال واقع می‌گردد. وجود شخص حقیقی با مرگ پایان می‌پذیرد. انسان با مرگ، شخصیت خود را از دست می‌دهد و دیگر نمی‌تواند صاحب حق و تکلیف گردد. فوت ممکن است ناشی از مرگ جسمی یا مغزی باشد یا به موجب فرض و حکم قانون‌گذار، در این بند انواع فوت و آثار آن مورد بررسی قرار می‌گیرد.

فوت انسان یا واقعی و طبیعی است که به صورت مرگ جسمی یا مغزی رخ می‌دهد و یا فرضی و ناشی از حکم قانون‌گذار (ساکت، ۱۳۷۰: ۲۹۸). مرگ یک پدیده طبیعی و زیست‌شناسی است که احراز وقوع آن یک قضاوت بالینی و در صلاحیت کارشناسان پزشکی می‌باشد. مرگ از نظر پزشکی عبارت است از توقف کامل و بی بازگشت اعمال حیاتی که معمولاً با از کار افتادن قلب و در پی آن، مرگ سلول‌های مغزی فرا می‌رسد و سبب می‌شود تنفس، حس و حرکت نیز از بین برود (ساروجانی، ۱۳۷۵: ۱۸۳). قبل از پیشرفت‌های اخیر علم پزشکی، توقف ضربان قلب و تنفس، نشان دهنده وقوع مرگ بود اما امروزه از یک طرف با امکان شوک قلبی و دستگاه تنفس مصنوعی، دیگر ایست خود به خودی ضربان قلب یا فعالیت تنفسی در هر شرایطی نمی‌تواند معیار مرگ باشد و از سوی دیگر در دنیای پزشکی با موضوعی به نام مرگ مغزی رو به رو هستیم که در آن فعالیت‌های مغز به طور کامل متوقف شده در حالی که ضربان قلب ادامه دارد. در قوانین، تعریفی از مرگ ارائه نشده است.

در نظام قانونی ایران، در سال ۱۳۷۹ ماده واحده «قانون مربوط به پیوند اعضا از بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی ایشان مسلم است» به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و آیین‌نامه اجرایی آن در سال ۱۳۸۱ توسط هیأت وزیران تهیه و تنظیم شد. بر اساس ماده یک آیین‌نامه مذکور مرگ مغزی عبارت است از «قطع غیر قابل برگشت کلیه فعالیت‌های مغزی کورتیکال، قشر مغز، ساب کورتیکال (لایه زیر قشر مغز) و ساقه مغزی، به طور کامل». در متن ماده واحده موصوف، اجازه پیوند اعضا از بیمارانی که مرگ مغزی آنان بر طبق نظر کارشناسان خبره، مسلم باشد مشروط به وصیت وی یا موافقت ولی میت

شده است (امامی، ۱۳۶۸: ۲۶۲). کلمه وصیت و ولی میت در متن قانون می‌تواند بر فوت قلمداد شدن این نوع مرگ دلالت داشته باشد؛ زیرا عمل به مفاد وصیت زمانی مطرح می‌شود که فرد فوت کرده باشد. از سوی دیگر طبق تبصره ۳ این قانون، پزشکان عضو تیم پیوند از جهت جراحات وارده بر میت مشمول دیه نیستند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۲۳۹). شمول این تبصره بر جراحات وارد بر بیمار مرگ مغزی توسط تیم پزشکی مستلزم پذیرش این حالت به عنوان موت می‌باشد اما قانون ایران برخلاف برخی کشورها مانند بلژیک، فرانسه، دانمارک و انگلستان، در این خصوص صراحت ندارد. به نظر می‌رسد به دلیل عدم صراحت قانون و مشخص نبودن موضع قانون‌گذار، تنها در محدوده تجویز قانون یعنی قطع عضو بیمار دچار مرگ مغزی جهت پیوند آن به بیماران نیازمند می‌توان اقدام نمود و امکان قطع سیستم‌های کمک‌کننده تنفس تا زمان توقف طبیعی ضربان قلب و تنفس وجود نخواهد داشت.

قانون‌گذار، نهادی به نام موت فرضی پیش‌بینی کرده است. موت فرضی مربوط به غایب مفقودالاثر است و او کسی است که غیبت طولانی کرده و حیاتش مشکوک است و با شرایطی که در قانون مقرر شده است، حکم به موت فرضی او می‌شود. ماده ۱۰۱۱ قانون مدنی در این خصوص مقرر می‌دارد: «غایب مفقودالاثر کسی است که از غیبت او مدت بالنسبه مدیدی گذشته و از او به هیچ وجه خبری نباشد». چنین کسی دارای وضع حقوقی خاصی است و حقوق و تکالیف خاصی برای او در قانون پیش‌بینی شده است که در دو بخش مالی و غیرمالی و در مرحله قبل از صدور حکم موت فرضی و پس از صدور این حکم قابل‌بررسی است (ذهنی تهرانی، ۱۳۷۳: ۲۲۲). در امور غیرمالی موضوع طلاق همسر غایب مورد توجه مقنن واقع شده است. هرگاه شخص چهار سال تمام غایب مفقودالاثر باشد زن او می‌تواند از دادگاه تقاضای طلاق نماید. در این صورت دادگاه با نشر آگهی به صورت مقرر در ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی و پس از گذشت مدت یک سال از انتشار اولین آگهی و عدم وصول خبری از غایب، حکم به طلاق زن صادر می‌کند. در امور مالی نیز بعد از احراز مفقودالاثر بودن شخص، دادگاه برای اداره اموال او امینی تعیین می‌کند و در مرحله بعد با رعایت مواد ۱۰۲۵ و ۱۰۲۶ قانون مدنی و مواد ۱۳۸ و ۱۳۹ قانون امور حسبی، با درخواست ورثه از دادگاه، دارایی غایب به تصرف موقت آنان داده می‌شود. در نهایت بعد از گذشت مدتی از تاریخ آخرین خبر غایب که پس از آن عادتاً چنین شخصی زنده نمی‌ماند، دادگاه حکم موت فرضی او را صادر می‌کند. این مدت حداقل سه و حداکثر ده سال می‌باشد.

۱۰- آثار فوت

با تحقق موت اعم از حقیقی (طبیعی) یا فرضی، آثار حقوقی مهمی بر آن مترتب می‌گردد. موارد ذیل را می‌توان در خصوص آثار فوت بیان نمود.

الف) زوال شخصیت: مهم‌ترین اثر حقوقی فوت اعم از طبیعی و فرضی، خاتمه یافتن قابلیت برخورداری از حقوق و تکالیف در انسان است (عدل، ۱۳۷۳: ۲۱۶). البته در موت فرضی چنانچه پس از صدور حکم موت و دادن اموال به تصرف قطعی ورثه، غایب پیدا شود بطلان حکم موت فرضی کشف می‌شود و وضعیت غایب به حالت قبل باز می‌گردد.

ب) تعیین ورثه و زمان قطعی انتقال قهری اموال و دارایی به ورثه و موصی‌له: با توجه به این که شرط وراثت، زنده بودن در حین فوت مورث است؛ با فوت شخص، آن تعداد از ورثه که در لحظه وقوع مرگ او زنده هستند یا حداقل نطفه آن‌ها منعقد شده است جزء ورثه محسوب می‌شوند. در نتیجه اموال و دارایی متوفی به ورثه و در مورد وصیت به وصی منتقل می‌شود (عمید، ۱۳۷۴: ۲۹۵).

ج) سقوط تعهدات قائم به شخص: اصولاً و به طور معمول، تعهدات وابسته به شخصیت دو طرف نیست و امکان انتقال آن وجود دارد اما در تعهداتی که وابسته به شخصیت یکی از دو طرف است، مرگ او سبب انحلال تعهد می‌شود. در این‌گونه موارد، بقای شخصیت طلبکار یا بدهکار قید بقای تعهد نیز هست. تعهدهای وابسته به شخصیت را نمی‌توان محصور نمود؛ به عنوان نمونه حس و حرکت و تأیید این امر توسط کارشناسان پزشکی می‌باشد. در مورد مرگ مغزی به لحاظ عدم تصریح قانون‌گذار به شمول کلیه آثار حقوقی فوت بر آن، به نظر می‌رسد بقای شخصیت فرد تا زمان یقین به فوت استصحاب می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۱۱). بر این اساس؛ لحظه پایان شخصیت و آثار ناشی از آن، زمان قطع سیستم‌های کمک کننده پزشکی و ایست کامل قلب و ریه می‌باشد. به لحاظ یقین به عدم امکان بازگشت حیات مبتلایان به مرگ مغزی از نظر علم پزشکی، قانون می‌تواند با تعریف مرگ و توسعه شمول دامنه آن به مرگ مغزی، مجوز قطع سیستم‌های مذکور را اعطا نماید که در این صورت لحظه بروز مرگ مغزی با تأیید آن توسط کارشناسان پزشکی، زمان جریان آثار فوت در زندگی حقوقی فرد می‌باشد.

د) حال شدن دیون متوفی: بر اساس ماده ۲۳۱ قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹ با فوت طبیعی فرد و یا صدور حکم موت فرضی او، تمامی دیون مدت‌دار وی حال می‌گردد.

هـ) انحلال نکاح و تعیین ابتدای عده زوجه متوفی: با مرگ زوج یا زوجه، عقد نکاح منفسخ می‌گردد و زن متوفی می‌بایست به مدت چهار ماه و ده روز عده وفات نگه دارد. قانون ایران در خصوص

انحلال نکاح با صدور حکم موت فرضی ساکت است. در فقه نیز در این خصوص تصریحی وجود ندارد بلکه هرگاه زوج اموالی داشته باشد یا شخص دیگری حاضر به پرداخت نفقه زن باشد، زوجه باید منتظر بماند، در غیر این صورت پس از چهار سال انتظار، هرگاه خبری از غایب نرسد حاکم یا ولی زوج، او را طلاق می‌دهد و زن عده وفات نگه می‌دارد. مقررات قانونی در خصوص غایب ناظر به امور مالی اوست و جریان درخواست صدور حکم موت فرضی از طرف ذی‌نفعان جنبه مالی دارد و به همین دلیل در مواد ۱۰۲۹ و ۱۱۵۶ قانون مدنی ترتیب دیگری برای طلاق زن پیش بینی شده است. بنابراین به نظر می‌رسد عدم تأثیر موت فرضی نسبت به ازدواج با اصول حقوقی بیشتر وفق دارد (ستوده، ۱۳۷۶: ۱۵۸).

و) انحلال عقود جایز: بر اساس ماده ۹۵۴ قانون مدنی، کلیه عقود جایز با موت یکی از طرفین قرارداد منفسخ می‌گردد. به نظر می‌رسد مبنای این قاعده کلی در قراردادهای مختلف متفاوت است؛ چنان که در خصوص وکالت از نظر تحلیل حقوقی، علت انفساخ عقد در صورت فوت وکیل، آن است که وکالت، نیابت در تصرف است که قابل انتقال به ورثه نیست و در مورد فوت موکل، ناشی از زوال نیابت و ارتفاع اذن می‌باشد؛ اما در هبه اگرچه قانون مدنی در ماده ۸۰۳ (انصاری، ۱۳۸۴: ۲۴۶)، اصل را بر جواز هبه قرار داده است اما وقوع فوت واهب یا متهب موجب عدم امکان رجوع از عقد یا فسخ آن می‌گردد. رهن نیز اگر چه نسبت به مرتهن جایز است اما با فوت او یا راهن، عقد منفسخ نمی‌شود. بدین لحاظ گفته شده است که اجماع بر انحلال عقد جایز در اثر فوت و جنون در مورد عقود است که مبتنی بر اذن می‌باشند؛ مانند عاریه و وکالت و در عقود تملیکی مانند هبه، چنین ادعایی نشده است. در هر صورت بنا به تصریح قانون، اصل بر این است که قراردادهای جایز با فوت یکی از طرفین عقد منفسخ می‌گردد (بهرامی، ۱۳۸۸: ۲۳۴).

ز) انحلال عقد شرکت در شرکت‌های شخص: از آنجا که در شرکت‌های اشخاص، شخصیت شریک اهمیت فراوان دارد، فوت و حجر شریک ممکن است سبب انحلال شرکت گردد. شرکت‌های اشخاص موضوع قانون تجارت به سه نوع تقسیم شده‌اند: شرکت تضامنی، نسبی و مختلط غیر سهامی.

۱۱- بررسی و تحلیل مواد ۱۹۹ الی ۲۰۱ قانون مدنی

رضا در اصطلاح حقوقی، اشتیاق و تمایل درونی است که در اثر خطور و تصور، سنجش سود و زیان، رضا و تصمیم، اجرای تصمیم برای انجام یک عمل حقوقی در انسان به وجود می‌آید که در مسیر به اراده آگاهانه و آزادانه نیاز است و نقص در آگاهی و آزادی به ترتیب منجر به اشتباه و اکراه می‌گردد و رضای

حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه، معیوب بوده، و موجب نفوذ معامله نیست، یعنی صحیح نبوده و در مواردی باطل و در مواردی غیرنافذ است (ماده ۱۹۹ قانون مدنی).

اشتباه، پندار نادرستی است که انسان از واقعیت دارد. به عبارتی اراده آگاهانه تکوین نیافته است که از عیوب اراده بوده و موجب عدم انطباق قصد طرفین قرارداد و در نتیجه موجب بطلان یا حق فسخ می‌گردد. اشتباه وقتی موجب عدم نفوذ (فسخ یا بطلان) معامله است که مربوط به خود موضوع معامله و اوصاف اساسی آن باشد. اوصاف اساسی مجموعه ویژگی‌ها و اوصافی است که در نظر عرف، طبیعت خاص هر مال را تشکیل می‌دهد و آن را از سایرین متمایز می‌سازد. دو نوع اشتباه باطل است: اشتباه در صورت نوعیه و عرفیه و اشتباه در جنس مورد معامله. همچنین از دیدگاهی دیگر اوصاف اساسی، اوصافی است که در قصد مشترک طرفین، اساسی محسوب شود. اشتباهی که وارد قلمرو تراضی افراد می‌شود باعث بطلان عقد می‌شود. اشتباهی که وارد قلمرو تراضی افراد نمی‌شود تأثیری در عقد ندارد (ماده ۲۰۰ قانون مدنی). اشتباه هرگز موجب عدم نفوذ معامله نمی‌گردد و ممکن است حسب مورد موجب بطلان یا حق فسخ گردد یا تأثیری در معامله نداشته باشد.

اشتباه در موارد ذیل موجب بطلان معامله می‌گردد: ۱- اشتباه در نوع، ماهیت عقد (صورت نوعیه و عرفیه)، ۲- اشتباه در خود موضوع معامله و نوع، جنس، ماهیت، اوصاف اساسی (ذاتی و جوهری) موضوع معامله (غیر از وصف اساسی همسر در نکاح)، ۳- شخص طرف معامله اگر علت (غایی و اصلی) عمده عقد باشد.

اشتباه در موارد ذیل موجب حق فسخ می‌گردد: ۱- اشتباه در اوصاف مهم (نه اساسی)، ارزش و مقدار مورد معامله، ۲- اشتباه در اوصاف اساسی همسر در نکاح، ۳- اشتباه در جهت و انگیزه و شخصیت اگر در عقد شرط شود و از شرط تخلف شود.

اشتباه در موارد ذیل خللی بر صحت معامله وارد نمی‌آورد: ۱- اشتباه در انگیزه‌ها و دواعی خاص طرفین معامله، ۲- اشتباه در درجات، جهت، علت و هدف عقد، ۳- اشتباه در شخص طرف معامله اگر علت عمده عقد نباشد، ۴- اشتباه در بیان و تعبیر و انتقال اراده (جلیلی، ۱۳۹۶: ۱۱۵).

اشتباه در شخص طرف، به صحت معامله خللی وارد نمی‌آورد مگر در مواردی که شخصیت طرف، علت عمده (علت غایی و نهایی نه علت فاعلی) عقد بوده باشد (ماده ۲۰۱ قانون مدنی). در عقود معوض علت عمده عقد سود است (نه شخصیت طرفین) بنابراین در عقود معوض اشتباه در شخصیت طرفین معامله اغلب تأثیری در عقد ندارد. مگر در موارد استثنایی از جمله:

- در مواردی که آثار و اجرای عقد به درازا می کشد؛
 - در قراردادهایی که اعتبار و حسن سلوک طرف مقابل در اجرای تعهد اهمیت دارد؛
 - در قراردادهایی که در آن مهارت و تخصص موضوع عقد است؛
 - در شرکت های تضامنی و نسبی شخصیت شریک علت عمده عقد شرکت است (همان، ۱۱۶).
- در عقود رایگان شخصیت طرفین اغلب علت عمده عقد است و اشتباه در شخصیت موجب بطلان آن می شود. در فرض اشتباه در شخص طرف معامله با فوت معامل:
- چنانکه شخص طرف معامله علت عمده عقد نباشد معامله صحیح است؛
 - چنانکه شخص طرف معامله علت عمده عقد باشد و عقد از عقود معوض باشد معامله صحیح است مگر در موارد استثنایی؛
 - چنانکه شخص طرف معامله علت عمده عقد باشد و عقد از عقود رایگان باشد معامله باطل است (همان، ۱۱۷).

نتیجه گیری

قرارداد به عنوان مفهومی اجتماعی از متداول ترین اعمال حقوقی و یکی از مهم ترین منابع ایجاد و انتقال حق و تکلیف است و بدین لحاظ، امروزه مهم ترین ابزار مبادله ثروت محسوب می شود. انعقاد قرارداد مستلزم همکاری متقابل حداقل، دو اراده انشایی است. منبع این اراده، طرف های عقد می باشند. متعاقدان یا شخص حقیقی هستند یا حقوقی و جهت انجام این عمل حقوقی می بایست از شخصیت و اهلیت مورد حمایت قانون برخوردار باشند. شخصیت، حالت تشخیص شخص است از حیث این که موضوع حقوق و تکالیف است. شاید کامل ترین تعریفی که می توان از شخصیت در مفهوم موردنظر در این پژوهش ارائه داد این است که «قابلیت حاصل از مجموعه اوصاف، خصوصیات و ویژگی هایی که وضع، هویت و موقعیت حقوقی شخص را روشن ساخته و حقوق و تکالیف او را در تمامی سطوح اجتماع تعیین می کند، شخصیت نامیده می شود». شخصیت حقوقی ناشی از شناسایی قانون یا خردمندان جامعه بوده و عنصر اساسی تشکیل دهنده آن اراده و اعتبار آن هاست در حالی که قابلیت برخورداری از حقوق و تکالیف در انسان، ذاتی، همزاد و ملازم او می باشد. این قابلیت، نتیجه احوال شخصیه است که متشکل از اهلیت و وضعیت می باشد. وضعیت یا وضع عبارت است از هر حالتی در شخص که قانون آن ها را مورد توجه قرار داده و به موجب آن برای اشخاص، حقوق و تکالیفی را تعیین می کند. تابعیت، ازدواج، رشد، جنون، دین،

شغل، مقام و... از مصادیق وضعیت است. اهلیت در معنای اعم «شایستگی قانونی شخص برای دارا بودن یا اجرای حق و تکلیف» معنا شده است.

شخصیت در معنای ارائه شده، مفهومی است انتزاعی و ذهنی که نوع حقیقی و تکالیف است و غیرقابل سلب، انفکاک و انتقال، واحد و تجزیه‌ناپذیر می باشد. برخورداری از شخصیت، آثار و نتایجی دارد که عبارتند از: برخوردای شخص از حقوق و تکالیف، دارایی، حقوق مربوط به شخصیت و استقلال حقوق و تعهدات شخص حقوقی از اعضای آن، شخصیت مانند هر پدیده و موضوع حقوقی دارای نقطه آغاز و پایانی است. نقطه آغاز شخصیت حقیقی، لحظه تولد انسان است و تولد هنگامی صورت می گیرد که طفل به طور کامل از بدن مادر، زنده خارج شده باشد اگر چه دقایق حیات او چندان طول نکشد. قانون‌گذار برای جنین نیز نوعی شخصیت حقوقی ناقص اعتبار نموده است که بر اساس آن حمل از حقوق مدنی برخوردار می گردد. البته این حقوق، متزلزل و زنده متولد شدن حمل، شرط استقرار و تثبیت آن است. از سوی دیگر شخصیت جنین به لحاظ آن که نمی تواند دارای تکلیف باشد ناقص است. نقطه پایان شخصیت حقیقی زمان مرگ انسان است. مرگ اقسامی دارد که عبارتند از: مرگ طبیعی یا حقیقی و مرگ مغزی، موت حکمی یا مدنی و موت فرضی. موت حکمی که در گذشته مورد پذیرش برخی نظام های حقوقی بود و در حقوق اسلام نیز در خصوص مرتد فطری اجرا می شود و از نظر حقوقی دارای آثار و احکام موت واقعی بود، امروزه در نظام حقوق موضوعه، جایگاهی ندارد اما نهادی به نام موت فرضی در نظام حقوقی پیش‌بینی شده است. موت فرضی در خصوصی کسی است که حیات او به علت غیبت طولانی مشکوک باشد که در صورت وجود شرایط مقرر قانونی، دادگاه حکم موت فرضی فرد را صادر و اعلام می نماید. در خصوص مرگ طبیعی نیز آن چه در دنیای پزشکی امروز به عنوان مرگ مغزی شناخته می شود در نظام حقوقی و قوانین به صراحت به عنوان نقطه پایان شخصیت انسان و خاتمه حقوق و تعهدات او شناخته نشده است. بر این اساس پیشنهاد می شود قانون‌گذار تعریفی جامع از مرگ ارائه و در خصوص انواع آن و شمول دامنه فوت طبیعی به پدیده مرگ مغزی به صراحت اعلام نظر نماید.

اشخاص بر اساس اصل حاکمیت اراده جهت دستیابی به اهداف و منافع خود اقدام به انعقاد قراردادهای مختلف می نمایند. به لحاظ تفاوت در ضوابط حاکم بر معاملات اشخاص حقیقی و حقوقی خصوصاً اشخاص حقوقی عمومی، نوع شخصیت طرف عقد بر انعقاد قرارداد و اجرای آن تأثیرگذار است. در مواردی که طرف‌های عقد از اشخاص حقیقی هستند. اگر چه غالباً وجود شرایط مقرر در قانون مدنی در خصوص اهلیت و قصد و رضای طرفین برای صحت عقد کافی است؛ اما وجود برخی ویژگی‌ها و وضع

خاص طرف عقد مانند تابعیت خارجی و دین وی در اهلیت و حقوق او مؤثر است مانند ممنوعیت اتباع بیگانه از تملک اموال غیرمنقول در ایران.

اشتباه در شخص طرف قرارداد به مفهوم تصور خلاف واقع هر کدام از متعاقدان است نسبت به شخصیت یا یکی از اوصاف اساسی شخصی که طرف قرارداد می باشد و تأثیر آن که ممکن است سبب بطلان عقد شود یا عدم نفوذ آن و یا اعطای اختیار فسخ معامله به فرد مشتبه، منوط به وجود شرایطی است که عبارتند از: ورود اشتباه در قلمرو و تراضی، مهم و اساسی بودن اشتباه و علت عمده عقد بودن شخصیت یا صفت خاص طرف عقد در انعقاد قرارداد. اصولاً در قراردادهای هر مورد که ملاحظه شخصیت یا وصف برجسته خاصی در طرف عقد محرک اصلی طرف دیگر در انعقاد قرارداد باشد معلوم می شود که شخصیت او علت عمده عقد بوده است.

بر اساس یافته های پژوهش به نظر می رسد اگر چه قرارداد غالباً وسیله تصرف شخص در اموال می باشد. اما ضمن این که برخورداری و استفاده از این حق نیازمند وجود اراده معتبر و شخصیت مورد حمایت قانون می باشد؛ گاه تداوم این اراده معتبر در تمام مدت قرارداد ضروری است. از سوی دیگر ضوابط خاص حاکم بر اعمال حقوقی هر یک از طرف های عقد می تواند سبب خلل در قراردادهای منعقد شده با آن گردد و در نهایت آن که شخصیت طرف قرارداد، اعتبار و ویژگی های او در بسیاری موارد و در اجرای بسیاری از تعهدات سهمی مؤثر دارد و اشتباه در خصوص وی یا اوصاف موردنظر طرف او می تواند سبب خلل در اراده و عدم تطابق میان آن چه در عالم واقع ایجاد شده با قصد و اراده وی گردد. بدین لحاظ برخلاف آن چه در ابتدا به نظر می رسد شخصیت طرف قرارداد اهمیت و تأثیر قابل توجهی در حقوق قراردادهای دارد و رویه غالب محاکم حقوقی اعتقاد بر این موضوع دارند و از آن تبعیت می نمایند.

فهرست منابع

۱. آریان‌پور کاشانی، منوچهر، (۱۳۸۸)، فرهنگ آریان‌پور، جلد دوم، چاپ هشتم، تهران: نشر الکترونیکی و اطلاع‌رسانی جهان رایانه‌امین.
۲. ابوالحمد، عبدالحمید، (۱۳۵۵)، حقوق‌اداری، جلد اول، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی.
۳. اسکینی، ربیعا، (۱۳۷۸)، حقوق تجارت شرکت‌های تجاری، جلد اول، چاپ سوم، تهران: انتشارات جنگل.
۴. افتخاری، جواد، (۱۳۷۹)، اشخاص و تکالیف آنها، چاپ اول، تهران: انتشارات ققنوس.
۵. افتخاری، جواد، (۱۳۸۲)، کلیات عقود و حقوق تعهدات، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۶. امامی، سید حسن، (۱۳۵۶)، حقوق مدنی، جلد چهارم، چاپ ششم، تهران: انتشارات جنگل.
۷. امامی، سید حسن، (۱۳۶۸)، حقوق مدنی، چاپ هشتم، تهران: اسلامیه.
۸. انصاری، مسعود، (۱۳۸۴)، کلیات عقود و قراردادهای، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۹. بهرامی، بهرام، (۱۳۸۸)، عقد اجاره، چاپ دوم، تهران: نگاه بینه.
۱۰. بهرامی، بهرام، (۱۳۷۷)، معاملات فصولی، تهران: روزنامه رسمی کشور.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۱)، ترمینولوژی حقوق، چاپ دوازدهم، تهران: گنج دانش.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۰)، ترمینولوژی حقوق، جلد اول، چاپ بیست و سوم، تهران: گنج دانش.
۱۳. جلیلی، امیرعلی، (۱۳۹۶)، مجموعه قوانین دست‌نویس قانون مدنی، چاپ هفتم، تهران: انتشارات شریف.
۱۴. حائری، مسعود، (۱۳۷۲)، اصل آزادی قراردادهای، چاپ دوم، تهران: انتشارات کیهان.
۱۵. حبیب‌زاده، محمدکاظم، (۱۳۹۰)، اصول حاکم بر قراردادهای دولتی، جلد دوم، چاپ اول، تهران: آواری نور.
۱۶. حسنی، حسن، (۱۳۸۸)، حقوق تعاونی‌ها، چاپ دوم، تهران: سمت.
۱۷. درویش‌خادم، بهرام، (۱۳۷۰)، معامله به قصد فرار از دین، چاپ اول، تهران: انتشارات کیهان.
۱۸. دمرچیلی، محمد؛ حاتمی، علی؛ قرائی، محسن، (۱۳۸۸)، قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، چاپ نهم، تهران: دادستان.
۱۹. دهخدا، علی‌اکبر، (۱۳۷۷)، لغت‌نامه دهخدا، چاپ دوم از دوره جدید، تهران: نشر دانشگاه تهران.

۲۰. ذهنی تهرانی، محمد جواد، (۱۳۷۳)، تشریح المطالب، تهران: بی نا.
۲۱. ساروجانی، باقر، (۱۳۷۵)، درآمدی بر دایره المعارف علوم اجتماعی، چاپ اول، تهران: انتشارات کیهان.
۲۲. ساکت، محمدحسین، (۱۳۷۰)، شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی، چاپ دوم، تهران: انتشارات جنگل.
۲۳. ستوده، هدایت اله، (۱۳۷۶)، درآمدی بر روان شناسی اجتماعی، چاپ دوم، تهران: انتشارات آوای نور.
۲۴. شهیدی، مهدی، (۱۳۷۸)، مجموعه مقالات حقوقی، چاپ دوم، تهران: نشر حقوقدان.
۲۵. صفار، محمدجواد، (۱۳۹۰)، شخصیت حقوقی، چاپ اول، تهران: انتشارات بهنامی.
۲۶. صفائی، سیدحسین، (۱۳۷۷)، اشخاص و محجورین، چاپ چهارم، تهران: انتشارات سمت.
۲۷. صفایی، سیدحسین، (۱۳۵۰)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد اول، چاپ سوم، تهران: انتشارات مؤسسه عالی حسابداری.
۲۸. صفائی، سیدحسین، (۱۳۸۲)، دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۲۹. صفائی، سیدحسین، (۱۳۷۵)، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۳۰. صفایی، سیدحسین؛ قاسم زاده، مرتضی، (۱۳۹۰)، حقوق مدنی اشخاص و محجورین، جلد هفدهم، چاپ دوم، تهران: انتشارات بعثت.
۳۱. طباطبایی یزدی، محمدکاظم، (۱۳۶۰)، ملحقات عروة الوثقی، جلد دوم، قم: مکتبه الدواری.
۳۲. عدل، مصطفی، (۱۳۷۳)، حقوق مدنی، چاپ اول، قزوین: انتشارات بحرالعلوم.
۳۳. عمید، حسن، (۱۳۷۴)، فرهنگ فارسی عمید، چاپ ششم، تهران: انتشارات امیر کبیر.
۳۴. غلامی، جهان بخش، (۱۳۸۹)، نظریه اصیل بودن طرف قرارداد در حقوق تجارت، چاپ اول، تهران: دانشور.
۳۵. فتحی آشتیانی، علی، (۱۳۷۷)، مقدمه‌ای بر روان شناسی سیاسی، جلد اول، تهران: مؤسسه انتشارات بعثت.
۳۶. قمی، ابولقاسم، (۱۳۷۱)، جامع الشتات، چاپ اول، تهران: مؤسسه کیهان.
۳۷. کاتبی، حسینقلی، (۱۳۶۸)، حقوق تجارت، جلد اول، چاپ دوم، تهران: انتشارات گنج دانش.
۳۸. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۲)، الزامات خارج از قرارداد، چاپ سوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۳۹. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۵۶)، عقود تملیکی (بیع)، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۴۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۱)، قانون مدنی در نظم حقوقی، چاپ ششم، تهران: نشر میزان.

۴۱. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳)، قواعد عمومی قراردادها، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی.
۴۲. کیانی، کریم، (۱۳۵۱)، حقوق تجارت، جلد اول، چاپ دوم، تهران: انتشارات مؤسسه عالی حسابداری.
۴۳. معین، محمد، (۱۳۸۲)، فرهنگ معین، جلد دوم، چاپ نهم، تهران: شرکت سهامی.
۴۴. موتمنی طباطبایی، منوچهر، (۱۳۵۲)، حقوق اداری، جلد دوم، چاپ دوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۴۵. نصیری، مرتضی، (۱۳۸۳)، حقوق تجارت بین الملل، چاپ اول، تهران: امیرکبیر.
۴۶. شهیدی، جواد، (۱۳۳۴)، «آثار حقوقی بطلان نکاح»، مجله کانون وکلاء، تهران: سال ۷، شماره ۴.
۴۷. طاهری، ناصر، (۱۳۵۶)، «معامله به قصد ضرار از دین»، مجله کانون وکلاء، تهران: سال ۲۹، شماره ۸.
۴۸. قلی زاده، احد، (۱۳۸۳)، «بررسی وضعیت حقوقی معامله به انگیزه فرار از دین»، مجله دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، سال ۱۶، شماره ۲.
۴۹. محسنی، سعید، (۱۳۸۶)، «اشتباه در اوصاف شخص طرف قرارداد در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق فرانسه»، مجله معارف اسلامی و حقوق، سال هشتم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۸۶.
۵۰. نوروزی، مریم، (۱۳۹۲)، شخصیت طرفین در قراردادها در حقوق ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده اقتصاد و علوم اجتماعی، دانشگاه شهید چمران اهواز.
۵۱. ابی حامد الغزالی، محمدبن محمد، (۲۰۰۶م)، الوجیز فی فقیه الامام اشافتی، الطبعة الأولى، بیروت: مکتبه العصریه.
۵۲. الاصفهانی، محمد حسین، (۱۴۱۹ه.ق)، حاشیه المکاسب، الطبعة الأولى، مطبه العلمیه، قم.
۵۳. الاخوند الخراسانی، محمد کاظم، (۱۴۰۶ه.ق)، حاشیه المکاسب، الطبعة الأولى، وزارت ارشاد اسلامی.
۵۴. البحرانی، یوسف، (بی تا)، الحدائق الناضره، بی چا، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۵۵. السنهوری، عبدالرزاق احمد، (۱۹۹۸)، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، بیروت؛ منشورات الحلبی الحقوقیه، ج ۱، ص ۱۵۷.
۵۶. الطوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن، (بی تا)، المبسوط، بی چاه المکتبه المرتضویه، قم.
۵۷. الطوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن، (۱۴۰۷ه.ق)، الخلاف، بی چاه، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۵۸. العراقی، ضیاء الدین، (بی تا)، نهاییه الافکار، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۵۹. العوجی، مصطفی، (۱۹۹۵م)، القانون المدنی، الطبعة الأولى، بیروت: مؤسسه الجسون.
۶۰. انصاری، مرتضی، (۱۴۲۰ه.ق)، کتاب المکاسب، طبعه الأولى، قم: مجمع الفكر الاسلامی.

۶۱. سعد، نبيل ابراهيم، (۱۹۹۸م)، النظرية العامة للالتزام، بيروت: دار النهضة العربية.
۶۲. سعد، نبيل ابراهيم، (۱۹۹۵م)، مبادئ القانون، بی چا، بيروت: دار النهضة العربية.
۶۳. سعد، نبيل ابراهيم، (۱۹۹۸م)، العقود المسماة، الطبعه الاولى، بيروت: دارلنهضة، العربية.
۶۴. محقق اردبيلي، (۱۴۱۲ه.ق)، مجمع الفائدة والبرهان، الطبعة الأولى، قم: مؤسسه النشر الاسلامي.
۶۵. نجفی، محمد حسن، (۱۳۶۵)، جواهر الكلام، چاپ هشتم، تهران: دار الكتب الاسلاميه.

تحریری بر تعهد و تعدیل قاعده اختصاص حق تعقیب به حقوق عینی

محمد طاهری^۱

چکیده

در حالی که ارتباط تعهد با دین، رابطه عقد و تعهد، آثار تعهد نسبت به اشخاص ثالث و حکم معامله به قصد فرار از دین از اهم مسائلی است که محل بحث بودند، این مسئله مطرح شد که با توجه به گرفتن عین، مثل یا قیمت مال از انتقال گیرنده در معامله به قصد فرار از دین، وضعیت اختصاص حق تعقیب به حقوق عینی در نظم کنونی چگونه است؟ بنابراین در این تحقیق که به شیوه توصیفی و تحلیلی صورت گرفت آشکار شد که رابطه دین و تعهد تساوی نیست و علاوه بر اینکه گاه تعهد به سود شخص ثالث واقع می‌شود، به اقتضای حق تعقیب طلب که قانون‌گذار به متعهدله داده است می‌تواند آثاری علیه ثالث داشته باشد. این اثر که به ستاندن مال از ثالث می‌انجامد، موجب انفساخ معامله ثالث با مدین باید تفسیر شود و اقتضای پذیرش تعقیب طلب فراتر از ذمه مدین و در ذمه ثالث که به معنی تعقیب جزء مثبت دارایی دائن است، معنایی جز تعدیل قاعده اختصاص حق تعقیب به حقوق عینی، ندارد.

کلیدواژه‌ها: تبدیل تعهد، تعهد، سقوط تعهد، حق دینی، حق تعقیب.

^۱ - دانشجوی دکتری رشته حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی - taheri.epost@gmail.com

مقدمه

اطلاعات گردآوری شده طی تحقیقات انجام شده نشان می‌دهد که تعهد را رابطه‌ای شخصی می‌دانند و چون معتقدند حق طلبکار فقط بر عهده شخص بدهکار و یا صرفاً بر دارایی و اموال موجود او در زمان توقیف است، به طلبکار حق پیگیری و مطالبه طلب خود در اموالی که قبل از توقیف، بدهکار به دیگران منتقل کرده است را نداده‌اند، زیرا معتقدند که حق تعقیب از مختصات حقوق عینی است (احمدی، ۱۳۸۸: ۲۴).

تعهد یک رابطه مادی بین دو دارایی تلقی نشده است بلکه پیوندی میان دو انسان باشعور و مسئول محسوب شده است که برای آنان حقوق و تکالیفی به بار می‌آورد. مهم‌ترین تکلیف بدهکار این است که دین خود را بپردازد و در این راه کوشا باشد اما ممکن است چنین توانی را در خود نبیند که در این صورت اخلاق حکم می‌کند که دست کم «نیت وفای به عهد» را پیوسته در دل داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۵، الف: ۲۷۰). البته ممکن هست که متعهدی با وجود توانایی قصد پنهان کردن دارایی خود و محروم کردن طلبکاران را داشته باشد که در این صورت از دو راه ممکن است تمهید کند: ۱- اموال خود را به طور صوری به دیگران انتقال دهد اما در نهان، مالکیت خویش را نگاه دارد تا مانعی پوشالی در برابر اجرای حق طلبکار به وجود آورد. ۲- مال خود را به طور واقعی و با اراده جدی انتقال دهد ولی انگیزه او این باشد که عین خارجی و در دسترس طلبکاران را به پول تبدیل کند و آن را پنهان سازد یا به گونه‌ای دیگر اجرای حق طلبکار را با مانعی واقعی و ارادی روبه‌رو سازد. در خصوص معامله مشمول اقدام اول، بطلان معامله معلوم است ولی در خصوص معامله مشمول اقدام دوم، کار دشوارتر است (همان: ۲۷۲).

با حذف ماده ۲۱۸ قانون مدنی مصوب در سال ۱۳۶۱ و جایگزین شدن ماده جدیدی در سال ۱۳۷۰ که نسبت به ماده حذف شده قید «صوری» را اضافه دارد حقوقدانان جملگی بر آن شدند که قانون‌گذار با نسخ ماده ۲۱۸ سابق قاعده عام غیرقابل نفوذ بودن معامله به قصد فرار از دین را نسخ کرده است. چون ماده ۶۵ قانون مدنی فقط به غیر نافذ بودن وقف به قصد فرار از دین اختصاص دارد و مواد ۴۲۵، ۴۲۴ و ۴۲۶ قانون تجارت نیز مربوط به معاملات به قصد فرار از دین تاجر ورشکسته است، تا اینکه سرانجام در ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ قانون‌گذار وضعیت حقوقی معامله به قصد فرار از دین را در برابر طلبکاری که طلب او مستند به حکم دادگاه یا سند لازم‌الاجرا بود، غیرقابل استناد عنوان کرد؛ در نتیجه قاعده عام غیرنافذ بودن معامله به قصد فرار از دین نسخ شد و سایر مقرراتی که متضمن حکمی راجع به قصد فرار از دین هستند از این پس قواعد خاص محسوب شدند (حیاتی، ۱۳۹۶: ۱۳۹۶).

۳۵۹-۳۶۰). در ماده اخیرالذکر، معامله به قصد فرار از ادای دین و تعهدات مالی موضوع اسناد لازم‌الاجرا و کلیه محکومیت‌های مالی، جرم‌انگاری نیز شد و برای مرتکب چهار ماه تا دو سال حبس تعزیری پیش‌بینی شد؛ همچنین مقرر شد اگر انتقال گیرنده با علم به موضوع، معامله کرده باشد، شریک جرم محسوب شود و در این صورت اگر مال در ملکیت او باشد عین آن و در غیر این صورت قیمت یا مثل آن، از اموال وی بابت تأدیه دین، استیفا شود (محسنی، ۱۳۹۵: ۹۷).

برخی معتقدند که در ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب سال ۱۳۹۴ نیز صرف‌نظر از ضمانت اجرای کیفری، تغییری در وضعیت حقوقی ایجاد نشده است (حیاتی، ۱۳۹۶: ۳۵۹-۳۶۰). غیرقابل استناد بودن ضمانت اجرایی مانند حقوق فرانسه است که طبق آن دعوای طلبکار باعث می‌شود تا معامله در برابر او قابل استناد نباشد و در نتیجه بتواند طلب خود را از آن محل استیفا کند. قابل استناد نبودن به معنی باطل شدن معامله، نسبت به دیگران و در رابطه بین مدین و طرف قرارداد نیست (کاتوزیان، پیشین: ۲۷۵-۲۷۶) مگر اینکه به قصد فرار از دین در معامله تصریح شده باشد که در این صورت معامله باطل است چون یکی از مصادیق علم و اطلاع منتقل‌الیه از موضوع است و باید عین یا مثل یا قیمت آن را مسترد کند، البته ابراز عقیده شده است که اگر به جهت معامله هم در آن تصریحی نشود، باز هم معامله به قصد فرار از دین به دلیل برخورد با قوانین آمره باطل است مگر در صورت بی‌اطلاعی منتقل‌الیه از موضوع که به استناد اصل حسن نیت، مانع از ابطال معامله نسبت به او خواهد شد و خود محکوم‌علیه، ضامن مثل یا قیمت آن تلقی خواهد شد.

با وجود ابراز این عقیده، به عملکرد قانون‌گذار در این ماده انتقاد شده و این ابهام به وجود آمده است که اگر اخذ عین، مثل یا قیمت از انتقال گیرنده، جرمه است چرا باید به محکوم‌له پرداخت شود؛ این امر با تسلیم یا پرداخت آن با ذکر عنوان محکوم‌به در این ماده نیز متعارض دانسته شده و سپس این عقیده ابراز شده است که مقصود قانون‌گذار در اینجا با توجه به ید نامشروع منتقل‌الیه، قاعده علی‌البد و استرداد مال بر این مبنا است و اگر عین وجود نداشته باشد، مثل یا قیمت آن گرفته شود؛ بنابراین اظهار نظر شده که لفظ جرمه را نباید در این ماده به معنای جرمه گرفت و نقل شده، در خصوص اینکه معامله میان محکوم‌علیه و منتقل‌الیه چه حکمی دارد، صحیح یا باطل یا غیرنافذ یا غیرقابل استناد، از این ماده حکمی استنباط نشده است، بنابراین همچون گذشته اختلاف نظرها باقی دانسته شده است (محسنی، ۱۳۹۵: ۹۸)؛ بنابراین در این تحقیق بر آن شدم که ضمن تحلیل وجوه مختلف سیمای تعهد و درک ماهیت آن دریابیم که تعهد با دین چه رابطه‌ای دارد؟ نسبیت و تعهد را چگونه باید تحلیل کرد؟ وضعیت معامله‌ای

که به قصد فرار از دین واقع شده است، بین بدهکار و منتقل‌الیه چه حکمی دارد؟ غیرقابل استناد نبودن معامله به قصد فرار از دین از مصادیق قاعده ضمان ید است یا استثنایی بر قاعده اختصاص حق تعقیب به حقوق عینی؟

برای رسیدن به پاسخ این مسائل در قسمت شماره «دو» با عنوان «تحریری بر تعهد، ایجاد و سقوط آن» طی بند اول آن تعهد و الفاظ مشابه و سپس طی بند دوم آن به تفکیک نسبی بودن تعهد، رابطه عقد و تعهد و سرانجام تعهد مطالعه شده است و سپس در قسمت شماره «سه» با عنوان «سیمای تعهد و مبانی الزام‌آور بودن آن» به تفکیک طی چند بند به ترتیب رابطه دین و تعهد، مبانی الزام‌آور بودن تعهد، ابعاد تعهد و اقسام آن مورد مطالعه قرار گرفته است.

۱- تحریری بر تعهد، ایجاد و سقوط آن

در این مبحث برای رسیدن به پاسخ پرسش‌های مربوط به این تحقیق در بند اول تعریف تعهد را با سایر الفاظ مشابه مقایسه می‌کنیم و سپس در بند دوم به تفکیک به بررسی تطبیقی عقد و تعهد و همچنین به مطالعه تعهد به سود ثالث، سقوط، تبدیل و انتقال تعهدات خواهیم پرداخت.

۱-۱- تحریری بر رابطه تعهد و الفاظ مشابه

تعهد در زبان فارسی در معانی چون؛ عهد، پیمان و سرانجام کار کسی را به ذمه گرفتن و ضامنی کردن به کار می‌رود (دهخدا، ۱۳۴۱: ۱۳۶۹). تعهد «حق دینی» و رابطه‌ای حقوقی بین اشخاص تعریف شده است و صاحب این حق را به اعتبار این که می‌تواند از دیگری امری را مطالبه کند، متعهد له یا دائن و شخصی را که در برابر او ملتزم به انجام امری است، متعهد یا مدین گویند (ولوجردی، ۱۳۷۷: ۸۶). البته به رغم اینکه واژه تعهد به دلیل استفاده زیاد، ساده به نظر می‌رسد اما از نظر مفهوم، قلمرو و موضوع، بسیار پیچیده است و به راحتی قابل تعریف جامع نیست و به همین جهت با وجود قدمت زمانی طرح مباحث در حقوق تعهدات، از نظر امکان طرح پرسش‌های علمی و عرضه نظرهای متفاوت از فراخ‌ترین میدان‌های علمی و پژوهشی به شمار می‌رود (احمدی، ۱۳۸۸: ۷). چالش در خصوص تعهد به حدی عمیق است که برخی حاصل تأمل در مفهوم حقوقی تعهد و مفهوم فقهی دین را نشان‌دهنده وجود اختلاف ماهوی مهم بین این دو دانسته‌اند؛ به طوری که اولی را حکمی تکلیفی و دومی را حکم وضعی یاد کرده‌اند و ابراز عقیده نموده‌اند که این دو حکم در برخی موارد با هم جمع می‌شوند و در برخی موارد دیگر ممکن است میان این دو جدایی افتد (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۹: ۷)؛ بنابراین لازم است قبل از تعریف تعهد آن را از لغات مشابه باز شناخت.

لغاتی که مشابه تعهد اظهار شده‌اند عبارت‌اند از: وظیفه، تکلیف، الزام، التزام. وظیفه لغتی است که در حقوق عمومی مورد استعمال قرار گرفته است و در قلمرو حقوق خصوصی به کار نرفته است و قانون‌گذار از استعمال آن در ردیف لغت تعهد در حقوق خصوصی پرهیز داشته است (درخشانی، ۱۳۴۶: ۱۴۵-۱۴۶)؛ اما در خصوص تکلیف آورده‌اند که قانون‌گذار این لغت را هم در حقوق عمومی و هم در حقوق خصوصی مورد استعمال قرار داده است. به طور کلی در خصوص لغت تکلیف چنین اظهار نظر شده که قانون‌گذار این لغت را اصولاً در خصوص الزام سازمان‌ها و اشخاص حقوق عمومی به کار برده است و هرگاه برای اشخاص عادی استعمال کرده است در قلمروی حقوق عمومی بوده و اگر به طور استثنایی در ناحیه حقوق خصوصی نیز آن را به کار گرفته است، نسبت به الزام ناشی از قانون بوده و نه عقود (همان: ۱۴۶). از سوی دیگر با تکیه بر نظر یکی از حقوقدانان ابراز عقیده و تبیین شده است که تعهد به معنای اسم مفعولی، خود تکلیف است یا به عبارت دیگر تعهد در معنای مصدری، سبب و به معنای اسم مفعولی، مسبب است یعنی اینکه «تعهد در معنای اول یکی از اسباب تعهد به معنای دوم» تفسیر شده است. حسب این عقیده اظهار شده که تعهد در معنای اول به سبب ایجاد تکلیف، آن هم تکلیف ارادی اطلاق می‌شود در حالی که تعهد در معنای دوم، هم درباره تکلیف ارادی و هم درباره تکلیف غیرارادی به کار می‌رود (نعمت‌اللهی، پیشین: ۸).

در خصوص واژه مشابه بعدی یعنی الزام، نخستین نظر این است که از نظر فرهنگ حقوقی ما، الزام، در معنای وسیع‌تری از وظیفه و تکلیف به کار رفته است به طوری که هم به جای تکالیف اشخاص حقوق عمومی و هم وظایف ناشی از قانون و هم آنچه از عقد منبث می‌شود به کار رفته است (درخشانی، ۱۳۴۶: ۱۴۷)، البته در مقابل، نظر دومی را نقل کرده‌اند که در آن، الزام فقط به معنی تحمیل تعهد بر شخص، توسط قانون یا در اثر واقعه حقوقی است (احمدی، ۱۳۸۸: ۱۱؛ ولوجردی، ۱۳۷۷: ۱۰۱) و تعهدی که متعهد، به اراده خود به آن پایبند شده، التزام است (احمدی، همان: ۱۱)؛ مانند نظر اول که قائل به وحدت استعمال لفظ است در نظر دیگری نیز اعم از آنکه قرارداد یا غیر قرارداد سبب باشد لفظ واحدی برگزیده شده است منتها به جای الزام، متعهد شدن شخص به چیزی که بر له او نیست، التزام معرفی شده است (قلعه‌جی، ۲۰۰۰: ۲۷۹ و ۲۸۰). در این نظر «التزام» مترادف با همان معنایی به نظر می‌رسد که کاربرد «الزام» در نظر اول دارد. همچنین در متون فقهی همسو با نظر اول، آورده شده که التزام در معنای اعم، بر عهده قرار گرفتن امری بر نفس با اختیار و اراده انسان یا الزام شرع است و بدین ترتیب انشایی یا قانونی بودن مقتضی موجب تفاوت در نام مقتضا در این نظر نشده است؛ اما معنای اخص تعهد در این نظر تنها

شامل بر عهده گرفتن امور تبرعی، در نزد مذهب مالکی، دانسته شده است. نظر اخیر التزام را در لغت لازم شدن امری به صورت ثابت و پایدار که ادای مال را واجب می‌کند اعم از آنکه خود مال باشد یا عملی دارای ارزش مالی، معنی کرده است (حماد، ۲۰۰۸: ۷۸)؛ به نظر می‌رسد التزام در این نظر نیز مترادف با معنای الزام در نظر اول است؛ اما نظر سومی هم استنباط شد که اظهار می‌کند التزام در فقه زمانی به کار رفته که موضوع، یک حکم تکلیفی باشد و تعهد ناظر به زمانی است که موضوع یک حکم وضعی باشد (نعمت‌اللهی، همان: ۱۳-۱۴)؛ عده‌ای دیگری نیز التزام را قابل اطلاق بر «حکم به لزوم» یا همان «وضع حکم الزامی بودن» دانسته‌اند، یعنی به عبارت دیگر بر اجبار اطلاق دارد مثل اینکه به اجبار حاکم مقرر به اقرار خود پایبند بماند (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۳۱: ۳۶۰). اما به طور کلی به نظر می‌رسد که تعهد در معنی عام خود مطلق الزام و التزام است (احمدی، همان: ۳۷).

اطلاعات گردآوری شده طی تحقیقات انجام شده نشان می‌دهد که در فقه و حقوق، واژه تعهد در دو معنی به کار می‌رود. یکی در معنی عام خود که معادل الزام، التزام، شرط، اشتراط، عهد، عهده، ضمان، تکلیف و شامل تمام تکالیف و حقوق دینی است؛ خواه از نوع الزامات قهری و قانونی ناشی از اسباب قهری، خواه از التزامات ارادی و قراردادی به شمار رود و منشأ قراردادی داشته باشد و احتمال داده شده که بر همین اساس در فقه، عهد را عبارت از مطلق جعل و قرار دانسته‌اند و منظور اعم از این بوده که آن جعل و قرار، معاملی یا قلبی باشد و یا تشریعی و یا وضعی (احمدی، پیشین: ۹)؛ اما در خصوص معنی خاص تعهد تعاریف متعددی نقل شده است از جمله اینکه: ۱- تعهد به رابطه حقوقی میان دو شخص که به موجب آن متعهدله می‌تواند متعهد را ملزم به پرداخت مبلغی پول یا اقباض و انتقال چیزی و یا انجام فعل یا ترک کار معینی بکند تفسیر شده است. ۲- تعهد، یک رابطه حقوقی تعریف شده که نتیجه آن انتقال مال یا انجام دادن فعل یا ترک فعل یا اسقاط یک اثر حقوقی است. ۳- تعهد عبارت است از رابطه حقوقی که به مقتضای آن شخص معینی که مدین نامیده می‌شود ملتزم می‌گردد به ادا مال یا انجام کاری برای شخص معین یا قابل تعیینی که طلبکار نام دارد و به موجب آن طلبکار می‌تواند اجرای آن تعهد را از بدهکار بخواهد و اگر حاضر به انجام آن نشود او را بر خلاف میل به اجرای آن وادار کند (همان: ۱۰-۱۱).

۴- همچنین تعهد رابطه‌ای حقوقی بین دو نفر تعریف شده است که یکی را طلبکار و دیگری را مدین می‌سازد و اصلی‌ترین منبع ایجاد تعهد، عقد و تراضی عنوان شده است (طاهری، ۱۳۸۶: ۱۵).

رابطه‌ی حقوقی را برخی رابطه‌ای دانسته‌اند که دائن بتواند به استناد آن اجرای تعهد را مطالبه کند و چندین نظر از حیث اینکه رابطه میان بدهکار و طلبکار است یا میان دو دارایی گزارش شده است؛

۱- نظریه شخصی: نظری است که رابطه را میان دائن و مدین می‌داند. ۲- نظریه نوعی یا مادی: اساس این رابطه را موضوع می‌داند و نه طرفین و بنابراین جواز انتقال طلب و دین را می‌دهد. ۳- نظریه تجزیه تعهد به دین و مسئولیت: در این نظر منظور از دین اجرای «تعهد به» است که بر مبنای مسئولیت برای متعهدله، بر متعهد یا اموال او، تضمین مطالبه خود «تعهد به» یا معادل آن به وجود می‌آید (احمدی، پیشین: ۲۳).

باید خاطر نشان کرد که اظهار شده تعبیر تعهد به رابطه حقوقی که مورد پذیرش حقوقدانان نیز قرار گرفته است ریشه در تعریف حقوق روم از تعهد دارد (نعمت‌اللهی، پیشین: ۸) و البته اشکالی‌هایی بر تعبیر تعهد به رابطه وارد شده است که این اشکال‌ها بر دو محور کلی تکیه دارند و این دو محور عبارت‌اند از اینکه: ۱- تعهد وظیفه و تکلیفی است که شخصی در برابر دیگری به عهده دارد و نتیجه طبیعی تکلیف یا دین، پیدایش رابطه حقوقی است؛ بنابراین، ماهیت تعهد، رابطه حقوقی نیست. همچنین ادعا شده است که این تعریف از تعهد همه ابعاد تعهد از جمله مالی و شخصی بودن آن را در بر نمی‌گیرد (نعمت‌اللهی، پیشین: ۹). ۲- ادعا شده که در تفسیر تعهد به رابطه رتبه علت و معلول رعایت نمی‌شود چون تکلیف، زائیده رابطه در نظر گرفته می‌شود و در نتیجه تکالیف اثر غیرمستقیم اسباب ارادی یا غیرارادی منظور می‌شود در حالی که اثر مستقیم این اسباب ایجاد دین یا تکلیف است (همان: ۹). البته قابل توجه است که ایراد کننده، توجه نکرده که الفاظ به صورت قراردادی برای بیان معنا وضع می‌شوند و مراد از رابطه در این تعاریف مقتضی است یعنی آنچه ایجاد اثر می‌کند و به قرینه آنچه صاحبان تعریف تعهد به رابطه، بیان کرده‌اند می‌توان این معنا را به خوبی دریافت کرد.

به طور کلی به نظر می‌رسد که دلیلی دال بر لزوم مقید شدن معنای تعهد به الزام یا التزام نیست و بر عکس به نظر می‌رسد، نظری که تعهد را مطلق الزام و التزام می‌داند قابل تأیید است. البته به نظر می‌رسد بهتر است برای آنکه در بیان، ریشه تعهد قابل تمایز باشد، الزام را ناشی از قانون و التزام را ناشی از اراده اشخاص بدانیم. همچنین به نظر می‌رسد که تعهد با تکلیف در حقوق مترادف است.

۱-۲- تحریری بر تعهد از منظر قانون مدنی

در این بند در قسمت اول به مطالعه تطبیقی عقد و تعهد از منظر قانون مدنی خواهیم پرداخت تا ماهیت عقد و تعهد از نظر قانون مدنی باز شناخته شود و سرانجام پاسخ به این پرسش که مطابق اصل^۱

^۱- نویسنده برای حذف کاربرد «ال» این عبارت را به جای واژه علی‌الاصول برگزیده است.

اثر تعهد نسبت به دیگران چیست بر ما مکشوف گردد، سپس در قسمت دوم برای یافتن تحلیلی جامع‌تر نسبت به نسبی بودن اثر تعهد یکی از صور خاص تعهد را که در قانون مدنی به صورت تعهد به سود ثالث مطرح شده به همراه آثار آن، بررسی خواهیم کرد؛ اما در قسمت سوم و به دنبال باز شناختن انشقاق عقد از تعهد و مطابق اصل نسبی بودن اثر تعهد، سرانجام تعهد را از نظر قانونی مدنی، با عنوان سقوط تعهدات، بررسی خواهد شد.

۱-۲-۱- مطالعه تطبیقی عقد و تعهد از منظر قانونی مدنی

در گذشته ادعا شده بود که تعهد واحد سازنده عقد یا هر عمل حقوقی است (درخشانی، پیشین: ۱۴۸). چون تعهد در کلیه رشته‌های حقوق خصوصی مطرح است، برخی آن را پدیده جاودان و «اتم حقوقی» نامیده بودند؛ زیرا در برخی از کشورها مانند اتحاد جماهیر شوروی علی‌رغم اینکه مالکیت خصوصی از میان رفته بود ولی تعهد که از لحاظ تاریخی مولود آن است برقرار مانده بود و در اتحاد جماهیر شوروی در «اصول قانونی و دادرسی مدنی» تعهد تعریف و اسباب آن پیش‌بینی شده بود (همان: ۱۴۹).

از سوی دیگر در اصطلاح فقه و حقوق، گاهی عقد، تعهد و عهد مترادف قرار گرفته است (احمدی، پیشین: ۸). حتی صاحب‌نظران، آیاتی از قرآن کریم را مرتبط با عهد و تعهد تفسیر کرده‌اند از جمله اینکه: آیه ۹۱ سوره نحل و آیه ۳۴ سوره اسراء را دلیل لزوم وفای به عهد و آیه ۴ سوره توبه را دلیل لزوم وفای به عهد حتی با مشرکین دانسته‌اند. همچنین آیه ۴۰ سوره بقره، آیه ۲۰ سوره رعد، آیه ۱۷۷ سوره بقره، آیه ۶۰ و ۶۱ سوره یس، آیه ۲۵ سوره رعد، آیه ۳۴ سوره اسراء به ترتیب، دلیل بر وجود تعهد متقابل بین انسان و خداوند، ملازمه خردمند بودن و وفای به عهد، ملازمه نیکوکار بودن و وفای به عهد، قرار داشتن عهد عام الهی بر انسان (توحید و عبادت) و مورد سؤال قرار گرفتن وفای به عهد در قیامت، دانسته شده است. در همین راستا نیز آیات ۱۵ تا ۱۶ و ۲۳ سوره احزاب را دلیل تقسیم شدن مردم از نظر قرآن کریم، به ۱- مؤمنان: وفاداران به عهد. ۲- منافقان: عهدشکنان، تفسیر کرده‌اند (دهقان، ۱۳۸۲: ۲۲۸ و ۲۲۹).

از نظر مفسرین قرآن کریم «عهد» معانی مختلفی دارد. میثاق، رؤیت، «التزام به چیزی و عقد قلبی بر آن» یا «التزام خاص در مقابل خداوند یا شخصی، بر امری مخصوص» هر یک در نظر عده‌ای از مفسرین قرآن کریم، به عنوان معنی عهد تلقی می‌شود (جعفری خسروآباد، ۱۳۹۶: ۷۷). به طوری که نقل شده شهید ثانی عهد را مانند نذر اما بین انسان و خداوند دانسته است (امینی؛ آیتی، ۱۳۹۳: ۱۹۵). همچنین نقل شده که برخی دیگر از مفسرین عهد را «التزام خاص در مقابل اشخاص به انجام امری دانسته‌اند و

حفظ و نگهداری را از آثار آن می‌دانند (جعفری خسروآبادی، پیشین: ۷۷). با این حال در قانون مدنی ما تعهد تعریف نشده است و در فقه نیز علی‌رغم تشبیه شدن چندین عقد به تعهد، تعهد [به طور جامع و مانع] تعریف نشده است (درخشانی، پیشین: ۱۴۹).

عقد، توافق دو یا چند اراده است که به منظور ایجاد اثر حقوقی انجام می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۲۱)، اما نقل شده که تعهد رابطه حقوقی است که به موجب آن شخصی می‌تواند از دیگران انجام دادن امری را بخواهد (جوانمردی، ۱۳۸۰: ۴۵). اثر عقد محدود به ایجاد تعهد نیست و عقد ممکن است باعث انتقال مالکیت، ایجاد شخصیت حقوقی، ایجاد حق انتفاع و ارتفاق و زوال آن‌ها، انتقال و زوال تعهد شود و گاه نیز تنها اذن و اباحه به وجود می‌آورد (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ب: ۹)، تعهد نیز در معنای عام تنها ناشی از عقد نیست و شامل تمام حقوق دینی می‌شود و فقط معنی خاص آن ناظر به دیون ناشی از عقد است (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۹). اثر عقد تعهدهایی است که بین دو طرف آن ایجاد می‌شود، اما اثر تعهد ایجاد الزامی است که اجرای آن بر متعهد تحمیل می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ب: ۹). مورد عقد مجموعه عملیات و تحولات حقوقی است اما مورد تعهد تسلیم مال و یا انجام کار معین است (کاتوزیان، ۱۳۹۵، الف: ۱۶۷)؛ بنابراین ذکر تعهد در ماده ۱۸۳ قانون مدنی ناشی از اختلاط دو مفهوم عقد و تعهد است (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۶). عقد یک پدیده اجتماعی است زیرا هر پدیده اجتماعی که اثر اجتماعی داشته باشد وقایع حقوق به معنی اعم (اعمال حقوقی و وقایع حقوقی در معنای اخص) است؛ اعمال حقوقی هم با اینکه وابسته به اراده اشخاص هستند، در حقوق به عنوان پدیده اجتماعی مورد حکم قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱ و ۲۴۸) یعنی امروزه عقد تافته جدا بافته از اجتماع نیست، پدیده‌ای است اجتماعی و نفوذ آن در بازرسی کامل دولت قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۹۵، الف: ۳۴۷). چون عقد پدیده‌ای است اجتماعی که در موقعیت‌های حقوقی اشخاص در برابر هم اثر می‌کند، دیگران از آثار آن مصون نیستند. حتی برخی با توجه به این بازتاب اجتماعی، اصل نسبی بودن را نادرست و شهرت آن را بی‌اساس می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ب: ۳۱۴). بنابراین عقد به عنوان یک رویدادی اجتماعی در برابر اشخاص ثالث قابل استناد است، گاه هم در رابطه دو طرف نافذ است اما در برابر دیگران قابل استناد نیست؛ یعنی به عقد باطل (فاسد) در دید حقوق و به اعتبار اثری که در روابط اجتماعی می‌گذارد، در حکم هیچ گفته می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۵، الف: ۳۲۲ - ۳۲۳). حتی برخی گفته‌اند که مفاد حکم ماده ۲۳۱ قانون مدنی به گزافه است، زیرا قرارداد کم و بیش آثاری نسبت به دیگران دارد و استثنای آن منحصر به شرط به نفع شخص ثالث نیست و در تفسیر ماده ۲۳۱ قانون مدنی باید گفت که مقصود آن اثر مستقیم عقد است، عقد دیگران را مدین و

طلبکار نمی‌کند، لیکن آنان بایستی وجود و آثار عقد بین دو طرف و نتایج قهری و اجتماعی این رویداد را بپذیرند (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ب: ۳۱۴). به طور کلی نظریه تعهدات بر تمام روابط حقوقی انسان‌ها حکومت می‌کند و در هر رابطه‌ای که بین اشخاص به وجود می‌آید تعهدی به چشم می‌خورد، ولی تعهد، ایجاد یک رابطه شخصی و دینی است (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۱، ۱۳ و ۱۸). یعنی استناد نسبت به اشخاص ثالث، مربوط به آثار عقد است و بر عکس آنچه ناظر به چگونگی رجوع به متعهد است، به آثار تعهد مربوط می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ب: ۹).

قرارداد موجودی است اجتماعی که زندگی ویژه خود را دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ب: ۲۴). هرچند آنگاه که تاریخ‌دانی متنی را بررسی می‌کند که ماهیت حقوقی دارد، مانند یک عمل خصوصی، نخستین بازتاب ذهنی او تحقیق در باب معنی اولیه آن، یعنی چیزی است که تهیه‌کننده در نظر داشته است، اما برای حقوقدان متن حقوقی همانند موجود زنده‌ای جلوه می‌کند که به منظور اثربخشی بر محیطی که در تحول است به وجود آمده است و لذا خود نیز بی‌پایان تحول می‌پذیرد (لوی برول، ۱۳۸۸: ۱۲۱ - ۱۲۰).

استصحاب مؤید ابقای ماکان است (محقق داماد، ۱۳۹۲: ۲۷). استصحاب وجودی یعنی همین که وجود امری در گذشته ثابت و بقای آن در زمان لاحق مورد تردید قرار گیرد، بقای آن استصحاب گردد (محقق داماد، ۱۳۹۲: ۳۳) و قابل توجه است که سقوط تعهد، انحلال عقد نیست؛ زیرا انحلال قراردادهای را به اعتبار سهمی که اراده دو طرف در وقوع آن می‌تواند داشته باشد به سه گروه تقسیم کرده‌اند: ۱- انحلال به تراضی که اقاله نامیده می‌شود ۲- انحلال ارادی که به تصمیم یک طرف به صورت ایقاع واقع شده و فسخ نامیده می‌شود ۳- انحلال قهری که خود به خود انجام می‌پذیرد و انفساخ نامیده شده است. انحلال قرارداد را با بطلان آن نیز نباید مخلوط کرد، در انحلال دو مرحله ممتاز وجود دارد، مرحله نخست، از زمان آغاز تراضی تا زمان وقوع سبب انحلال، که قراردادی نافذ بر روابط دو طرف حکومت دارد، در مرحله دوم، از لحظه تحقق سبب انحلال، که باعث گسیختن پیمان می‌شود و عقد را در حکم باطل می‌کند، اما عقد باطل صورتی بی‌معنا است که از آغاز نیز نفوذ و اعتباری نداشته است، در نتیجه پذیرفته شده که اجرای تمام تعهدهای ناشی از یک قرارداد به معنی انحلال آن نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج: ۱۱).

این تحقیق آشکار کرد که در فقه تعهد در دو معنای سببی و مسببی به کار رفته است که البته فقها در سببی یا مسببی بودن معنای تعهد متفق‌القول نیستند. این اختلاف نظرها، تعهد را به مشترک لفظی، بین «میثاق» یا «پیمان» و «بر عهده قرار گرفتن امری»، تبدیل کرده است. صرف نظر از اینکه در قانون مدنی عقد و تعهد باهم خلط شده است اما به قرینه اینکه مدلول الفاظ قانون‌گذار، بر عهده قرار گرفتن

امری است که مورد قبول واقع شده باشد، از مجرای این مباحث به نظر می‌رسد که منظور از استعمال «تعهد» در بطن تعریف عقد در قانون مدنی، معنای مسببی آن است و نباید در قانون مدنی از تعهد، معنای سببی آن استنباط شود، چون در قانون واحد نمی‌توان قائل به وجود مشترک لفظی شد. چون تعهد به معنای التزام است، به معنی ملزم شدن و ملزم شدن به معنی مجبور شدن و مورد آن بر عهده گرفتن و قبول کردن «امری» است و امر اعم از فعل، شی و شأن است حال اینکه قانون‌گذار در بیان مورد عقد بنا بر مسامحه مورد تعهد را بیان کرده و بدین طریق به نظر می‌رسد که مورد امر (تعهد) را محدود به تسلیم مال یا ایفای عمل کرده است بنابراین باید بنا بر أصالة العموم گفت که امر، مشتمل بر تمامی مصادیق منشای اعمال اراده انسانی است اعم از آنکه واجد جنبه انشایی باشد یا نباشد، بنابراین به نظر می‌رسد که منظور از تعهد به امری، مجبور شدن به حفظ منشای اراده است اعم از اینکه این منشای تملیک یا تملک، اذن یا محقق کردن آثار خود آن تعهد باشد که عبارت است از انجام دادن یا انجام ندادن کاری. البته بدیهی است که در عقود لازم اختیارات معین و در عقود جایز مطلق اختیار، مخصص این اجبار به حفظ منشای اراده است. همچنین به نظر می‌رسد تأکید فقها بر لزوم استفاده از الفاظ ماضی در انعقاد عقود، تقویت کننده این نظر است، چون منشأ عقد «قصدين» است و به محض امتزاج قصدين، منشأ به وجود می‌آید (مگر در عقد معلق) و طرفین عقد تا زمانی که عقد (منشأ) منحل نشود و یا تعهد (منشأ) به طرق پیش‌بینی شده ساقط نگردد مجبور به حفظ یا رعایت منشأ هستند؛ بنابراین الفاظ ماضی ظهور در این دارد که مجبور شدن به حفظ یا رعایت منشأ در نزد طرفین، در حین امتزاج قصدين، مورد پذیرش است.

به جهت رفع ابهامی که ممکن است در خصوص عقود تملیکی به وجود آید لازم به ذکر است که سیمای مجبور بودن به حفظ و رعایت منشأ که همان انتقال مالکیت است، در رابطه با این عقود در آثاری مثل لزوم تسلیم مبیع و ثمن رخ می‌نماید و تمام خصوصیات یک رابطه دینی و شخصی را دارد اما خود تملیک و تملک در بطن امتزاج قصدين واقع می‌شود. البته خود قانون‌گذار نیز به متمایز بودن عقد از تعهد، نظر داشته است و این آگاهی از آنچه که در ماده ۱۹۶ قانون مدنی به صورت پیش‌بینی تعهد به سود ثالث در ضمن عقد آمده، قابل استنباط است؛ بنابراین در بند بعدی تعهد به سود ثالث مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۱-۲-۲- عقد و تعهد به سود ثالث از منظر قانون مدنی

مطابق با آنچه شرح آن گذشت استقراء در منابع حقوقی آشکار کرده است که یک عقد نمی‌تواند له یا علیه اشخاصی غیر از طرفین آن، امری را مقرر کند. این اصل در حوزه عقود، اصل نسبی بودن قراردادهای نامیده می‌شود که در همه جهان مقبول است. با این حال رعایت مصالح اجتماعی، قانون‌گذار را واداشته است که در برخی از موارد از این اصل و قاعده بنیادین عدول کند و اجازه تسری آثار قرارداد در حقوق اشخاص ثالث را صادر کند. از جمله این موارد ماده ۱۹۶ قانون مدنی است که ایجاد تعهد به سود ثالث را در قالب شرط ضمن عقد پذیرفته است یا ماده ۷۶۸ قانون مدنی است که جواز جعل یکی از عوضین برای ثالث را داده است؛ اما به هر حال باید اراده ثالث را محترم شمرد (صالحی‌مازندرانی؛ محمدی میرعزیزی، ۱۳۹۶: ۱۱۸).

بخش اخیر ماده ۱۹۶ قانون مدنی ویژه تعهد است و تملیک مال را شامل نمی‌شود و شرط تملیک به سود ثالث در حکم ایجاب معامله تلقی می‌شود که نیاز به معامله دیگری دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: د: ۱۹۸). در اینجا لازم است از نظر گذرانده شود که به طور کلی حقوق به دو دسته حقوق مالی و حقوق غیرمالی تقسیم می‌شود و در تقسیم‌بندی فرعی، حقوق مالی به طور سنتی به حقوق عینی و دینی تقسیم شده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۲ - ۲۱) و برخی با پذیرش نقص این تقسیم‌بندی فرعی، قسم سومی از حقوق مالی را با نام حقوق معنوی مطرح کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۳۶) برخی دیگر نیز که متوجه نقص این تقسیم‌بندی سنتی برای حقوق مالی شده‌اند بدون استفاده از عنوان حقوق معنوی، از حقوقی یاد کرده‌اند که نه عینی است و نه دینی است و مصادیق آن را حق فسخ، حق حبس، حق تألیف و سرقفلی برشمرده‌اند (عبدغیور، ۱۳۹۱: ۴۹ - ۴۸). حال باید فهمید که مبنای پیش‌بینی ایجاد چنین تعهدی از سوی قانون‌گذار چیست.

در نظریه‌ای که به نظریه مبتنی بر عدم دخالت اراده ذی‌نفع معروف شده است این اعتقاد ابراز شده است که اراده یک‌جانبه مدین این توانایی را دارد که برای او ایجاد تعهد کند از این روی می‌تواند بدون رضای شخص ثالث برای او ایجاد حق کند (محمدی، ۱۳۸۸: ۲۸۱)؛ اما مطابق نظریه موسوم به تعهد مستقیم ناشی از قرارداد، حق برای ثالث بدون دخالت او و در اثر قرارداد منعقد شده بین شرط‌کننده و متعهد ایجاد می‌شود (محمدی، ۱۳۸۸: ۲۸۴). تعهد به نفع ثالث ممکن است به عنوان شرط نتیجه یا شرط فعل باشد (صالحی‌مازندرانی، پیشین: ۱۱۹). چون بحث رد تعهد از سوی ثالث مطرح است، باید از خاطر گذراند که اصطلاح «رد» در حقوق ما ناشناخته است اما بررسی‌ها نشان داده است که رد در ماهیت

یک ایقاع است که به موجب آن شخصی حق یا تکلیفی را که برای او معین شده است، ساقط می‌کند. در منابع قانونی به حق رد ثالث اشاره نشده است. با این حال، حق یاد شده مورد قبول اکثر حقوقدانان است. از آنجا که ایجاد حق به سود ثالث بدون دخالت اراده وی یک تخطی از اصول حقوقی است حقوقدانان با قائل شدن به حق رد برای وی در مقام ایجاد نوعی تعادل در نظام حقوقی بر آمده‌اند. حق رد باعث می‌شود که تعهد از همان لحظه انعقاد وارد دارایی ثالث نشود (صالحی مازندرانی، پیشین: ۱۲۲-۱۲۱).

اسقاط حق توسط ثالث ایرادی متوجه عقد نمی‌کند چون نکته ظریف این است که اسقاط حق و ابرا فرع بر وجود حق است و به معنی ورود طلب در دارایی ثالث است اما رد به معنی ممانعت از ورود حق به دارایی ثالث است (صالحی مازندرانی، پیشین: ۱۲۳). هنگامی که ثالث ذی‌نفع، تعهد را رد می‌کند، به نحوی عقد مشروط با مانع روبرو می‌شود و اجرای بخشی از عقد ممتنع می‌شود و این موضوع نمی‌تواند بر عقد بی‌تأثیر باشد. در اینکه رد ثالث چه اثری بر عقد دارد، بین حقوق دانان اختلاف نظر است اطلاعات گردآوری شده طی تحقیقات انجام شده نشان می‌دهد که برخی راه حل ارجح را اجرای تعهد ناشی از شرط در برابر طرف عقد عنوان کرده‌اند، برخی دیگر قائل به پدید آمدن خیار تخلف از شرط و قابل فسخ شدن عقد شده‌اند و در نظری نیز ذکر شده که متعهدله می‌تواند شخص دیگری را به عنوان منتفع معرفی کند (همان: ۱۲۴)؛ برخی هم قائل به تفصیل در این خصوص بر پایه نظرهای مختلف بحث کرده‌اند.

به طور اجمالی می‌توان گفت که این‌طور آورده‌اند که اگر شرط به سود ثالث، شرط نتیجه به صورت ایقاع باشد، در آن امکان رد ثالث قابل تصویر نیست اما اگر مقصود از شرط، شرط نتیجه به صورت عقد باشد چنانچه این عقد ناظر به تملیک باشد، ایجاب محسوب می‌شود و از قلمروی شرط نتیجه خارج است و اگر ناظر به تعهد باشد از سوی ثالث قابل رد و تنها راه برای شرط کننده در این صورت، تمسک به خیار تعذر شرط است (همان: ۱۲۶-۱۲۵). برخی از این عقیده تحت عنوان نظریه پیشنهاد یا نظریه دو قرارداد یاد کرده‌اند (محمدی، پیشین: ۲۷۳).

شرط فعل می‌تواند مادی یا حقوقی باشد و هر یک از دو صورت نیز خود در تقسیم‌بندی فرعی به مثبت و منفی تقسیم شده است. بر همین اساس تعهد به سود ثالث به صورت شرط فعل تحلیل شده است. در صورت رد شرط فعل مادی مثبت، به دست آوردن راه حل از بررسی اوضاع احوال را به عنوان طریق اولی معرفی کرده‌اند و در صورت کارساز نبودن این راه حل، تمسک به خیار تعذر شرط را مناسب دانسته‌اند. از سوی دیگر در خصوص شرط فعل مادی منفی، رد ثالث را فاقد اثر بر عقد دانسته‌اند چون در واقع در این شرط، متعهد در دارایی خود به سود ثالث تصرفی را انجام می‌دهد (همان: ۱۲۷-۱۲۶) اما

در خصوص شرط فعل حقوقی مثبت که آن را به دو قسم عقدی و ایقاعی منقسم کرده‌اند، قائل به تفکیک شده‌اند و اظهار کرده‌اند که در شرط فعل حقوقی مثبت ایقاعی، رد ثالث اثری بر عقد ندارد اما در شرط فعل حقوقی مثبت عقدی، رد ثالث موجب ایجاد حق فسخ به استناد تعذر شرط برای طرف دیگر قرارداد می‌شود (همان: ۱۲۹-۱۲۸).

در شرط فعل حقوقی منفی ایقاعی و عقدی هم رد ثالث اثری بر عقد ندارد چون اثر آن بر دارایی خود متعهد اعمال می‌شود (همان: ۱۳۰-۱۲۹). آنچه به طور کلی حائز اهمیت است این امر است که قانون‌گذار برای اراده طرفین قرارداد این توانایی را قائل شده است که بتوانند، آن‌چنان که طرفین می‌خواهند، حق را برای شخص ثالث ایجاد کنند. البته لزوم رعایت استقلال شخص ثالث ایجاب می‌کند که او حق رد آن را داشته باشد اما برای رعایت این استقلال ضرورتی نیست که در ایجاد و استقرار آن حق، اراده او نیز دخیل باشد. به همین دلیل نیز، حجر یا فوت شرط‌کننده یا متعهد قبل از قبول ثالث، تأثیری بر حق ندارد و در نتیجه نفع ایجاد شده از دسترس طلبکاران و ورثه آن‌ها به دور است (محمدی، پیشین: ۲۸۶-۲۸۵). به نظر می‌رسد که مقصود قانون‌گذار در قسمت دوم ماده ۱۹۶ قانون مدنی ایجاد مقتضی یک حق به سود ثالث به همراه تعهد به حفظ آن باشد و مقتضای این مقتضی، با رد ثالث در دارایی او در معنای حقوقی و اصطلاحی آن، وارد نمی‌شود. همچنین به نظر می‌رسد ایجاد تعهد به سود ثالث بدون دخالت او در انعقاد عقد، دلیلی قاطع بر تمایز عقد و تعهد از منظر قانونی مدنی است و بررسی اسباب سقوط آن در قانون مدنی بیش از پیش این حقیقت را روش‌کنند.

۱-۲-۳- تبدیل و سقوط تعهد از منظر قانون مدنی

بر حسب مباحث یاد شده، از منظر قانون مدنی تنها به پاره‌ای از خصوصیات تعهد پی بردیم. مبحث دیگری که در قانون مدنی آمده و می‌تواند پاره دیگری از خصوصیات تعهد را از منظر این قانون آشکار سازد، اسباب سقوط تعهدات است.

هرچند که در قانون مدنی منابع تعهد به طور صریح معین نشده و تنها از مشاهدات باب‌های قسمت دوم این قانون، استنباط شده که منابع ایجاد تعهد از منظر قانون مدنی شامل: ۱- عقود ۲- منابع خارج از قرارداد است (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۸۳) اما این قانون با اندک تغییری نسبت به ماده ۱۲۳۴ قانون مدنی فرانسه، در ماده ۲۶۴ خودش، اسباب سقوط تعهد را بیان کرده است (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۵۲۹). البته از این ماده از جهات گوناگون انتقاد شده است از جمله اینکه، اسباب انحلال عقد، تبدیل تعهد و وفای به عهد را نباید جزء اسباب سقوط تعهد آورد. چون در انحلال عقد، سقوط تعهد جنبه تبعی دارد و در تبدیل

تعهد حتی به معنی رومی آن جانشینی تعهد جدید و ملازمه آن با از بین رفتن ذمه سابق، مانع تجزیه تبدیل تعهد، به دو رویداد سقوط و ایجاد تعهد جدید می‌شود؛ همچنین استدلال شده که اجرای تعهد به معنی سقوط و گسیختن تعهد نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۵۳۳-۵۳۰). اثر اولیه هر تعهدی این است که باید اجرا شود، هرچند که اگر تعهد مؤجل باشد. از نظر فقه امامیه، اجل به سود طرفین محسوب می‌شود و بر این اساس متعهده در پذیرش یا رد اجرای زود هنگام تعهد، مختار است (پارساپور؛ کبیری، ۱۳۹۲: ۲۵) ولی سرانجام با اجرای تعهد، ذمه متعهد بری می‌شود و بنابراین به نظر می‌رسد که ایراد یاد شده صحیح نباشد چون قانون‌گذار به اثر نهایی اجرای تعهد که بری شدن ذمه متعهد است نظر داشته و به همین دلیل آن را جزء اسباب سقوط تعهد ذکر کرده است، علاوه بر این، قانون‌گذار در وضع الفاظ در معنای قانونی آزاد است.

در ماده ۱۲۳۴ قانون قدیم فرانسه، تلف مورد تعهد، بطلان (یا فسخ)، تحقق شرط انحلال (انفساخ) و مرور زمان علاوه بر موارد مذکور در ماده ۲۶۴ قانون مدنی ما به عنوان اسباب سقوط تعهد ذکر شده بود، البته در ماده مزبور اقاله نبود ولی در ماده ۲۶۴ گنجانده شد (شهیدی، ۱۳۸۵: ۱۸). وفای به عهد (همان: ۲۱)، ابراء (صادقی، ۱۳۸۴: ۲۱۴ - ۲۱۳)، مالکیت ما فی الذمه (شهیدی، ۱۳۸۵: ۱۹۱)، تبدیل تعهد (صادقی، پیشین) و تهاتر (شهیدی، پیشین: ۱۷۱)، با توجه به ماده ۲۶۴ قانون مدنی اسباب سقوط تعهد هستند. بنابراین برخی دیگر معتقد هستند که چون یکی از اسباب ایجاد تعهد عقد است، زوال سبب، یعنی عقد نیز از اسباب سقوط تعهد است (قاسمی، ۱۳۸۶: ۲۱۱ - ۲۰۸). در حقوق ما تفاسخ، فسخ و انفساخ، طرق انحلال عقد محسوب می‌شوند (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج: ۱۱).

البته نقص ماده ۲۶۴ قانون مدنی از جهت دیگری نیز مورد انتقاد واقع شده است به طوری که برخی معتقدند، تقاض که ادله معتبر فقهای امامیه حاکی از مشروعیت آن است و موجب می‌شود طلبکار حقش را دریافت کند، باید در اسباب سقوط تعهد ذکر شود (سعادت مصطفوی؛ آزاد داور، ۱۳۸۸: ۳۰ - ۲۷).

به نظر می‌رسد که در میان اسباب سقوط تعهد که در ماده ۲۶۴ قانون مدنی آمده است، تبدیل تعهد بیش از پیش می‌تواند ما را از خصوصیات تعهد آگاه کند. اصطلاح و ساختار حقوقی تبدیل تعهد میراثی از رومیان است که در حقوق بسیاری از کشورها به یادگار مانده است ولی این نهاد در حقوق و فقه اسلامی سابقه‌ای نداشته است. حقوق ایران این نهاد را در ماده ۲۹۲ قانون مدنی ایران پذیرفته است (اسکینی؛ جعفریان، ۱۳۸۸: ۹۷). تعهد می‌تواند به تراضی طرفین یا توافق آن‌ها با شخص ثالث تغییر کند؛ از ذمه‌ای به ذمه‌ای انتقال یابد، موضوع آن تغییر کند و یا طلبکار جای خود را به دیگری بدهد. تبدیل تعهد و انتقال

تعهد از اسباب تغییر و تحول در مفاد تعهد و طرفین است. تبدیل تعهد عبارت است از عقدی که به موجب آن، تعهد موجود، منتفی شود و تعهد جدیدی جایگزین آن شود درحالی که انتقال تعهد در زمانی پدید می‌آید که تعهد موجود، با صورتی که دارد به یک یا چند شخص منتقل گردد و موجب قائم‌مقامی در شخص طرف تعهد شود (توکلی کیا، ۱۳۹۷: ۴۰).

در حقوق مدنی دو مفهوم «تبدیل تعهد» و «انتقال تعهد» به هم آمیخته شده است و تبدیل تعهد و انتقال تعهد یک جریان از دو دیدگاه محسوب می‌شود؛ به عبارت دیگر؛ نظریه انتقال تعهد همان اندیشه تکامل یافته تبدیل تعهد است و نباید آن‌ها را دو مفهوم جداگانه محسوب کرد (همان: ۴۱). البته زمانی که به موجب قراردادی میان دو شخص، برای یک طرف دین و برای طرف دیگر طلب ایجاد می‌شود، سند تجاری که میان آن‌ها از این جهت مبادله می‌شود، از نظر ظهور عرفی وسیله پرداخت است و تشکیل رابطه حقوقی جدیدی بین طرفین محسوب نمی‌شود و بنابراین تبدیل تعهد صورت نمی‌گیرد (نیک فرجام، ۱۳۸۳: ۱۳۳).

برخی معتقدند، انتقال قرارداد هم که از دیرباز در عقود مانند مضاربه، مساقات، مزارعه و وکالت مورد اجماع فقها بوده (طالقانی، ۱۳۹۴: ۱۴۱) و مبین یک واقعیت اقتصادی است، در حقوق تعهدات بازتاب می‌یابد به طوری که انتقال قرارداد را می‌توان به سکه‌ای تشبیه کرد که یک روی آن اصول تعهدات و روی دیگر آن مقتضیات اقتصادی است (همان: ۱۴۲). در این راستا معتقدند که قرارداد ارزش مالی پیدا می‌کند و در زمره اموال اعتباری محسوب می‌شود یعنی اموالی که ذاتاً مالیت ندارند بلکه نماینده مال هستند، عینیت ندارند و به این لحاظ جزء اموال حکمی محسوب می‌شوند (همان: ۱۴۳) و به اعتبار شخصی بودن رابطه قراردادی علاوه بر تراضی اراده منتقل کننده و منتقل الیه، برای انتقال به دخالت اراده طرف دیگر قرارداد نیز محتاج هستند (همان: ۱۴۴). بدیهی است که تبدیل تعهد در قانون مدنی، اعم از تبدیل تعهد به معنی رومی است که شامل تبدیل موضوع تعهد و سبب تعهد با تراضی متعهد و متعهدله بود، تبدیل تعهد در قانون مدنی شامل انتقال تعهد نیز هست و وسیله این تعهد فقط دو عقد معین ضمان و حواله نیست، بلکه انتقال طلب که نوعی از انتقال تعهد است که می‌تواند با عقود نامعین و بدون دخالت مدین، واقع شود اما انتقال دین که صورت دیگر انتقال تعهد است با عقد ضمان واقع می‌شود و چون اعتبار مالی مدین مهم است در عقود اجاره، بیمه، تعهد به بیع چنانچه شرط شده باشد و در سایر عقود از طریق تعهد به نفع ثالث ممکن است و در هر حال تضمین‌ها تعهد سابق به تعهد لاحق، جز با تراضی تعلق نمی‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۴۸-۲۴۵).

بنابراین به نظر می‌رسد از منظر قانون مدنی، تعهد که گاه از نکاح اراده‌ها در قالب عقد ایجاد می‌شود، نهادی است که عمری مستقل از عقد مولد خود دارد، می‌تواند منتقل شود و یا بر حسب اسباب مختص به خود و یا انحلال عقد، سقوط کند؛ در حالی که قابلیت استناد به عقد در تعاقب ایادی نشان می‌دهد که عقد به عنوان یک موجود اعتباری که وقوع یک پدیده اجتماعی را نمایندگی می‌کند، علی‌رغم ساقط شدن تعهدات ناشی از آن می‌تواند به حیات خود ادامه می‌دهد. دلیل دیگری که این نتیجه را تقویت می‌کند منحصر بودن طرق انحلال عقد در حقوق ما است. این طرق در حقوق ما به فسخ، تفاسخ و انفساخ خلاصه می‌شوند؛ بطلان هم نشان‌دهنده عدم انعقاد عقد از آغاز و نه انحلال آن محسوب می‌شود؛ اما همه خصوصیات تعهد از میان احکام بحث شده که قانون‌گذار به طور مستقیم معطوف به تعهد مقرر کرده است، قابل فهم و درک نیست، بلکه درک کامل خصوصیات تعهد محتاج درک نظریه عمومی تعهدات است که از بسیاری از احکام عقود معین به دست آمده است، نظریه عمومی روابط گوناگون را در بر می‌گیرد و محدود به حقوق مدنی هم نیست، بنابراین در مبحث بعدی سیمای تعهد و مبانی الزام‌آور بودن آن را مطالعه می‌کنیم.

۲- سیمای تعهد و مبانی الزام‌آور بودن آن

در این مبحث با توجه به اینکه مقصود نهایی از این تحقیق بررسی تغییر خصوصیت تعهد و وضعیت اختصاص قاعده حق تعقیب به حقوق عینی در نظم کنونی با لحاظ غیرقابل استناد شدن معامله به قصد فرار از دین است، در بند اول رابطه دین و تعهد را از منظر فقهی تحلیل می‌کنیم، سپس در بند دوم به تحلیل مبانی الزام‌آور بودن تعهد خواهیم پرداخت. در بند سوم نیز ابعاد تعهد را بررسی خواهیم کرد و سرانجام در بند چهارم اقسام تعهد را باز خواهیم شناخت.

۲-۱- رابطه دین و تعهد

در تعهدات حداقل یک عنصر و حداکثر چهار عنصر می‌تواند وجود داشته باشد که این عناصر عبارت‌اند از: عنصر وضعی متعهد (مشغول الذمه بودن متعهد)، عنصر تکلیفی متعهد (وجوب پرداخت دین)، عنصر وضعی متعهد له (تعلق طلب به دارایی متعهد له) و عنصر تکلیفی متعهد له (حق مطالبه دین) و به طور معمول دین و طلب با هم از یک سو و تعهد و حق اجبار نیز با هم از سوی دیگر ملازمه دارند (نعمت‌اللهی، پیشین: ۱۴). صاحب این نظر معتقد است که در حقوق تعهدات پذیرش یکی از دو عنصر اول به عنوان عنصر اساسی تعهد موجب نزدیک شدن حقوق تعهدات به حقوق اموال می‌شود (همان: ۱۶-۱۵). صاحب این عقیده در تحلیل خود نسبت به اینکه کدام یک از عناصر مزبور، عنصر اساسی تعهد است این احتمال

را مطرح کرده است که گاهی اساساً ممکن است فقط یک عنصر وجود داشته باشد و آن تکلیف به ادا است و در این خصوص از بذورات و کفارات مثال آورده است (همان: ۱۶).

از سوی دیگر این نظر حالتی که دین مؤجل وجود دارد و موعد پرداخت آن نرسیده است به حکم وضعی دین و حکم وضعی طلب به ترتیب برای مدین و طلبکار تعبیر کرده است که با سر رسیدن موعد حکم تکلیفی تعهد به پرداخت و حق مطالبه بر آن‌ها تعلق می‌گیرد (همان: ۱۷). همچنین صاحب این عقیده معتقد است که گاه هر دو عنصر وضعی و یک عنصر تکلیفی یعنی حق مطالبه وجود دارد اما تکلیف به ادا وجود ندارد و مصداق آن دین بر عهده متوفی است (همان: ۱۸). البته صاحب این نظر در ادامه به طور متعارض اظهار داشته است که درباره دین متوفی عنصر تکلیف به ادا وجود دارد؛ ولی مخاطب حکم تکلیفی ادای دین، شخصی غیر از مخاطب حکم وضعی دین است (همان: ۱۹).

سرانجام ابزار عقیده شده است که مهم‌ترین عنصری که در هر تعهد و تکلیف مالی وجود دارد، عنصر تکلیفی است و با توجه به این عنصر می‌توان تعهد را به تکلیف به انجام دادن یا انجام ندادن کار مادی یا حقوقی تعریف کرد (همان: ۲۰). همچنین تعهد جاعل به پرداخت جعل، قبل از انجام عمل یا تعهد شوهر به انفاق در آینده یا تکلیفی که در اثر وارد کردن خسارت از سوی مجنون به وجود می‌آید، مصادیق وجود عنصر تکلیفی بدون وجود حکم وضعی معرفی شده‌اند. البته در ادامه به آگاهی از این نظر که دخالت ولی به علت نداشتن اهلیت استیفا طفل یا مجنون است، تصریح شده است (همان: ۲۴). صاحب این نظر سرانجام مدعی شده که در ناقص‌ترین حالت تعهد به مفهوم حقوقی، فقط شامل یک حکم تکلیفی و وظیفه‌ای بر دوش متعهد و مکلف است و فاقد دیگر عناصر تکلیفی و وضعی است و لذا عنصر اصلی و مشترک همه تعهدات را عنصر تکلیفی از ناحیه متعهد دانسته است (همان: ۲۹) البته در مقابل، حقوق‌دان معتقدند که در هر رابطه حقوقی، در برابر هر حق، التزامی وجود دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۱)؛ بنابراین در نقد عقیده مزبور لازم است به برخی از موارد توجه شود؛ آنجا که خود ولی یا سرپرست مدین می‌شود از نقطه نظر قانون مسئولیت مدنی مربوط به تقصیر او در نگهداری صغیر است و آنچه در مصداق فوت مدین، تشریح شد نشان می‌دهد که خود صاحب‌نظر گاه در بیان عقیده متوجه نقص نظر خود شده اما نتوانسته تعارض به میان آمده را برطرف کند؛ بنابراین باید گفت با توجه به اینکه با فوت، شخصیت مضمحل می‌شود و دیون مؤجل متوفی حال می‌شود و بر ترکه قرار می‌گیرد، در صورتی که وراثت تصفیه ترکه را قبول کنند مطابق اصل، مدین هستند مگر اینکه عدم کفایت ابتدایی دارایی یا تلف شدن بعدی آن بدون تقصیر را اثبات کنند، بنابراین نمی‌توان این نظریه را به این شکل پذیرفت. از سوی دیگر چون حوزه

عبادات از حوزه معاملات از منظر حقوقدان جدا است، بنابراین با لحاظ اینکه تعریف حقوقدانان معطوف به حوزه معاملات بوده است، نمی‌توان تقسیم‌بندی موصوف را با این وصف که ناظر به حوزه عبادات باشد پذیرفت. چون همان‌طور که از نام حوزه عبادات هویدا است، بحثی از ضمانت اجرای حقوقی در آن نیست. آنچه در حقوق می‌توان پذیرفت وجود چهار عنصر یاد شده در دیون حال یا دو عنصر وضعی در دیون مؤجل یا وجود عنصر وضعی دین در تعهدات طبیعی یا فقط وجود حکم تکلیفی به ادا دین در حالتی مثل عقد جعاله است.

در خصوص عناصر تعهد اختلاف نظر وجود دارد، برخی دیگر معتقدند که عناصر تعهد عبارت‌اند از: دین، طلب، معین بودن موضوع طلب، طرفینی بودن تعهد و تمایز متعهد و متعهد له (ولوجردی، پیشین: ۸۸-۸۷) و از بررسی آثار برخی دیگر از حقوقدانان مکشوف شده که گاه تا یازده عنصر را برای تعهد برشمرده‌اند که این عناصر عبارت‌اند از: رابطه حقوقی، دین، طلب، حق مطالبه، ضمانت اجرا، متعلق موضوع تعهد، معین بودن متعلق تعهد، تعیین متعهد، تغایر متعهد و متعهد له، موضوع تعهد، عدم متعلق امر و نهی قانون به موضوع تعهد، در حالی که از نظر برخی دیگر از حقوقدانان تعهد فقط سه عنصر دارد که عبارت‌اند از: طرفین تعهد، موضوع تعهد، رابطه حقوقی. به آنان که طرفین تعهد را رکن اول وجود تعهد دانسته‌اند منسوب شده که به همین اعتبار تعهد را به حق شخصی تعبیر کرده‌اند چون برخلاف حق عینی که به طور مستقیم بر شی و مال اعمال می‌گردد بر عهده فردی که همان متعهد است بار می‌شود و حتی آورده‌اند که برخی دیگر در خصوص وجود طلبکار قابلیت تعیین آن را کافی دانسته‌اند (احمدی، پیشین: ۱۶-۱۵).

منظور از ضرورت وجود طرفین انکار قابلیت ایجاد تعهد به یک اراده دانسته نشده است، بلکه در تعبیر این رکن آورده‌اند که منظور وجود تعهد پس از ایجاد است و نه چگونگی ایجاد و منشأ آن (همان: ۱۶). بدیهی است که چنانچه دو وصف طلبکار و بدهکار در شخص واحدی جمع شود، تعهد ساقط می‌گردد (احمدی، پیشین: ۱۶؛ ولوجردی، پیشین: ۸۸) و اینکه وجود دو طرف در رابطه دینی رکن ضروری تعهد است بدین معنی نیست که در هر تعهد فقط یک نفر می‌تواند در مقابل نفر دیگر دین را به عهده بگیرد، بلکه در مواردی ممکن است نسبت به یک تعهد چند نفر طلبکار و یک نفر متعهد و مدین باشد (احمدی، پیشین: ۱۶-۱۷). البته ابراز عقیده شده است که در پاره‌ای از موارد ممکن است متعهدله معین نباشد اما تعهد زمانی تحقق می‌یابد که وی نیز معین گردد مانند آنچه در وقف بر معدوم به تبع موجود می‌گذرد. همچنین طرفینی بودن تعهد به این معنا تلقی نشده است که لزوماً باید در آن، دو تعهد به وجود آید؛

زیرا ممکن است فقط یک نفر علیه خود به سود دیگری ایجاد تعهد کند (ولوجردی، پیشین: ۸۸-۸۷)؛ اما در خصوص موضوع تعهد باید گفت که منظور از موضوع تعهد همان «متعهد به» است و مراد از آن امری تفسیر شده که متعهد در برابر متعهدله بر عهده می‌گیرد (احمدی، پیشین: ۱۷).

موضوع تعهد را باید تعهد به تملیک، تعهد به انجام کار، تعهد به خودداری از انجام کار بدانیم (ولوجردی، پیشین: ۸۸). از استقراء در نظر حقوقدانان استنباط شده اینکه عقد تملیکی ناظر به تعهد به تملیک است یا خیر محل اختلاف است چون برخی اثر عقد را در عقود تملیکی، تعهدی دانسته‌اند که در همان حین عقد تملیکی، بی‌درنگ اجرا می‌شود اما عده دیگری عقود تملیکی را ناظر بر تعهد به تملیک ندانسته و معتقدند که تملیک اثر مستقیم عقد است و نیازی نیست که به اجرای خود به خود و بی‌درنگ تعهد تعبیر شود، اینان انعقاد عقود تملیکی را ناظر به عین خارجی یا در حکم آن (کلی در معین) می‌دانند و در خصوص عینی که کلی فی‌الذمه باشد انتقال را با تعیین مصداق، ملازم دانسته‌اند و عقدی را که موضوع آن کلی فی‌الذمه باشد ناظر به «تعهد به تملیک مقدار معینی از افراد کلی» دانسته‌اند هرچند خود تصریح کرده‌اند که انتقال مالکیت اثر عقد است و نه قبض؛ زیرا اگر قبض عمل حقوقی مستقلی بود، بطلان عقد، قبض را بلااثر نمی‌کرد (همان: ۸۹). در خصوص رکن سوم که وجود رابطه حقوقی است، باید توجه شود که این رابطه حقوقی، الزام‌آور است و الزام‌آور بودن تعهد به این معنای است که اجرای آن بر متعهد واجب است و کسی را که در انجام دادن کاری آزاد است نمی‌توان متعهد دانست. الزام‌آور بودن تعهد در عقد لازم، امری بدیهی و روشن است و در عقود جایز که متعهد می‌تواند با فسخ آن خود را از انجام تعهد برهاند، عقد جایز است و نه تعهد زیرا مادام که عقد باقی است انجام تعهد الزام‌آور است (همان: ۸۶).

اینکه تعهد رابطه‌ای است حقوقی، دینی و شخصی، صحیح است اما به نظر می‌رسد که رابطه دین و تعهد از لحاظ منطقی همیشه تساوی نیست و وجود مقوله تعهدات طبیعی یا متعهد شدن جاعل به پرداخت جعل قبل از عمل عامل، نشان‌دهنده آن است که گاه دینی بدون تعهد به ایفای آن وجود دارد و یا تعهدی شکل می‌گیرد پیش از آنکه مدین شدن، شکل بگیرد و همین امر نشان می‌دهد که مدین بودن یک حکم وضعی است در حالی که متعهد بودن یک حکم تکلیفی محسوب می‌شود اما به نظر می‌رسد که در پذیرش نظریه تجزیه تعهد به عناصر وضعی و تکلیفی نباید بیش از این در حقوق که حوزه معاملات است و نه عبادات پیش رفت. حال لازم است که در بند بعدی بررسی شود که مبنای الزام‌آور بودن تعهد یا به دیگر سخن، حکم تکلیفی مدین، چیست.

۲-۲- مبانی الزام آور بودن تعهد

به طور کلی، می توان گفت که دو نظریه عمده در مورد مبانی الزام آور بودن تعهد ارائه شده است، یکی نظریه فردگرایان و دیگری نظریه جامعه‌گرایان است. فردگرایان با بررسی هدف قواعد حقوق، تلاش می کنند تا مبانی تعهد را بر اساس نظریه حاکمیت اراده توجیه کنند. در مقابل، جامعه‌گرایان با تکیه بر مصالح اجتماعی و ناچیز پنداشتن منافع فردی در مقابل منافع جمعی، سعی دارند نقش اراده فردی را در به وجود آوردن تعهد کاهش دهند یا به عبارت دیگر می توان گفت جامعه‌گرایان در به وجود آمدن تعهد، نقش عواملی را که با نظم عمومی جامعه ارتباط دارد، پر رنگ تر جلوه می دهند (حیاتی، ۱۳۸۰: ۳۷). در این میان، نظریه میانه نیز وجود دارد که درصدد جمع دو نظریه برآمده است (همان: ۳۸-۳۹).

فردگرایان داشتن اراده را نشانه شخصیت انسان می دانند و تأمین آزادی اراده و در نتیجه برابری اشخاص را دارای ریشه طبیعی و فطری می دانند که هیچ قانونی نمی تواند آن را از بین ببرد یا از شخصیت انسان جدا سازد. آن ها معتقدند که انسان آزاد و مستقل را هیچ نیروی جز اراده خود او نمی تواند متعهد سازد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۳۷). هنوز قرن هفدهم میلادی سپری نشده بود که نظریه حاکمیت اراده ثبات و استقرار خود را پیدا کرد؛ اما نقطه اوج پذیرش این نظریه، به قرن هجدهم میلادی بر می گردد (حیاتی، پیشین: ۴۲). در نظریه حاکمیت اراده منبع اصلی تعهدات را قرارداد تشکیل می دهد و دیگر منابع غیر قراردادی اندک و استثنایی و فقط در زمینه مسئولیت مدنی و مواردی همچون اتلاف و تسبیب تلقی شده است. یکی از نتایج این اصل حاکمیت اراده، آزادی قراردادی است بدین معنی که اشخاص در انعقاد قرارداد یا عدم انعقاد قرارداد و تعیین محتوا و آثار آن مخیر هستند (حیاتی، پیشین: ۴۴). همچنین گزارش شده از نتایج اصل حاکمیت اراده این است که در وقایع حقوقی نیز ضمان اشخاص، مبانی غیر مستقیم تعهد قرار می گیرد. به همین جهت، رابطه تعهدات غیرارادی نیز هیچ گاه با اراده آزاد قطع نمی شود (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۳۸).

نظریه فردگرایان با اصول و تعریف هایی که از آن شد امروزه طرفدار چندانی ندارد. تحولات اقتصادی، مهم ترین عامل پذیرش نظریه حاکمیت اراده بود (همان: ۳۹). اما اندیشه جامعه گرایی و اصیل دانستن جامعه در برابر فرد، از قدیم الایام در نوشته های حکیمان دیده شده است؛ پیروان نظریه های اجتماعی در انتقاد از مبانی حقوق فردی، توافق دارند و هدف قواعد حقوق را تأمین سعادت اجتماع و ایجاد نظم در نزدیکی زندگی اجتماعی افراد می دانند و بر خلاف آنچه فردگراها ادعا کرده اند، از دیدگاه اجتماعی، فرد هیچ حق مطلقی در برابر منافع عموم ندارد (حیاتی، پیشین: ۴۸-۴۹)؛ اما جامعه گرایان هم در کم رنگ

کردن نقش حاکمیت اراده، به همان اندازه که پیروان نظریه حاکمیت اراده به بیراهه رفته بودند، به مبالغه و پر رنگ جلوه دادن اهمیت جامعه و کاستن از اهمیت فرد پرداختند. در این میان، عده‌ای میانه‌رو ظهور کردند که در مقام پیمودن مسیر اعتدال برآمدند (همان: ۵۱-۵۰).

در مجموع بیان شده که اثر اراده در حقوق عمومی، بسیار ناچیز و شاید به طور کلی بی‌اثر است اما در محدوده حقوق خصوصی، اراده جولانگاه وسیع‌تری دارد و منشأ بسیاری از این حقوق است؛ به طوری که آثار این حقوق را نیز تعیین می‌کند. بیان شده که در مقابل تعهدات غیر قراردادی، نقش اراده در تعهدات قراردادی بیشتر است، لیکن در تعهدات قراردادی نیز نقش اراده مقید به نظم عمومی و اخلاق حسنه است (همان: ۵۱). در نهایت ابراز عقیده شده است که طریقه جمع مصالح فردی و اجتماعی در این است که هر جا خواست‌های فردی به منافع اجتماعی لطمه وارد کند، این خواست‌ها باید محدود گردد. اگر چنین نباشد، به هیچ بهانه‌ای نمی‌توان از نقش حاکمیت اراده کاست. منبع اصلی تعهدات غیر قراردادی را نیز بایستی اخلاق، مذهب و نیازهای جامعه دانست به طوری که اراده سهمی در ایجاد آن ندارد (همان: ۵۳-۵۲). در نظام حقوقی ایران هر دو نظریه شخصی [اصالت فرد] و نظریه نوعی [اصالت جامعه] مدنظر قرار گرفته است هرچند که اصالت با نظریه شخصی است (احمدی، پیشین: ۳۸). علاوه بر اراده اشخاص که شارع مقدس آن را محترم شمرده است، مصالح اجتماعی نیز توسط شارع مقدس ملحوظ شده است.

قاعده ضمان ید که یکی از مستندات آن حدیث مشهوری از رسول اکرم (ص) است (محقق داماد، ۱۳۹۴: ۶۲)، قاعده اتلاف که از مستندات آن آیه شریفه قرآن است (همان: ۱۰۹)، قاعده تسبیب که روایات متعددی مستند آن است (همان: ۱۱۹ - ۱۱۸)، قاعده لاضرر که از جمله مستندات آن حدیث رسول اکرم (ص) است (همان: ۱۳۴)، قاعده غرور که مبنای آن حدیث رسول اکرم (ص) است (همان: ۱۶۴) و قاعده احترام مال مردم که از مستندات آن نیز حدیث رسول اکرم (ص) است (همان: ۲۱۳) نشان می‌دهند که مصالح اجتماعی نیز در فقه، مبنای ایجاد تعهد قرار گرفته‌اند.

بنابراین به نظر می‌رسد که از قرآن کریم و شرع مقدس نه تنها حکم وجوب تعهدی که ارادی بر عهده قرار گرفته شده، استنباط می‌شود بلکه از عموم آیاتی که دلالت بر عهد عام الهی و ملازمه داشتن متعهد بودن و خردمند بودن یا متعهد بودن و نیکوکار بودن دارند و نیز قواعد فقهی مانند ضمان ید، اتلاف، تسبیب و لاضرر که شارع مقدس، آن‌ها را بر روابط اجتماعی حاکم دانسته است، مبنای فقهی وجوب تعهدات غیر قراردادی نیز استنباط می‌شود که در واقع مبنای شرعی حکم وجوب تعهدات قانونی را نشان

می‌دهند. به نظر می‌رسد که این مبانی نیز دلیل این است که تعهد و عقد دو موجود اعتباری مختلف هستند.

۲-۳- بررسی ابعاد تعهد

پس از استقراء در نظر برخی از حقوق‌دانان آورده‌اند در خصوص اینکه تعهد فقط شامل تعهدهای مالی و اقتصادی است یا اینکه روابط خانوادگی و تکالیف غیرمالی را هم در بر می‌گیرد اتفاق نظر نیست. گروهی دامنه شمول مفهوم تعهد را به دیون و تکالیف خانوادگی و غیرمالی گسترش داده و تمام حقوق و تکالیف ناشی از روابط خانوادگی بین اعضاء و دیون و تکالیف غیرمالی را از جمله تکالیف اعضای انجمن‌های علمی، ورزشی و خیریه را مشمول عنوان تعهدات دانسته‌اند اما در مقابل گروه دیگری تعهد را اختصاص به روابط مالی داده و گفته‌اند شامل حقوق و دیون است که از عناصر دارایی و قابل ارزیابی به پول هست و هدف از ایجاد آن هم رفع نیازهای مادی است؛ اما در نهایت تکیه بر نظری شده که قلمرو این دو نظر را از هم منفک ندانسته است و این دو را در هم صاحب نفوذ معرفی کرده زیرا گاهی ضمانت اجرای یک حق غیرمالی، ایجاد التزام مالی است و بر اساس این تفکر، تعهد را رابطه‌ای تعریف کرده‌اند که جنبه مثبت آن از عناصر دارایی و جنبه منفی آن در شمار دیون بدهکار است اما تکالیف ناشی از روابط خانوادگی و امور غیرمالی را علی‌رغم آنکه مشمول تعریف عام تعهد دانسته، تابع قواعد فنی تعهدات ندانسته است و جنبه معنوی و اخلاقی این تعهدات را بر جهات مالی آن ارجح دانسته‌اند. نظر مورد اتکا تعهد را در حقوق کنونی دارای دو بعد مالی و شخصی می‌داند (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۴۵ - ۴۴؛ احمدی، پیشین: ۱۸ - ۱۷).

به نظر می‌رسد که تعهدات غیرمالی، ریشه حکمی دارند و نه ریشه حقی و تنها زمانی که ضمانت اجرایی مالی می‌یابند، چهره مالی آن‌ها، تبدیل به تعهدی می‌شود که تابع قواعد فنی تعهدات است. چون بررسی اقسام تعهد برای فهم عناصر حق دینی و به دیگر سخن خصوصیات تعهد مفید به نظر می‌رسد در بند بعدی اقسام تعهد مطالعه خواهد شد.

۲-۴- اقسام تعهد

تعهد به اعتبار مقسم‌های مختلف به صورت‌های مختلف در دکترین تقسیم شده است که به طور اجمالی این پنج مقسم بدین شرح است: ۱- تقسیم تعهد به اعتبار موضوع تعهد (احمدی، پیشین: ۱۸). ۲- تقسیم تعهد به اعتبار منبع تعهد. ۳- تقسیم تعهد به اعتبار هدف و مفاد تعهد (همان: ۳۴). ۴- تقسیم

تعهد به اعتبار میزان استحکام تعهد (همان: ۳۶). ۵- تقسیم تعهد به اعتبار استقلال و وابستگی تعهد (همان: ۳۷).

در تقسیم‌بندی به اعتبار موضوع: از تعهد به تملیک یا انتقال مال، تعهد به انجام کار، تعهد به پرداخت وجه نقد، تعهد به خودداری از انجام کار سخن به میان آمده است (همان: ۲۲-۱۸). یا اینکه به اعتبار موضوع، تعهد به سه دسته تقسیم شده است: تعهد به تملیک یا انتقال مال، تعهد به انجام کار و تعهد به خودداری از انجام کار (موسوی‌بجنوردی، ۱۳۷۹: ۴۸-۴۷). از سوی دیگر به اعتبار موضوع تعهد، تقسیم‌بندی دیگر نیز ذکر شده که عبارت است از: تعهد مالی، تعهد غیرمالی، تعهد به فعل، تعهد به ترک فعل، تعهد به مال، تعهد به نفس (همان: ۳۰).

علاوه بر این تقسیم تعهد، با اسامی به وسیله و به نتیجه نیز نوعی تقسیم تعهد به اعتبار موضوع معرفی شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۵۴). به نظر می‌رسد اطلاق و عموم الفاظ در تقسیم‌بندی دوم تمام موضوع‌های قابل اندراج در تعهد را در بر می‌گیرد و از تکرار بیش از حد اقسام نیز دوری جسته است و بدین جهات صحیح است و تقسیم‌بندی تعهد با اسامی به وسیله و به نتیجه نه از لحاظ موضوع، بلکه از لحاظ احتمال حصول نتیجه، قابل توجه است.

تقسیم‌بندی دوم بر اساس منبع است. مراد از منبع تعهد سبب قانونی آن بیان شده است سببی که موجب تعهد می‌شود و گاه عقد است و گاه رفتاری است که به حکم قانون موجب الزام می‌شود (همان: ۲۷). از استقراء در نظام‌های حقوقی آورده‌اند که در حقوق فرانسه و بعضی دیگر از نظام‌های حقوقی غربی به طور معمول، پنج منبع برای تعهد قائل هستند؛ عقد، شبه عقد، جرم، شبه جرم، قانون. در خصوص حقوق سوئیس بیان شده که قانون تعهدات آن، سه منبع برای تعهد عنوان کرده است که عبارت‌اند از: قرارداد، اعمال خلاف قانون، دارا شدن نامشروع؛ اما حقوقدانان سوئیسی منابع تعهدات حقوق آن کشور را تعهد ناشی از قانون، تعهدات ناشی از عمل حقوقی، تعهدات ناشی از اعمال نامشروع و تعهدات ناشی از جابه‌جایی ناعادلانه ثروت که اعم از دارا شدن نامشروع و اداره فضولی مال غیر، می‌دانند (همان: ۲۷-۲۸). در حقوق اسلام (فقه امامیه) نیز منابع تعهد به: عقد، شبه عقد، جرم، شبه جرم، شبه ایقاع و قانون تقسیم شده است (ولوجردی، پیشین: ۹۳). از حقوقدانان ایرانی نیز نقل شده که بر حسب عناوین قانون مدنی معتقد هستند که منابع تعهد از نظر قانون مدنی شامل اول: عقود و قراردادها و دوم: شامل اسباب خارج از قرارداد است و در حالی که یکی از منابع قانون مدنی ایران، قانون مدنی فرانسه و قانون تعهدات

سوئیس بوده است اما به دلیل بیگانه بودن نهادی مانند شبه عقد و جرم و شبه جرم، نامی از آن‌ها در قانون مدنی ایران به میان نیامده است (احمدی، پیشین: ۲۸).

برخی به اینکه قانون در شمار منابع تعهد ذکر شود ایراد کرده‌اند، بدین جهت که قانون منبع اصلی تمام تعهدات است و تمام منابع تعهد اعم از قراردادهای قانون کسب اعتبار می‌کنند (ولوجردی، پیشین: ۹۳). برخی از حقوق‌دانان ایرانی با ملاحظه انتقادات، بر مبنای قانون مدنی، منابع تعهد را در تقسیم‌بندی نخستین شامل: ۱- اعمال حقوقی ۲- وقایع حقوقی دانسته‌اند و در تقسیم‌بندی فرعی اعمال حقوقی را شامل: عقد، ایقاع و وقایع حقوقی را شامل: مسئولیت مدنی، غصب، استیفاء معرفی کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۰۶). اما به جهت ترمیم نقص این تقسیم‌بندی که ادعا شده برخی از الزامات دیگران را مانند تعهد به پرداخت نفقه در بر نمی‌گیرد ابراز عقیده شده آنچه موجب تعهد در این موارد می‌شود عنوان کلی وصف یا وضعیت یا موقعیت حقوقی خاص است که باید به سایر منابع یادشده در دکتترین افزوده شود (احمدی، پیشین: ۳۰). این در حالی است که تقسیم منابع تعهد به اعمال حقوقی و وقایع حقوقی، در برگیرنده تمام اقسام تعهد دانسته شده است زیرا هر پدیده اجتماعی اثر حقوقی دارد و هر حقی که به وجود آید (اعم از حق عینی یا دینی) یا از بین برود یا منتقل شود، مبنای آن یکی از اعمال یا وقایع حقوقی است، بنابراین این تقسیمی شایسته و صحیح است. عنوان وقایع حقوقی در برگیرنده عناوین جرم، شبه جرم و شبه عقد است و بدون نیاز به ذکر «قانون» به عنوان یکی از منابع تعهد، الزام‌های ناشی از قانون از قبیل «تکلیف به انفاق اقارب، پرداخت مالیات، انجام خدمت سربازی» را به عنوان وقایع حقوقی نیز در بر می‌گیرد (ولوجردی، پیشین: ۹۴). همچنین پس از استقراء، که دکتترین تعهد را از حیث منبع تعهد، به تعهد عقدی، تعهد شرطی، تعهد ایقاعی، تعهد خارج از عقد و تعهد قانونی نیز تقسیم کرده است (احمدی، پیشین: ۳۲).

به نظر می‌رسد که باید پذیرفت که منبع عام تعهدات، قانون است و بدون قانون، مسئولیت به ایفای تعهد و حق مطالبه آن ضمانت اجرایی در حقوق که علم تنظیم روابط اجتماعی است، ندارد و در مرتبه بعد منبع تعهد، اعمال حقوقی یا وقایعی حقوقی است که ارادی یا قهری وضعیتی را که اعمال ضمانت اجرا ضرورت می‌یابد، خلق می‌کنند. ضمانت اجرا حتی اگر در قرارداد هم پیش‌بینی شده باشد به حکم قانون است که اجازه اعمال آن و پشتوانه قضایی برای اعمال آن فراهم می‌شود. به نظر می‌رسد تعهدی مانند انفاق به اقارب که به ظاهر به طور مستقیم از قانون ناشی می‌شود در واقع ناشی از اعمال حقوقی

مانند ازدواج و وقایع حقوقی مانند تولد خویش مستحق انفاق باشد که به یکباره در اثر ناتوانی او در معیشت، ظهور و بروز می‌یابد.

در قسم سوم که تقسیم‌بندی تعهد به اعتبار هدف و مفاد است، عناوینی همچون تعهد وثیقه‌ای، تعهد به مواظبت و تعهد به نتیجه یا غایت ذکر شده است (همان: ۳۴) که به نظر می‌رسد که با وجود تقسیم‌بندی یاد شده از تعهد به اعتبار موضوع و احتمال حصول نتیجه، این تقسیم‌بندی بی‌فایده است.

در خصوص تقسیم‌بندی چهارم نقل شده که تعهد به اعتبار میزان استحکام به سه قسم، تقسیم شده است: تعهد لازم، تعهد جایز، تعهد قابل رجوع. البته به این تقسیم‌بندی ایراد وارد شده و اظهار شده است لزوم و جواز در حقیقت وصف عقد است که سبب ایجاد تعهد است و نه وصف مسبب و معلول که تعهد ناشی از عقد و عمل حقوقی است (همان: ۳۶). حائز اهمیت است که در خصوص تعهد قابل رجوع، بدانیم که تعهدی عنوان شده که با موت یا جنون یا سفه از بین نمی‌رود در حالی که حق رجوع در خصوص آن وجود دارد مانند تعهد واهب در عقد هبه، تعهد حابس مطلق، طلاق رجعی، تعهد موصی (همان: ۳۷). به نظر می‌رسد که تقسیم تعهد بر اساس قابلیت رجوع نیز همان ایراد که به تقسیم تعهد به لازم و جایز وارد کرده‌اند، وارد باشد.

اما در تفسیر تقسیم‌بندی پنجم که تقسیم‌بندی تعهد به اعتبار استقلال و وابستگی است بیان شده که در این تقسیم‌بندی که تعهد به تعهد اصلی و فرعی تقسیم می‌شود منظور آن است که در تعهد اصلی وجود، زوال، صحت و بطلان تعهد استقلال دارد و به هیچ تعهد دیگری وابسته نیست اما مقصود از تعهد فرعی، تعهدی است که از کلیه جهات مزبور به تعهد دیگری وابسته است (همان: ۳۷). به نظر می‌رسد که عناوینی چون صحت و بطلان، حکم وضعی عقد است که یکی از منابع تعهد است و مربوط به تعهد نیستند.

نتیجه گیری

آشکار شد که منبع تعهد منحصر به قرارداد نیست و به نظر می‌رسد که تعهد در قانون مدنی در معنای مسببی و مجزا از عقد به کار رفته است، تعهد حکم تکلیفی متعهد است و سقوط آن با سقوط دین ملازمه دارد، تعهد می‌تواند در معنی اصطلاحی قانون مدنی که شامل انتقال تعهد هم هست، تبدیل شود. علاوه بر این آشکار شد که اجرای تعهد از نظر شرع مقدس و به تبع آن قانون ایران، صرف نظر از منبع آن واجب است، این منبع در درجه اول قانون است و در درجه دوم و در طول قانون، اعمال حقوقی و وقایع حقوقی است. همچنین به نظر می‌رسد علی‌رغم نظریه سنتی که حق تعقیب را قاعده‌ای مختص به

حقوق عینی می‌داند، در خصوص تعهد که سیمای حقوق دینی است، قاعده مزبور تعدیل شده است. علی‌رغم اختلاف نظرهایی که در خصوص آثار قابل استناد نبودن معامله به قصد فرار از دین مطرح شده است، به نظر می‌رسد که نتیجه این حکم قانونی این است که دائن در انگیزه رسیدن به جزء مثبت دارایی خود که طلب نامیده می‌شود از قلمروی ذمه مدین فراتر رفته و برای رسیدن به این جزء مثبت دارایی خود، می‌تواند معادل آنچه خریدار تحصیل کرده، از او بستاند؛ بنابراین آنچه در باطن واقع می‌شود این است که به استناد یک رابطه دینی و حقوقی، متعهد له در ذمه شخص ثالث به تعقیب جزء مثبت دارایی خود می‌پردازد و این خصوصیت مهمی از تعهد است که مورد غفلت واقع شده است؛ البته قاعده منع دارا شدن بلا جهت مانع از این می‌شود که خریداری که عَوَضی داده را به حال خود رها کنیم اما چون باطل دانستن معامله مزبور به دیگران هم علاوه بر دائن حق نادیده انگاشتن عقد را می‌دهد، به نظر می‌رسد که بهترین راه کار این باشد که با اجرای حق تعقیب متعهدله، معامله به قصد فرار از دین را منفسخ بدانیم تا خریدار، حق رجوع برای عوض را بیابد. همچنین با توجه به اینکه قانون‌گذار در قانون جدید از واژه محکوم‌به یاد کرده است به نظر می‌رسد نباید رجوع به خریدار را تنها از آثار طرح دعوی کیفری و محکومیت خریدار بدانیم و استفاده توأم از الفاظ جریمه و محکوم‌به را بهتر است به کمک سایر مواد قانون جدید ناظر بر اراده قانون‌گذار برای اجرای این قاعده در اجرای احکام حقوقی و کیفری بدانیم.

فهرست منابع

۱. احمدی، محمدرضا (۱۳۸۸)، «تأملی در مفهوم، مبانی و اقسام تعهد»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۲۶، صص ۴۲-۷.
۲. اسکینی ربیعا، جعفریان علیرضا (۱۳۸۸)، «بررسی تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دائن و مقایسه آن با انتقال طلب»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۲۹، صص ۹۷-۱۱۸.
۳. امینی، علیرضا؛ آیتی، محمدرضا (۱۳۹۳)، فقه استدلالی ترجمه تحریر الروضه فی شرح اللمعه، ترجمه: دادمرزی، سید مهدی، قم: کتاب طه.
۴. پارساپور، محمد باقر؛ کبیری، حمید (۱۳۹۲)، «اجرای زود هنگام تعهدات قراردادی»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۹، صص ۴۲-۲۵.
۵. توکلی کیا، امید (۱۳۹۷)، «سقوط تعهد از تبدیل تعهد تا انتقال تعهد»، دادرسی، شماره ۱۲۸، صص ۵۰-۴۰.
۶. جمعی از پژوهشگران، دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (۱۴۳۱)، موسوعة الفقه الإسلامی طبقا لمذهب أهل البيت علیهم السلام، جلد شانزدهم، قم: موسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).
۷. جوانمردی، ناهید (۱۳۸۰)، «ماهیت وفای به عهد و بررسی مصادیق آن در حقوق ایران»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۴، صص ۶۸-۴۵.
۸. جعفری خسروآبادی، نصراله (۱۳۹۶)، «تأملی بر مفهوم تعهد و التزام در فقه امامیه و حقوق ایران»، مطالعات حقوقی، شماره ۲۵، صص ۹۶-۷۵.
۹. حماد، نزیه (۲۰۰۸)، معجم المصطلحات المالیه و الاقتصادیه فی لغه الفقهاء، جلد یکم، دمشق - سوریه: دار القلم.
۱۰. حیاتی، علی عباس (۱۳۸۰)، «مبنای تعهد در حقوق ایران و فرانسه»، دین و ارتباطات، شماره‌های ۱۳ و ۱۴، صص ۵۴-۳۷.
۱۱. حیاتی، علی عباس (۱۳۹۶)، اجرای احکام مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: نشر میزان.
۱۲. دهخدا، علی اکبر (۱۳۴۱)، لغتنامه دهخدا، جلد پنجم، تهران: سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور.
۱۳. درخشانی، علی اکبر (۱۳۴۶)، «سیر تعهد»، کانون وکلا، شماره ۱۰۷، صص ۱۵۴-۱۴۴.

۱۴. دهقان، علی اکبر (۱۳۸۲)، یکصد و پنجاه موضوع از قرآن کریم، جلد اول، تهران: مرکز فرهنگی درس‌هایی از قرآن.
۱۵. سعادت مصطفوی، مصطفی؛ آزاد داور، مهدی (۱۳۸۸)، «تقاص، سببی در سقوط تعهدات»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۲۹، صص ۶۴-۲۷.
۱۶. شهیدی، مهدی (۱۳۸۵)، سقوط تعهدات، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۱۷. صادقی، محسن (۱۳۸۴)، «نقد و بررسی: نقدی بر اسباب سقوط تعهدات در قانون مدنی ایران (با مطالعه تطبیقی)»، کانون، شماره ۵۶، صص ۲۲۸-۲۰۵.
۱۸. صالحی مازندرانی، محمد؛ محمدی میرعیزی، پیام (۱۳۹۶)، «اثر رد تعهد به نفع ثالث بر اعتبار قرارداد»، حقوق خصوصی، شماره ۳۰، صص ۱۳۴-۱۱۷.
۱۹. طالقانی داریوش (۱۳۹۴)، «انتقال قرارداد در تقابل بین اصول تعهدات و مقتضیات اقتصادی»، تحقیقات حقوقی، شماره ۶۹، صص ۱۶۹-۱۴.
۲۰. طاهری، مجتبی (۱۳۸۶)، «الزام آور بودن تعهد یکطرفه نسبت به خود»، کانون، شماره ۷۴، صص ۱۱۹-۷۹.
۲۱. عبد غیور، پیمان (۱۳۹۱)، آثار عقد معلق، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی.
۲۲. قاسمی، محسن (۱۳۸۶)، «آثار ایفاء در تعهدات قراردادی»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۲۶، صص ۲۱۴-۱۸۷.
۲۳. قلعه جی، محمد رواس (۲۰۰۰)، الموسوعة الفقهیه المیسره، جلد اول، بیروت - لبنان: دار النفایس.
۲۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱)، حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات، تهران: میزان.
۲۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، قواعد عمومی قراردادها، جلد یکم، تهران: سهامی انتشار.
۲۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، تهران: سهامی انتشار.
۲۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، تهران: سهامی انتشار.
۲۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، تهران: سهامی انتشار.
۲۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: میزان.
۳۰. لوی، برول هانری (۱۳۸۸)، جامعه شناسی حقوق، ترجمه، ابوالفضل قاض، تهران: نشر میزان.

۳۱. محسنی، حسن (۱۳۹۵)، «نوآوری‌های قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۱۵، صص ۸۵-۱۰۰.
۳۲. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۲)، مباحثی از اصول فقه، جلد سوم، تهران: مرکز نشر علوم انسانی.
۳۳. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۴)، قواعد فقه- بخش مدنی، تهران: مرکز نشر علوم انسانی.
۳۴. محمدی، سام (۱۳۸۸)، «ماهیت حقوقی تعهد به نفع شخص ثالث»، مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۹، صص ۲۷۱-۲۸۸.
۳۵. موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۷۹)، «لزوم انجام تعهد»، پژوهشنامه متین، شماره ۹، صص ۶۸-۴۵.
۳۶. نعمت‌اللهی، اسماعیل (۱۳۸۹)، «عنصر وضع و تکلیف در تعهد»، حقوق اسلامی، شماره ۲۵، صص ۷-۳۴.
۳۷. نیک فرجام، کمال (۱۳۸۳)، «معامله اسناد تجاری و تبدیل تعهد»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره‌های ۳۲ و ۳۳، ۱۳۶-۱۱۵.
۳۸. ولوجردی، محمد (۱۳۷۷)، «مروری اجمالی بر حقوق تعهدات»، کانون، شماره ۱۰، صص ۸۳-۱۰۲.

دادسرا نهادی شرعی مبتنی بر سیره عقلاء

امین جلیلی^۱

چکیده

دادسرا نهادی فرانسوی است که پس از انقلاب مشروطه وارد سازمان قضایی ایران شد. در این میان، عدم وجود نهاد دادسرا در صدر اسلام را نمی‌توان مستمسکی برای غیر شرعی خواندن این نهاد قرار داد. علت بیان مدعا، ابتدای مشروعیت نهاد دادسرا در چرخه قضایی ایران بر احکام امضائی استوار بر سیره عقلاست. اقدام مشابه عقلاء اقوام مختلف انسانی در بهره بردن از دادسرا در دوران تاریخ، مُثبت عقلایی بودن این نهاد می‌باشد. عقل به عنوان منبع شناخت، نه تنها این نهاد را معارض با شرع مقدس نمی‌داند که آن را نصرتی برای نظام دادرسی اسلامی جهت برپایی عدالت به حساب می‌آورد. در این میان، نگارنده بر آن است تا اولاً آشکار سازد که نهاد دادسرا یک نهاد شرعی اسلامی می‌باشد و در وهله دوم اثبات نماید که شرعی بودن نهاد دادسرا مبتنی بر احکام امضائی متکی بر سیره عقلاست و نه وجود نهادی به نام حسبه در صدر اسلام.

کلیدواژه‌ها: اصل وحدت قاضی، احکام امضایی، دادسرا، سیره عقلاء، نهاد حسبه.

^۱ - دانش آموخته کارشناسی ارشد رشته حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه شیراز- jaliliamin1991@gmail.com

مقدمه

تأثر رهبران و متفکران انقلاب مشروطه از متفکرین و سران انقلاب کبیر فرانسه، اسباب ورود نهاد فرانسوی دادسرا را در سال ۱۲۹۱ شمسی به چرخه قضایی ایران فراهم نمود. ۶۶ سال بعد از انقلاب مشروطه، انقلاب اسلامی در سال ۱۳۵۷ در خاک ایران به وقوع پیوست. با پیروزی انقلاب اسلامی، هر چند نهاد دادسرا به کار خود در چرخه تشکیلات قضایی جمهوری اسلامی ایران ادامه داد، اما از همان بدو حدوث انقلاب اسلامی، زمزمه‌های مبنی بر حذف نهاد دادسرا به علت غیر شرعی بودن آن به جهت حاکمیت اصل وحدت قاضی در نظام دادرسی اسلامی، به گوش می‌رسید. انتقاد وارده نتیجتاً سبب تصویب قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در تاریخ ۱۳۷۳/۴/۱۵ شد. این قانون، اختیار انحلال دادسراها را ظرف پنج سال به رئیس قوه قضاییه وقت، آیت الله محمد یزدی اعطا نمود، ولی ایشان ظرف کمتر از یک سال به عمر هشتاد ساله‌ی دادسراها در ایران خاتمه داد. باری، به دلیل مشکلات عدیده پیش آمده و بر مبنای استدلال مخالفان حذف نهاد دادسرا بدین توضیح که نهاد دادسرا همان نهاد حربه در صدر اسلام می‌باشد، رئیس جدید قوه قضاییه، آیت الله سید محمود هاشمی شاهرودی که حذف دادسرا را موجد اشکالاتی برای مجموعه تحت مسئولیت خود می‌دانست، لایحه اصلاح قانون دادگاه‌های عمومی و انقلاب را از طریق هیئت دولت به مجلس تقدیم نمود و قانون جدید در تاریخ ۱۳۸۱/۷/۲۸ به تصویب مجلس رسید و موجب احیاء دادسرا در سیستم قضائی ایران شد.

۱- سیر نهاد دادسرا در بستر تاریخ ایران و جهان

سابقه دادسرا از لحاظ تاریخی (متین دفتری، ۱۳۲۴: ۲۱۲)، به قرن چهاردهم میلادی در فرانسه باز می‌گردد. در آن زمان، دادسرا نه تنها نماینده جامعه نبوده و از حقوق و منافع افراد جامعه در برابر ظلم و جور دفاع نمی‌کرده است که به حق می‌توان اذعان داشت که دادسرا و مقامات آن همانند اهرم فشاری در دست حاکمیت جهت اعمال فشار بر مردم بوده است. در واقع مقامات مسئول صرفاً نماینده پادشاه و حاکمیت بوده و نه نماینده مردم و جامعه. در آن دوران، شاه نمایندگانی داشت که وظیفه آن‌ها دفاع از منافع شاه و اجرای مجازات بود که بیشتر جنبه مالی داشته است و سبب‌ساز پر شدن خزانه پادشاه محسوب می‌شد. قدرت این نمایندگان به تدریج افزایش یافت و آن‌ها می‌توانستند به صورت رسمی به طرح شکایات در دادگاه‌ها بپردازند. به هر حال، هر چند اجتماع این نمایندگان بیشتر بر پایه‌ی حمایت و صیانت از حاکمیت و پادشاه بوده و نه جامعه و افراد آن، اما به نوعی می‌توان اذعان داشت که هسته‌ی اولیه شکل‌گیری دادسرا در این دوران، شکل گرفت. دادسرا در این مفهوم تا انقلاب کبیر فرانسه در سال

۱۷۸۹ به کار خود ادامه داد؛ اما انقلابیون هر چند بسیاری از قوانین و مقررات را به واسطه‌ی ماهیت و ذات انقلاب که زیر و زبر شدن است، تغییر دادند اما از پادشاهان قبلی، دادسرا را به تراج برده و آن را حفظ نمودند. انقلابیون، این نمایندگی حاکمیت را حفظ نموده اما اختیار شروع به تعقیب را از آن سلب نمودند. هرچند بعداً با گذشت زمان متولیان امر در فرانسه دریافتند که کاهش اختیارات دادسرا به نفع جامعه نبوده و درصدد بازسازی آن برآمده و تا به امروز در جهت تکامل آن کوشیده‌اند.

ورود این نهاد فرانسوی به ایران پس از وقوع انقلاب مشروطه در سال ۱۲۹۱ شمسی^۱ بود. متأثر بودن متفکرین و سران انقلاب مشروطه از فضای فکری انقلاب کبیر فرانسه سبب شد تا آن‌ها به فکر کنار گذاشتن توشیح‌های ملوکانه‌ی پادشاهان قاجار افتاده و به تدوین قوانین مدون روی آوردند. حال پس از تصمیم تدوین قوانین مدون، به جهت ترویج اندیشه‌های انقلاب کبیر فرانسه توسط روشنفکران ایرانی و نفوذ اندیشه‌های متفکرین فرانسوی از جمله روسو، منتسکیو و ولتر، بر اندیشمندان انقلاب مشروطه، قوانین فرانسه جهت تدوین، مورد اقتباس واقع گردید.

اولین قانون جامع پس از انقلاب مشروطه مقتبس از قوانین فرانسه، اصول محاکمات جزایی است که در سال ۱۲۹۱ شمسی مورد تصویب قرار گرفت؛ که در واقع ترجمه و تلخیص قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه است (عالمی، ۱۳۷۴: ۲۲۷). پس از آن، در قانون اصول تشکیلات دادگستری مصوب سال ۱۳۰۷ شمسی^۲ که هنوز هم موادی از آن لازم‌الاجرا است، مرجع تعقیب، تحت عنوان اداره مدعی‌العمومی و مقام تعقیب، تحت عنوان مدعی‌العموم پیش‌بینی گردید. در ادامه‌ی سیر تکامل دادسرا در ایران، در اردیبهشت ماه ۱۳۱۷، رضاشاه پهلوی دستور تبدیل واژه‌های غیرفارسی به فارسی را صادر نمود. بر حسب این دستور، یکی از کمیسیون‌های هشت‌گانه فرهنگستان فارسی وظیفه تغییر اصطلاحات حقوقی را بر عهده گرفت. بیشتر واژگان حقوقی و قضایی از سال ۱۳۱۷ تا ۱۳۲۰ اصلاح شد (زرینی؛ هژبریان، ۱۳۸۸: ۲۵۷). بر همین اساس عناوین اصول محاکمات جزایی، اداره مدعی‌العمومی و مدعی‌العموم، جای خود را به عناوین آیین دادرسی کیفری، دادسرا و دادستان دادند. نهاد دادسرا در تمامی ادوار بعد از مشروطه به عنوان بخشی از تشکیلات قضایی مملکت با همان قانون اولیه در معیت دادگاه‌های کیفری وجود داشت و صحبتی از انحلال دادسرا به میان نیامد.

در سال ۱۳۵۷ با پیروزی انقلاب اسلامی همچنان دادسرا به مانند سال‌های پیش از آن به کار خود

۱- ۱۹۱۲ میلادی.

۲- ۱۹۲۸ میلادی.

در چرخه‌ی تشکیلات قضائی ادامه می‌داد تا اینکه انتقاداتی جدی همچون غیرشرعی دانستن این نهاد، به تدریج سبب حذف نهاد دادسرا از سازمان قضایی ایران گشت. در نتیجه این حذف، اختیارات دادسرا به رؤسای دادگستری و شهرستان استان و رئیس حوزه قضایی مربوطه تفویض شد. به گونه‌ای که ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ بیان می‌داشت: «تعقیب متهم و مجرم از جنبه حق‌اللهی و حفظ حقوق عمومی و حدود اسلامی برابر ضوابط قانونی به عهده رئیس حوزه قضایی هست و از جنبه خصوصی با تقاضای شاکی خصوصی شروع می‌شود». در این ماده رئیس حوزه قضایی بر منصب دادستان نشسته و دارای تمامی اختیارات دادستان از اقامه دعوی تا تعقیب متهم یا مجرم است. نکته جالب در حذف دادسرا از نظام قضایی ایران این است که با وجود حذف دادرهای عمومی و انقلاب، دادرهای نظامی و ویژه روحانیت با ایراد شرعی خاصی روبرو نشده اند و همچنان به فعالیت خود ادامه دادند (خالقی، ۱۳۹۴: ۴۰).

اندک زمانی از حذف دادسرا از چرخه‌ی قضایی ایران نگذشته بود که مشکلات عدیده‌ای گریبان‌گیر نظام قضایی ایران شد. به دلیل مشکلات عدیده پیش آمده و بر مبنای استدلال مخالفان حذف نهاد دادسرا، رئیس جدید قوه قضاییه آیت‌الله سید محمود هاشمی شاهرودی که حذف دادسرا را موجد اشکالاتی برای مجموعه تحت مسئولیت خود می‌دانست، لایحه اصلاح قانون دادگاه‌های عمومی و انقلاب را از طریق هیئت دولت به مجلس تقدیم نمود و قانون جدید در تاریخ ۱۳۸۱/۷/۲۸ به تصویب مجلس رسید و موجب احیاء دادسرا در سیستم قضائی ایران شد. مقدمه‌ی این اصلاحیه به نوعی چکیده‌ای از غالب نظرهای ارائه شده در باب ناکارآمدی دادگاه‌های عام به واسطه حذف نهاد دادسرا از چرخه‌ی قضائی بود. دلایل مذکور در این مقدمه چنین است:

- ۱- جانشین گردیدن مأموران ذی‌ربط نیروی انتظامی در عمل به جای دادسرا و بالتبع ناآشنایی آن‌ها به امور حقوقی و جزایی و بروز پیامدهایی از جمله ناقص تشکیل شدن پرونده‌ها و اطاله دادرسی.
- ۲- عدم توجه به میزان تجربه و دانش قضائی قاضی در دعاوی مهم و پیچیده و نیز جدید و نادیده انگاشتن دعاوی ناشی از تحولات صنعتی و فراملی در نتیجه ملحوظ نگردیدن امر تخصص و تقسیم کار در واگذاری صلاحیت عام به قاضی دادگاه عمومی.
- ۳- صحیح نبودن رسیدگی به جرائم مهم و غیرممکن به طور یکسان و در یک مجمع، بالتبع زمینه‌سازی برای عدم اجرای مطلوب عدالت و صادر نگردیدن احکام دقیق.
- ۴- تبدیل شدن دیوان عالی کشور به مرجع تجدیدنظر برخی از احکام حقوقی و کیفری، ضمن نداشتن

قدرت و اختیار لازم قانونی و در نتیجه عدم نظارت دیوان بر بسیاری از دادگاه‌ها.

۵- وجود حق تجدیدنظرخواهی برای مقام‌ها و اشخاص متعدد و بروز دشواری برای مختومه شدن پرونده‌ها و آثار ناشی از آن از جمله افزایش حجم کار دادگستری و دادگاه‌ها و اطاله دادرسی و ایجاد ناراحتی برای اصحاب دعوا.

۶- بازداشتن رئیس دادگاه یا دادگستری از رسیدگی بی‌طرفانه، به دلیل ورود آنان برای حفظ حقوق عامه و تعقیب جرائم عمومی و پیگیری آن‌ها در دادگاه و پس از صدور حکم تا اجرای آن.

۷- سابقه دادسرا و مأنوس بودن مردم، قضات و حقوقدانان با آن (جلالیان، ۱۳۸۱: ۵۲).

هم اکنون نیز به موجب ماده ۲۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴ هدف از تشکیل دادسرا چنین بیان شده است: «به منظور کشف جرم، تعقیب متهم، انجام تحقیقات، حفظ حقوق عمومی و اقامه‌ی دعوی لازم در این مورد، اجرای احکام کیفری، انجام امور حسبی و سایر وظایف قانونی، در حوزه قضایی هر شهرستان و در معیت دادگاه‌های آن حوزه، دادرسی عمومی و انقلاب و همچنین در معیت دادگاه‌های نظامی استان، دادرسی نظامی تشکیل می‌شود».

۲- مدعیان غیر شرعی بودن نهاد دادسرا

مهم‌ترین دلیل مدعیان غیر شرعی دانستن نهاد دادسرا، اصل وحدت قاضی مستتر در نظام رسیدگی اسلامی است. اصل وحدت قاضی به این معنا است که قاضی واحد با صلاحیت عام از ابتدا تا انتهای پرونده کیفری را رسیدگی و حتی اجرای احکام با نظارت خود قاضی صورت می‌گیرد. به دیگر سخن، اصل مذکور، بدان امر اشاره دارد که تمامی مراحل یک دادرسی اعم از تعقیب، تحقیق و رسیدگی در ید شخص واحدی به نام قاضی وجود داشته است. نتیجه‌ی عدم تفکیک میان مراحل مختلف یک دادرسی، نبود مقاماتی است که باید عهده‌دار امر تعقیب و تحقیق باشند (کیهان، ۱۳۷۰: ۷؛ سلام، ۱۳۶۹: ۵). فی‌الواقع مدعیان غیر شرعی دانستن نهاد دادسرا بر مبنای اصل وحدت قاضی مدعی فقدان نهاد دادسرا در چرخه‌ی قضایی نظام اسلامی هستند (شوشتری؛ حسینی، ۱۳۷۱: مذاکرات مجلس).

برخی در باب وجود اصل وحدت قاضی در چرخه قضایی نظام اسلامی معتقدند آیات و روایات مربوط به جلالت منصب قضاء بسیار است که اکثر آن‌ها دلالت صریح دارد که این مقام را خداوند متعال به پیغمبران و انبیاء و معصومین آنان موهبت فرموده و دیگران با فرمان و اذن خصوصی یا عمومی آنان، می‌توانند تصدی نمایند (گیلانی، ۱۳۷۸: ۲۳). در حقیقت مدعا آن است که تا می‌توان باید از تسری عنوان قضا بر افراد به جهت عظمت منصب خودداری نمود.

۳- مدعیان شرعی بودن نهاد دادسرا

اندک زمانی از حذف دادسرا از چرخه‌ی قضایی ایران نگذشته بود که مشکلات عدیده‌ای گریبان‌گیر نظام قضایی ایران شد. در مورد مدعای مدعیان شرعی بودن نهاد دادسرا باید بیان نمود که مهم‌ترین استناد ایشان جهت اثبات مدعایشان، توسل به وجود نهاد حسبه در سازمان قضایی اسلامی است. حال با توجه به اهمیت امر، نگارنده در ذیل به بررسی ماهیت نهاد حسبه می‌پردازد.

حسبه اسم است از مصدر احتساب مانند عده که اسم اعتداد است. احتساب به معنی انجام کاری برای خداوند و پاداش آن را نزد او انداختن است، چراکه خداوند هر کار شایسته‌ای را برمی‌شمارد و پاداش می‌دهد و حسبه اسم آن است و به معنی پاداش است. پس حسبه انجام چیزی است که در پیشگاه خداوند به شمار می‌آید. حال با توجه به تعاریف فوق، محتسب را می‌توان شخصی دانست که به امید پاداش از جانب خداوند سعی در پیاده نمودن اوامر او همچون امر به معروف و نهی از منکر داشته است. باید اعتراف نمود که محتسب فردی بس دانا و رند بوده است، به جهت آنکه او با خدایی معامله نموده که خریداری مشتاق است، که اعمال نیکو را به چند برابر قیمت خریده و بی‌شک اوست که از تمامی نیات انسانی آگاه بوده و عالمی علیم است.

از لحاظ تاریخی هر چند پس از فتح مکه سعید بن عاص بن امیه که یکی از کاتبان قرآن در روزگار عثمان بود، به دستور پیامبر (ص) در بازار آن شهر به بازرسی گمارده شد؛ اما عمر بن خطاب را باید نخستین پایه‌گذار سازمان حسبه به معنای باریک واژه دانست. هر چند این نام گذاری والی - حسبه برای نخستین بار در روزگار مهدی خلیفه عباسی انجام گرفت.

در نوشته‌های برجامانده تا آنجا که پیداست اصطلاح محتسب تا پیش از روزگار فرمانروایی مأمون عباسی به کار نرفته بود و در همین دوره بود که اصطلاح عامل‌السوق جای خود را به اصطلاح محتسب داد. این دگرگونی در نام در چهارچوب اسلامی کردن بنیادها و سازمان‌های اسلامی به دست عباسیان، به ویژه در کشاکش دوران معتزلیان صورت گرفت. در ادامه باید به این نکته اشاره نمود که برخی از خاورشناسان، واژه‌ی عامل‌السوق را ترجمه عربی واژه‌ی آگورانوموس (Agoranomos) دانسته‌اند که به زبان پارسی به معنای بازاریان یا بازرس بازار است. همانندی میان وظایف آگورانوموس و محتسب، پذیرش این گمان را که محتسب نهادهی مقتبس از یونان بوده است را تقویت می‌کند. با نگاهی به سرگذشت

سازمان حسبه در تاریخ دادرسی اسلامی درمی‌یابیم که محتسب از سوی خلیفه یا وزیر او و یا در استان-های بزرگ و مهم به دست استاندار گمارده می‌شده است. گماردن محتسب، مانند دیگر بلندپایگان دولتی، همراه با تشریفات بوده است.

از آنجاکه حسبه، پیش از هر چیز، یک ویژگی دینی دارد از این رو پیوسته متصدیان آن از بین روحانیون و عمامه‌داران برگزیده می‌شدند. از جمله شرایط احراز مقام محتسب می‌توان به مسلمان بودن، بالغ بودن، توانایی انجام امور محوله، عدالت، صاحب رأی بودن، استواری و کوشایی در دین و برخورداری از دانش و آگاهی به کارهای ناشایست آشکار اشاره نمود. صلاحیت سازمان حسبه را می‌توان در سه دسته کلی دینی- اخلاقی، اجتماعی- اقتصادی و قضایی- انتظامی تقسیم نمود. البته باید اشاره داشت که این بخش‌بندی به معنی جدایی میان این زمینه‌ها نیست، بلکه به وارونه آن، مانند زنجیر به هم پیوسته است و تنها برای ترسیم بهتر قلمرو و کار سازمان حسبه انجام گرفته است. در باب وظایف دینی- اخلاقی محتسب می‌توان به نظارت محتسب به چگونگی رفتار کارکنان مسجد، بازسازی و پاکیزگی مساجد، بسیج مردم جهت برپایی نماز جمعه، کمک به تهی‌دستان و نیازمندان، نظارت بر کار آموزگاران و حمایت از بردگان اشاره نمود. از جمله وظایف اجتماعی- اقتصادی محتسب هم می‌توان به سازماندهی و یکپارچگی جامعه، پیوند مردم با جامعه، نظارت بر پاکیزگی خیابان‌ها، جلوگیری از تنگ کردن کوچه و خیابان‌ها، بازرسی از نرخ‌های بازار، جلوگیری از احتکار، مقابله با فریبکاران و تقلب آمیزکنندگان در کالاها و سرانجام سازماندهی به اصناف و برپایی سازمان بازار اشاره داشت.

اما در باب صلاحیت قضایی- انتظامی محتسب باید اذعان داشت که سازمان حسبه اگرچه دارای سرشتی اداری- اجرایی بوده، ولی به همان اندازه از سرشتی قضایی نیز برخوردار است. این سخن از ابن عبدون اشبیلی که «سازمان حسبه برادر دادرسی است»، به خوبی نشانگر جایگاه محتسب در چرخه قضایی آن دوران بوده است.

در بینش حقوق اسلامی، جرم در عموم مصداق منکر (ناشایست) می‌باشد و وظیفه محتسب بود که به مبارزه با جرم برخیزد و در صورت نیاز به طرح دعوی کیفری بپردازد. در واقع مبنای رسیدگی محتسب، انجام منکر بوده است؛ اما برای آنکه محتسب بتواند اقدام به پیگیری منکر نماید چهار شرط لازم بوده است. اولاً باید کاری که محتسب انجام دهنده‌اش را از آن باز می‌دارد منکر (ناشایست) باشد. گاهی درجه ناشایستی آن کار به عرف رایج یا اخلاق حاکم بر جامعه باز می‌گشته است. ثانیاً کار ناشایست باید حال باشد یعنی در زمان اکنون و به هنگام رسیدگی محتسب موجود و عملی باشد. کار زشتی که پیشتر انجام

شده است یا بیم انجام آن در آینده می‌رود مشمول محتسب نمی‌گردد. در این مورد، تنها کار محتسب اندرز دادن است و بس و اگر بر فرض، در شرایطی، سزاوار کیفری باشد این در صلاحیت رسیدگی محتسب در نمی‌آید، بلکه بایستی قاضی در آن باره حکم دهد. ثالثاً آن کار ناشایست بایستی آشکار و بی‌نیاز از جستجو و کشف باشد. در واقع رسیدگی به آن امر نباید ملزم به انجام تحقیقی از سوی محتسب باشد؛ به جهت آنکه محتسب برخلاف قاضی، صلاحیت امر تحقیق در جرائم را ندارد و سرانجام چهارمین شرط این است که برای شناخت و تشخیص اینکه آن کار ناشایست است نیازی به اجتهاد نداشته باشیم و برابر نص قرآن یا سنت و حدیث به روشی ناشایست و زشت شناخته شده است. اگر مسأله‌ای نیاز به اجتهاد و استنباط پیدا کرد از چهارچوب صلاحیت رسیدگی محتسب بیرون می‌آید. البته سازمان حسبه به کارهای کوچک قضایی مانند تقلب در کسب و کالاها، نیرنگ در خرید و فروش و کم‌فروشی یا گران‌فروشی و آن دعاوی و اختلافات وابسته به تأخیر بدهکارانی است که توانایی پرداخت دیون خود را به بستانکار دارند (ساکت، ۱۳۸۲: ۴۶۵).

در یک نگاه کلی می‌توان صلاحیت محتسب را پیگیری جرائم مشهود و رسیدگی قضایی به جرائمی که بیشتر جنبه مالی داشته و لزومی به هیچ‌گونه تحقیقی نبوده و طرفین دعوا بر روی آن اتفاق نظر داشته‌اند دانست. در مورد پیگیری جرائم مشهود، محتسب از یک سو در مقام محتسب و از سوی دیگر گواه یا شاهد جرائم نزد قاضی تلقی می‌گردد.

۴- نظریه مختار در باب شرعی بودن یا نبودن نهاد دادسرا

نگارنده در باب وجود یا عدم وجود نهاد دادسرا در چرخه‌ی قضایی نظام دادرسی اسلامی معتقد است که حضور مقامی به نام «محتسب» نمی‌تواند مدعای آن دسته از افرادی که حضور این مقام را دست‌آویزی برای اثبات نهاد دادسرا قرار داده‌اند، را اثبات نماید. علت این بیان آن است که اولاً دادستان توان طرح تمامی دعاوی عمومی را در محاکم قضایی دارد، در حالی که محتسب تنها در موارد منکر آشکار، صلاحیت طرح دعاوی عمومی را داشته است. ثانیاً دادستان به عنوان رئیس دادسرا از استقلال نسبت به قاضی و محاکم برخوردار بوده است، در حالی که محتسب اغلب توسط خود قضات انتخاب می‌شده و مستقیماً زیر نظر مقام قاضی به انجام تکالیف محوله می‌پرداخته است. ثالثاً دادستان دارای شأن تحقیقی بوده، در حالی که محتسب به جهت رعایت اصل وحدت قاضی، فاقد هرگونه شأن تحقیقی بوده است.

در حقیقت، به صرف حضور مقامی مانند حسبه نمی‌توان قائل به دادستان و به تبع آن، دادسرا در نظام رسیدگی اسلامی شد؛ به جهت آنکه مقام حسبه تنها در جرائم مشهود، آن هم با رعایت تمامی

شرایط مقرر، صلاحیت طرح دعوا را داشته و ایشان هیچ‌گونه صلاحیتی در امر تحقیق به لحاظ رعایت اصل وحدت قاضی نداشته است. در واقع مأمور حسبه در جرائم مشهود با نیت خیر نزد قاضی محکمه حضور یافته و اقدام به شهادت تبرعی یا حسبی می‌نموده است. توضیح آنکه شهادت تبرعی یا حسبی به معنای آن است که افرادی پیش از درخواست حاکم در جرائم حق‌اللهی مبادرت به ادای شهادت نمایند. در واقع این افراد با نیت پاداش الهی، حاکم شرع را از جرائم حق‌اللهی به وسیله شهادت خود آگاه نموده و به جهت آنکه در این امر محتسب هیچ‌گونه سودی نداشته است، شهادتش با ایراد ذی‌نفع بودن روبرو نیست.

از سوی دیگر عدم وجود نهاد دادسرا در صدر اسلام به معنای غیرشرعی بودن این نهاد نمی‌باشد. در واقع نمی‌توان فقدان نهاد دادسرا در چرخه قضایی نظام دادرسی در صدر اسلام را مستمسکی جهت جلوگیری از ورود این نهاد در تشکیلات آیین دادرسی اسلامی بر مبنای غیرشرعی خواندن این نهاد قرار داد. مدعای شرعی دانستن نهاد دادسرا در تشکیلات دادرسی نظام اسلامی مبتنی بر سیره عقلاء است. توضیح آنکه عقل به عنوان منبع شناخت پدیده‌ها با قور در وظایف و عملکرد نهاد دادسرا نه تنها این نهاد را معارض و مخالف با شرع نمی‌داند که آن را یاور و نصرتی برای نظام دادرسی اسلامی جهت برپایی عدالت به حساب می‌آورد. به دیگر سخن، مبنای تشکیل نهاد دادسرا در چرخه دادرسی اسلامی را باید احکام امضایی مبتنی بر سیره عقلاء دانست.

حال که نگارنده مبنای شرعی دانستن نهاد دادسرا را احکام امضایی مبتنی بر سیره عقلاء دانسته است بر خود لازم می‌داند مختصراً توضیحاتی را جهت وضوح موضع خود در این باب ارائه نماید. پیش از ظهور اسلام، قوانینی در عرف جامعه رایج بودند که به عنوان نهادهای اصلی جامعه آن روز، وظیفه تنظیم روابط و مناسبات اجتماعی، سیاسی و اقتصادی را بر عهده داشتند. این قوانین در بین عقلای جامعه از مقبولیت لازم برخوردار بوده است و نادیده انگاشتن آن‌ها مذمت ایشان را به دنبال داشت. با آمدن اسلام، شارع در مواجهه با آن‌ها سه گونه عمل کرده است؛ در برخی موارد قانون موجود را به کلی ابطال نموده، که ابطال جواز را در معاملات از آن جمله است. در برخی دیگر، قانون موجود را اصلاح کرده و سپس به کار گرفته است. که اصلاح و به‌کارگیری قانون قطع دست دزد از این موارد است. برخی دیگر را نیز تأیید کرده و اصطلاحاً مورد «امضاء» قرار داده است. اصولیان قسم دوم و سوم را «احکام امضایی» می‌نامند (فیاضی، ۱۳۹۴: ۱۱۰).

در باب مفهوم سیره عقلاء نیز باید دانست که عبارت است از شیوه عملی و یا ارتکازات درونی همه

عقلای عالم فارغ از تفاوت‌های مکانی، زمانی و گرایش‌های دینی و مذهبی در برخورد با یک واقعه که آن روش را مفید و نیک تشخیص بدهند. در خصوص منشأ حجیت سیره عقلاء دو دیدگاه کلی وجود دارد. دیدگاه اول اشاره به حجیت سیره عقلاء بر مبنای طریقت دارد. منظور از طریقت این است که سیره عقلاء به خوی خود حجیت ندارد، بلکه حجیت آن منوط به این است که در مرأی و مسمع معصوم تحقق یابد و معصوم نیز آن را امضا بنماید یا حداقل در مقابل آن سکوت کند. در نتیجه سیره از آن جهت که سیره است حجت نمی‌باشد بلکه رضایت شارع است که آن را حجت می‌کند و مادام که این رضایت احراز نشده است حجت نخواهد بود. بر این اساس بنای عقلا تنها جنبه کاشفیت و طریقت دارد و آنچه مبنای حجیت دارد گفتار یا کردار و در نهایت سکوت معصوم می‌باشد.

دیدگاه دوم اشاره به حجیت سیره عقلاء بر مبنای موضوعیت دارد. منظور از موضوعیت آن است که برای اثبات حجیت سیره‌های عقلا نیازی به امضای صریح نداریم و بر همین مبنا هر جا سیره عقلانی‌ای شکل بگیرد، چه در عصر معصوم و چه در غیر آن، دارای حجت است که بر اساس چند مبنا می‌توانیم آن را توجیه نماییم. نخست، بر اساس دیدگاه رئیس بودن شارع، عدم احراز ردع نشانگر رضایت شارع است و چون شارع خود رئیس عقلاست، اگر چیزی مورد قبول عقلا واقع شود هر چند سیره عقلایی «نو پیدایی» باشد که در عصر معصوم سابقه نداشته دارای حجیت و اعتبار است. دوم، بر اساس دلیل عقل، باید دانست که محور و اساس دلیل عقل، درک حسن و قبح است. بر این اساس می‌توان گفت تبعیت از بنای عقلا حسن است و اگر بر مبنای آن مولا بر عبد خود حکم جاری نماید، عقل آن را حسن می‌داند. یکی از طرق حکم عقل، تحلیل بر اساس فطرت می‌باشد. بر اساس دیدگاه علامه طباطبایی انسان‌ها برای اموری که بر اساس فطرت اجتماعی مصلحتی درک نمایند، اعتبار حسن نموده و اگر در آن مفسده بیابند آن را قبیح می‌شمرند. چون این حکم از احکامی است که همه انسان‌هایی که دارای فطرت سلیم می‌باشند از آن تبعیت می‌نمایند و به عبارت دیگر عقل همه انسان‌ها آن را درک می‌کند و شارع نیز که رئیس عقلاست با آن مخالف نیست، لذا میان حکم شرع و عقل ملازمه وجود دارد و از سوی دیگر چون این حکم عقل محدود به زمان و مکان خاصی نیست، لذا سیره‌های نوپدید را نیز شامل می‌شود و هرگاه سیره عقلایی‌ای شکل بگیرد از این حیث برخوردار است.

بر اساس انگیزه عقلا، وجه دیگری که می‌توان برای حسن بودن از تبعیت بنای عقلا بیان کرد این است که عقلا عدم تبعیت را موجب هرج و مرج و اختلال در نظام می‌دانند و اختلال در نظام قبیح و ناپسند است. در این میان ابتکار حضرت امام خمینی در لزوم مصلحت اندیشی در نظام حکومتی اسلامی

و اینکه احکام حکومتی فراتر از چهارچوب و قلمرو احکام فرعیه است می‌تواند زمینه پذیرش سیره‌های «نو‌پیدایی» که دارای مصلحت بوده را فراهم نماید. بنابراین اگر سیره جدیدی دارای چنان مصلحتی بود که بر سایر مصالح فائق آید و حاکم شرع یا گروه‌های مشورتی انتخاب شده توسط ولی امر آن را تشخیص بدهند عمل به آن سیره و در نتیجه به کار بردن آن در مسیر استنباط احکام بلامانع خواهد بود (جاویدی، ۱۳۹۲: ۳۹).

در واقع تفاوت اصلی دو نظریه معطوف به این امر است که دسته اول از فقها برای بنای عقلا اعتباری قائل نیستند مگر آن که نصی از شارع به طور صریح آن را تأیید کرده است و یا دست کم از عدم مخالفت شرع با آن سیره اطمینان حاصل کنیم. اما بر اساس نظریه اخیر، شارع مقدس علی‌القاعده با بناهای عقلایی موافق است و نیازی به جستجو و کشف عدم مخالفت او نداریم. این بدان معنی است که در مواجهه با سیره عقلا، باید بنا را بر تأیید شارع گذاشت. زیرا نظر شارع بنا بر طبع اولی با نظر عقلا یکی است، مگر اینکه به طریقی عدم رضایت وی بر ما معلوم و مسلم شود (جهانخواه، ۱۳۹۰: ۱۹۹).

حال با توجه به مطالب فوق، نگارنده معتقد است که دین اسلام، ماحصلی از سنت‌های عقلانی مورد پسند ماقبل اسلام و همچنین احکام بدیع شارع مقدس می‌باشد. به دیگر سخن، احکام شرعی دین اسلام حاصل جمع احکام امضایی و تأسیسی است. حجیت احکام تأسیسی مبتنی بر بیانات شارع و حجیت احکام امضایی متکی بر رضایت شارع مقدس می‌باشد. احکام امضایی بدان جهت مورد تأیید و رضایت شارع مقدس قرار دارند که مبتنی بر قوه عقل می‌باشند و شارع مقدس، خود رئیس العقل است.

تأمل در پذیرش سنت‌های ماقبل اسلام توسط شارع مقدس، ما را بدین نتیجه رهنمون می‌سازد که از حیث معیار ارزشی تفاوتی مابین احکام تأسیسی و امضایی وجود ندارد و هر دو نوع احکام پرده از خواست و اراده‌ی شارع مقدس بر می‌دارد. در واقع هر تفکر یا عملی که پیش از ظهور اسلام با مبادی نظام اسلامی همسو و همراه بوده، مبرهن است که دیگر شارع مقدس نیازی به جعل آن نداشته باشد و کفایت به تأیید آن بنماید. تأیید سنت‌های عقلانی پیش از ظهور اسلام توسط شارع مقدس، احکام امضایی را از حیث اعتبار شرعی برابر با احکام تأسیسی می‌نماید. به دیگر سخن، چه حرام بودن شراب را حاصل از احکام تأسیسی بدانیم و چه احکام امضایی، نتیجه ما را رهنمون به ممنوعیت شرب خمر نزد خداوند مقدس، می‌سازد.

حال که ملاک فهم اراده‌ی شارع مقدس یکی احکام تأسیسی و دیگری احکام امضایی مبتنی بر رضایت شارع می‌باشد چرا امروزه نتوان قائل بر آن شد که نهاد دادسرا به علت ابتدای بر قوه عقل و حمایت

عرف از آن یک نهاد شرعی است که مورد تأیید شارع مقدس است. در واقع همان گونه که سنت‌های پیش از اسلام مبتنی بر عقل مورد رضایت شارع قرار گرفتند چرا عرف‌های امروزی نتوانند با ابتنا بر قوه عقل، مورد تأیید شارع مقدس قرار گیرند.

در باب عقلانی بودن نهاد دادسرا باید گفت که حضور نهاد دادسرا در چرخه‌ی قضایی اغلب کشورها از جمله ایران خود به وضوح حکایت از ابتدای این نهاد بر سیره عقلا دارد. به دیگر سخن، آنچه که امروزه اغلب کشورهای جهان را بر داشتن نهادی به نام دادسرا علی‌رغم تفاوت در اندیشه‌های دینی، فرهنگی، اجتماعی و اقتصادی ترغیب می‌نماید، همین سیره عقلی است که خداوند رحیم به همه‌ی بندگانش مرحمت نموده است.

اما در باب چگونگی فهم نظر شارع مقدس، نظر نگارنده موافق با آن دسته از فقیهانی است که رضایت شارع را در «عدم احراز مخالفت» ایشان می‌دانند (اصفهانی، ۱۳۷۴: ۱۲؛ مغنیه، ۱۳۵۲: ۲۲۲) و نه آن دسته از فقیهانی که معتقدند برای آنکه بتوان رضایت شارع را نسبت به احکام امضایی دریافت نیاز به «احراز عدم مخالفت» است (حایری یزدی: ۲۳۹؛ حکیم، ۱۴۱۸ ق: ۱۹۸). ثمره پذیرش نظر «عدم احراز مخالفت» یا «عدم نیاز به اثبات مخالفت» شارع با احکام امضایی در آن است که مخالفان رضایت شارع، باید مدعی خویش را اثبات نمایند. به دیگر سخن، طبق نظریه «عدم احراز رد» نیازی به اثبات مدعا نیست و علت این امر در ابتدای احکام امضایی بر قوه عقل می‌باشد و به همین سبب افرادی که مدعی مخالفت احکام امضایی با خواست و اراده‌ی شارع مقدس هستند باید مدعی خود را به اثبات رسانند.

نتیجه گیری

بی شک ابتدای تشکیلات چرخه قضایی جمهوری اسلامی ایران بر نظام اسلامی، اقتضای فقدان تعارض با قواعد دادرسی اسلامی را می طلبد. اتکای نهاد دادسرا بر عقلانیت عقلاء، مانع از معارضة این نهاد با قواعد دادرسی اسلامی است. نگارنده در باب اثبات مدعای خویش معتقد است تأمل در تاریخ دین مبین اسلام، گویای آن است که هرگاه قواعدی به حکم عقل مورد پذیرش اکثر عقلاء اقوام جامعه بود، چنانچه مصلحتی در بین نبود، مورد پذیرش و امضاء شارع مقدس که خود رئیس العقلاست، قرار می گرفت. تأیید سنت های عقلانی توسط شارع مقدس، احکام امضایی را از حیث اعتبار شرعی برابر با احکام تأسیسی می نماید. لذا چنین مستفاد می شود که نهاد دادسرا به جهت ابتدای بر سیره عقلاء، معارضتی با قوانین و قواعد دادرسی اسلامی نداشته است و نمی توان فقدان آن در صدر اسلام را دست آویزی برای غیر شرعی دانستن آن تلقی نمود. به دیگر تعبیر، نهاد دادسرا بدان جهت یک نهاد شرعی است که امور عقلایی توسط شارع مقدس مورد پذیرش قرار گرفته و از حیث اعتبار شرعی پس از پذیرش، هم ردیف با احکام تأسیسی قلمداد می شوند.

فهرست منابع

۱. اصفهانی، محمد حسین (۱۳۷۴)، نه‌ایه‌ی الدرایه فی شرح الکفایه، جلد سوم، قم: انتشارات سید الشهدا.
۲. جاویدی، مجتبی (۱۳۹۲)، «جایگاه سیره عقلاء در فقه جزایی امامیه»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال نهم، شماره ۳۳، صص ۵۴-۳۵.
۳. جلالیان، غلامرضا (۱۳۸۱)، «احیاء دادرسی چرا و چگونه؟»، کانون وکلا، شماره ۱۷۹-۱۷۸، صص ۵۹-۵۲.
۴. جهانخواه، علی (۱۳۹۰)، «جایگاه بنای عقلا در فقه شیعه»، فصلنامه تخصصی علوم سیاسی، شماره ۱۷، صص ۲۱۰-۱۸۳.
۵. حایری یزدی، عبدالکریم (بی‌تا)، درر الفواید، جلد دوم، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۶. حکیم، محمد تقی (۱۴۱۸ق)، الاصول العامه للفقهاء المقارن، بی‌جا: العالمی الاهل البیت (ع).
۷. خالقی، علی (۱۳۹۴)، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، تهران: نشر دانش.
۸. روزنامه کیهان، پنجشنبه ۱۰ مرداد ۱۳۷۰، اظهارات حجت‌الاسلام منتظری معاون حقوقی وزارت دادگستری، صفحه ۷.
۹. روزنامه سلام، سه شنبه ۲ مرداد ۱۳۶۹ (اظهارات شوشتری وزیر دادگستری).
۱۰. روزنامه کیهان، شنبه ۱۲ مرداد ۱۳۷۰، میزگرد کیهان در خصوص بررسی لایحه دادگاهی عام، صفحه ۷.
۱۱. زرینی، حسین؛ هژریان، حسین (۱۳۸۸)، تاریخ معاصر دستگاه قضایی ایران و تحولات آن، جلد اول، چاپ اول، تهران: انتشارات روزنامه رسمی.
۱۲. ساکت، محمد حسین (۱۳۸۲)، دادرسی در حقوق اسلامی، تهران: نشر میزان.
۱۳. عالمی، شمس‌الدین (۱۳۷۴)، حقوق اساسی، چاپ اول، تهران: نشر شکوه.
۱۴. گیلانی، محمد (۱۳۷۸)، قضاء و قضاوت در اسلام، چاپ اول، تهران: چاپخانه الهادی قم.
۱۵. فیاضی، مسعود (۱۳۹۴)، ماهیت احکام امضائی، مجله مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال ۴۷، شماره پیاپی ۱۰۲، صص ۱۲۹-۱۰۹.
۱۶. مذاکرات مجلس شورای اسلامی دوره چهارم، جلسه ۵۵ مورخه ۲۲ آذر ۱۳۷۱، اظهارات سید علی اکبر حسینی (نماینده مجلس) و اسماعیل شوشتری (وزیر دادگستری).
۱۷. مغنیه، محمد جواد (۱۳۵۲)، علم الاصول الفقه فی ثوبه الجدید، قم: نشر دار الکتاب الاسلامی.
۱۸. متین‌دفتری، احمد (۱۳۲۴)، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد اول، تهران: چاپخانه بانک ملی ایران.

سیاست کیفری قضایی ایران در برابر جنایت غیر عمدی منتهی به حیات

نباتی دائمی

سیدرضا سجودی^۱

چکیده

پس از شناسایی ارزش حیات انسان و ضرورت حمایت از آن از سوی قانون‌گذار ایران، چگونگی شروع و خاتمه زندگی، همواره توسط اندیشمندان مورد بحث و مناقشه قرار گرفته است؛ به عبارت دیگر در فرایند جرم‌نگاری و پاسخ‌گذاری متناسب در قبال جرایم علیه اشخاص و به طور خلاصه در شکل‌گیری سیاست کیفری تقنینی این حوزه، نحوه بروز مرگ انسان به عنوان یکی از اجزاء رکن مادی جرایم موصوف، محل اختلاف بوده است. این درحالی است که با پیشرفت علم پزشکی و تعریف و دسته‌بندی انواع مرگ، به مرگ قلبی و مغزی و توجه به مراتبی از نوع اخیر، به ویژه وضعیت زندگی نباتی دائمی، روزآمدی و اعمال تغییرات در رسمیت بخشی آن، از حیث الحاق به زندگی یا پایان حیات، ضرورت یافته است. از سوی دیگر قوه قضاییه در مقام اجرای سیاست مزبور، با اقدامات و به طور خاص در آراء قضایی، سیاست کیفری قضایی این حوزه را متبلور نموده است؛ به بیان روشن‌تر، کیفیت برداشت و طرز تلقی قضات از مقررات قانونی، بعد عینی و ملموس سیاست کیفری را پیرامون این مسأله عیان ساخته است. در این پژوهش، ارزیابی سیاست اخیر و نحوه انطباق یا انقطاع رویکرد مقامات قضایی از دیدگاه قانون‌گذار در برابر جنایت غیرعمدی منتهی به حیات نباتی دائمی به عنوان هدف اصلی در نظر گرفته شده است. پس از بررسی به روش توصیفی-تحلیلی، مشخص شد مواضع مقامات قضایی به لحاظ نقص و ابهام در قانون‌گذاری، در تشخیص وضعیت حیات نباتی دائمی و تطبیق آن با حیات یا مرگ، سرگردان و در نتیجه از نظر تعیین ضمانت اجرا در نوسان است و بدین‌سان اجزاء نظام عدالت کیفری در این عرصه از هم‌گرایی منصفانه برخوردار نیستند؛ از این رو ضرورت اصلاح و تکمیل مقررات جاری، منطبق با داده‌های جدید پزشکی و اتخاذ یک سیاست کیفری خردمندانه تقنینی و بالتبع قضایی، برای تحقق انصاف، قانون‌مندی و هماهنگی بین ارکان نظام عدالت کیفری بیش از پیش نمایان شده است.

کلیدواژه‌ها: سیاست کیفری قضایی، مرگ مغزی، حیات نباتی دائمی، در حکم مرده، حیات

غیرمستقر.

^۱ - دکترای حقوق کیفری و جرم‌شناسی - s.r.sojudi@gmail.com

مقدمه

بشر قرن‌ها راجع به هستی‌شناسی مرگ^۱ و این‌که ماهیت مرگ چیست به صورت سنتی به تفکر و تأمل پرداخته است، لکن با پیشرفت علم، مباحث متفاوتی پیرامون معرفت‌شناسی مرگ^۲ و بررسی و ارزیابی معیارهای شناخت مرگ مطرح شده است. هرچند این دو حوزه چندان از یکدیگر بیگانه نبوده‌اند؛ زیرا از مدخل شناخت مصادیق، تعریف مرگ نیز عموماً گسترش یافته است. در گذشته (تا نیمه قرن بیستم) مرگ قلبی - ریوی معیار اصلی اعلام و تأیید مرگ بود. امروز هم مرگ مذکور، به طور یقینی پایان حیات تلقی می‌شود و آن‌چنان‌که گفته شده، مرگ وقتی قطعی است که اعمال قلبی، عروقی، حسی و حرکتی به طور کامل از بین برود و برگشت آن‌ها امکان نداشته باشد. (گودرزی، ۱۳۷۴: ۹۹) اما کم‌کم و با پدیداری حوادث ناشی از تکنولوژی از یک طرف و پیشرفت دانش پزشکی و تلاش برای حفظ بقا از سوی دیگر و شناخت تأثیر عملکرد مغز بر حفظ و تداوم زندگی، این سؤال کلی مطرح شد که آیا مرگ مغزی هم می‌تواند علی‌رغم کارکرد قلبی، عروقی و تنفسی، منجر به پایان حیات شود؟ از قیل کلیت مذکور سؤال‌های جزئی‌تری در جامعه علمی طرح و پاسخ‌گویی و موضع‌گیری در قبال آن، بالتبع وارد حوزه‌های اخلاقی و حقوقی نیز گردید. از جمله این پرسش‌ها آن است که آیا قطع بی‌بازگشت کارکردهای کل مغز، مرگ محسوب می‌شود یا اینکه برای وقوع و تأیید مرگ، نیازی به از کار افتادن کل مغز نیست، بلکه اگر قسمت‌های خاصی از مغز دچار توقف بی‌بازگشت شود، به تنهایی برای تلقی مرگ کفایت می‌کند؟ این مباحث و سؤالات کم‌کم وارد حوزه‌های پزشکی و حقوقی ایران نیز شد و چون ابعاد فقهی نیز داشت به انحاء مختلف و به عنوان پدیده‌ای نوظهور دستمایه استفتائات متنوع از فقهای معاصر نیز گردید. اولین واکنش تقنینی و کلی به این موضوع در قالب ماده واحده‌ای تحت عنوان «قانون پیوند اعضای بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنان مسلم است»، به سال ۱۳۷۹ برمی‌گردد. آیین‌نامه قانون مذکور در سال ۱۳۸۱ به تصویب هیأت دولت رسید. اما در این قانون و آیین‌نامه به تمام جوانب و شقوق مرگ مغزی پرداخته نشد و تاکنون مقرره صریح دیگری نیز در این ابواب به تصویب نرسیده است. از جمله این امور فرعی اما مهم، حیات نباتی دائمی است. این ابهامات به حوزه عدالت کیفری نیز تسری یافته و از آن‌جا که نقش قوه مقننه به عنوان یکی از اجزاء نظام موصوف در تقنین و تبیین تمام زیرساخت‌های این

¹ Ontology² Epistemology

موضوع ناقص باقی مانده و هم‌سو با تحولات علمی، تکامل نیافته، ارکان قوه قضائیه هم به عنوان جزء دیگر نظام عدالت کیفری، به ویژه در قلمرو آراء قضایی تحت الشعاع قرار گرفته اند.

در یک تعریف موسع نسبی با محوریت قانون‌گذار و دستگاه عدلیه، سیاست کیفری، مجموعه‌ای از تدابیر و اقدامات غالباً قهرآمیز شبکه رسمی عدالت کیفری است که عمدتاً به صورت علی الرأس و گاه با حمایت از نهادهای جامعه‌ی و کنشگران ویژه، در تکمیل فرایند راه‌حل‌های پیشگیری، مقابله و مدیریت جرائم، تنبیه و اصلاح و کنترل مجرمین و جبران خسارات وارده به جامعه و بزه‌دیدگان به کار گرفته می‌شوند. (سجودی، ۱۳۹۷: ۱۹) کیفیت پذیرش یک سیاست کیفری از سوی اجزاء نظام عدالت کیفری و به طور بارز از سوی قوای سه‌گانه، سطوح سه‌گانه سیاست کیفری تقنینی، اجرایی و قضایی را شکل می‌دهد و از آن‌جا که موضوع این نوشتار سیاست کیفری قضایی است، باید تکمیل‌اً اعلام داشت که نحوه دریافت‌گفتمان سیاست کیفری تقنینی (تدابیر قانون‌گذار برای حل معمای جرم) توسط قوه قضائیه و نیز چگونگی اعمال سیاست مزبور از سوی مراجع قضایی به ویژه دیدگاه‌ها، نظریات و عقاید قضات به شرح منعکس در تصمیمات و آراء قضایی، بدنه سیاست کیفری قضایی را تشکیل می‌دهد. (سجودی، ۱۳۹۷: ۲۰) از این رو بررسی دیدگاه‌های قضایی ناشی از اختیارات مقامات قضایی در تفسیر قوانین و قواعد حقوق کیفری با توجه به عرف، دانش، علوم و فنون تخصصی، شرایط جامعه و بسیاری از متغیرها در موضوع جنایت غیرعمدی منتهی به حیات نباتی دائمی، در راستای حمایت از ارزش شرعی و قانونی حق حیات، به عنوان موضوع این مقاله در نظر گرفته شده است.

مقاله پیش‌رو با تمرکز بر ساختار فقهی، طبی و حقوقی کیفیت شناسایی خاتمه حیات مغزی، در پی اعتبارسنجی و تطابق آن با حیات نباتی دائمی از منظر سیاست کیفری قضایی در پی وقوع یک جنایت غیر عمدی است؛ به عبارت دیگر به دنبال یافتن پاسخ این پرسش اصلی است که محتوای عقاید فقهی، پزشکی و حقوق کیفری مدرن در قلمرو جنایت غیرعمدی منتهی به حیات نباتی دائمی به چه نحو و رویکردی در احکام قضایی متبلور شده است؟ تا از رهگذر پاسخ به آن بتوان ضمن شناسایی ایرادات وارده، پیشنهاداتی برای اصلاح سیاست کیفری تقنینی و قضایی این حوزه مطرح نمود. به همین منظور ابتدا به تعریف و بازشناسی ماهوی و آماری حیات نباتی دائمی نسبت به دیگر ضایعات مغزی از مدخل بررسی دیدگاه‌های تخصصی مذکور پرداخته و سپس با تشریح ابعاد سیاست کیفری قضایی این عرصه تلاش می‌شود با ارائه تحلیل علمی، زمینه‌ها و الزامات تحقق یک سیاست کیفری خردمندانه و ایجاد هم‌سویی و هماهنگی بین اجزاء نظام عدالت کیفری، پیشنهاد گردد.

۱- گستره‌شناسی ماهیتی حیات نباتی دائمی

بدون تردید برای شناخت چیستی حیات نباتی باید به مباحث مطرح ذیل ماهیت مرگ مغزی مراجعه کرد. هرچند این دو با یکدیگر متفاوتند، لکن به لحاظ تشابه فعل و انفعالات حادث در ناحیه مغز و مرگ قسمت‌هایی از آن، تبیین حیات نباتی دائمی بدون توجه به ابعاد مرگ مغزی، حق مطلب را ادا نمی‌کند. در خصوص این‌که مرگ مغزی چیست؟ فقها و حقوق‌دانان و اطبا نظریه‌های مختلفی مطرح کرده‌اند. (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۶: ۲۱۶-۲۱۴ و حاتمی و مسعودی، ۱۳۸۹: ۷۸-۶۳ و عباسی و پیمان، ۱۳۹۱: ۴۶) از آن‌جا که در قانون ایران با وجود طرح موضوعات حیات مستقر و غیرمستقر در فقه به صراحت راجع به مرگ مغزی، تعریفی ارائه نشده، این اختلاف عقاید طبیعی است. بنابراین ابتدا باید از منظر فقهی، نسبت به شناسایی دیدگاه صائب و نزدیک به نظر قانون‌گذار در بروز پاره‌ای از تکنگاری‌های قانونی اقدام نمود تا سپس بتوان با استفاده از نظر علمای علوم پزشکی و حقوق، به قدر متیقنی در باب شناخت ماهیت مرگ مغزی و به تبع آن حیات نباتی دائمی، دست یافت.

۱-۱- دیدگاه فقها

مرگ مغزی از جمله مسائل مستحدثه و جدید فقهی محسوب می‌شود و به طور کلی دیدگاه فقها در این زمینه به دو دسته تقسیم می‌شود؛ الف: عده‌ای با تکیه بر برداشت عام از مفهوم موت و همچنین با تأسی به اصل استصحاب معتقدند تا زمان ادامه ضربان قلب و ادامه گردش خون، شخص بیمار زنده تلقی می‌شود؛ به عبارت دیگر احراز مرگ را موکول به تشخیص عرف کرده‌اند. (خامنه‌ای، ۱۳۹۰: ۱۷۰ و صانعی، ۱۳۸۴: ۶۱۰) در این بین برخی نیز با اتکا به احکام ذبح، سردی بدن را ملاک مرده دانستن انسان دانسته‌اند و بعضی هم با عنایت به چگونگی مفارقت روح از جسد، این انفکاک را موکول به زمانی کرده‌اند که هیچ عضوی از اعضای بدن، متأثر از روح نباشد و هیچ صفت حیاتی در هیچ‌یک از اعضای بدن باقی نماند. (آزاد قزوینی، ۱۴۱۴: ۸۸-۷۷ و ابوزید، ۱۴۱۶: ۲۲۷-۲۲۵) برخی از نویسندگان، عقیده پزشکان مبتنی بر حالت موت دانستن مرگ مغزی و برگشت‌ناپذیری حیات فرد را به چالش کشیده و این تشخیص را ناشی از یقین تدریجی و به واسطه تجربه و آزمایش و در مقابل قطع شرعی تفسیر کرده‌اند و از نظر اسلام آن را معتبر ندانسته‌اند. از این رو موت را مختص وقوع فعلی و تام مرگ اعلام نموده و علائم مرگ را منجر به قطع بر وقوع مرگ به شمار نیآورده‌اند. (پورجوهری، ۱۳۸۳: ۱۶۴ و تبریزی، ۱۴۱۷: ۵۵۲) در مجموع می‌توان چنین ادعا کرد که بسیاری از فقهای معاصر، مرگ قوای عاقله را مرگ قطعی محسوب نکرده‌اند و آن را از جمله وضعیت حیات مستقر فرض و ملاک در ترتب احکام مرگ را قطع مبنی بر خروج

عرفی روح از کالبد جسمانی، توقف ضربان قلب، سردی جسم و باقی ماندن جسد محض، تعیین کرده‌اند. ب: گروه دیگری از فقها با پذیرش مرگ مغزی علاوه بر مرگ قلبی به عنوان یکی از طرق توفی و خروج حکمی روح از بدن، موضوع را به لحاظ تخصصی و علمی بودن تشخیص مرز حیات و ممات، فارغ از فهم عرف عمومی و تابع نظر کارشناسان اعلام و توضیح داده‌اند که برای احراز پایان عمر متوفای مرگ مغزی، به تشخیص پزشکان متخصص مبنی بر ابراز نظر قاطع مشعر بر مرگ قطعی و غیر قابل برگشت نیاز است و اگرچه گاهی بین مرگ مغز و توقف ضربان قلب فاصله وجود دارد ولی صرف وجود ضربان قلب دال بر استقرار حیات در فرد نیست. (حاتمی و مسعودی، ۱۳۸۹: ۷۱ و مجمع فقه اهل بیت، ۱۴۱۲: ۳۸) در بین این دسته از فقها، عده‌ای جانب احتیاط نگه داشته و قائل به تفصیل شده و اظهار داشته‌اند: «با توجه به این که پزشکان تصریح می‌کنند این گونه افراد مانند شخصی هستند که مغز او به کلی متلاشی شده یا سر او را از تن جدا کرده‌اند که با وسایل تنفس مصنوعی و تغذیه، ممکن است تا مدتی به حیات نباتی ادامه دهد، پس این‌ها انسان زنده محسوب نمی‌شوند، در عین حال یک انسان کاملاً مرده هم نیستند؛ بنابراین در احکام مربوط به حیات و مرگ ایشان باید تفصیل داده شود.» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۴۸۳-۴۸۲) اما این عده از فقها نیز در مجموع می‌پذیرند که چنان‌چه مرگ مغزی به طور کامل و به صورت قطعی ثابت شود و احتمال بازگشت مطلقاً وجود نداشته باشد، شخص مرده محسوب می‌شود. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۴۸۳-۴۸۲) با این توضیحات مشخص می‌شود که فقها ذیل بحث مرگ مغزی وارد جزئیات و توابع آن از جمله کما یا حیات نباتی دائمی به صورت خاص نشده‌اند.

۱-۲- دیدگاه حقوق دانان

حقوق دانان متأثر از کلام فقها و در خلال بحث رکن مادی جنایات عمدی و با استفاده از مفاد ماده ۳۷۲ «قانون مجازات اسلامی» و توجه به عباراتی چون «در حکم مرده»، «حیات غیرمستقر» و «آخرین رمق حیات» گریزی هم به مرگ مغزی زده و توضیحاتی ارائه نموده‌اند. بدین ترتیب دو دیدگاه در این بخش مطرح شده است؛ الف: عده‌ای به سیاق گفتار بسیاری از فقها بدون ارائه تعریف، ملاک را در تشخیص حیات غیرمستقر، صدق عرفی آن دانسته‌اند، بنحوی که بتوان شخص مجنی علیه را عرفاً در حکم مرده قلمداد کرد که با توجه به مواد قانونی و متون فقهی، عدم استقرار حیات نه تنها به معنای حصول قطعی مرگ در آینده است بلکه علاوه بر آن حالت و شرایط مجنی علیه نیز باید متناسب با کیفیتی باشد که عرف آن را از مصادیق حیات غیرمستقر بشناسد؛ وضعیتی که قانون‌گذار در ماده ۳۷۲ از آن به آخرین رمق حیات تعبیر کرده است. (زراعت، ۱۳۹۲: ۴۶۳) در همین راستا بعضی از نویسندگان در تشخیص

معیارهای حیات غیر مستقر، علاوه بر عنایت به مفهوم عرفی حیات مذکور و وضعیت جسمی مجنی علیه، طول زمان قابل زیستن (حداقل یک یا دو روز) را نیز قابل توجه دانسته‌اند. (صادقی، ۱۳۷۸: ۵۰) اما در بین این دسته از نویسندگان، برخی هم در مقام ارائه تعریف برآمده‌اند و گفته‌اند: «با در نظر گرفتن تعابیر فقها می‌توان حیات غیرمستقر را این‌گونه تعریف کرد: حیات غیرمستقر عبارت از حالتی است که مجنی علیه قدرت ادراک خود را از دست داده است و توانایی سخن گفتن و حرکت کردن ندارد؛ به گونه‌ای که با ارتکاب کمترین میزان از رفتار نسبت به او آخرین رمق خود را از دست می‌دهد و فوت می‌نماید.» (مصدق، ۱۳۹۹: ۲۸۶) ب: گروه دیگری از نویسندگان تلاش کرده‌اند با بهره‌گیری از تعابیر پزشکی قانونی و متخصصین امر به تبیین مفاهیم مذکور بپردازند. از دیدگاه ایشان در حیات غیرمستقر، تمامی دستگاه‌های بدن مانند قلب و ریه به طور کامل از فعالیت بازناهیسته‌اند ولی چنین فعالیتی کافی برای آن نیست که این شخص زنده و دارای حیات مستقر فرض شود؛ فی الواقع وجود آثار حیات را نمی‌توان همیشه معادل حیات مستقر تلقی نمود. به اعتقاد ایشان بهترین مصداق حیات غیرمستقر مرگ مغزی است که در آن به جز مغز، سایر اندام‌ها ممکن است زنده و فعال باشند. (آقایی نیا، ۱۳۹۲: ۲۵) به همین دلیل مرگ مغزی در علم پزشکی می‌تواند مرگ مطلق فرض شود و فرد مبتلا به چنین مرگی در واقع شخصی است که به علت آسیب‌های فراوانی که به مغز او وارد شده است، هیچ‌گونه امواج مغزی قابل ثبتی ندارد و هرگز زنده محسوب نخواهد شد. لذا چنانچه فردی هرچند قلب و سایر اعضای بدن او فعالیت داشته باشد، لکن در حکم مرده محسوب خواهد شد. (سپهوند، ۱۳۸۶: ۳۵) با همین رویکرد، حیات غیرمستقر از نظر این قسم از حقوق دانان به معنای وضعیت کسی است که دچار مرگ قطعی (توقف کامل و غیرقابل بازگشت اعمال قلبی، عروقی، حسی و حرکتی) نشده و هرچند دارای آثار حیاتی مانند ضربان قلب و یا تنفس است، ولی بازگشت به زندگی او محال است و در حکم مرده محسوب می‌شود و بدیهی است که هر صدمه‌ای به او، جنایت بر مرده تلقی می‌شود؛ زیرا فاقد حیات مستقر است. هم‌چنین صدمه به اعضای بدن او نیز در حکم جنایت بر مرده است، هر چند آن عضو آسیب‌دیده، سالم باشد. (آقایی نیا، ۱۳۹۲: ۴۰) بنابراین از نگاه دسته‌ی اخیر مرگ مغزی یکی از بارزترین نمونه‌های حیات غیرمستقر است و از نظر پزشکی، مرگی واقعی، حتمی و قطعی محسوب می‌شود، اما با این اوصاف نگارنده به اظهارنظر صریح و تعریف مشخصی از حیات نباتی دائمی در متون فقهی و تبع آن اقوال حقوقی معتبر دست نیافت. البته برخی از نویسندگان با استفاده از اظهارنظر کلی متخصصین علوم پزشکی به تعریف زندگی نباتی به نحو اجمال و مبهم پرداخته‌اند و آن‌گاه که نوبت به تشخیص ماهیت وضعیت مزبور رسیده، به نتیجه

قابل انتقادی دست یافته‌اند که با تعریف مطروحه منافات دارد؛ به عنوان مثال گفته شده: «زندگی نباتی، وضعیت فردی است که در پی تخریب غیرقابل ترمیم سلول‌های قشر و ساقه مغز در نتیجه یک ضایعه مغزی، در حالتی قرار می‌گیرد که علی‌رغم توانایی بر انجام فعالیت‌های غیرارادی بدن، فاقد هرگونه آگاهی و هوشیاری است. در حقیقت زندگی نباتی نوع خاصی از مرگ مغزی است که به دنبال تخریب نیم‌کره‌های مغز که محل کنترل فعالیت‌های ارادی بدن است، به وجود می‌آید.» (میرشکاری و حسینی، ۱۳۹۹: ۴۸۴ و گرایلی و انفرادی سرچشمه، ۱۳۹۷: ۵۴) اما در ادامه اعلام داشته‌اند: «تشخیص ماهیت حیات نباتی دشوارتر از مرگ مغزی است؛ نامی که برای آن برگزیده شده، نشانه آن است که این حالت زندگی و نه مرگ و البته با شرایط ویژه‌ای است. منطق این نام‌گذاری نیز درست است؛ زیرا مشخصات فیزیکی زندگی نباتی با مرگ مغزی متفاوت است. در مرگ مغزی، آسیب‌دیده بدون دستگاه قادر به تنفس و خون‌رسانی و ... نیست، در حالی که در زندگی نباتی، شخص قادر است فعالیت‌های غیرارادی را ادامه دهد، چون قسمت کنترل‌کننده آن در مغز آسیب ندیده است. بنابراین می‌توان گفت زیان‌دیده در این وضع زنده است، به خصوص آن‌که اصل بر بقای حیات است و مقررۀ قانونی مبنی بر تلقی حیات نباتی به عنوان مرگ، آن‌گونه که در مرگ مغزی شاهد آن هستیم، وجود ندارد.» (صفایی، ۱۳۸۴: ۵۲ و میرشکاری و حسینی، ۱۳۹۹: ۴۹۰) با وجود این وضعیت ناگزیر هستیم تا با معیارهای دقیق فنی و پزشکی، به شناخت ماهیت و سپس آثار زندگی نباتی دائمی بپردازیم.

۱-۳- دیدگاه پزشکان

مطابق ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی «قانون پیوند اعضای بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنها مسلم است» مصوب ۱۳۸۱ هیأت وزیران، مرگ مغزی عبارت است از قطع غیر قابل برگشت کلیه فعالیت‌های مغزی کورتیکال (قشر مغز)، ساب کورتیکال (لایه زیر قشر مغز) و ساقه مغزی به طور کامل، اما با این وصف پیرامون ماهیت مرگ مغزی در علم پزشکی اختلاف نظر وجود دارد. در مجموع دو دیدگاه در این مقوله مطرح شده است؛ الف: در یک برداشت کلی و قابل تطبیق با تعریف مندرج در ماده ۱ آیین‌نامه فوق، مرگ مغزی به حالتی اطلاق می‌شود که کلیه فعالیت‌های ساقه و قشر مغز توأمان از بین رفته باشد که در این حالت خون‌رسانی به مغز قطع گردیده و سلول‌های مغز از بین می‌رود؛ چنین حالتی را حیات غیرقابل برگشت می‌دانند. در چنین وضعیتی ممکن است سایر اعضای بدن با استفاده از دستگاه‌ها و اقدامات نگاه‌دارنده، به فعالیت ادامه دهند؛ به عبارت روشن‌تر هرگونه آسیب شدید مغزی می‌تواند منجر به تورم بافتی شود و از آن‌جا که مغز در یک فضای بسته (استخوان جمجمه) قرار دارد و جایی برای

افزایش حجم وجود ندارد به بخش‌های پایین‌تر فشار می‌آورد و مانع جریان خون به قسمت‌های بالایی می‌شود و بیش از پیش مانع اکسیژن‌رسانی می‌شود. در این‌گونه موارد قلب بدون و یا به کمک دستگاه تنفس مصنوعی به فعالیت ادامه می‌دهد و به اعضای دیگر اکسیژن می‌رساند، در حالی که بافت مغز و ساقه مغز که وظیفه کنترل تنفس و ضربان قلب را برعهده دارند، از اکسیژن محروم می‌مانند و دچار مرگ مغزی می‌شوند. (میکانیکی و دیگران، ۱۳۹۱: ۱۰۱) ب: پاره‌ای از نویسندگان با نگاه جزئی‌تر و علاوه بر مرگ کل مغز، با تقسیم مغز به دو بخش مغز بالایی یا کورتکس و مغز پایینی یا ساقه مغز و با تکیه بر تعریف از دست دادن برگشت‌ناپذیر عملکرد ارگانیسم، مرگ مغزی را منصرف به وضعیتی دانسته‌اند که ساقه مغز به عنوان بخشی از دستگاه عصبی مرکزی قسمت پایین‌تر مغز و متشکل از مغز میانی، پل و پیاز مغز دچار توقف برگشت‌ناپذیر شود. (همتی مقدم و دیگران، ۱۳۹۸: ۹۸) اما در مقابل عده‌ای مرگ کورتکس یا بخش بالایی مغز که فعالیت‌های شناختی، آگاهی و هوشیاری فرد را تحت تأثیر قرار می‌دهد، مرگ مغزی به حساب آورده‌اند. به باور این دسته از دانشمندان، مرگ انسان یعنی قطع غیرقابل بازگشت توانایی برای داشتن آگاهی در دسترس و آگاهی‌پدیداری. (میکانیکی و دیگران، ۱۳۹۱: ۹۹) به عبارت دیگر در این تعریف افرادی که ساختار عصب شناسی سالم دارند و قابلیت درک کیفیات ذهنی برای‌شان استوار است، مرده محسوب نخواهند شد؛ زیرا از ظرفیت بازگشت‌پذیر و احیاء سلامت برخوردارند. امروزه این وضعیت قابل تشخیص است و با روش‌های علمی نوین می‌توان فهمید که برای شخص قابلیت موصوف وجود دارد یا این‌که دچار مرگ کورتکس شده است؟ اکنون باید به این پرسش پاسخ داد که با توجه به نظریات فوق، زندگی نباتی دائمی در عداد کدام‌یک از حالات فوق قرار می‌گیرد؟

حیات نباتی دائمی به عنوان یک اصطلاح پزشکی در سال ۱۹۷۲ میلادی برای اولین بار توسط فرد پلوم^۱ و برایان جنت^۲ برای بازشناسی و تمایز این حالت نسبت به دیگر ضایعات مغزی مطرح شد. (granford, 2004: 350) به اعتقاد پزشکان متخصص در حوزه مغز و اعصاب، زندگی نباتی دائمی از حیث برگشت‌ناپذیری حیات شبیه به مرگ مغزی و در عین حال نوعی بیهوشی دائمی از شرایط ناآگاهی است. (jennet, 2021: 355) این شرایط غالباً در پی کما رخ می‌دهد. شخص به ظاهر بیدار است و دارای یک سری حرکات غیر ارادی اعضای خویش است ولی هیچ‌گاه عملکرد ذهنی و شناختی ندارد و به دنبال آسیب شدید مغزی برای سالیان متمادی، بدون این‌که بتواند با محیط اطراف خود ارتباط برقرار کند، زنده

¹ Fred Plum

² Brian Jennet

می ماند. (میکانیکی و دیگران، ۱۳۹۱: ۱۰۳) صرف نظر از مرگ کل مغز که قطع بی بازگشت کارکردهای کل مغز را به دنبال دارد، در صورت عدم پذیرش مرگ ساقه مغز به عنوان مرگ مغزی، بیمارانی هم که در دسته دارای حیات نباتی (permanent vegetative state) قرار می گیرند، یعنی ساقه مغزی آنان فعال است و اعمالی مثل تپش قلب، تنفس، چرخه خواب و بیداری را دارند، مرده به شمار نمی آیند؛ چون در این بیماران فعالیت های حداقلی لازم در مغز وجود دارد و نوار مغزی نیز فرکانس ها و جریانات را در مغز نشان می دهد که امکان بازگشت بیمار را ممکن ساخته و شرط بازگشت ناپذیری را برآورده نمی سازد. (همتی مقدم و دیگران، ۱۳۹۸: ۹۸) اما چنان چه تابع این نظر باشیم که مرگ مغزی از طریق مرگ کورتکس و قطع آگاهی، شناخت و هوشیاری رخ می دهد، در خصوص افرادی که دچار زندگی نباتی دائمی شده اند، علی رغم کارکرد ساقه مغزی که سبب ادامه فعالیت قلبی، عروقی و ریوی می شود، فقدان توانایی عصب شناختی در بخش بالایی مغز (کورتکس) که امکان بازگشت به سطح آگاهی را فراهم می کند، این بیماران را در گروه مردگان قرار می دهد. (همتی مقدم و دیگران، ۱۳۹۸: ۱۰۰) زیرا وفق این نظریه، عدم توانایی برای داشتن آگاهی که ذات انسان را تشکیل می دهد، مساوی با مرگ قطعی است. پس کورتکس، محل رخ دادن این آگاهی است و کارکرد یا عدم کارکرد آن، معیار تشخیص مرگ یا زندگی آدمی است.

از آغاز تعریف عبارت «زندگی نباتی» بر روی نحوه تشخیص آن از حیث تصمیم گیری راجع به پایان زندگی حساسیت وجود داشته است. اگر یکی از مهم ترین ویژگی های متمایز کننده زندگی نباتی را از سایر وضعیت ها، افتراق بین دو موقعیت پایه هوشیاری یعنی بیداری متناوب از فقدان هرگونه علائم رفتاری از آگاهی بدانیم، شاید تصمیم گیری کمی آسان تر شود، کما اینکه در سال ۲۰۰۲ میلادی زندگی نباتی که در آن بیمار رفتارهای رفلکسی دارد، از وضعیت حداقل حالت آگاه (MCS) که در آن بیمار رفتار شناختی متناقض دارد، تفکیک شد. (قادی پاشا و دیگران، ۱۳۹۸: ۱۸۶) از این رو، زندگی نباتی دائمی در حقیقت حالتی از کاهش سطح هوشیاری است که در آن، فرد هیچ گونه ارتباط شناختی صحیحی با جهان پیرامون خود برقرار نمی کند و علی رغم این که چشم هایش در زمان هایی باز است، اما نگاه هدفمند و آگاهانه ندارد و قادر به برقراری تماس یا کسب آگاهی از محیط اطراف خویش نیست. بنابراین بیمار نمی تواند رفتار حرکتی در پاسخ به دستورات تولید کند یا واکنشی در قبال کنش ها از خود نشان دهد و بر همین مبنا در نظر گرفته می شود که از خود و محیط خود آگاه نیست و در نتیجه دچار مرگ بخش بالایی مغز (کورتکس) شده است. با این اوصاف، با وجود فعالیت ساقه مغزی و نتایج حاصل از آن،

دچار قطع غیرقابل بازگشت ظرفیت بالفعل آگاهی پدیداری (احساسات و ادراکات) و آگاهی در دسترس (استدلال ورزی، انعکاس کلام و عمل) می گردد و بخش بالایی مغز او می میرد. از این جهت فرق بین حیات نباتی دائمی با کمای بی بازگشت نیز معلوم می شود؛ به این معنا که هرچند این دو با یکدیگر و از جمله این که با وجود برخی اعمال مانند ضربان قلب یا تنفس و ... که گاه توسط ساقه مغز هم انجام می شود، اشتراکاتی دارند اما در کمای بی بازگشت در نوار مغزی هیچ نشانی از وجود فعالیت و جریان مغزی مخابره نمی شود و همین امر احتمال بازگشت بیمار را تقریباً به صفر می رساند. (همتی مقدم و دیگران، ۱۳۹۹: ۹۸) در ادامه به دنبال پاسخ این سؤال هستیم که چه مدت زمانی برای زنده ماندن و سپس مرگ قطعی (اعم از قلبی یا مغزی) بیماران دچار حیات نباتی دائمی قابل تخمین است؟

۲- تخمین حدوث مرگ قطعی بعد از حلول حیات نباتی دائمی

خلاف آن چه ادعا شده که هیچ آمار قطعی از سرانجام بیماران در وضعیت حیات نباتی دائمی وجود ندارد (میرشکاری و حسینی، ۱۳۹۹: ۴۸۶) بر اساس بررسی عده ای از پژوهشگران طی مدت ده سال (۱۳۹۶-۱۳۸۷)، میانگین مدت زنده ماندن و سپس مرگ قطعی اشخاص دچار وضعیت زندگی نباتی دائمی مراجعه کننده به مراکز پزشکی قانونی شهر تهران (۵۸ پرونده) کمی بیش از ۶ ماه و حداقل زمان بقا پس از ابتلا، ۲ ماه و حداکثر آن ۱۶ سال بوده است. میانگین سنی افراد مورد مطالعه ۷۴ سال و در دامنه ۱۸ تا ۹۰ سال و کمترین و بیشترین سن در میان مردان به ترتیب ۲۴ و ۷۷ سال و در میان زنان به ترتیب ۱۸ و ۹۰ سال شناسایی شده و علل فوت آن ها به ترتیب نارسایی چند ارگانی، شوک سپتیک، سکته حاد قلبی، نارسایی حاد کلیه و سکته حاد مغزی اعلام گردیده است. (قادی پاشا و دیگران، ۱۳۹۸: ۱۸۷-۱۸۶) هم چنین گفته شده نتایج مطالعه مذکور در مقایسه با مطالعات مشابه در بعضی کشورها حکایت از آن دارد که میانگین بقای اشخاص مذکور حدود ۳ سال است و از این جهت با نتایج مطالعه فوق همخوانی دارد. (قادی پاشا و دیگران، ۱۳۹۸: ۱۸۷) ناگفته پیداست که علل فوت اشخاص مورد نظر متفاوت و ذکر علل فوق تنها محدود به مطالعه موصوف بوده است.

در برخی از مطالعات بیان شده بهبود آگاهی در بیماران مبتلا به حیات نباتی دائمی پس از گذشت ۱۲ ماه بعید است و بسته به نوع حادثه و اختلال منجر به ابتلای مذکور، زنده ماندن این اشخاص متفاوت خواهد بود و برای بیشتر این بیماران، امید به تداوم چنین وضعیتی بین ۲ تا ۵ سال و زنده ماندن بیش از ۱۰ سال غیرمعمول اعلام شده است. (Ashwal And Otherst, 1994) بر همین اساس در بعضی از کشورها مانند ایالات متحده آمریکا و انگلستان پرونده های قضایی متعددی در خصوص امکان پایان

بخشیدن به زندگی این بیماران مطرح شده است. (Cranford, 2004: 350) عمده این اختلاف حقوقی که دارای ابعاد پزشکی و اخلاقی نیز می‌باشد، به عملکرد نسبی ساختارهای ساقه مغز و در عین حال توقف عملکرد شناختی قشر و کورتکس مغز و تنها یک گام تا حدوث مرگ مغزی (مرگ کل ساقه و کورتکس مغز) در این بیماران برمی‌گردد. از این رو بین دو اصطلاح زندگی نباتی دائمی با زندگی نباتی پایدار تفکیک شده است و بیمارانی که در همان ماه اول پس از سانحه به تدریج به سطح بالاتری از عملکردهای شناختی و بهبود حرکتی دست می‌یابند، تحت عنوان بیماران مبتلا به حیات نباتی پایدار و در غیر این صورت و با افزایش مدت مذکور به عنوان بیماران مبتلا به حیات نباتی دائمی شناخته می‌شوند. در این بررسی‌ها حتی ادعا شده امروزه در بین پزشکان با بیش از سه دهه تجربه پژوهش در این زمینه ثابت شده که احتمال بهبود معنادار بعد از گذشت ۳ تا ۶ ماه برای این بیماران ناچیز و بعد از یک سال عملاً وجود ندارد. (Cranford, 2004: 351) بنابراین بیمار دارای حیات نباتی دائمی تحت شرایط غیر قابل بازگشت قرار داده می‌شود.

۳- سیاست کیفری قضایی ایران در برابر وضعیت حیات نباتی دائمی

به طور کلی سیاست گذاری کیفری در ایران در قبال جرایم علیه اشخاص (جنایات) در سیمای رسمی و غالباً به صورت قانون گذاری به منصه ظهور رسیده که از جهات مختلف و به ویژه از حیث کیفی دارای ایراد و محل انتقاد است. از این رو نحوه استنباط و برداشت مقامات و مراجع قضایی که از اصل متغیر بودن تفسیر مقررات تقنینی در حوزه کیفری سرچشمه می‌گیرد، به صورت متفاوت متبلور می‌شود؛ به عبارت دیگر سیاست کیفری تقنینی دارای نقص، ابهام و یا تعارض، عدالت کیفری را به عنوان یک نظام یا یک کل مخدوش می‌کند و بالتبع سیاست کیفری قضایی را تحت الشعاع خود قرار می‌دهد. در خصوص ایراد صدمه واحد غیر عمدی منتهی به زندگی نباتی دائمی در قوانین کیفری، نص صریحی وجود ندارد به همین دلیل به این وضعیت نیز همانند دیگر صدمات توجه می‌شود. با التفات به عوارض متعدد ناشی از حیات نباتی دائمی (اختلال در درک حواس محیطی از قبیل بینایی، چشایی، بویایی، شنوایی، حس درد، حرارت و ... بی اختیاری ادراری و مدفوع، اختلال در عملکرد جنسی، ضعف عضلانی و ...) برخی از نویسندگان معتقدند که نمی‌توان برای این افراد با این توجیه که مرکز کنترل اعمال در مغز آسیب دیده است، تنها یک دیه در نظر گرفت؛ زیرا در این بیماران، آسیب ایجاد شده، منحصر به یک بخش خاص نیست و به نظر می‌رسد برای هر یک از آسیب‌ها و نقایص ایجاد شده باید به استناد ماده ۵۳۸ «قانون مجازات اسلامی» دیه یا ارش مخصوص خود را تعیین کرد. (حاج منوچهری و مزینانی،

۱۳۹۶: ۴۱-۴۰ و گرایلی و انفرادی سرچشمه، ۱۳۹۷: ۶۶) حال باید دید جهت‌گیری قضات در این مقوله چیست؟

سیاست کیفری قضایی در مفهوم مضیق آن در برگیرنده اقدامات و تدابیر مقامات قضایی در چارچوب حقوق کیفری است که به طور عمده در تصمیمات و آراء قضایی ایشان متبلور می‌شود. به طور کلی دیدگاه قضات در این مقوله حول دو نظریه احتساب بیمار مبتلا به حیات نباتی دائمی، به عنوان فرد در حکم مرده و در نتیجه تداخل دیات کلیه عوارض در دیه نفس (یک دیه کامل) و یا مشمول اصل عدم تداخل دیات، در آراء صادره خودنمایی کرده است.

۳-۱- تداخل دیات

حسب محتویات پرونده کلاسه ۹۷۱۲۷۰ شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان، بر اثر وقوع یک فقره تصادف در تاریخ ۱۳۹۵/۸/۸ و متعاقب اظهار نظر هیأت هفت نفره کارشناسان رسمی، به واسطه بی‌مبالاتی راننده متواری یک دستگاه خودروی سواری با درجه تقصیر ۷۰ درصد و بی‌احتیاطی راننده یک دستگاه موتورسیکلت با درجه تقصیر ۳۰ درصد، علاوه بر مصدومیت جزئی راننده موتور سیکلت، سرنشین آن به شدت مصدوم می‌شود. شدت جراحات و صدمات وارده به فرد اخیرالذکر در گواهی پزشکی قانونی شماره ۲۸۱۲۲۸۶۱ مورخ ۱۳۹۶/۸/۲۱ مرکز اصفهان تصریح و در ذیل آن قید گردیده: «...مصدوم در کاهش شدید سطح هوشیاری بوده و هیچ گونه آگاهی نسبت به محیط پیرامونش ندارد و در حالت زندگی نباتی دائمی به سر می‌برد. در این حالت منافی از قبیل عقل، کنترل ادرار، مدفوع، حواس بویایی، شنوایی، گویایی، بینایی، چشایی و لامسه، حرکات دو دست و هر دو پا و توان مقاربت جنسی به طور کامل و توانایی بلع به طور نسبی از بین رفته است...» پس از طی تشریفات قانونی به موجب دادنامه شماره ۹۳۱-۹۷ مورخ ۱۳۹۷/۴/۵ و سپس رأی اصلاحی شماره ۱۷۶۲-۹۷ مورخ ۱۳۹۷/۶/۶ و بالاخره دادنامه شماره ۲۷۶۰-۹۷ مورخ ۱۳۹۷/۸/۲۷ شعبه ۱۰۱ دادگاه کیفری دو شهرستان سمیرم (که مورد آخر در مقام رد واخواهی صندوق تأمین خسارات بدنی صادر شده) صرف نظر از فروعات دیگر مندرج در دادنامه های مذکور، مصدوم موصوف در حکم مرده تلقی گردیده و راننده موتور سیکلت و صندوق تأمین خسارات بدنی (به لحاظ متواری بودن راننده سواری دخیل در حادثه) هر یک به پرداخت نصف دیه کامل یک مرد مسلمان در حق مصدوم مذکور محکوم شده‌اند. پس از اعتراض، دادنامه معترض عنه مطابق دادنامه شماره ۷۴-۹۸ مورخ ۱۳۹۸/۱/۲۷ شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان عیناً تأیید شده است. همان گونه

که ملاحظه می شود مراجع قضایی فوق، چنین مصدومی را در حکم مرده تلقی کرده و با وصف ضایعات متعدد، حکم به پرداخت دیه کامل مرد مسلمان صادر نموده اند.

در پرونده کلاسه ۹۹۰۵۹۷ شعبه ۲۷ دادگاه تجدید نظر استان اصفهان، بر اثر وقوع یک فقره تصادف و ارتکاب بزه بی احتیاطی در امر رانندگی منجر به ایراد صدمه بدنی غیرعمدی و حدوث وضعیت زندگی نباتی دائمی برای مصدوم، مطابق دادنامه شماره ۸۱۸-۹۹ مورخ ۱۳۹۹/۴/۱۴ شعبه ۱۰۲ دادگاه کیفری دو شهرستان خمینی شهر، مقصر حادثه علاوه بر جزای نقدی به عنوان مجازات جنبه عمومی بزه معنونه، به پرداخت ۷۰ درصد دیه کامل بابت از بین رفتن حواس بویایی، گویایی و شنوایی و توانایی مقاربت و زوال کامل عقل و بی اختیاری ادراری و کنترل مدفوع و فلج شدن دو دست و دو پا در حق مصدوم محکوم شده است. پس از تجدیدنظرخواهی نسبت به رأی صادره و قبل از رسیدگی در دادگاه تجدید نظر، مصدوم فوت می نماید و حسب گواهی فوت اعلام می شود که مشارالیه در تاریخ ۱۳۹۹/۴/۲۴ بر اثر نارسایی چند ارگانی و بی حرکتی طولانی مدت و آسیب و خونریزی مغزی ناشی از برخورد جسم سخت، دار فانی را وداع کرده است. پزشکی قانونی کلیه آسیبها را به جز نسج نرم مچ پای چپ و حارصه دست راست و پای راست مؤثر در مرگ اعلام نموده است. شعبه ۲۷ دادگاه تجدید نظر استان اصفهان به عنوان شعبه مرجوع الیه، برابر دادنامه شماره ۹۹-۲۳۵۰ مورخ ۱۳۹۹/۱۱/۵ با این استدلال که مصدوم قبل از صدور حکم قطعی فوت کرده است و طبق بند «ب» ماده ۵۳۹ و ماده ۶۷۳ «قانون مجازات اسلامی» هرگاه جنایتی که موجب زوال یکی از منافع شده است، سرایت کند و سبب مرگ مجنی علیه گردد، دیه منفعت در دیه نفس تداخل می کند و تنها دیه نفس قابل مطالبه است، بنابراین ضمن حذف کلیه دیات مندرج در دادنامه دادگاه بدوی و اصلاح آن به یک فقره دیه کامل مرد مسلمان بابت قتل غیر عمدی ناشی از بی احتیاطی در امر رانندگی و یک درصد دیه کامل بابت ارش آسیب نسج نرم مچ پای چپ و یک درصد دیه کامل بابت صدمه دست و پای راست در حق اولیاءدم متوفی، دادنامه معترض عنه را اصلاح و تأیید کرده است.

۳-۲-عدم تداخل دیات

مطابق محتویات پرونده کلاسه ۹۸۰۰۲۵ شعبه اجرای احکام کیفری دادرسی اردستان، بر اثر بی احتیاطی در رانندگی راننده یک دستگاه خودرو سواری پژو ۴۰۵ و واژگونی آن، سرنشین خودرو به شدت مصدوم می شود. شدت مصدومیت به حدی بوده که بنا به گواهی شماره ۲۶۰۵۶۸۰ مورخ ۱۳۹۶/۲/۴ پزشکی قانونی مرکز اصفهان وضعیت مصدوم، حالت زندگی نباتی دائمی ذکر و در آن تصریح شده:

«... در این حالت منافی از قبیل عقل، کنترل ادرار و مدفوع، حواس بویایی، گویایی، شنوایی، بینایی، چشایی و لامسه و توان مقاربت به طور کامل و توانایی بلع به طور نسبی از بین رفته و فاقد حرکات مفید هر دو دست و هر دو پا و فلج محسوب می‌شود...» پس از طی تشریفات قانونی، صدور قرار جلب به دادرسی و کیفرخواست، وفق دادنامه‌ی اصلی شماره ۳۵۸-۹۷ مورخ ۱۳۹۷/۴/۳۰ و سپس رأی اصلاحی شماره ۵۹۸-۹۷ مورخ ۱۳۹۷/۷/۴ شعبه ۱۰۱ دادگاه کیفری دو شهرستان اردستان، علاوه بر تعیین مجازات جنبه عمومی بزه معنونه، مقصر واقعه تصادف (راننده پژو) به پرداخت ۹ فقره دیه کامل بابت صدمات ناشی از زوال منافع و دو سوم دیه کامل به تفکیک برای هر یک از پاها و دست‌ها در حق مصدوم محکوم شده است. پس از تجدیدنظرخواهی و ارجاع پرونده به شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان و استعلام مجدد از پزشکی قانونی راجع به وضعیت مصدوم و صحه گذاشتن بر تداوم حیات نباتی دائمی وی، برابر دادنامه شماره ۲۱۷۶-۹۷ مورخ ۱۳۹۷/۱۲/۲۶، سه فقره دیه کامل مربوط به زوال حواس بویایی، چشایی و شنوایی با این استدلال که دلیل متقن بر زوال آن‌ها در پرونده وجود ندارد، از متن دادنامه معترض عنه حذف و با استناد کلی به نظر مشهور فقها در باب زوال کنترل ادرار و مدفوع، مجموعاً یک فقره دیه کامل تعیین و در نتیجه مصدوم مورد اشاره مستحق دریافت ۵ فقره دیه کامل منافع عقل، کنترل ادرار و مدفوع، گویایی، بینایی و توان مقاربت به انضمام سایر دیات و ارش‌های ضایعات دیگر وارده تشخیص داده شده و با اصلاح مذکور، دادنامه تجدیدنظرخواسته تأیید شده است.

در پرونده کلاسه ۹۶۱۳۰۶ شعبه ۱۱۳ دادگاه کیفری دو شهرستان اصفهان، بر اثر بروز سانحه برق گرفتگی در حین کار در تاریخ ۱۳۹۵/۸/۲۹، یک نفر تبعه افغانی به شدت مصدوم می‌شود. شدت صدمات وارده، مطابق نظریه شماره ۲۸۰۵۶۳۹ مورخ ۱۳۹۶/۸/۹ پزشکی قانونی مرکز اصفهان، مشارالیه را دچار کاهش شدید سطح هوشیاری و زندگی نباتی دائمی و عوارض مرسوم ناشی از آن نموده است. پس از جلب نظر هیأت سه نفره کارشناسان رسمی دادگستری و اعلام ۳۰ درصدی تقصیر کارفرما و ۷۰ درصدی تقصیر منتسب به شخصیت حقوقی شهرداری اصفهان و طی مراحل و تشریفات قانونی، مطابق دادنامه اصلی شماره ۲۸۲-۹۷ مورخ ۱۳۹۷/۲/۲۴ و دادنامه‌های اصلاحی شماره ۸۰۳-۹۷ مورخ ۱۳۹۷/۵/۱۷ و ۱۷۶۷-۹۷ مورخ ۱۳۹۷/۱۰/۱۶ شعبه ۱۱۳ دادگاه کیفری دو شهرستان اصفهان، هر یک از مقصران حادثه بالمناصفه به پرداخت دیات و ارش‌های متعدد ناشی از ضایعات وارده به مصدوم و به شرح منعکس در گواهی پزشکی قانونی در حق مصدوم و مضافاً جزای نقدی از حیث جنبه عمومی بزه مزبور محکوم شده‌اند. پس از تجدیدنظرخواهی و ارجاع پرونده به شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان و به موجب دادنامه

شماره ۱۳۸۱-۹۷ مورخ ۱۳۹۷/۸/۲۲ با اعمال اصلاحاتی و با این استدلال که مرگ مغزی با زندگی نباتی از نظر پزشکی متفاوت است، با افزایش مقادیر دیات مقرر در دادنامه تجدیدنظرخواسته، نسبت به تأیید آن اقدام شده است. متعاقباً مصدوم مورد نظر در تاریخ ۱۳۹۸/۵/۳۱ فوت کرده است.

نکته جالب توجه این که در پرونده کلاسه ۹۷۰۹۷۷ شعبه ۱۰۱ دادگاه کیفری دو شهرستان دهقان با مورد مشابه (عیناً حادثه مشابه قبل) شعبه ۷ دیوان عالی کشور، مطابق دادنامه شماره ۹۹-۳۶۳ مورخ ۱۳۹۹/۷/۲۱ با این استدلال که میزان تقصیر طرفین در رأی صادره لحاظ نشده، درخواست اعاده دادرسی نسبت به دادنامه شماره ۹۹-۷۸۸ مورخ ۱۳۹۹/۴/۲۸ شعبه ۱۴ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان را پذیرفته و این بار شعبه ۲۳ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان (به عنوان شعبه هم عرض) برابر دادنامه شماره ۹۹-۱۶۲۶ مورخ ۱۳۹۹/۹/۹ با توجه به میزان تقصیر کارگر و کارفرما (۷۰ و ۳۰ درصد) نسبت به تعیین دیات اقدام نموده است. البته آراء دیگری با همین کیفیت اخیر از شعب دیگر صادر شده است که برای نمونه به یک مصداق دیگر آن اشاره می شود.

در پرونده کلاسه ۹۷۱۴۸۵ شعبه ۱۰۲ دادگاه کیفری دو شهرستان آران و بیدگل، فردی با تشخیص برق گرفتگی متعاقب نصب داریست فلزی و نورافشانی منتسب به هیأت امنای یکی از هیأت‌های عزاداری در شهرستان مذکور، مصدوم و دچار وضعیت زندگی نباتی دائمی و عوارض ناشی از آن شده است. میزان تقصیر هیأت امنای موصوف، ۶۰ درصد تشخیص داده شده و در نهایت مطابق دادنامه شماره ۹۹-۸۱۲ مورخ ۱۳۹۹/۵/۲۶ شعبه ۱۰۲ دادگاه کیفری دو شهرستان آران و بیدگل اعضای هیأت امنای مذکور هر یک به نسبت تقصیر به پرداخت ۷ فقره دیه کامل به لحاظ زوال کامل عقل، عدم کارایی قوای باصره، سامعه، گویایی، بویایی، عدم کنترل ادرار مدفوع و توانایی جنسی، دو فقره دو سوم دیه کامل بابت عدم استفاده از دست‌ها و پاها و ۱۳ درصد دیه کامل ارش عدم توانایی در استفاده از حواس لامسه، چشایی و قدرت بلع به صورت نسبی، محکوم شده‌اند. نسبت به رأی مذکور درخواست تجدیدنظر شده که وفق دادنامه شماره ۹۹-۱۱۴۵ مورخ ۱۳۹۹/۷/۱ شعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان در این قسمت تأیید شده است.

پرواضح است که علت اختلاف آراء فوق در مورد تعیین مسئولیت بر اساس میزان تقصیر در حوادث غیر رانندگی، مانند حوادث ناشی از عدم رعایت نظامات دولتی منجر به ایراد صدمات غیر عمدی به تفسیر متفاوت قضات از موجبات ضمان برمی‌گردد که منصرف از بحث مورد نظر در نوشتار حاضر است و مثال

های فوق تنها از باب تأکید بر وجود تشمت در آراء مراجع قضایی در نحوه تعیین دیات و ارش های ناشی از بروز حوادث منتهی به حیات نباتی دائمی ذکر گردید.

بنابر آن چه ذکر شد، مشخص می شود سیاست کیفری قضایی ایران در برابر جنایت غیر عمدی منتهی به حیات نباتی دائمی، سرگردان، متعارض و از هم گسیخته است. این سیاست علی رغم آن که تابع پاسخ گذاری در شبکه رسمی و تقنینی است لکن بین ضمانت اجرای حداکثری و حداقلی در نوسان است، علت این دامنه تغییر هم به عدم شناخت صحیح قضات از ماهیت حیات نباتی دائمی به لحاظ خلاء قانونی و در نتیجه احکام مترتب بر آن برمی گردد. هرچند پاسخ گذاری در قبال این وضعیت منصرف به تعیین دیه است اما هیچ گاه نباید از نظر دور داشت که نگاه قانون گذار ایران به دیه مطابق ماده ۱۴ «قانون مجازات اسلامی»، به عنوان یکی از مجازات هاست و در مورد مجازات ها درست عکس قاعده کلی که تعدد اسباب را موجب تعدد مسببات قرار داده است، قاعده حاکم دیگری وجود دارد و آن، این که تعدد نتایج موجب تعدد مجازات نیست، مگر در مواردی که صراحت قانونی وجود داشته باشد. پس با عنایت به ماهیت دووجهی دیه و پیروی آن از قواعد مسؤولیت مدنی و کیفری، باید به دنبال راه حل خردمندانه ای بود؛ راه حلی که هم خسارت زده دیده را جبران کند و هم از معیارهای استاندارد کیفر خارج نشود.

۴- پیوند حکمی حیات نباتی دائمی و مرگ مغزی

از منظر حقوق کیفری با استناد به موادی از تک نگاری های قانونی، برخی اشارات فقهی و با تکیه بر بعضی قواعد اصول فقه، می توان حیات نباتی دائمی را از حیث احکام تابع وضعیت فرد در حکم مرده به شمار آورد.

۴-۱- ماده واحده قانون پیوند اعضای بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنان مسلم است.

مطابق ماده واحده «قانون پیوند اعضای بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنان مسلم است» مصوب سال ۱۳۷۹: «بیمارستان های مجهز برای پیوند اعضاء، پس از کسب اجازه کتبی از وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی می توانند از اعضای سالم بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنان بر طبق نظر کارشناسان خبره مسلم باشد، به شرط وصیت بیمار یا موافقت ولی میت، جهت پیوند به بیمارانی که ادامه حیات شان به پیوند عضو یا اعضای فوق بستگی دارد، استفاده نمایند.» در تبصره ۱ قانون مذکور، تشخیص مرگ مغزی بر عهده کارشناسان خبره و منتخب وزیر بهداشت، درمان و آموزش پزشکی با استقرار در بیمارستان های مجهز دانشگاه های دولتی گذاشته شده است. در این ماده واحده

هرچند از عبارت «مرگ مغزی» استفاده شده، اما با توجه به توضیحاتی که پیش از این گذشت، بیمار مبتلا به حیات نباتی دائمی یک انسان زنده محسوب نمی شود، در عین حال، یک انسان کاملاً مرده هم نیست. بنابراین همان گونه که بعضی از فقهای معظم اعلام داشته‌اند: «... باید در احکام مربوط به حیات و مرگ این قبیل افراد قائل به تفصیل شد؛ به این معنا که احکام مس میت، غسل، نماز میت، کفن و دفن درباره آنها جاری نیست، اموال ایشان را نمی‌توان میان ورثه تقسیم کرد و همسرشان عده وفات نگه نمی دارد تا حیات شان خاتمه یابد، اما وکلای آن‌ها از وکالت ساقط می‌شوند و حق خرید و فروش یا ازدواج برای شان یا طلاق همسر از طرف ایشان را ندارند، ادامه معالجات در مورد آن‌ها واجب نیست و برداشتن بعضی از اعضای بدن آن‌ها در صورتی که حفظ جان مسلمانی متوقف بر آن باشد، مانعی ندارد...» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۴۸۲) هرچند در کلام این دسته از فقها هر دو عبارت «مرگ مغزی» و «حیات نباتی» در وصف این بیماران استفاده شده، اما تأکید گردیده که این حکم در جایی جاری است که وضعیت موصوف به طور قطعی ثابت شود و احتمال بازگشت، مطلقاً وجود نداشته باشد. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۴۸۳) علم پزشکی امروزه پیشرفت زیادی داشته و قطعاً نظر فقها به لحاظ فنی بودن موضوع، هم سو با داده‌های جدید پزشکی و مقتضیات زمان و مصالح مترتب بر آن است و جا دارد قانون فوق که مربوط به بیش از ۲۰ سال پیش است، با کسب نظر فقهای عظام بر اساس نتایج اخیر پزشکی، به روز شده و در خصوص بیماران دچار حیات نباتی دائمی و مانند ایشان اصلاح و تکمیل شود. به عنوان یک دیدگاه ممکن است گفته شود با تفسیر منطقی از ماده واحده فوق می توان به این نتیجه رسید که صرف نظر از تعریف مندرج در ماده یک آیین‌نامه آن که وفق اصل ۱۷۰ «قانون اساسی» می‌تواند برای قضات لازم الرعایه نباشد، حیات نباتی دائمی از شقوق بارز و مصادیق روشن مرگ مغزی است و بنابراین، نظر قانون‌گذار منصرف به اجازه برداشت عضو از بیماران مبتلا به زندگی نباتی دائمی نیز با رعایت شرایط مقرر می باشد؛ زیرا چنین اشخاصی در حکم مرده محسوب می‌شوند والا بر داشتن عضو از انسان زنده جایز نیست. استفاده مقنن از عبارات «به شرط وصیت» و «موافقت ولی میت» در قانون مذکور نیز حکایت از آن دارد که این قبیل اشخاص در حکم میت محسوب می شوند. اما به لحاظ رعایت اصل احتیاط در دماء تا زمان اصلاح قانون، پذیرش استدلال مذکور و تسری حکم برداشت و پیوند اعضای این قبیل بیماران، همچون مبتلایان به مرگ مغزی دشوار خواهد بود و تنها در باب حکم جبران خسارت وارده می‌توانند منطبق با یکدیگر باشند.

۴-۲- ماده ۳۷۲ قانون مجازات اسلامی

در ماده ۳۷۲ «قانون مجازات اسلامی» مصوب ۱۳۹۲ مقرر شده: «هرگاه کسی آسیبی به شخصی وارد کند، به گونه‌ای که وی را در حکم مرده قرار دهد و تنها آخرین رمق حیات در او باقی بماند و در این حال دیگری با انجام رفتاری به حیات غیر مستقر او پایان دهد، نفر اول قصاص می‌شود و نفر دوم به مجازات جنایت بر میت محکوم می‌گردد. حکم این ماده و ماده ۳۷۱ این قانون در مورد جنایات غیر عمدی نیز جاری است.» پیش از این به ماده مذکور و استفاده حقوق دانان از عبارات به کار رفته در آن در ارتباط با تبیین ماهیت مرگ مغزی اشاره شد. اما همان گونه که می‌دانیم این ماده از فقه گرفته شده است. پس بی‌مناسبت نیست که در اینجا نیز با استفاده از کلام فقها، عبارات «در حکم مرده»، «حیات غیر مستقر» و «آخرین رمق حیات» از حیث انطباق یا عدم انطباق با وضعیت بیمار مبتلا به حیات نباتی دائمی تحلیل شود.

آیت الله خویی می‌نویسد: «اگر کسی بر شخص دیگر مرتکب جنایتی شود و او را بسان ذبح شده قرار دهد و برای او حیات پایداری نباشد؛ بدین معنا که برای او ادراک و شعور و سخن گفتن و حرکت اختیاری باقی نماند، و سپس دیگری او را ذبح کند بر شخص اول قصاص و بر شخص دوم دیه بریدن سر فرد میت ثابت خواهد بود.» (خویی، ۱۳۹۴: ۴۶) امام خمینی نیز در مسأله ۴۰ کتاب القصاص در تحریر الوسیله از عبارات مشابه استفاده و حکم فوق را جاری دانسته است. (امام خمینی، ۱۳۸۶: ۵۱۵) آیت الله فاضل لنکرانی در تفسیر کلام امام خمینی در این باره می‌فرماید: «همان‌طور که در صورت تعدد جنایت، عمل جانی دوم به دلیل آن که پس از مرگ تحقق یافته است، در قتل مؤثر نمی‌باشد، اگر مریض هم حیات غیرمستقر داشته باشد، حکم همان گوسفند ذبح شده را دارد که عمل جانی دوم تأثیری در وقوع قتل نخواهد داشت.» (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱: ۸۴) با این تعابیر بیمار مبتلا به حیات نباتی دائمی نیز در حکم مرده محسوب خواهد شد. حتی این تفسیر را از طریق استفاده از قیاس اولویت نیز می‌توان توجیه کرد؛ با این توضیح که ممکن است گفته شود حیات غیر مستقر در ماده ۳۷۲ به این معناست که شخص آخرین نفس هایش را می‌کشد و در عین حال هوش و حواسش بجاست. در این موقع اگر جنایت بر چنین فردی، جنایت بر میت محسوب شود، به طریق اولی، جنایت بر بیمار مذکور نیز جنایت بر میت محسوب خواهد شد. بدین ترتیب اگر حیات نباتی دائمی را مرگ ندانیم، در موردی که یک نفر باعث حدوث چنین وضعیتی در دیگری شود و نفر دوم پس از این با ارتکاب جنایتی موجب مرگ قلبی او شود، هیچ یک قابل قصاص نخواهند بود؛ زیرا نفر اول که قاتل به شمار نمی‌رود و نفر دوم نیز به دلیل وجود شبهه و استناد

به قاعده درأ، قصاص نخواهد شد. شاید به همین جهت است که برخی از فقها، کسی را که دستگاه و وسایل پزشکی را از شخصی با چنین حالت جدا کرده و باعث مرگ قطعی او می‌شود را مستحق تعزیر و نه قصاص دانسته‌اند. (خویی، ۱۴۲۷: ۱۹۸) با این توضیحات مشخص می‌شود که شخص مبتلا به حیات نباتی دائمی به دلیل عملکرد ضعیف ساقه مغزی تنها آخرین رمق حیات در او باقی مانده و در واقع حیات غیر مستقر دارد، از این رو احتساب او به عنوان در حکم مرده از حیث آثار حقوقی مترتب بر این وضعیت قابل انطباق با ملاک‌های ارائه شده در ماده مذکور و تعبیر فقها می‌باشد.

از جمله آثار حقوقی آن تعلق یک دیه کامل نفس و تداخل دیات سایر صدمات در آن خواهد بود؛ به عبارت روشن‌تر زندگی نباتی دائمی در عمده موارد ناشی از یک حادثه و یا به تعبیر فقها یک ضربه حادث می‌شود؛ حوادثی مانند تصادف وسایل نقلیه، برق‌گرفتگی، سقوط از ارتفاع و ... بدیهی است که بنای این نوشتار نیز منصرف به جنایت غیرعمدی است که به واسطه یک حادثه اتفاق می‌افتد. آیت‌الله خویی در این خصوص با استناد به روایت صحیحه ابوعبید حذاء از امام باقر (ع) به عنوان دلیل بر جاری کردن حکم تداخل دیات، قتل ناشی از یک ضربه ولو این که باعث آسیب به اعضا و منافع دیگر شود که خود دارای دیه مجزا هستند، را موجب دیه نفس می‌دانند و می‌فرمایند بر این حکم ادعای اجماع نیز شده است. (خویی، ۱۳۹۴: ۴۹) بدین سان دیه اعضا و منافع در دیه نفس داخل خواهد شد.

این استثنا بر اصل عدم تداخل دیات، در ماده ۵۳۹ «قانون مجازات اسلامی» هم پذیرفته شده است. از این رو حکم به تعدد دیات راجع به بیماران دچار زندگی نباتی دائمی که در جریان حادثه ای غیر عمدی در حکم مرده محسوب می‌شوند با التفات به استدلال فوق، محل تأمل است. بدیهی است حق مطالبه هزینه‌های درمانی، پزشکی و نگهداری بیمار مزبور محفوظ است. زیرا صرف نظر از قواعد کلی ضمان، دلایل عقلی، نقلی و عرفی متعددی برای احتجاج بر اشتغال ذمه بزهکار در قبال بزه‌دیده مذکور وجود دارد. بر پایه همین مبانی گفته شده بزهکار نخست باید به درمان بزه‌دیده پرداخته و هزینه‌های مربوطه حتی مرتبط با کاهش آلام او را تأدیه کند و سپس نسبت به پرداخت دیه یا ارض نتیجه یا عیوب باقیمانده اقدام نماید. (شاهرودی، ۱۳۷۸: ۱۷۰-۱۲۹) بنابراین خسارتی بدون جبران باقی نخواهد ماند. با اتخاذ این موضع، پرواضح است که مقررات مربوط به جبران ضرر ها در قوانین موضوعه مانند قانون مجازات اسلامی و بیمه‌ها باید اصلاح شوند.

۴-۳- حکومت دلالت مرگ بر حیات نباتی دائمی

اگر استدلال‌های فوق را کافی ندانیم و معتقد باشیم که در خصوص مورد بحث هم چنان ابهام و تردید تکلیفی وجود دارد، ناگزیر از مراجعه به اصول عملیه خواهیم بود و به نظر می‌رسد در مانحن فیه تأسی به اصل تخصیص و حکومت دلیلی بر دلیل دیگر راهگشا باشد؛ بدین توضیح که تخصیص آن است که بعضی از افراد عام از حکم عام خارج شوند، بدون این که در موضوع یا حکم عام، تصرفی صورت گیرد. (حیدری، ۱۳۸۷: ۴۸۶) پس باید فرض شود که دلیل خاص از لحاظ مدلول با عام تنافی دارد و به همین خاطر است که لسان عام و خاص نسبت به موضوع دلیل خاص با یکدیگر تعارض دارند، ولی از آن جایی که ظهور خاص در مصادیق خود قوی‌تر از ظهور عام در مصادیقش است، بنابراین از باب بنای عقلا بر عمل کردن به خاص، باید دلیل خاص بر دلیل عام مقدم شود و این بنای عقلا کاشف از موافقت شارع مقدس نیز می‌باشد. (مظفر، ۱۳۸۷: ۴۰۸) مانند آن جا که دلیلی می‌گوید: «حفظ نفس محترم، واجب و تعرض بدون حق به آن حرام است.» این دلیل عام است اما وقتی گفته می‌شود: «بیمار دچار مرگ مغزی به جهت مرگ کل مغز، در حکم مرده و برداشت اعضای او بلامانع است.» در واقع دلیل عام فوق، تخصیص زده می‌شود و مدلول دلیل خاص به صورت حقیقی از مدلول دلیل عام خارج می‌شود. اما در حکومت، یکی از دو دلیل تحت عنوان دلیل حاکم، بدون وجود تعارض بین‌شان، از جهت رساندن معنای خود و به صورت قهری و سیطره داشتن بر دلیل دیگر (که محکوم نامیده می‌شود) مقدم می‌شود و بدین سان دلیل حاکم یا ناظر از باب تنزیلی و ادعایی، گاه موضوع و یا حتی حکم دلیل محکوم را توسعه می‌دهد و گاه محدودیت ایجاد می‌کند. (مظفر، ۱۳۸۷: ۴۰۹-۴۰۷ و حیدری، ۱۳۸۷: ۴۸۷-۴۸۶) مثلاً وقتی گفته می‌شود: «حیات نباتی دائمی به جهت مرگ کورتکس مغز، مرگ محسوب می‌شود.» در واقع به عنوان دلیل حاکم، دایره موضوع دلیل «مرگ مغزی، پایان حیات تلقی می‌شود.» را توسعه می‌دهد، به این نحو که موت فقط اختصاص به مرگ مغزی ندارد و شامل حیات نباتی دائمی هم می‌شود، در نتیجه آثار و احکام آن، مانند مرگ مغزی است. پرواضح است که تسری همه آثار و احکام مرگ مغزی به حیات نباتی دائمی به دلیل پابندی به اصل قانون‌مندی نیاز به قانون‌گذاری صریح و شفاف دارد.

نتیجه گیری

۱- در تبیین چیستی و تشخیص مرگ مغزی و بالتبع حیات نباتی دائمی به عنوان یکی از مراتب آن، بین فقهای معاصر، متخصصین مغز و اعصاب و حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد. قانون گذار ایران با تبعیت از نظر اقلیت فقها در تنها مقررۀ قانونی موجود تحت عنوان «قانون پیوند اعضای بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنان مسلم است» مرگ مغزی را به عنوان پایان زندگی پذیرفته است، اما به لحاظ عدم ارائه تعریف از ماهیت و درجات آن و این که در آیین نامه اجرایی قانون مذکور، مرگ مغزی معادل قطع غیرقابل بازگشت کل مغز (قشر و لایه زیرین و ساقۀ مغزی) در نظر گرفته شده، در مورد وضعیت بیمار مبتلا به حیات نباتی دائمی و این مطلب که حالت موصوف ملحق به کدام شق حیات یا ممات است؟ اختلاف نظر مضاعفی بروز یافته است. متأثر از اختلاف عقاید موصوف، سیاست کیفری قضایی نیز در این قلمرو متشتت، سرگردان و در نوسان نمایان شده است؛ به طوری که در نماد بارز بروز این سیاست یعنی آرا و تصمیمات مراجع قضایی، گاه فرد مبتلا به حیات نباتی دائمی در حکم مرده تلقی، در بعضی دیگر او را زنده و همانند یک انسان دارای حیات مستقر محسوب نموده و حسب مورد اصل عدم تداخل دیات صدمات ناشی از این وضعیت و یا تداخل دیات صدمات مذکور (البته با فرض وقوع یک ضربه) جاری و در پاره‌ای از احکام بین ضایعات حادث شده، تفکیک و مقادیر دیات و ارش‌ها به نحو متنوعی تعیین شده‌اند.

۲- از حیث معرفت شناسی، اگر مرگ را یک رویداد که در یک لحظه به طور کامل و نهایی، اتفاق می‌افتد و نه به عنوان یک فرایند که مستلزم طی مسیری برای وصول به نقطه آخر، فرض کنیم، فاصله‌ای بین زنده بودن و خاتمۀ حیات وجود نخواهد داشت؛ به عبارت دیگر در مورد بیماران مبتلا به حیات نباتی دائمی تردید بین حیات و مرگ متصور نبوده و قطع بی بازگشت توانایی برای داشتن آگاهی در دسترس و آگاهی پدیداری، مرگ ایشان را رقم خواهد زد. هم‌چنین از نظر یک دیدگاه صائب پزشکی با از کار افتادن قسمت بالایی مغز (کورتکس) قطع آگاهی‌های موصوف و در نتیجه مرگ عملاً اتفاق می‌افتد. از این رو هر چند قسمت پایینی مغز (ساقه مغزی) در این بیماران ممکن است فعال و اعمالی نظیر تپش قلب، تنفس، بیداری ظاهری و غیره‌فمند و ... نمودار باشد، اما این قبیل عملکردها را نمی‌توان دال بر زنده بودن ایشان، تلقی کرد. آمارها نیز حکایت از آن دارد که پایداری این وضعیت متغیر و اکثر قریب به اتفاق آن‌ها در زمان‌های مختلف بالاخره دچار توقف فعالیت ساقۀ مغزی هم شده و در نهایت مرگ کل مغز و یا قلب رخ می‌دهد.

۳- پذیرش این نظریه که توقف عملکرد کورتکس مغز، موجب تحقق حیات نباتی دائمی و در نتیجه وقوع یکی از وجوه بارز مرگ مغزی است، هرگز به این معنا نیست که با انجام عملیاتی، موجبات عمدی مرگ قطعی فرد فراهم شود. هرچند در بعضی از کشورها پرونده‌هایی در مراجع قضایی برای پذیرش خاتمه دادن یا ندادن زندگی این بیماران و یا در قالب مباحث مربوط به مرگ خودخواسته مطرح گردیده، اما تا زمانی که قانون‌گذاری صریحی در این خصوص نداشته باشیم، تطابق کامل احکام مرگ مغزی بر این افراد دشوار و دارای معاذیر اخلاقی و شرعی است. در این موارد باید منتظر ماند و با وصف ادامه مراقبت‌های پزشکی، چنان‌چه مرگ کامل مغزی واقع شد، آن‌گاه احکام شرایط اخیر را از حیث پیوند اعضا و ... جاری کرد. لکن می‌توان پذیرفت که بیماران مذکور در حکم مرده و از جمله مصادیق بارز شرایط مندرج در ماده ۳۷۲ «قانون مجازات اسلامی» هستند، بدین‌سان قدر متیقن آن است که در جنایات غیرعمدی منجر به چنین حالتی، اصل عدم تداخل دیات صدمات وارده جاری شود. البته از آن‌جا که هزینه‌های درمانی، پزشکی و نگهداری این بیماران از میزان یک دیه کامل فراتر می‌رود، بازنگری در قوانین مربوطه به ویژه در قوانین بیمه‌ای برای جبران خسارات بزه‌دیده ضروری به نظر می‌رسد و تا قبل از آن باید از قواعد کلی ضمان و تمسک به قاعده «لاضرر و لااضرار فی الاسلام» در دعاوی مطروحه و احکام صادره قضایی نسبت به دفع ضرر اقدام نمود. این استدلال منافاتی با مفاد رأی وحدت رویه شماره ۶۱۹ مورخ ۱۳۷۶/۹/۲۸ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز ندارد.

۴- از آن‌جا که قانون‌گذار در مراتب مشخصی از آسیب‌های مغزی مانند زوال عقل، نقصان حافظه، اختلال روانی، اغما و یا اغما به شرح منعکس در ماده ۶۷۵ تا ۶۸۱ «قانون مجازات اسلامی» تکلیف را مشخص کرده و همچنین از زمان تصویب ماده واحده «قانون پیوند اعضا بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنان مسلم است» و آیین‌نامه اجرایی آن مدت مدیدی گذشته و در این فاصله پیشرفت‌های شگرفی در حوزه علوم پزشکی حاصل شده، رفع ابهام و تعیین تکلیف راجع به کلیه مراتب آسیب‌های مغزی و ضمانت اجرای مرتبط با آن‌ها از سوی مرجع مذکور، موجب سامان‌بخشی، روزآمدی و قانون‌مندی مراجع قضایی از حیث انطباق با تدابیر تقنینی در بروز سیاست کیفری عادلانه و هماهنگی این دو بخش مهم از نظام عدالت کیفری در قبال جنایت غیرعمدی منتهی به عوارض موصوف خواهد شد.

فهرست منابع

۱. آزاد قزوینی، علی (۱۴۱۴)، المسائل المستحدثة، قم، انتشارات یاران.
۲. آقایی نیا، حسین (۱۳۹۲)، حقوق کیفری اختصاصی؛ جرایم علیه اشخاص (جنایات)، چاپ یازدهم، تهران بنیاد حقوقی میزان.
۳. ابوزید، بکر بن عبدالله (۱۴۱۶)، فقه النوازل قضایا فقیهه معاصره، ج ۱، بیروت، انتشارات رساله.
۴. پورجوهری، علی (۱۳۸۳)، «بررسی فقهی پیوند اعضا»، تهران، دانشگاه امام صادق (ع).
۵. تبریزی، میرزا جواد (۱۴۱۷)، صراط النجاه، ج ۲، چاپ اول، قم، انتشارات برگزیده.
۶. حاتمی، علی اصغر و مسعودی، ندا (۱۳۸۹)، «آثار حقوقی مرگ مغزی»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، شماره اول، فصل بهار و تابستان، صص ۸۳-۶۱.
۷. حاج منوچهری، رضا و مزینانی، رزیتا (۱۳۹۶)، «ارزیابی چگونگی تعیین خسارت بیماران مبتلا به وضعیت نباتی در پزشکی قانونی»، مجله پزشکی قانونی ایران، شماره ۱، فصل بهار، صص ۴۳-۳۷.
۸. حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۹۶)، جرایم علیه اشخاص (قتل)، چاپ اول، تهران، بنیاد حقوقی میزان.
۹. حیدری، سید علی نقی (۱۳۸۷)، اصول الاستنباط فی اصول الفقه و تاریخه باسلوب جدید، ترجمه زراعت، عباس و مسجد سرائی، حمید، چاپ ششم، قم، انتشارات حقوق اسلامی.
۱۰. خامنه‌ای، سید علی (۱۳۹۰)، ره توشه قضایی (استفتائات قضایی)، چاپ اول، قم، نشر قضا.
۱۱. خمینی، روح‌الله (۱۳۸۶)، تحریر الوسیله، ج ۲، چاپ یازدهم، قم، انتشارات دارالعلم.
۱۲. زراعت، عباس (۱۳۹۴)، شرح مختصر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، ج ۱، چاپ چهارم، تهران، انتشارات ققنوس.
۱۳. سپهوند، امیرخان (۱۳۸۶)، حقوق کیفری اختصاصی (۱)؛ جرایم علیه اشخاص، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد.
۱۴. سجودی، سیدرضا (۱۳۹۷)، «سیاست کیفری ایران در برابر تجاوز به اراضی ملی»، رساله برای اخذ مدرک دکتری، دانشکده حقوق، الهیات و معارف اسلامی دانشگاه آزاد- واحد جامع نجف‌آباد.
۱۵. شاهرودی، سیدمحمود (۱۳۷۸)، بایسته های فقه جزا، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
۱۶. صانعی، یوسف (۱۳۸۴)، استفتائات قضایی، ج ۲، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
۱۷. صادقی، محمد هادی (۱۳۷۸)، حقوق جزای اختصاصی (۱)؛ جرائم علیه اشخاص (صدمات جسمانی)، چاپ دوم، تهران، نشر میزان.

۱۸. صفایی، سیدمحمدحسین و قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۸۴)، حقوق مدنی؛ اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران، انتشارات سمت.
۱۹. عباسی، زینب و پیمان، اکرم (۱۳۹۱)، «بررسی مرگ مغزی و پیوند اعضا در ایران»، فصلنامه حقوق پزشکی، شماره بیستم، فصل بهار، صص ۴۳-۵۴.
۲۰. فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۱)، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله (کتاب القصاص)، الطبغه الاولى، قم، المطبعة اعتماد.
۲۱. قادی‌پاشا، مسعود، هدایت‌شده، محمدجواد، آرام، سمیرا و علی‌محمدی، علی‌محمد (۱۳۹۸)، «مدت زنده ماندن بیماران دچار وضعیت زندگی نباتی مراجعه کننده به مراکز پزشکی قانونی شهر تهران از ابتدای سال ۱۳۸۷ تا انتهای سال ۱۳۹۶»، مجله پزشکی قانونی ایران، شماره چهارم، فصل پاییز، صص ۱۸۵-۱۸۸.
۲۲. گرایلی، محمد باقر و انفرادی سرچشمه، طاهره (۱۳۹۷)، «بررسی تداخل دیات در حیات نباتی از منظر حقوق اسلامی»، دوفصلنامه علمی-ترویجی مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، شماره سی و هشتم، فصل پاییز و زمستان، صص ۷۰-۵۱.
۲۳. گودرزی، فرامرز (۱۳۷۴)، پزشکی قانونی، چاپ چهارم، تهران، انتشارات انیشتن.
۲۴. مصدق، محمد (۱۳۹۹)، شرح قانون مجازات اسلامی (قصاص)، چاپ سوم، تهران، انتشارات جنگل.
۲۵. مظفر، محمدرضا (۱۳۸۷)، اصول الفقه، ج ۳، ترجمه زراعت، عباس و مسجدسرای، حمید، چاپ دوم، قم، انتشارات حقوق اسلامی.
۲۶. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷)، استفتائات جدید، سه جلدی، چاپ دوم، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی‌طالب (ع).
۲۷. مجمع فقه اهل بیت (ع) قم (بی‌نا و بی‌تا)، جواب سؤالات مربوط به پیوند اعضا، قم، انتشارات مجمع اهل بیت (ع).
۲۸. میکانیکی، ابراهیم، میکانیکی، فاطمه و ابوالحسنی، علی‌اکبر (۱۳۹۱)، «بررسی فقهی و حقوقی مرگ مغزی»، مجله دانشگاه علوم پزشکی بابل، ویژه‌نامه یکم، فصل زمستان، صص ۴۳-۵۴.
۲۹. موسوی‌خویی، سیدابوالقاسم (۱۳۹۴)، ترجمه کامل مبانی تکمله المنهاج (قصاص و دیات)، ج ۲، ترجمه مددی، علی، چاپ اول، قم، انتشارات حقوق اسلامی.

۳۰. موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۷)، فقه الاعذار الشرعیه و المسائل الطبیعیه (المحشی)، چاپ اول، قم، دار الصدیقه الشهیده.

۳۱. میرشکاری، عباس و حسینی، فاطمه سادات (۱۳۹۹)، «قابلیت مطالبه زیان‌های مالی اشخاص در وضعیت زندگی نباتی»، دوفصلنامه علمی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، شماره دوم (پیاپی ۵۲)، فصل پاییز و زمستان، صص ۵۱۶-۴۸۳.

۳۲. میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۲)، حقوق کیفری اختصاصی (۱)؛ جرائم علیه اشخاص، چاپ یازدهم، تهران، بنیاد حقوقی میزان.

۳۳. همتی‌مقدم، احمد رضا، صمدی، هادی و کاتوزی، مریم (۱۳۹۹)، «تأملاتی درباره مرگ مغزی بر اساس تغییرات شناختی»، مجله تازه‌های علوم شناختی، شماره یک، فصل بهار، صص ۱۰۱-۹۳.

1. Ashwal, M.D, Cranford, Ronald And The Multy- Society Task Force Of PVS (1994), «Medical Aspects Of The Persistent Vegetative State», Second Two Parts, Dawnload From: [www. nejm.org](http://www.nejm.org).

2. Cranford, Ronald (2004) , «Diagnising The Permanent Vegetative State», American Medical Association, 350-352.

3. Jennett, B. (2021) , «The Vegetative State», Jneuroal Neurosurg Psychiatry, First Publiished 2002, Dawnload From: [Http://jnnp.bmj.com](http://jnnp.bmj.com)

کروناویروس در چارچوب حقوق بین الملل و تأثیر آن بر امنیت اقتصادی

سعید نظری شیخی^۱

حسین سوری^۲

چکیده

در حالی که چهارچوب های قانونی مشخص و خاصی در اصول حقوق بین الملل درباره بیماری های واگیردار از جمله کروناویروس پیش بینی شده بود، دولت ها بیشتر با توجه به قانون اساسی و مقررات خود این بحران را مدیریت کرده اند. در مورد کشورهای درگیر کرونا گزارش ها حکایت از نامناسب بودن وضعیت اقتصادی و اجتماعی آنها دارد بالاخص کشورهای در حال توسعه. از این رو در این مقاله با هدف بررسی بحران کروناویروس در چارچوب حقوق بین الملل، تأثیر آن را بر امنیت اقتصادی تحلیل کردیم؛ که با بهره گیری از روش توصیفی- تحلیلی و مطالعات کتابخانه ای یافته های پژوهش، حاکی از آن است که محدودیت های ایجاد شده در نتیجه بحران کروناویروس در روابط تجاری بین المللی و همچنین اجرای قوانین بین الملل اقتصادی، باعث تهدید امنیت سرمایه گذاری و امنیت اشتغال و درآمد شده و در نتیجه تأثیر بر منابع اولیه، تولید، اشتغال، توزیع درآمد و رفاه می گذارد.

کلیدواژه ها: کروناویروس (کووید-۱۹)، حقوق بین الملل، سازمان سلامت جهانی، امنیت اقتصادی.

^۱-دانش آموخته کارشناسی ارشد رشته حقوق جزا و جرم شناسی

^۲ - دانش آموخته کارشناسی ارشد رشته روابط بین الملل

مقدمه

در پایان دهه دوم قرن بیست و یکم که سرعت پیشرفت علم و فناوری به حد اعجاب انگیزی رسیده است، برای کمتر کسی این امر قابل تصور بود که ویروس جدیدی به نام کرونا به عامل تهدید حیات افراد تبدیل شود و بحرانی بین المللی ایجاد کند. در حقیقت در اواخر دسامبر ۲۰۱۹ و اوایل دی ماه ۱۳۹۸ بود که بروز یک بیماری شبیه ذات الریه در شهر ووهان کشور چین به سازمان جهانی بهداشت گزارش شد. چند روز پس از این گزارش مشخص شد که نوع جدیدی از ویروس کرونا مسبب این بیماری شده است که نام کووید-۱۹ بر آن نهانند. به نظر می‌رسد هرچه جهان به پیش می‌رود، به همان اندازه خطرها، چالش‌ها و تهدیدهای امنیتی ناشناخته نیز پدیدار می‌شوند و عصر خطرناک‌تری را برای حیات و بقای بشر به وجود می‌آورند. آن‌چه در این روزها با شیوع ویروس کرونا (نوع جدید کووید ۱۹) به وقوع پیوسته است، تهدید بزرگی برای جهان به بار آورده است. امری که این بیماری را به یک تهدید جدی امنیتی در سطح جهان بدل کرده است. این ویروس با شیوع خود خسارات گسترده‌ای به جامعه بشری وارد ساخته است. جدا از تلفات انسانی که تاکنون این ویروس از خود بر جا گذاشته، بسیاری از بازارهای سهام در جهان از زمان شیوع این ویروس تحت تأثیر قرار گرفته‌اند. به بیانی اجرای حقوق بین الملل اقتصادی و حقوق تجارت بین الملل را نیز دچار مشکل کرده است. دولت‌ها به بهانه مقابله با فراگیری ویروس کرونا، مرزهای خود را بسته‌اند و بازرگانان و تجار و صاحبان صنایع و شرکت‌های حمل و نقل تقریباً از کار بازایستاده‌اند. به همین دلیل، این ویروس مسأله تعارض احتمالی تجارت با حقوق بشر را دوباره به میان کشیده است. اصل آزادی تجارت، مستلزم رفت و آمد آزادانه تجار و کالاهاست، اما در شرایط ناشی از بحران فعلی، آزادی رفت و آمد و کالاهای می‌تواند جان انسان‌ها را در معرض مخاطره قرار دهد. همچنین در شرایط حاضر، کم نیستند بازرگانان و تجاری که به علت شیوع کرونا از ایفای تعهدات قراردادی خود عاجز مانده‌اند. بنابر اعلام سازمان بهداشت جهانی شیوع این ویروس در مدت تقریبی دو ماه به مرحله همه‌گیری رسید. همه‌گیری بیماری، سیستم‌های بهداشت و درمان، اقتصادهای جهان، نهادهای سیاسی، سازمان‌های بین‌المللی و منطقه‌ای و افکار عمومی را درگیر خود کرد و دنیا را با بحرانی جدید و گسترده روبه‌رو کرد. بحرانی که نتایج آن بیماری تعداد بسیاری از انسان‌ها در سراسر جهان، مرگ هزاران انسان، ناتوانی سیستم‌های درمانی و رکود اقتصادی است.

براساس گزارش صندوق بین‌المللی پول، برای اولین بار در تاریخ معاصر جهان همه کشورهای توسعه یافته، در حال توسعه و اقتصادهای نوظهور همزمان در رکود قرار گرفته‌اند. این یک فاجعه جدی برای

اقتصاد جهان است که باعث شد رشد اقتصادی سال ۲۰۲۰ به پایین ترین سطح خود از زمان رکود بزرگ سال ۱۹۳۰ برسد و میانگین جهانی رشد اقتصادی، منفی ۳ درصد باشد. درواقع اعتراضات جهانی در ۱۰ سال گذشته در بسیاری از موارد ریشه در بحران مالی جهانی داشته و این امر باعث عدم بر خورداری فرصت اقتصادی و نارضایتی از دولت ها شده است. مهم ترین مسأله در ذهن معترضین در کشورهای جهان، نبود فرصت اقتصادی، افزایش نابرابری و فساد نخبگان بوده است. در حال حاضر نیز به دلیل افت شدید درآمدها در اثر تعطیلی کرونایی و بدهکاری سنگین بازار و محدودیت تجارت و کسب و کارهای ورشکسته و تعطیلی برخی مشاغل شاهد موج سقوط سهام ها، افزایش قیمت ها و عدم تعادل قیمت ها در بازار و ... هستیم. از طرفی یک جامعه را زمانی می توان از لحاظ اقتصادی ایمن دانست که ثبات در آن جامعه وجود داشته و خانوارها و بنگاه ها به عنوان مهم ترین نهادهای اقتصاد و بازار بتوانند در محیط رقابتی سالم و با میزان اطلاعات یکسان به بهینه سازی رفتار خود بپردازد.

۱- مفاهیم و مبانی نظری کرونا ویروس (کووید-۱۹)

بیماری کرونا ویروس ۲۰۱۹ یا کووید-۱۹^۱ که به آن بیماری تنفسی حاد ان کاو-۲۰۱۹ یا به شکل عمومی به آن کرونا نیز می گویند^۲ بیماری ای عفونی است که بر اثر کرونا ویروس سندرم حاد تنفسی ۲^۳ ایجاد می شود. این بیماری دلیل دنیاگیری ۲۰۱۹-۲۰ کرونا ویروس است.

علائم معمول آن تب، سرفه، تنگی نفس و به تازگی نابویایی هستند. درد عضلانی، تولید خلط، گلودرد، ناچشایی و سرخی چشم از جمله نشانه های کمتر معمول آن هستند. با این که اکثریت موارد این بیماری باعث علائم خفیف می شود، بعضی از موارد به سینه پهلوی و نارسایی چند اندامی پیشرفت می کند (ویکی پدیا). درواقع ویروس های کرونا به شکل ذرات ریز کروی هستند و در داخل ویروس ژنوم آن که یک RNA تک رشته ای مثبت می باشد و منجر به تغییر در بیماری زایی وحدت ویروسی و میزان حساسیت آن در مقابل آنتی بادی ضد ویروسی می شود. اولین مرحله در آلوده کردن سلول میزبان، چسبیدن ویروس به سلول است. این مرحله بسیار مهم بوده و تعیین کننده تروپیسم و شروع عفونت زایی

¹ Coronavirus Disease 2019

² Covid-19

³ 2019-Ncov Acute Respiratory Disease

⁴ SARS-Cov-2

ویروس است. پس از اتصال ویروس توسط پروتیین S به سطح سلول، پوشش ویروس با غشا سطح سلول ادغام یا فیوز می‌شود که باعث آزاد شدن ژنوم RNA ویروسی در داخل سیتوپلاسم سلول میزبان می‌شود. کروناویروس‌های انسانی در سلول‌های اپیتلیال تنفسی در قسمت بالای دستگاه تنفس و همچنین در سلول‌های آلوئول‌های ششی و قسمت تحتانی سیستم تنفسی وارد شده و رشد می‌کنند ولی در مورد ویروس Cov-2 عامل COVID-19 کامل مشخص نیست که در چه ارگان‌هایی در بدن وارد شده و رشد می‌کنند. بهترین آزمایش تشخیصی RT-PCR است که تاکنون هم مورد استفاده گسترده قرار گرفته ولی دارای نتایج منفی کاذب است. اگر این آزمایش همراه با علائم کلینیکی و رادیولوژی مورد استفاده قرار گیرد بسیار مفید است. روش‌های سرولوژیکی در مورد بعضی ویروس‌های کرونا و سارس به کار گرفته شده است. یکی از روش‌های سرولوژیکی با تعیین IgG از این نظر مفید خواهد بود که میزان آلودگی بدون علامت و در معرض قرار گرفتن افراد به ویروس را تعیین می‌کند. تاریخ دقیق ظهور این ویروس دقیقاً مشخص نیست ولی به نظر می‌رسد که مدتی قبل از دسامبر ۲۰۱۹ با وجود تست و گزارش نشدن، وجود داشته است (شمسی شهرآبادی، ۱۳۹۹). نرخ مرگ و میر بین ۱٪ و ۵٪ تخمین زده می‌شود ولی بر حسب سن و دیگر شرایط سلامتی تغییر می‌کند. این بیماری به زبان ساده اساساً از طریق قطرات ریز تنفسی افراد مبتلا، وقتی سرفه یا عطسه می‌کنند، به سایر افراد سرایت می‌کند. زمان مابین در معرض بیماری قرار گرفتن و بروز نشانه‌ها، بین ۲ و ۱۴ روز است. از طریق شستن دست‌ها و دیگر تدابیر بهداشتی، می‌توان از پخش آن جلوگیری کرد. انتشار ویروس بصورت انتقال انسان به انسان معمولاً زمانی اتفاق می‌افتد که شخصی با مایعات ترشحاتی شخص آلوده (مثلاً قطرات سرفه) در تماس باشد. بسته به بیماری‌زایی ویروس، سرفه، عطسه و دست دادن می‌تواند سبب انتقال شود. ۲۳۹ دانشمند در نامه‌ای سرگشاده به سازمان بهداشت جهانی گفتند که شواهدی وجود دارد که نشان می‌دهد کروناویروس جدید به اندازه‌ای کوچک است که می‌تواند از طریق هوا جابجا شده و مردم را آلوده کند. هشدار ۲۳۹ نفر از دانشمندان از ۳۲ کشور جهان درباره انتقال نوع جدید ویروس کرونا از طریق ذرات ریز در هوا در حالی مطرح شد که سازمان جهانی بهداشت تاکنون راه انتقال اصلی این ویروس را قطرات ریزی که از بینی و دهان فرد مبتلا خارج می‌شود اعلام کرده بود (ویکی پدیا).

۲- سازمان جهانی سلامت (بهداشت)^۱

سازمان جهانی سلامت یکی از آژانس‌های تخصصی سازمان ملل متحد است که نقش یک مرجعیت سازمان دهنده را بر بهداشت جامعه جهانی ایفا می‌کند. این آژانس در ۷ آوریل سال ۱۹۴۸ تأسیس شد و مقر آن در ژنو سوئیس است (دوخایی، ۱۳۹۹: ۶). از زمان تأسیس سازمان جهانی سلامت در سال ۱۹۴۸، این سازمان مسئول اصلی حفظ سلامت و بهداشت در عرصه بین‌المللی بوده است. در سال ۲۰۰۵، مجمع عمومی این نهاد بین‌المللی، دومین نسخه مقررات سلامت جهانی را منتشر کرد؛ سند مزبور از سال ۲۰۰۷ لازم الاجرا شده است. نسخه ویرایش شده ۲۰۰۵ از نسخه ۱۹۶۹ الهام پذیرفته است (بیگ زاده و همکاران، ۱۳۹۹: ۱۹). اولویت‌های اصلی سازمان جهانی بهداشت کنترل شیوع مالاریا، سل، عفونت‌های مقاربتی و بهبود بهداشت مادران و کودکان، تغذیه و بهداشت محیط بود. سازمان جهانی سلامت از زمان تأسیس، نقش اصلی را در ریشه کن کردن بیماری آبله بازی کرده است. اولویت‌های فعلی این سازمان بیماری‌هایی چون بیماری‌های واگیردار به ویژه ایدز، ابولا و نیز کاهش اثرات بیماری‌های غیرواگیر مانند سلامت جنسی و تولید مثل، پیری زودرس، امنیت غذایی و تغذیه سالم، بهداشت شغلی و سوء مصرف مواد مخدر است (دوخایی، ۱۳۹۹: ۶). مقررات سلامت جهانی یک معاهده نیست، اما سندی الزام آور است. این سند الزام آور بر اساس ماده ۲۱ اساسنامه سازمان جهانی سلامت تنظیم شده است. ماده ۲۱ اساسنامه این سازمان به مجمع عمومی آن اجازه داده است که برای مقابله با شیوع بیماری‌های فراگیر، نظام‌نامه‌های الزام‌آوری را تصویب نماید. چنانچه مجمع عمومی سازمان جهانی سلامت برای مقابله با شیوع بیماری‌های فراگیر، نظام‌نامه‌ای را تصویب کرد، آن نظام‌نامه بدون نیاز به تصویب بعدی در قبال دولت‌های عضو سازمان الزام آور است. از سال ۱۹۴۸ تا به امروز، مجمع عمومی این سازمان، تنها دو بار از این صلاحیت به موجب ماده ۲۱ اساسنامه خود استفاده کرده است (بیگ زاده و همکاران، ۱۳۹۹: ۱۹). این سازمان خط مشی سلامت دولت را با دو هدف مورد بررسی قرار می‌دهد:

- ۱- رسیدگی به عوامل اصلی اقتصادی و اجتماعی سلامت از طریق سیاست‌ها و برنامه‌هایی که باعث تقویت عدالت بهداشتی می‌شود و رویکردهای طرفدار فقیر، پاسخگو به جنسیت و مبتنی بر حقوق بشر را یکپارچه می‌کند.

¹ WHO: World Health Organization

۲- برای ارتقاء یک محیط سالم‌تر، پیشگیری اولیه را شدت بخشیده و بر سیاست‌های عمومی در همه بخش‌ها تأثیر می‌گذارد تا دلایل اصلی تهدیدات زیست محیطی برای سلامتی را برطرف کند (دوخایی، ۱۳۹۹: ۱۲).

۳- مفهوم امنیت اقتصادی

پس از فروپاشی دیوار برلین، واژه امنیت جامع‌تر شده و در سال‌های اخیر از جمله تهدیدهای اصلی غیر از بحث تروریسم، تهدید امنیت اقتصادی و بی‌ثباتی اقتصادی است. در دهه ۱۹۷۰ با شروع بحران نفتی، جامعه بین‌الملل پی برد که بدون اقتصادی باثبات نمی‌توان احساس امنیت کرد. این فرضیه پس از نخستین امواج بحران مالی دهه ۸۰، سپس در موج دوم بحران مالی در دهه ۹۰ به اثبات رسید. پس از سال ۱۹۹۰، چارچوب درک امنیت، گسترش یافته است و نه تنها تهدید نظامی بلکه تهدیدهای اقتصادی، اجتماعی، زیست محیطی و سیاسی را هم در برمی‌گیرد. (سیف، ۱۳۸۹: ۸) در واقع از سال ۱۹۴۵ میلادی، ایده امنیت اقتصادی، جایگاه والایی در دستور کار نظام‌های سیاسی یافته است و همه آن‌ها تلاش کرده‌اند که برای شهروندان خویش امنیت اقتصادی را تأمین نمایند. این بُعد از امنیت، پس از جنگ سرد، اهمیت روز افزونی یافت و دانش پژوهان و سیاست‌گذاران، ضمن تأیید ارتباط امنیت اقتصادی با ایمنی جامعه، بدنبال راه‌های جدیدی جهت وارد نمودن موضوعات اقتصادی، در راهبردهای سنتی دفاعی بوده‌اند. همچنان‌که بسیاری از کشورهای جهان سوم از شعار تأمین اقتصادی برای اصلاح موقعیت نامساعد خود بهره گرفته و می‌گیرند. از سویی در عرصه بین‌المللی، استفاده از امکانات اقتصادی به عنوان یک اهرم کارساز، هم باعث ایجاد آسیب‌پذیری بیشتر دولت‌ها و هم رشد افزون‌تر اهمیت موضوع امنیت اقتصادی گشته است. زیرا با جهانی شدن اقتصاد و افزایش همبستگی اقتصادی واحدها، دولت‌ها بیش از هر زمانی برای تأمین نیازمندی‌های خود به یکدیگر وابسته هستند. نظام‌های سیاسی در حال حاضر ضمن دنبال نمودن راهبردهای خودکفایی اقتصاد ملی، ضرورت امنیت اقتصادی مبتنی بر راهبردهای وابستگی متقابل جهانی را نیز به شدت دنبال می‌کنند. هر چند در هیچ نقطه از عالم شاهد تحقق کامل همکاری اقتصادی مؤثر و مطمئن جهانی نیستیم و توزیع جهانی کالا و خدمات اقتصادی بطور قابل ملاحظه‌ای آشفته و به سود دولت‌های پیشرفته و کشورهای شمال است؛ لذا شکاف بین فقرا و اغنیا در عرصه بین‌المللی و بین ملت‌ها بیشتر شده است (اخوان کاظمی، ۱۳۹۱).

برای فهم امنیت اقتصادی، نخست باید تعاریف امنیت را مرور کنیم. مطابق نظر بلانی، امنیت، آزادی نسبی از جنگ است. مورس، امنیت را آزادی نسبی از تهدیدهای ویرانگر می‌داند. بوزان، امنیت را آزادی از

تهدید و توان دولت ها و جوامع برای حفظ هویت مستقل خود معرفی کرده است. از نظر بوزان و گریزولد، مفهوم جدید امنیت می تواند به چهار زیرگروه تقسیم شود: امنیت افراد، امنیت ملی، امنیت بین المللی و امنیت جهانی. بنابراین، تعریف امنیت به زمینه ها، ارزش های اساسی و دیدگاه های اشخاص بستگی دارد. برخی نیز معتقدند امنیت هم به واقعیت هم به ادراک بستگی دارد. آنها امنیت را حالتی ذهنی می دانند که قویاً به دیگران و نه تنها خود فرد مرتبط است (سیف، ۱۳۸۹: ۹).

بنابراین رابرت ماندل امنیت اقتصادی را «میزان حفظ و ارتقای شیوه زندگی مردم یک جامعه از طریق تأمین کالاها و خدمات و هم از مجرای عملکرد داخلی و هم حضور در بازارهای بین المللی» می داند. باری بوزان نیز از امنیت اقتصادی سخن رانده و در سه سطح فردی، گروه ها، و طبقات به این موضوع می پردازد. از نظر وی، در سطح فردی، امنیت اقتصادی به میزان دسترسی انسان به ضروریات زیستی (غذا، آب، سرپناه و آموزش) مربوط است. در سطوح بالاتر، ایده امنیت اقتصادی با دامنه وسیعی از بحث های بسیار سیاسی درباره اشتغال، توزیع درآمد و رفاه مرتبط است. به نظر بوزان، امنیت اقتصادی فرد تنها به شرایط زیستی محدود نمی شود بلکه تأمین این امنیت به معنی حفظ سطح مشخصی از استاندارد زندگی است و به عنوان نمونه؛ اشتغال یا حق حداقل دستمزد را باید از شرایط ضروری امنیت اقتصادی بدانیم. بدین ترتیب می توان استنتاج کرد که امنیت اقتصادی همان شرایط حیاتی اقتصادی بوده و عبارت است از برقراری نظم بین عوامل اساسی، تهیه مایحتاج معیشتی انسان یعنی منابع اولیه، تولید، توزیع کار و درآمد اعضای جامعه، بطوری که نیازهای ضروری آنها تأمین شود و آنها از فقدان و یا حتی احتمال فقدان این ضروریات، احساس خطر ننموده و آرامش و آسایش آنها سلب نگردد. اما در نگرش اسلامی، علاوه بر تعاریفی که از امنیت اقتصادی مطرح گردید در ساده ترین تعاریف، امنیت مزبور به این معنا است که مردم در اموال شان امنیت داشته باشند و دولت با مدارا و رعایت عدل و انصاف و با توجه به دیگر اخلاق پسندیده اسلامی، از آنان مالیات و زکات اخذ نماید. همچنین؛ احتکار کالا (به ویژه کالاهای اساسی و مورد نیاز مردم) در میان نباشد و نیز در خرید و فروش ها قیمت ها متعادل باشد (اخوان کاظمی، ۱۳۹۱).

۴- کروناویروس در چارچوب حقوق بین الملل

منشور ملل متحد به موجب اهداف و مأموریت های خود به موجب حقوق بین الملل، زمینه حقوقی لازم را درباره احترام به حقوق بشر و ارزش های انسانی فراهم می کند. منشور ملل متحد در مواد ۱۳، ۵۳، ۵۵ و ۶۲ همکاری بین المللی در زمینه مسائل بهداشتی را یکی از مأموریت های ارکان اصلی خود در راستای حمایت از حقوق بشر و کرامت انسانی اعلام کرده که سازمان ملل متحد در راستای اهداف و

مأموریت های قانونی خود در این زمینه نسبت به ایجاد نهادها و اسناد بین المللی الزام آور به منظور تضمین حق بشری بر سلامت اقدام کرده است (بی پروا، ۱۳۹۹).

۴-۱- سازمان سلامت جهانی

سازمان سلامت جهانی در سال ۱۹۴۶ حق بر سلامت را به معنای بالاترین استاندارد حصول سلامتی، یکی از حقوق بنیادین بشری اعلام کرده است و مأموریت‌هایش در زمینه ارتقای سلامتی، سالم نگه‌داشتن جهان و حمایت از افراد آسیب‌پذیر در برابر بیماری‌ها از طریق همکاری و حمایت بین المللی است و به این منظور اقدامات لازم را برای مقابله با بیماری‌های عفونی، تهیه واکسن و دارو انجام می‌دهد. این سازمان یک مکانیسم بین المللی و از ارکان فرعی ملل متحد وابسته به شورای اقتصادی و اجتماعی است که برای تضمین و ارتقاء جهانی حق بر سلامت عمل می‌کند (بی پروا، ۱۳۹۹). در مقدمه اساسنامه سازمان بهداشت جهانی بهره‌مندی از بالاترین استاندارد قابل حصول سلامتی یکی از حقوق بنیادین هر انسانی، بدون تمایز از حیث نژاد، مذهب، عقاید سیاسی، شرایط اقتصادی یا اجتماعی قلمداد شد و پیشرفت نامساوی کشورهای مختلف در ترویج بهداشت و مهار کردن بیماری‌ها به خصوص بیماری‌های، واگیردار، یک خطر عمومی تلقی شده است. از سوی دیگر سازمان جهانی بهداشت که از جمله مأموریت خطیر مقررات‌گذاری در زمینه مقابله با بیماری‌های مسری را عهده‌دار شده و از شیوه‌ای بدیع و ابتکاری در این زمینه برخوردار است، در سال ۲۰۰۵ نحوه مقابله با شیوع و گسترش جهانی بیماری‌ها را مقرر داشت تا از مداخله غیرضروری در مسافرت، حمل و نقل و تجارت بین المللی اجتناب به عمل آید (زمانی، ۱۳۹۸). صرف نظر از اساسنامه سازمان بهداشت جهانی که برای کلیه دولت‌های عضو، الزام حقوقی به همراه دارد، یکی از مهم‌ترین اسناد قابل توجه به‌ویژه در زمینه شیوع بیماری‌هایی که سلامت عمومی را به‌مخاطره می‌افکنند، مقررات بهداشتی بین‌المللی مصوب سال ۲۰۰۵ است که در مقدمه سند، به آن، اعتباری به‌عنوان سندی جهانی در محافظت از انسان در مقابله با شیوع و گسترش بیماری‌ها بخشیده شده است. هدف از وضع این مجموعه مقررات، پیشگیری، محافظت، کنترل، و پاسخگویی بهداشت عمومی به انتشار بین‌المللی بیماری‌ها، به‌نحوی است که متناسب و محدود به موارد مخاطره‌برانگیز در بهداشت عمومی باشد و از تداخلی بی‌مورد در سفر یا تجارت بین‌المللی پرهیز شود. بدیهی است دشواری رسالتی که برعهده این مقررات گذاشته شده، بی‌تردید، بدون توجه به لزوم اعمال حداقلی مداخله در امور داخلی دولت‌ها بی‌نتیجه می‌ماند؛ از این‌روی، در چهارچوب ماده ۳ این مقررات، اجرای کلیه مقررات در پرتو احترام کامل و توأمان به کرامت ذاتی، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی انسان از یک‌سو، و محافظت از سلامت و

بهداشت عمومی از سوی دیگر، و اقتداری نسبت به دولت‌ها در اعمال تعهدات سازمانی است (شهباز، ۱۳۹۹). ماده ۲ این مقررات اعلام نموده است که هدف از این نظام‌نامه، جلوگیری و کنترل شیوع بیماری‌های بین‌المللی است. مقصود از پیشگیری، تمهیداتی است که به منظور ممانعت از شیوع بیماری‌های واگیردار اتخاذ می‌شوند. اما چنانچه به هر علت بیماری‌های واگیردار در سطح بین‌المللی شیوع پیدا کرد، تمهیداتی به منظور کنترل شیوع بیماری، یعنی محدود کردن آن، اتخاذ خواهد شد. ماده ۲ مقررات سلامت جهانی اضافه نموده است که اقدام‌های لازم برای پیشگیری و کنترل بیماری‌های واگیردار نباید به جریان تجارت آسیبی وارد آورد. در مواد ۳۱، ۳۲، ۴۰ و ۴۲ این مقررات، موازینی در رابطه با ورود و خروج مسافران به داخل مرزها در هنگام شیوع بیماری‌های واگیردار پیش‌بینی شده است. به هنگام شیوع بیماری‌های فراگیر، حقوق مسافران و حق بر رفت و آمد تحت الشعاع قرار می‌گیرد. در این مورد، ماده ۳۱ تصریح نموده است که علی‌الاصول دولت‌ها نمی‌توانند ورود و خروج مسافران را محدود نمایند؛ مگر آنکه مخاطره‌ای جدی وجود داشته باشد که سلامت عمومی را تهدید نماید. علاوه بر این، دولت‌ها علی‌الاصول نمی‌توانند مسافران را به انجام معاینه پزشکی و تزریق واکسن مجبور کنند، مگر اینکه مخاطره‌ای جدی، سلامت عمومی را تهدید نماید (بیگ زاده و همکاران، ۱۳۹۹: ۱۹-۱۷). مطابق ماده ۴۳ این مصوبه، دولت‌ها می‌توانند به هنگام بروز مخاطراتی که سلامت عموم را در معرض خطر قرار دهد، اقدامات مقتضی را اتخاذ کنند. این مخاطرات باید با دلایل علمی اثبات شده باشد و اقدامات دولت‌ها باید با چنان مخاطراتی متناسب باشد و ناقض حقوق بنیادین بشر قلمداد نشود (زمانی، ۱۳۹۸).

۴-۲- کمیسیون حقوق بین‌الملل

کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز در پیش‌نویس طرح مواد راجع به حمایت از اشخاص به هنگام فجایع، مفهوم «بلیه» را آن‌چنان وسیع، تعریف نموده است که شامل بیماری‌های فراگیر نیز می‌گردد (بند الف ماده ۳ طرح پیش‌نویس). مطابق با ماده ۱۱ پیش‌نویس مزبور، در صورتی که دولتی قادر به کنترل بلایا و فجایع نباشد، مکلف است از جامعه بین‌المللی درخواست کمک نماید. هرچند کمک به کشور گرفتار بلیه نیازمند رضایت آن است، چنین رضایتی نباید به طور خودسرانه دریغ شود (بند ۲ ماده ۱۳ طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل).

۴-۳- اعلامیه جهانی حقوق بشر

اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب مجمع عمومی در دسامبر ۱۹۴۸، دارای ارزش و اعتبار و قابلیت اجرا در حقوق بین‌الملل عرفی است که در ماده ۲۵ خود حق بر سلامت را به عنوان یک حق بشری و

موضوع تعهد دولت‌ها اعلام می‌کند (بی‌پروا، ۱۳۹۹). حق بر سلامت یکی از حقوق بشری است که برای استیفای سایر حقوق بشری نیز ضروری است. حق بر سلامت در پیوندی ناگسستنی با حق حیات (نسل اول حقوق بشر) قرار دارد و از سوی دیگر با حق بهداشت و تأمین اجتماعی، گره خورده است. علاوه بر این، حق بر محیط زیست سالم که در نسل سوم حقوق بشر قرار دارد نیز از سرچشمه حق بر سلامتی سیراب می‌شود. به این ترتیب حق بر سلامتی را می‌توان حلقه ارتباط نسل‌های مختلف حقوق بشر قلمداد نمود (آقابائیان، ۱۳۹۸).

۴-۴- میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در ماده ۱۲ خود حق بر سلامت را در زمینه پیشگیری از بیماری‌ها و درمان بیماران یک تعهد لازم‌الاجرا برای دولت‌ها و یک حق بشری انکارناپذیر برای انسان‌ها قلمداد کرده است که همه دولت‌ها برای تضمین و توسعه آن دارای تعهد در سطوح ملی و بین‌المللی هستند که باید در این زمینه به افراد انسانی بدون تبعیض پاسخگو باشند (بی‌پروا، ۱۳۹۹). بر اساس ماده ۱۲ این میثاق دولت‌های عضو حق هر کس را به تمتع از بهترین حال سلامت جسمی و روحی ممکن الحصول به رسمیت می‌شناسند. بر اساس بند دوم این ماده، تدابیری که کشورهای طرف این میثاق برای تأمین استیفای کامل این حق اتخاذ خواهند کرد، شامل اقدامات لازم برای تأمین امور ذیل خواهد بود: (زمانی، ۱۳۹۸)

- تقلیل میزان مرده متولد شدن کودکان - مرگ و میر کودکان و رشد سالم آنان؛

- بهبود بهداشت محیط و بهداشت صنعتی از جمیع جهات؛

- پیشگیری و معالجه بیماری‌های همه‌گیر- بومی - حرفه‌ای و سایر بیماری‌ها، همچنین پیکار علیه

این بیماری‌ها؛

- ایجاد شرایط مناسب برای تأمین مراجع پزشکی و کمک‌های پزشکی برای عموم در صورت ابتلا به

بیماری.

کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی که از سال ۱۹۸۶ به عنوان نهاد نظارتی میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ایجاد شده است، در مقام تفسیر ماده ۱۲ در نظریه عمومی شماره ۱۴ خود در سال ۲۰۰۰ ضمن آنکه حق بر سلامتی و سایر حق‌های بشری از جمله حق تغذیه، مسکن، کار، آموزش، حیات، عدم تبعیض، منع شکنجه و ... را لازم و ملزوم یکدیگر قلمداد کرد، ابراز داشت که بالاترین استاندارد قابل حصول سلامتی بر مقوله‌ای گسترده از عوامل اجتماعی- اقتصادی اتکا دارد که

شرایطی را اعتلا می‌بخشند تا در آن مردم بتوانند به زندگی توأم با سلامتی و آنچه که ضامن سلامتی آن‌هاست، اعم از تسهیلات، خدمات، کالاها و شرایط لازم برای نیل به بالاترین استاندارد قابل حصول سلامتی دست یابند. بدیهی است با توجه به ابعاد و گستره خسارات انسانی ناشی از ویروس کرونا در سطح ملی و منطقه‌ای، این ویروس را می‌توان عامل تهدیدکننده سلامتی عموم قلمداد کرد. در این مقطع حساس که کرونا، بحرانی جهانی را دامن زده و سازمان جهانی بهداشت، سازمان ملل متحد و سایر نهادهای جهانی و منطقه‌ای را درگیر ساخته، همکاری بین المللی با سایر دولت‌ها و سازمان‌های بین المللی تعهد حداقلی هر دولت به شمار می‌آید. علاوه بر این اصل احتیاط و مراقبت مقتضی^۱ ایجاب می‌نماید که هر دولت تمام تمهیدات لازم را برای جلوگیری از گسترش ویروس کرونا به سایر کشورها به ویژه کشورهای همجوار مورد پیش‌بینی و اتخاذ قرار دهند و صرفاً در اندیشه نجات کشور خویش نباشند. دفع خطر از خویش نباید به بهای به مخاطره افکندن دیگران تمام شود (زمانی، ۱۳۹۸).

۴-۵- میثاق حقوق مدنی و سیاسی

در میثاق حقوق مدنی و سیاسی نیز به موضوع تردد افراد، توجه خاص شده است. شاید کنترل عبور و مرور آزادانه در تضاد با ماده ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی باشد (عبور و مرور آزادانه برای افراد مقیم آن کشور و خروج آنها را به رسمیت شناخته) اما مطابق بند ۳ همان ماده، چنانچه محدودیت تردد جهت حفظ امنیت ملی و سلامت عمومی باشد بلامانع است و در پایان ذکر می‌کند که هیچ کس را نمی‌توان بدون مجوز از حق ورود به کشور خود محروم کند. از سویی بر اساس ماده ۴ حقوق مدنی و سیاسی هرگاه یک خطر عمومی فوق‌العاده، موجودیت ملی را تهدید کرد و رسماً آن تهدید اعلام شود، کشورها می‌توانند تدابیر خارج از الزامات مقرر در میثاق را اتخاذ نمایند مشروط بر آن که آن تدابیر، مغایر با حقوق بین‌الملل نبوده و منجر به تبعیض منحصرأ بر اساس نژاد، رنگ، جنس، زبان، اصل و منشاء مذهبی و اجتماعی نشود (قاسمی، ۱۳۹۸).

۴-۶- دیگر اسناد

همچنین در ماده ۵ کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض نژادی، مواد ۱۱ و ۱۲ کنوانسیون امحای کلیه اشکال تبعیض علیه زنان، ماده ۲۴ کنوانسیون حقوق کودک، ماده ۱۱ منشور اجتماعی اروپا، ماده ۱۶ منشور آفریقایی حقوق بشر و مردم حق بر سلامت نیز بیان شده است (آقابائیان، ۱۳۹۸). درنهایت

¹ Diligence Due

اینکه حقوق بین الملل سلامت که با تکیه بر اسناد بین المللی مختلف و نهادهای گوناگون نظارتی در سطح ملی، منطقه‌ای و جهانی و با محوریت سازمان جهانی بهداشت در حال توسعه است با مفاهیم جدیدی مواجه شده که در ظرف زمان آنها را به نظم خواهد کشید: مراقبت‌های اولیه بهداشتی، عدالت بهداشتی، ارتقاء سلامت، و امنیت بهداشتی (امنیت انسانی). در این میان حق بر سلامت به عنوان حقی بشری، نقش مهمی در حرکت به سوی جامعه‌ای سالم و خلق سیستم‌های بهداشتی عادلانه ایفا می‌نماید. حق بر سلامت یکی از گسترده‌ترین و در عین حال پیچیده‌ترین حق‌های بشری در نظام بین‌المللی به شمار می‌آید. حقوق بین الملل سلامت و به بیانی دیگر حقوق جهانی سلامت مبین آن است که سرنوشت تمام افراد بشر، به یکدیگر وابسته است. اگر در حوزه حقوق مدنی و سیاسی، «حق حیات» محور سایر حق‌های بشری است، در حوزه حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، «حق بر سلامتی» هسته مرکزی و محور سایر حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است. ویروس کرونا که سلامت جامعه بشری را در معرض خطر قرار داده و جامعه جهانی را به تکاپو واداشته است بیش از هر چیز وحدت بهداشت و سلامت جامعه جهانی و آسیب‌پذیری آن در مقابل عوامل جدید را به تصویر کشیده است (زمانی، ۱۳۹۸).

۵- تأثیر کروناویروس بر امنیت اقتصادی

در دوران پس از جنگ جهانی دوم تا اواخر قرن بیستم و به‌خصوص طی دوران جنگ سرد، امنیت کشورها در مقابل تهدیدات خارجی مهم‌ترین دغدغه موجود بوده و حوزه‌های امنیت نظامی و سیاسی، بیش از امنیت اقتصادی مورد توجه بوده است. با پایان یافتن جنگ سرد و شکل‌گیری روابط جدید در نظام بین‌الملل، اولویت‌های امنیتی دستخوش تحول شده و امنیت اقتصادی به‌عنوان مهم‌ترین شاخص امنیت ملی مطرح گردید. روند جهانی شدن، گسترش تجارت بین‌الملل و جریان بین‌المللی سرمایه‌ها، مهم‌ترین عواملی هستند که امنیت اقتصادی را در صدر توجهات امنیتی قرار داده است. به‌طوری که فراهم کردن بسترهای مناسب برای حمایت از سرمایه‌گذاران داخلی و جذب سرمایه‌های خارجی در کشورها، بدون وجود امنیت اقتصادی میسر نیست (عزتی و دهقان، ۱۳۸۷: ۸). در واقع اقتصاد کشورها در دنیا همچون چرخ‌دنده‌های یک ماشین بزرگ کاملاً به هم پیوسته و مرتبط است و وقوع یک بحران بین‌المللی همچون کرونا باعث ایجاد اختلال در متغیرهای اقتصادی کشورها می‌شود. کاهش تولید در سطح دنیا موجب کاهش تقاضا برای مواد اولیه در صنایع مختلف می‌شود، این کاهش خود بر سطح درآمد کشورهای صادرکننده مواد اولیه اثرگذار بوده و این روند به صورت چرخه‌ای باعث ایجاد یک رکود بزرگ اقتصادی می‌شود (آزادی، ۱۳۹۹). در حال حاضر، امنیت اقتصادی، یکی از مهم‌ترین شاخص‌های

توسعه‌یافتگی است. کشورهای در حال توسعه، جوامعی هستند که اولین و مهم‌ترین گام برای آن‌ها دستیابی به امنیت اقتصادی است تا در پرتو آن به یک نظام اقتصادی مطلوب برای ارتقای تولید و کارایی منبع دست یافته و آن‌گاه به رفاه اقتصادی یا تقلیل کمبود کالاها و خدمات که هدف نهایی هر نظام توسعه یافته است، برسند (جهانیان، ۱۳۸۱: ۱۳). اما امنیت اقتصادی به عنوان مهم‌ترین شاخص توسعه نیافتگی دو بعد دارد:

۵-۱- امنیت سرمایه‌گذاری

امنیت سرمایه‌گذاری، چارچوب نهادینه‌ای از شرایط اجتماعی، سیاسی و حقوقی است که اعتماد پس-انداز کنندگان و سرمایه‌گذاران را جلب کرده و امنیت جانی افراد و امنیت حقوقی معاملات را تضمین می‌کند. هرگاه شاخص‌های امنیت سرمایه‌گذاری در جامعه‌ای، وضعیت مطلوبی را نشان دهد، این چارچوب نهادینه موجب رشد اقتصاد خواهد شد. این شاخص‌های کلی عبارتند از:

- برقراری ثبات سیاسی در پرتو ثبات دولت و عملکرد اقتصاد؛ (ثبات سیاسی و سیاست‌گذاری صحیح اقتصادی)؛

- مشارکت مردمی در پرتو آزادی‌های مدنی، حقوقی و سیاسی؛
- نظام حقوقی سالم در پرتو حاکمیت قانون و کاهش خطر ابطال قراردادهای توسط دولت؛
- نظام اداری سالم در پرتو کاهش میزان فساد مالی؛
- کاهش میزان خشونت سیاسی در پرتو کاهش تنش‌های قومی، خطر جنگ‌ها و منازعات داخلی و میزان تروریسم سیاسی.

۵-۲- امنیت اشتغال و درآمد

امنیت اشتغال و درآمد، به معنای طرد هرگونه فشار خارج از کنترل افراد یک جامعه در مسیر اشتغال و کسب درآمد برای دستیابی به سطح متوسط رفاه اقتصادی آن جامعه است. طبیعی است امنیت اشتغال و درآمد در امتداد یا همراه با امنیت سرمایه‌گذاری امکان‌پذیر خواهد بود؛ بنابراین شاخص‌های پنج‌گانه برای امنیت سرمایه‌گذاری باید ملاک در این سطح از امنیت باشد (جهانیان، ۱۳۸۱: ۱۴). در ادبیات اقتصادی بعد دیگری نیز برای امنیت اقتصادی در نظر گرفته شده، که در دستور کار امنیت ملی هر کشور قرار دارد. این بعد را می‌توان «امنیت اقتصادی دولت» نامید؛ که با دو شاخص «دسترسی سریع کشورها به کالاهای ضروری و راهبردی» و «رشد نسبی اقتصادی کشور» ارزیابی می‌شود (اینگاهارت، ۱۳۷۳: ۱۰).

به رغم تأثیر جهانی کرونایروس و همه‌گیری آن، اقتصادهای ضعیف‌تر و آسیب‌پذیرتر بیش‌ترین ضربه را متحمل می‌شوند و در این میان، افراد فقیرتر و کارگران بخش‌های غیردولتی و خدماتی، به شدت تحت تأثیر محدودیت‌های اعمال شده قرار گرفته‌اند که به کاهش میزان درآمد و ساعات شغلی آنها به نسبت کل ساعت‌های معادل، منجر شده است. همچنین سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی کاهش، اما بدهی‌های خارجی افزایش یافته است (پیپس، ۱۳۹۹). از اینرو کرونا در ایران موجب شده کسب و کارها و فرآیند تولید تا اندازه‌ای مختل شود و مقداری نیز تولید ملی کاهش یابد و به تبع آن درآمد ملی هم کاهش خواهد یافت. اما بسیاری از کالاهای وارداتی که می‌توان از لوازم الکترونیکی، رایانه، تلفن همراه و مانند آن‌ها نام برد در زمان کنونی که فرآیندهای تجارت جهانی مختل شده و نمی‌توان مانند گذشته واردات انجام شود روی قیمت کالاها تأثیر گذاشته است، به گونه‌ای که کالاهای وارداتی بین ۵۰ تا ۱۰۰ درصد تورم قیمتی را تجربه کرده‌اند. این تورم در بسیاری از کالاهای دیگر هم نمود یافته اما همه افزایش قیمتی که در سال اخیر رخ داده به خاطر شیوع بیماری کرونا نیست، بلکه یک سری تأثیرهای تدریجی از قبل وجود داشته که تأخیر بروز زمانی داشته‌اند و تأثیرهای زمانی آن‌ها با کرونا همزمان شده است.^۱ نمود این مسأله با بروز بیماری کرونا و رکود اقتصادی در سطح جهانی و داخلی همزمان شد و متأسفانه در ایران ساختارهای نظارتی بر اقتصاد چندان قوی و جامع نیست و این منجر به مسائلی مانند احتکار و کمبود برخی کالاها شد. در هر حال کرونا برای ایران تهدیدهایی مانند تورم و فاصله توسعه یافتگی، تضعیف صادرات کشور، کسری بودجه کشور آورده و خواهد آورد (شمس‌الدینی، ۱۳۹۹).

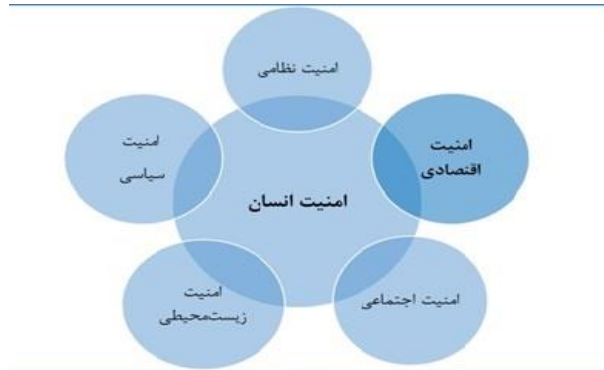
با این اوصاف می‌توان گفت که ویروس کرونا یک تهدید انسانی است و از نظر امنیت انسانی^۲ نه تنها تهدیدی زیست محیطی محسوب می‌شود بلکه بر امنیت اقتصادی تأثیرات زیادی داشته و خواهد داشت، این نوع بیماری‌ها را تهدید جهانی می‌دانند که در صورت شیوع ناگهانی و سریع، سبب مرگ زودهنگام میلیون‌ها انسان می‌شود و به دلیل کشنده بودن و شیوع سریع آن در بین مردم، برای دولت‌ها مجالی برای پرداختن به امور دیگر را نمی‌دهد (آریا، ۱۳۹۹). در شرایط فوق، دولت‌ها در مواجهه با چالش‌های نوظهور نظیر کرونا، گرفتار نوعی درماندگی و عدم آمادگی شده‌اند. آنچه از خود این درماندگی خطرناک‌تر است، واکنش آنها به این قبیل تهدیدات نوظهور است؛ بجای بازاندیشی در مبانی امنیت و حرکت از امنیت ملی

^۱- به عنوان مثال در سال ۹۸ از نظر تولید (فضای کسب و کار بخش خصوصی) مشکل داشتیم، به دلیل تورم‌ها یا افزایش قیمت انرژی هزینه تولید افزایش یافت و انتظار می‌رفت تأثیر خود را با وقفه زمانی نشان دهد.

^۲- امنیت انسانی شامل: امنیت نظامی، امنیت سیاسی، امنیت اجتماعی، امنیت اقتصادی و امنیت زیست محیطی می‌باشد. مراجعه شود به نمودار شماره ۱: بخش‌های مختلف امنیت انسانی

(به مثابه امنیت دولت) به سوی امنیت انسانی (امنیت انسان‌ها و رهایی آن‌ها از حس تهدید)، حرکت معکوسی در قالب تقویت امنیت دولت در معنای کلاسیک آن، کاهش همکاری دولت‌ها، خودمحموری و درون‌گرایی بیشتر دولت‌ها، اقتدارگرایی فزاینده آنها و...، به چشم می‌خورد. به عبارت دیگر، ماهیت و نوع چالش‌های نوظهور نظیر کرونا به گونه‌ای است که دولت‌های کلاسیک و نظام بین الملل مبتنی بر آن، در مواجهه با آن‌ها دچار نقص مادرزادی است؛ با وجود این واقعیت، نظام دولت-ملت بجای بازبینی در بنیان‌های خود در مسیر هر چه سنتی‌تر شدن در حرکت است (موسوی و گل محمدی، ۱۳۹۹: ۲). از این‌رو کروناویروس نشان داد نمی‌توان به مانند گذشته بر دهکده جهانی و تجارت آزاد تأکید کرد. همه کشورها در شرایط بحرانی حس ملی‌گرایی بالایی دارند و سود، حاکمیت و مردم خود را در اولویت قرار می‌دهند، مواردی که در مسایل بهداشتی بوجود آمده تأیید کننده این امر است. کشورها ابتدا به فکر مردم و اقتصاد خود بوده و سپس به اقتصاد جهانی می‌اندیشند و بیشتر اقتصاد خود را تقویت می‌کنند (شمس‌الدینی، ۱۳۹۹).

نمودار شماره ۱: بخش‌های مختلف امنیت انسانی (Hughes & Mong, 2011)



۶- تکالیف و تعهدات دولت‌ها در مقابله با کروناویروس از منظر حقوق بین‌الملل

در عصری که حقوق بشر و حقوق بین‌الملل بهداشت و سلامت، هر روز اهمیت بیشتری می‌یابد و امنیت انسانی و بهداشتی به عنوان یکی از مؤلفه‌های اصلی حکمرانی مطلوب بیش از پیش مورد تأکید قرار می‌گیرد، دولت‌ها متعهدند در پیشگیری از شیوع و گسترش ویروس کرونا -چه در داخل کشور خویش و چه به سایر مناطق عالم و درمان افرادی که به این ویروس آلوده شده‌اند یا احتمال آلودگی را دارند تمام تمهیدات لازم را بیندیشند و از حداکثر امکانات خویش بهره‌گیرند. اگر تعهد بین‌المللی دولت‌ها

در تأمین سلامت شهروندان خویش تعهد به حداکثر تلاش قلمداد شود، لیکن تعهد هر دولت به تضمین حیات ملت خود تعهد به نتیجه است، تعهدی که فارغ از نظام حقوق بین‌الملل که به دولت مجوز عدول از تعهدات بین‌المللی خویش در وضعیت‌های فوق‌العاده عمومی را داده است، ریشه در فلسفه وجودی دولت و قانون اساسی هر کشور دارد. در عصری که حق بر سلامتی به علت ماهیت و خصیصه بنیادین خود، حقوق انحصاری صاحبان امتیازات دارویی را تعدیل ساخته است، تحریم‌های اقتصادی نیز نمی‌تواند حقوق سلامت شهروندان یک کشور را نادیده گیرند. دستور موقت دیوان بین‌المللی دادگستری که در مهر ماه ۱۳۹۷ در دعوای دولت جمهوری اسلامی ایران علیه ایالات متحد آمریکا صادر گردید و رفع تحریم اقلام دارویی و بهداشتی را مورد تصریح قرار داد دقیقاً مؤید این پیام است که در مقابله با ویروس کرونا همه کشورها و سازمان‌های بین‌المللی باید با یکدیگر همکاری کرده، و به هیچ ملاحظه‌ای جز تضمین سلامت تمام انسان‌ها، که جملگی شهروندان جامعه بین‌المللی هستند نیندیشند (زمانی، ۱۳۹۸).

در مقابله با پاندمی کروناویروس تکالیف دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی از منظر حقوق بین‌الملل به صورت کلی و حقوق بین‌الملل بشر مفروض است و با توجه به تمامی ظرفیت‌های آنها حقوق بین‌الملل بازیگران بین‌المللی را به اقدام بدون تبعیض و فراتر از محدودیت‌های نژادی و سیاسی و جغرافیایی و ملی مکلف می‌کند. برای این مهم لازم است که در اجرای تعهدات بین‌المللی دولت‌ها و سازمان‌ها از طریق همکاری بین‌المللی مؤثر، رعایت اصول شفافیت و استفاده از تمام ظرفیت‌ها به منظور حفظ کرامت انسانی اقدامات را به طرق ذیل انجام بدهند:

- شفافیت در ارائه اطلاعات واقعی به منظور ارزیابی صحیح کشورها و سازمان‌های بین‌المللی از وضعیت و اتخاذ تصمیمات مناسب؛

- همکاری‌های بهداشتی منطقه‌ای در ارائه درمان به بیماران و تهیه دارو و واکسن؛

- ارائه کمک‌های پزشکی و بیمارستانی برای درمان بیماران و پیشگیری از بیماری؛

- رفع موانع حقوقی برای دسترسی کشورها به دارو و امکانات پزشکی؛

- ارائه درمان‌های مؤثر و واقعی از سوی کشورها به بیماران بدون تبعیض؛

- ارائه اطلاعات صحیح و آموزش‌های بهداشتی به افراد و اطلاع‌رسانی از وضعیت شیوع بیماری؛

- حمایت از گروه‌های خاص مثل کودکان، زنان، معلولین، زندانیان و اقلیت‌ها؛

- فراهم کردن زمینه‌های حمایت جانی؛

- توجه به حقوق بنیادین انسان‌ها در زمان شیوع بیماری؛

-عدم تبعیض در درمان بیماری و پیشگیری از آن؛

-کمک های مالی، پزشکی، دارویی، فنی و آموزشی به کشورهای کمتر توسعه یافته (بی پروا، ۱۳۹۹).

به بیان دبیرکل سازمان جهانی بهداشت در ۳۰ ژانویه ۲۰۲۰ که در مورد مقابله با ویروس کرونا ایراد شد: «امروز زمان مواجهه با واقعیت هاست نه اسارت در ترس و وحشت، زمان علم و آگاهی است نه دامن زدن به شایعات، و زمان همدلی و همبستگی است نه متهم سازی یکدیگر».

نتیجه گیری

همانطور که پیش تر ذکرش رفت در سال ۲۰۰۵ سازمان جهانی بهداشت در راستای اهداف خود در زمینه مقابله با بیماری های واگیردار، از شیوه ها و ابتکارات خاصی پرده برداشت تا از مداخلات غیر ضروری در تجارت بین الملل اجتناب شود. مطابق ماده ۴۳ این مقرر، دولت های عضو می توانند در هنگام بروز وقایعی که امکان دارد سلامت عمومی را در معرض خطر قرار دهد اقدامات مقتضی را انجام دهند. در ادامه تصریح شده که این مخاطرات باید با دلایل علمی اثبات و دولت ها در آن راستا اقدام متناسب انجام دهند و در آخر توصیه شده که این اقدامات نباید ناقص حقوق بنیادین بشر باشند. در واقع شیوع ویروس کرونا موجب شد تا کارکرد و کارآمدی سازمان جهانی سلامت و سایر نهادهای بین المللی ذی ربط بیش تر مورد توجه موشکافانه قرار گیرند. به طوری که کرونا در مدت کوتاهی، چرخه معمول و جاری حیات انسانی را متوقف کرده است و در وضعیت حاضر، حقوق بین الملل می تواند شیوع کرونا را تهدیدی علیه صلح و امنیت بین المللی قلمداد نماید و در آینده، تمهیداتی به منظور مقابله با شیوع چنین پاندمی هایی اتخاذ نماید. رسیدن به چنین مطلوبی مستلزم سازمان جهانی سلامت کارآمدتر و مؤثرتری است. زیرا کرونا و ویروس (کووید-۱۹)، به دلیل سرعت گسترش، احتمال بالای سرایت و درگیر ساختن شمار زیادی از افراد در مقیاس زمان (که خود دارای پیامدهای اقتصادی-اجتماعی قابل توجه است) و از سوی دیگر پدیدار شدن این پاندمی در عصر جهانی شدن که با برخورداری از خصایصی چون پیوستگی و وابستگی متقابل به بالا رفتن درجه حساسیت و آسیب پذیری ملت ها منجر شده و همچنین از محدود شدن حوزه اقتدار دولت حمایت می کند؛ حقیقتا می تواند از مصادیق بزنگاه های تاریخی به شمار آید که دارای اثرات ژرفی در حوزه های سیاسی-اجتماعی و زیست محیطی و بالاخص اقتصادی خواهد بود. به طوری که می توان چنین گفت که بر شرایط اقتصادی، افزایش و کاهش قیمت اجناس و کالاهای تجاری و روابط بین کشورها و دولت های آن ها در زمینه های مختلف اثرگذار بوده است. با این اوصاف این ویروس یک تهدید انسانی است و از نظر امنیت انسانی، تهدید امنیت زیست محیطی محسوب می شود اما با توجه به اصل حق بر سلامت و پیروی

از مقررات سازمان سلامت جهانی با ایجاد محدودیت‌ها در تجارت بین‌المللی و اجرای حقوق اقتصادی بین‌المللی با کاهش صادرات و واردات و کاهش درآمد مواجه شده ایم. از سویی با استناد به گزارش صندوق بین‌المللی پول، با بیان اینکه بهبود امنیت اقتصادی به افزایش سرمایه‌گذاری خصوصی و رشد اقتصادی می‌انجامد؛ اما درست در نقطه مقابل ایستاده ایم چرا که در این دوران کرونایی با مختل شدن تجارت بین‌الملل و حتی حمل و نقل داخلی، زنجیره ارزش طیف وسیعی از محصولات دچار اختلال شده و ظرفیت تولید واحدها، کاهش یافته و آثار مخرب اقتصادی شیوع این ویروس بر کسب و کارها و فعالیت‌های اقتصادی در کشورها کاملاً مشهود است.

فهرست منابع

۱. آریا، زاهد (۱۳۹۹)، «تأثیر کرونا بر امنیت ملی»، روزنامه ۸ صبح افغانستان.
۲. آزادی، مصطفی (۱۳۹۹)، «آسیب دیدن امنیت روانی مردم در اقتصاد، مهمترین اثر کرونا است»، خبرگزاری جمهوری اسلامی ایران، کد خبر ۸۳۸۳۵۳۳۴.
۳. آقابابائیان، حمیدرضا (۱۳۹۸)، «همه‌گیری کرونا از دیدگاه حقوقی و حق بر سلامت شهروندان»، خبرآنلاین، کد خبر ۱۳۶۲۵۶۱.
۴. اخوان کاظمی، بهرام (۱۳۹۱)، «مفهوم امنیت اقتصادی»، خبر آنلاین، کد خبر ۲۱۱۹۹۲.
۵. اکبری، سمیرا (۱۳۹۹)، «بحران کرونا و لزوم بازاندیشی در مفهوم امنیت»، خبرگزاری جمهوری اسلامی (ایرنا)، کد خبر ۸۳۶۹۶۰۴۷.
۶. اینگهارت، رونالد (۱۳۷۳)، «تحول فرهنگی در جامعه پیشرفته صنعتی»، مریم وتر، انتشارات کویر، تهران: چاپ اول.
۷. بی‌پروا، امیر (۱۳۹۹)، «حقوق بین الملل بشر سازوکار جهانی مقابله با کرونا»، دیپلماسی ایرانی، کد خبر ۱۹۹۰۹۲۴.
۸. بیگ زاده، ابراهیم؛ قاری سید فاطمی، سیدمحمد؛ محمودی، سید هادی؛ لطیفیان، محمدحسین (۱۳۹۹)، «معضل کرونا در آیین حقوق بین الملل معاصر»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۲۳، ویژه‌نامه حقوق و کرونا، صص ۵۷-۱۱.
۹. پیچس، رامون (۲۰۲۰)، «پیامدها و آموزه‌های کرونا برای اقتصاد جهانی»، خبرگزاری جمهوری اسلامی ایران به نقل از خبرگزاری پرنسا لاتینا، کد خبر ۸۴۱۲۷۰۵۶.
۱۰. جهانیان، ناصر (۱۳۸۱)، «امنیت اقتصادی»، مؤسسه فرهنگی دانش و اندیشه معاصر، چاپ اول، تهران.
۱۱. حافظ نیا، محمدرضا؛ نورانی، محمود (۱۳۹۹)، «بحران کرونا و تحول مفهوم امنیت ملی و بین المللی»، دانشگاه تربیت مدرس، دیده بانی علمی بیماری کووید-۱۹.
۱۲. دوخایی، عرفانه (۱۳۹۹)، «آشنایی با سازمان جهانی بهداشت»، سازمان بیمه سلامت ایران.
۱۳. رمضانی قوام آبادی، محمد حسین (۱۳۹۹)، «بیماری همه‌گیر کرونا و صلح و امنیت بین‌المللی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۲۳، ویژه نامه حقوق و کرونا، صص ۲۰۰-۱۸۱.
۱۴. زمانی، سیدقاسم (۱۳۹۸)، «بحران کرونا و تعهد بین‌المللی دولت‌ها برای تضمین سلامت شهروندان»، خبرگزاری جمهوری اسلامی ایران، کد خبر ۸۳۶۹۳۰۹۰.

۱۵. سیف، الله مراد (۱۳۸۹)، «مفهوم شناسی امنیت اقتصادی»، فصلنامه آفاق امنیت، دوره ۳، شماره ۹.
۱۶. شمس الدینی، مصطفی (۱۳۹۹)، «بحران کرونا موجب ایجاد اختلال در اقتصاد شده است»، خبرگزاری جمهوری اسلامی ایران، کد خبر ۸۳۷۹۹۹۵۱.
۱۷. شمسی شهرآبادی، محمود (۱۳۹۹)، «گزارشی در مورد کرونا ویروس‌ها و مروری بر اطلاعات جدید در تعریف و مشخصات ویروس عامل کووید-۱۹»، نشریه فرهنگ و ارتقا سلامت، دوره ۴، شماره ۱.
۱۸. شهبازی، آرامش (۱۳۹۹)، «تحلیل حقوقی شیوع ویروس کرونا در گستره مقررات بهداشتی بین‌المللی»، موسسه مطالعات و تحقیقات بین‌المللی ابرار معاصر تهران.
۱۹. عزتی، مرتضی. دهقان، محمدعلی (۱۳۸۷)، «امنیت اقتصادی در ایران»، مطالعات اقتصادی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۲۰. غفاری، مسعود. رضائیان اصفهانی، مژگان (۱۳۹۹)، «آرایش قدرت در جهان پساکرونا»، دانشگاه تربیت مدرس، دیده بانی علمی بیماری کووید-۱۹.
۲۱. قاسمی، هاشم (۱۳۹۸)، «کرونا از منظر حقوق بین‌الملل سلامت»، اقتصاد آنلاین، کد خبر ۴۲۳۰۷۲.
۲۲. مظفری، مصطفی؛ میرزایی مقدم، مرتضی (۱۳۹۹)، «بررسی حقوقی نحوه علمکرد و مسئولیت دولت در جبران خسارات ناشی از بحران کووید-۱۹»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۲۳، ویژه نامه حقوق و کرونا، صص ۴۱۱-۳۸۵.
۲۳. موسوی شفا، مسعود؛ گل محمدی، ولی (۱۳۹۹)، «روابط بین الملل پساکرونا»، دانشگاه تربیت مدرس، دیده بانی علمی بیماری کووید-۱۹.
۲۴. ویکی پدیا
- ۲۵.

1. Hughes, C.W. & Mong, L.Y (2011), "Security Studies: A Reader", London & Newyork: Routledge.

2. Herring, Eric. Campbell, Peter (2020), "COVID-19 And Sustainable Development In Somalia/Somaliland", Global Security: Health, Science And Policy, VOL. 5, NO. 1, 93-110, <https://doi.org/10.1080/23779497.2020.1824584>

3. Mogadishu (2020), "COVID-19 And Conflict: Seven Trends To Watch.", <https://www.crisisgroup.org/Africa/Horn-Africa/Somalia/B155-Covid-19-Somalia-Public-Health-Emergency-Electoral-Minefield>

4. *International Law Commission, (2016), Draft Articles On The Protection Of Persons In The Event Of Disasters, Article 13.*

5. *Sands, Philippe (2020), "Covid-19 And International Law, In: Covid-19 And International Law", Opinion Juris Symposium, P. 8.*

Abstracts

Procedure for differential proceedings in banking crimes

Ali Abedzadeh

Abstract

Analysis and investigation of processing as one of the main parts of the criminal justice system concerning banking crimes is one of the most important needs of the legal and economic system in Iran given the current state of the banking system. Determining the different processing methods and pre-determining different punishments by the legislator for each of the crimes indicates the existence of a relationship between the degree of the importance of the crimes and the method of processing and imposition of punishment concerning them. Therefore, the analysis of the procedures for processing banking crimes and finding the starting point of the legislator in these cases shows the importance of these crimes according to the viewpoint of the legislator. What seems to be an efficient and specialized solution is the adoption of a different criminal policy regarding banking offenses. But the performance of our legislative and judicial systems in applying such a policy does not seem very defensible. Whereas the study of the processing method concerning banking crimes in general does not produce scientific and useful effects and results; In this article about each of the banking crimes, the method and conditions of processing them have been carefully and technically analyzed.

Keywords: processing method, banking crimes, criminal responding, differential proceedings.

The effect of personality on the Accuracy and validity of contracts with emphasis on judicial procedure

Amir Mohammad Jafari Harandi
Seyed Mehdi Alameh

Abstract

The issue of personality is one of the fundamental and vital elements in any contract in all legal systems. This dissertation discusses the effect of personality in the Iranian legal system in light of legal doctrines and opinions. In some contracts, personality plays an important role, but in all contracts, this effect is not the same. For example, in this area, we can refer to Article 201 of the Civil Law of Iran according to which ambiguity concerning the party to the contract does not affect the validity of it, except in cases where the personality of the party is the main reason for concluding the contract. In addition, according to the Roman-Germanic countries law, the personality is of significance. In other words, when a confusion occurs concerning the personalities of the parties, it is considered as a mistake in the essence of the contract which can invalidate all such contracts in general. Because in these contracts, in general, personality is one of the main elements that is considered as a contract and it is the absence of intended personality which leads the contract to be invalidated. In this dissertation, the author explains this issue in an analytical way in the system.

Keywords: *personality, validity, Contract, legal acts.*

**An Analysis of commitment and moderating the rule of generalizing of
legal proceeding to real rights**

Mohammad Taheri

Abstract

Whereas the relationships between liabilities and debts, contracts and liabilities, the liabilities effects on the third party, and the legitimacies of deals concluded for evading the fulfillments of liabilities are the most important disputes, the issue is raised: how is the legitimacy of proceeding the real rights in the current order considering obtaining the properties themselves, their similar ones, or their prices from the transactor who had intended to evade fulfilling their liabilities? So in this study, conducted based on a descriptive - analytic method, it is revealed that the relationship between debts and commitments are not equal, besides that sometimes liabilities are in favour of third parties, so considering the right to proceed active debts, they may entail effects against third parties. These effects, which may lead to obtaining the properties themselves from third parties and revoking the deal of the third parties with debtors, should be interpreted. In addition, the nature of recognizing proceeding debpts, beyond the debt of the debtor, and within the rights of third parties, which as far as proceeding is concerned, this is considered as part of the property of the active creditor, indicates nothing but moderating the right of generalizing proceeding to real rights.

Keyword: transforming liability, liability, , liability termination, conversion of liabilities.

The prosecutor's office is a religious institution based on the manners of the wise

Amin Jalili

Abstract

The prosecutor's office is a French institution that entered the Iranian judiciary after the Constitutional Revolution. In the meantime, the absence of the judiciary system in the early days of Islam can not be used as a pretext to call this institution illegal. The reason for the claim is that the legitimacy of the judiciary in the Iranian judicial cycle is based on signature rulings based on the morals of the wise. A similar action of the wise men of different human races in using the court in the course of history is a positive proof of the rationality of this institution. The intellect, as a source of knowledge, not only does not consider this institution to be in conflict with the holy Shari'a, which considers it a victory for the Islamic judicial system to establish justice but also considers it as a victory for Islamic judiciary system to establish justice. In the meantime, the author intends to prove first, the institution of the judiciary is an Islamic religious institution, and second, to prove that the legitimacy of the judiciary is based on the rules of reasoning and not the existence of an institution called Hasba in the beginning of Islam.

Keywords: Court, Hasaba institution, Principle of unity of judge Signature rulings, Sira of the wise.

The Iranian Judicial Penal Policy Versus Non-Premeditated Felonies Leading To Permanent Vegetative State

Seyed Reza sojudi

Abstract

Recognizing the value of human life and the necessity of protecting it by the Iranian legislator, how life might begin and/or end has always been disputed by intellectuals (On the other hand, in the process of criminizing and appropriately responding to the crimes committed, and generally, in forming the Penal policy in this area, the manner of the occurrence of death as the material component of such crimes). Nevertheless, due to the advances made in the medical science, and the classification of deaths into cardiac and cerebral ones, and in consideration to such the issues, including the status of permanent vegetative state, and making changes to formalize it, in terms of the continuance or the end of life, this subject is significant. On the other hand, the Justice Department, as the executive role-player of this policy through specific actions and specially through verdicts, has highlighted the judicial Penal policy around this issue. To be more clear, the quality of impressions and the attitudes of judges concerning laws have highlighted the material tangible angle of Penal policy concerning this matter. In this study, the later policy and the manner of adaptation or non-adaptation of the attitude of the judicial authorities according to the legislator against the premeditated felonies leading to permanent vegetative state, as the main purpose, been designated. After evaluation in a descriptive-analytic way, it was clear that due to the ambiguous legislation and (consequently) distinguishment of permanent vegetative state and its comparison with life or death, judicial authorities do not have a clear attitude, so it may have no concrete guarantee of execution. Therefore, it is much more required to correct and complement the current law according to the recent medical findings and adopting a wise criminal (and consequently) judicial Penal policy to establish fairness, justice, and the coordination of the organs of criminal justice.

Keywords: *judicial Penal policy, cerebral death, permanent vegetative state, considered as dead, unstable life*

Coronavirus in the framework of international law and its impact on economic security

Saeid Nazari Sheikhi
hossein soori

Abstract

While specific legal frameworks were provided for in the principles of international law regarding infectious diseases, including coronavirus, governments have managed the crisis more in accordance with their constitutions and regulations. In the case of the countries affected by Covid-19, reports indicate that their economic and social situation is unsatisfactory especially in developing countries. Therefore, in this article, with the aim of examining the coronavirus crisis in the framework of international law, we analyzed its impact on economic security; Using descriptive-analytical method and library studies, the research findings indicate that the restrictions created as a result of the coronavirus crisis in international trade relations as well as the implementation of international economic laws, threaten investment security and employment and income security. As a result, it affects primary resources, production, employment, income distribution and welfare.

Keyword: Corona virus (Covid-19), International Law, World Health Organization, Economic Security