

به نام خداوند جان و خرد

راه وکالت

نشریه خبری، اطلاع رسانی، آموزشی، تحلیلی و پژوهشی
سال هفدهم، شماره سی و سوم، بهار و تابستان ۱۴۰۴



دوفصلنامه حقوقی کانون وکلای دادگستری گیلان

صاحب امتیاز
کانون وکلای دادگستری گیلان

مدیرمسئول
محمود اخوان توکلی

شورای سردبیری
دکتر رضا مقصدی، دکتر عباس سلمان پور، دکتر حمیدرضا انیمی

اعضای تحریریه
دکتر حسین آقابابایی، دکتر مجتبی جانی پور اسکلکی، دکتر عبدالله رستمی
چلکاسری، دکتر رضا دریایی، دکتر عیسی مقدم، حمیدرضا دریاگشت
حسین رسولزاده، رامین مجتویی، دکتر سید علی حسین الحسینی
دکتر سمیرا محمدی نژاد، دکتر نورا احسانگر، دکتر فائزه سلیمزاده، مریم مالجو

طراح جلد
دکتر محمد خان میرزائی

ویراستار
ماهان تیرماهی

خدمات نشر
انتشارات جنگل

نشانی نشریه
رشت، بلوار چمران
کانون وکلای دادگستری گیلان

تلفن
۰۱۳۳۲۸۵۸۶۱۶-۱۷

پیامک
۹۰۰۰۷۰۶۵

ایمیل
help@guilanbar.ir

شیوه نامه راه وکالت

مقالات ارسالی نباید قبلاً در نشریه چاپ شده باشد.
تحریریه در چاپ، تلخیص ویرایش مقالات آزاد است.
ارائه متن زبان اصلی مطالب ترجمه، الزامی است.
چنانچه مقاله برگرفته از پایان نامه یا گزارش طرح پژوهشی باشد
ذکر آن در ابتدای مقاله الزامی است.
حجم مقالات ارسالی حداکثر ۲۰ صفحه باشد.
نقد آرای الزاماً مربوط به آرای قطعیت یافته باشد.
مقالات به صورت تایپ شده در ورد ۲۰۱۶ یا نسخه های بعدی
همراه با فایل مربوطه از طریق وبسایت کانون و در بخش
«فرم ارسال مقاله برای نشریه راه وکالت» پس از تکمیل به
آدرس ذیل ارسال شود:

<https://guilanbar.ir/receive>

نقل مطالب این نشریه به شرط ذکر منبع بلامانع است.

مطالب مندرج در این نشریه بیانگر آرای نویسندگان
آنهاست و موضع رسمی کانون نمی باشد.

فهرست مطالب

یادداشت مدیر مسئول / ۱

جایگاه کیفرشناسی نوین در پیشگیری از جرم / سید علی حسین الحسینی /
مریم موسوی خمس / ۵

بررسی انتقادی قوانین تخفیف دهنده مجازات در همسرکشی با نگاهی به حقوق انگلستان /
دکتر عباس سلمان پور / امیررضا فلاح پرزحمت / ۳۹

اعتراض به رای داور در خارج از مهلت قانونی / مجید نظری / ۶۱

بررسی ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و علم قاضی /
مهدی گرجی زاده آبدگاه / ۷۲

بررسی تطبیقی اقامه دعوی گروهی در حقوق آلمان و فرانسه و امکان سنجی اعمال آن در
حقوق ایران / سجاد صمدی / ۹۷

نقش رسانه‌های اجتماعی در بزهکاری اطفال و نوجوانان و راه‌های پیشگیری از آن /
ایماء هم‌رنگ / ۱۲۱

فرسودگی شغلی در جامعه وکالت: تعارض کار و زندگی در وکالت؛ پیامدهای روانی و
راهکارهای مبتنی بر روانشناسی مثبت‌گرا / رامین منصف کسمائی / ۱۵۸

به بهانه نقد ادبی و نگارشی دادنامه ۱۶۹۵۶۵۰۰۸۱۶۹۵۶۵ مورخ ۱۴۰۴/۰۶/۱۲ شعبه
۱۰۱ دادگاه کیفری دو شهرستان خوانسار / علی نیکپور / ۱۶۴

حقوق و اقتصاد: تاریخچه‌ای کوتاه اما چالش برانگیز / نویسنده: الساندر و سوما /
مترجم: حسین مردی / ۱۸۳

محکومیت‌های انتظامی وکلای دادگستری مبنی بر توبیخ با درج در مجله کانون وکلا / ۲۴۵

حسب گزارش خبرگزاری دانشجویان ایران (ایسنا)، ریاست دیوان عالی کشور از همه نخبگان عرصه حقوق و قضا از جمله قضات، وکلاء، اساتید حوزه و دانشگاه و تمام صاحب نظران درخواست کرده با ارائه نظرات و پیشنهادات تخصصی خویش، این مرجع عالی را در خصوص تبیین ضرورت های تدوین پیش نویس قانون تشکیلات و آئین دادرسی دیوان عالی کشور یاری نمایند. پرداختن به ضرورت تدوین قوانین یا اصلاح آنها محتاج بحث مختصری راجع به وجوب اصل قانون و اصلاح قوانین و خودداری از اصلاح پی در پی آن است. با توجه به اینکه در یادداشت مدیرمسئول نشریات، فقط اشاره به موضوعات مهم به صورت مختصر معمول است، به هر یک از این موارد سه گانه به صورت مختصر اشاره و نتیجه گیری می شود.

وجوب اصل قانون و تدوین آن برای حفظ نظم و اجرای عدالت در هر جامعه ای امری بدیهی است، محتاج به استدلال نیست، فقط به منظور این که یادی از قربانیان استقرار حکومت قانون در ایران کرده باشیم، از میرزا یوسف خان تبریزی معروف به مستشارالدوله و رساله «یک کلمه» او یادی می کنیم.

میرزا یوسف تبریزی مبدع اولین پیش نویس قانون اساسی ایران است. او به دلیل انتقاد از وضع موجود زمان خود به فرمان ناصرالدین شاه در سال ۱۲۷۰ شمسی زندانی و خانه اش غارت شد، املاکش مصادره، مقرری او قطع شد و نهایتاً در سال ۱۲۷۴ خورشیدی پس از آزادی از زندان درگذشت. او درباره علت تألیف رساله «یک کلمه» نوشته است: شبی در خواب هاتف غیبی را می بیند. از هاتف رمز موفقیت کشورهای مغرب زمینی را می پرسد. هاتف در پاسخ تمام سؤالات وی می گوید این رمز در یک کلمه خلاصه شده است. هاتف می گوید این یک کلمه «قانون» نام دارد. اما در مورد نوشتن قانون جدیدی

برای دیوان عالی کشور و آئین دادرسی آن و ضرورتش باید عرض کنیم دیوان عالی کشور در اصل ۷۵ متمم قانون اساسی مشروطه و در اصل ۱۶۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به این شرح آمده است: «به منظور نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم و ایجاد وحدت رویه قضایی و انجام مسئولیت‌هایی که طبق قانون به آن محول گردیده بر اساس ضوابطی که رئیس قوه قضائیه تعیین می‌کند، تشکیل می‌گردد. اگر به تاریخچه دیوان عالی کشور در نظام قضائی گذشته و فعلی نظر بیفکنیم، فراز و فرودهای فراوانی در آن مشاهده می‌کنیم. چون دیوان عالی کشور یکی از نهادهای قوه قضائیه بوده و هست، و قبلاً مسئولیت آن به عهده وزیر دادگستری و در نظام اسلامی به عهده رئیس قوه قضائیه است و قوانین سابق در مورد تشکیلات قضائی قانون مشروط به اینکه مخالف شریعت نباشد، کماکان قابل اجرا است. در لایحه اصلاح قسمتی اصول تشکیلات دادگستری و استخدام قضات مصوب سال ۱۳۳۳ وزارت دادگستری (تشکیلات قضائی) به چهار بخش تقسیم شده بود، که عبارت بودند از اداره کل امور اداری، اداره کل امور قضائی، اداره کل بازرسی کشور و اداره کل ثبت اسناد و املاک کشور. در بخش امور قضایی و تعریف تشکیلات قضایی و صلاحیت‌های آنها در ماده ۱۵ دیوان عالی کشور و تعداد شعبات آن تعریف شده بود. کم و زیاد کردن شعبات با پیشنهاد وزیر دادگستری و شورای عالی پیش‌بینی شده بود. دیوان عالی کشور رسیدگی غیرماهوی (شکلی) در آراء دادگاه‌ها را که رسیدگی ماهوی می‌کردند از حیث مطابقت با قانون بر عهده دارد. علاوه بر وظایف دیگر مثل حل اختلاف در صلاحیت مرجع قضایی، اجازه اعاده دادرسی، اجازه احاله پرونده کیفری رسیدگی به تخلف رئیس جمهور، وظیفه ایجاد وحدت رویه قضایی را نیز به عهده دارد. عنوان دیوان عالی کشور در قانون اصول تشکیلات سال ۱۲۹۰ «دیوان تمیز» بود. تغییرات در مقررات رسیدگی و تشکیلات دیوان عالی کشور در نظام قضایی گذشته و فعلی مکرر بوده است. مثلاً در سال ۱۳۵۲ خورشیدی در دیوان عالی کشور شعبات تشخیص ایجاد و در سال ۱۳۵۶ در قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری شعب تشخیص حذف گردید. در سال ۱۳۵۷

لایحه قانونی انحلال دیوان عالی کشور و دادرسی دیوان عالی کشور تصویب و در همین سال دیوان عالی کشور مجدداً با شش شعبه، سه شعبه حقوقی و سه شعبه کیفری تشکیل گردید. در سال ۱۳۶۲ با توجه به احکام شریعت تجدیدنظر در حکم قاضی فاقد مجوز شرعی تلقی و مرحله تجدیدنظرخواهی و مرحله فرجامخواهی حذف و بر اساس این تلقی تشکیلات قضایی صورت جدیدی گرفت. سپس به علت حدوث اشتباهات قضایی در احکام یک مرحله‌ای موارد اشتباه قضایی و راه‌های قانونی رسیدگی به اشتباهات قضایی پیش‌بینی شد. سپس مقرراتی برای رسیدگی به موضوعات مهم قضائی پیش‌بینی شده که قاضی پس از رسیدگی نظریه خود را بدون انشاء رأی به دیوان عالی کشور می‌فرستاد. پس از تأیید آن در دیوان عالی کشور مبادرت به صدور رأی می‌نمود. چون در این تغییرات نتیجه مطلوب حاصل نگردید، ناچار برای دادرسی مدنی و دادرسی کیفری آئین دادرسی مدنی و آئین دادرسی کیفری تدوین و در مجلس شورای اسلامی تصویب گردید. آخرین قانون آئین دادرسی مدنی در سال ۱۳۷۹ و آخرین آئین دادرسی کیفری در سال ۱۳۹۲ تصویب و ابلاغ گردید. این دو قانون که وظیفه دیوان عالی کشور و نحوه رسیدگی در آن با اصلاحات بعدی آمده و بیش از ده سال است که در حال اجرا می‌باشد. البته این تغییرات به صورت اختصاری توضیح داده شده و برای ملاحظه جزئیات آن به کتب آئین دادرسی مدنی و کیفری می‌توان مراجعه کرد. تصمیم اخیر مبنی بر تدوین قانون تشکیلات و آئین دادرسی دیوان عالی کشور در واقع چرخه‌ای از این تغییر مکرر در قوانین است. تغییر مکرر در قوانین را نویسندگان حقوق از معایب قانونگزاری تعریف کرده‌اند، زیرا تغییر پی در پی قوانین تحت عنوان اصلاح قانون عموماً نتیجه مطلوب نداشته است.

نوشتن و تغییر مقررات رسیدگی دیوان عالی کشور و آئین دادرسی جدید برای آن از نظر اصول قانون اساسی هم قابل تأمل است. در ذیل اصل ۱۶۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران پس از تصویب وظیفه اصلی و سایر وظایف دیوان عالی کشور آمده است: «بر اساس ضوابطی که رئیس قوه قضائیه تعیین می‌کند، در حالی که در اصل ۱۷۳ قانون

اساسی جمهوری اسلامی ایران پس از تعریف وظایف دیوان عدالت اداری تصریح گردیده «حدود اختیارات و نحوه عمل این دیوان را قانون تعیین می‌کند». بر این اساس ابتدا قانون دیوان عدالت اداری تدوین و تصویب گردیده است، سپس قوه قضائیه عنوان آئین دادرسی دیوان عدالت اداری را به آن اضافه کرده و سپس در سال ۱۴۰۲ به موجب اصلاحیه این بخش را از عنوان حذف کرده است؛ به همان عنوان دیوان عدالت اداری اکتفا شده است. به نظر می‌رسد تدوین قانون مستقل تحت عنوان تشکیلات و آئین دادرسی دیوان عالی کشور یکپارگی قانون آئین دادرسی در امور مدنی و آئین دادرسی کیفری در بخش دیوان عالی کشور را که بخشی از تشکیلات منسجم قضایی است از بین خواهد برد و یک نهاد مجزا ایجاد می‌کند و احتمالاً نتیجه مطلوب را نخواهد داشت. عوامل اعتبار قانون دقت در تدوین قانون، ایستایی آن، مقبولیت عمومی و استمرار اجرای مطلوب آن است. تغییر پی در پی قوانین ثبات و پذیرش آن در جامعه را تضعیف خواهد کرد. این نوشتار به معنای منع اصلاح ضرور قوانین نیست. منظور این است که مقررات موجود راجع به رسیدگی و صلاحیت دیوان عالی کشور به علت تداوم اجرای بیش از ده سال و پذیرش شیوه رسیدگی مندرج در آئین دادرسی مدنی و کیفری نیاز به تغییر اساسی و فوری ندارد، جز اصلاح ماده ۴۷۷ قانون آئین دادرسی کیفری که به امور حقوقی و کیفری شمول دارد. قطعاً تدوین کنندگان محترم قانون با توجه به نظر دست‌اندرکاران خبره و مطلع اقدام خواهند نمود. موضوع قابل ذکر دیگر این است که در تمام یادداشت‌های راقم این سطور آمده است. علت اصلی کثرت پرونده‌های دادگستری، شیوه رسیدگی پرونده‌ها و آئین دادرسی نیست، بلکه مسائل اجتماعی، فرهنگی خصوصاً اقتصادی است و قوه قضائیه به تنهایی و با تسریع دادرسی قادر به حل این مشکلات اجتماعی نیست.

جایگاه کیفرشناسی نوین در پیشگیری از جرم

دکتر سیدعلی حسین الحسینی

استادیار، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد
لاهیجان

مریم موسوی خمس

دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق کیفری و
جرم شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

چکیده

در دنیای معاصر، با توجه به تحولات سریع اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی، نیاز به بازنگری در مفاهیم و اصول حقوقی مرتبط با کیفرشناسی احساس می‌شود. این مسائل به ویژه در جوامعی که با چالش‌های جدی مانند افزایش جرایم، تنوع جرایم و تغییرات در رفتار مجرمانه مواجه‌اند، اهمیت بیشتری پیدا می‌کند. در این راستا پژوهش حاضر به بررسی ماهیت حقوقی کیفر شناسی نوین و جایگاه آن در پیشگیری از جرم پرداخته است. هدف این پژوهش بررسی و تحلیل چگونگی تأثیر ماهیت حقوقی کیفرشناسی نوین بر پیشگیری از جرم و شناسایی راهکارهای مؤثر برای بهبود این تأثیر در نظام حقوقی کشور می‌باشد. روش مورد استفاده در این پژوهش به صورت توصیفی و تحلیلی می‌باشد. یافته‌ها نشان داد که کیفرشناسی نوین به عنوان یک رویکرد علمی و عملی در نظام حقوقی، نقش مؤثری در پیشگیری از جرم دارد و می‌تواند به کاهش نرخ وقوع جرایم و ارتقاء امنیت اجتماعی کمک کند استفاده از نظریات نوین کیفرشناسی، مانند نظریه‌های پیشگیرانه و ترمیمی، می‌تواند به بهبود سیاست‌های کیفری و افزایش کارایی آن‌ها در پیشگیری از جرم منجر شود. عوامل اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی تأثیرگذار بر کیفرشناسی نوین می‌توانند به شناسایی و تحلیل علل بروز جرم کمک کنند و در نتیجه، راهکارهای مؤثری برای پیشگیری از آن ارائه دهند.

واژگان کلیدی: پیشگیری از جرم، جرم‌شناسی، کیفرشناسی نوین

۱. مقدمه

عرضه‌ی دیدگاه‌های متعدد در باب پدیده‌ی مجرمانه و علت بروز آن، جرم‌شناسی را به بازاری داغ، برای ارائه‌ی نظریات و مکاتب مختلف، تبدیل کرده است. در این بازار، هر یک از این دیدگاه‌ها با در اختیار داشتن غرفه‌ای خاص، پدیده‌ی مجرمانه را با اتکا بر نقاط تمرکز متفاوت، تبیین می‌کنند. آن هنگام که این نظریات در عمل به کار گرفته شد، نتایجی ناموفق به بار آمد که محققین را در ارائه‌ی تحلیل موشکافانه از جرم، مایوس ساخت؛ کاوش‌ها موفقیت آمیز نبوده و هر یک عیوب فراوانی با خود به همراه داشت. آخرین آن‌ها که بر قابلیت تغییر مجرمان و درمان‌پذیری آن‌ها تاکید داشت، نیز در مهار پدیده‌ی جرم، خاطره‌ی اثر صفر درمان را از خود برجای گذاشت. این شرایط مایوس‌کننده، برخی از محققین را به چاره‌ای دیگر در رابطه با جرم واداشت که بیشتر با واقعیت‌های موجود همخوانی داشته باشد؛ واقعیت‌هایی که نشان می‌داد، همواره پدیده‌ی مجرمانه در جامعه وجود دارد و تئوری‌های جرم‌شناسی را در ارائه‌ی تحلیلی دقیق به گونه‌ای که بتوان جلوی وقوع آن را گرفت، ناتوان ساخته است. به همین دلیل، کیفرشناسی نو، توجهات ساختاری و غیرساختاری درباره‌ی پدیده‌ی مجرمانه را به دست فراموشی می‌سپرد. در واقع، رویکردهای علت‌شناختی، علاوه بر این که نتوانسته‌اند توضیحی قانع‌کننده درباره‌ی جرم ارائه دهند، کارکردی ناموفق در مبارزه با جرم و محو آن را نشان دادند که نمی‌توان به آسانی از کنار آن عبور کرد؛ با وجود اختصاص هزینه‌های فراوان، نرخ جرایم هر روزه در حال افزایش است و محدودیت منابع مورد استفاده‌ی نظام عدالت کیفری کار را مشکل‌تر می‌سازد.

این موارد مستلزم ارائه‌ی راه‌حل جدیدی است که کیفرشناسی نو آن را در داشتن نگاهی فنی به جرم می‌داند؛ بدین ترتیب که به جای این که برای حذف معلول (جرم) به تلاش‌های بی‌سرانجام برای کشف علت وقوع جرم، ادامه دهد، به گونه‌ای بر جرم مدیریت می‌کند که فراوانی وقوع آن، در محدوده‌ای قابل تحمل برای جامعه، حفظ

شود. در این معنای جدید، به جرم صرف نظر از جنبه‌ی اخلاقی آن می‌نگرد که به محض وقوع، نظام عدالت کیفری با محاسبات آماری در پی مدیریت آن بر می‌آید. کیفرشناسی نو در نحوه‌ی برخورد با مجرمان گاه سیاست‌های جدید که جنبه‌ی مدیریتی آن‌ها غالب است طراحی کرده و گاه به سیاست‌های پیشین رنگ و لعابی مدیریتی داده است. هدف از این اقدامات نیز جلوگیری از رشد روز افزون جرایم و تخصیص هر چه بهتر منابع محدود نظام عدالت کیفری است. اصول و پایه‌های کیفرشناسی نو بر دستورالعملی استوار است که از منطق مدیریتی تبعیت می‌کند و به جای توجه به جرم و مجرم، خطر جرم را مطرح نظر قرار می‌دهد و با این منطق مدیریتی اقدام به سیاست‌گذاری می‌کند. به راستی چه چیز نظام عدالت کیفری را به اتخاذ چنین رویکردی گزینشی نسبت به مجرمان واداشته است. یافتن مبانی و چرایی ظهور جنبش‌های سرکوب‌گر و امنیت‌مدار با عنوان کیفرشناسی نو به گونه‌ای که رویکرد غالب دهه‌های اخیر قرن حاضر شده است. طبیعی است که مهم‌ترین عاملی که موجب ایجاد احساس ترس و ناامنی در میان اقشار مختلف جامعه می‌شود، افزایش نرخ جرایم است. این مسئله سبب ایجاد چالش‌های جدی از سوی مردم نسبت به مشروعیت دولت رفاه و نظام عدالت کیفری برای مبارزه و کنترل جرم مواجه شود (بهرامی، ۱۴۰۰: ۸۹۷).

هدف اصلی این تحقیق بررسی دقیق ماهیت حقوقی کیفرشناسی نوین و ارائه الگوهای برای استفاده مؤثر از آن در پیشگیری از جرم است. این تحقیق سعی دارد تا با تحلیل داده‌های تجربی و نظری، نقاط قوت و ضعف سیستم‌های کیفری موجود را شناسایی کرده و پیشنهاداتی برای ارتقاء کارایی آن‌ها ارائه دهد. همچنین، با توجه به اهمیت موضوع، تلاش خواهد شد تا نتیجه‌گیری‌های حاصل از این پژوهش بتواند به سیاست‌گذاران کمک کند تا رویکردهای جدیدی را در زمینه پیشگیری از جرم اتخاذ نمایند.

در نهایت، این تحقیق با هدف ارتقاء دانش علمی در حوزه کیفرشناسی نوین انجام

می‌شود. نتایج حاصل از این پژوهش می‌تواند مبنای مناسبی برای توسعه سیاست‌های جنایی کشور باشد. همچنین می‌تواند به عنوان منبعی معتبر برای پژوهشگران، قانونگذاران و فعالان حوزه حقوق جزا مورد استفاده قرار گیرد. به خصوص اینکه یافته‌های این تحقیق نه تنها بر اساس داده‌های علمی بلکه با توجه به تجارب عملی نیز خواهد بود که می‌تواند زمینه‌ساز تغییرات مثبت در سیاست‌های جنایی کشور باشد.

۲. توجیهات کیفرشناسی نوین از بازدارندگی عام

همگی هدف نهایی از اجرای مجازات را کاهش میزان ارتکاب جرم می‌دانند. اما نظریه پردازان برای تحقق این هدف، استدلال‌های متنوعی را ارائه می‌دهند که دو مورد از مهم‌ترین این نظریه‌ها تحت عنوان بازدارندگی عام^۱ و پیشگیری از جرم^۲ قابل مطالعه‌اند. بازدارنده بودن مجازات‌ها تقریباً افسانه‌ای بیش نیست؛ زیرا نیاز به شرایط متعددی دارد که تحقق آن‌ها در اکثر موارد با مشکل مواجه می‌شود و پیش‌فرض‌های بنیادین فلسفه فایده‌گرایی همچون عقلانیت مجرم، ارزیابی سود و زیان عمل پیش از اقدام به آن، ترسیدن مردم از مجازات و غیره همگی مخدوش‌شده. دسته‌بندی دوگانه‌ی نظریه‌های معاصر فایده‌گرایی به بازدارندگی عام و پیشگیری از جرم، ابتکاری بوده و به منظور درک، تحلیل و ارزیابی بهتر این توجیهات صورت گرفته است (حاجی‌وند و صبوری‌پور، ۱۳۹۹: ۱۳).

در این نوع از بازدارندگی فرض بر آن است که با مجازات مجرم بالفعل، مجرم‌ان بالقوه می‌ترسند، عبرت می‌گیرند و از ارتکاب جرم منصرف می‌شوند. اگر افراد بدانند که در صورت ارتکاب جرم مجازات خواهند شد، معمولاً از ارتکاب جرم خودداری خواهند کرد. این گزاره بر اساس فرض «انسان خردمند» صورت‌بندی شده است. انسانی

1. General Deterrence
2. Crime Prevention

که دیر زمانی دارای عقلانیتی کامل تصور می‌شد، به گونه‌ای که همواره در پی بیشترین لذت و کمترین رنج است و می‌توان با افزایش شدت مجازات، به سادگی او را از ارتکاب جرم بازداشت، از نیمه دوم قرن بیستم برخوردار از عقلانیتی نسبی و مقید دانسته شد که همیشه در پی کسب لذت نیست و لزوماً نمی‌توان با کاربست مجازات‌های شدید، او را از ارتکاب جرم منصرف ساخت (حاجی‌وند و صبوری پور، ۱۳۹۹: ۱۴).

همین موضوع باعث شد تا تصویر ارائه شده از مجرم تا اندازه‌ای به واقعیت نزدیک و نظریه‌های توجیهی جدیدی در حوزه بازدارندگی عام عرضه شود. در این بخش، به پنج نظریه راجع به بازدارندگی عام مجازات اشاره می‌شود.

۲-۱. کوئین و دستگاه اقدام متقابل خود کار

کوئین^۱ از یک نظریه بازدارندگی عام در مورد مجازات دفاع می‌کند. به گفته‌ی او، مجازات از نظر اخلاقی موجه است؛ زیرا ما حق داریم از خود در برابر تجاوزات احتمالی دفاع کنیم. برای محافظت از خود در برابر این تجاوزات، ممکن است کسانی را که مرتکب رفتارهای زیان‌بار علیه ما می‌شوند، تهدید به مجازات کنیم. حق دفاع مشروع^۲ مستلزم حق تهدید به مجازات کسانی است که مرتکب جرم شده‌اند. با این که بسیاری بر این باورند که ما از آن رو که حق مجازات داریم، حق تهدید به مجازات را داریم، اما کوئین می‌گوید که ما به دلیل داشتن حق تهدید به مجازات، حق مجازات داریم. حق دفاع مشروع حق تهدید به مجازات را و حق تهدید به مجازات، حق مجازات را توجیه می‌کند. به روشی مشابه، ما حق داریم یک دستگاه اقدام متقابل خود کار^۳ را فعال کنیم.

-
1. Warren Quinn
 2. Self-defense
 3. Automatic Retaliation Device

دستگاهی که کوئین در ذهن دارد، به طور خودکار مجرمان را شناسایی و مجازات مورد تهدید را بر آن‌ها تحمیل می‌کند. از آنجا که مردم نمی‌خواهند مجازات شوند، فعال کردن چنین دستگاهی از جرم پیشگیری و از جامعه محافظت می‌کند. به این ترتیب، حق دفاع مشروع به ما امکان می‌دهد تا دستگاه را برای مجازات مجرمان واقعی فعال کنیم. اگر این حق به ما حق فعال‌سازی این دستگاه را می‌دهد، به همان اندازه به ما این حق را نیز می‌دهد که نهاد مجازات را برای پیگیری همان هدف و کارکرد به وجود آوریم (صادقی، ۱۴۰۳: ۱۳۶). اگر چه شاید واضح به نظر برسد که ما ممکن است یک دستگاه اقدام متقابل خودکار را فعال کنیم، اما چندان معلوم نیست که چه نوع سیاست تنبیهی باید به وسیله‌ی این دستگاه اجرا شود.

اولاً، از منظر بازدارندگی از جرم، تهدید به مجازات نامتناسب ممکن است مؤثرتر از تهدید به مجازات متناسب باشد. آیا این بدان معنی است که ما ممکن است مجرمان را به اعمال مجازات‌های نامتناسب تهدید کنیم؟ و همچنین، به این معنی است که چه بسا مجازات‌های نامتناسب تهدید شده را بر آن‌ها اعمال کنیم.

دوم، صرف نظر از میزان مجازات مورد تهدید یا تناسب و عدم تناسب آن، شاید عجیب به نظر برسد که آیا اجرای مجازات تهدید شده واقعاً به کاهش نرخ جرم کمک می‌کند یا خیر؟ ارتکاب جرم دلیلی بر این است که اجرای مجازات مورد تهدید دست کم نتوانسته از میزان ارتکاب جرم بکاهد و چه بسا برای پیشگیری از جرایم مفید نباشد.

اگر صرف تهدید به اجرای مجازات علیه مجرم بالفعل، اثر بازدارندگی بالایی نسبت به افراد غیر مجرم و در عین حال، مستعد ارتکاب جرم داشته باشد، تحصیل حاصل است و دیگر نیازی به اجرای مجازات مورد تهدید نیست. در این صورت، مجازاتی اجرا نخواهد شد تا نظریه‌ی کوئین بخواهد درصدد توجه آن برآید. مجازات بی‌گناهان که یکی از ایرادات همیشگی توجیحات مبتنی بر فایده‌گرایی است. در مورد این نظریه جریان ندارد. در اینجا تنها با مجرمان واقعی و بالفعل سروکار داریم و افراد بی‌گناه

نمی‌توانند دستگاه را فعال کنند تا مجازات شوند. افزون بر این، دستگاه برای دفاع مشروع طراحی شده است و همان اصول و الزامات حاکم بر اقدامات دفاعی در برابر ارتکاب جرم در مورد این دستگاه نیز اعمال می‌شود. اصل تناسب یک الزام استاندارد در دفاع مشروع است و به این ترتیب، نظریه‌ی کوئین اصل تناسب را به چالش نمی‌کشد. سرانجام، اگر چه نهاد مجازات برای بازدارندگی از جرایم ایجاد شده است، اما تا زمانی که برخی از مجرمان واقعاً مرتکب جرم نشده باشند، مجازاتی اجرا نمی‌شود. مجازات بر مجرمان واقعی اعمال می‌شود، زیرا آن‌ها تهدید به مجازات را نادیده می‌گیرند، مرتکب جرم می‌شوند و دستگاه اقدام متقابل خودکار را فعال می‌کنند، نه این که از آن‌ها به عنوان ابزار صرف استفاده شود. بر این اساس، استفاده‌ی ابزاری از مجرم طبق این نظریه منتفی است (صادقی، ۱۴۰۳: ۱۳۷).

۲-۲. مونتگ و عدالت توزیعی

مونتگ^۱ می‌گوید که وقتی مجرمان مرتکب جرم می‌شوند، ما را و می‌دارند تا بین رضایت به ضرر دیدن خود و دفاع از خود در برابر تجاوز آن‌ها یکی را انتخاب کنیم. هیچ کس موظف به تحمل ضرر نیست، مگر این که ضرری به دیگران وارد کرده باشد. بزه‌دیدگان جرم حق دارند به گونه‌ای عمل کنند که از خود در برابر ضرر ایجاد شده از سوی مجرمان محافظت نمایند. افزون بر این، آن‌ها اجازه دارند ضرری را که متحمل شده‌اند، دوباره بر مرتکبان جرم علیه خود تحمیل کنند. از آنجا که ضرر از سوی این مرتکبان ایجاد شده است، آن‌ها حق ندارند موجه بودن تحمل ضرر را زیر سؤال برده، آن را ناعادلانه بپندارند. این نکته دلالت بر عدالت توزیعی^۲ دارد. مونتگ اصلی را که به ما امکان می‌دهد ضرر را دوباره به متجاوز تحمیل کنیم، اصل عدالت توزیعی می‌نامد.

1. Philip Montague
2. Distributive Justice

از آنجا که نهاد مجازات برای دفاع از خود در برابر آسیب‌های ناخواسته ایجاد شده است، نوعی دفاع مشروع محسوب می‌شود که مستلزم محدودیت‌های پذیرفته شده‌ی دفاع مشروع از جمله تناسب دفاع و حمله است.

با این که اصل عدالت توزیعی مورد نظر مونتآگ، آشکارا پذیرفتنی است، این مسئله که چگونه می‌توان از این اصل برای توجیه اخلاقی مجازات استفاده کرد؟، چندان روشن نیست. توضیح این که نهاد مجازات اساساً مربوط به مجرم است، نه بزه‌دیده. در حالی که اصل موصوف در درجه‌ی نخست در مورد بزه‌دیده جریان دارد، نه مجرم. این اصل از حق بزه‌دیدگان برای دفاع از خود در برابر ضرری که متحمل شده‌اند، حمایت می‌کند و به دنبال دفاع از بزه‌دیدگان در برابر تجاوز غیرموجه است. اما، مشخص نیست که چگونه نهاد مجازات به این هدف کمک می‌کند.

موارد معمول مجازات همچون جزای نقدی، حبس و اعدام به منظور حمایت از حقوق بزه‌دیدگان یا افزایش رفاه آن‌ها طراحی نشده‌اند. بسته به مفهوم مجازاتی که بر شخص تحمیل می‌شود، مجازات ممکن است به گونه‌ای طراحی شود که به مجرم آنچه را که شایسته‌ی آن هستند، بدهد یا برای مجرم بالقوه پیام هشدارآمیزی ارسال کند. باز هم مشخص نیست که چنین نهادی چگونه به محافظت از بزه‌دیده در برابر تجاوز و دستیابی به عدالت توزیعی کمک می‌کند. به جای مجازات مجرم، شاید عدالت توزیعی باید به ما اطمینان خاطر دهد که خسارات بزه‌دیدگان جبران می‌شود؛ اما حتی زمانی که ما اقدامات مؤثری را برای محافظت از بزه‌دیدگان و جبران خسارات آن‌ها انجام می‌دهیم، به نظر نمی‌رسد که دلایلی موجه برای مجازات مجرم در اختیار داشته باشیم. با توجه به این که اصل عدالت توزیعی مونتآگ ایجاب می‌کند که تنها مجرم مجازات شوند و آن هم فقط به دلیل ارتکاب جرم و متناسب با میزان ضرری باشد که آن‌ها به بزه‌دیدگان خود وارد ساخته‌اند، مجازات بی‌گناهان، تحمیل مجازات نامتناسب و استفاده ابزاری از مجرم هیچ توجیهی ندارد.

۲-۳. دنیل فارل و سزاگرایی خفیف

فارل^۱ از اصل عدالت توزیعیِ مونتاگ استقبال و استدلال می‌کند که این اصل، بنیادی‌تر از اصل دفاع مشروع است. بر اساس این اصل، او یک نظریه‌ی بازدارندگی عام از مجازات را توسعه می‌دهد. وقتی مجرم مرتکب جرم می‌شوند، ما مخیر به انتخاب بین مجاز دانستن بزه‌دیدگان به تحمل ضرر و یا تحمیل همان ضرر به مجرم می‌شویم که در این صورت، گزینه دوم موجه است. زمانی که افراد مرتکب جرم می‌شوند، معمولاً تصور می‌کنیم که آن‌ها باید تنها در قبال ضررهایی که به بزه‌دیدگان وارد کرده‌اند، پاسخگو باشند و در نتیجه، مجازات کافی در درجه‌ی نخست باید بر اساس ضررهایی تعیین شود که مجرم بر بزه‌دیده وارد ساخته است. با این حال، طبق نظر فارل، ضررهایی که مجرم با ارتکاب جرم ایجاد می‌کند، محدود به آن‌هایی نیستند که صرفاً با جرم ارتكابی ایجاد می‌شوند. به عنوان نمونه، یک جرم ممکن است بزه‌دیده را ضعیف‌تر و آسیب پذیرتر از قبل کند، به گونه‌ای که وی نتواند آنچنان که باید از خود در برابر تجاوزات احتمالی بعدی از سوی دیگران دفاع کند.

یک مجرم نه تنها در قبال ضررهایی که مستقیماً با ارتکاب جرم ایجاد می‌کند، بلکه در قبال ضررهایی که بزه‌دیده را به نحو غیرمستقیم در معرض خطر قرار می‌دهد، مسئول است. عدالت توزیعی به ما این امکان را می‌دهد که در صورت اقتضای ضرورتِ محافظت از خود، ضرر بیشتری را به مجرم تحمیل و آن‌ها را بیشتر از میزانی که استحقاقش را دارند، مجازات کنیم. فارل این دیدگاه را سزاگرایی خفیف^۲ می‌نامد و اینگونه می‌گوید «ممکن است مجرم بیش از آنچه برای پیشگیری از تکرار جرم ضروری است مجازات شوند، اگر چنین باشد، می‌توان گفت که مجازات آن‌ها احتمالاً

1. Daniel Farrell
2. Weak Retributivism

دیگران را از ارتکاب جرم باز می‌دارد». در حالی که استدلال فارل به ویژه، از این حیث که تلویحاً مجازات بی‌گناهان را توجیه ناپذیر می‌شمارد پذیرفتنی به نظر می‌رسد، مشخص نیست که چرا دفاع از خود مستلزم این است که مجرمان باید بیش از حد ضرورت و به طور نامتناسب مجازات شوند (صادقی، ۱۴۰۳: ۱۳۹).

اول، مشخص نیست که چنین مجازاتی چگونه به بازدارندگی سایر مجرمان بالقوه از ارتکاب جرایم مشابه کمک می‌کند. موقعیت افراد متفاوت است. آن‌ها باورهای متفاوتی در مورد حقایق و ارزش‌ها دارند و مجازات یکسان ممکن است نسبت به همه آن‌ها بازدارنده نباشد. به دلایل مختلف، ممکن است مجرمان بالقوه حتی با چند مورد اجرای مجازات شدید هم از ارتکاب جرم منصرف نشوند. به عنوان نمونه، ممکن است فردی یقین داشته باشد که دستگیر نمی‌شود؛ زیرا مراقب فعالیت‌های مجرمانه اش است، یکی از اعضای مجری قانون است و کنترلی بر رویه قضایی کیفری دارد یا فاقد ظرفیت ذهنی لازم برای درک این موضوع است که چگونه این مجازات خاص می‌تواند دلیلی برای عدم ارتکاب جرم باشد. همچنین، ممکن است فرد تحت تأثیر احساسات شدید مرتکب جرم شود و به طور موقت دلایل منطقی خود را برای خودداری از ارتکاب جرم به درستی در نظر نگیرد و کنترل خود را بر رفتارهایش از دست بدهد. در چنین اوضاع و احوالی نمی‌توان او را از ارتکاب جرم منصرف ساخت. در نتیجه، مجازات کسی برای بازدارندگی دیگری، ذاتاً متزلزل و مخدوش است و از آنجا که مخاطبان هدف همگن نیستند، نمی‌توان مطمئن بود که آن‌ها چگونه دلیل ارائه شده را درک می‌کنند (صادقی، ۱۴۰۳: ۱۴۰).

دوم، از آنجا که استدلال فارل مبتنی بر اصل عدالت توزیعی مونتآگ است، با همین مشکل مواجه می‌شود. عدالت توزیعی در موقعیت‌های انتخاب اجباری عمدتاً بر حمایت از بزه‌دیدگان متمرکز است تا مجازات مجرمان و برای اقداماتی که به نفع جبران خسارت بزه‌دیدگان هستند، حمایت اخلاقی لازم را فراهم می‌کند. در این صورت، مشخص نیست که چه چیزی را در مورد مجازات مجرمان دربردارد.

۲-۴. تا دروس و تکلیف به محافظت از بزه‌دیده

تادروس^۱ استدلال می‌کند که از تکلیف ایراد ضرر به مجرمان یا تحمیل مجازات، ممکن است به تکلیف به محافظت از بزه‌دیدگان نائل شویم تا به نوبه‌ی خود از تکلیف مجرم به مجازات حمایت کنیم. افراد حق دارند که ضرری به آن‌ها تحمیل نشود و نیز مکلف هستند به دیگران ضرر نرسانند. در غیر این صورت، تکلیف خود را مبنی بر عدم اضرار به دیگران زیر پا گذاشته و تکلیف به محافظت از بزه‌دیدگان در برابر ضرر یا تحمل مجازات به وجود می‌آید. این تکلیف به محافظت، واجد جنبه‌ی عملی و اجرایی است و حق افراد را برای مجازات مجرمان تضمین می‌کند. هنگامی که آن‌ها مرتکب جرم می‌شوند، تکلیف دارند که از بزه‌دیدگان خود محافظت کنند و این تکلیف با مجازات شدن انجام می‌شود. مجازات مجرمان یک پیام هشداردهنده به مجرمان بالقوه در جامعه می‌فرستد و آن‌ها را از ارتکاب جرایم بیشتر باز می‌دارد و در نتیجه، از بزه‌دیدگان بالقوه محافظت به عمل می‌آورد (صادقی، ۱۴۰۳: ۱۴۱).

استدلال تادروس از مشکلی مشابه با سایر نظریه‌های بازدارندگی عام رنج می‌برد. مجازات لزوماً به هدف بازدارندگی از جرم کمک نمی‌کند و ممکن است دست کم برخی از افراد یعنی کسانی را که با اطلاع از مجازات، نگران پیامدهای آن هستند از ارتکاب جرم منصرف سازد. اما مجرمان نسبت به یگدیگر متفاوت هستند و این فرض که مثلاً مجازات شخص الف، به شخص ب دلیلی برای مخالفت با ارتکاب جرم می‌دهد، همیشه صحیح نیست. استفاده‌ی ابزاری از مجرم در این نظریه توجیه‌پذیر می‌باشد. اگر چه ما نباید از افراد به عنوان ابزار صرف استفاده کنیم، اما مجرمان ممکن است به عنوان ابزاری برای محافظت از بزه‌دیدگان خود در برابر ضررهایی که به آن‌ها وارد کرده‌اند، مورد استفاده قرار گیرند؛ زیرا آن‌ها تکلیف خود را برای ضرر نرساندن

1. Victor Tadros

به دیگران زیرپا گذاشته‌اند و در نتیجه، مکلف به محافظت از بزه‌دیدگان خود هستند. افزون بر این، اگر دو مجرم نتوانند از بزه‌دیدگان خود در برابر ضرر وارد شده با تحمل مجازات محافظت کنند، اما در موقعیت‌هایی قرار داشته باشند که به هریک از آنها اجازه دهد تا از بزه‌دیده‌ی مجرم دیگر محافظت کند و هر مجرم به خاطر جرمی که دیگری نسبت به بزه‌دیده‌ی مورد نظر خودش مرتکب شده است مجازات شود، چنین مجازاتی موجه است. با وجود این، نظریه‌ی تادروس در اصل عدالت توزیعی مونتاگ جذب می‌شود و مجازات را تنها متوجه مجرمان می‌سازد، نه بی‌گناهان. تادروس استدلال می‌کند که میزان مجازاتی که باید بر مجرم تحمیل گردد، با میزان ضرری که او بر بزه‌دیده وارد ساخته است، تعیین می‌شود. در واقع، مجرم بالفعل باید مجازات شوند تا پیام هشدار به مجرمان احتمالی ارسال شود. بر این اساس، مجازات باید متناسب با جرم ارتكابی باشد و مجازات نامتناسب، موجه نیست.

۲-۵. کلی و کاهش ضرر

اصل اخلاقی اساسی مورد نظرِ کلی^۱ انصاف^۲ است. طبق نظر او، نهاد مجازات برای هدایت رفتار مردم ایجاد شده است. جرایم، رفتارهایی هستند که افراد حق انجام آن را ندارند. بنابراین، اعمال مجازات بارِ ناعادلانه‌ای را بر دوش افراد تحمیل نمی‌کند. به علاوه، افراد از فرصت‌های عادلانه‌ای برای عدم ارتکاب جرم برخوردارند که در این صورت، از تحمل مجازات معاف می‌شوند. تهدید به مجازات به افراد انگیزه‌ی منطقی می‌دهد تا مرتکب جرم نشوند و بنابراین، مجازات به هدف کاهش ضرر کمک می‌کند. یکی از ویژگی‌های جالب توجه نظریه‌ی کلی این است که، در حالی که هدف او ظاهراً توسل به یک نظریه‌ی بازدارندگی خاص برای توجیه نهاد مجازات است، یک

1. Erin Kelly
2. Fairness

نظریه‌ی بازدارندگی عام برای اتخاذ سیاست‌های تنبیهی مناسب و موجه ارائه می‌دهد. ممکن است تصور شود که نظریه‌ی بازدارندگی خاص مستلزم آن است که ما با در نظر گرفتن این که چگونه یک نوع مجازات به نحو مؤثری موجب بازدارندگی می‌شود؟، راجع به اعمال مجازات تصمیم بگیریم. از آنجا که مجرمان متفاوت هستند، احتمالاً مجازات مناسب برای آن‌ها نیز متفاوت خواهد بود. در واقع، مجرمان مختلف را می‌توان با انواع مختلف مجازات از ارتکاب جرم بازداشت. اما، نظریه‌ی بازدارندگی خاص نمی‌تواند از یک نظام مجازات استاندارد برای تمامی مجرمانی که یک نوع جرم را مرتکب می‌شوند، پشتیبانی کند (صادقی، ۱۴۰۳: ۱۴۲).

با وجود این، کلی در مورد سیاست‌های تنبیهی این گونه نمی‌اندیشد. اصل پیش برنده‌ی نظریه‌ی او، انصاف است و انصاف مستلزم آن است که مجرمانی که مرتکب جرایم مشابهی می‌شوند، مجازات مشابهی را دریافت کنند. «فرصت معقول بین افراد تعمیم می‌یابد. انصاف مستلزم ارزیابی و پاسخگویی به جرایم فردی با استانداردهایی است که به موارد مشابه مرتبط گسترش پیدا می‌کند. ما باید موارد مشابه را مشابه یا دست کم دارای شباهت منطقی در نظر بگیریم. هم فیلسوفان حقوقی پوزیتیویست و هم غیرپوزیتیویست، این اصل را به رسمیت شناخته‌اند. هارت از آن به مثابه بخشی از کمینه‌ی محتوای اخلاقی قانون یاد می‌کند و رونالد دورکین آن را موضوع یکپارچگی در قانون می‌نامد. میزان مجازات قابل اعمال بر مجرم باید با توجه به ارزش بازدارندگی آن تعیین شود و ارزش بازدارندگی یک نوع مجازات با ارزش بازدارندگی عام آن تعیین می‌شود، نه بر مبنای تأثیر آن بر مجرم. یعنی ارزش بازدارندگی باید با در نظر گرفتن این که چگونه مجازات، یک «مجرم معمولی» را از ارتکاب جرم منصرف می‌سازد؟ محاسبه شود. مجرم معمولی کسی است که عقلانیتی محدود و مقید دارد و کاملاً حسابگر و خردمند فرض نمی‌شود. وی بر مبنای اطلاعات محدود بر گرفته از تجربیات زندگی روزمره تصمیم می‌گیرد که مرتکب رفتاری شود یا خیر و لزوماً هم بهترین تصمیم‌ها را نمی‌گیرد (حاجی‌وند و صبوری‌پور، ۱۳۹۹: ۱۶).

طبق نظر کلی، «در محاسبه‌ی تهدیدهای خود برای بازداشتن افراد از ارتکاب مجدد جرم، در واقع، ارزش بازدارندگی عام مجازات را محاسبه می‌کنیم». پس از محاسبه‌ی میزان مجازات مورد نیاز برای بازداشتن افراد از ارتکاب نوع خاصی از جرم ممکن است مجازات تخمینی اعمال شود تا افراد از ارتکاب همان جرم منصرف شوند. بنابراین، ابتنای این نظریه در توجیه مجازات بر بازدارندگی خاص، اما اثر اجرای مجازات، بازدارندگی عام می‌باشد. استدلال کلی فرض می‌گیرد که باید از مجازات استاندارد یکسان برای بازدارندگی مجرمان مختلف استفاده شود (صادقی، ۱۴۰۳: ۱۴۳). با این حال، از آنجا که مجرمان مختلف به دلایل مختلف مرتکب یک جرم می‌شوند، معلوم نیست که چگونه اجرای مجازات یکسان بر آن‌ها، که برای بازدارندگی یک مجرم معمولی در نظر گرفته شده است، می‌تواند همه‌ی آن‌ها را از ارتکاب جرم بازدارد؟

برخی از مجرمان به این دلیل مرتکب جرم می‌شوند که در مورد حقایق یا ارزش‌ها باورهای نادرستی دارند. برای بازداشتن آن‌ها از ارتکاب جرم باید به آن‌ها کمک کرد تا باورهای واقعی را به دست آورند. در غیر این صورت، دلیلی وجود ندارد که انتظار داشته باشیم دوباره مرتکب جرم نشوند. برخی در کنترل احساسات، تمایلات یا رفتار خود مشکل دارند. برای بازداشتن آن‌ها باید کاری کرد تا خودشان را کنترل کنند. بدون چنین تلاش‌هایی، آن‌ها با توجه به ویژگی‌ها و گرایش‌های شخصیتی خود احتمالاً دوباره مرتکب جرم خواهند شد. بر این اساس، برای بازداشتن مجرمان از ارتکاب جرم، ابتدا باید علت ارتکاب جرم را بررسی کرد و سپس، آموخت که چگونه از ارتکاب مجدد آن‌ها در آینده جلوگیری به عمل آید؟ تحقق این هدف، مستلزم صرف زمان برای بررسی پیشینه‌ی مجرمان، باورها و ارزش‌های آن‌ها، این که آیا می‌توان آن‌ها را متقاعد ساخت که باورها و سبک زندگی خود را تغییر دهند؟ و چگونگی کمک به آن‌ها برای داشتن یک زندگی عاری از جرم است.

سیاست تنبیهی مورد نظر کلی، یعنی اعمال مجازات بر اساس تأثیر بازدارندگی آن‌ها

بر یک مجرم معمولی، از هدف بازدارندگی خاص پیشیانی نمی‌کند؛ زیرا در رسیدگی به وضعیت مجرمان فردی ناکام است. ایراد مجازات بی‌گناهان و استفاده‌ی ابزاری از مجرمان بر این نظریه وارد نیست، زیرا غیرمجرمان به جامعه ضرری وارد نمی‌سازند تا مجازات شوند و تنها ایراد ضرر است که مجازات را موجه می‌سازد. همچنین، سیاست‌های تنبیهی باید یک مجرم معمولی را مورد توجه قرار دهند و این موضوع، مستلزم اجرای مجازات متناسب است.

۳. توجیهات کیفرشناسی نوین از پیشگیری از جرم

نظریه‌های پیشگیری از جرم به دنبال پیشگیری از جرایم احتمالی با ناتوان سازی مجرمان هستند و هدف اصلی آن‌ها ایجاد تغییر خواه دائم یا خواه موقت در وضعیت مجرمان است که با کاربست مجازات‌هایی چون اعدام و حبس ابد محقق می‌شود. در این قسمت دو نظریه‌ی پیشگیری از جرم مورد تحلیل و ارزیابی قرار می‌گیرند.

۳-۱. مجازات اضافی یا نامتناسب

بسیاری از افراد معتقدند که پیشگیری از جرم مهم‌تر از مجازات مجرمان است. به جای انتظار کشیدن برای این که جرمی اتفاق بیفتد و سپس، مجرمان مجازات شوند، باید گام‌های فعالی را برای جلوگیری از وقوع جرم برداشت. در ادبیات فلسفی، پیشگیری‌گرایی^۱ به دیدگاه خاصی در مورد مجازات اشاره دارد که طبق آن مجازات اضافی از آن رو که در خدمت پیشگیری از ارتکاب جرم است، را موجه می‌داند. به عنوان نمونه، هارکورت پیشنهاد می‌کند که مبتنی بر پیامد‌گرایی، «مجازات بخش اصلی پیشگیری است: برای نمونه، طولانی‌تر کردن حکم محکومیت^۲ برای کسی که مرتکب تکرار جرم می‌شود کاملاً موجه است، زیرا

1. Preventionism

۲. برای مجازات بیشتر

فرد تکرار کننده احتمال بیشتری دارد که بار دیگر مرتکب جرم شود». به طور مشابه، «بازداشت موقت در نظر گرفته شده برای محافظت از جامعه در برابر جرایم مورد پیش بینی اما هنوز ارتکاب نیافته، احتمال یک محاکمه‌ی عادلانه را افزایش نمی‌دهد. بر این اساس، چنین بازداشتی صرفاً جنبه‌ی نظارتی ندارد و محدود کردن آزادی مانند بازداشت پیشگیرانه فقط در صورتی نظارتی است تا تنبیهی که در خدمت یک هدف دولتی «مشروع و اجباری» باشد. این دیدگاه با نظریه‌های بازدارندگی مجازات از این حیث متفاوت است که طبق نظریه‌های اخیر، نهاد مجازات به این علت از نظر اخلاقی قابل توجیه است که به بازدارندگی از جرایم کمک می‌کند. اما به موجب نظریه‌ی مجازات اضافی، اگر برخی از مجرمان به دلیل داشتن استعداد زیاد ارتکاب چندباره‌ی جرم، خطرناک باشند، آن‌گاه دادگاه می‌تواند برای آن‌ها مجازات‌هایی بیشتر از مجازات‌هایی که در صورت عدم وجود احتمال تکرار جرم دریافت می‌کردند، تعیین کند. «بازداشت پیشگیرانه شامل مجازات افراد برای رفتارهای زیان‌باری است که ممکن است مرتکب شوند، نه برای رفتارهای زیان‌باری که قبلاً مرتکب شده‌اند». فایده‌گرایان به طور کلی معتقدند که مجازات باید متناسب با جرم ارتكابی باشد، چرا که «مجازات متناسب و عادلانه بر وجدان اخلاقی شهروندان در برابر ارتکاب جرم تأثیر مثبت می‌گذارد و به نوبه‌ی خود حقوق کیفری را قادر می‌سازد که رسالت پیشگیری از ارتکاب جرم را به انجام برساند» (الهام و محمدی مغانجوقی، ۱۳۹۱: ۶۳).

بنابراین، اگر مجازاتی شدیدتر از جرم ارتكابی باشد، نامتناسب و توجیه‌ناپذیر است. با این حال، بر اساس نظریه‌ی مورد بحث، در صورتی که اعمال مجازات نامتناسب به منظور پیشگیری از ارتکاب جرایم بیشتر باشد، از نظر اخلاقی موجه است. این نظریه چیزی در مورد مجازات مجرمانی که مرتکب تکرار جرم نشده‌اند و احتمالاً دوباره مرتکب جرم نمی‌شوند، نمی‌گوید و تلاش می‌کند تا مجازات‌های نامتناسب را تنها برای تکرار کنندگان جرم توجیه کند.

در رابطه با این گزاره که تحمیل مجازات نامتناسب به دلیل اثر پیشگیرانه‌اش موجه است،

دلایلی برای تردید وجود دارد. این استدلال فرض می‌کند که مجرم دوباره مرتکب جرم می‌شود و بنابراین، باید از انجام آن پیشگیری شود. در حالی که روشن نیست این باور چگونه توجیه می‌شود. در جریان یک محاکمه‌ی قانونی، دادگاه شواهدی برای ارتکاب جرم توسط مجرم مشاهده می‌کند و مشخص نیست که آیا این شواهد می‌توانند دلیل خوبی مبنی بر این باشند که وی در آینده مرتکب جرم خواهد شد یا خیر؟

اگر شواهد کافی برای حمایت از این باور وجود داشته باشد که فرد، مرتکب جرمی خواهد شد، در آن صورت، شاید دادگاه بتواند حسب شرایطی مرتکب را به اتهام تبانی برای ارتکاب جرم محکوم به مجازات کند. طرفداران پیشگیری از جرم احتمالاً برای حمایت از اعتقاد به ارتکاب جرم مجدد در آینده، به تکرار جرم قبلی مجرم اشاره می‌کنند. این اساساً نوعی استدلال استقرایی خواهد بود. بر این اساس، درستی مقدمه‌ی استدلال، ضامن صدق نتیجه‌ی آن نیست. به هر حال، ممکن است پیش از این که مجرم فرصتی برای ارتکاب جرم دیگری داشته باشد، حادثه‌ای برای او اتفاق بیفتد. به عنوان نمونه، به دین جدیدی روی آورد که باعث شود دیگر علاقه‌ای به حرفه‌ی مجرمانه‌ی سابق خود نداشته باشد. ممکن است پدر یا مادر یک نوزاد تازه متولد شده شود و ناگهان پی برد که باید به دنبال شغل شرافتمندانه‌ای باشد یا از نظر اخلاقی در مسیر درست قرار بگیرد. ممکن است در اثر وقوع یک حادثه، مهارت‌های ضروری برای ارتکاب جرم را از دست بدهد. مثلاً یک سارق ممکن است دیگر نتواند سرقت کند، زیرا در اثر تصادف رانندگی، فلج شده و دیگر نمی‌تواند مانند گذشته سریع بدود یا بالای دیوار برود. افزون بر این، برخی از نظریه‌پردازان نگران این موضوع هستند که اعطای مجازات حبس طولانی‌تر به مجرم بیش از میزانی باشد که او استحقاق آن را دارد یا تناسبی با جرم ارتکابی اش نداشته باشد. میزان مجازات باید بر اساس شدت جرم مشخص شود. با این حال، نظریه‌ی مجازات اضافی به ملاحظات پیشگیرانه اجازه می‌دهد تا در تعیین مجازات نقش بازی کنند که توجیه‌ناپذیر به نظر می‌رسد. مشخص نیز نیست

که چرا باید پذیریم صرفِ داشتن یک مجازات طولانی‌تر، مجرم را از ارتکاب مجدد جرم باز می‌دارد؟

نخست، باید اذعان کرد که احکام حبس باعث ناتوانی مجرمان می‌شوند. تا زمانی که مجرم در زندان بماند، نمی‌تواند مرتکب جرایمی شود که به جامعه ضرر می‌رساند؛ اگر چه همچنان می‌تواند به گونه‌ای عمل کند که به سایر زندانیان یا مأموران زندان ضرر برساند. بنابراین، جامعه امن‌تر است و حقوق مردم در طول مدت اقامتِ طولانی مدت مجرم در زندان محافظت می‌شود. اما اگر زندانی پس از آزادی اصلاح نشود و رفتار سابق خود را تغییر ندهد، داشتن مجازات طولانی‌تر تنها در مدت زمانی که او در زندان به سر می‌برد، از ارتکاب جرم پیشگیری می‌کند. به عبارت دیگر، اجرای مجازات نامتناسب و اضافی، تنها موجب به تعویق انداختن ارتکاب جرم می‌شود، نه متوقف کردن آن (صادقی، ۱۴۰۳: ۱۴۶).

دوم، اگر واقعاً به پیشگیری از جرم اهمیت می‌دهیم، باید در نظر داشته باشیم که مجازات اضافی چه تأثیری بر پیشگیری از جرم دارد؟ این خطر وجود دارد که زندان تأثیرات منفی بیشتری بر مجرم داشته باشد. در زمان اقامت در زندان، فرد باید زندگی با سایر زندانیان را بیاموزد و خود را با فرهنگ زندان وفق دهد. بسته به این که سایر زندانیان چگونه هستند، ممکن است با برخی از آن‌ها دوست شود و سپس، به طور مؤثرتری در مورد ارتکاب جرم آموزش ببیند (دارابی‌پناه و فضلی، ۱۳۹۵: ۲۲).

اگر به فکر پیشگیری از جرم باشیم، این مشکل ساز است. داشتن یک مجازات طولانی‌تر عملاً به این معنی است که ورود مجدد به جامعه و زندگی در خارج از زندان برای مجرم دشوارتر خواهد بود و او ارتباط خود را با دوستان و خانواده از دست می‌دهد. اگر بازگشت مجدد به جامعه دشوار باشد، ممکن است انگیزه برای بازگشت به روش‌های قبلی و ارتکاب مجدد جرم ایجاد شود که باز هم این موضوع اثر منفی بر پیشگیری از جرم دارد. نظام عدالت کیفری باید تدابیری اتخاذ نماید تا اطمینان حاصل

شود که مجرمان در آینده مرتکب جرم نمی‌شوند. به عنوان نمونه، برخی از آن‌ها به دلیل نداشتن آموزش مناسب یا حمایت مالی نگران عواقب اقدامات خود نیستند. برای پیشگیری از ارتکاب مجدد جرم، مهم است که مطمئن شویم آن‌ها تأثیر و اهمیت رفتارهای خود را درک کرده و فرصت کسب درآمد مناسب را دارند. سایر مجرمان ممکن است به آموزش و پرورش یا درمان نیاز داشته باشند. هیچ راه‌حل کاملی برای اطمینان از این که مجرمان مرتکب جرم نمی‌شوند وجود ندارد. برنامه‌های آموزشی، پرورشی و درمانی ممکن است کمک‌کننده باشند یا نباشند (صادقی، ۱۴۰۳: ۱۴۶). با وجود این، زندانی کردن مجرمان برای مدت طولانی‌تر تنها می‌تواند کسانی را که به شدت از ماندن در زندان بی‌زارند، از ارتکاب جرم منصرف سازد.

۲-۳. پیشگیری عام مثبت

پیشگیری عام مثبت به دنبال این است تا با تقویت آگاهی حقوقی اعضای جامعه، همگان و نه صرفاً مجرمان بالقوه یا بالفعل را از ارتکاب جرم بازدارد و انسان‌هایی را که قادر به انتخاب هستند، از جمله انتخاب میان پیروی از قانون یا نقض آن، مورد خطاب قرار دهد. انواع مختلفی از پیشگیری عام مثبت وجود دارد، به گونه‌ای که ممکن است صحبت از توجیه، به جای توجیحات مبتنی بر پیشگیری عام مثبت، گمراه‌کننده باشد. با این حال، ویژگی‌های اساسی این نوع پیشگیری به اندازه کافی قابل شناسایی‌اند. «عام» بودن این توجیه به دلیل وجود تمایز میان آن و پیشگیری خاص است که از مجازات برای پیشگیری از جرم توسط مجرم خاص و بالفعل مشمول مجازات استفاده می‌کند. همچنین، این نظریه «مثبت» است، زیرا نه از طریق ترساندن مجرمان بالقوه برای رعایت قانون، بلکه با تقویت روحیه‌ی قانون‌پذیری در افراد قانونمدار و غیرمستعد ارتکاب جرم، در صدد پیشگیری از ارتکاب جرم است. همین نکته، تفاوت این توجیه را با توجیحات بازدارندگی عام روشن می‌سازد. طرح توجیه پیشگیری عام مثبت در آلمان، برخلاف آنچه در ایالات متحده آمریکا اتفاق افتاد، در واکنش به ناکامی نظریه‌هایی همچون بازپروری و اصلاح اخلاقی مجرمان در تحقق

اهدافشان نبوده است. در حالی که قوانین کیفری ایالات متحده آمریکا به شکست محسوس اقدامات بازپرورانه با بازگشت به سزاگرایی مبتنی بر استحقاق پاسخ دادند، واکنش قوانین کیفری آلمان به جای رها کردن مبانی فلسفی مجازات‌های قانونی یا اتخاذ سیاست‌های تنبیهی سختگیرانه، گرایش به سمت اهداف پیشگیرانه و مجازات‌های فایده‌گرایانه به طور کلی بود (صفاری، ۱۳۸۰: ۲۹۲).

اگر پیشگیری خاص مثبت کارساز نبوده، شاید پیشگیری عام مثبت کارساز باشد. اگر مجازات نمی‌تواند مجرمان را اصلاح کند، شاید بتواند اراده‌ی غیرمجرمان را برای تبدیل شدن به مجرمان اصلاح‌ناپذیر، تضعیف و مانعی را در این راه ایجاد کند. به طور کلی‌تر، امید می‌رفت که پیشگیری عام مثبت از حجم مشکلات هنجاری و تجربی که گریبان‌گیر توجیحات فایده‌گرای مجازات شده بود، بدون تأیید یک توجیه سزاگرایانه از مجازات که به معنای واقعی کلمه بی‌معنی و در نتیجه، خشن می‌نمود، بکاهد. جدی‌ترین انتقاد وارد به نظریه‌ی پیشگیری عام مثبت این است که اثبات مفروضات بنیادین آن، یعنی قانونگرتر ساختن شهروندان با اجرای مجازات، اگر غیرممکن نباشد، بسیار دشوار است.

از این رو، منتقدان، پیروی از این نظریه را سقوطی آزاد به چاه عمیق جهل و ناآگاهی دانسته‌اند. این نظریه، نقص وسیله را به سوزن هدف رفو می‌کند و خطر تضييع کرامت انسانی مجرم را برای اهداف پیشگیرانه با استفاده‌ی ابزاری از او برای رسیدن به هدف در پی دارد و با دخالت نابجا و غیرموجه در حقوق مرتکب به دنبال دستیابی به سطح معینی از آگاهی نسبت به قانون در میان مردم است. همچنین، هیچ توضیح مشخصی در مورد این که مجرم باید چه سطحی از مجازات را تحمل کند تا پیشگیری عام محقق شود؟، ارائه نمی‌دهد و خطر مجازات اضافی و ناعادلانه را به همراه دارد (صفاری، ۱۳۸۰: ۲۹۲).

پیشگیری عام مثبت نیازمند پنهان ساختن هدف واقعی خود از شهروندان است. در غیر این صورت، احتمال دارد که نظام کیفری اعتبار و کارایی اجتماعی خود را از دست

بدهد. به عبارت دیگر، اگر به شهروندان صادقانه توضیح داده شود که مجرم، آنچنان که باید مسئول رفتار خود و شایسته‌ی تحمل مجازات نبود، بلکه اجرای مجازات، بیشتر به خاطر اطمینان از این موضوع بود که مردم همچنان به هنجارهای قانونی ارج بنهند و در قانونمندی هر چه بیشتر بکوشند. آن گاه شاید تأثیر معکوسی داشته و همدلی محتمل شهروندان را با مجرم و تأیید رفتار مجرمانه را در پی داشته باشد. در نهایت، اگر مرتکب از عملکردش پشیمان و به ارزش و اعتبار قانون نزد خود معترف باشد، به نظر می‌رسد که مجازات با هدف پیشگیری عام، سالب به انتفای موضوع و غیرموجه تلقی خواهد شد.

۴. امکان پیشگیری در نظریه‌های جرم‌شناسی

امکان توسل به پیشگیری، مورد قبول همه نظریه‌های جرم‌شناسی نیست، مکاتب جرم‌شناسی که بیش یا کم به صورت آشکار، امکان پیشگیری مؤثر از بزهکاری را انکار می‌کنند، متعدد می‌باشند. جرم‌شناسی الهام گرفته از بینش تحقیقی، ضمن اعتقاد به جبرگرایی، علت بزهکاری را سازمان زیستی - روانی - اجتماعی افراد می‌داند. در این دیدگاه دسته‌ای از افراد با ویژگی‌های زیستی - روانی خاص محکوم به ارتکاب جرم هستند، دسته‌ای که با انسان‌های عادی به واسطه وجود نشانه‌های متعدد جسمانی و رفتارهای روان شناختی تفاوت آشکار دارند، یعنی بازماندگانی از انسان‌های دوران اولیه در یک تمدن پیشرفته که نمی‌توانند خود را با محیط اطراف سازگار کنند و لذا ناسازگار باقی می‌مانند؛ اما فرضیه مبنای نظریه انتخاب عقلانی، دقیقاً مخالف جبرگرایی لومبروزو است و اعتقاد دارد عمل بزهکار یک عمل سنجیده است، یک راه و وسیله‌ای برای رسیدن به هدف. لذا از موقعیت‌ها و فرصت‌ها استفاده می‌کند و به منظور اجتناب از خطرات بیش از اندازه، احتیاطات لازم را انجام می‌دهد (ابراهیمی و رجبی، ۱۳۸۹: ۱۷).

با این نگاه، می‌توان واکنش احتمالی بزهکاران بالقوه را در موقعیت‌هایی که قصد

ارتکاب جرم دارند پیش‌بینی کرد. بدین ترتیب، از جمع بین ملاحظات تجربی و تأملات نظری راجع به عقلانیت عمل جنایی پیشگیری وضعی متولد شد. نتیجه عملی این امر، این است که می‌توان از طریق اقدام در وضعیت و موقعیت‌ها بر تصمیم بزهکاران بالقوه تأثیر گذاشت (ابراهیمی و رجبی، ۱۳۸۹: ۱۷).

۵. رویکردهای پیشگیری از جرم در کیفرشناسی نوین

با تولد جرم‌شناسی و پیدایش علم اداره زندان‌ها و در پی آن کیفرشناسی، توجه به مجرم، جرم ارتكابی و بزه‌دیده در کنار هم و در پی آن با پیشرفت علوم پزشکی، روان‌پزشکی، روان‌شناسی جنایی، جامعه‌شناسی و لحاظ این علوم در کنار توجه به شخصیت مجرم در جهت اعمال مجازات متناسب توسط قاضی، تغییرات محسوسی در اعمال مجازات‌ها ایجاد گردید. جرم‌شناسی با پیشنهاد ضمانت‌اجراهای کیفری نوین از جمله نظارت الکترونیکی، کارهای عام‌المنفعه، حبس خانگی، جریمه روزانه و ... و همچنین تغییر در نحوه اجرای مجازات‌ها و ارائه دکترین‌های مختلف بالاخص در زمینه مجازات‌های سالب یا محدود‌کننده آزادی و اجتماعی شدن مجازات‌ها در پی رسیدن به اهدافی از جمله توجه به انگیزه و شخصیت مرتکب، بررسی علل و عوامل ارتکاب جرم، اصلاح مجرم، پیشگیری از جرم و ... برآمده، دستاوردهای جرم‌شناسی در طی حیات خود باعث تحول در نگرش به جرم و مجازات توسط دکترین‌های پیشنهاد شده است. هر چند بسیاری از این نظریه‌ها امروزه شکست خورده تلقی می‌شوند و به فراموشی سپرده شده است، هر کدام از این تئوری‌ها در دوران خود توانسته بود تحول بزرگی در جهت مبارزه با بزهکاری ایجاد کند. جرم‌شناسی توانست با توسل به دیگر علوم از قبیل زیست‌شناسی، جامعه‌شناسی، روانشناسی، علم آمار و ... قدمی مفید در جهت کاهش آمار جرم و جنایت بردارد و با تأکید بر اصلاح مجرم و توجه به کرامت انسانی و انسانی کردن مجازات‌ها و در نظر داشتن اعلامیه حقوق بشر توانست با

یافته‌های علمی و نوین خود و خلط آن با نظریه‌های کیفرشناسی، مجازات‌هایی علمی، مفید، شخصی، بازدارنده، اصلاحی و مناسب با کرامت انسانی و حقوق بشر ارائه دهد تا قدمی جدید در جهت مبارزه با بزهکاری با توجه به موقعیت سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی هر کشور بردارد (عامری، ۱۳۹۵: ۱۶۷).

باید خاطر نشان کرد که نظریه‌های جدید که بسیاری از آن‌ها در مقام رد نظریه‌های پیشین و تثبیت نظریه خود و بسیاری در مقام اصلاح و احیای نظریه‌های قبل از خود که حتی بسیاری از آن‌ها صدها سال از تولدشان می‌گذرد بودند، نشان از عدم رضایت جرم‌شناسان و شاید عدم کفایت این تئوری‌ها برای مقابله با بزه و بزهکاری است. هرچند کیفرشناسی موفق شد بسیاری از یافته‌های متأثر از جرم‌شناسی خود را وارد حقوق کیفری کند و ما گاه‌آگاهاً شاهد کاهش آمار جرم و جنایت (حداقل در برهه‌ای از زمان) بودیم ولی به نظر می‌رسد هنوز راهی طولانی برای دستیابی به چاره‌ای بی‌عیب و نقص و علمی داریم. تا بتوانیم آن طور که باید و شاید گامی در جهت کاهش آمار بزه و اصلاح و باز اجتماعی کردن مجرمین و دفاع از جامعه در برابر آن‌ها برداریم. امید که علمای جرم‌شناسی، کیفرشناسی و حقوق کیفری با تعامل یکدیگر راهی علمی، مفید، درخور و مناسب با استانداردهای بین‌المللی و بشر دوستانه و مناسب با شرایط محیطی، سیاسی و اقتصادی هر ملت بیندیشند تا با توسل به آن‌ها جامعه‌ای عاری از بزه و بزهکاری داشته باشیم (عامری، ۱۳۹۵: ۱۶۷).

در نظریه‌های جدید جرم‌شناسی، پیشگیری از جرم به رویکردهای مختلفی تقسیم می‌شود که هر کدام بر اساس اصول و مبانی خاصی، به دنبال کاهش وقوع جرم هستند. این رویکردها شامل پیشگیری وضعی، پیشگیری اجتماعی و پیشگیری کیفری می‌شوند. همچنین، نظریه‌هایی مانند نظریه انتخاب عقلانی، نظریه کنترل اجتماعی، نظریه برچسب‌زنی و نظریه کنش متقابل نمادین نیز به تبیین و پیشگیری از جرم می‌پردازند.

۱-۵. پیشگیری وضعی

این رویکرد بر تغییر شرایط محیطی و افزایش موانع برای ارتکاب جرم تمرکز دارد. به عنوان مثال، افزایش نورپردازی در معابر، بهبود طراحی شهری و افزایش حضور پلیس در مناطق جرم خیز از جمله راهکارهای پیشگیری وضعی هستند. هدف این رویکرد کاهش فرصت‌های ارتکاب جرم است.

پیشگیری وضعی عبارت است از تغییر در موقعیت‌های خاصی که احتمال ارتکاب جرم در آن زیاد است، به منظور دشوار و پرخطر کردن یا جاذبه‌زدایی برای کسانی که قصد ارتکاب دارند (گسن، ۱۳۷۶: ۶۲۸-۶۰۷). این راهبرد پیشگیری، از این تفکر نشئت می‌گیرد که عده زیادی از بزهکاران بالقوه کاملاً غیر عقلانی اقدام نمی‌کنند و از انطباق خود با وضعیت و موقعیت‌ها ناتوان نمی‌باشند.

نتیجه اینکه، تغییر در موقعیت‌های نزدیک به جرم، آن‌ها را مجبور به پذیرش این واقعیت می‌کند که منافع عدم ارتکاب جرم در وضعیت جدید، از ارتکاب آن بیشتر است. در واقع به جای سرمایه‌گذاری در پیش‌آمادگی فردی بزهکار، با کمک تدابیر خاص، از طریق مداخله در موقعیت‌ها، تصمیم‌های بزهکاران تحت‌الشعاع قرار داده می‌شود. لذا نظریه پیشگیری وضعی بر شش گزاره ذیل مبتنی است: انتخاب عقلانی جرایم نتایج انتخاب موقعیت‌هاست. در واقع مجرمان، متفاوت از دیگر انسان‌ها نمی‌باشند. آنان قادر به انتخاب بوده، خود را با موقعیت‌ها منطبق کرده و برای رسیدن به هدف یا حل مشکل از وسایل و شیوه‌های راحت‌تر استفاده می‌کنند (میر خلیلی، ۱۳۸۳: ۶۲/۱).

بی‌تردید، کمبود وقت و اطلاعات و محدودیت‌هایی که مانع هر فرد انسانی در رسیدن به حداکثر فایده مندی است، مانع از آن می‌شود که آن‌ها کاملاً عقلانی فکر و عمل کنند. از یک سو، بیشتر انسان‌ها بین انتخاب ارتکاب و عدم ارتکاب جرم مردد هستند. ضعف انسانی در بیشتر انسان‌ها وجود دارد. از سوی دیگر، بزهکاران مزمن همانند ماشین خودکار مرتکب جرم نمی‌شوند، بلکه موقعیت‌سنج بوده و از فرصت‌ها استفاده می‌کنند. این عده، به

تحریکات واکنش نشان داده و تحت تأثیر موقعیت‌ها قرار می‌گیرند. بنابراین، دسته مذکور نیز دست به انتخاب می‌زنند، هر چند انتخاب آن‌ها بیش از اندازه تحت تأثیر داده‌های فوری بوده و بی‌توجه به نتیجه دراز مدت اعمالشان اقدام کرده باشند. به طور خلاصه، پیشگیری وضعی همچنان که بر اکثریت بزهکاران اتفاقی تأثیر گذار است، می‌تواند بر اقلیت بزهکاران مزمن نیز مؤثر واقع شود (ابراهیمی و رجبی، ۱۳۸۹: ۱۸).

وضعیت‌های پیش جنایی نیز انتخاب ارتکاب یا عدم ارتکاب جرم را تحت تأثیر قرار می‌دهد. زیرا این وضعیت، دورنمای بسیار متغیر از منافع، مشکلات و خطرات را بیان می‌کند. محاسبه هزینه-فایده در علت عمل جنایی (جرم) نقش دارد، به همین دلیل فراوانی یک گونه جرم با فرصت‌های ارتکاب آن رابطه مستقیم دارد. در خصوص جرایم علیه مالکیت، زمانی که بزهکار بالقوه در مقابل یک آماج جذاب و آسیب‌پذیر قرار گیرد، موقعیت و وضعیت مناسب محسوب می‌شود. متغیرهایی که یک وضعیت را مناسب ارتکاب جرم قرار می‌دهد عبارتند از (ابراهیمی و رجبی، ۱۳۸۹: ۱۸):

(۱) ویژگی‌های بزه‌دیده (بی‌مبالاتی، تحریک، آسیب‌پذیری)، (۲) آماج‌ها (اشیای جذاب، قابل دسترس، آسیب‌پذیر و قابل حمل)، (۳) تسهیل‌کننده‌ها (اسلحه، الکل، مواد مخدر، اتومبیل و سایر وسایل)، (۴) محیط فیزیکی (تاریکی)

عوامل کلان در یک محیط مشخص، مانند: میزان آماج‌های جذاب (اتومبیل، پول، ویدئو)، سبک زندگی مردم و احتیاط‌های آنان (عادت افراد بزرگسال و جوانان به رها کردن منزل به طور روزانه جهت رفتن سر کار یا مدرسه که میزان زیادی از منازل را در معرض سرقت قرار می‌دهد)، مکان، زمان و محیط فیزیکی (ارتکاب جرایم بیشتر در خیابان‌های کم‌روشنایی) و در دسترس بودن تسهیل‌کننده‌ها، یعنی وسایل و آلات که ارتکاب را ممکن یا تسهیل می‌کند. ارتکاب جرم مستلزم تقارن زمانی و مکانی یک بزهکار انگیزه‌مند و یک آماج (بزه‌دیده) جذاب و جالب و آسیب‌پذیر است. این تقارن فرصت ایجاد می‌کند (ابراهیمی و رجبی، ۱۳۸۹: ۱۹).

جرایم شدید، اغلب نتیجه استمرار ارتکاب جرایم خرد هستند. روابطی که جرایم خرد و جرایم شدید را به هم پیوند می‌دهد، در جرم‌شناسی شناخته شده است:

- فردی که به ارتکاب جرم سرقت ساده عادت دارد، ممکن است به تدریج به سمت ارتکاب جرایم شدید تمایل پیدا کند.

- مرتکبان تکرار اغلب دمدمی مزاج هستند و جرایم متنوعی را مرتکب می‌شوند.

- سارقان به عادت نوعی از زندگی را پیشه کرده‌اند که در آن، به طور طبیعی مواد مخدر و خشونت جایگاه بالایی دارد.

۲-۵. پیشگیری اجتماعی

این رویکرد بر عوامل اجتماعی و اقتصادی مؤثر در شکل‌گیری رفتار مجرمانه تأکید دارد. به عنوان مثال، کاهش فقر، بهبود آموزش و اشتغال، و ارتقای مهارت‌های زندگی از جمله راهکارهایی هستند که در این رویکرد مورد توجه قرار می‌گیرند. هدف این رویکرد کاهش انگیزه برای ارتکاب جرم است.

۳-۵. پیشگیری کیفری

این رویکرد بر مجازات و بازدارندگی متمرکز است. افزایش شدت مجازات‌ها، اعمال مجازات‌های سنگین‌تر برای جرایم خاص و افزایش سرعت و قاطعیت در برخورد با مجرمان از جمله راهکارهای پیشگیری کیفری هستند. با این حال، کارایی این رویکرد در عمل و در نظریه‌های جدید جرم‌شناسی مورد تردید قرار گرفته است.

پیشگیری کیفری به اقداماتی اطلاق می‌شود که با هدف جلوگیری از تکرار جرم توسط مجرم یا پیشگیری از وقوع جرم در جامعه از طریق اعمال مجازات انجام می‌شود. هدف اصلی پیشگیری کیفری، بازدارندگی است. این بازدارندگی می‌تواند به صورت خاص (نسبت به مجرم خاص) یا عام (نسبت به کل جامعه) باشد.

شامل اعمال مجازات‌های کیفری، افزایش قطعیت و شدت مجازات‌ها، و استفاده از

مجازات‌های جایگزین است. نظریه بازدارندگی، نظریه اصلاح و تربیت، و نظریه مجازات از جمله نظریه‌هایی هستند که مبانی پیشگیری کیفری را تشکیل می‌دهند.

۵-۴. پیشگیری غیر کیفری

پیشگیری غیر کیفری شامل اقداماتی است که با هدف از بین بردن یا کاهش علل وقوع جرم و ایجاد محیطی سالم و امن انجام می‌شود.

هدف اصلی پیشگیری غیر کیفری، کاهش آسیب‌های اجتماعی و عوامل زمینه‌ساز جرم است. شامل اقدامات اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و آموزشی است که به ارتقای شرایط زندگی افراد، کاهش فقر و بیکاری، بهبود محیط‌های زندگی، ارتقای آموزش و آگاهی عمومی، و افزایش کنترل‌های اجتماعی غیررسمی می‌پردازد.

نظریه کنترل اجتماعی، نظریه یادگیری اجتماعی، و نظریه بوم‌شناختی از جمله نظریه‌هایی هستند که مبانی پیشگیری غیر کیفری را تشکیل می‌دهند. نظریه کنترل اجتماعی معتقد است که پیوندهای اجتماعی قوی و تعهد به هنجارها و ارزش‌های جامعه، از ارتکاب جرم جلوگیری می‌کند. بر این اساس، تقویت این پیوندها و ارزش‌ها می‌تواند نقش مهمی در پیشگیری از جرم داشته باشد.

نظریه برچسب‌زنی: این نظریه معتقد است که برچسب زدن افراد به عنوان مجرم می‌تواند باعث تشدید رفتار مجرمانه شود. بر این اساس، باید از برچسب زدن به افراد و تشدید این برچسب‌ها خودداری کرد.

نظریه کنش متقابل نمادین: این نظریه معتقد است که رفتار افراد در تعامل با یکدیگر شکل می‌گیرد و افراد از طریق تعامل با دیگران، معنا و مفهوم رفتارهای خود را درک می‌کنند. بر این اساس، تغییر الگوهای تعامل اجتماعی می‌تواند نقش مهمی در پیشگیری از جرم داشته باشد.

در نهایت، پیشگیری از جرم در نظریه‌های جدید جرم‌شناسی یک رویکرد چندوجهی است که ترکیبی از پیشگیری وضعی، اجتماعی و کیفری را در نظر می‌گیرد

و با استفاده از نظریه‌های مختلف به دنبال کاهش وقوع جرم و ارتقای امنیت جامعه است.

در واقع باید گفت که در کیفرشناسی معاصر، پیشگیری از جرم به دو دسته اصلی تقسیم می‌شود: پیشگیری کیفری و پیشگیری غیر کیفری. پیشگیری کیفری با اعمال مجازات و کیفر سعی در بازدارندگی مجرمان دارد، در حالی که پیشگیری غیر کیفری به اقداماتی مانند اصلاح اجتماعی، بهبود شرایط اقتصادی و اجتماعی و آموزش برای کاهش علل جرم می‌پردازد.

۵-۵. ترکیب پیشگیری کیفری و غیر کیفری

در کیفرشناسی معاصر، تأکید بر این است که پیشگیری از جرم نیازمند ترکیبی از رویکردهای کیفری و غیر کیفری است. با توجه به محدودیت‌ها و عوارض پیشگیری کیفری، تأکید بیشتری بر پیشگیری غیر کیفری به عنوان راهکاری مؤثرتر و پایدارتر برای کاهش جرم و آسیب‌های اجتماعی وجود دارد.

پیشگیری مجموعه اقدام‌ها و تدابیر غیر قهرآمیز است که با هدف خاص مهار بزهکاری، کاهش احتمال و وخامت جرم، پیرامون علل جرایم اتخاذ می‌شود. در این تعریف اقدام پیشگیرانه اقدام غیر قهرآمیزی است که بر عوامل جرم جزا اعمال می‌شود. در واقع پیشگیری مستلزم آن است که ابتدا علت شناسی اولیه از جرم صورت بگیرد. در واقع پیشگیری در یک معنای عام عبارت است از تمامی اقداماتی که از وقوع بزه جلوگیری می‌کند. به عقیده شرمن هر رویدادی که اعمال شود و نتیجه آن نشان دهد که از نرخ بزهکاری کاسته شده، می‌توان پیشگیرانه قلمداد شود. بر مبنای این تعریف شرمن، عده‌ای پیشگیری را پیشگیری کیفری (پیشگیری از طریق اعمال مجازات‌ها) و پیشگیری غیر کیفری دانسته‌اند. عده‌ای دیگر از جرم شناسان (نظیر گین) با نقد سرکوبی و غیرچیشگیرانه دانستن آن، پیشگیری را به معنایی خاص تعریف می‌کنند: مجموعه اقدامات غیر کیفری که هدف غایی آن منحصرأ به صورت جزئی محدود کردن دامنه

ارتکاب جرم و غیر ممکن، دشوار و کم کردن احتمال وقوع جرم باشد. در همین راستا، یک محقق کانادایی در سال ۱۹۹۸ تعریف پیشگیری را دارای سه مؤلفه زیر دانست (پناهی، ۱۳۹۵: ۳):

- هدف اصلی آن تأثیرگذاری بر یکی از عوامل فرایند کیفری است؛
- بعد جمعی دارد (پیشگیری در یک محله خاص یا ...)

- شامل اقدام پیشگیرانه غیرقهرآمیز و غیرکیفری است (دفتر تحقیقاتی ناجا، ۱۳۸۹).
توجه به عوامل زمینه‌ساز جرم از عناصر مهم پیشگیری از جرم غیرکیفری است. در پیشگیری از جرم، توجه به عوامل زمینه‌ساز جرم مانند فقر، بیکاری، نابرابری، و مشکلات اجتماعی و خانوادگی اهمیت دارد و باید در برنامه‌ریزی‌های پیشگیرانه مدنظر قرار گیرد. همچنین پیشگیری از جرم نیازمند مشارکت فعال جامعه و همه ذینفعان از جمله خانواده، مدرسه، نهادهای دولتی و غیردولتی و رسانه‌ها است.

نتیجه‌گیری

کیفرشناسی نوین، رویکردی است که با تأکید بر پیشگیری از جرم و استفاده از روش‌های مختلف، به جای تمرکز صرف بر مجازات، به دنبال کاهش وقوع جرم در جامعه است. این رویکرد، ماهیت حقوقی خود را از تلفیق مبانی حقوق کیفری با رویکردهای پیشگیرانه و مدیریتی می‌گیرد و جایگاه ویژه‌ای در پیشگیری از جرم دارد. با مقایسه نحوه اجرای مجازات‌ها قبل و بعد از ظهور مکتب تحقیقی و توسعه جرم‌شناسی، همراه با شکل‌گیری علم اداره زندان‌ها و کیفرشناسی، می‌توان دریافت که توجه هم‌زمان به مجرم، جرم ارتكابی و بزه‌دیده، به‌ویژه با پیشرفت علوم پزشکی، روان‌پزشکی، روان‌شناسی جنایی و جامعه‌شناسی، تأثیر قابل توجهی بر اعمال مجازات‌ها داشته است. این تغییرات با در نظر گرفتن شخصیت مجرم و استفاده از این علوم توسط قضات در جهت اعمال مجازات متناسب، به وضوح دیده می‌شود. جرم‌شناسی با معرفی

ضمانت اجراهای کیفری نوین مانند نظارت الکترونیکی، کارهای عام‌المنفعه، حبس خانگی، جریمه روزانه و اصلاح نحوه اجرای مجازات‌ها و ارائه دکترین‌های مختلف به‌ویژه در حوزه مجازات‌های سالب یا محدودکننده آزادی و اجتماعی کردن آن‌ها، تلاش کرده است تا به اهدافی همچون توجه به انگیزه و شخصیت مرتکب، تحلیل علل وقوع جرم، اصلاح مجرم و پیشگیری از جرم دست یابد.

در خصوص ماهیت حقوقی کیفرشناسی نوین باید بیان داشت که کیفرشناسی نوین، یک مفهوم حقوقی است که در آن، مجازات به عنوان یک ابزار برای اصلاح مجرم و پیشگیری از تکرار جرم، در نظر گرفته می‌شود. این رویکرد، با نقد رویکردهای سنتی که بر مجازات‌های شدید و بازدارندگی تأکید داشتند، به دنبال رویکردهای متنوع‌تری برای مقابله با جرم است. در نظریه‌های نوین جرم‌شناسی، پیشگیری از جرم به سه دسته اصلی تقسیم می‌شود که هر یک بر پایه اصول و مبانی خاصی طراحی شده‌اند و هدف مشترک آنها کاهش وقوع جرم است. این دسته‌بندی‌ها شامل پیشگیری وضعی، پیشگیری اجتماعی و پیشگیری کیفری هستند. همچنین، نظریه‌هایی مانند انتخاب عقلانی، کنترل اجتماعی، برچسب‌زنی و کنش متقابل نمادین برای تحلیل و ارائه راهکارهایی جهت کاهش جرم مورد استفاده قرار می‌گیرند.

برخی از ویژگی‌های کلیدی کیفرشناسی نوین عبارتند از: در کیفرشناسی نوین تأکید اصلی بر پیشگیری از جرم است. کیفرشناسی نوین، بیش از آنکه به مجازات پردازد، به پیشگیری از وقوع جرم توجه دارد. این رویکرد، با شناسایی عوامل مؤثر در شکل‌گیری جرم و مداخله در این عوامل، به دنبال کاهش نرخ جرم در جامعه است. همچنین کیفرشناسی نوین، از رویکردهای مدیریتی در زمینه مدیریت جرم استفاده می‌کند. این رویکرد، با استفاده از ابزارهای مختلفی مانند تحلیل جرم، برنامه‌ریزی شهری، و آموزش، به دنبال کاهش فرصت‌های ارتکاب جرم و افزایش ریسک ارتکاب جرم است. کیفرشناسی نوین، به جای استفاده از مجازات‌های صرفاً حبس، به دنبال تنوع

در مجازات‌ها است. این رویکرد، با استفاده از مجازات‌های جایگزین حبس، مانند خدمات عمومی، تعلیق مراقبتی، و جریمه نقدی، به دنبال اصلاح مجرم و کاهش بار زندان‌ها است. کیفرشناسی نوین، بر مشارکت جامعه در فرآیند پیشگیری از جرم تأکید دارد. این رویکرد، با درگیر کردن شهروندان، سازمان‌های غیردولتی، و سایر نهادهای اجتماعی در فرآیند پیشگیری از جرم، به دنبال ایجاد یک جامعه امن‌تر است.

در خصوص جایگاه کیفرشناسی نوین در پیشگیری از جرم باید بیان داشت که کیفرشناسی نوین، جایگاه مهمی در پیشگیری از جرم دارد. این رویکرد، با تأکید بر پیشگیری، به جای تمرکز صرف بر مجازات، به دنبال کاهش وقوع جرم در جامعه است. برخی از نقش‌های کلیدی کیفرشناسی نوین در پیشگیری از جرم عبارتند از: ۱- کاهش تکرار جرم: کیفرشناسی نوین، با استفاده از رویکردهای اصلاحی و درمانی، به دنبال کاهش احتمال تکرار جرم توسط مجرمان است. ۲- کاهش بار زندان‌ها: با استفاده از مجازات‌های جایگزین حبس، کیفرشناسی نوین به دنبال کاهش جمعیت کیفری و کاهش بار زندان‌ها است. ۳- کاهش آسیب‌های اجتماعی: با مداخله در عوامل مؤثر در شکل‌گیری جرم، کیفرشناسی نوین به دنبال کاهش آسیب‌های اجتماعی ناشی از جرم است. ۴- افزایش احساس امنیت: با افزایش مشارکت جامعه و ایجاد رویکردهای پیشگیرانه، کیفرشناسی نوین به دنبال افزایش احساس امنیت در جامعه است.

در مجموع، کیفرشناسی نوین با تلفیق مبانی حقوق کیفری با رویکردهای پیشگیرانه و مدیریتی، به دنبال ایجاد یک نظام کیفری کارآمدتر و عادلانه‌تر است که در آن، پیشگیری از جرم در اولویت قرار دارد.

پیشنهادها

۱. پیشنهاد می‌گردد که برای بررسی آینده، نگاهی متفاوت اتخاذ شود. برخلاف فیلسوفان، دولت‌ها غالباً دغدغه توجیه فلسفی مجازات‌ها را ندارند. مجازات همانند

سایر ابزارهای سیاست‌گذاری دولت‌ها تا زمانی اجرا می‌شود که خواسته‌های آنان را برآورده سازد، و این خواسته‌ها معمولاً از پیش‌فرض‌های انتزاعی و فلسفی تاثیر نمی‌پذیرند. چنین دیدگاهی ما را به حوزه جامعه‌شناسی مجازات هدایت می‌کند؛ دانشی که دغدغه اصلی آن نه توجیه مجازات، بلکه تحلیل کارکردهای واقعی و اجتماعی آن است. به زبان دیگر، در این حوزه اعتقاد بر این است که نوع منحصری از مجازات‌ها تنها به دلیل تأثیرات واقعی برای دولت‌ها اجرا می‌شود. بنابراین رویکرد صرفاً فلسفی به مقوله مجازات همچون نورافکنی عمل می‌کند که تنها بخشی از جنبه‌های تاریک یک موضوع را روشن می‌سازد. شاید دلیل اصلی ایرادات مطرح‌شده در نظریه‌های مختلف نه نقص خود آنها، بلکه محدودیت فلسفه مجازات باشد.

۲. پیشنهاد می‌شود قانون‌گذاران تمرکز بیشتری بر شخصی‌سازی مجازات‌ها با هدف اصلاح مجرمین داشته باشند و از اتکا صرف به مجازات‌های خشن و غیرانسانی دوری کنند. در فرآیند قانون‌گذاری، ضروری است که دستاوردهای علمی و نوین جرم‌شناسی و کیفرشناسی در تعیین ضمانت‌اجراهای کیفری مناسب لحاظ شود. همچنین، مشورت با متخصصان حوزه جرم‌شناسی، کیفرشناسی و حقوق کیفری و استفاده از تجربیات سایر کشورها در زمینه طراحی، تعیین و اجرای مجازات‌ها با توجه به شرایط اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و فرهنگی باید در دستور کار قرار گیرد. ۳. در کنار این، قضات باید اطلاعات کافی از یافته‌های جدید در جرم‌شناسی و کیفرشناسی داشته باشند و آنها را در اتخاذ مجازات‌های اصلاح‌گرایانه به کار گیرند؛ مجازات‌هایی که با شخصیت مرتکب هماهنگ بوده، کم‌هزینه باشند و به بزه‌دیده نیز توجه کافی داشته باشند.

۴. همچنین ضروری است که کشورها از تجربه‌های موفق سایر جوامع بهره‌مند شوند و مشارکت فعال متخصصان حقوق و جرم‌شناسی را در فرآیند قانون‌گذاری با اهداف

پیشگیری از جرم و اصلاح مجرمین مدنظر قرار دهند. تخصیص بودجه سالانه مشخص برای پروژه‌های تحقیقاتی در حوزه علوم جرم‌شناسی و کیفرشناسی نیز اقدامی لازم است تا بتوان به مقابله‌ای مؤثرتر با آسیب‌های اجتماعی پرداخت.

۵. در مقام قانون‌گذاری و اعمال مجازات‌ها، هم قانون‌گذاران و هم قضات باید اعلامیه‌ها، کنوانسیون‌ها و میثاق‌های بین‌المللی حامی حقوق بشر را در نظر داشته باشند و رویکردی اصلاح‌گرایانه و آینده‌نگر اتخاذ کنند. همچنین باید از انگیزه‌های انتقام‌جویانه در تعیین مجازات‌ها اجتناب ورزند، از اعمال خشونت پرهیز کنند و هدف را وسیله‌ای برای توجیه اقدامات خود قرار ندهند.

فهرست منابع

۱. الهام، غلامحسین؛ محمدی مغانجوقی، فاطمه (۱۳۹۱). مجازات متناسب از دیدگاه نظریه‌های بازدارندگی (با تأکید بر نظریه تعیین کیفر آلمان)، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۳.
۲. ابراهیمی، شهرام (۱۳۸۷). بازدارندگی از منظر حقوقی و جرم‌شناسی، نشریه کارآگاه، دوره ۲، شماره ۵.
۳. ابراهیمی، شهرام؛ رجبی، ابراهیم (۱۳۸۹). پیشگیری در نظریه‌های جرم‌شناسی و گستره محدودیت‌های آن، آموزه‌های حقوقی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۳، صص ۱۸-۱۶.
۴. پناهی، محسن (۱۳۹۵). مطالعه استراتژیک مدیریت دانش پیشگیری از جرم در بستر امنیت اجتماعی، اولین کنفرانس بین‌المللی علوم اجتماعی، تربیتی علوم انسانی و روانشناسی، ص ۳.
۵. حاجی‌وند، امین؛ صبوری پور، مهدی (۱۳۹۹). کنترل خشونت‌های زیست محیطی از دیدگاه نظریه بازدارندگی کیفر، فصلنامه پژوهش‌های حقوقی، شماره ۴۳.
۶. دارابی پناه، شهین؛ فضل‌ی، مهدی (۱۳۹۵). تحلیل آثار حبس بر زندانیان زن در پرتو نظریه «قوانین تقلید» گابریل تارد، فصلنامه پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، شماره ۷.
۷. دفتر تحقیقاتی ناجا (۱۳۸۹). حوزه مطالعات و تحقیقات کاربردی پیشگیری انتظامی از جرم در محیط ملی، گزارش پژوهشی شماره ۱.
۸. صادقی، محمد مهدی (۱۴۰۳). جستاری در توجیحات فایده‌گرایانه معاصر از مجازات؛ از بازدارندگی عام تا پیشگیری عام، تمدن حقوقی، شماره ۲۲، صص ۱۵۴-۱۳۱.

۹. صفاری، علی (۱۳۹۲). مقالاتی در جرم‌شناسی و کیفرشناسی، چاپ دوم، تهران: انتشارات جنگل.
۱۰. صفاری، علی (۱۳۸۰). مبانی نظری پیشگیری وضعی از جرم، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره‌های ۳۳-۳۴.
۱۱. عامری، محسن (۱۳۹۵). مفاهیم و اصول دستاوردهای جرم‌شناسی در تحقق اهداف کیفرشناسی و اصلاح و تربیت مجرمین، پایان‌نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد رشته حقوق (M.A)، گرایش حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، صص ۱۶۸-۱۶.
۱۲. گسن، ریمون (۱۳۷۶). «روابط میان پیشگیری وضعی و کنترل جرم»، ترجمه نجفی ابرندآبادی، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره‌های ۱۹-۲۰.
۱۳. میر خلیلی، سید محمود (۱۳۸۳ ش). پیشگیری وضعی از نگاه آموزه‌های اسلام، مجله فقه و حقوق، سال اول، شماره ۱.

بررسی انتقادی قوانین تخفیف دهنده مجازات در همسرکشی با نگاهی به حقوق انگلستان

دکتر عباس سلمان پور

امیررضا فلاح پرزحمت

عضو هیات علمی دانشگاه گیلان، وکیل کانون وکلای دادگستری گیلان^۱
دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم شناسی دانشگاه گیلان^۲

چکیده

هدف: این پژوهش با رویکرد تحلیلی- تطبیقی، به بررسی منشأ فقهی و حقوقی ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی ایران در باب «قتل در فراس» پرداخته و آن را با مفهوم نوین «دفاع از دست دادن کنترل» در حقوق انگلیس مقایسه کرده است. هدف اصلی، آشکارسازی خطاهای تقنینی ناشی از خلط لایه‌های واقعی (اخلاقی) و ظاهری (قضایی) فقه شیعی، نقد تبعیض‌های جنسیتی و فرهنگی این ماده، و پیشنهاد راهکارهایی برای اصلاح نظام کیفری ایران در جهت دستیابی به عدالت جنسیتی و همخوانی با استانداردهای حقوق بشر است.

روش تحقیق: روش تحقیق تحلیلی- تطبیقی است که بر پایه تحلیل منابع فقهی (مانند روایت سعد بن عباد و تحریر الوسیله امام خمینی)، اسناد حقوقی (قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و Coroners and Justice Act، ۲۰۰۹ انگلیس)، و پرونده‌های قضایی (مانند R v Clinton و R v Golds) استوار است. این روش با بررسی تطبیقی شباهت‌ها و تفاوت‌های دو نظام حقوقی، و ارجاع به نقدهای فمینیستی و جامعه‌شناختی، به ارزیابی پارادایمی و پیشنهادی اصلاحی پرداخت. یافته‌ها: ماده ۶۳۰، ریشه در حکم اخلاقی فقهی دارد اما با خلط لایه‌های واقعی و ظاهری، مجوز مطلق قتل ناموسی را بدون آزمون عینی اثبات (مانند شرط چهار شاهد قرآنی در سوره نور) اعطا می‌کند، که منجر به تبعیض جنسیتی (محدود به مردان)، تشویق خشونت، و تضعیف نظام قضایی می‌شود. در مقابل، دفاع از دست دادن کنترل در حقوق انگلیس، با آزمون‌های عینی و ذهنی (تحریک شدید و ارزیابی روانشناختی)، قتل را به غیرعمد تنزل می‌دهد بدون معافیت کامل، و در ضمن جنسیت‌محور نیست. ارتباط

1. abbas.salmanpour@gmail.com

2. fallahhaji@gmail.com

این دفاع با مواد ۳۷ و ۳۸ قانون مجازات اسلامی (عوامل تخفیف مانند تحریک شاک و پشیمانی مرتکب) پتانسیل ادغام رویکردهای تعدیلی در حقوق ایران را نشان می‌دهد، اما فقدان دفاع سیستماتیک، عدالت را ناقص می‌گذارد.

نتیجه‌گیری: ماده ۶۳۰ با اصول شیعی، قرآنی و حقوق بشر ناسازگار است و زمینه‌ساز قتل‌های ناموسی می‌گردد؛ بنابراین، پیشنهاد می‌گردد با پایبندی به فقه شیعه و استفاده از تجربیات سایر کشورها مانند انگلیس و فرانسه با حذف توجیحات غیرتمدار، این ماده اصلاح یا حذف شود و یک دفاع تخفیفی مبتنی بر ارزیابی روانشناختی و آزمون عینی معرفی گردد. به عبارتی به جای تجویز ارتکاب قتل در حین زنا بهتر آن است که مقرر نماید؛ در صورت ارتکاب قتل از سوی زوج در آن شرایط؛ وی از کیفیات مخفیه در مجازات برخوردار می‌گردد با چنین اصلاحی ممنوعیت ارتکاب قتل حفظ می‌گردد و برای مرتکب بنا بر جهات تصریح شده در ماده مذکور، مجازاتی مخفف لحاظ می‌گردد این اصلاح، تعادل میان سنت و مدرنیته را برقرار کرده و ایران را به الگویی برای جوامع اسلامی در عصر جهانی‌سازی حقوق تبدیل می‌کند.

مقدمه

در دنیای معاصر حقوق کیفری، جایی که تقابل میان سنت‌های فرهنگی، احکام فقهی و استانداردهای نوین حقوق بشر به یکی از چالش‌های بنیادین جوامع تبدیل شده است، مسئله «قتل در فراش» به عنوان نمادی از تعارض میان غیرت فردی و انحصار دولتی در اجرای عدالت برجسته می‌شود. این مفهوم، که ریشه در روایات تاریخی و فقهی دارد، در ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی ایران متبلور شده و به شوهر اجازه می‌دهد در صورت مشاهده مستقیم زنا، مرتکب قتل شود بدون آنکه مجازات کیفری بر او تحمیل گردد. این حکم نه تنها میراثی از پارادایم فقهی شیعه است که میان «حکم واقعی» (اخلاقی و اخروی) و «حکم ظاهری» (قضایی) تمایز قائل می‌شود، بلکه تلاقی‌ای پیچیده با سنت‌های پدرسالارانه غربی و عربی را نمایان می‌سازد- از کد ناپلئونی فرانسه (ماده ۳۲۴، ۱۸۱۰) که تا اواخر قرن بیستم توجهات غیرتی را در قتل‌های ناموسی می‌پذیرفت، تا قوانین کیفری کشورهای خاورمیانه مانند عراق (ماده ۴۰۹) و کویت (ماده ۱۵۳) که همچنان معافیت‌های مشابهی را حفظ کرده‌اند. با این حال، چنین مقرراتی در عصر حقوق بشر، که بر پایه اصول میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی^۱ حق حیات، دادرسی عادلانه و برابری جنسیتی را تضمین می‌کند، با انتقادهای جدی روبرو است: از تبعیض جنسیتی و تشویق به خشونت ناموسی گرفته تا تضعیف نظام قضایی مستقل. آمارهای سازمان ملل نشان می‌دهد که قتل‌های ناموسی سالانه هزاران قربانی، عمدتاً زنان، را در جوامع سنتی به کام مرگ می‌کشاند، و این پدیده در ایران نیز با مواردی بسیاری برجسته شده است، جایی که خلأهای قانونی مانند ماده ۶۳۰ عدالت را زیر سؤال برده‌اند.

1. ICCPR 1966

از منظر فمینیستی و جامعه‌شناختی، این ماده نه تنها زنان را به عنوان اشیای ناموسی تقلیل می‌دهد بلکه با اصول اسلامی اصیل، مانند تأکید قرآن بر چهار شاهد عادل برای اثبات زنا (سوره نور، آیه ۴)، در تعارض است. این مقاله، با رویکردی تحلیلی- تطبیقی به بررسی منشأ فقهی و حقوقی ماده ۶۳۰ می‌پردازد، نقدهای پارادایمی بر آن وارد می‌سازد و آن را با مفهوم نوین «دفاع از دست دادن کنترل» در حقوق کامن‌لا انگلیس مقایسه می‌کند. هدف این پژوهش آشکارسازی خطاهای تقنینی در خلط لایه‌های واقعی و ظاهری فقه است، همچنین پیشنهاد راهکارهایی برای اصلاح نظام کیفری ایران در جهت عدالت جنسیتی و تعدیل مجازات بر پایه روانشناسی مدرن می‌دهد. در ادامه، ابتدا چارچوب فقهی و نقدهای آن را کاوش می‌کنیم، سپس به تحلیل تطبیقی می‌پردازیم و در نهایت، ارتباط آن با مواد تخفیف‌دهنده مجازات در قانون ایران را بررسی خواهیم کرد. این بررسی نه تنها به غنای ادبیات حقوقی کمک می‌کند، بلکه گامی عملی در جهت مقابله با قتل‌های ناموسی و تطبیق حقوق اسلامی با استانداردهای جهانی است، و می‌تواند الهام‌بخش سیاست‌گذاری‌هایی باشد که عدالت را از چنگال غیرت فردی رها سازد.

۱. تحلیل فقهی - حقوقی روایت سعد بن عباد و تطور آن تا

ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی

در چارچوب مطالعات فقهی و حقوقی اسلامی، روایت مشهور سعد بن عباد - یکی از صحابه برجسته پیامبر اسلام (ص) و رئیس قبیله خزرج در مدینه - به عنوان یکی از نقل‌های کلیدی در منابع حدیثی، جایگاه ویژه‌ای دارد. این روایت، که در کتب معتبر حدیثی مانند صحیح بخاری و مسند احمد بن حنبل نقل شده است، نه تنها نمادی از تعارض میان غیرت شخصی و الزامات شرعی اثبات جرم است، بلکه به طور غیرمستقیم، مبنای برخی احکام فقهی و قانونی در حوزه جرایم جنسی و خانوادگی قرار گرفته است.

۱-۱. خوانش روایت سعد بن عباد

روایت سعد بن عباد، که در منابع شیعه نیز به صورت مشابه در کتاب‌هایی مانند وسایل شیعه از حر عاملی و کافی شیخ کلینی منعکس شده است، در بستری از گفتگوی اصحاب با سعد رخ می‌دهد. سعد، به عنوان یکی از انصار برجسته که در جنگ‌های اولیه اسلام نقش محوری داشت، در پاسخ به پرسش اصحاب مبنی بر اینکه «اگر مردی را بر شکم همسرت بینی چه می‌کنی؟» (یعنی در حال ارتکاب زنا با همسرش)، اظهار می‌دارد: «با شمشیر می‌زنم و او را می‌کشم.» این پاسخ، که ریشه در فرهنگ غیرت عربی پیشاسلامی دارد، بلافاصله با واکنش پیامبر (ص) مواجه می‌شود. پیامبر تأکید می‌کند که برای اجرای حد زنا، وجود چهار شاهد عادل ضروری است و می‌فرماید: «خداوند برای هر جرم حدی مقرر کرده و تجاوز از آن نیز خود مستوجب حد است.» (کلینی، ۱۳۶۳: ۱۷۶ و حرعاملی، ۱۳۷۴: ۱۴)

۱-۲. پارادایم دکترین فقه شیعه درباره «قتل در فراش» و بازتاب آن در ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی

در فقه امامیه، مسئله «قتل در فراش» بر تفکیک میان حکم واقعی و حکم ظاهری استوار است؛ تفکیکی که مرز میان جواز اخلاقی و منع قضایی را تعیین می‌کند. ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی با نادیده گرفتن این دوگانگی، حکم اخلاقی فقهی را به عرصه‌ی تقنین منتقل ساخته و بدین سان، از پارادایم کلاسیک فقه شیعه در نسبت اخلاق و قضا فاصله گرفته است.

۱. چارچوب فقهی - تفکیک «حکم واقعی» و «حکم ظاهری»

در فقه امامیه، مسأله «قتل در فراش» (قتل زوج، زنا، همسر خویش را مشاهده می‌کند) در دو سطح متفاوت تحلیل شده است:

۱. حکم واقعی (بینه و بین الله): مشهور فقهای امامیه معتقدند که اگر شوهر همسر خود را

با مردی اجنبی در حال زنا بیابد و آن دو را به قتل برساند، از نظر «اخلاقی و اخروی» گناهی بر او نیست. این رویکرد مبتنی بر روایات معتبر همچون صحیحہ داود بن فرقد و نیز عقل عملی است که اذن به دفاع شدید در مواجهه با هتک ناموس می‌دهد. (شهید ثانی ۱۴۱۱ق: ج ۹، صص ۱۲۲-۱۲۰ و محقق اردبیلی ۱۴۱۶ق: ج ۱۳، ص ۹۵ و محقق حلی ۱۴۰۳ق: ج ۴، ص ۹۴۰ و علامه حلی ۱۴۰۳ق: ج ۳، ص ۵۳۴ و ابن فهد حلی ۱۴۱۳ق: ج ۵، ص ۲۱۱)

۲. حکم ظاهری (قضایی): در حقوق فقهی، حتی اگر فعل زوج در نفس الأمر معذور باشد، در عرصه ظاهر و قضا، وظیفه اثبات بر عهده مدعی (زوج) است. بنابراین، بدون بینه شرعی یا تصدیق اولیای دم، اصل «عدم استحقاق قتل» و «عدم وقوع فعل ادعایی» برقرار بوده و نتیجه آن قصاص قاتل است. این نکته مورد تصریح شهید ثانی، محقق اردبیلی و دیگران است، چنان که آیت الله خویی صریحاً بیان می‌کند که در فقدان شهود معتبر، اتفاق فقها بر ثبوت قصاص است. (خوئی ۱۴۰۷ه ق: ج ۲، ص ۸۴)

۲. مبنای مشهور و موارد اختلاف جزئی

اگرچه در میان فقها قیودی مانند «علم به تمکین زن» آمده است (خیمینی، ۱۴۰۳ه ق: ج ۱، ص ۴۹۱)، و این قیود در حکم واقعی اثرگذارند، لیکن در مقام ظاهری و قضایی، همه فقها - حتی امام خمینی - قائل اند که بدون بینه، حکم به قصاص صادر می‌شود. امام خمینی در تحریر الوسیله ابتدا حکم اخلاقی را ذکر کرده ولی فوراً در مسأله بعدی تأکید می‌کند که این جواز فقط بین العبد و ربّه است و قاضی مکلف به اجرای موازین اثبات دعوی می‌باشد. (همان، مسأله ۲۸)

۳. خطای تقنین در ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی

ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی در ایران، تقریباً ترجمه مستقیم حکم اخلاقی و واقعی

فقهی از تحریرالوسیله (مسأله ۲۸) است، بدون انتقال بخش دوم نظر امام خمینی که محدودیت قضایی را یادآور می‌شود. به عبارت دیگر، قانون‌گذار حکم بین‌اللهی که مبنای عدم اثم در آخرت است را به‌عنوان حکم حقوقی و ظاهری وارد متن قانون کرده؛ و از سازوکارهای اثبات دعوی (اقامه بینه یا تصدیق اولیای دم) چشم پوشیده است؛ نتیجه آن، اعطای مجوز قانونی مطلق به زوج، بدون التزام به قواعد اثبات، است که با پارادایم دکتترین فقهی شیعه در مقام ظاهر ناسازگار می‌نماید.

۴. تحلیل پارادایمی

پارادایم شیعی در این حوزه بر دو اصل استوار است:

اصل صیانت ناموس: این اصل به عنوان ارزش بنیادین، که در سطح واقعی حتی مجوز قتل را در صورت مشاهده قطعی زنا صادر می‌کند؛

اصل نظام قضایی مستقل از ادراک شخصی: این اصل که بر ضرورت اثبات طبق موازین شرع (بینه یا اقرار پذیرفته‌شده) تأکید دارد و بدون آن، اصل بر عدم جواز و ثبوت ضمان (قصاص) است.

خطای ماده ۶۳۰ آن است که این دو لایه (واقعی و ظاهری) را خلط کرده و لایه اخلاقی را، که اصالتاً خارج از حوزه حقوق موضوعه است، به عنوان قانون الزام‌آور وارد نموده است و بر اساس منابع فقهی، قتل در فراش صرفاً در «عالم واقع» می‌تواند از اثم و ضمان مؤاخذه معاف باشد، ولی در «عالم ظاهر» و دستگاه قضا جزء جرائم مستوجب قصاص محسوب می‌شود مگر با اثبات شرعی. ماده ۶۳۰، برخلاف این تفکیک، مجوز مطلق را به متن قانون آورده و از منظر اجتهادی، این امر نوعی انتقال نادرست حکم واقعی به حوزه تقنین است. (هاشمی، ۱۳۸۴: ۱۷۹)

۳-۱. نقد برداشت فقهی رایج: تأکید بر مفهوم مخالف و تضاد با نص اصلی در نگاه تحلیلی دقیق، برداشت فقهی جواز قتل در فراش با نص اصلی روایت در تضاد

است. اگر به مفهوم مخالف (دلالت التزامی) سخن پیامبر توجه کنیم - که در اصول فقه (مانند کتاب کفایه الاصول آخوند خراسانی، باب دلالات) به عنوان یکی از روش‌های استنباط احکام تعریف می‌شود - نتیجه آن عدم اعطای چنین حقی به شوهر است. پیامبر با تأکید بر چهار شاهد (بر پایه قرآن، سوره نور، آیه ۴-۶) یا اقرار مکرر، هرگونه اقدام شخصی را رد می‌کند؛ بنابراین، مفهوم مخالف این است که حتی رؤیت مستقیم شوهر نمی‌تواند جایگزین شواهد شرعی شود. این تحلیل، که بر پایه اصولی انتقادی استوار است، نشان می‌دهد که برداشت سنتی، شرط اثبات را با «علم شخصی» جایگزین کرده، که از نظر ادله دینی ضعیف است. از منظر حقوقی، این برداشت با اصول کیفری مدرن مانند اصل «فرض بی‌گناهی»^۱ و «حق دادرسی عادلانه»^۲ در تعارض است. ماده ۶۳۰ عملاً مجازات را به حوزه خصوصی منتقل می‌کند، که می‌تواند به سوءاستفاده منجر شود، مانند قتل‌های ناموسی که تحت پوشش «غیرت» پنهان می‌شوند. مطالعات جرم‌شناسی (مانند گزارش‌های سازمان ملل در مورد خشونت علیه زنان، ۲۰۲۴) نشان می‌دهد که چنین قوانینی نرخ قتل‌های خانوادگی را افزایش می‌دهد.^۳ همچنین اختصاص این اجازه فقط به مرد خود مشکلاتی جدی در نظام قضایی ایجاد می‌کند. (آقای‌نیا، ۱۴۰۲: ۲۸۵)

تداوم این نگرش، زمینه‌ای برای «تشییع فاحشه» (رواج فساد اخلاقی از طریق خشونت غیرقانونی) فراهم می‌آورد، که پیامبر آن را محدود به مسیر اثبات شرعی کرده است. وقتی قانون حق حیات را به شهادت شخصی ذی‌نفع (شوهر) واگذار می‌کند، چرخه فساد اجتماعی آغاز می‌شود: از یک سو، نظم حقوقی به سمت شخصی‌سازی مجازات گرایش می‌یابد و داوری قضایی حذف می‌شود؛ از سوی دیگر، این امر

-
1. presumption of innocence
 2. due process
 3. <https://knowledge.unwomen.org/en/articles/explainer/five-essential-facts-to-know-about-femicide>

مشروعیت بخشی به خشونت خصوصی است، که می تواند به پدیده هایی مانند قتل های ناموسی^۱ منجر شود. از دیدگاه جامعه شناختی، این رویکرد جنسیت زدا است و زنان را به عنوان قربانیان اصلی قرار می دهد، زیرا فرض تمکین را بدون بررسی زمینه (مانند اجبار یا خشونت خانگی) می پذیرد. نتیجه نه دفاع از خانواده و اخلاق، بلکه سست شدن بنیان عدالت کیفری است: اعتماد عمومی به نظام دادرسی کاهش می یابد، و ساختار کیفری به سمت فساد گرایش پیدا می کند.

۴-۱. منشأ ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی: تلاقی فقه جزایی، حقوق تطبیقی و میراث پدرسالاری

ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی یکی از معدود مقررات کیفری ایران است که به شوهر اجازه می دهد در شرایط خاص و با تحقق شروط معین، مرتکب قتل شود و از مجازات قصاص و دیه معاف گردد. مضمون این ماده به «قتل در فراش» یا قتل هنگام مشاهده زنا اختصاص دارد. اهمیت این ماده در آن است که حاصل پیوند سه منبع تاریخی است: تعالیم فقه جزایی شیعه، سنت های فرهنگی قبیله ای عرب و میراث حقوق کیفری غربی با ساختار پدرسالارانه.

این تنش میان «غیرت فردی» و «نظم قضایی شرع» بعدها در متون فقهی گسترش یافت و زمینه ای برای شکل گیری احکام استثنایی مانند ماده ۶۳۰ ایجاد کرد. متأسفانه قانون گذار به جای بیان حکم وضعی که وظیفه او بوده، به بیان وضع تکلیفی پرداخته و زمینه این توهم را ایجاد کرده اگر مرد همسر خود را بکشد این ادعا پذیرفته است. (حاجی ده آبادی، ۱۴۰۳: ۱۹۲)

با این حال، بررسی تطبیقی نشان می دهد که مفهوم «قتل در فراش» منحصر به فقه

اسلامی یا فرهنگ ایرانی نیست. پیش از انقلاب اسلامی، قوانین جزایی ایران که تحت تأثیر مستقیم قانون جزای فرانسه ۱۸۱۰ تدوین شده بود^۱، چنین امکانی را برای شوهر قائل بود. ماده ۳۲۴ قانون فرانسه و قانون جزای ۱۸۶۷ بلژیک نیز تخفیف مجازات یا حتی معافیت را برای همسر مرتکب قتل در هنگام مشاهده خیانت پیش‌بینی کرده بودند^۲؛ هرچند در فرانسه این امتیاز در اصلاحات ۱۹۹۴ و تحت تأثیر اصول برابری جنسیتی و کنوانسیون‌های بین‌المللی حذف شد. این رویکرد در بسیاری از کشورهای منطقه نیز بازتاب یافت، اما اغلب با دامنه‌ای گسترده‌تر و ماهیتی آشکارا مردسالارانه. برای نمونه، در ماده ۴۰۹ قانون مجازات عراق^۳ و ماده ۱۵۳ قانون مجازات کویت^۴، نه تنها شوهر بلکه هر مردی که یکی از محارم خود مانند مادر، خواهر یا دختر را در حال زنا ببیند و آنان را به قتل برساند نهایتاً سه سال حبس می‌گیرد. در قانون مجازات مصر (ماده ۲۳۷) نیز قتل همسر در حال زنا مشمول تخفیف مجازات است. این قوانین بر پایه منطق «شرف و غیرت» شکل گرفته‌اند که کنترل و مالکیت مرد بر بدن و رفتار زنان را بدیهی می‌انگارند. (Welchman & Hossain, 2005, 111-137)

پس از انقلاب ۱۳۵۷، قانون‌گذار ایران به جای بازگشت به مدل تخفیف مجازات غربی، حکم معافیت کامل از قصاص را در قالب ماده ۶۳۰ مقرر نمود. بر اساس این ماده، «هرگاه مردی همسر خود را در حال زنا با مرد اجنبی مشاهده کند، می‌تواند آنان را به قتل برساند»، مشروط بر آنکه به موضوع اطمینان داشته باشد و زنا با عنف یا اکراه نباشد. ویژگی متمایز این ماده نسبت به پیشینه فرانسوی یا عربی آن در این است که تنها

-
1. France. (1810). **Code pénal**, Article 324. Paris: Imprimerie Impériale.
 2. Belgique. (1867). **Code pénal belge**, art. 413. (Loi du 8 juin 1867 portant le Code pénal). Récupéré de
 3. Iraq Penal Code No. 111 of 1969, art. 409 (as amended). Retrieved from <https://www.moj.gov.iq/>
 4. Kuwait Penal Code, Law No. 16 of 1960, art. 153 (as amended). Retrieved from <https://www.moj.gov.kw/>

به شوهر حق داده شده، نه سایر مردان خانواده، و به جای تخفیف مجازات، معافیت مطلق پیش‌بینی کرده است. همچنین شرط «مشاهده مستقیم» به عنوان ضمانت اعمال این حکم لحاظ شده، اما در عمل، این شرط معمولاً وابسته به اظهارات همان قاتل است و می‌تواند بستری برای عدالت خودسرانه فراهم کند.

از منظر حقوقی و جامعه‌شناختی، ماده ۶۳۰ با نقدهای جدی روبه‌رو است. این حکم از یک سو با اصل بنیادین حق حیات - که در اسناد معتبر بین‌المللی چون میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی تضمین شده - در تعارض است و از سوی دیگر، می‌تواند زمینه‌ساز گسترش قتل‌های ناموسی و فرار مرتکبان از مسئولیت کیفری شود. همچنین این ماده آشکارا تبعیض جنسیتی دارد، زیرا حقی مشابه برای زنان در هنگام مشاهده خیانت شوهر پیش‌بینی نشده است (برخلاف برخی قوانین قدیمی غربی که این امتیاز را به هر دو جنس داده بودند). علاوه بر این، سپردن اختیار اجرای عدالت به فرد، به جای دولت و قوه قضائیه، با اصل انحصار اجرای مجازات توسط حاکمیت و رعایت دادرسی عادلانه در تضاد است و رابطه بین زن و شوهر که به مانند یک جامعه کوچک می‌باشد را از بین می‌برد. (Locke, 1823: 139-140)

۲. حقوق انگلستان

در حقوق انگلستان، قانونی که به صورت صریح همسرکشی را از مجازات معاف کند وجود ندارد؛ اما معمولاً مرتکبان برای رهایی از مجازات به قاعده «از دست دادن کنترل»^۱ استناد می‌کنند.

۲-۱. دفاع از دست دادن کنترل

دفاع «از دست دادن کنترل» نهادی است در حقوق کیفری انگلستان که به موجب

مواد ۵۴ و ۵۵ قانون پزشکی قانونی و عدالت ۲۰۰۹ جایگزین نهاد کلاسیک تحریک شد. این دفاع، در نظام حقوقی انگلستان، یکی از معاذیر قانونی جزئی^۲ در جرم قتل عمد است که در صورت احراز، وصف قتل را از عمدی^۳ به غیر عمد^۴ تنزل می‌دهد، اما ماهیت جرم را به کلی زایل نمی‌سازد. (کار و جانسن، ۱۳۹۶: ۱۲۴-۱۳۵)

بر اساس ماده ۵۴ (۱) قانون مذکور، تحقق دفاع منوط به وجود سه رکن است:

الف) متهم واقعاً کنترل رفتارش را از دست داده باشد.

ب) از دست دادن کنترل ناشی از یکی از دو برانگیزنده کیفیت^۵ مندرج در ماده ۵۵ باشد:

۱. ترس از خشونت جدی علیه خود یا دیگری.

۲. انجام رفتاری از سوی قربانی که «بسیار اهانته‌آمیز یا شدتاً تحریک‌آمیز» باشد و موجب احساس ستم و خشم در شخص متعارف گردد.

ج) شخص متعارفی با ویژگی‌های سنی و جنسی مشابه متهم ممکن بود تحت همان شرایط واکنشی مشابه بروز دهد.

مقنن در بند ۵۵(۶) (ج) تصریح کرده که صرف خیانت زناشویی یا بی‌وفایی جنسی^۶ به تنهایی نمی‌تواند موجب این دفاع باشد؛ لکن طبق رأی کلیتون اگر خیانت بخشی از مجموعه رفتاری گسترده‌تر اهانته‌آمیز باشد، ممکن است در ارزیابی نهایی دخیل گردد. بدین ترتیب، دفاع از دست دادن کنترل در صدد آن نیست که ارتکاب قتل از سر احساس را توجیه کند، بلکه هدف آن رعایت انصاف و تناسب میان مسئولیت اخلاقی و واکنش انسانی شدید در شرایط فوق‌العاده است.

-
1. Coroners and Justice Act2009
 2. partial defences
 3. murder
 4. voluntary manslaughter
 5. qualifying triggers
 6. sexual infidelity

برای بررسی دقیق تر نگاهی به چند پرونده در حقوق انگلستان می‌اندازیم:

پرونده R v Clinton (۲۰۱۲)

در این پرونده، جان کلینتون همسر خود را پس از کشف خیانت او کشت. او ادعا کرد که کنترل خود را از دست داده است. دادگاه تجدیدنظر انگلیس حکم داد که خیانت جنسی می‌تواند بخشی از "تحریک شدید" باشد، اما باید با عوامل دیگر ترکیب شود. قاضی لرد ایگور جاج^۱ تأکید کرد که بخش ۵۵(۶) قانون ۲۰۰۹، خیانت را به عنوان یک عامل محرک احتمالی می‌پذیرد، اما دادگاه باید ارزیابی کند آیا این تحریک برای یک فرد عادی کافی است؟ این پرونده نشان داد که دفاع از دست دادن کنترل انعطاف پذیرتر از دفاع تحریک است و جنبه‌های فرهنگی را در نظر می‌گیرد. کلینتون در نهایت به قتل غیر عمد محکوم شد و مجازاتش کاهش یافت.^۲

پرونده R v Dawes (۲۰۱۳)

در این مورد، داوس همسر خود را پس از مشاجره شدید کشت و ادعای دفاع از دست دادن کنترل کرد. دادگاه تجدیدنظر حکم داد که مشاجره‌های روزمره نمی‌تواند "تحریک شدید" محسوب شود. قاضی ایگور جاج توضیح داد که عنصر عینی باید اعمال شود و این سوال بیان می‌گردد که آیا یک فرد عادی با سطح تحمل معمولی، کنترل خود را از دست می‌دهد؟ این پرونده مرزهای دفاع را مشخص کرد و تأکید کرد که تنها تحریک‌های استثنایی پذیرفته می‌شوند. داوس دفاعش رد شد و به قتل عمد محکوم گردید.

1. Igor Judge

2. <https://www.lawteacher.net/cases/r-v-clinton.php>

پرونده R v Gurpinar (۲۰۱۵)

این پرونده مربوط به یک زن بود که پس از سال‌ها خشونت خانگی، شوهرش را کشت. او ادعا کرد که "ترس از خشونت جدی" باعث از دست دادن کنترل شده است. دادگاه پذیرفت که برخلاف دفاع تحریک قدیمی، که نیازمند تحریک ناگهانی بود، قانون جدید اجازه می‌دهد تا ترس انباشته شده^۱ را در نظر بگیرد. این پرونده جنبه جنسیتی دفاع را برجسته کرد و نشان داد چگونه این قاعده می‌تواند از قربانیان خشونت خانگی حمایت کند. گورپینار به قتل غیرعمد محکوم شد و مجازاتش تخفیف یافت.^۲

پرونده R v Jewell (۲۰۱۴)

جول پس از کشف خیانت شریک زندگی‌اش، او را کشت. دادگاه بررسی کرد آیا خیانت به تنهایی کافی است؟ طبق بخش ۵۵(۴)، تحریک باید "بسیار جدی" باشد. دادگاه حکم داد که خیانت می‌تواند بخشی از زمینه باشد، اما باید با شواهد روانشناختی حمایت شود. این پرونده اهمیت کارشناسی روانپزشکی را نشان داد، جایی که متخصصان اثبات کردند جول کنترل خود را از دست داده است.^۳

پرونده R v Asmelash (۲۰۱۳)

در این پرونده، آسملاش پس از مصرف الکل و مشاجره با دوستش، او را کشت و ادعای دفاع از دست دادن کنترل کرد. دادگاه تجدیدنظر بررسی کرد آیا مصرف داوطلبانه الکل می‌تواند بخشی از ارزیابی "فرد عادی" باشد. قاضی لرد جاستیس لوسون حکم داد که طبق بخش ۵۴(۳)، ویژگی‌های شخصی مانند اعتیاد به الکل نباید در آزمون عینی در نظر گرفته شود، مگر اینکه بخشی از زمینه تحریک باشد. این پرونده مرزهای دفاع را در موارد مرتبط

1. Cumulative Fear

2. <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7ad60d03e7f57eb116f>

3. <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0022018314563892>

با مواد مخدر گسترش داد و دفاع آسملاش رد شد، زیرا الکل داوطلبانه مصرف شده بود. این حکم بر اهمیت تمایز بین عوامل ذهنی و عینی تأکید کرد.^۱

پرونده R v Conlon (۲۰۱۳)

کانلون، یک زن قربانی خشونت خانگی، شوهرش را پس از تهدیدهای مکرر کشت. او ادعا کرد که "ترس از خشونت جدی" باعث از دست دادن کنترل شده است. دادگاه پذیرفت که شواهد کارشناسی در مورد سندرم زن کتک خورده^۲ می تواند حمایت کننده باشد. این پرونده مشابه Gurpinar بود و نشان داد که دفاع می تواند در موارد خشونت طولانی مدت اعمال شود. کانلون به قتل غیر عمد محکوم شد و این حکم بر جنبه حمایتی دفاع از قربانیان تأکید کرد، با استناد به گزارش های روانشناختی.^۳

پرونده R v Barnsdale-Quean (۲۰۱۴)

بارنسدیل-کوئین، یک زن، پس از سالها آزار روانی و فیزیکی توسط همسرش، او را کشت. دادگاه بررسی کرد آیا "تحریک شدید" می تواند شامل آزارهای غیر فیزیکی باشد. قاضی حکم داد که طبق ماده ۵۵، آزارهای روانی به شرط غیر قابل تحمل بودن برای یک فرد عادی، می تواند بخشی از زمینه منتهی به ارتکاب جرم محسوب شوند. این پرونده اهمیت ارزیابی جامع زمینه را نشان داد و دفاع موفق بود، منجر به محکومیت به قتل غیر عمد شد. این مورد انتقادهای جنسیتی پیشین را بیشتر بر طرف کرد.^۴

1. <https://ipsaloquitur.com/criminal-law/cases/r-v-asmelash-dawit/>

۵. Battered Woman Syndrome وضعیتی روان شناختی ناشی از خشونت خانگی مکرر است که معمولاً با چرخه سه مرحله ای (شدت گیری تنش، وقوع خشونت، دوره آرامش) همراه است. این وضعیت می تواند به احساس ناامیدی، در ماندگی آموخته شده و واکنش های دفاعی شدید، حتی کشنده، در برابر آزارگر منجر شود و در نظام حقوقی برخی کشورها به عنوان بخشی از ادله دفاع مشروع یا کاهش مسئولیت کیفری مطرح می گردد.

3. <https://ca.vlex.com/vid/r-v-conlon-s-680604925>

4. <https://vlex.co.uk/vid/loss-of-control-sufficient-874212313>

پرونده R v Golds (۲۰۱۶)

گلدز همسر خود را پس از مشاجره کشت و ادعای از دست دادن کنترل کرد. این پرونده به دادگاه عالی رسید و استاندارد آزمون عینی را بررسی کرد: آیا هیئت منصفه باید ارزیابی کند که فرد عادی "ممکن است" کنترل خود را از دست دهد یا "خواهد داد". قاضی لرد نیوبرگر حکم داد که استاندارد "ممکن است" صحیح است، اما باید با شواهد قوی حمایت شود. این پرونده استانداردهای حقوقی را روشن کرد و دفاع گلدز رد شد، زیرا شواهد کافی نبود. این حکم تأثیرگذار بود و در پرونده‌های بعدی ارجاع شد.^۱

۲-۲. مقایسه دفاع از دست دادن کنترل با ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی ایران
ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی ایران (مصوب ۱۳۹۲) مقرر می‌دارد: "هرگاه مردی همسر خود را در حال زنا با مرد اجنبی مشاهده کند و علم به تمکین زن داشته باشد، می‌تواند در همان حال آنان را به قتل برساند و در صورتی که زن مکره باشد فقط مرد را می‌تواند به قتل برساند. حکم ضرب و جرح نیز در این مورد مانند قتل است." این ماده، که ریشه در فقه اسلامی دارد، به مرد اجازه می‌دهد در موارد خیانت همسر، بدون مجازات کیفری عمل کند، مشروط به شرایط خاص عمل کند.

شباهت‌ها

هر دو قاعده به مدیریت خشم و هیجانات انسانی در جرایم ناموسی می‌پردازند. دفاع از دست دادن کنترل، مانند ماده ۶۳۰، تحریک ناشی از خیانت را به عنوان عاملی برای کاهش مسئولیت می‌پذیرد. در پرونده R v Clinton، خیانت جنسی مشابه "زنا" در ماده ۶۳۰ است و می‌تواند منجر به تخفیف شود. هر دو رویکرد، جنبه‌های فرهنگی و روانی را در نظر می‌گیرد: در ایران، بر پایه احکام فقهی مانند نظرات امام خمینی در تحریر الوسیله، و در انگلیس، بر پایه روانشناسی مدرن.

1. https://www.oxbridgenotes.co.uk/law_cases/r-v-golds

تفاوت‌ها

چهار تفاوت محسوس بین قاعده از دست دادن کنترل و ماده ۶۳۰ وجود دارد که شرح زیر است.

۱. دامنه کاربرد: دفاع از دست دادن کنترل جنسیت محور نیست و برای هر دو جنس قابل اعمال است (مانند پرونده Gurpinar)، در حالی که ماده ۶۳۰ تنها به مردان اجازه می‌دهد و زنان را از این حق محروم می‌کند. این تفاوت جنسیتی در ایران مورد انتقاد فمینیست‌ها قرار گرفته است.^۱
۲. عناصر عینی و ذهنی: در دفاع انگلیسی، باید آزمون عینی اعمال شود (آیا فرد عادی کنترل خود را از دست می‌دهد؟)، اما ماده ۶۳۰ بیشتر بر مشاهده مستقیم (علم به تمکین) تمرکز دارد و آزمون عینی ندارد. این می‌تواند منجر به سوءاستفاده شود.
۳. برآیند حقوقی: در انگلیس، این دفاع قتل را به غیر عمد تبدیل می‌کند و مجازات را کاهش می‌دهد (معمولاً ۵ تا ۱۰ سال زندان)، اما همچنان مجازات وجود دارد. در ماده ۶۳۰، قتل کاملاً معاف از مجازات است، که می‌تواند خشونت ناموسی ترویج نماید.
۴. رویکرد فرهنگی: دفاع انگلیسی مدرن و سکولار است و از گزارش‌های کمیسیون حقوق الهام می‌گیرد، در حالی که ماده ۶۳۰ فقهی است و بر پایه حدیث "سعه" استوار است. در مجموع، دفاع از دست دادن کنترل انعطاف‌پذیرتر و عادلانه‌تر به نظر می‌رسد، زیرا جنبه‌های روانشناختی را بیشتر در نظر می‌گیرد، در حالی که ماده ۶۳۰ سنتی‌تر و محدودتر است.

1. <https://www.dw.com/fa-ir/%D8%B2%D9%86%DA%A9%D8%B4%DB%8C-%D9%BE%D8%AF%DB%8C%D8%AF%D9%87%D8%A7%DB%8C-%DA%A9%D9%87-%D8%A2%D9%84%D8%AA-%D9%82%D8%AA%D8%A7%D9%84%D9%87%D8%A7%D8%B4-%D8%AF%D8%B1-%D8%AF%D8%B3%D8%AA%D8%A7%D9%86-%D8%AD%DA%A9%D9%88%D9%85%D8%AA-%D8%A7%D8%B3%D8%AA-%D9%86%D9%87-%D9%85%D8%B1%D8%AF%D8%A7%D9%86/a-69807453>

۲-۳. ارتباط قاعده ازدست دادن کنترل با مواد ۳۷ و ۳۸ قانون مجازات اسلامی مواد ۳۷ و ۳۸ قانون مجازات اسلامی به عوامل تخفیف مجازات مربوط می‌شوند. ماده ۳۷ عوامل کلی مانند "گذشت شاکی"، "همکاری متهم"، "پشیمانی" و "وضعیت خاص متهم" را برمی‌شمارد. ماده ۳۸ عوامل خاص مانند "تحریک شاکی"، "سن کم" یا "عدم سابقه" را ذکر می‌کند.

دفاع از دست دادن کنترل ارتباط نزدیکی با این مواد دارد، زیرا هر دو به تخفیف مجازات بر اساس شرایط انسانی می‌پردازند. در حقوق ایران، اگرچه عاملی تحت عنوان «دفاع از دست دادن کنترل» وجود ندارد لیکن عوامل تخفیف می‌توانند نقش مشابهی ایفا کنند. برای مثال، در موارد قتل ناموسی، اگر ماده ۶۳۰ اعمال نشود، دادگاه می‌تواند بر اساس ماده ۳۸ (تحریک شاکی) مجازات را کاهش دهد. این شبیه به عنصر "تحریک شدید" در دفاع کامن‌لا است.

دفاع از دست دادن کنترل را از لحاظ ساختاری می‌توان در دو حالت با مواد ۳۷ و ۳۸ قانون مجازات مرتبط دانست:

- تخفیف بر پایه هیجانات: بند (پ) ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به "تحریک شاکی" اشاره دارد که می‌تواند معادل "ترس از خشونت جدی" در نظام کامن‌لا باشد.

- ارتباط با پشیمانی و وضعیت خاص: بند (ث) ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ پشیمانی را عامل تخفیف می‌داند، که می‌تواند با ارزیابی روانشناختی در دفاع از دست دادن کنترل همخوانی داشته باشد. اگر متهمی کنترل خود را از دست داده و سپس پشیمان شود، در ایران می‌تواند از تخفیف بهره‌بردار.

نتیجه‌گیری

با بررسی تحلیلی - تطبیقی، روشن می‌شود که ماده ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی، هرچند

ریشه در آموزه‌های فقهی امامیه و میراث فرهنگی پدرسالارانه دارد، اما با خلط میان حکم واقعی (اخلاقی و معاف از گناه اخروی) و حکم ظاهری (قضایی و وابسته به اثبات شرعی)، به خطایی تقنینی دچار شده که عدالت کیفری را به چالش کشیده است. نقد برداشت فقهی رایج، با تأکید بر مفهوم مخالف روایات نبوی و تعارض آن با اصول قرآنی اثبات زنا (سوره نور، آیه ۴)، نشان می‌دهد که اعطای مجوز مطلق به اقدام فردی نه تنها با پارادایم شیعی ناسازگار است، بلکه زمینه‌ساز پدیده‌های اجتماعی مخربی مانند قتل‌های ناموسی و کاهش اعتماد به نظام قضایی می‌گردد. مقایسه با دفاع از دست دادن کنترل در حقوق انگلیس - که بر پایه قانون پزشکی قانونی و عدالت ۲۰۰۹، تخفیف مجازات را بر اساس آزمون‌های عینی و ذهنی (مانند تحریک شدید و ارزیابی روانشناختی) اعمال می‌کند - تفاوت‌های کلیدی را برجسته می‌سازد: از دامنه جنسیت محور ماده ۶۳۰ گرفته تا فقدان آزمون عینی در آن، در حالی که رویکرد انگلیسی انعطاف‌پذیرتر، عادلانه‌تر و همخوان با روانشناسی مدرن است. پرونده‌هایی مانند *R v Clinton* و *R v Golds* گواه آن هستند که چنین دفاعی می‌تواند هیجانات انسانی را مدیریت کند بدون آنکه به معافیت کامل منجر شود، در حالی که ماده ۶۳۰ با معافیت مطلق، ریسک سوءاستفاده و تشویق خشونت را افزایش می‌دهد.

ارتباط این مفهوم با مواد ۳۷ و ۳۸ قانون مجازات اسلامی، که عوامل تخفیف مانند تحریک شاکی و پشیمانی را پیش‌بینی می‌کنند، پیشنهاد می‌دهد که حقوق ایران پتانسیل ادغام رویکردهای تعدیلی را دارد، اما فقدان یک دفاع سیستماتیک مانند «از دست دادن کنترل» عدالت را ناقص می‌گذارد. از منظر گسترده‌تر، اصلاح یا حذف ماده ۶۳۰ - الهام گرفته از تجربیات فرانسه در حذف توجیحات غیرتی - می‌تواند گامی مؤثر در جهت کاهش خشونت جنسیتی، همخوانی با استانداردهای حقوق بشر (مانند ICCPR) و تقویت صیانت از ناموس از طریق مجاری قضایی باشد. پیشنهاد می‌شود قانون‌گذاران ایرانی، با استناد به اجتهاد پویا و گزارش‌های کمیسیون حقوق انگلیس، یک دفاع تخفیفی مبتنی بر ارزیابی روانشناختی و آزمون عینی را معرفی کنند تا تعادلی میان سنت

و مدرنیته برقرار شود. در نهایت، این پژوهش نه تنها بر ضرورت بازنگری فقهی-حقوقی تأکید دارد، بلکه دعوتی است به سوی یک نظام کیفری که عدالت را نه در غیرت فردی، بلکه در حاکمیت قانون و کرامت انسانی جستجو کند- گامی که می‌تواند ایران را به عنوان الگویی برای جوامع اسلامی در عصر جهانی سازی حقوق معرفی نماید. تحقیقات آتی می‌توانند بر آمار تجربی قتل‌های ناموسی و تأثیر اصلاحات قانونی تمرکز کنند تا این تحلیل را به سطح عملیاتی برسانند.

منابع و مأخذ

منابع فارسی

۱. آقایی‌نیا، حسین، جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص (جنایات) انتشارات میزان، تهران، ۱۴۰۲
۲. حاجی ده‌آبادی، احمد، جرایم علیه اشخاص، انتشارات میزان، تهران، ۱۴۰۳
۳. کار، کلویا وجانسن، موريسن، سرآغازی بر حقوق کیفری انگلستان و ویلز، ترجمه امیراعتمادی، انتشارات میزان، تهران، ۱۳۹۶
۴. هاشمی، سید حسین، قتل در فراش ضرورت بازگشت قانون به فقه، نشریه مطالعات راهبردی زنان بهار ۱۳۸۴ - شماره ۲

منابع عربی

۱. ابن فهد حلی، احمد بن محمد: «المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، انتشارات جامعه مدرسین، قم، ۱۴۱۳ ه ق
۲. اردبیلی ملا احمد «مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان»، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۶ ه ق
۳. الکلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، دارالکتاب اسلامیه، ج ۷، ۱۳۶۳
۴. جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالک الافهام، مؤسسه معارف اسلامی، قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ ه ق
۵. حر عاملی، محمد بن حسن، حسینی جلالی، محمدرضا، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشیعه، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ج ۲۸، ۱۳۷۴
۶. حلی، شیخ جعفر، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، انتشارات استقلال، تهران، چ دوم، ۱۴۰۳ ه ق
۷. حلی، یوسف بن مطهر ارشاد الاذهان الی احکام الایمان»، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چ اول، ۱۴۱۰ ه ق

منابع لاتین

1. Belgique. (1867). Code pénal belge, art. 413. (Loi du 8 juin 1867 portant le Code pénal). Récupéré de
2. Coroners and Justice Act. 2009
3. France. (1810). Code pénal, Article 324. Paris: Imprimerie Impériale.
4. International Covenant on Civil and Political Rights [ICCPR], 1966,
5. Iraq Penal Code No. 111 of 1969, art. 409 (as amended). Retrieved from <https://www.moj.gov.iq/>
6. John Locke, Two Treatises of Government, New ed., corrected, (London: Thomas Tegg; W. Sharpe and Son; G. Offor; G. and J. Robinson; J. Evans and Co.; R. Griffin and Co., Glasgow; & J. Gumming, Dublin, 1823)
7. Kuwait Penal Code, Law No. 16 of 1960, art. 153 (as amended). Retrieved from <https://www.moj.gov.kw>
8. Law Commission Report No. (2006), 304
9. Welchman, L., & Hossain, S. (Eds.). (2005). 'Honour': Crimes, paradigms, and violence against women. London: Zed Books
10. <https://www.lawteacher.net/cases/r-v-clinton.php>
11. <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7ad60d03e7f57eb116f>
12. <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0022018314563892>
13. <https://ipsaloquitur.com/criminal-law/cases/r-v-asmelash-dawit/>
14. <https://ca.vlex.com/vid/r-v-conlon-s-680604925>
15. <https://vlex.co.uk/vid/loss-of-control-sufficient-874212313>

16. https://www.oxbridgenotes.co.uk/law_cases/r-v-golds
17. <https://www.dw.com/fa-ir/%D8%B2%D9%86%DA%A9%D8%B4%DB%8C-%D9%BE%D8%AF%DB%8C%D8%AF%D9%87%D8%A7%DB%8C-%DA%A9%D9%87-%D8%A2%D9%84%D8%AA-%D9%82%D8%AA%D8%A7%D9%84%D9%87%D8%A7%D8%B4-%D8%AF%D8%B1-%D8%AF%D8%B3%D8%AA%D8%A7%D9%86-%D8%AD%DA%A9%D9%88%D9%85%D8%AA-%D8%A7%D8%B3%D8%AA-%D9%86%D9%87-%D9%85%D8%B1%D8%AF%D8%A7%D9%86/a-69807453>

پرونده‌ها

1. R v Clinton [2012] EWCA Crim. 2
2. R v Dawes [2013] EWCA Crim. 322
3. R v Gurpinar [2015] EWCA Crim. 178
4. R v Jewell [2014] EWCA Crim. 414
5. R v Asmelash [2013] EWCA Crim. 157
6. R v Conlon [2013] EWCA Crim. 1915
7. R v Barnsdale-Quean [2014] EWCA Crim. 1418
8. R v Golds [2016] UKSC. 61

اعتراض به رای داور در خارج از مهلت قانونی

مجید نظری

کارشناس ارشد حقوق خصوصی

چکیده

داوری روشی برای حل اختلاف است که در آن طرفین به جای رجوع به نهاد قضائی، اختلاف خود را به یک یا چند شخص مورد اعتماد ارجاع می‌دهند. آن‌ها می‌توانند داوران را خود تعیین کرده یا تعیین آن را به شخص دیگری یا به دادگاه بسپارند. رجوع به داوری ممکن است در هنگام تنظیم قرارداد به صورت شرط داوری پیش‌بینی شود یا پس از پیدایش اختلاف تصمیم به استفاده از آن گرفته شود.^۱ رای داور بعد از اصدار و ابلاغ به طرفین اختلاف به داوری روشی برای حل اختلاف است که در آن طرفین به جای رجوع به نهاد قضائی، اختلاف خود را به یک یا چند شخص مورد اعتماد ارجاع می‌دهند. آن‌ها می‌توانند داوران را خود تعیین کرده یا تعیین آن را به شخص دیگری یا به دادگاه بسپارند. رجوع به داوری ممکن است در هنگام تنظیم قرارداد به صورت شرط داوری پیش‌بینی شود یا پس از پیدایش اختلاف تصمیم به استفاده از آن گرفته شود.^۱ رای داور بعد از اصدار و ابلاغ به طرفین اختلاف به

موجب ماده‌ی ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی قابل اعتراض و درخواست ابطال از سوی ذینفع می‌باشد. ماده ۴۹۰ قانون موصوف مدت اعتراض به رای داور را ۲۰ روز قرار داده است، و در ادامه ماده‌ی ۴۹۲ به صراحت بیان داشته است که معترض نمی‌تواند خارج از مدت ۲۰ روزه فوق به رای داور اعتراض کند والا با قرار رد درخواست توسط دادگاه مواجه خواهد شد که این قرار نیز قطعی است. حال با این وضعیت باید بررسی نمود که آیا این شیوه و رویه قانونگذار مطابق عدالت و انصاف

(حداقل در برخی موارد) می‌باشد. در نوشتار حاضر با استفاده از روش کتابخانه‌ای و تحلیلی - توصیفی بیان می‌داریم که امکان اعتراض به رای داور در خارج از موعد مقرر ۲۰ روزه ناممکن است ولی این امر مانع از کنترل اجرایی رای توسط دادگاه مجری رای داور در مرحله‌ی اجرای آن نخواهد بود و اگر رای صادر هم‌ثلاً بر خلاف نظم عمومی باشد نمی‌توان آن را اجرا نمود و عملاً رای داور بلا اجرا خواهد بود.

کلید واژگان: داور، رای داور، مهلت اعتراض به رای داور، قابلیت اعتراض رای داوری

مقدمه

داوری توسط برخی از حقوق دانان به این صورت تعریف شده است: "انتخاب شخص ثالث از سوی طرفین اختلاف، برای تعیین راه حل الزام آور و به منظور رفع اختلاف" آمده است (خدابخشی، عبدالله، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، ۲۴: ۱۴۰۰). در این نوشتار بدنبال بررسی امکان اعتراض به رای داور هستیم و بررسی اینکه اولاً آیا رای داور قابل اعتراض است و ثانیاً آیا مقید به مهلت خاصی است یا خارج از موعد مقرر نیز امکان اعتراض وجود دارد؟ در ماده‌ی ۶۶۶ قانون قدیم آیین دادرسی مدنی (مصوب ۱۳۱۸) اعتراض به رای داور منوط به مدت نشده بود، در اصلاحات بعضی از موارد قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۴۹ مدت ۱۰ روزه برای اعتراض قید شد. قانونگذار جدید در مواد ۴۵۴ تا ۵۰۱ از قانون جدید آیین دادرسی مدنی اقدام به پیش‌بینی نهاد داوری و تعیین شرایط آن از جمله، ویژگی داور، دعاوی قابل ارجاع، شیوه‌ی ارجاع دعوا به داوری، نقش دادگاه در مورد رسیدگی‌های این نهاد هم چنین نحوه‌ی اعتراض به آرای داور و مهلت آن پرداخته است و مهلت اعتراض را ۲۰ روز تعیین نموده است. نویسنده تا آنجا که بررسی نموده است مقاله‌ای تحت همین عنوان یافت نشد و تنها در کتاب مورد اشاره در فوق به برخی نکات اشاره شده است و هم چنین در نوشته‌ی، تقریرات دکتر عبدالله خدابخشی در کلاس آموزشی حقوق داوری تدوین خانم مریم رخشانی بهار ۱۴۰۰ به برخی موارد در این خصوص اشاره شده است.

در این نوشتار کوتاه به بررسی امکان اعتراض به رای داور و مهلت آن می‌پردازیم همچنین در صدد پاسخ به این سوال هستیم، آیا اساساً امکان اعتراض به رای داور در خارج از مهلت مقرر قانونی، می‌تواند مورد تصور باشد یا باید همسو با بعضی دیگر از نویسندگان (خدابخشی، عبدالله، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، ۴۵۷: ۱۴۰۰) قایل به عدم امکان اعتراض در خارج از مهلت بود. قانونگذار در

ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی به صورت محدود در ۷ مورد رای داور را قابل اعتراض توسط ذینفع می‌داند. و به سرعت در ماده‌ی بعد (۴۹۰) بیان می‌کند مدت اعتراض ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ رای داور می‌باشد که این درخواست به دادگاه تقدیم خواهد شد. و با قرار دادن ماده‌ی چالش بر انگیز ۴۹۲ قانون آیین دادرسی مدنی ضمانت اجرای درخواست خارج از موعد ۲۰ روزه فوق، رد درخواست و مضافاً قطعی بودن آن اعلام می‌کند. این موضوع در رویه‌ی قضایی محل اختلاف است با وجود گرایش رویه قضایی به سمت عدم پذیرش اعتراض خارج از موعد، در چند مورد بسیار محدود آرای صادر شده است که اعتراض خارج از موعد را مورد قبول قرار داده است (دادنامه ش ۳۰۰۰۶۳/۱۱۳۰۹۹۷۵/۹۰/۰۱/۲۷—شعبه ۳۵ دادگاه حقوقی مشهد و دادنامه ش ۳۴۵—۸۴/۰۳/۰۳—شعبه ۸۶ دادگاه حقوقی تهران). قبل از پاسخ به این سوال، که آیا اساساً امکان اعتراض به رای داور خارج از موعد ۲۰ روزه وجود دارد یا خیر؟ باید بین جهاتی که رای داور ذاتاً باطل است (مثل بند ۵ م ۴۸۹) و جهاتی که به طور نسبی باطل است قابل به تفاوت شد؟ البته با توجه به اینکه این دیدگاه که اقدام به تقسیم بندی جهات ابطال می‌کند، از نظر منطقی عادلانه به نظر می‌رسد؛ با این وجود این نظر مخالف نص صریح قانون می‌باشد و نمی‌توان به آن اتکا و اجتهاد در برابر نص نمود. و نهایتاً باید قابل به عدم امکان اعتراض به رای داور در خارج از موعد مقرر قانونی بود مگر اینکه وضعیت معترض مشمول تبصره ماده ۴۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی باشد و دارای عذر موجه به شرح مندرج در ماده ۳۰۶ همان قانون باشد.

۱. ویژگی‌های داور به عنوان یک روش حل اختلاف

یکی از طرّقی که می‌توان یک اصطلاح را تعریف و شناسایی کرد و از موضوعات دیگر جدا نمود، بیان اوصاف و ویژگی‌های آن است. برای شناخت آن همیشه تعریف لغوی و واژه‌ای آن کافی نیست به همین جهت در اینجا اقدام به بیان و ارایه‌ی برخی

ویژگی‌های داورى به عنوان یکی از روش‌های حل اختلاف می‌پردازیم:

الف) داور باید ثالث باشد (بند ۲ ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی).

ب) دخالت ثالث باید برای ارایه‌ی راه حل الزام‌آور و به منظور حل اختلاف پیش آمده باشد و صرف ارایه‌ی پیشنهاد مسالمت‌آمیز کافی نمی‌باشد.

ج) ثالث بعد از بررسی و تحلیل اختلاف بین طرفین، باید تصمیمش را در قالب رای همانند تصمیمی که یک دادرس اتخاذ می‌کند، اتخاذ و به طرفین ارایه نماید (خدابخشی، عبدالله، حقوق داورى و دعاوى مربوط به آن در رویه قضایی، ۱۴۰۰: صص ۲۳ و ۲۴).

ویژگی‌های مورد اشاره در بالا، برای کشف مفهوم داورى ضروری می‌باشد.

۲. شیوه‌ی اعتراض به رای داور و مرجع صالح

در ابتدا این سوال مطرح می‌شود که اولاً آیا رای داور قابل اعتراض است و ثانیاً در صورت امکان اعتراض، توسط چه کسی صورت می‌گیرد و ثالثاً عنوان خواسته در دعوی مطروح چیست؟ همچنین این دادخواهی توسط چه مرجعی قابلیت استماع را خواهد داشت؟

۲-۱. خواهان دعوی

بعد از ارجاع اختلاف به داورى و اتمام رسیدگی توسط داور، وی اقدام به اصدار رای می‌کند در صورتی که این رای به ضرر یکی از طرفین باشد شخصی که از رای صادره توسط داور دچار زیان شده است و آن را به ضرر خود می‌پندارد، می‌تواند در مقام اعتراض و عدم قبول این رای برآید. و به عنوان خواهان با تقدیم دادخواست دعوا مطرح کند.

۲-۲. عنوان خواسته

باید بیان نمود که در دعاوی مدنی بخاطر اصل استماع دعاوی و اصل حاکمیت طرفین در دعاوی مدنی، در این دعوا نباید درگیر الفاظ شد و خواهان می‌تواند به عنوان خواهان این دعوا خواسته‌ی خود را با عناوین "اعتراض به رای داور، ابطال رای داور، بطلان رای داور" به دادگاه تقدیم کند. قانون آیین دادرسی مدنی نیز در مواد قانونی از هر سه عنوان استفاده و بکار برده است مثلاً در ماده‌ی ۴۹۳ از عنوان اعتراض به رای داور استفاده می‌کند و در ماده‌ی ۴۸۹ نیز از عنوان باطل بودن رای داور و در ماده‌ی ۴۹۰ نیز از عنوان حکم به بطلان رای داور استفاده می‌کند.

۲-۳. خواننده و مرجع صالح

با تعیین خواهان در دعاوی ابطال رای داور، بدیهی است که طرف مقابل وی و خواننده این دعوا کسی است که رای داور به نفع او صادر شده است و در مقام محکوم له می‌باشد و با طرف دعوا قرار گرفتن این شخص حق خواهد داشت از حقوق خود دفاع کند. و نیازی به طرح دعوا علیه داور نمی‌باشد و لازم نیست وی را خواننده قرار داد. مرجع صالح جهت طرح دعاوی مذکور به صراحت ماده‌ی ۴۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی، دادگاه بدوی است و دادگاهی صالح است که دعوی را به داوری ارجاع داده است یا دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد.

۳. دخالت دادگاه به عنوان مرجع عام رسیدگی به تظلمات در جریان

داوری

در بند قبل اشاره شد که دادگاه به عنوان مرجع اعتراض به رای داوری صلاحیت استماع دعوا را دارد. حال با این سوال مواجهیم که آیا صلاحیت دادگاه فقط همان مورد است یا می‌توان ددر موارد دیگر نیز در جریان داوری دخالت نماید؟ با توجه و بررسی برخی مواد قانون آیین دادرسی مدنی به این نتیجه می‌رسیم که دادگاه در فرآیند داوری نقشی

فعال داشته تا حدی که به عنوان مرجع عام دادخواهی می‌تواند فرایند داوری را کنترل و نظارت کند و حتی رای داور را در مواردی باطل و بی‌اثر کند.

۱-۳. بررسی صحت یا عدم صحت قرارداد

دادگاه ملزم است در خصوص وجود قرارداد داوری و اعتبار آن بررسی‌های لازم را به عمل آورد. برای مثال در مواقعی که احدی از طرفین ادعای وجود قرارداد داوری می‌نماید دادگاه باید احراز نماید که آیا قرارداد داوری مورد ادعا وجود دارد. بر فرض توافق به داوری آیا قرارداد مزبور همچنان واجد اعتبار می‌باشد و به قوت خود باقی است یا خیر. ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی نیز مؤید این امر می‌باشد. قرارداد داوری برای صحت خود، مانند هر قرارداد دیگری نیازمند وجود شرایط اساسی صحت معاملات است که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی به آن‌ها اشاره شده است (مقاله‌ی دخالت دادگاه‌ها در رسیدگی داوری در حقوق ایران، مافی، همایون و پارسافر، جواد).

۲-۳. در زمان انتخاب داور

به موجب مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ قانون آیین دادرسی مدنی، در مواردی از قبیل: زمانی که طرفین معامله یا قرارداد متعهد به معرفی داور شده‌اند ولی داور یا داوران خود را معرفی نکرده باشند...، هم چنین در صورتی که داور فوت یا محجور شود یا استعفا دهد یا ثالثی که برای تعیین داور انتخاب شده ولی از انتخاب داور خودداری کند یک طرف می‌تواند با انتخاب داورش و اعلام به طرف مقابل در صورت استنکاف طرف مقابل به دادگاه مراجعه کند و انتخاب داور طرف مقابل را از دادگاه بخواهد و دادگاه می‌تواند به عوض یک طرف یا هر دو طرف اقدام به انتخاب داور کند.

۳-۳. در زمان ابلاغ رای داور

به موجب ماده ۴۸۵ قانون آیین دادرسی مدنی در صورتی که طرفین طریق خاصی برای ابلاغ رای داور پیش‌بینی کرده باشند داور به همان صورت پیش‌بینی شده اقدام به ابلاغ

رای خود به طرفین می کند در غیر اینصورت داور برای ابلاغ رای به طرفین، باید رای را به دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد تقدیم کند و دادگاه وظیفه‌ی ابلاغ رای به طرفین را خواهد داشت.

۳-۴. اجرای رای داور

به صراحت ماده‌ی ۴۸۸ قانون آیین دادرسی مدنی، محکوم علیه مکلف است در موعد ۲۰ روزه بعد از ابلاغ رای داور را اجرا کند. در صورت عدم اجرا دادگاهی که دعوا را ارجاع به داوری کرده یا صالح به رسیدگی به اصل دعوا است، مکلف است بنا به درخواست ذینفع (محکوم له) اقدام به صدور اجرائیه کند و اجرای رای داور تابع مقررات اجرای از جمله قانون نحوه‌ی اجرای محکومیت‌های مالی و قانون اجرای احکام مدنی است و امکان توقیف اموال محکوم علیه یا حتی جلب وی نیز متصور خواهد بود.

۳-۵. ابطال رای داور

با توجه به اینکه این بند موضوع نوشتار حاضر است لازم است به صورت مفصل و مستقل از بندهای دیگر مورد بررسی و توضیح واقع شود به همین جهت ابتدا باید به چند سوال اساسی پاسخ داد که، اولاً آیا رای داور قابل اعتراض است؟ ثانیاً مرجع رسیدگی به اعتراض کجاست؟ ثالثاً و مهمتر اینکه آیا اعتراض مقید به مهلت خاصی است یا هر زمان قابل اعتراض و درخواست ابطال است؟

۴. ابطال رای داور و شرایط آن

به منظور کنترل و نظارت بر رسیدگی داور دادگاهی که دعوا را به داوری ارجاع داده است یا صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد، به عنوان مرجعی بالاتر این وظیفه را دارد که در صورت اعتراض به رای داور توسط یکی از طرفین، وارد رسیدگی شده و وظیفه‌ی و اختیار کنترل رسیدگی داور را اعمال و اجرا نماید تا با کنترل رسیدگی

صورت گرفته حقی از کسی ضایع نگردد. بنا به صراحت ماده‌ی ۴۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی رای داور قابل اعتراض و درخواست ابطال توسط محکوم علیه می‌باشد.

۴-۱. ابلاغ رای داور

آنچه که در این بحث اهمیت دارد و امکان اعتراض به رای داور را برای معترض فراهم می‌آورد و شروع کننده این حق برای وی است، بحث ابلاغ رای به وی می‌باشد. در ماده‌ی ۴۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی به آن اشاره شده است که در طی مدت ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ هر یک از طرفین حق اعتراض به رای داور را خواهند داشت. موضوع ابلاغ دارای اهمیت بسیار اساسی و شروع کننده در محاسبه‌ی مواعد اعتراض می‌باشد. در صورتی که معترض دارای عذر موجه به شرح مندرج در تبصره ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی باشد مدت مذکور بعد از رفع عذر مزبور احتساب خواهد شد.

۴-۲. جهات ابطال رای داور

در ماده‌ی ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی، جهات ابطال رای داور در ۷ بند ذکر شده است. در این موارد هر یک از طرفین که رای صادره توسط داور را به ضرر خود بدانند می‌تواند به عنوان خواهان با تقدیم دادخواست به دادگاهی که دعوا را به داوری ارجاع داده است یا صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد، حکم به بطلان رای داور را بخواهد.

ماده ۴۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی مهلت اعتراض توسط خواهان را ۲۰ روز اعلام داشته است و در ماده‌ی ۴۹۲ ضمانت اجرای عدم رعایت مهلت مذکور، عدم پذیرش اعتراض و صدور قرار رد درخواست ابطال توسط دادگاه بیان شده است و به گواه این مقرر قانونی این قرار قطعی است.

سوال مطروحه این است که آیا اولاً موارد ابطال رای داور تنها و منحصر به موارد مندرج در ماده‌ی ۴۸۹ است و ثانیاً درخواست ابطال در خارج از موعد مقرر ۲۰ روز قابلیت استماع را دارد یا خیر؟

با بررسی مواد قانون آیین دادرسی مدنی در باب داوری از جمله مواد، ۴۸۴ و ۴۷۷ و ۴۷۴ مشخص می شود که داور تابع برخی اصول دادرسی است. اصولی که رعایت آنها تضمین کننده حقوق طرفین داوری است از جمله اینکه باید اصل تناظر رعایت شود و در موعد مقرر دفاعیات طرفین توسط داور اخذ گردد و هر یک از طرفین بتوانند از ادعاهای طرف مقابل آگاه شود و بر اساس ادعای وی دفاعیات خود را تدارک ببیند هم چنین داور باید اقدام به تشکیل جلسه ی داوری به منظور رسیدگی کند و از طرفین جهت حضور دعوت کند. و مضافاً داور به عنوان حکم بین طرفین هیچ وابستگی به هیچ یک از طرف دعوا نداشته باشد و مستقل باشد و به گونه ای ولو غیر مستقیم ذینفع نباشد. در این موارد یعنی در صورتی که داور ذینفع بود یا اصل تناظر را رعایت ننموده باشد یا جلسه ی داوری را تشکیل نکرده باشد یا در زمانی نیز که داور بی طرف نبوده و وضعیت وی بگونه ای است که در مظان اتهام جانبداری است؛ رای داور قابلیت درخواست ابطال را دارد اگر چه در ماده ی ۴۸۹ بیان نشده است در رای شماره ۹۴۶ مورخه ۱۴۰۱/۰۱/۲۱ شعبه ی ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان فارس، به جهت بی طرف نبودن داور رای به ابطال رای داوری صادر شده است. هم چنین در دادنامه ی شماره ۴۷۹ مورخه ۱۴۰۰/۰۹/۰۹ شعبه ی ۵ دادگاه تجدیدنظر استان کهگیلویه و بویر احمد نیز رای به ابطال رای داوری صادر شده است که از تشکیل جلسه ی داوری خودداری نموده است. در واقع در آراء ذکر شده علت ابطال رای داور عدم رعایت اصول دادرسی توسط داور است. در حالی که ضمانت اجرای عدم رعایت این اصول در ماده ی ۴۸۹ بیان نشده است. و می توان بیان داشت که نباید تنها و فقط جهات ابطال رای داور را در ماده ی ۴۸۹ جستجو کرد و جهات ابطال می تواند غیر از موارد مندرج در این ماده نیز باشد و موارد مندرج در این ماده حصری نمی باشند.

بنا به صراحت ماده ی ۴۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی مدت اعتراض به رای داور مقید به ۲۰ روز شده است. با این صراحت قانونی نمی توان برخی از جهات ابطال رای داور را از شمول مدت مذکور استثنا نمود هر چند که برخی از نویسندگان بیان داشته اند که در

ماده ۴۸۹ رای داور اساساً باطل است. و مدتی برای طرح دعوا ابطال وجود ندارد (جنیدی، لعیا، اجرای ارای داوری بازرگانی خارجی، ص ۳۳۹. به نقل از خدابخشی، عبدالله، ۱۴۰۰: ۴۵۶). باید قایل به نظری بود که به بیان داشته بخاطر صراحت ماده‌ی مذکور دیگر امکان طرح دعوای ابطال خارج از موعد ۲۰ روز نمی‌تواند قبول شود و استدلال‌ات قائلین به قبول اعتراض خارج از ۲۰ روز اجتهاد در برابر نص است و در پاسخ به اینکه ممکن است رای صادره مخالف با نظم عمومی باشدی ابرخلاف قواعد موجد حق باشد؟ بیان می‌دارد اولاً رای داور بیشتر از رای دادگاه نیست و همین پرسش در خصوص رای دادگاه نیز مطرح می‌شود و ثانیاً عدم طرح دعوای ابطال بعد از ابلاغ و اطلاع دلالت بر پذیرش محتوای آن دارد و مانند آن است که سبب جدیدی در رابطه‌ی طرفین حادث شده است که حتی می‌توان دتوجیه گر رای داور در مورد برابری ارث دختر و پسر باشد و ثالثاً بین رد دعوای ابطال و اجرای رای داور ملازمه نیست و در برخی موارد با اینکه دعوای ابطال رد شده است امکان اجرای آن وجود ندارد و دادگاه صلاحیت بررسی و کنترل قضایی رای را در زمان اجرا خواهد داشت (خدابخشی، عبدالله، ۱۴۰۰: ۴۵۷).

در توجیه این دیدگاه می‌توان بیان نمود که، اولاً با بررسی قانون سابق آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ که امکان اعتراض به رای داور بدون مدت بود و در اصلاحی ۱۳۴۹ نیز اقدام به وضع مدت ۱۰ روزه برای اعتراض نمود و در قانون جدید نیز تمام رویه‌ی قبلی حذف و اقدام به وضع مدت ۲۰ روزه نمود؛ در واقع مقنن از این اقدام خود تعمد داشته است و از روی آگاهی و به عمد اقدام به وضع مقرره‌ی جدید و تعیین مدت ۲۰ روزه نمود همچنین اصولاً با توجه به طبع و ماهیت قضایی رای داور و اعتماد عموم بر چنین تصمیماتی، منجر به لزوم پذیرش مدت در دعوای ابطال رای داور خواهد بود که خود مبتنی بر مصلحت می‌باشد در غیر اینصورت رای داور فاقد اعتبار خواهد بود و در معرض تزلزل ارده‌ی محکوم علیه بوده و رای داور باید پایان و مهلتی داشته باشد. با وجود عدم امکان اعتراض به رای داور در خارج از موعد مقرر قانونی، اگر رای داور آشکاراً بی اعتبار باشد و مثلاً رای صادره خلاف نظم عمومی باشد بطور مثال در

جایی که بر اساس رای صادره قرارداد ربوی را صحیح تلقی و رای به قابلیت اجرایی آن داده است و محکوم علیه در موعد مقرر اعتراض ننموده است می در زمان اجرا جهات خلاف نظم عمومی بودن و بی اعتباری آن را به دادگاه یادآور شود و درخواست ممانعت اجرای آن توسط دادگاه را بخواهد.

نتیجه گیری

از آنچه در نوشتار فوق حاصل می شود به طور خلاصه باید بیان داشت که اولاً داوری به عنوان یک نهاد در کنار دادگاه امکان حل و فصل اختلاف را با رعایت مقررات قانونی دارد و تشریفات گسترده و طولانی دادگاه را ندارد و امکان دستیابی به رای عادلانه و مطابق قانون در صورتی است که داور شناخت کافی به مسایل حقوقی از جمله آیین دادرسی و موضوع دعوا را داشته باشد. رای صادره توسط داور بعد از انجام ابلاغ به محکوم علیه قابلیت اعتراض توسط وی می باشد و مرجع اعتراض نیز دادگاهی است که دعوا را به داور ارجاع داده یا دادگاهی که صالح برای رسیدگی به اصل دعوا است می باشد. اعتراض به رای داور بر خلاف قانون سابق دارای مهلت ۲۰ روزه است و خارج از مهلت مذکور اعتراض به رای داور ممکن نمی باشد با توجه به اینکه رای داور توسط دادگاه اجرا خواهد شد، اگر رای داور آشکارا بی اعتبار باشد و مثلاً رای صادره خلاف نظم عمومی باشد می تواند در زمان اجرا جهات خلاف نظم عمومی بودن و بی اعتباری آن را به دادگاه یادآور شود و درخواست ممانعت اجرای آن توسط دادگاه را بخواهد.

منابع

۱. تقریرات خدابخشی، کلاس آموزش داوری، مریم رخشانی، بهار ۱۴۰۰
۲. حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، خدابخشی، عبدالله، چاپ سهامی انتشار
۳. دخالت دادگاهها در رسیدگی های داور در حقوق ایران، همایون مافی و جواد پارسافر

بررسی ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و علم قاضی

مهدی گرجی زاده آبداه گاه کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی و وکیل دادگستری

چکیده

با اصولی از قانون اساسی به خصوص اصول ۴ و ۱۶۷، حقوق اسلامی که قبلاً در قالب فقه القضاء از طرف فقها و منابع فقهی ارائه شده بود مرجع تدوین قوانین حقوقی گردیده و این منابع و فتاوا علاوه بر قوانین مدون، از منابع ارجاع قضات جهت صدور حکم در شرایط خاص می‌باشند. تمام قوانین نوشته شده باید بر اساس موازین اسلامی باشند؛ بنابراین چنانچه قاضی به یکی از دلایل سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین نوشته شده نتواند حکم صادر کند، باید به "

منابع معتبر اسلامی" یا "فتاوی معتبر" رجوع کند. لذا اولویت اول و فصل الخطاب در نظام حقوقی از جمله در حقوق کیفری، آراء شرعی است. بدیهی است که مراد از "موازین اسلامی" در اصل چهارم، دیدگاه مذهب رسمی کشور است. قاضی در این نظام حقوقی منبعث از فقه شیعه، به عنوان رکن اصلی اجرای عدالت در سیستم قضاء، مکلف است در صدور حکم به روح راهنمای احکام شرعی توجه داشته باشد. حضرت امام خمینی (ره) به

باز اصولی از قانون اساسی به خصوص اصول ۴ و ۱۶۷، حقوق اسلامی که قبلاً در قالب فقه القضاء از طرف فقها و منابع فقهی ارائه شده بود مرجع تدوین قوانین حقوقی گردیده و این منابع و فتاوا علاوه بر قوانین مدون، از منابع ارجاع قضات جهت صدور حکم در شرایط خاص می‌باشند. تمام قوانین نوشته شده باید بر اساس موازین اسلامی باشند؛ بنابراین چنانچه قاضی به یکی از دلایل سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین نوشته شده نتواند حکم صادر کند، باید به "

واژگان کلیدی: اصل ۲۲۰، علم قاضی، منابع معتبر اسلامی، فتاوی معتبر

۱. چون ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی به اصل ۱۶۷ قانون اساسی ارجاع داده شده بنابر این در متن اشاره به هر کدام به یک منظور است
۲. اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
۳. ایشان (۱۳۹۲) در استفتایی بیان داشته اند قاضی غیر مجتهد اگر به طرق و اسباب متعارفه و مطابق مقررات حکم کرده، حکمش صحیح و نافذ است.

مقدمه

طبق ماده ۲۱۱ قانون مجازات و تبصره آن، ادله و قرائن و امارات و دیگر مراجع مستند حکم قاضی مشروط به حصول یقین حاصل از آنهاست و وفق ماده ۲۱۲ در صورت تعارض هر کدام با علم قاضی، اگر علم قاضی بین باشد ادله معتبر نخواهد بود. به تصریح این قانون، علم قاضی رکن اصلی صدور حکم است، چون ادله و قرائن و امارات هنگامی معتبرند که علم قاضی را به یقین برسانند. طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی، "منابع معتبر اسلامی" و "فتاوی معتبر" نیز می‌توانند مستند حکم قاضی قرار گیرند. در هر حال مجرد علم استنباطی که نوعاً موجب یقین قاضی نمی‌شود، نمی‌تواند ملاک صدور حکم باشد. و اصل ۳۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر این نکته صحه می‌گذارد.^۱ به نظر می‌رسد که اصل ۱۶۷ قانون اساسی استناد قاضی جهت صدور حکمش را افزوده و زمینه اجتهادی او را توسعه داده است اما ایراد عمده‌ای که از زمان تصویب تا کنون باقی است، راه کار مشخص استفاده از آن تبیین نگشته و اگر منتقدین اعم از فقیه یا حقوقدان نظری ارائه کرده‌اند هر چند صائب باشد چون راه کارها ماهیت قانونی ندارند بلا استفاده مانده است.

اصل ۱۶۷ به قاضی اجازه نداده است که ابتدا به ساکن سراغ منابع و فتاوا برود بنا به محشای این اصل قاضی باید با استفاده از قوانین مدون و روح قانون و عرف عادت و وحدت رویه قضایی، مانع از تعطیلی عدالت شود و پس از اجتهاد خود و نیافتن حکم لازم به این منابع رجوع کند. بنابر این نباید نقش اجتهاد و استنباط قاضی از راه‌های گفته شده را مغفول گذاشت.

برای بررسی این مهم ابتدا به تعاریف کلید واژه‌ها که کانون بحث می‌باشد

۱. حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.

می‌پردازیم و آنگاه مطلب را با عنوان سؤالات اساسی جهت تبیین هرچه بیشتر این اصل^۱ پی گرفته و در بخش‌های تفکیک شده به تبیین سؤالات پرداخته تا به هدف مقاله که همان عنوان مقاله است برسیم.

پیشینه پژوهش

مطابق بررسی‌های انجام شده، پژوهشی که مشخصاً به بررسی علم قاضی و ارتباط آن با ماده ۲۲۰ قانون مجازات پرداخته باشد مشاهده نشد. آنچه در این رابطه مطرح گردیده مباحثی از قبیل، قاضی مقلد به کدام فتوا برای اصدار حکم باید رجوع کند؟ اگر قاضی مجتهد باشد چنانچه نظرش مخالف قانون مصوب باشد تکلیف چیست؟ آیا اصل ۱۶۷ شامل امور کیفری می‌شود؟ و اموری از این قبیل.

آقای محمدرضا رضوان طلب (۱۳۹۸) در مقاله خود با عنوان «انطباق احکام قضات مقلد بر فتوا یا قانون» نظرشان این است که قضات مقلد می‌توانند در دادگاه‌ها بر مبنای فتاوی‌های تمامی مجتهدین به نحو لایشرط به اصدار حکم بپردازند زیرا تمامی مجتهدین در زمان غیبت به امر قضاوت منصوب گردیده‌اند و از طرف دیگر، اعلیّت نیز در قضات شرط نیست و رجوع به اعلّم تنها در امر افتاء ثابت شده است.

آقای علی محمدیان (۱۳۹۹) در مقاله «اصل ۱۶۷ قانون اساسی و امکانسنجی صدور حکم بر اساس فتوای اخف» پیشنهاد می‌دهد که با توجه به تشتت فتوای فقیهان و آثار ناشی از آن در اصدار احکام قضات، باید فتوای معیاری که بر اساس سهل‌گیرانه‌ترین دیدگاه شکل گرفته باشد تدوین و ملاک قرار گیرد.

آقای سید حسین هاشمی (۱۳۸۰) در پژوهش خود تحت عنوان «بررسی تعارض اصل ۱۶۷ قانون اساسی با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها» مدعی‌اند که عبارت

۱. که ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی به آن ارجاع شده.

«فتاوی معتبر» مجمل و مبهم است و امکان صدور آرای نا مانوس و غیر مشابه وجود دارد مگر آنکه قانون گذار عادی یا شورای نگهبان از این عبارت معنای مشخصی ارائه دهند؛ لذا قضات فعلاً براساس، اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری، موظفند به قدر متیقن اکتفا کنند.

آقای احمد حاجی ده آبادی (۱۳۹۵) در مقاله خود «حاکمیت یا عدم حاکمیت اصل ۱۶۷ ق.ا. در امور کیفری با نگاهی به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲» معتقدند که می توان در امور کیفری به فقه رجوع نمود (برخلاف نظر مخالفان که رجوع به فقه را فقط در دعاوی مدنی برای قاضی مجاز می دانند) اصل رجوع به فقه در امور کیفری امکان دارد، هرچند در سعه آن تأملاتی است.

ایشان پیشنهاد می دهد که، لازم است قانونگذار عادی فتاوی و منابع معتبر فقهی را تبیین و تعریف کند. طبیعی است در حال حاضر تشخیص این امر برعهده قضات است. در این زمینه قضات باید به اجماعات فقه رجوع کنند. اما در مشهورات م می توانند با در نظر گرفتن فتاوی مختلف، نظر فقهی قوی را برگزینند.

آقای غفور خوئینی (۱۳۹۰) در پژوهش «خلاه های تقنینی و اجرای فتوا در نظام قضائی ایران (تأملی بر اصل ۱۶۷ قانون اساسی)» تحلیل نویسنده این است که حکومت اسلامی در صدد آن است که از شرع در وضع قوانین حداکثر استفاده را ببرد. به عقیده ایشان، رجوع به آراء فقها همان دکترین حقوقی در سایر نظام ها است، اما این امر نباید دستگاہ قضایی را به سمت اختلاطی هدایت کند که با آن مانوس نیست و ناهماهنگی را گسترش دهد.

آقای مصطفی جباری (۱۳۸۷) در مقاله «فتوا» یا «قانون»؟ نگاهی به اصل ۱۶۷ قانون اساسی» به مسائل جدید اقتصادی و اجتماعی و پزشکی در عصر کنونی پرداخته که امکان رجوع به منابع و فتاوی فقهای سلف شیعه به دلیل هم عصر نبودن، وجود ندارد، پیشنهاد می دهد که مجمع صاحب نظران تشکیل شود تا به هنگام نیاز بر اساس آرا و متون معتبر فعلی، بهترین رأی برگزیده شود.

آقای روح الله اکرمی (۱۳۹۴) در پژوهش خود با عنوان «صلاحیت قضایی کیفرگذاری مبتنی بر منابع اسلامی در پرتو اصول قانون اساسی و قوانین عادی» معتقدند که در تعیین کیفر اصل ۱۶۷ بر اصل ۳۶ قانون اساسی حاکم است ولی این حاکمیت کیفر تعزیراتی را شامل نمی‌شود زیرا تعیین آن در حیطه اختیارات حاکمیت است لذا قضات حق کیفرگذاری را به استناد منابع فقهی نخواهند داشت.

وجه افتراق این مقاله با پیشینه مذکور، عدم موضوعیت علم قاضی به عنوان محور اصلی سایر مقالات است. در این پژوهش، موضوع علم قاضی مشخصاً عنوان گشته تا تعارض یا عدم تعارض ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با حجیت علم قاضی به عنوان فصل الخطاب اصدار حکم، بررسی گردد. آیا رجوع به منابع و فتاوی معتبر در راستای اعتبار بخشیدن به علم قاضی می‌باشد یا خیر؟

روش پژوهش: روش تحقیق به صورت تحلیلی توصیفی می‌باشد. ابتدا داده‌های مورد نیاز با توجه به منابع و مآخذ موجود، فیش برداری و سپس دسته بندی گردید. مطالب مرتبط با مقوله تحقیق مورد مقایسه تحلیلی قرار گرفتند و در قالب اطلاعات تحلیل شده، به بخشهای مشخص شده انتقال داده شدند. داده‌ها نیز کیفی است و از فیش برداری در گردآوری مطالب و داده‌ها استفاده شده است.

ماده ۲۲۰؛ علم قاضی منابع معتبر اسلامی، فتاوی معتبر

۱-۱. ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

در این ماده آمده است « در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است طبق اصل یکصد و شصت و هفتم (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود.»

۱-۱-۱. اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی: «قاضی موظف است کوشش کند

حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقض یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.»

۲-۱. علم قاضی

۲-۱-۱. علم قاضی از نظر قانون در ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی آمده است: «علم قاضی عبارت از یقین حاصل از مستندات باین در امری است که نزد وی مطرح می‌شود. در مواردی که مستند حکم، علم قاضی است، وی موظف است. قرائن و امارات باین مستند علم خود را به طور صریح در حکم قید کند.»

۲-۱-۱. علم قاضی در فقه

از نظر فقهی یعنی کسب معرفت ظنی از هر طریقی برای قاضی قبل یا حین جلسه رسیدگی که نزد فقهای گذشته اجماع بر استقلال از سایر عدله و اعتبار مطلق آن است.

۳-۱. منابع معتبر اسلامی: منابع فقه، قرآن، سنت، اجماع و عقل می‌باشد و یا کتب فقهی از جمله کافی، من لایحضره الفقیه، تهذیب و استبصار که قانونگذار مصدق نیآورده است.

۴-۱. فتاوی معتبر: رساله عملیه مراجع در باب حقوق اسلامی

اهداف

۱. اهداف مورد نظر مقاله بدین شرح است: آیا اصل ۱۶۷ باعث افزایش اختیار قاضی می‌شود؟ اگر جواب مثبت باشد چگونه می‌توان مانع از افتراق آراء قضایی در موضوع واحد شد. ۲. یکی از ابهامات اساسی اصل ۱۶۷ قانون اساسی مجازات اسلامی، دو اصطلاح «منابع معتبر اسلامی» و «فتاوی معتبر» می‌باشد؛ قانونگذار تصریحی در شناخت عینی آن به دست نداده و موجب ابهام در مستندات حکم قضایی شده است. ۳. آیا ماده ۲۲۰ با ماده ۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ در تعارض است. ۴. وقتی قاضی مستند حکمش از فتوا یا منبع معتبری باشد چگونه حکمش قابلیت تجدید نظر خواهی دارد از جهت دیگر چگونه تقابل استناد به فتوای مختلف با این اصل اساسی که "همه در برابر قانون مساویند" مرتفع می‌شود؟ ۵. در رجوع به منابع و فتاوی معتبر تکلیف قاضی چیست؟

ضرورت بررسی موضوع

پروفسور هربرت هارت به عنوان یکی از مهم‌ترین فلاسفه حقوق مدرن و از مهمترین نظریه پردازان مکتب حقوق پوزیتیویستی، اولاً قصور ذاتی قانون را قبول دارد و معتقد است قانون نمی‌تواند همیشه به صورت پیشینی، تمام وجوه و مصادیق رفتار انسان را مشخص و برای آنها حکم خاصی در نظر بگیرد. ثانیاً برای حل این مشکل که در قضا پیش می‌آید، قائل به خلاقیت قضایی می‌شود. به نظر او قاضی در مواجهه با قصورها و خلأهای قانونی باید خلاقیت به خرج دهد و قانونگذاری کند. (ره‌دار، نیک بین، ۱۴۰۰، صص. ۱۵۳-۱۷۷)

علم قضایی به مثابه عقل محکمه است، اما این عقل توسط قوانین مدون محدود شده تا حاکمیت با قانون باشد و نظم استقرار یابد. قانون در اصل ۱۶۷ قاضی را ملزم نموده، چنانچه حکم موضوعی را در قانون مدون نیابد، به ناچار پا را از این حیطه فراتر نهاده و به فتاوی معتبر و منابع اسلامی معتبر رجوع کند. این تکلیف قانونی محل شبهه و شائبه‌هایی گردیده و موضوع تحلیلها و گمانه زنی‌های فراوانی گشته است.

اهمیت این اصل چنان است که می‌توان ادعا داشت، مرجع حکم قضایی یا قوانین مدون است یا منابع و و فتاوا. به عبارت دیگر حکم قضایی یا مصداق موضوع قانون مدون است یا به دلیل سکوت، نقص، اجمال و تعارض قوانین مدون، منتج از فتاوا و منابع معتبر می‌باشد. وقتی اصل ۱۶۷ برای صدور رأی قضایی همسنگ قوانین مدون می‌باشد، ضروری است که ارتباط علم قضایی و این اصل بررسی گردد

تأثیر اصل ۱۶۷ بر اختیارات قضایی و نظم حقوقی

جهت کمک به تبیین بهتر موضوع، عین جریان بررسی و تصویب اصل ۱۶۷ قانون اساسی را می‌آوریم.

طرح و تصویب اصل ۱۵۶ (اصل یکصد و شصت و هفتم)

نایب رئیس: دوستان اجازه بفرمائید ما دو تا اصل داشتیم به شماره‌های ۱۰ و ۱۶ در طرح

پیشنهادی با این شماره‌ها البته اگر تنظیم می‌شد در ردیف اصل‌های ۱۵۳ و ۱۵۴ قرار می‌گرفت، این دو اصل این بود که قاضی موظف است نهایت کوشش را دریافتن حکم هر دعوی از قوانین و منابع معتبر حقوق اسلامی بنماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص و یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی و صدور حکم امتناع ورزد و بعد دراصل بعدی داشتیم «در مواردی که قاضی نتواند حکم دعاوی را در قوانین موضوعه اسلامی بیابد با استناد به منابع معتبر و قواعد اسلامی حکم قضیه را صادر می‌نماید قرار شد که این دو اصل ترکیب بشود و بدین صورت در بیاید «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوی را در قوانین موضوعه بیابد و اگر نیافت با استناد به منابع معتبر اسلامی حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت، یا نقض، یا اجمال، یا تعارض قوانین از رسیدگی و صدور حکم امتناع ورزد» اینکه معلوم است آقا. (عده‌ای از نمایندگان - آقای دکتر بهشتی، این اصل را به رأی بگذارید)

ربانی شیرازی - آقای دکتر بهشتی در آنجائیکه باید مراجعه به منابع بکند «مراجع» را هم زیاد بکنید مراجع تحقیق اگر پیدا نکرد به مراجع تقلید مراجعه بکند. نایب رئیس - عیبی ندارد اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر مراجعه می‌کند. آقای صافی صبح توضیح و توجیه آن در همه جوانب خدمتتان داده شده بنابراین اینجا نوشتیم با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر این که صبح خدمتتان توضیح و توجیه گردید این یکی از آن دو حال است یعنی اگر واقعاً نظرش احتیاط است، پس فتوای به احتیاط دارد و روی آن عمل کند و اگر بینظر و فاقد فتوا است می‌تواند یک فتوای معتبر را ملاک قضا قرار بدهد اینکه اشکالی ندارد چون این روش مجری است^۱.

گلزاده غفوری - همانطوریکه شما و سایر دوستان مسبق هستید حدود شصت و سه نفر از قضات کشور یک نامه بسیار مفصلی نوشته‌اند که خلاصه آن دو مطلب است ...

۱. منظور مقنن، قاضی مجتهد بوده است.

دو تا اصل خیلی اساسی در مسأله قضا هست که قانون بودن جرم و مجازات به اصطلاح همان قبح بلا به بیان^۱ خودمان و شخصی بودن آن^۲ این را گفتند که از اساس به اصطلاح جزء اصول قانون اساسی بایستی باشد و بعضی‌ها درباره این نظر دادند که لزومی ندارد. این‌ها را که مطرح می‌فرمائید اینها در قانون‌های دادرسی و مدنی و در قانون کیفری مطرح است... توصیه می‌کنم که دوستان باز روی این مسائل قانون بودن مجازات و جنحه و امثال آن فکر کنند ...

نایب رئیس - عده حاضر در جلسه هنگام اخذ رأی شصت و یک نفر، شمارش کل آراء شصت و یک رأی موافق چهل و نه رأی مخالف چهار رأی ممتنع هشت رأی، تصویب شد، تکبیر (حضار سه مرتبه تکبیر گفتند). (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی، ۱۳۶۴)

در این راستا بعضی استناد قاضی به اصل ۱۶۷ را ارجاعی سلبی دانسته و معتقدند که، با توجه به آنکه ذیل اصل ۱۶۷ قانون اساسی هدف غایی را حل و فصل خصومت دانسته و فصل خصومت نیازمند امر ایجابی و تولید محتوا نیست لذا قضات الزامی ندارند که به دنبال یافتن حکم ایجابی قضیه باشند. در واقع در بسیاری از موارد می‌توان بر اساس مناسبات موجود در فقه و حقوق بدون یافتن احکام ایجابی و با استفاده از احکام سلبی اقدام به صدور رأی نمود. ضمن اینکه سکوت قانون همواره بیشتر جنبه سلبی را تقویت می‌کند و نمی‌توان با استفاده از سکوت قانون حکم نانوشته‌ای را به یکی از اطراف دعوا تحمیل کرد. (غمامی، عزیزی، و جواهری تهرانی، ۱۳۹۹، ص ۷).

۱. قبح عقاب بلا بیان

۲. اصل شخصی بودن جرائم و مجازات یا اصل فردی بودن مسئولیت کیفری از اصطلاحات علم حقوق بوده و به این معناست که هر کس برای تقصیری که مرتکب شده است مؤاخذه می‌گردد و هیچ کس را نمی‌توان برای فعلی که دیگری مرتکب شده است مسئول دانست.

یکی از صاحب‌نظران در علم حقوق، ضمن مذموم دانستن تقلید قاضی معتقد است که قاضی باید در اصول و احکام اسلامی برای مستند صدور حکمش اجتهاد کند. «در مسائل نظری هیچ فتوایی دادرس را از تحقیق بی‌نیاز نمی‌کند. او در هر حال نیاز به اجتهاد برای یافتن هدف شارع و ترجیح و انتخاب دارد و تقلید بر او بخشوده نیست. آنچه دادرس را پایبند می‌کند یا الهام می‌بخشد اصول و احکام اسلامی است نه شهرت فقیهان که حداکثر، طریق دستیابی به آن است. پس، نباید از این واسطه‌ها و راهنماها سدی برای اجتهاد ساخت یا قاضی را معاف از اجتهاد شمرد.» (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۶)

بعضی نیز مدعی‌اند که اصل ۱۶۷ قانون اساسی ناظر به دعاوی مدنی می‌باشد، اکثر حقوقدانان مفاد این اصل [اصل ۱۶۷] را نظر به دعاوی مدنی دانسته و معتقدند که بی‌تردید نظر نویسندگان اولیه قانون اساسی این بوده که با تسری این اصل به امور کیفری حقوق افراد در معرض نقض و خدشه قرار گیرد و دست قضات و به طریق اولی مأموران انتظامی در برخورد با شهروندان باز گذاشته شود. لیکن قانونگذار عادی تعبیر مخالف را پذیرفت و در پاره‌ای از قوانین و مقررات کیفری عین یا مضمون این اصل را بدون تعیین حصری مصادیق «منابع معتبر اسلامی» یا «فتاوی معتبر» وارد نمود و دادگاهها نیز تا تاریخ ورود مفاد اصل ۱۶۷ در قوانین عادی، به استناد آن، عنداللزوم احکام خود را مستند به منابع فقهی و فتاوا انشاء و نسبت به اعمالی که در قوانین عادی فاقد وصف مجرمانه بود احکام محکومیت صادر کردند. (افتخار جهرمی، ۱۳۸۷، صص ۷۹ - ۱۰۲).

در خصوص رجوع قاضی به این اصل و مواد قانونی منسوب به این اصل در هرگونه دعوایی نمی‌توان ایرادی گرفت چرا که اولاً رجوع به منابع معتبر و فتاوا قانونی است و تخصیصی ندارد ثانیاً این رویه معمول بوده و وفاق عمومی دارد به عنوان نمونه، «در «کامن‌لا» هرگاه قاعده سابقه و حکمی موجود نباشد، قاضی از «عقل» و «عرف» استفاده نموده و بر مبنای آن حکم صادر می‌کند و این عمل به معنای «ایجاد قاعده» است که

اختیار مزبور برای قاضی «کامن لا» منحصر به دعاوی مدنی هم نیست.» (هاشمی، کوشا، ۱۳۸۰، صص ۶۹-۹۶).

بعض نیز رجوع قاضی به منابع و فتاوا را در راستای ایضاح مفاهیم یا اصطلاحات حقوقی می‌دانند که در قانون مدون نیامده است، مثلاً در بعضی از جرایم حدی، قبل از اثبات جرم، توبه باعث اسقاط مجازات می‌شود، اما اینکه شرایط شرعی توبه چیست در قانون نیامده و باید به منابع و فتاوا رجوع کرد.

در مواردی که دادگاه‌های کیفری در یافتن ماهیت بعضی از حقایق شرعی و یا فقهی با نقص قانون مواجه‌اند، می‌توانند با استناد به منابع فقهی و یا فتاوی معتبر، این نقص را مرتفع سازند... قانونگذار مفهوم تمیز را در قانون مجازات اسلامی تعریف ننموده است و معلوم نیست طفل غیر ممیز یا طفل ممیز (ماده ۲۷۲ ق.م.ا.) به چه کسی خطاب می‌شود. بنابراین چون قانون در این مورد ساکت است، یافتن حکم مذکور در منابع فقهی و یا فتاوی معتبر... منافات ندارد و قاضی می‌تواند در مقام صدور رأی به آن استناد کند [اردبیلی، محمد علی (۱۳۹۳). حقوق جزای عمومی، ج ۱، چاپ سی و هشتم، تهران: میزان.] (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۵، صص. ۲۵۷ - ۲۸۸)

گرچه این مراجعات گفته شده حقوقی و قانونی هستند اما نمی‌توانند مخصص اصل ۱۶۷ باشند.

آقای یوسفی‌فر (۱۳۸۴) اعتقاد دارند که بهانه تعارض، اجمال و یا نقص از موارد سکوت قانون به شمار نمی‌رود، لذا قاضی باید با استفاده از قوانین موضوعه سعی خود را در رفع آنها به کار گیرد و ابتدا به ساکن سراغ این اصل نرود. به عبارتی باید در این گونه موارد، قاضی برای رسیدن به اقناع وجدانی خود در قوانین موضوعه مدون، اجتهاد مبتنی بر حصول علم نماید.

بعضی حقوقدانان معتقدند که، «قاضی فقط می‌تواند برای ارزیابی دلایل و استنتاج از آنچه به دادگاه ارائه شده از دانش خود استفاده کند.» (براهویی، شیدا، و عارفیان، غلامرضا، ۱۳۹۹، صص ۸-۱۴). ولی این گفته مانع آن نمی‌شود که قاضی برای رسیدن

به اقتناع وجدانی خویش جهت صدور حکم، وقتی قانون اجازه داده است از منابع دیگر استفاده کند، مادامی که مستندات خود را در حکم مدون کند.

ابهام «منابع معتبر اسلامی» و «فتاوی معتبر»

تعداد نمایندگان ۷۵ نفر بودند که هنگام تصویب این اصل^۱ ۱۴ نفر غایب و بعلاوه ۱۲ رأی مخالف و ممتنع. این آمار و نیز دو ایراد اساسی یکی از اعضاء مجلس که از پشتوانه ۶۱ نفر از قضات کشور برخوردار بود و با اقبال هیئت رئیسه مواجه نگشت، دو اشکال وارد شده همچنان مورد اختلاف آراء است. و از سوی شورای نگهبان که وفق قانون مفسر قانون اساسی می باشد، نیز تا کنون تفسیر مبنی بر تبیین و تخصیص «منابع معتبر اسلامی» و «فتاوی معتبر» صورت نگرفته است. اما با تفصیل ذیل می توان به گونه ای از ایراد مورد نظر کاست. برای ایضاح معضل می توان ادعا کرد که اولاً آمدن عبارت "منابع معتبر اسلامی" لزوماً به معنای منابع فقهی نیست، و قاضی می تواند به منابع حقوقی تدوین حقوقدانان شیعه که در آثارشان اصول و احکام اسلام را مبنا قرار داده باشند رجوع کند ثانیاً نهادهای تصمیم ساز در نظام فعلی ایران برابر با قانون و نظر بنیانگذار جمهوری اسلامی، مشروعیت شرعی دارند، آنچه را مجلس شورای اسلامی تصویب نموده و به تأیید شورای نگهبان رسیده، هم شرعی است و هم قانونی می باشد. « (خمینی، ۱۳۸۹، ص. ۳۰۲)

امام خمینی (ره) در مقام تعیین تکلیف برخی معضلات قضایی، عمل طبق فتاوی سایر فقها، علیرغم اختلاف با فتاوی خود را مجاز شمرده اند. این شیوه، اجازه می داد که در مورد معضلات قضایی در مقام تعیین رویه و در واقع قانونگذاری، طبق مصالح نظام عمل شود؛ هر چند با نظرات فقهی امام منطبق نباشد. می توان گفت از نگاه امام

۱. در پیش نویس شماره ۱۳۵ بود و در گروه بررسی اصول ۱۵۶ و در جلسه شصتم بررسی قانون اساسی به تصویب رسید

خیمینی (ره) برای شرعی بودن رویه‌ها و قوانین، کافی بود که آنچه مبنای عمل واقع می‌گردد دارای حجیت باشد، هر چند با فتوای ولی فقیه متفاوت باشد. با عمل طبق رویکرد امام، این امکان وجود دارد که برای رعایت مصالح اجتماعی و ساماندهی نظام اقتصادی، فرهنگی و سیاسی، دایره انتخاب فتاوای فقهی گسترده‌تر گردد و عبور «نظام‌مند» از نظرات فقهی ولی فقیه به معنای زیر پا نهادن شریعت و مبانی نظام اسلامی نباشد (بابایی، احسان، و غفاری، حبیب، ۱۴۰۱، صص ۱ - ۱۲).

از سوی دیگر مفسر قانون، تخصیص فتوای شخص خاصی را مغایر اصل ۱۶۷ دانسته است. سخنگوی شورای نگهبان در تاریخ سه شنبه ده بهمن ۱۳۹۱ شمسی، در نشستی که با خبرنگاران داشت اعلان کرد «... در مواردی که مقام معظم رهبری (مدظله‌العالی) فتوایی ندارند و قاضی می‌تواند از منابع معتبر اسلامی یا فتاوای معتبر حکم قضیه را استنباط نماید، الزام قاضی به استفتاء از محضر مقام معظم رهبری (مدظله‌العالی)، مغایر اصل ۱۶۷ قانون اساسی شناخته شد.» (کدخدایی، عباسعلی، ۱۳۹۱)

بنابراین هیچ‌گونه منبع معتبر یا فتوایی در این زمینه احصاء نشده است و این خود کمک شایانی است به استقلال قاضی و اجتهاد او در منابع و فتاوای معتبر جهت رسیدن به اقتناع وجدانی و صدور حکم بر مبنای این مستندات.

قضات نسبت به فتاوای معتبر دیدگاه‌های متفاوتی دارند بعضی فتوای ولی فقیه را معیار می‌دانند و عده‌ای فتوای مشهور و گروهی دیگر بر مبنای نگرش خود سراغ فتوایی رفته‌اند که انطباق حداکثری با اجتهاد قضایی شان داشته باشد.

اصل ۱۶۶ قانون اساسی می‌گوید «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است». وقتی قاضی مستند حکمش منابع معتبر اسلامی و فتاوای معتبر است در واقع به اصول حاکم بر نظام حقوقی استناد کرده

چرا که روح حاکم بر قانونگذاری از جمله قانونگذاری حقوقی شریعت اسلام^۱ است، در این صورت ماهیت حکم صادر شده مبتنی بر قانون و یا اینکه، عدم صدور حکم مغایر با این اصول است.

تعارض ماده ۲ قانون مجازات ۲ با ماده ۲۲۰

وقتی در موارد سکوت، نقص، اجمال و تعارض قاضی باید به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر رجوع کند، از محشای این اصل برداشت می‌شود که عملی مجرمانه تلقی می‌گردد که در قوانین مدون نیامده است و بالتبع مجازات آن نیز معین نگشته است لذا به عقیده بعضی از حقوق‌دانان این اصل با اصل قانونی بودن جرم و مجازات در تضاد مسلم است.

عقوبت بدون تشریح مذموم است، لذا منابع معتبر اسلامی اگر مطالب کتب فقهی باشد که نظرات ابراز شده فتوا است نه بیان چرا که در بیان باید حکم مشخصاً صادر گردد که قابل استفاده از سوی قاضی باشد.^۳ اگر منظور از منابع معتبر همان منابع چهارگانه، کتاب، سنت، اجماع و عقل است، چه قاضی مجتهد باشد که خود رجوع می‌کند و چه مقلد که از مراجع تقلید استفتاء می‌نماید، مادامی که استخراج حکم از منابع و یا فتوای حاصل از استفتاء باشد؛ حکایت همچنان باقی است.

رجوع به منابع و فتاوی معتبر مربوط به جرایمی است که فقدان یا ابهام قانونی دارند. ایرادی که در اینجا مطرح خواهد بود این است که چگونه قاضی می‌تواند برای رفتار مجرمانه‌ای به فتوا استناد کرده و حکم صادر کند در حالی که مابینت با اصل «قیح

۱. فقه جعفری

۲. هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است جرم محسوب می‌شود.

۳. یعنی همان قانون مدون

عقاب بلایان» نداشته باشد «لازمه چنین حکمی جرم دانستن رفتاری است که در قوانین موضوعه جرم شناخته نشده و یا اعمال مجازات‌هایی است که در قوانین مدون ذکری از آنها به میان نیامده است چنین کاری مخالف با اصل قانونی بودن جرم و مجازات است که در خود قانون اساسی مورد قبول واقع شده است (حبیب‌زاده، محمدجعفر، ۱۳۸۰، ص ۳۴).

لذا از نظر برخی، استناد به اصل ۱۶۷ در شناختن اصول لفظی اصطلاح حقوقی و استفهام موضوعی به قاضی کمک می‌کند. اما عده‌ای رجوع به منابع و فتاوی معتبر را نص قانون اساسی می‌دانند.

گروهی از قضات اجرای مفاد اصل در حوزه شناسایی مفاهیم و موضوعات کیفری را بلامانع قلمداد می‌نمایند. اما در طرف مقابل گروه دیگری از قضات و حقوق دانان اجرای حداکثری اصل خصوصاً در حوزه شناسایی عناوین مجرمانه شرعی و اعمال تعزیر را مورد تأکید قرار می‌دهند این گروه از حقوق دانان و قضات اطلاق نص اصل و فلسفه شکل‌گیری اصل را مستند قرار می‌دهند و تخصیص مفاد اصل به امور حقوقی یا منع اجرای اصل ۱۶۷ قانون اساسی در حوزه احراز عناوین مجرمانه شرعی به استناد اصل قانونی بودن جرم و مجازات را اجتهاد برابر نص قانون اساسی قلمداد می‌نمایند (غمامی، عزیزی، و جواهری تهرانی، ۱۳۹۹، ص ۹).

تکلیف تجدیدنظرخواهی در حکمی که مستند صدورش اصل ۱۶۷ است در خصوص ایراد عدم داشتن وحدت رویه احکام صادر شده، «اگر فتوا معتبر بود و قاضی در تطبیق آن بر مورد اشتباه نکرده بود، اما به دلیل وجود فتاوی متعارض، آرای متعارضی صادر شده باشد، دیوان حق صدور رأی وحدت رویه نخواهد داشت؛ زیرا دلیلی بر ترجیح یک فتوا بر فتوای دیگر وجود ندارد. (احمدزاده، الهام، ۱۳۹۷، صص ۲۴۷-۲۷۲) و از سوی دیگر، اختلاف در استنباط حقوقی و صدور حکم مصداقی، بین قضات امری گریزناپذیر است که قانون‌گذار آن را در اصل ۱۷۳ قانون

اساسی پیش‌بینی نموده است: «شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است. مفاد این اصل مانع از تفسیری که دادرسان، در مقام تمیز حق، از قوانین می‌کنند نیست»

در مرحله تجدید نظر حکم بدوی، اگر قاضی غیر مجتهد باشد، در تجدید نظر خواهی اشکال عمده‌ای بروز نخواهد کرد؛ چنانچه قاضی تجدید نظر مجتهد باشد.

اگر هر دو قاضی بدوی و تجدید نظر مجتهد بوده و براساس نظر اجتهادی خود رأی صادر کرده باشند. چه باید کرد؟ چه مستمسکی وجود دارد که نظر اجتهادی قاضی تجدید نظر بر نظر قاضی بدوی مقدم شود؟ در اینجا به نظر بنده قاضی تجدید نظر باید از رسیدگی امتناع کرده و آن را به شعبه هم عرض دیگری ارجاع دهد؛ چرا که قانونگذار ما به قضات مجتهد این اجازه را داده است که در موارد سکوت ابهام یا اجمال قانون بر مبنای نظر اجتهادی خود رای دهند و اختلاف نظر قضات تجدید نظر و بدوی نمیتواند مبنای نقض رای قرار گیرد با توجه به اینکه قاضی مجتهد بوده و بر مبنای نظر اجتهادی خود رای داده است. دیوان عالی کشور نیز نمی‌تواند آن را نقض نماید. (غمامی، عزیزی، و جواهری تهرانی، ۱۳۹۹، ص ۱۵-۱۶).

اکثریت قریب به اتفاق اعضای مجلس خبرگان هنگام بررسی و تصویب قانون اساسی. در کسوت روحانیت بود که بعضی از آنها خود فقیه و مجتهد بودند. در این مجلس ۷۳ نفره فقط دو نفر غیر معمم ارشد حقوق داشتند و تنها یکی از آنها شغلش حقوقی بود، گرچه از روحانیان تعداد اندکی نیز تحصیلات دانشگاهی داشتند^۱ لذا مجلس مذکور در هنگام بررسی قانون اساسی پشتوانه حقوقی مورد استفاده در سیستم‌های حقوقی زمان معاصرش را که در دانشگاه‌ها ارائه می‌شد، نداشت، و دیدیم که هنگام بررسی و تصویب این اصل بحث مفصلی صورت نگرفت و اگر دو اشکال از

۱. به عنوان مثال علی گلزاده غفوری، علاوه بر اجتهاد، در رشته حقوق قضایی از سوربن فرانسه دکتری داشت.

سوی دو نماینده مطرح شد، اولی که خود فقیه بود پیشنهاد اضافه کردن فتوا به منابع را داد و دومی که معمومی بود حقوقدان، از دیدگاه حقوقی دو اشکال اساسی بر آن وارد کرد که عکس‌العملی از سوی نمایندگان نداشت. نتیجه که می‌شود از آن گرفت به خصوص با اضافه کردن فتوا به این اصل نشان دهنده تفکر فقهی بر آن بوده و ذهنیت آنها بنا بر نظر فقهای سلف، قاضی مجتهد بوده است. وقتی قاضی مجتهد باشد رجوعش به منابع و فتاوا اجتهادی است و تقلید از حکم و فتوای دیگران برایش حرام شرعی است و حکمش نیز قابل تجدید نظر نخواهد بود.

تشتت احکام ناشی از ماده ۲۲۰ و اصل برابری حقوق افراد

گرچه رجوع به فتوا و منابع بر اختیارات قاضی می‌افزاید ولی باعث اختلال در نظام حقوقی خواهد شد.

عطف به تعریف ماده ۲ قانون مجازات، تعریف قانون‌گذار از جرم در این ماده، موجب می‌گردد که رفتارهای فردی و اجتماعی مردم از سوی مجریان قانون در چارچوب قانونی، مورد نظارت و پی‌گیری قرار گیرد و از طرفی مردم هم با ملاک قرار دادن آن، رفتار قانونی داشته باشند. اما قانون‌گذار با وضع ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به نوعی این ماده را نقض کرده و باعث تشتت آراء قضایی گشته است.

چون ملاک‌گزینش منابع معتبر از سوی قضات به عنوان مرجع صدور حکم قضایی، تعیین نشده لذا رجوع به آنها موجب تشتت آراء قضایی در موضوعی واحد خواهد شد. «اجمال و ابهام در متن ماده و خصوصاً این که ابهام مذکور چگونه باید مرتفع گردد. نتیجه این ابهام پرسشی مهم است؛ چگونه می‌شود اصلی که خود دارای اجمال و تعارض است در مقام رفع تعارض برآید؟ قاضی چگونه می‌تواند ابهام و اجمال خود این اصل را برطرف سازد؟ این مشکل به خصوص در مورد فتاوی معتبر بروز می‌کند.» (خوئینی، غفور، و ذوالفقاری، سهیل، ۱۳۹۰، ص ۸۴).

با توضیحات داده شده اینگونه برداشت می‌شود که در مستندات قاضی جهت اصدار حکم که نشأت گرفته از منابع و فتاوا باشد، امکان تشتت آرا گریز ناپذیر است. اما بر این نگرش انتقاد وارد است چون

آوردن لفظ «معتبر» برای فتوا در اصل ۱۶۷ قانون اساسی متوجه محرز بودن شرایط افتاء شخصیت حقوقی مفتی می‌باشد نه شخصیت حقیقی آن که ایراد تشتت آراء در پیروی از فتوهای مختلف مرجوع حکم حقوقی را موجب شود. و اگر ایراد اصدار حکم مخالف قضات در رجوع به یک مفتی هم مطرح باشد، این ایراد بر رجوع کننده است هر چند ایراد نیست چرا که این واقعه ضمن اینکه اجتهاد قاضی است، در رجوع به دیگر منابع مدون حقوقی نیز قابل گریز نیست.

رجوع به فتاوی مفتیان مختلف خالی از پراکندگی آراء نخواهد بود، جهت به حداقل رساندن تشتت آراء منطقی است که فتوای مشهور ملاک ارجاع قرار گیرد و نیز فتوای بزرگوارانی که در فقه شیعه مرجعیت عام داشته‌اند.

برخی نیز در این زمینه فتوای ولی فقیه را ارجح دانسته و پیشنهاد داده‌اند که «جهت جلوگیری از اجرای فتاوی متعدد که بعضاً متعارض هستند و رویه نظام قضایی را به تشتت و نابرابری خواهند کشاند قاعداً باید یک فتاوی و یک سبک احکام فقهی را حاکم کنیم و نیاز داریم که یک وجه ارجحیت یک فتوا بر سایر فتاوی را نیز اقامه کنیم که ظاهراً فتوای ولی فقیه با توجه به شان افتاء وی دلیل رجحان فتوای وی در امر حاکمیتی قضاست.» (غمامی، عزیزی، و جواهری تهرانی، ۱۳۹۹، ص ۱۹)

که قبلاً ایراد وارد شده بر این دیدگاه را بیان کردیم. البته ایراد اساسی که نسبت به این موضوع می‌توان ادعا داشت این است که، مراجعه به منابع و فتاوا به قصد جرم شناختی حداقل در تضاد با اصل فقهی قبح عقاب بلا بیان خواهد بود.

کیفیت رجوع قاضی به منابع و فتاوی معتبر

در بخش «تکلیف تجدیدنظرخواهی در حکمی که مستند صدورش اصل ۱۶۷ است» آورده شد که نظر قاطع اعضای مجلس خبرگان قانون اساسی با توجه به شخصیت حقوقی و مرتبه علمی آنها، ناظر به قاضی بوده که مجتهد باشد. با اضافه شدن «فتاوی معتبر» به این اصل، ابهام اصلی ایجاد شد که دیگر شامل مجتهد نمی شود چون تقلید بر مجتهد حرام است. اینکه قاضی باید مجتهد باشد، اجماع فقهای شیعه را پشتوانه خود دارد.

از نظر شیخ انصاری (۱۴۱۵) کسی باید مسئولیت منصب قضاء را بر عهده بگیرد که توانایی فتوا دادن در موضوعات فقهی را داشته باشد.

فرد غیر فقیه گرچه دارای سایر شرایط باشد، صلاحیت قضاوت ندارد و از این رو اگر کسی خود را غیر واجد شرایط می داند، نمی تواند حتی در امور ناچیز نیز قضاوت کند؛ هر چند مردم او را صالح برای قضا بدانند. (خمینی، ۱۳۹۳)

قضاوت قاضی غیر مجتهد صحیح نیست فقط می تواند بیان فتوی کند که باید بگوید فتوای مرجع تقلید متهم در این مورد چنین است و حکم کردن اختصاص به مجتهد دارد. (صافی گلپایگانی، ۱۳۹۲، ص ۳۲۸)

سوال: با توجه به اینکه، از شرایط قاضی اجتهاد است آیا حکم قاضی غیر مجتهد نافذ است؟ به بیان دیگر: آیا منظور از قاضی، قاضی مجتهد است یا قضات مأذون غیر مجتهد را نیز شامل می شود؟ ج: میزان، علم قاضی مجتهد است (روحانی، ۱۳۹۲)

از دیدگاه آقای محمدی قاینی (۱۳۹۹) اعتبار قضات منصوب حکومت که شرایط قضاء از باب جعل شارع را نداشته باشند، در حد اختیارات تفویض شده حاکم شرع است. اما از دیدگاه مشهور فقها هر مجتهد جامع الشرایطی حق قضا دارد و این حق او هم مطلق است.

برخی از فقهای متاخر معتقدند روایات نفوذ حکم قاضی مربوط به فرض عدم بسط

ید معصوم و عدم وجود حکومت اسلامی است و در فرض وجود حکومت اسلامی، هیچ مجتهدی بدون اذن حاکم متصدی اداره جامع، اجازه قضا ندارد. و البته ادله آنها از نظر ما ناتمام است و مشهور بلکه اجماع بر این است که هر مجتهد جامع الشرایطی اجازه قضا دارد و این حق او منوط به نصب حاکم متصدی امور نیست و بلکه حاکم نمی تواند حکم او را محدود کند و نمی تواند حکم او را نقض کند. لذا اگر مفاد قانون موجود این باشد که اعتبار حکم قاضی منصوب از طرف حکومت، با این شرایط و حدود نافذ است اشکالی ندارد و ما اگر به قانون اشاره کردیم به جهت بررسی انطباق قانون با فقه بود اما در فقه چنین چیزی نیست.» (محمدی قایینی، ۱۳۹۹)

با توجه به شرح فوق تکلیف قاضی مجتهد جهت رجوع به اصل ۱۶۷ روشن است، چون رجوعش شامل «منابع معتبر» است و این رجوع در حیطة تخصص اوست. رجوع قاضی غیر مجتهد به این اصل، نیاز به تحقیق و تحلیل دارد که اولاً، آیا صلاحیت شرعی برای قضاوت دارند ثانیاً رجوع آنها به اصل ۱۶۷ چگونه است.

عمده نظراتی که تکلیف قاضی غیر مجتهد را بیان می کند عبارتند از، مستند به فتوای مرجع تقلید شخص متهم حکم صادر کند؛ مستند حکمش فتوای فقیه اعلم باشد؛ به استناد فتوای مرجع تقلید خود حکم دهد، نکته حائز اهمیت این است که اگر مرجع تقلیدش علم قاضی را حجت می داند، می تواند مستند به علم خود حکم صادر کند، در حالی که قاضی به فتوای مرجع تقلیدش عمل می کند نمی تواند برخلاف فتوای مرجع تقلیدش حکم کند برای رفع این مشکل پرونده به قاضی دیگر داده می شود. «از منظر امام خمینی (ره)... ایشان معتقد به حجیت علم قاضی به صورت مطلق می باشد اعم از اینکه موضوع، مربوط به حق الله یا حق الناس باشد و اینکه علم در زمان تصدی مقام قضا حاصل شود یا پیش از آن و نیز فرقی نمی کند که قاضی مجتهد مطلق باشد یا غیر مجتهد» (کوکبی زاده، بهره مند، ۱۳۹۷)

امام خمینی جهت حل این معضل^۱، عمل مطابق مقررات را لازم دانسته اند، «سؤال: در شرایط فعلی، اگر قضات اجتهاد و اعلیّت من فی البلد را نداشته باشند ولی از طرف شورای عالی قضائی یا هر مقام دیگر که برای گزینش قضاوت نصب شده است مجاز باشند، آیا قضاوتشان شرعاً صحیح است؟ و حقوق گرفتن قضاوت به نحو معمول چگونه است؟ جواب: مطابق مقررات جمهوری اسلامی اشکال ندارد.» (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۱۰، ص ۵)

آیت الله سبحانی: «قاضی مقلد که در هنگام اضطرار توسط مجتهد به امر قضاوت منصوب گشته... تنها باید مطابق فتوای فقیه اعلم... حکم کند» (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ۱۰۳/۱)

آیه الله بهجت: «وظیفه مقلد^۲، رجوع به فتوای مرجع تقلید خود است.» (بهجت، ۱۴۲۸ق، ۳۶/۱)

به عقیده آقای غمامی (۱۳۹۹) در عبارت «منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر»، واژه «یا» متوجه قاضی غیر مجتهد است چرا که معتبرترین حکم در نزد قاضی مجتهد نظر اجتهادی اوست و مجاز به استفاده از فتوای دیگران نخواهد بود، چون نمی تواند خلاف نظر اجتهادی خود عمل کند.

وقتی که قاضی در مراجعه به فتاوا و منابع، به اعتبار علم خویش، برای صدور حکم به اقناع می رسد و دلایل را در حکم خود قید کند، «فرق نمی کند مجتهد مطلق باشد یا غیر مجتهد مأذون در قضاوت؛ زیرا ادله اعتبار علم برای قاضی اطلاق دارد و هر دو مورد را شامل می شود و دلیلی برای تقیید وجود ندارد.» (برهانی، ۱۴۰۰، صص. ۲۹-۶۴)

«از آنجا که در زمانه حاضر، تعداد دعاوی به مراتب بیشتر از تعداد مجتهدین است،

۱. وقتی قاضی غیر مجتهد باشد

۲. قاضی غیر مجتهد

اصل لزوم مجتهد بودن قاضی منتفی گشته اما لزوم صدور رأی بر طبق فتوای برآمده از اجتهاد همچنان به قوت خود باقی است و دلیلی نیز بر اختصاص آن به مجتهد معین و مشخصی وجود ندارد. (رضوان طلب، جهاندوست، ۱۳۹۸: ۸۵ تا ۱۱۴)

در مقابل، «تعداد دیگری نیز شرط مجتهد بودن قاضی را از اساس بی پایه دانسته و دیدگاه تفصیلی را نیز نپذیرفته‌اند. از قائلان به این دیدگاه می‌توان به صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴، ۱۵/۴۰د)، میرزای قمی طبق نقل محقق رشتی (رشتی، ۱۴۰۱: ۲۹/۱) برخی از معاصرین (مؤمن قمی، ۱۴۲۲: ۶۷؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱: ۱۱۴/۱؛ محمدی گیلانی، ۱۳۷۸: ۳۹) اشاره کرد» (رضوان طلب، جهاندوست، ۱۳۹۸، صص. ۸۵ - ۱۱۴)

نتیجه‌گیری

روح حاکم بر اصل ۱۶۷ این نکته را به ذهن متبادر می‌کند که، باید فقه در موارد اشاره شده تکمیل کننده حقوق مدون باشد و نه انحصار حقوق قانونی در فقه و نظام حقوقی. توسط اصل ۱۶۷ دایره مستندات علم قاضی وسیع تر شده است. اصل ۱۶۷ برای قاضی حکم قوانین غیر مدون را دارد. رجوع به این اصل به دو صورت است، مرجع تحقیق و مرجع تقلید.

اگر حکم قاضی مبنی بر منابع فقهی باشد نه منبعی برای استخراج حکم به نوعی همان رجوع قاضی به روح قانون است.

عدم احصاء منبع یا فتوای معتبر از سوی شورای نگهبان به عنوان مفسر قانون، در جهت کمک به استقلال قاضی و اجتهاد او است.

وقتی رجوع به منابع و فتوا به قصد اثبات جرم و تعیین مجازاتی باشد که در قانون نیامده است، با ماده ۲ قانون مجازات تعارض دارد مگر اینکه با توجه به فلسفه شکل‌گیری این اصل، ماده ۲ را اجتهاد در برابر نص فرض بگیریم.

اگر حکم قاضی مجتهدی در دادگاه بدوی توسط حکم قاضی مجتهدی در دادگاه

تجدید نظر نقض شود معارض با قانون نیست چون حکم دادگاه تجدید نظر مقدم است که خود دلیلی است بر اختیارات قاضی فتوای معتبر دلالت بر شرایط حاکم بر شخصیت حقوقی مفتی دارد، با این نگرش، نقص تشتت آراء در تبعیت از فتوای اشخاص حقیقی قابل جبران است. معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد. حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند و الا مستتکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد.

پیشنهاد

دوران بزرگان مؤسس و ثقل صلابت و منبع قیاض که هر کدام جهانی بودند بنشسته در گوشه‌ای، سر آمده است و امروزه تنوع و پیچیدگی مبتلابه جامعه انسانی همچون عقربه ثانیه گرد به سرعت مسئله و معضل می‌بارد؛ این وانفسای محشروار می‌طلبد که همانند سایر رشته‌های علوم انسانی که چتر سهل و ممتنع بر فراز آنهاست، حوزه‌های علمیه و مراکز آموزشی وابسته به آنها مبحث غنی فقه شیعه در زمینه حقوق قضاء را جزیره‌ای کرده و شورایی به فقهت بر گرفته از میراث سلف و اصول حقوقی میراث حقوقدانان، اجتهاد کنند.

منابع

۱. احمدزاده، رسول، و الهام، غلامحسین (۱۳۹۷)، قبض و بسط اصل (۱۶۷) قانون اساسی در قلمرو کیفری. فصلنامه مجلس و راهبرد، سال بیست و پنجم، شماره ۹۵ پاییز ۱۳۹۷، صص ۲۴۷-۲۷۲
۲. افتخارچهرمی، گودرز (۱۳۸۷)، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و تحولات آن. مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۵-۲۶، ۱۳۸۷، صص ۷۹-۱۰۲
۳. اکرمی، روح‌الله (۱۳۹۴). صلاحیت قضایی کیفرگذاری مبتنی بر منابع اسلامی در پرتو اصول قانون اساسی و قوانین عادی. دوفصلنامه دانش حقوق عمومی / سال چهارم، بهار و تابستان ۱۳۹۴، شماره ۱۱، صفحات ۲۵ تا ۴۶

۴. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۵ق)، القضاء و الشهادات. ۱۴۱۵ق، ص ۲۵
۵. بابایی، احسان، و غفاری، حبیبه (۱۴۰۱)، معیار انتخاب فتوا در قانونگذاری و دادرسی بر اساس دیدگاه امام خمینی. فصلنامه فقه جزای تطبیقی، دوره اول، شماره دوم، تابستان ۱۴۰۱، صص ۱-۱۲
۶. براهویی، شیدا، و عارفیان، غلامرضا (۱۳۹۹)، تقابل علم قاضی با سایر ادله اثبات دعوی در امور کیفری. فصلنامه حقوق ملل تابستان ۱۳۹۹- شماره ۳۸، صص ۸-۱۴
۷. برهانی، غلام حضرت (۱۴۰۰)، مطالعه تطبیقی علم قاضی. دوفصلنامه یافته‌های فقه قضایی، سال اول شماره ۱ بهار و تابستان ۱۴۰۰، صص ۲۹-۶۴
۸. بهجت، محمد تقی (۱۴۲۸)، استفتائات. ج ۱، ۳۶/۱ قم: دفتر حضرت آیه الله بهجت
۹. جباری، مصطفی (۱۳۸۷)، «فتوا» یا «قانون»؟ نگاهی به اصل ۱۶۷ قانون اساسی. فصلنامه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۷، صص ۱۲۷-۱۳۷
۱۰. حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۹۲)، حاکمیت یا عدم حاکمیت اصل ۱۶۷ ق.ا. در امور کیفری با نگاهی به قانون مجازات اسلامی. پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۲، شماره ۲، تابستان ۹۵، صص ۲۵۷-۲۸۸
۱۱. حبیب‌زاده، محمد جعفر (۱۳۸۰). حدود اختیارات قاضی در مراجعه به منابع فقهی در امور کیفری. مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز دوره هفدهم شماره اول پاییز (۱۳۸۰) پیاپی (۳۳) ویژه نامه حقوق، ص ۳۴
۱۲. خمینی، سید روح‌الله، (۱۳۹۳)، تحریر الوسیله. ج ۲، مؤسسه مطبوعات دار العلم، ۱۳۹۳
۱۳. خمینی، روح‌الله، (۱۳۹۲)، کتاب استفتائات امام خمینی ج ۱۰ ص ۵. تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)
۱۴. خمینی، سید روح‌الله (۱۳۸۹)، صحیفه امام خمینی. تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۹، جلد ۱۷ ص ۳۰۲
۱۵. خوئینی، غفور، و ذوالفقاری، سهیل (۱۳۹۰). خلاهای تقنینی و اجرای فتوا در نظام قضایی ایران. پژوهش نامه حقوق اسلامی سال سال دوازدهم، شماره دوم- پاییز و زمستان ۱۳۹۰، پیاپی ۳۴ ص ۸۴
۱۶. رضوان طلب، محمد، و جهان‌دوست دالنجان، مسعود (۱۳۹۸). انطباق احکام قضات مقلد بر فتوا یا قانون. مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۱۱ شماره ۲۱ پاییز و زمستان ۹۸، صص ۸۵ تا ۱۱۴
۱۷. رهدار، احمد، و نیک بین، مهدی (۱۴۰۰)، موجه سازی اصل ۱۶۷ قانون اساسی بر اساس مبنای خلاقیت قضایی هربرت هارت. حکومت اسلامی / سال بیست و ششم، شماره دوم، تابستان ۱۴۰۰، پیاپی ۱۰۰، صص ۱۵۳ تا ۱۷۷
۱۸. روحانی، سید محمد صادق (۱۳۹۲)، استفتائات قضایی. ناشر، قم، کلبه شروق ۱۳۹۲

۱۹. سبحانی، جعفر (۱۴۱۸)، نظام القضاء و الشهاده فى الشريعة الإسلاميه الغراء. ج ۱، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۰۳/۱
۲۰. صافی گلیپایگانی، لطف الله (۱۳۹۲)، جامع الأحكام. جلد ۲، ۱۳۹۲، ص ۳۲۸
۲۱. غمامی، محمد مهدی؛ عزیزی، حسین؛ و جواهری تهرانی، محمد (۱۳۹۹). چگونگی استناد موجه قاضی به منابع معتبر اسلامی. قوه قضایی: پژوهشگاه قوه قضایی.
۲۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). جایگاه حقوق اسلامی در نظم حقوقی. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۶، شماره ۰ - شماره پیاپی ۱۰۵۸ فروردین ۱۳۷۶
۲۳. کدخدایی، عباسعلی (۱۳۹۱/۱۱/۱۰)، ماده ۱۲ مکرر لایحه مجازات اسلامی مصوب مورخ چهاردهم آذر ماه یکهزار و سیصد و نود و یک، [/https://www.shora-gc.ir/fa/news/2924](https://www.shora-gc.ir/fa/news/2924)
۲۴. کوکبی زاده، محمد، و بهره‌مند، مهدی (۱۳۹۷)، استناد به علم قاضی در فقه امامیه از منظر امام خمینی (ره). ۱۳۹۷، کنفرانس بین‌المللی پژوهش‌های دینی، علوم اسلامی، فقه و حقوق در ایران و جهان اسلام
۲۵. محمدیان، علی (۱۳۹۹)، اصل ۱۶۷ قانون اساسی و امکان سنجی صدور حکم براساس فتوای اخف. پژوهشنامه حقوق کیفری، سال یازدهم شماره دوم پاییز و زمستان ۱۳۹۹، شماره پیاپی ۲۲، صص ۲۲۱ - ۲۴۱
۲۶. محمدی قاینی، محمد (۱۳۹۹)، علم قاضی. درس خارج فقه محمد محمدی قاینی ۱۳۹۹/۹/۱۴
۲۷. مشروح مذاکرات (۱۳۶۴)، صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چاپ اول - جلسه شصتم ص ۱۶۵۰ تا ۱۶۵۲
۲۸. هاشمی، سید حسین، و کوشا، جعفر (۱۳۸۰)، بررسی تعارض اصل ۱۶۷ قانون اساسی با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها. فصلنامه نامه مفید، دوره ۷، شماره ۲۶، ۱۳۸۰: صص ۶۹-۹۶
۲۹. یوسفی فر، شهروز (۱۳۸۴)، بررسی تحلیلی اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی پژوهشی درباره موارد استناد قضات به غیر از قوانین مدون. ماهنامه دادرسی، بهمن و اسفند ۱۳۸۴ شماره ۵۴، ص ۱۰

بررسی تطبیقی اقامه دعوای گروهی در حقوق آلمان و فرانسه و امکان سنجی اعمال آن در حقوق ایران

سجاد صمدی دانش آموخته حقوق و وکیل دادگستری

چکیده

دعوای گروهی به‌عنوان مکانیسمی برای حمایت از حقوق جمعی و ارتقای کارآمدی نظام قضایی، در نظام‌های حقوقی آلمان و فرانسه جایگاه ویژه‌ای دارد. این پژوهش با رویکرد توصیفی-تحلیلی و دید تطبیقی، به تحلیل سازوکارهای اقامه دعوای گروهی در این دو کشور می‌پردازد. در حقوق آلمان، دعوای گروهی عمدتاً از طریق مدل‌های نمایندگی و با تمرکز بر حمایت از مصرف‌کنندگان شکل گرفته، در حالی که در فرانسه، این نهاد با تأکید بر دسترسی گسترده‌تر به عدالت و انعطاف‌پذیری طراحی شده است و هر دو کشور رویکردی متفاوت با رویکرد موجود در حقوق کامن‌لا در پیش گرفته‌اند. پژوهش حاضر با مقایسه این دو نظام، امکان‌سنجی پیاده‌سازی دعوای گروهی در حقوق ایران را بررسی کرده و چالش‌های حقوقی، ساختاری و فرهنگی مرتبط را تحلیل می‌کند. یافته‌ها نشان می‌دهد که با وجود موانع موجود، با انجام اصلاحات قانونی و ایجاد زیرساخت‌های متناسب با اصول حقوقی و فرهنگی ایران، امکان بهره‌گیری از این نهاد در نظام حقوقی ایران وجود دارد. استفاده از تجربه حقوق آلمان و فرانسه با توجه به قرارگیری آنها در نظام حقوقی مدون (رومی-ژرمنی) می‌تواند در حقوق ایران راهگشا باشد.

کلمات کلیدی: اصل نسبی بودن رای، اقتصاد قضایی، دعوای گروهی، نمایندگی

مقدمه

توسعه‌ی سازوکارهای دعوای گروهی در نظام‌های حقوقی قاره‌ای اروپا، به‌ویژه در فرانسه و آلمان، به‌طور بنیادین تحت تأثیر اصول قانون اساسی قرار داشته است؛ اصولی که بر خودمختاری طرفین دعوی و کنترل آن‌ها بر فرایند دادرسی اولویت می‌دهند. در دعوای گروهی، دو شیوه اصلی برای مشارکت یا عدم مشارکت اعضای گروه در دعوا وجود دارد، شیوه انتخاب ورود^۱ و شیوه انتخاب خروج^۲. این دو رویکرد تعیین می‌کنند که چگونه افراد به‌عنوان اعضای گروه در دعوا درگیر می‌شوند یا از آن خارج می‌شوند. در شیوه انتخاب ورود که مدل پذیرفته شده در حقوق آلمان و فرانسه است، افرادی که می‌خواهند بخشی از دعوای گروهی باشند، باید به‌صورت فعال و صریح اعلام کنند که مایل به مشارکت در دعوا هستند. این اعلام می‌تواند از طریق ثبت نام، ارائه فرم یا هر اقدام رسمی دیگر باشد. در شیوه انتخاب خروج که مدل پذیرفته شده در حقوق آمریکا و انگلیس است، تمام افرادی که در تعریف گروه دعوا قرار می‌گیرند (مانند کسانی که از یک زیان مشترک متأثر شده‌اند)، به‌صورت خودکار به‌عنوان اعضای گروه در نظر گرفته می‌شوند، مگر اینکه به‌صورت صریح اعلام کنند که نمی‌خواهند در دعوا مشارکت داشته باشند.

مهم‌ترین مانع در اجرای دعوای گروهی به شیوهی انتخاب خروج در این حوزه‌های قضایی، ریشه در سنت‌های دیرینه‌ی کنترل اصحاب دعوی دارد که از حمایت قانون اساسی برخوردارند. در آلمان، این چارچوب قانون اساسی به‌ویژه استوار است؛ به‌طوری که مواد ۲ و ۱۰۳(۱) قانون اساسی آلمان خودمختاری اصحاب دعوی را تضمین کرده و اطمینان می‌دهد که طرفین می‌توانند مستقیماً در حمایت از دعوای خود و در مخالفت

1. Opt-In
2. Opt-Out

با طرف مقابل در دادگاه حاضر شوند. (Wardhaugh, 2013, P. 15) این حمایت قانون اساسی، ناسازگاری بنیادینی با الگوهای سنتی دعوای گروهی به شیوه انتخاب خروج ایجاد می‌کند، زیرا اقتضا دارد که هیچ فردی نتواند به نتایج یک دادرسی ملزم شود، مگر آن که در دادگاه حاضر بوده یا صراحتاً با الزام به تصمیم دادگاه موافقت کرده باشد. فرانسه نیز با محدودیت‌های مشابه قانون اساسی مواجه است که بازتاب‌دهنده‌ی نگرش‌های حقوقی مشابهی در خصوص حقوق فردی اصحاب دعوی است. بنابراین، هر دو کشور سازوکارهای جایگزین جبران جمعی را توسعه داده‌اند؛ از جمله نظام‌های انتخاب ورود، دعوای مطرح‌شده توسط گروه‌های مصرف‌کنندگان، و انتقال حقوق به دریافت خسارت؛ به گونه‌ای که دعوای جمعی واقعی از طریق سازمان‌های نماینده دنبال می‌شود، نه ساختارهای سنتی دعوای گروهی. (Wardhaugh, 2013, P. 15)

فرضیه اولیه مقاله بر این اساس استوار است که استفاده از دعوای گروهی در حقوق ایران مزایای متعدد حقوقی و اقتصادی دارد. در عین حال استفاده از مدل پذیرفته شده در حقوق آلمان و فرانسه به دلیل مشابهت بنیان‌های حقوقی آنها با حقوق ایران (قرارگیری هر سه کشور در حوزه نظام حقوق مدون (رومی-ژرمنی)) با مشکلات چندانی روبرو نخواهد بود. در ادامه ضمن بررسی تعریف دعوای گروهی، به بررسی سیر تاریخی موضوع در حقوق کامن لا خواهیم پرداخت و در ادامه ضمن بررسی رویکرد مورد پذیرش در حقوق آلمان و فرانسه به بررسی امکان پذیرش دعوای گروهی در حقوق ایران خواهیم پرداخت.

۱. تعریف

دعوای گروهی در واقع یکی از مهم‌ترین نوآوری‌های آیین دادرسی مدرن است که امکان طرح یک دعوی واحد به نمایندگی از گروه بزرگی از افراد را فراهم می‌آورد. در این نوع سازوکار، یک یا چند خواهان به نمایندگی از دیگران، که همگی با نقض

یکسان یا مشابه حقوقشان از سوی خواننده مواجه شده‌اند، اقدام به اقامه دعوی می‌کنند. (شمس شمیرانی و امینی، ۱۴۰۲، ص ۹۱: طهماسبی، ۱۳۹۳، ص ۱۵۵). نکته مهم این است که «گروه» پیش از اقامه دعوی وجود مستقل و حقوقی ندارد، بلکه این فرآیند دادرسی است که گروه را تعریف و ایجاد می‌کند. نمایندگان گروه، دعوی را هم به نام خود و هم به نام تمامی اعضا طرح می‌کنند، بدون آنکه هر یک از اعضا لزوماً در فرآیند دادرسی به طور مستقیم حضور داشته باشند. (Haryanto et al., 2024. P.2)

این سازوکار به شکلی مؤثر امکان حمایت همزمان از تعداد زیادی از افراد با منافع مشابه را فراهم می‌سازد، به‌ویژه زمانی که همه آنان از یک عمل یا تصمیم واحد متضرر شده‌اند. در چنین حالتی، به جای تشکیل صدها یا هزاران دعوای فردی، همه دعاوی در قالب یک پرونده مشترک مطرح می‌شود. اعضای گروه به‌طور رسمی خواهان محسوب نمی‌شوند بلکه صرفاً در قالب توصیف گروهی تعریف می‌شوند؛ با این حال، نتیجه دادرسی برای همگی الزام‌آور است، چه این نتیجه به سود گروه باشد و چه به زیان آن. بنابراین، دعوای گروهی هم به عنوان ابزاری برای اجرای حقوق و هم به عنوان مکانیزمی برای جبران گروهی عمل می‌کند. این امکان سبب می‌شود دعاوی کوچک یا دعاوی ای که پیگیری فردی آنها به دلایل اقتصادی غیرعملی است، به‌طور مؤثر در نظام قضایی مطرح شوند (Semo et al., 2022, p. 2).

آلمان به‌طور آگاهانه مدل انگلو- ساکسون دعوی‌های خصوصی جمعی را رد کرده و سازوکارهای جایگزین جبران جمعی متناسب با چارچوب حقوقی خود را توسعه داده است. مهم‌ترین ابزار دعوای گروهی در حقوق آلمان، دادرسی‌های نمونه^۱ است که به‌موجب «قانون دادرسی نمونه در اختلافات مربوط به حقوق بازار سرمایه» و از اول نوامبر ۲۰۰۵ لازم‌الاجرا شد. (Kovac et al., 2020, p.6) نظام «کاپموگک»^۲ آلمان با

1. KapMuG - Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz

2. KapMuG

دعوی گروهی به سبک ایالات متحده در چندین نکته‌ی کلیدی متفاوت است. این نظام صرفاً در خصوص دعوی سهام‌داران ناشی از اختلافات بازار سرمایه اعمال می‌شود و به سایر حوزه‌های حقوق مدنی تسری ندارد. برخلاف دعوی گروهی سنتی، نظام «کاپموگ» فقط شامل طرف‌هایی است که از قبل دعوی فردی اقامه کرده‌اند و امکان طرح دعوی به‌نماینده‌گی از گروه‌های ناشناس از مدعیان را فراهم نمی‌کند (Kovac et al., 2020, p.6).

فراتر از بازار سرمایه، آلمان از یک نظام دعوی اعلامی نمونه برای امور مصرف‌کنندگان استفاده می‌کند که صرفاً به صدور حکم اعلامی محدود است و شامل جبران خسارت مالی نمی‌شود. این رویکرد دو مرحله‌ای ایجاب می‌کند که مصرف‌کنندگان برای دریافت خسارت، پس از شکست شرکت در دعوی اعلامی و در صورت عدم اجرای داوطلبانه حکم، دعوی فردی اقامه کنند؛ امری که اثربخشی آن را برای دعوی خرد محدود می‌سازد (Stohr, 2020). یکی از نمونه‌های معروف استفاده از این نظام در آلمان، دعوی علیه شرکت فولکس‌واگن در ماجرای رسوایی «دیزل‌گیت»^۱ بود. در این پرونده، سازمان‌های حمایت از مصرف‌کننده از نظام دعوی اعلامی نمونه برای اثبات تخلف فولکس‌واگن در ارائه‌ی اطلاعات گمراه‌کننده درباره‌ی انتشار گازهای آلاینده استفاده کردند. با این حال، مصرف‌کنندگان برای دریافت خسارت مالی مجبور بودند دعوی فردی مطرح کنند. علاوه بر این، آلمان از اقدامات نمایندگی شده توسط سازمان‌های غیرانتفاعی مورد تأیید دولت برای حمایت از حقوق جمعی در حوزه‌ی حمایت از مصرف‌کننده، حمایت از رقابت و تنظیم مقررات ارتباطات استفاده می‌کند (Shandurskiy, 2018, p.108). در آلمان، برخی سازمان‌های غیرانتفاعی که از سوی دولت تأیید شده‌اند، به‌عنوان نمایندگان قانونی برای پیگیری

1. Dieselgate.

منافع جمعی عمل می‌کنند. این سازمان‌ها معمولاً در حوزه‌های تخصصی مانند حقوق مصرف‌کنندگان، رقابت منصفانه در بازار، یا تنظیم مقررات بخش ارتباطات فعالیت می‌کنند. این سازمان‌ها به نمایندگی از گروه‌های بزرگ‌تری از افراد یا شرکت‌ها، مانند مصرف‌کنندگان یا کسب‌وکارهای کوچک، در برابر تخلفات یا سوءاستفاده‌های احتمالی اقدام قانونی انجام می‌دهند.

فرانسه رویکردی جامع اما پراکنده نسبت به دعاوی جمعی توسعه داده است که از طریق یک چارچوب بخشی^۱ عمل می‌کند، نه یک نظام یکپارچه‌ی دعاوی گروهی. این چارچوب بخشی به این معناست که قوانین و رویه‌های دعاوی جمعی برای هر حوزه (مانند مصرف‌کنندگان، محیط زیست، سلامت، یا رقابت) به صورت جداگانه تعریف شده‌اند و هر کدام شرایط و الزامات خاص خود را دارند. برخلاف دعاوی گروهی سنتی، حقوق فرانسه اصل بنیادین «هیچ کس به نیابت از دیگری اقامه دعوی نمی‌کند»^۲ را حفظ کرده است که خود مانعی ساختاری در برابر دعاوی گروهی در قالب آمریکایی آن ایجاد می‌کند. بر اساس ماده ۳۱ آیین دادرسی مدنی فرانسه، اقامه‌ی دعوی تنها زمانی ممکن است که خواهان دلیل و نفعی برای رجوع به دادگاه داشته باشد، که این امر اقدام اشخاص حقوقی مانند انجمن‌ها را برای حمایت از منافع مشترک گروه‌های خاصی از افراد دشوار می‌سازد. (Shandurskiy, 2018, p.110)

نظام حقوقی فرانسه از طریق چندین سازوکار متمایز برای اقدامات گروهی عمل می‌کند. قوانین این کشور به سازمان‌های جامعه مدنی اجازه می‌دهد شکایاتی را به نمایندگی از اعضای خود یا افرادی که قصد حمایت از منافع آنان را دارند، مطرح کنند. برای دعاوی با چند خواهان، فرانسه از طریق اقدام نمایندگی مشترک^۳، دعاوی

1. sectoral framework
2. Nul ne plaide par procureur
3. Action en représentation conjointe

←

گروهی^۱، اقدام در دفاع از منافع جمعی^۲ استفاده می‌کند که در آن تعداد زیادی از خواهان می‌توانند شکایات خود را تجمیع نمایند. در فوریه ۲۰۱۴، فرانسه «قانون جدید



این سازوکار به گروهی از افراد امکان می‌دهد که به صورت مشترک یک انجمن یا سازمان غیرانتفاعی را به عنوان نماینده‌ی خود برای طرح دعوی در دادگاه انتخاب کنند. این نوع اقدام معمولاً توسط انجمن‌های تأییدشده (مانند انجمن‌های حمایت از مصرف‌کنندگان) انجام می‌شود. افراد زیان‌دیده به طور صریح به انجمن اجازه می‌دهند که از طرف آن‌ها اقدام کند. برخلاف برخی نظام‌های دعاوی گروهی (مانند class actions در آمریکا)، در این روش هر خواهان باید به صورت جداگانه رضایت خود را برای نمایندگی اعلام کند. این امر می‌تواند فرآیند را پیچیده‌تر کند. این سازوکار بیشتر در دعاوی مربوط به مصرف‌کنندگان، مانند نقض قراردادها یا ارائه‌ی اطلاعات گمراه‌کننده، استفاده می‌شود.

1. Action de groupe

این سازوکار که با قانون (2014) loi Hamon معرفی شد، نسخه‌ی مدرن‌تر و ساختاریافته‌تر دعاوی گروهی در فرانسه است. همان‌طور که قبلاً اشاره شد، دعاوی جمعی در فرانسه در حوزه‌های خاص مانند حمایت از مصرف‌کننده، محیط زیست، سلامت، و رقابت تنظیم می‌شوند. تنها انجمن‌های غیرانتفاعی تأییدشده توسط دولت می‌توانند این دعاوی را مطرح کنند. این انجمن‌ها از طرف گروهی از زیان‌دیدگان عمل می‌کنند، بدون اینکه هر فرد به صورت جداگانه درگیر فرآیند شود. این دعاوی دارای فرآیند دو مرحله‌ای هستند. دادگاه ابتدا وجود تخلف یا مسئولیت (مانند نقض قوانین مصرف‌کننده) را تأیید می‌کند. پس از صدور حکم، زیان‌دیدگان می‌توانند به صورت جمعی یا فردی برای دریافت خسارت اقدام کنند. این سازوکار امکان جبران خسارت را فراهم می‌کند و نیازی به رضایت صریح تک‌تک افراد ندارد، که فرآیند را ساده‌تر می‌کند.

2. Action en défense d'un intérêt collectif

این سازوکار به نهادهای خصوصی (مانند انجمن‌های غیرانتفاعی) امکان می‌دهد که به نمایندگی از منافع جمعی یا گروهی (نه صرفاً منافع فردی اعضای خاص) دعوی مطرح کنند. برخلاف دو سازوکار قبلی که بر جبران خسارت‌های فردی یا گروهی متمرکز هستند، این اقدام بر دفاع از منافع عمومی یا گروهی تأکید دارد. برای مثال، ممکن است یک انجمن زیست‌محیطی علیه شرکتی که محیط زیست را آلوده کرده است، برای توقف فعالیت‌های مضر یا اصلاح رفتار آن دعوی کند. بدون نیاز به شناسایی افراد خاص: در این نوع دعوی، نیازی به شناسایی زیان‌دیدگان خاص نیست، زیرا هدف اصلی حفاظت از منافع کلی گروه یا جامعه است. این سازوکار در حوزه‌هایی مانند محیط زیست، حقوق مصرف‌کنندگان، یا مبارزه با تبعیض استفاده می‌شود. این روش به سازمان‌ها امکان می‌دهد که بدون نیاز به اثبات خسارت فردی، علیه تخلفات گسترده اقدام کنند. از آنجا که تمرکز بر منافع جمعی است، جبران خسارت‌های فردی معمولاً در این دعاوی دنبال نمی‌شود، که ممکن است برای زیان‌دیدگان خاص کافی نباشد.

حمایت از حقوق مصرف کنندگان» را تصویب کرد که به طور خاص اجازه‌ی اقامه‌ی دعوی گروهی در دفاع از حقوق مصرف کنندگان را می‌دهد، اما تنها توسط انجمن‌هایی که به تأیید نهادهای دولتی رسیده‌اند. این شیوه اقامه دعوا صرفاً به موضوعات مصرف کننده اختصاص دارد و از یک مدل ترکیبی پیروی می‌کند، بدین معنا که نخست اقدام نمایندگی آغاز می‌شود و سپس مصرف کنندگان فردی می‌توانند در مراحل بعدی به آن بپیوندند. صلاحیت نمایندگی گروه‌ها عمدتاً به انجمن‌های موجود یا بنیادهای خاص محدود است، با استثنائاتی برای انجمن‌های مصرف کننده، اتحادیه‌های صنفی و انجمن‌های حرفه‌ای که می‌توانند تحت شرایط خاص، دعوی مدنی گروهی اقامه کنند (Hensler, 2017, p.981).

۲. تاریخچه

بنیادهای تاریخی دعوی گروهی را می‌توان به انگلستان قرون وسطی بازگرداند، جایی که ابتدایی‌ترین اشکال نمایندگی گروهی در فرآیندهای قضایی پدیدار شد. (قاسمی حامد و فلاح، آرزو، ۱۴۰۱، ص ۹۳) در این دوره، دادگاه‌های انگلیسی به شیوه‌ای کاملاً متفاوت از هم‌تایان مدرن خود عمل می‌کردند و مفهوم دعوی نمایندگی را بدون نیاز به الزامات رویه‌ای پیچیده‌ای که دعوی گروهی معاصر را مشخص می‌کند، به راحتی می‌پذیرفتند. دادگاه‌های قرون وسطایی انگلستان حق شاکیان برای طرح دعوی به نمایندگی از یک گروه یا اجازه به چند نماینده برای دفاع از کل گروه را مورد تردید قرار نمی‌دادند. این پذیرش زودهنگام دعوی گروهی، بازتاب‌دهنده نیازهای عملی نظام قضایی برای رسیدگی به اختلافاتی بود که چندین طرف با منافع مشترک را درگیر می‌کرد، به‌ویژه در مواردی که پیوستن افراد به صورت جداگانه غیرعملی بود (Fernandes, 2016, p. 147).

با وجود این ریشه‌های قرون وسطایی، مسیر دعوی گروهی در انگلستان به‌طور

چشمگیری با مسیری که بعدها در آمریکا طی شد، متفاوت بود. دعاوی گروهی در انگلستان پس از سال ۱۸۵۰ عملاً از بین رفت و این تجربه زود هنگام پایان یافت. این انشقاق به این معنا بود که هرچند انگلستان بنیاد تاریخی این مفهوم را فراهم کرد، اما ایالات متحده بود که دعاوی گروهی در آنجا به مهم ترین مرحله توسعه و تکامل خود رسید و به شکلی مدرن تبدیل شد که امروزه بر نظام های حقوقی سراسر جهان تأثیر می گذارد. (Hensler, 2017, p. 974) ایالات متحده اولین کشوری بود که رویه های دعاوی گروهی را در سال ۱۹۳۸ با تصویب ماده ۲۳ آیین دادرسی مدنی فدرال به صورت قانونی تدوین کرد. این تحول برجسته، قانون دعاوی گروهی آمریکا را با هدف اصلی ترویج عدالت و دسترسی به عدالت برقرار کرد. قانون جدید، مکانیسم مهمی برای افرادی فراهم کرد که به صورت گروهی علیه ستم نژادی مبارزه می کردند و زمینه را برای دعاوی حقوق مدنی آینده فراهم آورد. (Malveaux, 2017, pp. 328-330)

قانون مصوب سال ۱۹۳۸ در ایالات متحده، شاکیان را ملزم می کرد که دعاوی خود را در یکی از سه دسته بندی سخت گیرانه ی حقوقی قرار دهند: «واقعی»، «ترکیبی» یا «جعلی». دسته ی «واقعی» شامل حقوق مشترک یا جمعی بود، دسته ی «ترکیبی» به حقوق متعدد مرتبط با اموال خاص اشاره داشت، و دسته ی «جعلی» به حقوقی اطلاق می شد که تنها به دلیل خواسته ها و جبران های مشترک، تجمیع آنها توجیه پذیر بود. اکثر دعاوی حقوق مدنی در آن دوره به طور فنی در دسته ی «جعلی» قرار می گرفتند. (Malveaux, 2017, p. 329) با این حال، این طبقه بندی ها در عمل مشکلات زیادی ایجاد کردند. بسیاری از قضات این دسته بندی ها را مبهم و غیر شفاف یافتند، آن ها را به صورت ناسازگار به کار بردند یا به این نتیجه رسیدند که این دسته بندی ها برای حل مسائل حقوقی اساسی چندان اهمیتی ندارند. این سردرگمی و ناسازگاری در نهایت به اصلاحات گسترده ای منجر شد که در سال ۱۹۶۶ انجام گرفت. با وجود این چالش ها، قانون ۱۹۳۸ ایالات متحده را به عنوان پیشگام دعاوی گروهی مدرن تثبیت کرد و

چارچوب نهادی لازم برای اقدامات حقوقی جمعی را فراهم آورد که در دوران جنبش حقوق مدنی نقش حیاتی ایفا کرد (Malveaux, 2017, p. 327).

سال ۱۹۶۶ نقطه عطفی در قانون دعاوی گروهی آمریکا بود که ارتباط نزدیکی با جنبش حقوق مدنی آن دوره داشت. مشکلات ناشی از طبقه‌بندی‌های گنج‌کننده قانون اولیه سال ۱۹۳۸، به‌ویژه پس از تصمیم تاریخی ۱۹۵۴ در پرونده براون علیه هیئت آموزش^۱، به‌طور فزاینده‌ای آشکار شده بود. بازنگری سال ۱۹۶۶ طبقه‌بندی‌های مشکل‌ساز «واقعی»، «ترکیبی» و «جعلی» را که در عمل ناکارآمد بودند و قضات آن‌ها را گنج‌کننده یافته و به‌صورت ناسازگار به کار می‌بردند، حذف کرد. (Malveaux, 2017, p. 327) تدوین‌کنندگان قانون جدید از سیستم قدیمی مبتنی بر روابط حقوقی فاصله گرفتند و سه نوع کاملاً متفاوت از دعاوی گروهی را ایجاد کردند که هیچ ارتباطی با دسته‌بندی‌های پیشین نداشتند. این تحول به‌طور صریح تحت تأثیر نگرانی‌های حقوق مدنی بود. دعاوی گروهی مدرن به‌عنوان پاسخی به ناتوانی نهادهای متمرکز دولتی در رسیدگی جامع به تخلفات گسترده شکل گرفت. رئیس دیوان عالی، برگر، این ماهیت تکاملی را به‌خوبی بیان کرد و اظهار داشت که «تجمیع ادعاهای فردی در قالب یک دعوی گروهی، پاسخی تکاملی به وجود آسیب‌هایی است که از طریق اقدامات نظارتی دولت جبران نشده‌اند» (Sugerman, 2024, p. 988) اصلاحات سال ۱۹۶۶ دوره اوج اولیه دعاوی گروهی را از سال ۱۹۶۶ تا ۱۹۷۶ آغاز کرد و پتانسیل آن‌ها را در افزایش دسترسی به عدالت و ترویج طرح ادعاهای جمعی نشان داد. (Molavi, 2023, p.34)

۱. پرونده *Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas* یکی از مهم‌ترین پرونده‌های حقوقی در تاریخ ایالات متحده است که در سال ۱۹۵۴ توسط دیوان عالی این کشور به‌صورت متفق‌القول تصمیم‌گیری شد. این پرونده به تبعیض نژادی در مدارس عمومی آمریکا، به‌ویژه تفکیک دانش‌آموزان بر اساس نژاد، پرداخت و اصل «جدا اما برابر» (*separate but equal*) که در پرونده *Plessy v. Ferguson* (۱۸۹۶) تأیید شده بود را باطل کرد و نقطه‌ی عطفی در مبارزه با تبعیض نژادی در آمریکا شد.

پس از اصلاحات انقلابی سال ۱۹۶۶، دعاوی گروهی مسیری تکاملی پیچیده را طی کردند که با مراحل متمایز توسعه و گسترش جغرافیایی مشخص شد. دوره اوج اولیه از ۱۹۶۶ تا ۱۹۷۶ پتانسیل این مکانیسم را برای افزایش دسترسی به عدالت و ترویج طرح ادعاهای گروهی نشان داد و طیف گسترده‌ای از موضوعات از طریق دعاوی گروهی پیش برده شد. دعاوی گروهی تا اوایل دهه ۱۹۸۰ مشروعیت و شتاب بیشتری یافتند، زیرا قضاوت به طور فزاینده‌ای با انعطاف‌پذیری و کارایی‌های بالقوه ماده ۲۳ احساس راحتی کردند. در این دوره، دعاوی گروهی به مکانیسمی ضروری برای اجرای قانون در حوزه‌های مختلف تبدیل شدند، به ویژه در اجرای قوانین ضد انحصار که به دعاوی گروهی ضد انحصار به عنوان ابزاری برای تضمین جبران خسارت و بازدارندگی وابسته بود. (Juska, 2017, p. 604)

با این حال، با رایج‌تر شدن دعاوی گروهی و گسترش کاربرد آن‌ها، دادگاه‌ها و پژوهشگران شروع به پرس‌وجو درباره چگونگی تأثیر دعاوی گروهی بر ساختارهای انگیزشی سنتی کردند. اواخر دهه ۱۹۷۰ تا اواسط دهه ۱۹۹۰ مرحله دوم گسترش دعاوی گروهی را رقم زد که با انتقال بین‌المللی این مکانیسم به کانادا و استرالیا مشخص شد، زیرا این کشورها این مکانیسم را در چارچوب‌های حقوقی خود پذیرفتند. از اوایل سال ۲۰۰۰، موج سوم انتقال دعاوی گروهی در سطح جهانی پدیدار شد و بیش از ۳۵ کشور در سراسر جهان رژیم‌های دعاوی گروهی را معرفی کردند که جذابیت این مکانیسم را فراتر از خاستگاه آمریکایی آن نشان می‌دهد. (Molavi, 2023, p. 33).

توسعه تاریخی دعاوی جمعی در آلمان و فرانسه بازتابی از یک رویکرد تدریجی، بخشی و محتاطانه به رسیدگی به دعاوی گروهی است. آلمان نخستین کشوری در میان این دو حوزه قضایی بود که سازوکار رسمی دعاوی جمعی را ایجاد کرد و «دادرسی نمونه» را به طور خاص برای حمایت از حقوق سرمایه‌گذاران در برابر نقض‌های بازار سرمایه معرفی نمود. این قانون در سال ۲۰۰۵ به تصویب رسید و به سرمایه‌گذاران اجازه

داد تا دعاوی مشابه را در قالب یک فرایند واحد پیگیری کنند. از زمان اجرای آن، حدود بیست و پنج پرونده تحت نظام «کامپوگ» مطرح شده که بسیاری از آنها همچنان در جریان هستند، امری که نشان‌دهنده پیچیدگی دعاوی سرمایه‌گذاری و طولانی بودن روند رسیدگی در چارچوب جدید است. علاوه بر این، نظام «کامپوگ» به رغم نوآوری خود، از محدودیت‌هایی چون تمرکز صرف بر بازار سرمایه و عدم شمول سایر حوزه‌های حقوقی رنج می‌برد، که همین امر ضرورت اصلاحات و توسعه بیشتر این سازوکار را برجسته کرده است. (Sinenko et al., 2018, p. 54)

فرانسه نزدیک به یک دهه بعد از آلمان، در فوریه ۲۰۱۴ با تصویب «قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان»، وارد عرصه اقدامات جمعی شد. این قانون که در مارس ۲۰۱۴ لازم‌الاجرا گردید، اجازه اقامه‌ی دعاوی گروهی را صرفاً در دفاع از حقوق مصرف‌کنندگان فراهم آورد و به انجمن‌های مصرف‌کنندگان امکان داد تا به نمایندگی از افراد متضرر، علیه شرکت‌ها و ارائه‌دهندگان خدمات اقدام کنند. رژیم دعاوی گروهی فرانسه الگویی از توسعه تدریجی و بخشی را منعکس می‌کند، نه یک اصلاح جامع؛ به این معنا که برخلاف نظام‌های کامن‌لا مانند ایالات متحده، فرانسه به دنبال ایجاد چارچوب یکپارچه برای تمام دعاوی گروهی نبوده، بلکه به صورت محدود و مرحله‌ای این سازوکار را پذیرفته است. (Hensler, 2017, p.971) این رویکرد در سال‌های بعد نیز با اصلاحات جزئی به حوزه‌های دیگر مانند محیط زیست و بهداشت عمومی گسترش یافت، اما همچنان ماهیت بخشی خود را حفظ کرده است. (Sinenko et al., 2018, p. 54)

هر دو نظام حقوقی نمونه‌ای از الگوی گسترده‌تر اروپایی در زمینه دعاوی جمعی هستند که عموماً پیاده‌سازی بخشی و محدود را بر ایجاد یک نظام جامع و یکپارچه دعاوی گروهی ترجیح داده است. این ویژگی فرانسه و آلمان را در کنار سایر حوزه‌های حقوقی مانند بلژیک، شیلی و ژاپن قرار می‌دهد که مکانیزم‌های دعاوی گروهی را صرفاً برای دعاوی مصرف‌کننده یا حوزه‌های خاص دیگر پذیرفته‌اند. (Hensler,

2017, p. 971) شایان توجه است که پیش از ایجاد این سازوکارهای رسمی، هر دو کشور تجربه‌های جایگزینی از جبران جمعی را در حوزه‌هایی چون حمایت از مصرف‌کنندگان، حمایت از رقابت، و تنظیمات مربوط به مخابرات توسعه داده بودند (Sinenko et al., 2018, p. 54). بنابراین، تجربه آلمان و فرانسه نشان می‌دهد که گذار به سوی دعاوی جمعی در اروپا نه از طریق یک تحول بنیادین، بلکه با گام‌های تدریجی و بخشی محقق شده است.

۳. مزایای دعاوی گروهی

دعاوی گروهی در کنار کارکرد حقوقی خود، مزایای اقتصادی و نهادی قابل توجهی نیز برای اصحاب دعوی و نظام قضایی به همراه دارد. اقامه شدن چندین ادعای مشابه در قالب یک پرونده مشترک، نوعی صرفه‌جویی در مقیاس ایجاد می‌کند که هم به کاهش هزینه‌های دادرسی و اداری دادگاه می‌انجامد و هم هزینه‌های اصحاب دعوی را به‌طور محسوسی کاهش می‌دهد. (Juska, 2017, p. 69) در این حالت، خواهان‌ها هزینه‌های دادگاه را به‌طور مشترک تقسیم می‌کنند و امکان مالی طرح دعوی حتی برای افراد کم‌برخوردار نیز فراهم می‌شود. خوانندگان نیز از این روند بی‌نصیب نیستند، زیرا به جای مواجهه با ده‌ها یا صدها پرونده منفرد، تنها در یک دادرسی متمرکز از خود دفاع می‌کنند. افزون بر این، یکی از مهم‌ترین دستاوردهای این نهاد، فراهم آوردن دسترسی به عدالت برای «دعاوی با ارزش انتظاری منفی» است؛ یعنی دعاوی خردی که هزینه دادرسی آنها بیش از میزان جبران احتمالی خسارت است و تنها از طریق تجمیع در قالب دعاوی گروهی قابلیت پیگیری پیدا می‌کنند (Sugerman, 2024, p.988). بدین ترتیب، دعاوی گروهی نقشی اساسی در تحقق عدالت رویه‌ای و جبران خسارت‌های کوچک اما گسترده ایفا می‌کند. در سطح نهادی نیز، دعاوی گروهی با کاهش بار دادگاه‌ها، افزایش کارایی نظام قضایی و ایجاد رویه‌های حقوقی منسجم‌تر، به ارتقای نظم حقوقی کمک می‌کنند. علاوه بر

این، از منظر سیاست گذاری عمومی، تهدید به طرح دعوی گروهی می تواند کارکرد بازدارندگی مؤثری در برابر رفتارهای غیرقانونی یا غیرمسئولانه شرکت ها داشته باشد، چرا که احتمال مواجهه با مسئولیت های گسترده و پرهزینه، انگیزه بنگاه ها برای رعایت استانداردهای قانونی و اخلاقی را تقویت می کند. (Sugerman, 2024, p.991)

از سوی دیگر، دعوی گروهی کیفیت نمایندگی حقوقی و دادرسی را ارتقا می دهد: نخست: دعوی گروهی در درجه نخست، کیفیت نمایندگی حقوقی و دسترسی افراد به عدالت را ارتقا می دهد. منابع مالی مشترک گروه ها امکان بهره گیری از وکلای متخصص تر و سرمایه گذاری گسترده تر در فرآیند کشف ادله و تدوین استراتژی های حقوقی را فراهم می سازد. (Juska, 2017, p. 69) این امر نوعی توازن در برابر قدرت مالی و حقوقی شرکت های بزرگ خوانده ایجاد می کند و احتمال موفقیت خواهان ها را افزایش می دهد. (Sugerman, 2024, p.991) بدین ترتیب، دعوی گروهی نه تنها ابزاری برای کاهش هزینه های اصحاب دعوی، بلکه مکانیزمی برای تضمین برابری بیشتر میان طرفین در دادرسی محسوب می شود.

دوم: در سطح دادگاه ها، دعوی گروهی موجب ارتقای «اقتصاد قضایی» می شود. تجمع دعوی مشابه در یک پرونده واحد، از تکرار بیهوده فرآیندهای دادرسی جلوگیری می کند، انسجام آراء را افزایش می دهد و بار کاری دستگاه قضایی را به طور چشمگیری کاهش می دهد. به بیان دیگر، دعوی گروهی یک ابزار مدیریتی کارآمد برای سامان دهی پرونده های انبوه است که هم کارایی دادرسی را بهبود می بخشد و هم منابع قضایی را بهینه می سازد. (Kortvelyesi, 2021, p. 80)

در نهایت، دعوی گروهی پیامدهای مثبت کلانی برای نظام حقوقی به همراه دارد. این سازوکار با ایجاد رویه های قضایی شفاف تر و پایدارتر، به پیش بینی پذیری و ثبات حقوقی کمک می کند. علاوه بر این، با تقویت دسترسی همگانی به عدالت، اعتماد عمومی به کارایی و انصاف نظام حقوقی افزایش می یابد و ظرفیت نهادی آن برای

پاسخگویی به دعاوی گسترده ارتقا پیدا می‌کند. در نتیجه، دعاوی گروهی نه تنها یک ابزار حمایتی برای افراد، بلکه نهادی ساختاری برای تقویت اقتدار و کارآمدی کل نظام قضایی محسوب می‌شود.

افزون بر مزایای فردی و نهادی، دعاوی گروهی واجد کارکردی بازدارنده و تنظیمی نیز هست. این سازوکار با تحمیل مسئولیت‌های سنگین بر خواندگان، آنان را وادار می‌سازد هزینه‌های ناشی از رفتارهای غیرقانونی یا زیان‌بار خود را درونی کنند و در نتیجه، انگیزه لازم برای اصلاح اقدامات آینده را به دست آورند. (Sugerman, 2024, p.990) به این ترتیب، دعاوی گروهی نه تنها ابزاری برای جبران خسارت گذشته است، بلکه نقشی پیشگیرانه در جلوگیری از تکرار رویه‌های زیان‌بار ایفا می‌کند. از سوی دیگر، تجمع دعاوی مشابه در قالب یک دادرسی گروهی به رفع سوگیری ساختاری به نفع خواننده و برقراری نوعی توازن میان طرفین می‌انجامد. این توازن، شرایط صدور آرای آگاهانه‌تر، دقیق‌تر و قابل اتکاتر را فراهم می‌آورد که نتایج آن فراتر از اصحاب دعوی، به کل جامعه تسری پیدا می‌کند. (Rosenberg et al., 2014) بدین ترتیب، دعاوی گروهی به‌مثابه نهادی جمعی، نقشی دوگانه دارد: هم به احقاق حقوق فردی یاری می‌رساند و هم به تحکیم حاکمیت قانون و ارتقای اعتماد عمومی نسبت به نظام قضایی.

۴. دعاوی گروهی در حقوق آلمان و فرانسه

۴-۱. حقوق آلمان

در حقوق آلمان، امکان طرح دعاوی گروهی با چارچوبی ویژه و تحت تأثیر اصول قانون اساسی این کشور شکل گرفته است. طبق اصل استقلال اراده طرفین در ماده ۲ و ماده ۱۰۳(۱) قانون اساسی آلمان، هیچ‌کس بدون حضور یا رضایت شخصی نمی‌تواند در فرایند دادرسی شرکت داده شود یا نتایج آن بر او تحمیل گردد. (Wardhaugh, 2013, P. 15) این اصول، مسیر شکل‌گیری ابزارهای گروهی را محدود کرده‌اند و از

آن میان، دعوای نمونه‌ای در بازار سرمایه (نظام کاپموگ) تنها برای اختلافات خاص بازار سرمایه تعریف شده و شرط اصلی شرکت کنندگان نیز وجود پرونده فردی مستقل است. در زمینه‌های دیگر مانند حمایت از مصرف‌کننده، رقابت و مخابرات، تنها سازمان‌های غیرانتفاعی دارای مجوز دولتی حق اقامه دعوا دارند، که نشان‌دهنده تمرکز حقوق آلمان بر احکام محدود، ساختار قضاوت چندمرحله‌ای و نقش ویژه قضات است تا گسترش فراگیر دعوای گروهی (Shandurskiy, 2018, p. 105)

با این حال، تجربه اخیر در سال‌های ۲۰۲۳-۲۰۲۴ تحول قابل توجهی را نشان می‌دهد. از یک سو، مکانیزم دعوای اعلامیه‌ای نمونه^۱ وجود دارد، جایی که سازمان‌های مصرف‌کننده می‌توانند دعوایی را برای مشخص کردن معیارهای مشترک اقامه کرده و افراد متضرر با ثبت نام در سامانه‌ای، از نتیجه آن برخوردار شوند. از سوی دیگر، قانون «قانون تجمیع اجرای حقوق مصرف‌کنندگان»^۲ که در تاریخ ۱۳ اکتبر ۲۰۲۳ در آلمان لازم‌الاجرا شد، ابزار حقوقی جدیدی به نام (دعوی جبرانی)^۳ را معرفی کرد. این قانون در راستای اجرای دستورالعمل اتحادیه اروپا در مورد دعوای گروهی^۴ طراحی شده و هدف آن تقویت حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان از طریق یک مکانیزم دعوای جمعی است که امکان جبران مستقیم خسارت را فراهم می‌کند.

1. Musterfeststellungsklage.

2. Verbraucherrechtgedurchsetzungsgesetz (VDuG).

3. Abhilfeklage.

4. EU Directive 2020/1828.

دستورالعمل اتحادیه اروپا ۱۸۲۸/۲۰۲۰ (Directive (EU) 2020/1828) که به «دستورالعمل دعوای نمایندگی» (Representative Actions Directive) معروف است، در تاریخ ۲۵ نوامبر ۲۰۲۰ به تصویب رسید و هدف آن تقویت حمایت از مصرف‌کنندگان در سراسر اتحادیه اروپا از طریق ایجاد چارچوبی یکپارچه برای اقامه دعوای نمایندگی (گروهی) است. این دستورالعمل به کشورهای عضو اتحادیه اروپا اجازه می‌دهد تا سازوکارهایی را برای دعوای گروهی در جهت جبران خسارات جمعی مصرف‌کنندگان پیاده‌سازی کنند. در ادامه، جزئیات کلیدی این دستورالعمل توضیح داده می‌شود:

در این سازوکار، سازمان‌های مصرف‌کننده مجاز قادرند برای اجرای حقوق مانند جبران خسارت، تعمیر، کاهش قیمت یا فسخ قرارداد اقامه دعوا کنند. شرایط لازم عبارت‌اند از: اثبات تأثیر بر حداقل ۵۰ نفر، ثبت نام فعال و شفافیت منابع مالی (حضور عموم امکان ثبت ادعا تا سه هفته بعد از جلسه دادرسی). این اقدامات از سوی قانون‌گذاران نشان می‌دهد که آلمان در حال حرکت به سوی ساختاری محدود ولی مؤثر برای رسیدگی گروهی است، بدون آن که استقلال فردی یا کنترل قضایی را فدا کند.

۴-۲. حقوق فرانسه

تا پیش از اصلاحات جدید، اقدام جمعی در فرانسه تنها در حوزه‌های مشخصی مانند مصرف، سلامت، محیط‌زیست، تبعیض و حفاظت از داده‌ها مجاز بود که توسط قوانین جداگانه‌ای مانند قانون هامون^۱، اصلاحات سال ۲۰۱۶ و ۲۰۱۷ در حوزه‌های سلامت، تبعیض، داده‌ها و محیط زیست تنظیم شده‌اند. این اقدامات صرفاً از سوی انجمن‌های مجاز با سابقه حداقل سه تا پنج سال قابل انجام بودند و افراد حقیقی یا نهادهای تجاری نمی‌توانستند مستقیماً دعوای گروهی طرح کنند. همچنین، در دعوای مصرف‌کننده، انجمن‌ها باید نماینده‌ی ملی مصرف‌کنندگان باشند و در زمینه‌های دیگر نیز شرایط مماثلی برقرار بود. قانون جدید فرانسه، موسوم به قانون شماره ۲۰۲۵-۳۹۱ (معروف به قانون DDADUE) که در تاریخ ۳۰ آوریل ۲۰۲۵ به تصویب رسید و از ۳ مه ۲۰۲۵ لازم‌الاجرا شد، چارچوب دعوای را در این کشور متحول کرده است. این قانون با هدف انطباق با دستورالعمل اتحادیه اروپا ۱۸۲۸/۲۰۲۰ در مورد دعوای نمایندگی، رژیم‌های مختلف دعوای گروهی را که پیش‌تر در حوزه‌های مختلف (مانند

۱. قانون هامون (2014) Hamon: این قانون برای اولین بار چارچوبی برای دعوای گروهی در حوزه مصرف‌کننده ایجاد کرد. به این ترتیب، گروهی از مصرف‌کنندگان می‌توانستند برای جبران خسارت ناشی از تخلفات تجاری (مثل تبلیغات گمراه‌کننده یا محصولات معیوب) به صورت جمعی اقدام قانونی کنند.

مصرف کننده، محیط زیست، سلامت، و رقابت) پراکنده بودند، تحت یک نظام حقوقی یکپارچه و منسجم قرار داده است. در ادامه، جزئیات این اصلاحات و تغییرات کلیدی آن توضیح داده می‌شود:

۱. یکپارچگی چارچوب دعاوی گروهی

قبل از تصویب این قانون، دعاوی گروهی در فرانسه از طریق یک چارچوب بخشی تنظیم می‌شدند، به این معنا که هر حوزه (مانند مصرف کننده، سلامت، محیط زیست، یا تبعیض) قوانین و رویه‌های خاص خود را داشت. این پراکندگی باعث پیچیدگی، ناسازگاری، و کاهش اثربخشی دعاوی گروهی شده بود. قانون جدید، تمامی رژیم‌های دعاوی گروهی در حوزه‌های مختلف (مصرف کننده، محیط زیست، سلامت، تبعیض، و حفاظت از داده‌ها) را تحت یک چارچوب حقوقی یکپارچه قرار داده است. در عین حال، گسترش دامنه‌ی خسارات: این قانون امکان جبران هر نوع خسارت (مادی، معنوی، یا جسمانی) را فراهم کرده و دعاوی گروهی را به دو هدف اصلی قادر می‌سازد: توقف تخلف یا جبران خسارت یا هر دو.

۲. گسترش نهادهای واجد شرایط برای اقامه‌ی دعوی

یکی از تغییرات کلیدی قانون ۳۰ آوریل ۲۰۲۵، گسترش نهادها و اشخاصی است که می‌توانند دعاوی گروهی را مطرح کنند:

الف) انجمن‌های غیرانتفاعی: تعداد بیشتری از انجمن‌های غیرانتفاعی اکنون واجد شرایط هستند. پیش‌تر، تنها تعداد محدودی از انجمن‌های تأیید شده (مانند ۱۵ انجمن مصرف کننده در حوزه‌ی مصرف) می‌توانستند دعوی گروهی اقامه کنند. قانون جدید شرط تأیید را ساده‌تر کرده و به مجتمع‌های غیرانتفاعی که حداقل ۲۴ ماه از ثبت آن‌ها گذشته باشد، اجازه می‌دهد دعوی گروهی مطرح کنند.

ب) نمایندگان اتحادیه‌ها: نمایندگان اتحادیه‌های کارگری یا سازمان‌های مشابه نیز

اکنون می‌توانند در حوزه‌های خاصی مانند تبعیض در محیط کار دعاوی گروهی اقامه کنند.

ج) دادستان عمومی: این قانون به دادستان عمومی اجازه می‌دهد در موارد خاص، به‌ویژه زمانی که تخلفات عمدی برای کسب سود غیرقانونی انجام شده باشد، دعوی گروهی مطرح کند. این امر به‌ویژه در دعاوی مربوط به جرایم مالی یا نقض قوانین رقابت کاربرد دارد.

د) دعاوی B to B (تاجر به تاجر): قانون جدید امکان اقامه‌ی دعاوی گروهی را برای اشخاص حقوقی (مانند شرکت‌ها) در روابط تجاری (business-to-business) فراهم کرده است، که پیش‌تر محدود به دعاوی مصرف‌کننده در مقابل تاجر (B to C) بود. این گسترش دامنه‌ی دعاوی گروهی را به حوزه‌های تجاری نیز بسط داده است. در حقوق فرانسه، امکان اقامه‌ی دعاوی گروهی دارای چارچوبی کاملاً محدودکننده و وابسته به نهادهای رسمی است. فقط انجمن‌هایی با سابقه فعالیت حداقل پنج سال اجازه اقامه‌ی دعوا در زمینه داده‌های شخصی را دارند و در دعاوی مصرف‌کننده نیز تنها نهادهای مورد تأیید دولتی یا صنفی مجاز به اقدام هستند. اصل بنیادین « Nul ne plaide par procureur » بر لزوم اقامه دعاوی توسط افراد ذی‌نفع تأکید دارد، و حق طرح دعوا توسط نمایندگان تنها در موارد خاص انجمن‌های حرفه‌ای مجاز شمرده می‌شود. (Shandurskiy, 2018, p. 110) علاوه بر این، رویکرد فرانسه تعریف حقوقی دعاوی گروهی را برحسب حوزه تخصصی تنظیم کرده و به‌صورت بخشی آن‌ها را تفکیک کرده است. این ساختار نشان‌دهنده رویکرد محافظه‌کارانه حقوق فرانسه در مواجهه با حقوق جمعی و دفاع از منافع اجتماعی است.

۵. امکان‌پذیری پذیرش دعوای گروهی در حقوق ایران و

چالش‌های آن

با توجه به تحولات حقوقی اخیر در آلمان و فرانسه، پرسش مهمی در حقوق ایران مطرح می‌شود که آیا امکان پذیرش سازوکار مشابهی برای اقامه دعوای گروهی وجود دارد یا خیر. بررسی تطبیقی نشان می‌دهد که هر دو نظام حقوقی یادشده به‌رغم پذیرش نسبی دعوای گروهی، محدودیت‌هایی جدی بر آن اعمال کرده‌اند؛ در آلمان اصل استقلال اراده طرفین (ماده ۲ و ماده ۱۰۳(۱) قانون اساسی) مانع از تحمیل نتایج دادرسی به اشخاصی می‌شود که رضایت یا حضورشان در فرایند احراز نشده است. (Wardhaugh, 2013, P. 15) در فرانسه نیز اصل «Nul ne plaide par procureur» مقرر می‌دارد که افراد باید شخصاً دعوای خود را اقامه کنند و نمایندگی تنها در قالب انجمن‌ها یا اتحادیه‌های خاص پذیرفته می‌شود. به‌این ترتیب، این کشورها با وجود پذیرش سازوکار گروهی، آن را در چارچوبی محدود، قاضی‌محور و مبتنی بر اصل الحاق تدریجی افراد زیان‌دیده تعریف کرده‌اند. (Hensler, 2017, p. 974)

در حقوق ایران، چالش اصلی در پذیرش این نهاد به دو مسأله بنیادین بازمی‌گردد: نخست، نسبی بودن اثر رأی دادگاه. مطابق اصول کلی آیین دادرسی مدنی، رأی دادگاه تنها میان اصحاب دعوا مؤثر است و تعمیم آن به اشخاص ثالث، خلاف قاعده نسبی بودن آثار قراردادها و احکام تلقی می‌شود (مواد ۲۳۱ و ۲۳۲ قانون مدنی؛ ماده ۳۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی). این در حالی است که ماهیت دعوای گروهی اقتضا می‌کند که رأی صادره نسبت به تمامی زیان‌دیدگان - اعم از کسانی که مستقیماً در دادرسی حضور داشته‌اند یا خیر - اثرگذار باشد، امری که بدون اصلاح مبنایی در قواعد سنتی، با موانع جدی روبه‌رو خواهد بود. دوم، نبود نمایندگی خواهان‌ها از سایر زیان‌دیدگان است. در حالی که در نظام‌های آلمان و فرانسه انجمن‌های مصرف‌کننده یا نهادهای مدنی دارای صلاحیت، نقش نمایندگی گروهی را ایفا می‌کنند، در حقوق ایران چنین

سازوکاری جز در موارد محدود مانند نمایندگی سازمان تعزیرات یا انجمن‌های صنفی در حوزه‌های خاص پیش‌بینی نشده است. این خلأ موجب می‌شود پذیرش دعوای گروهی مستلزم ایجاد چارچوب نهادی جدیدی باشد که هم با اصل «شخصی بودن اقامه دعوا» سازگار باشد و هم بتواند نمایندگی مؤثر از گروه زیان‌دیدگان را تضمین کند.

در نتیجه، پذیرش دعوای گروهی در ایران نه تنها نیازمند اصلاح در مبانی سنتی همچون اصل نسبی بودن احکام قضایی و اصل شخصی بودن اقامه دعواست، بلکه مستلزم طراحی نهادی مشابه انجمن‌های مصرف‌کننده یا نهادهای عمومی دارای صلاحیت در آلمان و فرانسه خواهد بود. بدین ترتیب، تجربه این کشورها نشان می‌دهد که ایران می‌تواند با الگوبرداری از سازوکارهای ورود اختیاری و اعطای صلاحیت نمایندگی به نهادهای تخصصی، گام‌هایی تدریجی اما مؤثر در جهت توسعه این نهاد بردارد، هرچند این مسیر بدون تغییرات تقنینی بنیادین امکان‌پذیر نخواهد بود.

۶. راهکارهای انطباق حقوق ایران با سازوکار دعوای گروهی

هرچند پذیرش دعوای گروهی در حقوق ایران با چالش‌هایی همچون اصل نسبی بودن احکام قضایی و اصل شخصی بودن اقامه دعوا مواجه است، اما بررسی ظرفیت‌های موجود نشان می‌دهد که نظام حقوقی ایران قابلیت سازگاری با این نهاد را دارد. نخستین گام می‌تواند بهره‌گیری از ظرفیت انجمن‌ها و سازمان‌های صنفی یا تخصصی باشد. به‌عنوان مثال، سازمان حمایت از مصرف‌کنندگان و تولیدکنندگان، کانون‌های صنفی یا حتی نهادهایی مانند سازمان تعزیرات حکومتی، می‌توانند مشابه نهادهای مدنی در آلمان و فرانسه به‌عنوان «نماینده جمعی» عمل کرده و اقامه دعوای گروهی را بر عهده گیرند. این سازوکار، ضمن حفظ اصل شخصی بودن دعوا در معنای سنتی، امکان ایجاد نمایندگی قانونی و نهادی را برای گروه‌های زیان‌دیده فراهم می‌کند.

از سوی دیگر، می‌توان با اصلاح مقررات آیین دادرسی مدنی، قاعده نسبی بودن اثر

احکام را در موارد خاص استثنا کرد. در این زمینه، تجربه آلمان در پذیرش «دعوی اعلامیه‌ای نمونه» و تجربه فرانسه در الحاق تدریجی افراد زیان‌دیده الگوی مناسبی برای حقوق ایران خواهد بود. به این ترتیب، رأی صادره نسبت به تمامی افرادی که در مهلت مقرر به دعوا ملحق می‌شوند، مؤثر خواهد بود، بی‌آنکه تعمیم قهری رأی به اشخاص ثالث نقض اصول بنیادین دادرسی به شمار آید. چنین اصلاحی می‌تواند در قالب یک مقرره خاص در آیین دادرسی مدنی یا یک قانون ویژه، مشابه «قانون حمایت از مصرف‌کنندگان»، به تصویب برسد. در نهایت، ایران می‌تواند با بهره‌گیری از این الگوها، مدلی ترکیبی طراحی کند که در آن اقامه دعوا توسط نهادهای تخصصی صورت گیرد، اما افراد ذی‌نفع نیز امکان پیوستن فعالانه به دعوا را داشته باشند. این ترکیب از یک سو مانع از تحمیل رأی به اشخاص بی‌خبر از جریان دادرسی می‌شود، و از سوی دیگر، امکان رسیدگی کارآمد و منسجم به دعاوی پراکنده را فراهم می‌آورد. بدین ترتیب، با اصلاحات تقنینی و نهادی، حقوق ایران می‌تواند از تجارب آلمان و فرانسه برای ایجاد سازوکاری کارآمد در حمایت از حقوق جمعی بهره‌برداری کند، بی‌آنکه با اصول بنیادین خود در تعارض آشکار قرار گیرد.

نتیجه‌گیری

بررسی دعوی گروهی در حقوق آلمان و فرانسه نشان داد که در هر دو کشور، رویه‌ی دادرسی گروهی به صورت چندمرحله‌ای و قاضی‌محور طراحی شده و برخلاف نظام‌های کامن‌لا (مانند ایالات متحده یا انگلیس) که بر سازوکارهای مقدماتی و مدیریت یکپارچه تمرکز دارند، بر کنترل کامل قضات در مراحل مختلف تأکید دارد. نظام آلمان با استفاده از رویکرد دو مرحله‌ای اعلامی، صرفاً به صدور احکام اعلامی بسنده می‌کند و در صورت خودداری شرکت‌ها از پرداخت داوطلبانه، زیان‌دیدگان ناچار به طرح دعوی فردی برای اخذ اجراییه هستند. در مقابل، نظام فرانسه مدل ترکیبی

را به کار گرفته که در آن ابتدا اقدام نمایندگی از سوی سازمان آغاز می‌شود و سپس مصرف‌کنندگان می‌توانند در مراحل بعدی به دعوا ملحق شوند. هر دو نظام، بر اساس رویکرد اروپای غربی و شمالی، از روش الحاق تدریجی افراد زیان‌دیده پیروی می‌کنند و پیوستن به دعوا منوط به اعلام صریح رضایت است. با این حال، کارآمدی عملی این سازوکارها با محدودیت‌های جدی مواجه بوده است. از سوی دیگر باید پذیرفت که استفاده از این شیوه به دلیل مطابقت با مبانی حقوقی آلمان و فرانسه در واقع، نسخه بومی شده دعوی گروهی است. در حقوق ایران نیز که پذیرش رویکرد آمریکایی دعوی گروهی با مشکلاتی همچون رضایت طرفین به مشارکت در دعوا و اصل عدم تسری رای به ثالث روبرو است، اتخاذ رویکردی مشابه حقوق آلمان و فرانسه می‌تواند راهگشا باشد. اتخاذ چنین رویکردی موجب می‌شود تا نظام حقوقی کشور از مزایای متعدد این شیوه دعوا بهره‌مند شود.

منابع

الف) منابع فارسی

۱. شمس شمیرانی، مهدی و منصور امینی، (۱۴۰۲). دعوی گروهی در امریکا و برخی کشورهای اروپایی با تاکید بر فنلاند، تجربه‌ای برای ایران، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۲۶(۱۰۲)، ۸۹-۱۱۲. doi: 10.48308/jlr.2019.160804.1291
۲. طهماسبی، علی، (۱۳۹۳)، «مطالعه تطبیقی شرایط دعوی گروهی در حقوق آمریکا و کانادا؛ آموزه‌هایی برای حقوق ایران»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، مقاله ۷، دوره ۱۸، شماره ۳.
۳. قاسمی حامد، عباس و فلاح، آرزو. (۱۴۰۱). دعوی گروهی و تأثیر آن بر حمایت از حقوق مصرف‌کننده. فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضائی، ۱۹(۶۵)، ۸۹-۱۲۲.

ب) منابع انگلیسی

1. Fernandes, D. C. (2016). Small claims class actions: A comparative analysis of the Brazilian and American systems from the perspective of positive externalities. *Unpublished manuscript.*

2. Hensler, D. R. (2017). From sea to shining sea: How and why class actions are spreading globally. *Kansas Law Review*, 65(5), 965–1002. <https://doi.org/10.17161/1808.25575>
3. Juška, Ž. (2017). The effectiveness of antitrust collective litigation in the European Union: A study of the principle of full compensation. *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 49(1), 63–93. <https://doi.org/10.1007/s40319-017-0668-2>
4. Körtvélyesi, Z. (2021). Transcending the individual/collective minority rights divide: A procedural solution. *International and Comparative Law Quarterly*, 71(1), 73–106. <https://doi.org/10.1017/S0020589321000348>
5. Kovač, M., Datta, S., & Spruk, R. (2020). Pharmaceutical product liability, litigation regimes, and the propensity to patent: An empirical firm-level investigation. *SAGE Open*, 11(2). <https://doi.org/10.1177/21582440211009470>
6. Malveaux, S. M. (2017). The modern class action rule: Its civil rights roots and relevance today. *Unpublished manuscript*.
7. Molavi, M. (2023). Collective legal mobilisation: Exploring class actions in Sweden and Canada. *Nordic Journal of Human Rights*, 42(1), 32–51. <https://doi.org/10.1080/18918131.2023.2176185>
8. Semo, G., Bernsohn, D., Hagag, B., Hayat, G., & Niklaus, J. (2022). ClassActionPrediction: A challenging benchmark for legal judgment prediction of class action cases in the US. *Proceedings of the Natural Legal Language Processing Workshop (NLLP)*.
9. Shandurskiy, D. I. (2018). Representative actions in Russia. *Russian Law Journal*, 6(4), 100–118. <https://doi.org/10.17589/2309-8678-2018-6-4-100-118>
10. Sugerman, A. H. (2024). Keeping corporations in the courts: A framework for addressing jurisdiction over corporate defendants in class action litigation. *Columbia Business Law Review*, 2024(1), 1–45.
11. Tulaseket, R., & Alshahrani, A. (2024). Comparative analysis of class action settlements: Key factors in the Australian and Indonesian legal frameworks. *Tumou Tou Law Review*, 1(1), 1–20.
12. van der Sloot, B., & van Schendel, S. (2021). Procedural law for the data-driven society. *Information & Communications Technology Law*, 30(3), 304–332. <https://doi.org/10.1080/13600834.2021.1964969>
13. Wardhaugh, B. (2014). Bogeymen, lunatics and fanatics: Collective actions and the private enforcement of European competition law. *Legal Studies*, 34(1), 1–23. <https://doi.org/10.1111/lest.12041>

نقش رسانه‌های اجتماعی در بزهکاری اطفال و نوجوانان و راه‌های پیشگیری از آن

ایماء هم‌رنگ

دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی،
دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

چکیده

امروزه استفاده از فضای مجازی، بخشی از کارهای روزمره انسان است و خواه ناخواه پیامدهایی را به ویژه برای کودکان و نوجوانان به دنبال دارد. هدف این پژوهش بررسی و تبیین تأثیر رسانه‌های جمعی بر بزهکاری اطفال و نوجوانان می‌باشد. روش مورد استفاده در این پژوهش به صورت توصیفی و تحلیلی می‌باشد. یافته‌ها نشان داد که تأثیرات رسانه‌های جمعی در بروز انحرافات اجتماعی اغلب ناشی از رویکرد سازندگان و مدیران این برنامه‌ها است که ممکن است آگاهانه یا ناآگاهانه محتوایی ارائه دهند که انحراف‌آفرین باشد. برای کنترل این تأثیرات لازم است سیاست‌هایی هدفمند برای اصلاح محتوای رسانه‌های داخلی اعمال شود و هجوم رسانه‌های خارجی نیز پایش گردد. طبق اصل ۴۴ قانون اساسی کشور ما، کنترل رادیو و تلویزیون در اختیار بخش دولتی قرار دارد و نظارت آن نیز طبق اصل ۱۷۵ اعمال می‌شود. سیاست‌های اصلاحی مانند کاهش احتمال تکرار جرم از طریق بازپروری بزهکاران، افزایش تعهد اجتماعی، آگاهی‌بخشی

عمومی، ایجاد سیاست‌های پیشگیرانه و مدیریت هوشمندانه جرم باید مورد توجه قرار گیرد. این اقدامات نیازمند برنامه‌ریزی دقیق هستند تا سطح جرایم کاهش یابد. استفاده از ابزارهایی مانند سنسور، فیلترینگ یا پارازیت تنها زمانی قابل توجیه است که همراه با فرهنگ‌سازی گسترده باشد. لذا باید افراد جامعه را نسبت به نیات تولیدکنندگان محتوای رسانه‌ای آگاه کرد تا توانایی تحلیل اطلاعات را داشته باشند.

واژگان کلیدی: اطفال و نوجوانان، بزهکاری، پیشگیری، رسانه‌های اجتماعی

۱. مقدمه

یکی از معضلات پیچیده و ناراحت کننده‌ی دنیای کنونی بزهکاری اطفال و نوجوانان است. عوامل متعددی وجود دارند دست به دست هم می‌دهند که حاصل آن بزهکاری اطفال و نوجوانان می‌شود. کودکان و نوجوانان همواره در معرض خطرهای گوناگونی قرار داشته و از اقشار آسیب‌پذیر جامعه هستند. در کنار این مسأله موضوع دیگری که جامعه امروزی با آن روبه روست بحث گسترش تکنولوژی و ارتباطات می‌باشد. گرچه گسترش آن‌ها در اکثر مواقع به نفع جامعه می‌باشد ولی گاهی ممکن است در کنار آن زیان‌هایی را نیز به بار آورند که البته این زیان‌ها نیز به خواست و اراده بشری است. یکی از عواملی که در گسترش بزهکاری اطفال و نوجوانان اهمیت به سزایی دارد پیشرفت‌های علمی و صنعتی است که از جمله آن‌ها گسترش ارتباطات و رسانه‌های جمعی است رسانه به وسیله‌ای گفته می‌شود که بتوان از طریق آن با دیگری ارتباط برقرار کرد و رسانه‌های جمعی به مجموعه وسایلی اطلاق می‌شود که بتوان با یک جمع و افراد بیشتری ارتباط برقرار کرد و تحت نفوذ قرار داد. امروزه رسانه‌های جمعی به رادیو تلویزیون روزنامه سینما اینترنت و ماهواره اطلاق می‌شود که قدیمی ترین آن‌ها روزنامه و جدیدترین آن‌ها اینترنت و ماهواره است کودکان و نوجوانان همواره به عنوان مخاطبان خاص رسانه‌های جمعی معرفی می‌شوند؛ درست به دلیل اینکه «ادبی ترین مخاطبان این رسانه‌ها هستند گروهی از صاحب‌نظران بر این باورند که تفاوت کودکان و بزرگسالان در ارتباط با رسانه در این است که بزرگسالان در مقابل آن وسیله‌ای دفاعی دارند که کودک فاقد آن است و در نتیجه قربانی بالقوه رسانه محسوب می‌شوند و باید برای حفظ آینده او و جامعه فکری کرد. ویژگی‌هایی چون شناخت ناقص از جهان که موجب می‌شود کودک از فهم محتوای رسانه‌ها عاجز بماند یا مطالب غیر واقعی را واقعی پنداره یا آنکه از هدف و انگیزه تولید کننده محتوای آن رسانه آگاهی نداشته باشد؛ اشتیاق برای فراگیری یا به عبارتی آمادگی برای فراگیری و

کنجکاو و دلایل دیگر است برای آنکه کودک را اثرپذیرترین مخاطب تلقی کنیم. این اثر مثبت یا منفی، برخوردهایی متفاوت با جنبه دیگری از ویژگی‌های کودک است که او را از بزرگسالان متمایز می‌سازد. ممکن است کودک حافظه‌ای قوی‌تر داشته باشد؛ اما از برخی از جنبه‌ها دچار محدودیت است. او توانایی انتخاب و گزینش دقیق و تعمیم دادن و تجزیه و تحلیل اطلاعات کسب شده را ندارد. به طور کلی آنچه کودک و نوجوان را مخاطب خاص رسانه‌ای چون تلویزیون می‌سازد، عاملی چون اثرپذیری و محدودیت توان شناختی کودک و آینده جامعه که به دست همین کودکان و نوجوانان ساخته خواهد شد.

وسایل ارتباط جمعی عواملی هستند که می‌توانند در هدایت و سازندگی و بالابردن شعور اجتماعی اطفال و نوجوانان نقش مؤثری ایفا کنند برعکس اگر جهت آن‌ها بر خلاف خیر و صلاح باشد می‌توانند باعث گمراهی، انحراف، فساد آلودگی و گاهی بزهکاری اطفال و نوجوانان عمومی شوند.

متأسفانه امروزه در بسیاری از جوامع هدف اصلی رسانه‌های جمعی کنار گذاشته شده و اکثر آن‌ها به سوی ابتذال سوق پیدا کرده‌اند وجود هزاران سایت مستهجن در اینترنت و هزاران شبکه مبتذل و خشونت‌گرا در ماهواره مؤید این مطلب است. هدف اصلی این رسانه‌ها به انحراف کشاندن افراد علی‌الخصوص کودکان و نوجوانان است. البته بسیاری از رسانه‌های جمعی نیز وجود دارند که هدف اصلی آن‌ها به انحراف کشاندن افراد نیست اما محتوای آن‌ها بالتبع می‌تواند باعث انحراف شود مطبوعاتی که مسائل جنایی و راه‌های ارتکاب جرایم را می‌نویسند و فیلم‌های سینمایی و تلویزیونی که خشونت را ترویج می‌دهند از نمونه‌های این موضوع هستند. درست است که هر کس با استفاده از این رسانه‌های جمعی دست به ارتکاب جرم نمی‌زند اما به طور کلی این رسانه‌ها در بیدار شدن استعدادها بالقوه جنایی کودکان و نوجوانان بی‌تأثیر نمی‌باشند و در افرادی که عوامل دیگری از بزهکاری وجود دارد رسانه‌های جمعی به عنوان

تحریک کننده عمل می نمایند. بنابراین با توجه به اینکه کودکان و نوجوانان آینده سازان هر جامعه‌ای و تأثیرپذیرترین افراد هستند و با توجه افزایش روزافزون رسانه‌های جمعی و تأثیر آنها بر کودکان و نوجوانان بحث در این موضوع از اهمیت خاصی برخوردار می‌باشد و می‌تواند بر آگاهی افراد جامعه بخصوص والدین در این زمینه بیفزاید.

مقاله حاضر به بیان علت‌شناسی جرائم ارتكابی نوجوانان در شبکه‌های اجتماعی و نظریه‌های جرم‌شناسی برای پیشگیری از بزهکاری کودکان در رسانه‌های اجتماعی و همچنین به نقش رسانه‌ها در پیشگیری از بزهکاری اطفال و نوجوانان پرداخته است و سپس اقسام تدابیر پیشگیری رشد مدار از جرائم مرتبط با شبکه‌های اجتماعی و راهکارهای پیشگیری از آسیب‌های اجتماعی و فرهنگی و بزهکاری کودکان در فضای مجازی مورد تحلیل و بررسی قرار گرفته است.

۲. علت‌شناسی جرائم ارتكابی نوجوانان در شبکه‌های اجتماعی

از منظر جرم‌شناختی، پیشگیری اجتماعی مبتنی بر علت‌شناسی جرم است. بدین معنا که در تکوین جرم، عوامل مختلفی نقش دارند و رسالت پیشگیری اجتماعی، شناسایی و خنثی کردن این عوامل جرم‌زاست. بدون شک و به‌طور کلی، عوامل بسیاری در شکل‌گیری جرائم در بستر شبکه‌های اجتماعی مؤثرند. علل اقتصادی، فرهنگی، سیاسی و مشکلات روحی- روانی مثل افسردگی، عصبانیت، حسادت، انتقام‌جویی و غیره صرفاً بخشی از عوامل تحقق این جرائم هستند. اکنون به بررسی چند مورد از علل بزهکاری در جرائم مرتبط با شبکه‌های اجتماعی پرداخته می‌شود.

۱-۲. ناآگاهی کاربران کودک و نوجوان از ساختار و کارکرد شبکه‌های اجتماعی
 سهل‌الوصول شدن استفاده از سایت‌های اینترنتی و عضویت در شبکه‌های اجتماعی موجب شده تا طیف گسترده‌ای از افراد به ویژه کودکان و نوجوانان بدون داشتن درک درست از واقعیات موجود در فضای غیر واقعی- فضای مجازی- و پیش از آن که به

بلوغ جسمی و جنسی رسیده باشند بی‌محابا وارد این عرصه شوند، میدانی که نه ابعاد آن را به درستی می‌شناسند و نه از بازیگران آن اطلاعاتی دارند و نه قواعد بازی را می‌شناسند؛ با این اوصاف، تردیدی نیست که قطعاً از هر جهت، بازنده این میدان خواهند بود (دهقانی و همکاران، ۱۴۰۲: ۲۷۳).

از منظر یافته‌های جرم‌شناختی از آن جایی که شبکه‌های اجتماعی به واسطه برخی از ویژگی‌ها از قبیل سهولت دسترسی و احساس امنیت ناشی از گمنامی، زمینه حضور حداکثری کاربران به ویژه کودکان و نوجوانان را فراهم نموده است به تدریج باعث می‌شود الگوهای تبلیغ شده در فضای مجازی بر فضای حقیقی غلبه کند و حتی سبک زندگی و نحوه گفتار و پوشش کاربران را تحت تأثیر قرار دهد؛ چرا که رفتار مجرمانه همانند هر نوع رفتار دیگر در اثر تماس با اشخاص دیگر و در اثر فرایند رابطه، یاد گرفته می‌شود. نظریه معاشرت ترجیحی ادوین ساترلند مبین این موضوع است که افراد در هم‌نشینی خویش با افراد جامعه، تعریف‌هایی را فرا می‌گیرند که گاه موافق و گاه مخالف رفتارهای کجروانه است. اگر تعریف‌هایی که کنش بزهکارانه را قابل قبول می‌نماید با پشتوانه‌ای قوی‌تر از تعریف‌هایی مخالف با رفتار کجروانه، به فرد القاء شود و فرد نیز در دفعات متعدد با این دسته تعاریف مواجه گردد احتمال این که فرد مرتکب کجروی شود بیشتر است. تئوری گابریل تارد نیز با تأیید این مطلب بر این فرض مبتنی است که تمام اعمال و افعال با اهمیت زندگی اجتماعی، تحت تأثیر مدل‌ها و نمونه‌ها می‌باشند و هر کسی بر طبق عادات و رسوم مورد قبول محیط خود رفتار می‌کند؛ اگر کسی دزدی می‌کند یا مرتکب بزه قتل می‌شود کاری جز تقلید از دیگران انجام نمی‌دهد (سلیمی، ۱۳۸۰: ۱۵).

در نتیجه، کاربران نوجوان شبکه‌های اجتماعی باید آموزش‌های لازم را ببینند تا ارتباطات آنلاین خود را محدود به افرادی کنند که نسبت به آن‌ها شناخت دارند تا خواسته یا ناخواسته در باتلاق جرائم شبکه‌های اجتماعی غرق نشوند. متأسفانه کودکانی

که اطلاعات شخصی خود را در اختیار افراد ناشناس قرار می‌دهند این احتمال متصور است که رابطه مجازی آن‌ها به شکل فیزیکی نیز ادامه یابد و منجر به بزهکاری و حتی در مواردی بزه‌دیدگی آن‌ها شود. بنابراین می‌توان گفت در حال حاضر، کودکان و نوجوانان به شدت در معرض مخاطرات شبکه‌های اجتماعی قرار دارند و رفتارهای پرخطر آن‌ها در این فضا، ضریب بزهکاری و بزه‌دیدگی آن‌ها را به شدت افزایش داده است. به عنوان مثال: بسیاری از کاربران کم سن و سال شبکه‌های اجتماعی تلگرام و اینستاگرام که بیشترین اقبال را در میان کاربران ایرانی دارند. از برخی قابلیت‌های این شبکه‌ها اطلاع ندارند که این امر باعث می‌شود بزهکاران فرصت طلب به راحتی وارد حریم خصوصی آن‌ها شوند و مجال سوء استفاده برایشان مهیا شود (دهقانی و همکاران، ۱۴۰۲: ۲۷۴).

خلاصه آن که شبکه‌های اجتماعی، کاربران کم سن و سال را در معرض حجم عظیمی از اطلاعات مختلف قرار می‌دهند که مسلماً بخشی از آن‌ها به دلیل عدم تناسب با رشد سنی و عقلی و میزان دانش کودکان و نوجوانان می‌تواند آثار زیانباری به همراه داشته باشد؛ از این رو آموزش مهارت‌های لازم به کودکان و والدین آن‌ها در جهت حضور مطلوب این قشر آسیب پذیر در بستر شبکه‌های اجتماعی، ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است.

۲-۲. فقر اطلاعاتی والدین نسبت به فضای مجازی

با توجه به اختلاف سنی و شرایط متفاوت دوران رشد و تفاوت‌های فاحش ارزشی حاکم بر دنیای والدین با فرزندانشان، بسیاری از والدین از آسیب‌ها و فرصت‌های شبکه‌های اجتماعی غافل‌اند؛ لذا قادر به مدیریت و درک درست رفتارهای فرزندان خود نمی‌باشند که این عامل باعث تشدید آسیب‌پذیری فرزندان می‌شود. ایجاد ممنوعیت مطلق برای کودکان و نوجوانان در استفاده از اینترنت و شبکه‌های اجتماعی بدون شک راهکار درست و منطقی محسوب نمی‌شود؛ به این دلیل که از یک سو، منع

کودکان در انجام هر کاری می‌تواند اثرات منفی نظیر خشم و لجابت آن‌ها را به همراه داشته باشد. از سوی دیگر، شبکه‌های اجتماعی، مزایای گسترده‌ای دارند به حدی که امروزه آموزش و پرورش نیز برای سهولت در انجام امور آموزشی خود از امکانات این شبکه‌ها بهره می‌برد؛ لذا ایجاد ممنوعیت مطلق، صرفاً پاک کردن صورت مسأله است. بنابراین باید فعالانه وارد عرصه شده و با برگزاری جلسات و کارگاه‌های آموزشی در زمینه اطلاع‌رسانی به والدین، آن‌ها را با فرصت‌ها و تهدیدات شبکه‌های اجتماعی آشنا نمود (دهقانی و همکاران، ۱۴۰۲: ۲۷۵).

۲-۳. جهل کاربران نوجوان نسبت به قوانین فضای مجازی

با توجه به نوپا بودن شبکه‌های اجتماعی، اکثر کاربران علی‌الخصوص کاربران کم سن و سال، نسبت به قوانین حاکم بر این فضا، جاهل و بیگانه‌اند و به جهت عدم اطلاع کافی از حقوق خود، بیشتر در معرض آسیب هستند. با توجه به آن که هنجارها و قوانین فضای مجازی بر مبنای ویژگی‌های خاص و منحصر به فرد این فضا، وضع شده‌اند و معمولاً برای آن‌ها در دنیای فیزیکی، مشابهی وجود ندارد چنان‌چه کاربران توجیه نشوند برخورد با قانون‌شکنی آن‌ها حتی در سنینی که از مسئولیت کیفری برخوردار هستند نیز با ایرادات جدی مواجه خواهد بود.

۲-۴. نظارت ناپذیری شبکه‌های اجتماعی غیر بومی

عموم کاربران شبکه‌های اجتماعی در خلأ ناشی از عدم امکان نظارت، قادرند هر نوع عکس یا ویدئویی را برای دیگران ارسال کنند و حتی در نمایه خود، هر نوع عکسی را قرار دهند. مشکل اصلی این است که شناسایی و احراز هویت مجرم به دلیل آن که پردازنده مرکزی شبکه‌های اجتماعی غیر بومی در داخل کشور وجود ندارد بسیار سخت و بعضاً به دلیل استفاده از خطوط مسروقه یا مجازی غیر ممکن می‌باشد. براساس شواهد موجود، برخی از کاربران حرفه‌ای به ویژه مرتکبان جرائم جنسی برای حفظ

آبرو و به دلیل ترس از تعقیب کیفری با ارائه‌ی هویت جعلی و ایجاد رایانامه به نام دیگری عضو شبکه‌های اجتماعی مختلف می‌شوند و از خلأ نظارت ناپذیری شبکه‌های اجتماعی برای تحقق اهداف جنسی خود در این عالم مشوش مجازی سوء استفاده می‌کنند. شاید علت اصلی این ناهنجاری ناشی از این باشد که فضای مجازی با ناشناختگی اعطائی به کاربران و به دلیل نبود ملاقات چهره به چهره، محدودیت‌های عالم واقعی را برای ابراز تمایلات سوء از میان برده است. بنابر این فقدان راهبردهای کنش‌مدارانه و پیش‌گیرنده در این بستر، موجب می‌شود زمینه بزهکاری در این شبکه‌ها به ویژه در مورد کاربران کم سن و سال به نحو روزافزونی گسترش یابد (دهقانی و همکاران، ۱۴۰۲: ۲۷۵ و ۲۷۶).

۳. نظریه‌های جرم‌شناسی برای پیشگیری از بزهکاری کودکان در

رسانه‌های اجتماعی

در این قسمت به بررسی نظریه‌های جرم‌شناسی برای پیشگیری از بزهکاری کودکان در رسانه‌های اجتماعی پرداخته می‌شود.

۳-۱. نظریه سبک زندگی و پیشگیری از بزهکاری کودکان در رسانه‌های اجتماعی کودکان و نوجوانانی که اوقات بیشتری را در شبکه‌های مجازی می‌گذرانند، احتمال این که بزهکار هرزه‌نگاری شوند، بیشتر از سایرین است. پیشگیری زودرس یا رشد‌مدار این پیشنهاد را می‌دهد که با اصلاح و تغییر سبک زندگی، احتمال بزه‌کاری کودکان کاهش می‌یابد (رهگشا، ۱۳۹۶: ۱۱).

با تغییر و اصلاح مدل زندگی سایبری بسیاری از چالش‌های شبکه‌های مجازی همانند هرزه‌نگاری مجازی، پیشگیری می‌شود و این نوع از تغییر برای کودکان و افرادی که تازه وارد شبکه‌های مجازی شده‌اند دارای کارآیی بیشتری می‌باشد؛ زیرا کودکان و افراد تازه‌کار که اعتیاد کمتری دارند، راحت‌تر اصلاح می‌شوند و مدل

زندگی مجازی آن‌ها را می‌توان به مدل زندگی مجازی مثبت تغییر مسیر داد. از جمله تغییراتی که می‌توان در سبک زندگی شبکه‌های اجتماعی ایجاد کرد، عبارتند از: اصلاح در عکس پروفایل‌ها، اصلاح در عضویت در گروه‌ها، تعامل با درخواست‌ها و گپ‌های دوستانه ناشناس و کنترل با رفتارهای مزاحم گونه و خودکنترلی مجازی است که اگر این اصلاح در زندگی شبکه‌های مجازی صورت گیرد می‌توان از بزهکاری کودکان و نوجوانان در این نوع شبکه‌ها پیشگیری نمود (زمانی، ۱۴۰۲: ۱۰۲).

۲-۳. نظریه یادگیری

انسان‌ها در طول زندگی با نهادها و گروه‌های اجتماعی مختلفی ارتباط دارند مهم‌ترین آن‌ها، نهاد خانواده، مدرسه، دوستان و هم‌سالان است. ساترلند با توجه به این نکته و به تاسی از نظریات یادگیری در حوزه روانشناسی جنایی، نظریه معاشرت‌های ترجیحی را بیان کرده و معتقد است که رفتار مجرمانه یک امر ارثی نیست، بلکه یک امر اکتسابی و آموختنی است.

در نظریه‌ی معاشرت‌های ترجیحی ساترلند بیش از هر چیز به تاثیرگذاری محیط زندگی اطفال و نوجوانان برای توجیه علل گرایش به بزهکاری توجه نموده است و معاشرت با افراد در محیط‌های اجتماعی مهم‌ترین عامل در بزهکاری اطفال و نوجوانان دانسته شده است. در همین راستا، نظریه تعامل نمادین با تاکید بر ارتباط با گروه‌های مختلفی که نوجوان و اطفال با آن‌ها در ارتباط است، به بزهکاری روی می‌آورد. نظریه ادوین ساترلند تحت عنوان پیوند افتراقی بر این نکته دلالت دارد که فرایند یادگیری رفتار مجرمانه به وسیله‌ی دوستان فرد مجرم تعیین می‌شود. فرایند نظریه پیوند افتراقی نشان می‌دهد که رفتار تبه‌کارانه، مانند دیگر رفتارهای معمولی در اثر کنش متقابل با دیگران به ویژه گروه دوستان آموخته می‌شود و فراگیری رفتار مجرمانه هم مستلزم یادگیری تکنیک‌های ارتکاب جرم و هم انگیزه‌ها، سلاتق‌ها و گرایش‌های مناسب برای بزهکاری است (زمانی، ۱۴۰۲: ۱۰۳).

همچنین انسان بدان سبب مجرم می‌شود که فراوانی امکانات قانون شکنی بر محدودیت‌های نامساعد آن بچربد و نیز پیوندهای تهکارانه یک شخص می‌تواند از جنبه‌های خاصی همچون فراوانی، طول مدت و شدت این تماس‌ها متفاوت باشد و در تعیین تأثیر این پیوندها بر شخص به ما کمک کند (ستوده، ۱۳۷۳: ۱۴۲).

بنا به نظریه ساترلند افراد به این علت کج رفتار می‌شوند که تعداد ارتباط‌های انحرافی آنان بیش از ارتباط‌های غیرانحرافی شان است این تفاوت تعامل افراد با کسانی که ایده‌های کج رفتارانه دارند نسبت به افرادی که از ایده‌های هم‌نوایانه برخوردارند یعنی ارتباط بیشتر آنان با کج‌رفتاران یا ایده‌های کج رفتاری علت اصلی کج رفتاری آن‌هاست (زمانی، ۱۴۰۲: ۱۰۳).

در راستای این نظریه می‌توان چنین استنتاج کرد که استمرار ارتکاب جرم و اصرار بر آن در قالب تکرار یا تعدد جرم نتیجه معاشرت مستمر با بزهکاران و غلبه کامل تعاریف مجرمانه از رفتارهای پذیرفته شده گروه و به عبارتی اجتماعی شدن مجرمانه است بنظر می‌رسد چنین استنتاجی، این اندیشه را نیز در پی داشته باشد که برای مقابله با تکرار جرم باید معاشرت با جامعه عادی و به‌هنگام را جانشین معاشرت با گروه‌هایی کرد که فرد در آن جا تعاریف مجرمانه و تکنیک‌های ارتکاب جرم را فرا گیرد (غلامی، ۱۳۹۹: ۱۷).

در این بین اطفال و کودکان به دلیل شرایط خاص جسمانی و عدم بلوغ کافی برای تشخیص خوب از بد تاثیرپذیری سریع‌تری نسبت به بزرگسالان داشته و به سمت تعلیم و یادگیری این رفتارها می‌روند. ساترلند بر مبنای همین یادگیری، نظریه معاشرت ترجیحی را عنوان نمود و بیان داشت افراد ترجیحاً از محیط‌های نزدیک به خود که با آن‌ها معاشرت دارند یاد می‌گیرند اگر این محیط‌های نزدیک انتقال‌دهنده رفتارهای درست باشند، احتمال بزهکاری طفل کمتر است و در غیر این صورت، احتمال بزهکاری به شدت بالا می‌رود (زمانی، ۱۴۰۲: ۱۰۴).

ساترلند این محیط‌های نزدیک به ترتیب؛ خانواده، مدرسه، دوستان و محل سکونت

برشمرده. بنا به اعتقاد ساترلند آنچه که در این باره مهم‌ترین نقش را ایفا می‌نماید، تعاملات و ارتباطاتی است که اطفال و نوجوانان با سایر افراد در طول زندگی خود برقرار می‌نمایند. مطابق نظریه ساترلند این تعاملات ممکن است در خانواده، مدرسه، دوستان و محل زندگی صورت پذیرد. به باور ساترلند از جمله عوامل تاثیرگذار در فرایند یادگیری و انتقال بزهکاری بوده و به عنوان تسهیل‌کننده از آن یاد می‌برد. از طریق ارتباطات با همسالان است که می‌تواند نوجوان را به ارتکاب بزه علاقه‌مند سازد و از سوی دیگر نزدیکی با چنین افرادی با تجربه‌های بزهکارانه راه را برای این نوجوان هموار می‌سازد (احمدی و ایمان، ۱۳۹۴: ۲۳).

در بسیاری از خانواده‌ها، والدین چندان در فکر مراقبت از فرزندان خود نیستند و به محض اینکه کودک این قبیل خانواده‌ها به راه می‌افتند، به حال خود رها می‌شوند و دیگر مراقبتی از افرادی که با فرزندانشان معاشرت می‌کنند، به عمل نمی‌آورند. این رهایی ممکن است موجب تماس مستمر آنان با اشخاص بیگانه و ناباب شود. این در حالی است که همسالان و معاشران نوجوانان و جوانان از عوامل مؤثر در یادگیری و تلقین آنان هستند و خود بزهکاران نوجوان و جوان عمدتاً دوستان ناباب را از عوامل مؤثر بر گرایش به بزهکاری معرفی می‌کنند (زمانی، ۱۴۰۲: ۱۰۴ و ۱۰۵). قبول این واقعیت، توجه بیشتر والدین را در کنترل و نظارت معاشران نوجوانان و جوانان می‌طلبد.

۴. نقش رسانه‌ها در بزهکاری اطفال و نوجوانان

تأثیر رسانه بر بزهکاری اطفال و نوجوانان بر هیچ کس پوشیده نیست. ممکن است طفلی با دیدن یک صحنه در تلویزیون و تکرار آن مرتکب جرم غیرعمدی شود و یا جرم‌های زیاد دیگری که ریشه‌ی ذهنی آن به یک برنامه‌ی تلویزیونی و یا ماهواره‌ای و یا عکس در مجلات در مطبوعات برمی‌گردد ولی در این میان نقش آموزشی رسانه‌ها، به خصوص رسانه‌های داخلی را نباید فراموش کرد (سرداری، ۱۳۹۵: ۷).

همچنان که رسانه‌ی گروهی در بزهکاری تأثیر دارد، در پیشگیری از بزهکاری نیز می‌تواند بسیار مفید باشد «خشکاندن ریشه‌های بزه از طریق تأثیر بر فردی که از خود گرایش‌های بزهکارانه» نشان می‌دهد یا بر محیط یکی از قدیمی‌ترین رویاهای بشریت است. بحث پیشگیری از جرم را آن دسته از حقوقدانان پیش کشیدند که نظام کیفری را برای کاهش اثرات جرم در جامعه کافی نمی‌دانستند، یکی از نخستین پیشگامان این وادی، جرمی بنتام (۱۷۴۸-۱۸۳۲) حقوقدان و فیلسوف انگلیسی بود. وی که در جستجوی راه حلی برای محو یا حتی الامکان کم کردن تعداد جرایم بود، به «ابزارهای مکمل» برای نظام کیفری اندیشید و «بر نقش آموزش و پرورش (و به ویژه شناخت قوانین)، مذهب و دولت در مراقبت از کودکانی که پدران و مادران آنان نالایقند و نیز بر فعالیت‌های فرهنگی و غیره» تأکید کرد. در عصر حاضر مهمترین ابزار فعالیت‌های فرهنگی، رسانه‌های گروهی است که اتفاقاً نقش آن در پیشگیری از جرم، مورد تصریح جرم‌شناسان و حقوقدانان قرار گرفته است (عباسی، ۱۳۸۰).

در قانون اساسی جمهوری اسلامی نیز دولت را موظف کرده برای رسیدن به اهداف والای انسانی و اسلامی از رسانه‌های گروهی به صورت مطلوبی استفاده کند، در بند ۲ اصل ۳ قانون اساسی نیز بر «بالا بردن سطح آگاهی‌های عمومی در همه زمینه‌ها با استفاده صحیح از مطبوعات و رسانه‌های گروهی و وسایل دیگر» تأکید شده است. ماده ۴۴ «قانون خط‌مشی، اصول و برنامه‌های سازمان صدا و سیما جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۷ شهریور ۱۳۶۱» هم یکی از رسالت‌های صدا و سیما را «آموزش عمومی جهت آشنایی مردم با حقوق فردی و اجتماعی، قانون اساسی و قوانین مدنی و جزایی کشور» اعلام کرده است. بنابراین قوه قضائیه که مطابق بند ۵ اصل ۱۵۶ قانون اساسی به «اقدام مناسب برای پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین» موظف شده است، هم‌سو با سیاست‌های ایجابی سازمان صدا و سیما و نیز مطبوعات و سایر رسانه‌ها، باید از این ظرفیت‌های قانونی استفاده بهینه کند؛ به‌ویژه با عنایت به اصل ۱۷۵ قانون اساسی که مقرر می‌دارد: «شورایی

مرکب از نمایندگان رئیس جمهور و رئیس قوه قضائیه و مجلس شورای اسلامی (هر کدام دو نفر) نظارت بر این سازمان خواهد داشت» (محسنی، ۱۳۸۹: ۵۲).

اگر رسانه‌ها رسالت خود که اطلاع‌رسانی صحیح، شناساندن قانون و غیره ... است، به درستی انجام دهند و فقط به فکر جلب مخاطب برای رونق بخشیدن به تجارت خود نباشند، می‌توانند از بسیاری از جرائم پیشگیری کنند؛ چون نقش مهمی در جامعه‌پذیری کودکان و الگودهی به آن‌ها دارند. این مهم است که ما بتوانیم بین مفهوم کنترل جرم یا مبارزه با جرم و مفهوم پیشگیری از جرم تمایز قائل شویم. پیشگیری از جرم لزوماً موضوعی مربوط به اجرای قانون یا فعالیت‌های معمول پلیسی و سیستم قضایی نیست. بلکه پیشگیری از جرم تلاشی است برای استفاده از منابع جهت تغییر شرایطی که مردم مستعد ارتکاب جرم در آن شرایط هستند. برنامه‌های پیشگیری از جرم شامل برنامه‌های اجتماعی طراحی شده جهت بهبود شرایط اجتماعی است. هدف نهایی برنامه‌های پیشگیری از جرم، ایجاد اجتماعی سالم و تلاشی جهت درگیر کردن فعالانه تمام بخش‌های جامعه برای پیشگیری از وقوع جرم است (محمدی و همکاران، ۱۳۹۷: ۲۴۶).

این مجموعه از برنامه‌ها، استفاده از رسانه‌های گروهی را به عنوان ابزاری توانمند در خصوص پیشگیری از جرم موجب شده است.^۱ همان‌طور که می‌دانیم، کلمه رسانه (media) از کلمه به medium معنی واسطه و میانجی برگرفته شده است. در واقع رسانه بین شهروندان عمومی و مؤسسات دولتی قرار می‌گیرد؛ بنابراین رسانه نیازها و خواست‌های عمومی مردم را به تصویر می‌کشد. رسانه‌های گروهی این توانایی را به

۱. در این راستا ماده ۷ آیین‌نامه پیشگیری از اعتیاد و درمان معتادان به مواد مخدر و حمایت از افراد در معرض خطر مصوب ۱۳۷۶ مقرر می‌دارد: سازمان صدا و سیما مکلف است با هماهنگی ستاد مبارزه با مواد مخدر درصدی از برنامه‌های خود را در قالب فیلم، سریال، پیام‌های آموزشی و هشداردهنده و آموزش‌های تخصصی از شبکه سراسری و شبکه‌های استانی در زمینه پیشگیری و درمان اعتیاد اختصاص دهد.

عنوان نخستین نماینده تولید دانش، انتشار، ترویج علوم، فنون و نیز به عنوان ناظر عمومی و کارگزار اطلاعات دارند. بحث قابل توجهی در مورد تأثیرات رسانه در آرایش رفتار و تفسیر الگوهای مصرف وجود دارد. بعضی ادعا دارند که نگرش یا ذهنیت اولیه در اکثر مردم، از اخبار و دیگر رسانه‌های گروهی ناشی می‌شود. کارشناسان دیگر استدلال می‌کنند که جرائم و دیگر رسانه‌ها نقش کلیدی را در شکل‌گیری نظم، ثبات و تغییر دارند. بدون شک رسانه نفوذ انکارناپذیری در شکل‌گیری رفتار و منش یکایک افراد جامعه خواهد داشت. رسانه‌های گروهی به وسیله آموزش ارزش‌های فرهنگی و اجتماعی، آموزش چگونگی ارتباطات اجتماعی و تزریق اصول اخلاقی مطلوب در اذهان مردم جامعه نقش ارزشمندی در شکل‌گیری شخصیت و رفتار در میان آحاد جوامع انسانی و ملت‌ها خواهد داشت (محمدزاده، ۲۰۰۹: ۴۳).

رسانه‌های گروهی در به تصویر کشیدن صحیح سیستم قضایی، آگاه کردن مردم در مورد حقوقشان و نشان دادن پیامدهای جرم مسئول هستند. رسانه‌ها همچنین در ترسیم جرائم یقه‌سپیدان و جرائم شخصیت‌های حقوقی که نتایج زیانباری در اقتصاد دارند، به عنوان ناظر و نگهبان منافع عمومی نقش ایفا می‌کنند. رسانه در مقام کنترل و کشف جرائم بالقوه و آموزش شهروندان در خصوص اثرات جرم و جنایت قرار دارد. رسانه‌های گروهی توان بالقوه‌ای جهت کمک به اصلاح یا پیشگیری از آسیب‌های اجتماعی همچون جرم دارند. رسانه‌ها وظیفه به چالش کشیدن حقانیت قوانین، نهادها و مقامات دارند و در واقع به عنوان کاتالیزور در حرکت به سوی جامعه سالم عمل می‌کنند. به هر حال رسانه‌ها در نقش رقیب یا مخالف اقتدار دولت‌ها نیستند (محمدزاده، ۲۰۰۹).

باید گفت که بزهکاری رفتاری پیچیده است که معمولاً رشد آن منبعث از وجود چندین عامل است. رسانه‌های گروهی، وحشت و خشونت را ساده‌سازی و استاندارد کرده، سپس آن‌ها را به عنوان بخشی از آداب و سنن روزمره وارد زندگی بسیاری از

خانواده‌ها می‌کنند. قرار گرفتن در معرض وحشت و خشونت از خردسالی آغاز و در طول زندگی ادامه می‌یابد. الگوی زندگی امروزی از صحنه‌های خشونت و وحشت تولید شده توسط رسانه‌ها اشباع شده است و این امری است که گریزنپذیر به نظر می‌رسد. پژوهش‌ها در زمینه تأثیر «خشونت تلویزیونی» بر رفتار کودکان و نوجوانان نشان می‌دهد، این نوع مشاهدات به رفتار در خانواده، مدرسه و جامعه تعمیم می‌یابند (محمدی و همکاران، ۱۳۹۷: ۲۴۷).

از جنبه کوتاه مدت این تأثیر، تحقیقات متعدد نشانگر این امر است که کودکان بلافاصله پس از دیدن برنامه‌های خشونت بار به همسالان خود در خانواده یا مدرسه تعرض می‌کنند و رفتار خشن بروز می‌دهند. در رسانه‌های تصویری به خصوص تلویزیون، خشونت فراوان و تقریباً در همه جا دیده می‌شود. انواع آن عبارت‌اند از: خشونت در فیلم‌های تخیلی، خشونت در بازی، خشونت جسمی و غیر جسمی در تراژدی‌ها و کمدی‌ها، کارتون‌ها، داستان‌های خانوادگی، فیلم‌های ویدئویی، داستان‌های جنگی و پلیسی و امثال آن کودکان «خشونت» تلویزیون را به چند شکل دریافت می‌کنند که شامل؛ خشونت جسمانی، خشونت رمزی، خشونت کلامی و خشونت اشیایی می‌شود. نکته جالب در خشونت‌های تلویزیونی این است که عواقب این خشونت‌ها و به ویژه درد و رنج مصائب و فاجعه‌ای که ممکن است از آن حاصل شود، به ندرت نشان داده می‌شود. نتایج پژوهش‌ها و بررسی‌های مکرر کوتاه و درازمدت نشان‌دهنده این واقعیت است که خشونت در تلویزیون به کودکان، رفتار ضداجتماعی (سوسیپاتی) می‌آموزد، از حساسیت آن‌ها نسبت به اعمال خشن می‌کاهد، اختلال در خواب به وجود می‌آورد، علائم بعد از تنش ایجاد می‌کند، رفتار خشونت‌آمیز در آن‌ها به وجود می‌آورد (محمدی و همکاران، ۱۳۹۷: ۲۴۷).

این باورها را در آنان تقویت می‌کند که مسائل را با خشونت می‌توان حل کرد، آنان را نگران و ترسو و مضطرب به دنیای اطراف خود بار می‌آورد، بیشتر دست به کارهای

خطرناک می‌زنند، از قواعد و قوانین سرپیچی و بحث و جدل بیشتری می‌کنند و بالاخره رفتار معمولی آنان با دیگران معمولاً توأم با پرخاشگری و آزار و تحقیر دیگران می‌شود. بنابراین رسانه‌ها به عنوان بانفوذترین ابزار ارتباطی نقش عمده‌ای در گسترش زمینه‌های خطر برای کودکان و نوجوانان دارند. تسلط کودکان بر تمام زندگی کودکان، منفعل بودن کودکان در مقابل پیام‌های آسیب‌زای رسانه‌ای، توجه گردانندگان رسانه‌ای به اهداف سیاسی و اقتصادی، تبلیغ ناهنجاری‌ها و ارائه الگوهای نامناسب و تبلیغ بی‌بند و باری در روابط جنسی از مهم‌ترین خطراتی است که کودکان و نوجوانان را در معرض بزهکاری قرار می‌دهد. از این رو مسئولان کشور باید بکوشند از طریق علمی و با مشورت دانشمندان علوم تربیتی و روانشناسی و متخصصان فناوری‌های جدید از گسترش این گونه خطرها جلوگیری کنند و یا حداقل آن‌ها را کاهش دهند (شیخاوندی، ۱۹۹۴: ۲۶).

۵. اقسام تدابیر پیشگیری رشدمدار از جرائم مرتبط با شبکه‌های

اجتماعی

پیشگیری اجتماعی رشدمدار که پیشگیری زودرس نیز گفته می‌شود به دنبال آن است تا با شناسایی عوامل خطر، تقویت عوامل حمایتی و مداخله زودرس، از پایداری افراد در بزهکاری جلوگیری کند. به بیان دیگر، پیشگیری اجتماعی رشدمدار می‌کوشد تا با بکارگیری اقدامات مناسب روان‌شناختی - اجتماعی زود هنگام از تداوم و استقرار رفتارهای مجرمانه در افراد ممانعت کند. این اقدامات باید پیش از بروز و در آستانه اختلاف‌های احتمالی معمول، جلوی عوامل خطری که کودکان در معرض آن هستند بگیرد (یو، ۱۳۸۱: ۲۷۱).

همان‌گونه که آموزه‌های دینی تأکید دارند و علمای جرم‌شناسی نیز تصدیق می‌کنند شخصیت انسان از بدو تولد و حتی قبل از آن، شکل می‌گیرد و به هر میزان که در این دوران، در خصوص سلامت روانی و شخصیتی اطفال، فعالیت شود به مراتب کارآمدتر

و مطلوب‌تر از مداخله‌ی کیفی در سال‌های بعد خواهد بود. اگر کودکان در این سنین به جای تحصیل، به کار مشغول شوند امکان وقوع جرم و ناهنجاری‌ها از سوی آن‌ها در آینده بسیار محتمل خواهد بود (دهقانی و همکاران، ۱۴۰۲: ۲۷۶). در ادامه به بررسی راهکارهای پیشگیری رشد‌م‌دار از جرائم مرتبط با شبکه‌های اجتماعی پرداخته می‌شود:

۵-۱. ارتقای مهارت‌های مشارکت در دنیای مجازی

مهارت‌های اساسی زندگی عبارت است از مهارت‌های مختلف کلامی و رفتاری که افراد را قادر به تعامل و کنش و واکنش مناسب با سایر اعضای جامعه در شرایط مختلف می‌نماید. مهارت‌هایی مانند مهارت حل مسأله، مهارت مذاکره، مهارت رفع نیازهای زندگی، مهارت مدیریت هیجان و عواطف، مهارت مدیریت خشم و مهارت مشارکت در دنیای مجازی که از ضروریات زندگی در جوامع پیشرفته و پیچیده به شمار می‌روند (دهقانی و همکاران، ۱۴۰۲: ۲۷۶ و ۲۷۷).

متأسفانه در جامعه‌ی امروز ما بسیاری از افراد علی‌الخصوص کودکان و نوجوانان از خلأهای احساسی و عاطفی رنج می‌برند که به واکنش‌های غیر قابل پیش‌بینی در آن‌ها منجر می‌شود. سیستم‌های مددکاری اجتماعی به این خلأها نمی‌پردازند و مهارت‌های زندگی آموزش داده نمی‌شود. در نتیجه، افراد در مواجهه با مشکلات و پدیده‌های اجتماعی بدون پشتیبان مانده و دچار بحران می‌شوند. در کشورهای توسعه یافته، سیستم‌های مددکاری در خانه و مدرسه نفوذ دارند و حتی در برخی موارد از سیستم‌های امنیتی هم قوی‌تر کار می‌کنند؛ مثلاً به محض تولد کودک، ریزترین اطلاعات مربوط به وی ثبت می‌شود و وضعیت و موقعیتش دائماً تحت کنترل قرار می‌گیرد. در مدارس نیز مددکاران به مجرد مواجهه با مشکل در خصوص کودکان و نوجوانان با والدین آن‌ها تماس می‌گیرند و سعی می‌کنند نحوه رفتار درست با این قشر را به والدین بیاموزند (دهقانی و همکاران، ۱۴۰۲: ۲۷۷).

۵-۲. مهارت اجتناب از خطر

به طور کلی، فراگیری این مهارت، افراد را قادر می‌سازد در برابر وضعیت‌های پرخطر کجروی، بهترین و منطقی‌ترین واکنش‌ها را از خود بروز دهند. فرض کنید در یک خیابان شلوغ در حال پارک اتومبیل خود در محل مناسبی هستید؛ در همین حین، راننده دیگری با سرعت عمل بیشتر، محل پارک شما را تصاحب می‌کند و اتومبیل خودش را زودتر از شما در آنجا پارک می‌کند و قصد ترک محل را دارد. معمولاً همه ما در چنین مواردی درباره نوع واکنشی که باید نشان دهیم دچار سردرگمی می‌شویم؛ مردد می‌شویم. آیا گذشت کردن و جستجو برای یافتن جای پارک دیگر بهتر است یا اعتراض به راننده بی‌ملاحظه و وادار کردن وی به خارج کردن ماشین از محل؟ تجربه نشان داده است افراد محروم از این مهارت‌ها غالباً از استیفای حقوق خود ناتوان هستند و ناچار می‌شوند در این شرایط خاص، هزینه‌های زیادی را برای رفع و رجوع اشتباهات رفتاری خود بپردازند؛ چرا که فرد خشمگینی که به جای صحبت و مذاکره و طرح خواسته خود از طرف مقابل متوسل به خشونت می‌شود و گاهی این اشتباه به بهای نابودی زندگی خودش یا دیگران تمام می‌شود (دهقانی و همکاران، ۱۴۰۲: ۲۷۷ و ۲۷۸).

در فضای مجازی و در بستر شبکه‌های اجتماعی، مجموعه‌ای از راهکارهای مربوط به نحوه فعالیت برخط وجود دارد که مبانی نظری آن مسئولیت‌پذیر کردن کودکان در برابر محتوایی است که ایجاد می‌کنند و رفتاری که بروز می‌دهند؛ کودکان یاد می‌گیرند در برابر مسائل مختلفی که ممکن است در فضای سایبر تجربه کنند، گزینش‌های شایسته‌ای داشته باشند و به این ترتیب با مهارت‌های استفاده صحیح از فضا مجازی آشنا شوند. البته باید در جهت مؤثر واقع شدن این خط‌مشی‌ها، در موارد نقض عمدی، واکنش‌های و ضمانت اجراهای متناسبی اعمال کرد؛ مانند محرومیت از اینترنت، تماس با والدین دانش‌آموز و غیره. اما در موارد نقض غیر عمدی و تصادفی باید به عنوان فرصتی برای آموزش کاربران در خصوص شیوه اجتناب آن‌ها در مواجهه با مسائل مشابه در آینده، استفاده نمود (دهقانی و همکاران، ۱۴۰۲: ۲۷۸).

۵-۳. مهارت ارتباط با همسالان

کودکان در جریان تعامل با دیگران، ارزش‌ها، رفتارها و باورهای را که به عضویت آن‌ها در جامعه کمک می‌کند فرا می‌گیرند. بنابراین آموختن مهارت چگونگی ارتباط با همسالان از بسیاری خشونت‌ها و جرائم بعدی پیشگیری می‌کند. کودکان با درک تفاوت میان رفتارهای مثبت و منفی در دوستی‌ها، در تعاملات اجتماعی خویش آگاهانه‌تر عمل خواهند کرد. بسیاری از آن‌ها فاقد مهارت‌های لازم برای دوست‌یابی و حفظ دوستی‌ها هستند که به نظر می‌رسد اگر در دوران کودکی، آموزش ببینند می‌توانند روابطشان را بهبود بخشند و از رشد اجتماعی خود نتیجه بهتری بگیرند (دهقانی و همکاران، ۱۴۰۲: ۲۷۸). نیاز کودکان به برتری یافتن بر یکدیگر می‌تواند به رقابت ناسالم منجر شود؛ بسیاری از کودکان با تمسخر یکدیگر، بدجنسی می‌کنند و به همین جهت، به راحتی اختلاف پیدا می‌کنند؛ چرا که همسالان به آن‌ها فشار زیادی وارد می‌کنند تا مرتکب رفتارهای نادرست شوند، لذا جنجال میان دوستان، امر شایعی است.

از سوی دیگر، علاوه بر والدین و مربیان از دیگر عوامل مهمی که می‌تواند در شکل‌گیری شخصیت کودکان در استفاده از فضای مجازی نقش مهمی ایفاء کند، فرزندان یا اطرافیان بزرگ‌تر از آن‌ها هستند. البته سپردن مسئولیت به این همسالان برای خود آن‌ها نیز مفید خواهد بود، زیرا برای حفظ وجهه خود در برابر کوچک‌ترها، سعی می‌کنند مرتکب رفتار ناشایست نشوند چرا که به خوبی می‌دانند کوچک‌ترها رفتارشان را تعقیب کرده و منتظر تقلید هستند. شواهد نشان داده است به کارگیری این گروه در کنترل بزه و دیگر انحرافات اخلاقی و اجتماعی کودکان مفید بوده است؛ به همین جهت به نظر نمی‌رسد در هدایت فعالیت‌های برخط کوچک‌ترها نتیجه مغایری حادث شود در حقیقت این دسته از افراد که می‌توانند دانش آموزان، همسایگان یا بهتر از همه خواهرها و برادرهای بزرگ‌تر باشند؛ علاوه بر آن که به کوچک‌ترها نحوه استفاده

صحیح از فضای مجازی را می آموزند، مراقب اشتباهات آن‌ها نیز خواهند بود و چنانچه آموزش ببینند، می توانند با تذکرات صحیح از ارتکاب مجدد خطا جلوگیری کنند (دهقانی و همکاران، ۱۴۰۲: ۲۷۹).

۴-۵. مهارت اجتناب از رفتارهای فردی زمینه‌ساز جرم

مطالعات جرم‌شناختی نشان می‌دهد که در بسیاری از مواقع رفتار عمدی یا سهوی افراد موجبات تسهیل در بزه‌کاری و بزه‌دیدگی آن‌ها را فراهم می‌کند. دوری از خانواده و پناه بردن به افراد ناشناس، ارتباطات نامتعارف با افراد نامحرم در محیط‌های کاری، معاشرت با همسالان منحرف و مجرم، حضور در محافل تدخین مواد مخدر و بسیاری از موارد دیگر از مصادیق رفتارهایی هستند که عاملین آن‌ها را در معرض درگیر شدن در جرم یا انحراف قرار می‌دهد. بسیاری از افراد با این تصور که قدرت کنترل وضعیت را دارند خود را در وضعیت‌های پیش‌جنایی یا پرخطر قرار می‌دهند غافل از آن که ممکن است اوضاع از کنترل آن‌ها خارج شود و مورد سوء رفتار قرار گیرند. مشکل وقتی جدی‌تر می‌شود که این رفتارها به تدریج در اثر تکرار مبدل به عادت و فرهنگ شود که در آن صورت جایگزین کردن آن‌ها با رفتارهای صحیح بسیار دشوار خواهد بود. شناخت و اجتناب از این رفتارها موجب آسایش فرد و جامعه و کاهش آمار ارتکاب جرم خواهد بود (دهقانی و همکاران، ۱۴۰۲: ۲۷۹ و ۲۸۰).

تردیدی نیست اگر تمامی پیش‌بینی‌ها در خصوص عدم مواجهه کودکان با مسائل بی‌پرده جنسی در فضای مجازی در نظر گرفته شود باز هم صد در صد نتیجه بخش نیست و این امکان وجود دارد که کودکان به گونه‌های مختلف با این مسائل مواجه شوند؛ بنابراین باید با اتخاذ تدابیری آثار نامطلوب مواجهه با این موارد را به حداقل رساند. آموزش مهارت مواجهه با این وضعیت‌ها به کودک می‌تواند به عنوان یک راهبرد مناسب بکار گرفته شود تا به هنگام رویارویی آن‌ها را گزارش کند و از والدین و مربیان کمک بخواند؛ البته والدین نباید کودکی را که از آن‌ها استمداد کرده

مجازات کنند (دهقانی و همکاران، ۱۴۰۲: ۲۸۰). زیرا واکنش‌های نایجا می‌تواند آثار معکوس و عواقب نابهنجاری به دنبال داشته باشد. باید فضا به گونه‌ای باشد که کودکان، مسائل مبتلا به دنیای مجازی خود را آرام و آزاد- نه با اضطراب تنبیه و مجازات- مطرح کنند.

۵-۵. برگزاری کارگاه‌های آموزشی برای والدین

شواهد نشان می‌دهد خانواده‌های دارای خرده فرهنگ‌های بزهکارانه یا خانواده‌های برخوردار از سوابق سوء جرم و انحراف یا خانواده‌هایی که پرخاشگری در آن‌ها نهادینه شده معدنی از عوامل خطر هستند که بیش از همه، اعضای خانواده به ویژه کودکان را در معرض آسیب و انحراف قرار می‌دهند. از اهداف برنامه‌های پیشگیری رشدمدار، شکوفایی محبت متقابل میان والدین و فرزندان از طریق افزایش هم بستگی خانوادگی، آموزش والدین در خصوص چگونگی رشد و پیشرفت طفل، آموختن نگرش مسئولیت‌پذیری در قبال فرزندان و نیز چگونگی ارتباط درست با فرزندان و غیره می‌باشد. بدین منظور در پژوهش‌های انجام شده، مددکاران اجتماعی به عنوان مشاور به منازل رفته و مهارت‌های اجتماعی را آموزش داده‌اند. در یک پروژه صورت گرفته در شهر مونترال در میان مادران ۱۸ یا ۱۹ ساله‌ای که به لحاظ ناخواسته بودن حاملگی آماده ایفای وظایف مادری نبودند مددکار اجتماعی هفته‌ای یک بار نزد آن‌ها رفت و با شنیدن مشکلات آن‌ها چگونگی رفتار و بازی با کودک را آموزش داد. همچنین به والدین آموزش داده می‌شد که برای تربیت و پرورش صحیح طفل، ضمانت اجرای مناسب در نظر بگیرند. این پروژه درمانی برای یک گروه ۱۲ نفری از والدین به مدت ۱۳ هفته و هر هفته ۲ ساعت صورت گرفت (دهقانی و همکاران، ۱۴۰۲: ۲۸۰ و ۲۸۱). این تحقیق، تجربه بسیار موفقی تلقی شده و کارآیی پیشگیری رشد مدار را نمایان کرده است.

در پروژه دیگری در مونترال، برنامه این بود که بچه‌ها خود را کنترل کرده، هیجانات

و احساسات خود را شناسایی و اختلافات را حل کنند. برای انجام این مهم، از یک سو والدین برای روش‌های ایفای مهارت‌های اجتماعی آموزش می‌دیدند و از سوی دیگر، اطفال در قالب تشکیل جلسات، نقش‌های اجتماعی را به تدریج فرا می‌گرفتند. هدف این بود که اطفال بتوانند به عوامل محیطی پاسخ مناسب بدهند و این پاسخ صورت بگیرد تا منجر به ارتکاب جرم نشود. در خصوص یادگیری مهارت‌ها این اهداف مدنظر بود: اقدامات تنبیهی باید بتواند رفتارهای ضد اجتماعی را برای افراد مشخص کند؛ معاشرت با اطفال دیگر به آن‌ها اجازه الگوبرداری بدهد؛ ترس و اضطراب اطفال درمان شود و در نهایت به فرد قدرت گفتگو را آموزش می‌دهند. بدین منظور کارگاه‌هایی ۴ تا ۷ نفره تشکیل شد و دو مددکار اجتماعی رهبری این گروه‌ها را بر عهده گرفتند و مفاهیم مورد نظر را از طریق پخش فیلم و اجرای تئاتر با مشارکت اطفال مشکل‌دار و بی‌مشکل آموزش دادند. نتایج این پروژه نیز بسیار خوب ارزیابی شده است (دهقانی و همکاران، ۱۴۰۲: ۲۸۱). نتیجه آن که از آن جایی که اولین محیطی که توجه متصدیان پیشگیری رشد مدار را به خود جلب می‌کند، خانواده و به تبع آن والدین هستند؛ چنانچه بتوانیم با برگزاری کارگاه‌های مهارت‌افزایی، توصیه‌ها و آموزش‌های را به والدین منتقل کرده و آن‌ها را با خطرات و همچنین کارکردها، مزایا و معایب فضای مجازی و شبکه‌های اجتماعی بیشتر آشنا کنیم به ثمر بخشی اهداف تدابیر رشد مدار نزدیک خواهیم شد. به عنوان مثال، والدین پس از برگزاری کارگاه‌های آموزشی باید بتوانند مهارت‌های زیر را به فرزندان خود آموزش دهند:

۱. ایجاد حس مسئولیت‌پذیری و توانایی انتخاب گزینه‌های سالم به هنگام استفاده از فضای سایبر (فراگیری نحوه استفاده صحیح و بهینه از فضای مجازی)
۲. تصمیم‌گیری بجا و مناسب درباره محتوایی که قرار است مشاهده کنند و آموزش نحوه رویارویی با محتوای نامناسبی که ممکن است مشاهده کنند در جهت کاهش عواقب سوء آن (دهقانی و همکاران، ۱۴۰۲: ۲۸۲).

۵-۶. استفاده از ظرفیت رسانه‌های عمومی برای آموزش کودکان

از آنجایی که بسیاری از والدین و مربیان درباره ضرورت سلامت اینترنت یا ماهیت و میزان خطرات آن اطلاعات کافی در اختیار ندارند، استفاده از ظرفیت رسانه‌ها به ویژه رسانه ملی در این خصوص می‌تواند بسیار مؤثر و راهگشا باشد. این فرایند آموزشی می‌تواند به کودکان یاد دهد برای عدم مواجهه با موقعیت‌های ناامن چه کارهایی انجام بدهند یا انجام ندهند؛ همچنین در رسانه ملی مهارت‌های مختلف از قبیل مهارت‌های تفکر و قضاوت، به والدین و مربیان و سایر افرادی که می‌خواهند شیوه‌های مقابله با خطرات زندگی را به کودکان بیاموزند آموزش داده شود تا به هنگام مواجهه با خطرات، دچار سردرگمی نشوند. البته برنامه‌های رسانه‌های عمومی نمی‌توانند موضوعات پیچیده آموزشی را ارائه کنند؛ این برنامه‌ها برای انعکاس پیام‌های نسبتاً ساده مناسب هستند. به عنوان مثال، در ایالات متحده آمریکا در اواخر دهه ۱۹۸۰ یک برنامه تبلیغاتی گسترده با هدف آگاه‌سازی عمومی اعلام داشت: «ساعت ده شب است آیا می‌دانید فرزندان کجاست؟» به این ترتیب برنامه‌های مشابهی از سوی رسانه‌ها با موضوع سلامت اینترنت می‌تواند پیام‌های این چنینی منعکس کند (دهقانی و همکاران، ۱۴۰۲: ۲۸۲): «فعالیت‌های برخط امروز فرزندان چه بوده است؟»

شما هم می‌توانید یاد بگیرید چگونه از فرزندان در اینترنت محافظت کنید.

آیا به خودتان اجازه می‌دهید یک غریبه در اتاق خواب فرزندان باشد».

پیام اخیر برای ترغیب مردم به قرار دادن کامپیوتر در قسمت عمومی منزل می‌تواند مؤثر باشد (دهقانی و همکاران، ۱۴۰۲: ۲۸۳). لازم به ذکر است نشریات الکترونیکی و حتی شبکه‌های اجتماعی نیز می‌توانند نقش سازنده‌ای را در این مسیر ایفاء کنند به این شکل که فهرست جامعی از سایت‌های آموزشی را در قالب برنامه‌های آموزنده در اختیار مخاطبان قرار دهند.

۶. راهکارهای پیشگیری از آسیب‌های اجتماعی و فرهنگی و

بزهکاری کودکان در فضای مجازی

برای پیش‌گیری از آسیب‌های اجتماعی و فرهنگی و بزهکاری کودکان در فضای مجازی راهکارهای زیر قابل طرح است:

۱-۶. راهکارهای فرهنگی و اجتماعی رسانه‌ای

امروزه بخش‌های قابل ملاحظه‌ای از آسیب‌های اجتماعی و فرهنگی، مستقیم یا غیرمستقیم، متوجه رسانه‌های نوپدید می‌شود. بر این اساس که برای رسانه‌ها، می‌توان نقش‌های مثبت قائل شد و با مدیریت درست از آن‌ها می‌توان برای هدایت جامعه استفاده کرد. با وجود این، نمی‌توان از آسیب‌زایی رسانه‌های نوین غافل بود. رسانه‌ها در گسترش آسیب‌های اجتماعی نقش بسزایی دارند. به همین دلیل، طی دهه‌های گذشته در مطالعات انتقادی مرتبط با مباحث فرهنگی و اجتماعی، به تأثیر رسانه‌ها در افزایش ناهنجاری‌ها و آسیب‌های اجتماعی توجه فراوانی شده است (محسنی، ۱۳۸۹: ۴۷).

از آنجایی که رسانه‌های جمعی بر بزهکاری تأثیر دارند، می‌توانند در پیشگیری از بزهکاری نیز بسیار مفید باشند. بحث پیشگیری از جرم توسط حقوق‌دانانی مطرح شد که نظام کیفری را برای کاهش آثار جرم در جامعه ناکافی می‌دانستند. یکی از اولین پیشگامان این عرصه جرمی بنتام (۱۷۴۸-۱۸۳۲) حقوق‌دان و فیلسوف انگلیسی بود که به دنبال راه‌حلی برای محو یا حتی کاهش تعداد جرایم و در تلاش برای یافتن ابزاری مکمل برای نظام کیفری بود و لذا بر نقش آموزش و پرورش و به ویژه آگاهی از قوانین، دین و حکومت در نگهداری از کودکانی که پدران و مادرانشان نامناسب هستند و نیز فعالیت‌های فرهنگی و غیره تأکید کرد. در عصر امروز مهم‌ترین ابزار فعالیت‌های فرهنگی، رسانه‌های جمعی هستند که نقش آن در پیشگیری از وقوع جرم توسط جرم‌شناسان و حقوق‌دانان مشخص شده است (زمانی، ۱۴۰۲: ۸۶).

در قانون اساسی جمهوری اسلامی، دولت موظف است از وسایل ارتباط جمعی برای نیل به اهداف والای انسانی و اسلامی به نحو مطلوب استفاده کند. در بند ۲ اصل ۳ قانون اساسی، ارتقای سطح آگاهی عمومی در همه زمینه‌ها با استفاده صحیح از مطبوعات و رسانه‌های گروهی و سایر وسایل مورد تاکید قرار گرفته است. ماده ۴۴ قانون اصول و برنامه‌های صدا و سیما جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۷ شهریور ۱۳۶۱ یکی از مأموریت‌های صدا و سیما را آموزش عمومی برای آشنایی مردم با حقوق فردی و اجتماعی قانون اساسی می‌داند. بر اساس بند ۵ اصل ۱۵۶ قانون اساسی، قوه قضائیه موظف است در راستای سیاست‌های مثبت سازمان صدا و سیما و مطبوعات، نسبت به پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمان اقدامات مقتضی را اتخاذ کند. سایر رسانه‌ها باید از این ظرفیت‌های قانونی استفاده بهینه کنند. به ویژه با توجه به اصل ۱۷۵ قانون اساسی که مقرر می‌دارد: شورایی متشکل از نمایندگان رئیس جمهور، رئیس قوه قضائیه و دو نفر از اعضای شورای اسلامی بر این سازمان نظارت خواهند داشت (محسنی، ۱۳۸۹: ۴۷).

اگر رسانه‌ها رسالت خود را که یکی از آن‌ها اطلاع‌رسانی صحیح شناساندن قانون و غیره ... است به درستی انجام دهند و فقط به فکر جلب مخاطب برای رونق بخشیدن به تجارت خود نباشند می‌توانند از بسیاری از جرائم پیشگیری کنند؛ چون نقش مهمی در جامعه‌پذیری کودکان و الگودهی به آن‌ها دارند.

در چنین موقعیتی با توجه به هویت و فرهنگ کشور ما که ماهیتی دینی دارد، اشتباه‌های مدیران و کاربران در بهره‌برداری درست از این رسانه‌ها، ممکن است موجب تهدیدهای اساسی و آسیب‌های جدی به این هویت و سرانجام موجب بروز ناهنجاری‌های اجتماعی و فرهنگی شود. چنان که مطالعات مختلف وجود چنین تهدیدها و آسیب‌هایی را تأیید می‌کند. افزایش آثار نامطلوب استفاده نامناسب از اینترنت و بازی‌های رایانه‌ای در گسترش آسیب‌های اجتماعی به گونه‌ای است که

کارشناسان برای کاستن از این گونه آثار که جنبه فردی، خانوادگی، اجتماعی و فرهنگی دارد، پیشنهادهایی را مطرح کرده‌اند که به برخی از آن‌ها به منظور به کارگیری از راه رسانه‌ها اشاره می‌شود: پس از دوران دفاع مقدس عرصه اجتماع و فرهنگ به عرصه‌ای بسیار مهم تبدیل شد؛ به گونه‌ای که دشمنان نظام با یک تغییر موضع استراتژیک بخش عظیمی از توان تهاجمی خود را معطوف به ایجاد جریان‌ها و حجمه‌هایی بر ضد نظام با کمک رسانه‌ها، به ویژه فضای مجازی کرده‌اند. رهبر معظم انقلاب در دیدار با معلمان و کارگران در تاریخ ۱۳۹۶/۰۲/۱۲ به این نکته تأکید کرده و فرمودند: «الان، کارزاری برپاست شوخی نیست. جنگ نظامی تمام شد. الان یک کارزار فکری و فرهنگی و سیاسی در جریان است. هر کس بتواند بر این صحنه کارزار و نبرد تسلط پیدا کند، خبرها را بفهمد احاطه ذهنی داشته باشد و یک نگاه به صحنه بیندازد، برایش مسلم خواهد شد که الان دشمن از طرق فرهنگی بیشترین فشار خود را وارد می‌آورد (پویا، ۱۳۹۷: ۱۱۸).

بنابراین لازم است برای مواجهه با آسیب‌های مختلف فضای مجازی از جمله آسیب‌های اجتماعی و فرهنگی، راهکارهای رسانه‌ای یا قوانین خاص، تدوین و با پیگیری مجدانه سعی در پیاده‌سازی آن‌ها کرد. با توجه به محدودیت حجم، به صورت اختصار به بخشی از این راهکارها مطرح شده از سوی کارشناسان اشاره و تفصیل آن، به مجال مفصل دیگری واگذار می‌شود (زمانی، ۱۴۰۲: ۸۸).

(۱) افزایش سواد رسانه‌ای والدین و آشنایی آنان با کاربردها و پیامدهای رسانه‌های جدید که رسانه‌ها می‌توانند از طریق برنامه‌های مختلف، به طور مستقیم و غیرمستقیم این نیاز مهم در جامعه دینی امروز ما را پاسخ دهند.

(۲) آشناکردن نوجوانان و جوانان با خطرات ناشی از استفاده نادرست از فناوری‌های جدید رسانه‌ای و آموزش آنان برای بهره برداری هرچه بهتر و ایمن‌تر از این رسانه‌ها که لازم است در برنامه‌های ویژه آنان با حفظ جذابیت و اقناع‌کنندگی لازم اجرا شود.

- (۳) توصیه اکید به خانواده‌ها با همراهی مدارس که استفاده از اینترنت در سنین پایین فرزندان فقط با نظارت خانواده صورت گیرد و تلفن همراه مستقل پس از دوران ابتدایی و راهنمایی و توأم با آموزش‌های لازم در اختیار فرزندان قرار داده شود. انجام این کار مهم نیز از طریق برنامه‌های مختلف رسانه‌ها، باید به اطلاع والدین برسد و با همکاری آموزش و پرورش، برای تحقق آن فرهنگ‌سازی شود.
- (۴) تلاش همه جانبه رسانه‌ها با هماهنگی دیگر نهادهای مرتبط برای جایگزین کردن فعالیت‌های تفریحی سالم مانند شرکت در فعالیت‌های ورزشی، هنری، علمی و ... به جای استفاده بی‌رویه از اینترنت و فضای مجازی برای سنین مختلف به ویژه نوجوانان و جوانان
- (۵) زمینه‌سازی برای مهارت آموزی در زمینه مشاغل گوناگون که بخشی از اوقات فراغت کاربران نوجوان و جوان را پر می‌کند که این اقدام نیز به فعالیت رسانه‌ها با همکاری سازمان‌ها و نهادهای مرتبط نیازمند است.
- (۶) افزایش علاقه و ایجاد انگیزه در نسل جدید برای حضور در مراسم دینی و مناسبت‌های مذهبی که علاوه بر پر کردن اوقات فراغت موجب تقویت پایه‌های اعتقادی و انگیزشی دینی در آنان می‌شود. این اقدام نیز از طریق رسانه‌ها و با همکاری و هماهنگی نهادهای مرتبط صورت می‌گیرد (پویا، ۱۳۹۷: ۱۱۸).

۲-۶. راهکارهای تربیتی مقابله با کارکردهای منفی فضای مجازی

- مطلب دیگر در مورد تاثیرگذاری فضای مجازی بر شخصیت و رفتار کودکان و نوجوانان این است که روانشناسان و پژوهشگران مسائل تربیتی پیشنهادهایی برای کاستن از مضرات و خطرات آن ارائه داده‌اند (نیازپور، ۱۳۸۹: ۳۵۴):
- (۱) خانواده‌ها در چهار درجه اول باید نقش فعالی در کمک به کودکان در فهم و درک آنچه در تلویزیون می‌بینند، داشته باشند.
- (۲) پدر و مادر بایر به کودکان خود این حقیقت را یاد بدهند که مضامین داستان‌ها و

فیلم‌ها و برنامه‌های تلویزیون واقعیت ندارد و هر آنچه که در صفحه تلویزیون مشاهده می‌کنند واقعی نپندارند و آن را با واقعیت بسنجند.

(۳) محدود کردن ساعت‌هایی که کودکان برنامه‌های تلویزیونی مشاهده می‌کنند.

(۴) سازندگان برنامه‌های رسانه‌های تصویری از قبیل رایانه، تلویزیون و ... باید در ساختن برنامه‌های خود از متخصصان اهل فن، روانشناسان، جامعه‌شناسان، کارشناسان علوم تربیتی و ... کمک بگیرند. مثلاً «مدرسه موش‌ها» در ایران ساخته شده است که در عین داشتن جاذبه، جنبه آموزشی دارد و عاری از جنبه‌های خشونت‌آمیز است.

(۵) مسئولان رسانه‌های تصویری می‌توانند بعضی از برنامه‌های مفید علمی، تربیتی، اجتماعی و آموزشی برای کودکان و نوجوانان را از سایر کشورها خریداری کنند، به طوری که منطبق با فرهنگ کشور باشد. فن‌آوری ماهواره و آمار تقریبی آن ابتدا چنین به نظر می‌رسید که پیشرفت رسانه‌های ماهواره‌ای مطلقاً و بی‌قید و شرط، پدیده‌ای مطلوب است و برای تحقق دهکده جهانی ضرورت تام دارد، حال آن که در تجربه کوتاه و چندین ساله، معلوم شد که برخی از پیامدهای سوء این پدیده از حیث فرهنگی آسیب‌زا است (حیدری و شیرانی، ۱۳۹۵: ۹).

آلویس تافلر، نویسنده و منتقد اجتماعی، می‌نویسد: تکنولوژی ماهواره‌ای و دیگر رسانه‌های جدید، فرهنگ‌های ملی را از هم می‌پاشند ... و این ارتباط متقاطع، به هر حال تهدیدی است برای هویت ملی که حکومت‌ها برای مقاصد شخصی خود سعی در حفظ و انتشار آن دارند. گفتنی است: فرایند ارتباطات از راه دور و استفاده از ماهواره و دیگر رسانه‌های گروهی برای پخش امواج در سطح گسترده شمشیری دو لبه است که می‌تواند پیامدهای مثبت و منفی را به دنبال داشته باشد. الگوگزینی نوجوانان و جوانان از رسانه‌های تصویری در دهه‌های اخیر توجه پژوهش‌گران روان‌شناسی را به خود جلب کرده است (نیازپور، ۱۳۸۹: ۵۰).

طبق آمار، در سال ۱۳۷۷ از جمعیت ۶۷ میلیونی کشور، حدود ۳۵ درصد نوجوانان و جوانان به تلویزیون ماهواره‌ای دسترسی داشتند و روزانه بین ۲ تا ۳ ساعت برنامه‌های این تلویزیون را تماشا می‌کردند. بالاترین میزان بهره‌مندی، روزانه ۴/۵ ساعت و پایین‌ترین آن روزانه ۱ ساعت برآورد شده است. طبق آمار، ۷۳ درصد از جوانان مراکز استان‌ها به راحتی به ماهواره دسترسی دارند. جوانان تهرانی در استفاده از ماهواره رتبه نخست را دارند و پس از آن، جوانان شهرها و روستاهای چهارمحال و بختیاری و آذربایجان، رتبه‌های بعدی را کسب کرده‌اند و قم، خوزستان، سیستان و بلوچستان، یزد، خراسان و اردبیل در رتبه‌های بعدی کابرن ماهواره قرار می‌گیرند. رویکرد نامناسب به ماهواره‌ها امروزه جوانان زمان زیادی از شبانه روز را به تماشای برنامه‌های ماهواره اختصاص می‌دهند و همین امر سبب سستی نظام بیشتر خانواده‌های ایرانی شده است (نیازپور، ۱۳۸۹: ۵۱).

برخی کارشناسان معتقدند امروزه جوانان وسایل ارتباط جمعی ساده؛ همانند تلویزیون و یا ویدئو را جوابگوی نیازهای خود نمی‌دانند، به همین علت همیشه به دنبال راهی هستند که از راه‌های مختلف با دنیای بیرون از خود در ارتباط باشند. برنامه‌های ماهواره‌های زمینه‌ساز مفاسد اخلاقی و اجتماعی است و بیشتر از آنکه برای نسل امروز و به طور کلی مردم مفید باشد، خطرناک و مضر است. واقعیت است که ماهواره همچون دیگر ابزار بشری می‌تواند به آرمان‌های تعالی بخش انسان‌ها و جوامع خدمت یا خیانت کند؛ زیرا قابلیت برنامه‌های ماهواره‌ای به گونه‌ای است که به یک اندازه می‌توان از آن‌ها بهره‌برداری مطلوب یا نامطلوب کرد (مک لوهان، ۱۳۷۷: ۵۶).

یک آسیب‌شناس اجتماعی درباره آثار ماهواره بر روی جوانان می‌گوید: با وجود اینکه برنامه‌های ماهواره‌ای محتوای علمی و آموزنده نیز دارند، امروزه بیشتر جوانان ماهواره را برای استفاده از برنامه‌های علمی آن انتخاب نمی‌کنند و بیشتر تمایل به دیدن برنامه‌هایی دارند که آن‌ها را در برنامه‌های داخل کشور نمی‌یابند و در واقع به خاطر

برنامه‌های مبتذل و مستهجن از ماهواره استفاده می‌کنند که زمینه انحراف و سقوط اخلاقی در این برنامه‌ها برای قشر جوان بسیار زیاد است (معظمی، ۱۳۸۶: ۲۲).

اشاعه فحشا و بیبند و باری یکی از کارکردهای رسانه‌های جمعی به ویژه ماهواره مفهوم سازی و به تبع آن شکل دادن به هنجارهای مناسب با آن مفهوم است. بر این اساس ارائه تصویرهای مستهجن و مبتذل و خلاف عفت عمومی از طریق ماهواره نمایش آن‌ها یکی از عوامل گسترش بی‌بند و باری و به فحشا کشاندن جوانان از نوع جرایم جنسی است. دشمن که همواره اشاعه فرهنگ دینی و اعتقاد به خداوند و معنویات را مانع اصلی هدف‌های خود می‌بیند برای کم رنگ کردن این اعتقادات با ایجاد خلل در اعتقادات قشر جوان در به انحراف کشاندن و بی‌هویت کردن آنان می‌کوشد (حیدری و شیرانی، ۱۳۹۵: ۹).

قرآن کریم درباره خطر اشاعه زشتی‌ها در جامعه اسلامی هشدار می‌دهد و می‌فرماید: کسانی که دوست دارند زشتی‌ها در میان مردم با ایمان شیوع یابد عذاب دردناکی برای آن‌ها در دنیا و آخرت است و خداوند می‌داند و شما نمی‌دانید (نور/ ۱۹). در واقع از دیدگاه و منطق قرآن بازگو کردن زشتی‌ها و ارائه و ترویج آن‌ها، نهی شده است؛ زیرا موجب آشکارسازی زشتی‌ها و برملا شدن آن‌ها می‌شود. گرچه به صفر رساندن کارکردهای منفی برخی از رسانه‌های جمعی مانند تلویزیون امکان‌پذیر نیست ولی نباید نسبت به آن‌ها بی‌تفاوت بود. از این رو باید تمام هم خود را به کار بست تا این کارکردهای منفی به حداقل ممکن برسند (محمدی و همکاران، ۱۳۹۷: ۲۴۸). به برخی از این راهکارها اشاره می‌گردد:

- (۱) استفاده از تراشه رایانه‌ای V-ship: می‌توان این وسیله را در دستگاه تلویزیون کار گذاشت تا والدین به کمک آن بتوانند در برنامه‌هایی که تصور می‌کنند برای فرزندانشان مناسب نیست، اختلال ایجاد کنند.
- (۲) متولیان امر سعی کنند برنامه‌های مخصوص بزرگسالان را زمانی پخش کنند که تا حد امکان کودکان موفق به دیدن آن‌ها نشوند.

- (۳) والدین و مربیان درباره اهداف آگهی‌های تجاری و این که چگونه باید آن‌ها را ارزیابی کنند، با کودکان حرف بزنند.
- (۴) برنامه ریزی خانواده‌ها به گونه‌ای باشد که کودکان کمترین فرصت را برای تماشای برنامه‌های تلویزیونی آن هم برنامه‌های مخصوص خود داشته باشند.
- (۵) والدین همراه کودکان تلویزیون تماشا کنند و درباره داستان‌ها و اطلاعات نمایش داده شده آن صحبت کنند؛ درباره این که موقعیت‌هایی که در تلویزیون ارائه شده، چگونه ممکن است با زندگی واقعی همخوان باشد یا نباشد حرف بزنند.
- (۶) اندیشه‌ها و پیشنهادهایی را که در برنامه‌های آموزشی ارائه می‌شود با فعالیت‌هایی که در خانه یا کلاس صورت می‌گیرد پیگیری کنند. چنین فعالیت‌هایی به کودکان کمک خواهند کرد تا از اطلاعاتی که از تلویزیون ارائه می‌شوند فعالانه‌تر استفاده کنند.
- (۷) کودکان را تشویق کنند که از میان انواع برنامه‌های تلویزیونی دست به انتخاب بزنند؛ آن‌ها را علاوه بر برنامه‌های کودکان، با اخبار، ویژه برنامه‌های علمی، فیلم‌های کلاسیک و برخی اخبار و رویدادها آشنا کنند.
- (۸) والدین از سی‌دی‌هایی که از نظر سنی برای کودکان مناسب است برای اوقاتی که آن‌ها در خانه هستند و یا زمانی که تشخیص می‌دهند یک برنامه تلویزیونی مناسب طبع یا سن کودک نیست استفاده کنند.
- (۹) محدود کردن تماشای تلویزیون کودکان باید در دستور کار برنامه‌های بهداشتی قرار گیرد.
- (۱۰) توسط متولیان امر، قفل‌های الکترونیکی در اختیار والدین قرار گیرد تا در برنامه‌ریزی تلویزیون به والدین کمک نمایند (محمدی و همکاران، ۱۳۹۷: ۲۴۹).

نتیجه گیری

رسانه‌های اجتماعی می‌توانند نقش مهمی در بزهکاری اطفال و نوجوانان داشته باشند. با این حال، لازم است که با توجه به جنبه‌های منفی این رسانه‌ها اقدامات پیشگیرانه و مقابله‌ای مناسبی انجام شود. سیاست جنایی ایران در این زمینه شامل آموزش، کنترل محتوا، حمایت از قربانیان و قانون‌گذاری است. از یک سو، این رسانه‌ها می‌توانند به عنوان ابزاری برای آگاهی‌رسانی، آموزش و ارائه حمایت‌های اجتماعی مورد استفاده قرار گیرند. از سوی دیگر، محتوای نامناسب، خشونت‌آمیز و ترویج‌دهنده رفتارهای مجرمانه در این رسانه‌ها می‌تواند به افزایش بزهکاری در این گروه سنی منجر شود. سیاست جنایی ایران در این زمینه شامل اقداماتی مانند آموزش عمومی، کنترل محتوای فضای مجازی و حمایت از قربانیان جرایم مرتبط با رسانه‌های اجتماعی است.

نقش مثبت رسانه‌های اجتماعی در پیشگیری از بزهکاری اطفال و نوجوانان شامل ۱- آگاهی‌رسانی: رسانه‌های اجتماعی می‌توانند اطلاعاتی در مورد خطرات بزهکاری، راه‌های پیشگیری و حمایت‌های قانونی و اجتماعی ارائه دهند. ۲- آموزش: این رسانه‌ها می‌توانند به عنوان ابزاری برای آموزش مهارت‌های زندگی، حل مسئله و مقابله با فشارهای همسالان مورد استفاده قرار گیرند. ۳- حمایت اجتماعی: رسانه‌های اجتماعی می‌توانند فضایی برای ارتباط و حمایت از نوجوانان آسیب‌دیده فراهم کنند و به کاهش احساس انزوا و تنهایی آنها کمک کنند. در واقع، رسانه‌های جمعی با توانمندی‌های خاص خود می‌توانند نقشی مؤثر در حل مسائل جامعه ایفا کنند. این رسانه‌ها، با عملکردهایی مانند فرهنگ‌سازی، مشارکت اجتماعی و آموزش، خدمات بزرگی به جامعه بشری ارائه می‌دهند. بررسی تحولات تاریخی دو قرن اخیر نشان می‌دهد که افکار عمومی تا چه حد تحت تأثیر ابزارهای رسانه‌ای بوده است.

نقش منفی رسانه‌های اجتماعی در پیشگیری از بزهکاری اطفال و نوجوانان شامل:

۱- ترویج خشونت: محتوای خشونت‌آمیز، بازی‌های خشن و فیلم‌های حاوی صحنه‌های

جرم و جنایت می‌توانند تأثیر مخربی بر رفتار نوجوانان داشته باشند و آنها را به سمت بزهکاری سوق دهند. ۲- تبلیغ مواد مخدر و الکل: برخی از رسانه‌های اجتماعی، به تبلیغ و ترویج مواد مخدر و الکل می‌پردازند که این امر می‌تواند به اعتیاد و ارتکاب جرایم مرتبط با مواد مخدر در نوجوانان منجر شود. ۳- قربانی شدن در فضای مجازی: نوجوانان ممکن است در معرض آزار و اذیت سایبری، کلاهبرداری و سایر جرایم مرتبط با رسانه‌های اجتماعی قرار گیرند. بنابراین نقش رسانه‌ها در ایجاد بزهکاری یا آسیب‌دیدگی نیز غیرقابل انکار است. برای کنترل این تأثیرات لازم است سیاست‌هایی هدفمند برای اصلاح محتوای رسانه‌های داخلی اعمال شود و هجوم رسانه‌های خارجی نیز پایش گردد. کودکان دارای خلأهای عاطفی یا فقدان محیط خانوادگی سالم بیش از دیگران در معرض خطر محتوای ناسالم رسانه‌ها قرار دارند.

ابزارهای ارتباط جمعی، چه مجازی و چه غیرمجازی، می‌توانند برنامه‌های خود را مطابق با نیازهای جامعه طراحی کنند. این امر مستلزم درک دقیق نیازهای روانی و اجتماعی مردم است تا برنامه‌ها متناسب با ساختار فرهنگی و مطالبات جامعه ارائه شود. همچنین ضروری است محتوای فرهنگی از بطن جامعه گرفته شده و با خلاقیت هنری ترکیب شود تا نتیجه‌ای ارزشمند، جذاب و هماهنگ با شرایط اجتماعی کاربران حاصل گردد. تأثیرات رسانه‌های جمعی در بروز انحرافات اجتماعی اغلب ناشی از رویکرد سازندگان و مدیران این برنامه‌ها است که ممکن است آگاهانه یا ناآگاهانه محتوایی ارائه دهند که انحراف‌آفرین باشد. باید توجه داشت که این رسانه‌ها در تقویت باورهای عمومی یا گاهی سرکوب آن‌ها نقشی تعیین‌کننده دارند. کودکان و نوجوانان امروزی همه چیز را از رسانه‌ها می‌بینند، یاد می‌گیرند و تقلید می‌کنند؛ امری که ممکن است در بلندمدت تهدیدزا باشد. کاهش زمان تعامل خانواده‌ها با فرزندان نیز به این مسئله دامن زده و کودکان بیشتر زمان خود را صرف تماشای تلویزیون یا استفاده از ابزارهای دیجیتال می‌کنند.

ایجاد شبکه‌ها و نشریات مخصوص کودکان که دارای محتوای حمایتی و دلگرم‌کننده متناسب با اهداف اسلامی و ملی باشد، می‌تواند مانع از انحراف آن‌ها به سمت رسانه‌های بیگانه شود. این امر مستلزم تصویب قوانین مرتبط، پیشگیری کیفی، ارائه آموزش‌های عمومی، خدمات زیست‌محیطی مناسب و اصلاح برنامه‌های فرهنگی و اجتماعی است. همچنین باید به اقشار آسیب‌پذیر توجه نمونه و شرایط کلی جامعه را بهبود بخشید. بر اساس اصل ۴۴ قانون اساسی کشور ما کنترل رادیو و تلویزیون در اختیار بخش دولتی قرار دارد و نظارت آن نیز طبق اصل ۱۷۵ اعمال می‌شود. محدودیت حضور بخش خصوصی سبب کاهش رقابت و تأثیر منفی بر کیفیت برنامه‌ها شده است. علاوه بر این فاصله میان نسل جدید و فرهنگ سنتی به همراه کمبود منابع مالی و اعمال سلیقه‌های مدیریتی باعث شده رسانه‌های داخلی نتوانند به شکل شایسته‌ای با رسانه‌های خارجی رقابت کنند. هرچند تلاش‌هایی برای گسترش شبکه‌ها صورت گرفته اما همچنان کمبودها احساس می‌شود.

سیاست جنایی ایران در این زمینه شامل: ۱- آموزش عمومی: آموزش والدین، معلمان و نوجوانان در مورد خطرات رسانه‌های اجتماعی و نحوه استفاده صحیح از آنها. ۲- کنترل محتوای فضای مجازی: تلاش برای فیلتر کردن محتوای نامناسب و مجرمانه در فضای مجازی و مسدود کردن سایت‌ها و صفحات حاوی این نوع محتوا. استفاده از ابزارهایی مانند سانسور، فیلترینگ یا پارازیت تنها زمانی قابل توجه است که همراه با فرهنگ‌سازی گسترده باشد. باید افراد جامعه را نسبت به نیت تولیدکنندگان محتوای رسانه‌ای آگاه کرد تا توانایی تحلیل اطلاعات را داشته باشند. آگاهی از روش‌های تولید محتوا به‌ویژه در دنیای دیجیتال اهمیت بسیاری دارد. ۳- حمایت از قربانیان: ارائه خدمات حمایتی و مشاوره‌ای به نوجوانانی که در فضای مجازی قربانی جرایم شده‌اند. ۴- قانون‌گذاری: تصویب قوانین برای مقابله با جرایم مرتبط با رسانه‌های اجتماعی و مجازات مرتکبان این جرایم. ۵- همکاری بین‌المللی: همکاری با سایر کشورها برای مقابله با جرایم سایبری و تبادل اطلاعات در این زمینه.

همچنین سیاست‌های اصلاحی مانند کاهش احتمال تکرار جرم از طریق بازپروری بزهکاران، افزایش تعهد اجتماعی، آگاهی‌بخشی عمومی، ایجاد سیاست‌های پیشگیرانه و مدیریت هوشمندانه جرم باید مورد توجه قرار گیرد. این اقدامات نیازمند برنامه‌ریزی دقیق هستند تا سطح جرایم کاهش یابد.

پیشنهادها

با توجه به اهمیت و ضرورت حمایت قانونی از کودکان و چالش‌های موجود در فضای مجازی، پیشنهادات ذیل قابل ارائه است:

۱. پیشنهاد می‌گردد با شناسایی و تحلیل عواملی که موجب آسیب‌پذیری کودکان در فضای مجازی می‌شوند، اقدامات قانونی و تربیتی مؤثری برای ایجاد محیطی ایمن و سالم به نفع کودکان انجام شود. این امر نیازمند مشارکت نهادهای اجتماعی مانند خانواده، محیط‌های آموزشی، سازمان‌های دولتی و بین‌المللی است. همچنین، توانمندسازی و تقویت ظرفیت کودکان برای تعامل امن در فضای مجازی باید مورد توجه قرار گیرد.

۲. به منظور حمایت جامع از کودکان و تأمین حق تربیت متناسب با فضای مجازی برای گروه‌های مختلف سنی پیشنهاد می‌شود از راهکارها و سیاست‌های تقنینی بهره جست. مقررات حمایتی باید در چارچوب قوانین ملی هر کشور و در راستای استانداردهای بین‌المللی تنظیم شده و هدف آن محافظت از کودکان در برابر هرگونه سوءاستفاده با توجه به منافع عالیه آنان باشد.

۳. لازم است صاحب‌نظران حوزه دین با بازنگری در مفاهیم و عناصر حمایتی برداشت‌های نوینی از اصول تربیت دینی ارائه دهند. این مفاهیم باید به گونه‌ای عقلانی و منطقی بازتعریف شده و به ترویج تربیت رسانه‌ای در سطح جهانی به ویژه برای کودکان، کمک کنند.

۴. انجام تحقیقات گسترده درباره اقدامات حقوقی و تربیتی برای جداسازی بخش‌های مناسب کودکان و نوجوانان در فضای مجازی پیشنهاد می‌شود. در این راستا، ارائه محصولات و خدمات متناسب با رده‌بندی سنی و جنسی کودکان ضروری است. همچنین باید نظام‌های قانونی و نظارتی مناسبی برای سالم‌سازی فضای مجازی ایجاد شود. شناسایی هویت مدیران شبکه‌ها و سایت‌های پرطرفدار و تدوین قوانین حقوقی مرتبط نیز می‌تواند نقشی مؤثر در این زمینه ایفا کند.

فهرست منابع

۱. سلیمی، علی؛ داوودی، محمد (۱۳۸۰). جامعه‌شناسی کجروی، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۲. غلامی، حسین (۱۳۹۹). تکرار جرم، انتشارات سمت.
۳. محسنی، منوچهر. (۱۳۸۹). جامعه‌شناسی جامعه اطلاعاتی، تهران: انتشارات دیدار.
۴. معظمی، شهلا (۱۳۹۰). بزهکاری کودکان و نوجوانان، تهران: دادگستر.
۵. مک لوهان، مارشال (۱۳۷۷). برای درک رسانه، ترجمه سعید آذزی، مرکز تحقیقات، مطالعات و سنجش برنامه‌ای صدا و سیما، تهران.
۶. احمدی، حبیب؛ ایمان، محمد تقی (۱۳۹۴). فرهنگ فقر، حاشیه‌نشینی و گرایش به رفتار بزهکارانه در میان جوانان حاشیه‌نشین ده پیاله شیراز، مجله پژوهشی علوم انسانی دانشگاه اصفهان، دوره ۱۹، شماره ۲.
۷. پویا، علیرضا (۱۳۹۷). نقش رسانه‌های جمعی در پیشگیری از آسیب‌های اجتماعی با رویکرد قرآنی، فصلنامه مطالعات اسلامی آسیب‌های اجتماعی. شماره ۱.
۸. حیدری، مسعود؛ شیرانی، پویا (۱۳۹۵). تأثیر فضای مجازی بر بزهکاری اطفال و نوجوانان معارض با قانون، کنفرانس مرکز بین‌المللی دانشگاه شیراز، صص ۱۰-۵.
۹. دهقانی، روح‌الله؛ شیدائیان آرانی، مهدی؛ میرخلیلی، سید محمود؛ دارابی، شهرداد (۱۴۰۰). نقش امر به معروف و نهی از منکر در پیشگیری از جرائم مرتبط با شبکه‌های اجتماعی، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۲۴، صص ۹۱-۱۱۴.
۱۰. دهقانی، روح‌الله؛ شیدائیان آرانی، مهدی؛ میرخلیلی، سید محمود؛ دارابی، شهرداد (۱۴۰۲). پیشگیری رشد مدار از جرائم مرتبط با شبکه‌های اجتماعی، فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۳۱، صص ۲۹۲-۲۶۷.

۱۱. رهگشا، امیرحسین (۱۳۹۶). پیشگیری رشدمدار از بزهکاری کودکان و نوجوانان در فضای سایبر، ماهنامه آفاق علوم انسانی، شماره دهم، بهمن.
۱۲. سرداری، داور؛ سرداری، عوض (۱۳۹۵). تأثیر رسانه‌ها در پیشگیری از وقوع جرم با تأکید بر پیشگیری از جرائم کودکان بزهکار، کنفرانس مرکز دانشگاه بین‌المللی شیراز، صص ۶-۲.
۱۳. محمدی، شهرام؛ بیژنی میرزا، طیبه؛ حاتمی، مهدی (۱۳۹۷). نقش خانواده، مدرسه و رسانه در پیشگیری از وقوع جرم با تأکید بر معیارهای بین‌المللی حاکم بر تعهد دولت‌ها در آموزش افراد، فصلنامه علمی پژوهشی تدریس پژوهی، شماره ۴، صص ۲۵۴-۲۳۳.
۱۴. معظمی، شهلا (۱۳۸۶). پیشگیری جرم شناختی، فصلنامه پژوهشی تحلیلی و آموزشی مجد (حقوقی)، سال اول، تهران.
۱۵. نیازپور، امیرحسین (۱۳۸۹). سرعت بخشی به فرآیند کیفری: سازوکاری برای پیش‌گیری از بزهکاری، مجله پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۲۸ (۱۲)، تهران.
۱۶. زمانی، صادق (۱۴۰۲). نقش رسانه‌ها در بزهکاری اطفال و نوجوانان و راهکارهای پیشگیری از منظر جرم‌شناسی رشدمدار با تأکید بر شبکه‌های مجازی، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد رشته حقوق کیفری اطفال و نوجوانان، دانشگاه مفید، دانشکده حقوق، صص ۴۹-۴.

فرسودگی شغلی^۱ در جامعه وکالت: تعارض کار و زندگی در وکالت؛ پیامدهای روانی و راهکارهای مبتنی بر روانشناسی مثبت‌گرا

رامین منصف کسمائی پژوهشگر روانشناسی حوزه جرم و کارآموز کانون وکلای
دادگستری گیلان

وکالت حرفه‌ای است که همواره در ذهن جامعه با شکوه و منزلت همراه بوده است؛ حرفه‌ای که بر دوش کسانی قرار دارد که مدافع حقوق، عدالت و کرامت انسانی‌اند. اما در پس این شکوه ظاهری، فشارهایی نهفته است که آرام‌آرام روان و جسم و کیل را درگیر می‌سازد. بسیاری از مردم تصور می‌کنند وکیل همان کسی است که با تسلط بر قوانین و مهارت در سخن، به راحتی در دادگاه‌ها به دفاع از موکلان می‌پردازد، اما واقعیت این است که بار روانی و عاطفی این حرفه بسیار فراتر از آن چیزی است که در نگاه نخست به چشم می‌آید. مواجهه روزمره با رنج، بی‌عدالتی، اتهام، ناکامی و سرنوشت انسان‌ها، ذهن و روان وکیل را در معرض فرسودگی مزمن قرار می‌دهد.

فرسودگی شغلی مفهومی است که در روانشناسی صنعتی و سلامت شغلی جایگاه مهمی یافته است. این پدیده در مشاغل بروز بیشتری دارد که با انسان و مسائل انسانی سر و کار دارند. در میان پزشکان، معلمان، پرستاران و مددکاران اجتماعی، وکلای نیز جایگاه ویژه‌ای در معرض خطر دارند. الگوی مسلح و جکسون فرسودگی شغلی را شامل سه بعد تحلیل عاطفی، مسخ شخصیت و کاهش کارآمدی فردی معرفی می‌کند. این سه بعد به روشنی در جامعه وکالت قابل مشاهده‌اند. وکیل بارها خود را در موقعیت‌هایی می‌یابد که در آن توان روانی‌اش تحلیل می‌رود، انرژی ذهنی‌اش کاهش می‌یابد و برای محافظت از خود، به ناچار نوعی فاصله‌گیری هیجانی از موکلان و مسائل آنان پیدا می‌کند. در نهایت، این روند به احساس ناکارآمدی و کاهش اعتمادبه‌نفس شغلی منجر می‌شود.

1. Burnout

یکی از عوامل اساسی در بروز فرسودگی، تعارض میان کار و زندگی است. وکلا به دلیل الزامات حرفه‌ای ناچارند ساعات طولانی درگیر پرونده‌ها باشند. حجم انبوه کار، رقابت در بازار وکالت، انتظارات موکلان و حساسیت نتایج دعاوی باعث می‌شود که مرزهای شغلی و زندگی شخصی به‌سختی از هم تفکیک شوند. وکیل حتی در زمان استراحت در خانه نیز ذهنی درگیر دارد و نمی‌تواند به راحتی از فشار روانی رها شود. این امر به اختلال در روابط خانوادگی، کاهش کیفیت ارتباطات اجتماعی و حتی به نوعی احساس تنهایی مزمن منجر می‌شود. بسیاری از وکلا از آن شکایت دارند که دوستان و نزدیکانشان توان درک فشارهای روانی این حرفه را ندارند و همین شکاف عاطفی به تعمیق فرسودگی کمک می‌کند.

پیامدهای روانی فرسودگی شغلی در جامعه وکالت گسترده است. افسردگی یکی از بارزترین نتایج است. وکیل در مواجهه مداوم با شکست‌ها، ناامیدی‌ها و فشارهای بیرونی، به تدریج احساس بی‌معنایی می‌کند. اضطراب نیز بخش دیگری از پیامدهاست. ترس از شکست در پرونده، نگرانی از آینده حرفه‌ای، رقابت‌های شدید، و حتی ترس از قضاوت جامعه و کانون وکلا می‌تواند اضطرابی مداوم ایجاد کند. اختلالات خواب، سردردهای مزمن، مشکلات گوارشی و سایر علائم روان‌تنی نیز در میان وکلا شایع است.

از منظر اجتماعی، فرسودگی شغلی می‌تواند کیفیت خدمات حقوقی را کاهش دهد. وکیلی که از لحاظ روانی فرسوده است، ممکن است دقت و تمرکز لازم را در دفاع از حقوق موکل نداشته باشد. این امر نه تنها به ضرر موکل تمام می‌شود، بلکه عدالت اجتماعی را نیز خدشه‌دار می‌کند. جامعه‌ای که وکلای آن خسته و فرسوده‌اند، در مسیر احقاق حق و عدالت آسیب‌پذیر خواهد بود.

با این حال، راهکارهایی برای مقابله با این وضعیت وجود دارد. یکی از مهم‌ترین رویکردها، روانشناسی مثبت‌گراست. این شاخه از روانشناسی که توسط مارتین سلیگمن

و همکاری‌های مطرح شد، بر شناسایی و پرورش توانمندی‌های فردی و جمعی تأکید دارد. به جای تمرکز بر کاستی‌ها و بیماری‌ها، روانشناسی مثبت‌گرا به دنبال آن است که انسان را در مسیر شکوفایی و معناجویی قرار دهد. در حرفه و کالت نیز می‌توان از این رویکرد بهره گرفت. پرورش تاب‌آوری نخستین گام است. تاب‌آوری به معنای توانایی بازگشت به حالت اولیه پس از تجربه فشار یا بحران است. و کیلی که تاب‌آوری بالاتری دارد، در برابر فشار پرونده‌ها و شکست‌های اجتناب‌ناپذیر حرفه‌ای مقاوم‌تر خواهد بود.

تمرین معناجویی نیز یکی از ابزارهای مهم است. و کیلی باید بتواند حرفه خود را فراتر از یک شغل اقتصادی ببیند و آن را به عنوان رسالتی در جهت عدالت و خدمت اجتماعی درک کند. چنین معناجویی‌ای به او قدرت می‌دهد تا سختی‌ها را تحمل کند. امید و خوش‌بینی نیز از دیگر مؤلفه‌های روانشناسی مثبت‌گرا هستند. پژوهش‌ها نشان داده‌اند که وکلایی که نگرش مثبت‌تری به آینده دارند و شکست‌ها را موقتی تلقی می‌کنند، کمتر دچار فرسودگی می‌شوند.

هوش هیجانی نیز نقش کلیدی دارد. و کیلی که بتواند هیجانات خود را شناسایی و مدیریت کند، نه تنها فشار کمتری را تجربه خواهد کرد بلکه ارتباط مؤثرتری با موکلان، همکاران و قضات برقرار می‌کند. همین ارتباطات سالم و مؤثر خود عاملی برای کاهش استرس و افزایش رضایت شغلی است.

از سوی دیگر، سیاست‌های نهادی نیز باید در این مسیر نقش‌آفرینی کنند. کانون‌های وکلایی می‌توانند با برگزاری کارگاه‌های آموزش مهارت‌های روانشناختی، حمایت‌های مشاوره‌ای، و ایجاد نظام‌های حمایتی برای وکلای جوان، زمینه را برای کاهش فرسودگی فراهم کنند. تغییر در ساختار کاری، تنظیم ساعات منطقی‌تر، و توجه به تعادل کار و زندگی نیز از جمله اقداماتی است که می‌تواند مؤثر واقع شود.

در سطح کانون، جامعه و دستگاه قضایی نیز باید اهمیت این مسئله را دریابند. فشار بی‌وقفه بر وکلا، نه تنها آنان را فرسوده می‌کند بلکه به طور غیرمستقیم بر کیفیت

دادرسی و عدالت اثر می‌گذارد. عدالت زمانی پایدار خواهد بود که مدافعان آن از سلامت روانی برخوردار باشند.

در نهایت باید گفت که فرسودگی شغلی در جامعه وکالت تنها یک مشکل فردی یا صنفی نیست، بلکه یک مسأله اجتماعی و حقوقی است که پیامدهای آن به تمامی شهروندان سرایت می‌کند. راهکارهای روانشناسی مثبت‌گرا می‌تواند نوری در این تاریکی باشد. وکیل با تکیه بر توانمندی‌های درونی خود، با امید و معنا و تاب‌آوری، می‌تواند نه تنها از فشارها عبور کند بلکه در مسیر شکوفایی حرفه‌ای و انسانی گام بردارد.

نظر نگارنده آن است که پرداختن به فرسودگی شغلی در جامعه وکالت باید به یک اولویت جدی بدل شود. بسیاری از وکلا در سکوت رنج می‌برند و کمتر مجال یا جرأت سخن گفتن از مشکلات روانی خود را دارند. نگاه جامعه و حتی همکاران به مشکلات روانی اغلب همراه با قضاوت و برچسب‌گذاری است. زمان آن رسیده است که این تابو شکسته شود و با نگاهی علمی و انسانی به موضوع پرداخته شود. وکلا به مثابه انسان‌هایی با ظرفیت‌ها و محدودیت‌های روانی باید دیده شوند، نه صرفاً ابزارهایی برای تحقق عدالت. عدالت حقیقی زمانی محقق می‌شود که مدافعان آن از سلامت و تعادل روانی برخوردار باشند.

در پایان این جستار، اگرچه سخن از تعارض کار و زندگی در حرفه وکالت به میان آمد و با زبان پژوهش، دلایل و پیامدها و راهکارها بازگو شد، اما حقیقت آن است که ورای همه واژه‌ها و استدلال‌ها، انسانی ایستاده که روح و روانش میان بار سنگین دفاع از حقوق دیگران و تمنای آرامش درونی خود دو پاره شده است. وکالت تنها یک شغل نیست؛ رسالتی است که جان و دل را درگیر می‌سازد، و هر وکیل هر روز میان دو میدان می‌جنگد: میدان دادگاه و میدان درون خویش. آنچه این مسیر دشوار را تاب‌آوردنی می‌کند، نه صرفاً قوانین و آیین‌نامه‌ها، که امید، معنا و نوری است که از دل روانشناسی

مثبت‌گرا بر تاریکی فرسودگی می‌تابد. اگر وکلا بتوانند در این راه پرسنگلاخ، باریکه‌ای از شادی، معنا، همدلی و خودمراقبتی را در دل زندگی‌شان جاری کنند، تعارض به تعادل بدل خواهد شد. شاید راه دراز و پرپیچ باشد، اما حقیقتی روشن در دل آن نهفته است: هیچ‌کس سزاوار فرسودگی نیست، به‌ویژه آنان که سنگین‌ترین بار عدالت را بر دوش می‌کشند.

این پایان، دعوتی است به همه وکلا که خویش را فراموش نکنند و در کنار تلاش برای عدالت، پاسدار زندگی و آرامش خویش باشند.

منابع و مآخذ

۱. سازمان بهداشت جهانی. (۱۳۹۸). سندرم فرسودگی شغلی در طبقه‌بندی بین‌المللی بیماری‌ها (ICD-11).
۲. کانون وکلای دادگستری مرکز. (۱۴۰۲). گزارش سالانه سلامت روان و کلا در ایران.
1. Kumar, S . (2016). Burnout and doctors: prevalence, prevention and intervention. Healthcare.
2. Levin, A. (2014). Lawyer well-being and occupational stress: New directions. Journal of Law and Health.
3. Maslach, C., Jackson &, S. E. (1981). The measurement of experienced burnout. Journal of Occupational Behavior.
4. Schaufeli, W. B., Leiter, M. P., Maslach &, C. (2009). Burnout : 35 years of research and practice. Career Development International.
5. Seligman, M.E.P. (2002). Happiness Authentic. Free Press.
6. Seligman, M.E.P., Csikszentmihalyi &, M. (2000). Positive psychology: An introduction. American Psychologist .

به بهانه نقد ادبی و نگارشی دادنامه ۱۴۰۴/۰۹۳۹۰۰۸۱۶۹۵۶۵ مورخ

۱۴۰۴/۰۶/۱۲ شعبه ۱۰۱ دادگاه کیفری دو شهرستان خوانسار

علی نیک‌پور

وکیل پایه یک دادگستری، عضو کانون وکلای دادگستری
اصفهان

چکیده

با اعلام ختم دادرسی، دادگاه رای را انشاء لفظی [شفاهی] نموده و در وهله بعد باید به نوشتن رأی همت مقصور دارد و در فراز آخر به پاک‌نویس کردن [یا تایپ] نوشته خود مبادرت ورزد. مسیر تکوینی رای؛ از خطور حکم به ذهن قاضیان تا نضج دادنامه - که دست کم سه مرحله متفاوت است - از تاکید ناملموس بر انتظام متن و نیز مشرب زیبایی شناسانه قانونگذار حکایت می‌کند. از طرف دیگر رأی در چارچوب زبان معیار بر مخاطب عرضه می‌شود. هر زبان و بیانی قواعد ویژه خود را دارد و هر نوشته قابل قبولی ناگزیر از رعایت عناصر زبان مورد نظر

است. اقتضای پایندی به جنبه زیبایی شناسانه رأی، آگاهی از فنون عمومی نگارش و آداب مخصوص رأی‌نویسی است. اشتغال مالا یطاق دادگاه‌ها به پرونده‌های متنوع و پیچیدگی دعاوی کنونی از یکسو و عدم آموزش کافی در زمینه ادبیات و شیوه اصولی کتابت از سوی دیگر موجب غفلت اکثر دادگاه‌ها نسبت به مسائل زبانی و حروف‌نگاری و دستور خط زبان فارسی همسو با مصوبات فرهنگستان زبان و ادب فارسی شده است. این نوشتار با دستاویز به یک نمونه از آراء صادر شده از سوی شعبه دادگاه کیفری دو خوانسار - که مشتمل بر واژگان مهجور و سره و بدون رعایت

حروف‌چینی و دستور خط فارسی است - در پی انعکاس اهمیت رعایت قواعد نوشتن و در صدد پیشکش نکته‌تی از نکات درست‌نویسی است. حاصل آن است که نحوه نگارش رای باید به گونه‌ای باشد که در عین جزالت و سلاست، همراه با صداقت در گزینش الفاظ و متناسب و هم‌وزن با محتوا نوشته شود و خواننده متوجه تلاش دادرس برای بیرون کشیدن واژگان نشود. استخدام عبارات و واژگان نامأنوس و ناخوش‌آهنگ از آفات متن رای به شمار می‌رود. عربی‌نویسی در رأی - به قید پرهیز از افراط - نه تنها عیب نیست بلکه به عنوان یک ضرورت، توصیه می‌شود.

واژگان کلیدی: دستور خط، سره‌نویسی، لفظ، معنا

درآمد

یکی از ظرفیت‌های آراء محاکم، بعد نوشتاری و ساختار ادبی حکم محکمه است که برای هم عصران خود اغلب جنبه قضاوتی دارد و با مرور دهور جلوه ای از عتایق و یک سند تاریخی خواهد شد. بی تردید حال و هوای اجتماعی و اقتصادی و حتی ادبی زمان انشاء رای از لابلای حکمی که روزی چشم‌های خصمین به دست منطوق آن خیره بود به روشنی می‌توان فهمید. فایده اولی حکم دادگاه همان داوری است و غرض از صدور حکم همانا رهایی طرفین از تحیر و تخاصم و منفعت آن گرچه ممکن است در بادی نظر پیش‌بینی نشده باشد اما مخاطبین بعدی متأثر از توالی و نتایج حکم، نصیب فرهنگی خویش را از حکم می‌برند. در شرایط کنونی، بازار انتشار آراء قضایی چه در دارالطباعه و چه از رهگذر سامانه‌های پیام‌رسان داغ است!

رویش روزافزون رسانه‌های شخصی دست‌کم دو اثر عمده بر رویه قضایی داشته است. نخست گرایش قاضیان به نشر آراء خود برای بهتر دیده شدن و شهرت و احياناً ترقی جایگاه شغلی و آوازه خوشنامی و سواد در سطح کشور استقبال پرشور دانشگاهیان، از آراء منتشر شده به ویژه آراء ساختار شکن و فره‌مند، اقبال قاضیان شائق را از پیش بیشتر می‌کند. این اثر فی حد نفسه و تا جایی که موجب عجب قضایی نشود، فاقد اشکال و حتی اگر موجب اتقان آراء شود ممدوح خواهد بود. اما اشکال آنجا بروز می‌کند که آراء در یک مسابقه نانوشته در ساختار شکنی از یکدیگر پیشی می‌گیرند و به طور کلی اسالیب پیشین را به سویی نهاده و در قوالب نامعینی حکم را ذوب می‌کنند. این ساختار شکنی و پیش‌گامی همیشه جواب داده و نتیجه مطلوبی به بار نمی‌آورد. گاه ذبح قانون با آلت کاله انصاف در مسلخ حکم، سند افتخار لیک به ندای وجدان، تعبیر می‌شود و گاه تفلسف و نقل قول‌های عاریتی از فیلسوفان غربی چون کانت و اسپینوزا و

دوری از قواعد اصیل فقهی، در هرچه بیشتر دیده شدن رای تاثیرگذار است. گاه جای رای با مقاله علمی عوض می شود و علوم مختلف از مظهر حکم جاری می شود.^۱ گاه فرازی از حکم پندنامه قاضی به اصحاب دعواست و دادرس با اندرز پدرانه به اصحاب دعوی، پیشرو در صدور آراء مدرن است!

اثر دیگر که انصافاً بر کاتش از اولی کمتر نیست، فراهم شدن نقد عالمانه بر آراء متکثر و متنوعی است که از اقصی نقاط محاکم صادر می شود. اگر در گذشته مخاطبین حکم به طرفین، نواب ایشان و شحنة محدود بود، حالا دیگر هر لحظه می توان مخاطبین رأی را میلیونی تصور نمود. این فراوانی آرا امکان نقد و تحلیل رویه قضایی را هموار می نماید.

یکی از ابعاد رای، شیوه کتابت و نگارش آن است. در اهمیت سبک نوشتن، همانا که شخصیت کاتب را مکتوب او باز می شناسند و از والاترین ها نوشتن است. فایده و منفعت حکم هرچه باشد بی نیاز از نگارش استوار و ضابطه مند نیست. نه تنها آیندگان بر اوضاع زبانی معاصر رای واقف خواهند شد که مخاطبان حال حاضر هم از حدود رخنه ادب پارسی به محاکم آگاه خواهند شد. پس چه بهتر که در کنار توجه به قوانین ماهوی و آیینیک رسیدگی، به رسومات و آداب نگارش توجه جدی شود.

از حیث تاریخی آموزش بی تردید نویسندگان، دلنگران همواره مستقیم یا غیر

۱. دکتر کاتوزیان در مقاله ویژگی های اعتبار امر قضاوت شده در امور کیفری (نقدی بر قرار دادیار) می گوید: «باید انصاف داد آقای دادیار در توجیه و تبیین خود راه افراط پیموده و به شیوه معلمان به تفصیلی دست زده که گاه ضرورت نداشته است ... این شیوه نگارش در تعلیم پسندیده و مفید است، ولی در مقام قضا نامعهود و غیر ضروری است.» (بنگرید به: نقد رویه قضایی، زیر نظر دکتر ناصر کاتوزیان، صص ۳۴۰ و ۳۴۲). همچنین دکتر حسن محسنی در مقدمه وزین خود برای چاپ چهارم کتاب «اداره جریان دادرسی مدنی»، ضمن انتقاد از نشر رای توسط نهادهای قوه قضاییه به جای کانون و کلا و دانشگاه و انجمن های مدنی بی طرف، از مقاله نویسی قضات در قالب رای گلایه دارند. در مقابل برخی به تمجید و تجلیل از انتشار آرای محاکم توسط پژوهشگاه قوه قضاییه پرداخته اند (خدابخشی، عبدالله، حقوق دعاوی ۳- تحلیل و نقد رویه قضایی، ص ۸)

مستقیم، اهمیت انتقال مفاهیم در پوشش واژگان خوشایند را به مخاطب القاء کرده‌اند. بزرگانی نظیر کاتوزیان و شهیدی هریک با سبک نگارشی خود سعی در تعلیم غیر مستقیم نگارش خوش داشته‌اند. و البته در کتاب مستطاب «عدالت قضایی» (گزیده آراء) با ذکر مجموعه‌ای از آراء، سیاق نگارش رای را یاد داده است. استاد دکتر سید عباس موسوی در «مهارت‌های دادرسی»، ضمن تاکید بر درست نویسی و تبیین فنون نگارش رأی، بهره مندی از صنایع ادبی را تجویز می‌کند. باید انصاف داد جناب امیرحسین رضایی نژاد در کتاب «نگارش رای قضایی» تحقیق مفصل و جامعی پیرامون این شگرد قضایی ارائه داده است. محمدرضا خسروی هم در نقد نگارشی آراء مجموعه آموزنده‌ای گردآور نموده است. بزرگان ادبیات فارسی در آداب نگارش و ویرایش آثاری گران برجای نهادند اما طبیعی است که ایشان به صورت تخصصی سخنی از نحوه نگارش احکام قضایی نداشته باشند.

۱. گزارش پرونده

در این پرونده خانمی علیه کارفرمای خود شکایتی دایر بر ایراد صدمه بدنی و ضرب و جرح عمدی و تخریب گوشی تلفن همراه در دادرسی عمومی و انقلاب خوانسار مطرح می‌کند که به شعبه بازپرسی ارجاع و بازپرس محترم ابتدا به دلیل فقد ادله، قرار منع تعقیب صادر می‌نماید اما دادیار اظهار نظر با عنایت به گواهی پزشکی قانونی با قرار صادر شده مخالفت می‌ورزد و نهایتاً ضمن صدور قرار کفالت به مبلغ یک میلیارد و پانصد میلیون ریال تحقیقات دادرسی منتهی به صدور کیفرخواست می‌شود. با ارجاع پرونده به شعبه ۱۰۱ دادگاه کیفری دو خوانسار پس از تشکیل جلسه دادرسی، متهم با ارسال لایحه، ضمن نفی اتهام، تقاضای صدور حکم بر برائت از اتهام می‌کند. دادگاه جلسه‌ای دیگر به منظور اقامه قسامه تشکیل می‌دهد. در جلسه اخیر شاکی حضور نیافته و متهم دیگر بار، اتهام را انکار می‌نماید. دادگاه جزایی بموجب دادنامه شماره

۱۴۰۴/۰۶/۱۲ مورخ ۱۴۰۴/۰۹/۳۱ به شرح آتی مبادرت به صدور رأی

نموده است:

رأی دادگاه

«در این پرونده حسب کیفرخواست شماره ی ۱۴۰۴/۰۹/۳۱ دادسرای عمومی و انقلاب خوانسار آقای ع الف فرزند م متولد سال یک هزار و سیصد و هفتاد و پنج، شغل آزاد، اهل و مقیم شهرستان خوانسار، شیعه، ایرانی، مجرد، بدون سابقه کیفری موثر، بدون شهرت، باسواد و دارای پایندان به ارتکاب ایراد ضرب و جرح عمدی ساده در حد کیبودی در تاریخ دوم خرداد ماه سال یک هزار و چهارصد و چهاردر شهرستان خوانسار موضوع شکایت خانم ه د فرزند ح متولد ۱۳۸۳ اهل و مقیم شهرستان ... متهم است، داوش این است که خانم ق. د در درمانگاه گفته کارفرمایش او را آزرده و کوفته چون که از او خواستگاری کرده و دادخواه پذیرفته و زد و خورد رخ داده و به دادخواه آسیب رسانده و جایگاه زد و خورد دوربین داشته، دادخوانده داوش را باور نداشته و وازده و ناخستو شده و برای استواری بی گناهی خویش داده‌های دوربین را به دادرسا و دادگاه نداده تا بازبینی شود، سخن او این است که دادخواه برای او کار می کرد و اندرون دگرگون شده و رفته و داوش کوفتن (کوبیدن) و زخمی (فگار کردن) را ناخستو شده، دادگاه داوش زخمی کردن را راست نمی داند زیرا نخست آن که بزه ور آن را نپذیرفته، دوم آن که در گواهی پزشک قانونی چنین آسیبی (زخم و فگاری که بدن خون آلود باشد) گزارش نشده، دادگاه این بخش از داوش را دور از ذهن می داند، برای دادگاه نیز بسندگی فرجاده دست نیامده، در رخداده بزه (زخمی کردن) و ارکان مادی و معنوی آن شک، شبهه و تردید وجود دارد، با استظهار از اصل برائت و قاعده ی درء (تدرء الحدود بالشبهات)، مستندبه اصل سی و هفتم از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ماده ی چهار از قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و ماده ی ۱۲۰ از قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با اصلاحات، ۱۴۰۳ حکم بی گناهی صادر و

اعلام می‌کند، درباره‌ی داوش دیگر بزه دیده: کوفتن و نیلگونی پوست پیکر: دست چپ و راست و راست و چپ رخسار، قرائن و امارات موجد لوث شده، این پنداره و اندیشه‌ی نیرومند هست که بزه رخ داده، آهنگ و رای سوگند بزه دیده صادر، به ایشان رسانده شده تا در دادگاه حاضر شوند، بزه دیده برای سوگند خوردن نیامده، پیشواره‌ی آیین سوگند یاد کردن فراهم نیامد، به استناد ماده ۳۱۸ از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اصلاحی ۱۴۰۳ و ۱۳۹۹: «اگر شاکی اقامه‌ی قسامه نکند و از مطالبه‌ی قسم از متهم نیز خودداری ورزد متهم در جنایات عمدی با تامین مناسب آزاد می‌شود لکن حق اقامه‌ی قسامه یا مطالبه‌ی آن برای شاکی باقی می‌ماند»، بنابراین فرداد دادخواه با برجاست، در آینده می‌تواند آیین سوگند را برگزار کند، مستند به مواد ۱۲ و تبصره‌ی آن و ۳۸۳ از قانون آدک ۱۳۹۲ از جنبه‌ی کیفی قرار توقف دادرسی صادر و اعلام می‌شود و در صورت فراهم آمدن پیشواره‌ی سوگند بزه دیده، رسیدگی خواهد شد، چون که دیات صدمه‌های بدنی مندرج در گواهی پزشکی قانونی کمتر از عشر دیده‌ی کامل مرد مسلمان می‌باشد، رای دادگاه (بخش گزاره‌ی بی‌گناهی از داوش زخمی کردن و بخش قرار توقف دادرسی داوش کوفتن و نیلگونی پیکر) مستند به مفهوم بند ب از ماده‌ی ۴۲۷ از قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ قطعی است».

۲. نقد نگارشی رأی

فارغ از عدم هماهنگی بین اجزا و عبارات دادنامه، ملخص ایرادات وارده بر آن، افراط در سره نویسی و استخدام واژگان مهجور و استفاده نویسنده از واژگان غیرفعال، صنعتی بودن متن رأی و نهایتاً عدم رعایت علائم سجاوندی است.

۲-۱. سره نویسی در حکم جزایی

وفور واژگان مهجور و غیرعربی در رأی موجب طرح این پرسش می‌شود که آیا سره نویسی در تصمیمات قضایی پسندیده است و تا چه اندازه می‌توان به سره نویسی در

احکام قضایی روی آورد؟ برای پاسخ به این پرسش پیش تر باید دانست، اقبال به استفاده از واژه‌های بیگانه و برعکس تندروی در به کار بستن واژگان نژاده پاریسی از نگاه اهل زبان چندان خوشایند نیست. گرچه همواره این نقد نه چندان دقیق به زبان قانون کشور ما وارد می‌شود که اندود از لغات و اصطلاحات عربی است (کیوانفر، ص ۴۰) اما تهی ساختن فرهنگ حقوقی ایران از لغات و اصطلاحات عربی - به دلیل ارتباط نزدیک به فقه - ثلمه‌ای است که چیزی جلودار آن نیست.^۱

آنچنان که زبان قانون بیش از هر نوشته دیگری نیاز به درنگ و باریک بینی دارد، تبعاً زبان حکم دادگاه هم باید در قالب ویژه‌ای ریخته شود تا از هرگونه ابهام و تأویل پذیری به دور باشد^۲ اما برخلاف زبان متون ادبی، قانون را نمی‌توان به هر شیوه‌ای به نگارش درآورد (خضری، ص ۱۶۶) ریخت رأی دادگاه باید در عین حال که از جزالت کافی برخوردار است، بیخته از عاطفه و تخیل و واژگان دوپهلوی باشد. چه اگر کسی دنبال عاطفه در کلام باشد به دواوین شعرای بزرگ مراجعه خواهد کرد و نیازی به خواندن حکم محکمه ندارد چه حکم محکمه جای هنرنمایی‌های آمیخته به صناعات ادبی پیچیده نیست! زیرا مضامین استعاری کلام، به جای فصل خصومت خود منهل اختلاف نظرها می‌شود. آری گرچه در نگارش لایحه دفاعیه، چیرگی بر آرایش کلام و

۱. وقتی اثری گرانسنگ نظیر دایره المعارف عمومی حقوق - الفارق - عنوانی عربی دارد، امکان فرار

از عربی نویسی وجود ندارد!

۲. زبان رای و زبان قانون در مخاطب و هدف تفاوت دارند و از این رو نباید انتظار داشت زبان رای با زبان قانون

یکی باشد اما به هر حال حتا اگر پیچیدگی در زبان قانون پذیرفتنی باشد، جز به حد ضرورت و برای احتیاط در سخن با رعایت مقتضای حال و موقع و مقام نباید به تکلف در رای روی آورد. یکی از نویسندگان بر این نظر است که: به نظر می‌رسد جز در موارد معدودی که مصلحتی بالاتر، مانند دسترسی به عدالت؛ ایجاب کند، نباید وضوح و سادگی را قربانی کرد. نتیجه آنکه زبان رای قضایی نمی‌تواند و نباید با زبان پیچیده قانون یکی باشد جز در مواردی که مصلحتی ارزشمند ایجاب کند (رضایی‌نژاد، امیرحسین، نگارش رای قضایی، ص ۵۴۷)

زبردستی در فنون بلاغت و صنایع ادبی - برای متقاعد ساختن مخاطب - نه تنها امتیاز بلکه یک ضرورت برای مترسلان لویح است (موسوی، صص ۲۱۱، ۲۱۲ و جعفری تبار، ۱۳۹۸ ص ۲۳) در کنار سایر کارکردها، رای قضایی کارکرد اقناعی نیز دارد (رضایی نژاد، ص ۵۴۵) لکن قرار نیست کلام قاضی به مثابه یک متن ادبی در روح شنونده موثر باشد چندان که موجب انقباض یا انبساط او گردد، و خاطر او را برانگیزد، تا حالتی را که منظور اوست از غم و شادی و مهر و کین و رحم و عطف و انتقام و کینه جویی و خشم و عتاب و عفو و اغماض و امثال آن معانی، در وی ایجاد کند^۱ آری چه بهتر که قاضی فصیح باشد و سخنش از عیوبی همچون تعقید؛ تنافر؛ ضعف تالیف و تابع اضافات و کثرت تکرار خالی باشد^۲ و چه بهتر که از حشو قبیح و مبالغه و معما و کنایه و استعاره مجتنب باشد و آهنگی خوش از الحان رأی به گوش برسد و کلام رأی دارای موسیقی باشد و از وحدت اندامواره و همبستگی در کلام برخوردار باشد و این میسر نمی‌شود مگر با بهره‌مندی از صنایع ادبی!^۳ آنچنان که نویسندگان قانون مدنی در کمال ایجاز و حتی گاهی در عباراتی آهنگین قاعده پردازی کرده‌اند. [=ماده ۱۱ قانون مدنی: اموال بر دو قسم است منقول و غیرمنقول یا ماده ۲۲۴ همان قانون: الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه یا ماده ۱۰۳۱: قرابت بر دو قسم است قرابت نسبی و قرابت سببی] و این ویژگی از شاهکارهای قانون مدنی ایران به شمار می‌رود لکن شراح، جنبه موسیقایی قانون مدنی را کمتر مورد توجه قرار داده‌اند. پس روشن است اگر حکم

۱. این تعریف استاد علامه جلال‌الدین همایی از سخن ادبی است. (فنون بلاغت و صناعات ادبی، ص ۴).

۲. برای شناخت بهتر این مفاهیم بنگرید به همان ص ۲۲.

۳. همانطور که در مقدمه آمد در کتاب «مهارت‌های دادرسی»، بهره‌گیری از صنایع ادبی در رأی را تجویز شده است. اما در عین حال می‌گوید: «نویسنده نمی‌تواند بی‌واهمه همه پایه‌ها و معیارهای حقوقی را نادیده گرفته و در ودی خیال و افسون سفر کند. اما در همین محدوده و دامنه مشخص تحت شاکله حقوقی، می‌توان از پاره‌ای فنون ادبی بهره‌مند شد...» (موسوی، سید عباس، مهارت‌های دادرسی، ص ۵۱۱)

دادگاه واجد همچنان خصیصه‌ای باشد مغتنم است. لکن این هنرها سترگ و برای ناپختگانی چون صاحب این خامه خام، خاموشی اولی است.^۱ چرا که این بُعد هنری نوشتن کار هر نویسنده‌ای نیست؛ ادیبی اریب می‌طلبد^۲ و حقا که جز با ممارست منیع و مطالعات عمیق و صرف شباب به دست نمی‌آید.^۳

باری گرایش به سره‌نویسی، سبب دور افتادن از زبان معیار است بدین توضیح که «لغات و ترکیبات عربی و خارجی را که در زبان فارسی جا افتاده و در آن بُر خورده‌اند و هویت و تابعیت فارسی پیدا کرده‌اند بیرون برانیم و جای آنها لغات و ترکیبات فارسی سره بنشانیم کاری است نه تنها عبث بلکه زیان آور، چون زبان را کم خون و کم جان می‌کند و، علاوه بر آن، در بسیاری موارد پیام‌رسانی را مختل می‌سازد.» (سمیعی، ص ۴۹) از این رو «باور به زبان خالص همچون باور به نژاد خالص نگرشی ناستوده و در بردارنده تعصبی جاهلانه است. جنبش سره‌نویسی یا پاک‌نویسی زبان فارسی، یکی از جنبش‌های ایرانیان در دوره مشروطه است. جنبشی که از همان آغاز همراهان و دشمنان بسیار داشته و امروز پس از یک سده، نه می‌توان گفت که این جنبش پیروز شده است و نه می‌توان دستاوردهای آن را نادیده گرفت.» (کیوان فر، ص ۳۵) به نظر می‌رسد که سره‌گرایی با نوعی احساس خطر برای زبان مورد نظر [= علی‌العجاله زبان فارسی] آغاز

۱. دار خاموشی ست اینجا، سر مبار/ دست سربازی به خونت درمباز

هر کسی را پیشه معراج نیست/ کار هر بافنده و حلاج نیست (زلالی خوانساری)

۲. چون ندانی دانش آهنگری/ ریش و مو سوزد چو آنجا بگذری (مولوی، دفتر پنجم، بیت ۱۳۸۱). استاد احمد سمیعی (گیلانی) در نگارش و ویرایش می‌گوید: «باری، نویسندگی مایه می‌خواهد: بی‌مایه فظیر است. انبان نویسنده باید از انواع واژه‌ها و تعبیرها پر باشد تا بتواند در هر جایگاهی آنچه در خور است خرج کند.»

۳. دکتر جعفری‌لنگرودی می‌گوید: «در سراسر عمر که به قلم زنی اشتغال داشتیم، سبک‌های نویسندگی ادبای تازی و فارسی را آزمودم به ویژه در مدت پنجاه سال که از متون فارسی و عربی برای نوشتن کتاب الفارق در حقوق و فرهنگ یادداشت‌برداری می‌کردم...» (قوه قدسیه، ص ۲۶۸، ش ۳۳).

می‌گردد و این شاید شرافتمندانه‌ترین انگیزه‌های سره نویسی است.^۱ پیشینیان هم به حقیقت متوجه این موضوع بوده‌اند و همواره در بیان آداب و آیین دبیری و شرط کاتب همواره از نوشتن پارسی مطلق منع شده است.^۲

حال وقتی مطلق نوشته باید عاری از خالص نویسی باشد به طریق اولی حکم دادگاه نباید دچار این آفت زبانی شود چه حکم دادگاه شعر ابوسلیک نیست که اصلا لغت تازی نداشته باشد!^۳ در منظومه حقوقی، کلمات و عبارات حقیقت شرعی و قانونیه دارند؛ نمی‌توان از این حقیقت شرعی و قانونی روی گردان شد و معانی نوین قانونی و وضع تعینی الفاظ توسط مقنن را در غیر ما وضع له استعمال نمود. نیز به همان استدلال، به کار بستن عبارات مترادف الفاظ منقول مقنن، سزاوار نیست. برای نمونه گرچه شاید در محاورات «اذن» و «اجازه» یکی تلقی شود ولی کمتر حقوقدانی است که قائل به تفکیک این دو واژه از یکدیگر

۱. برای دیدن مبانی نظری سره‌گرایی و ریشه‌ها و انگیزه‌های آن، بنگرید به: داوری، نگار، سره‌گرایی زبانی، ص ۸ به بعد. برای درک بهتر چرایی اشتیاق به پالایش زبان پارسی بخشی از مقدمه (سرآغاز) کتاب "پارسی نغز" اثر علی اصغر حکمت- عینا- نقل می‌شود: «از این پریشانی و آشفتگی نوآموزان دانش پژوه را سرگردانی بسیار روی داد و راه راست را شناختن و کرانه میانه روی را دانستن نمی‌توانستند هر کسی از سوئی می‌رفت و به روشی می‌گرائید و بیم آن می‌رفت که این آشوب و بهم ریختگی فرهنگ کهنسال ایران را به نابودی و نیستی بکشاند و آن نهاد برومند را که مایه سرفرازی مردم این کشور است یکباره از بیخ و بن براندازد.

این بنده ناچیز را که زندگانی به پژوهش گفتار بزرگان به سر آوردم و به جستجوی فرهنگ پارسی رنج فراوان برده هم از این رو همواره جان پژمان و دل اندوهگین بود- روزی در دلم آمد که داروی این درد جانکاه را باز در داروخانه پیشینیان که پزشکان بهشتی بیماری تن و جانند بجویم و در دیوان‌ها و دفترهای آنان که پایه این زبان شیرین را استوار کرده اند پژوهش کنم مگر باشد که از تراوش‌های خامه ایشان سخنانی به دست آورم که رهنمون مردم همزبان ما باشد...»

۲. «و اگر نامه پارسی بود پارسی مطلق منبیس که ناخوش بود، خاصه پارسی دری که نه معروف بود آن خود نباید نبشت بهیچ حال که خود ناگفته بهتر از گفته بود.» (یوسفی، ص ۱۵۹)

۳. شمیسا، سیروس، سبک‌شناسی شعر، ص ۲۲.

نباشد. مثال دیگر لفظ «کلاهبردار» است که در زبان عامه یا طبق قول لغوی (معین، ص ۹۳۵) به معنای «حقه باز» و «نیرنگ باز» و «محتال» به کار می‌رود اما در لسان حقوقی کلاهبردار و کلاهبرداری دارای حقیقت قانونیه است (ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری) از این رو دادگاه نمی‌تواند به جای اتهام کلاهبرداری احتیال یا نیرنگ‌بازی را به متهم تفهیم نماید یا در حکم مجرم را به واسطه حقه‌بازی تعریک نماید!

در آنچه در آنیم دادگاه کیفری دو در بسیاری موارد به شیوه‌ای ناهنجار از معادل‌های فارسی استفاده کرده که موجب غرابت کلام شده است و این گسست ژرف بر پیکر دادنامه است. مثلاً به جای «کفیل» از «پایندان» استفاده شده است. این در حالیست که قانونگذار در ماده ۲۱۷ به بعد قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ یا قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ همواره لفظ «کفیل» را برگزیده است و از این لفظ یک تأسیس حقوقی به ذهن متبادر می‌شود (ماده ۷۳۴ قانون مدنی) بنابراین حتی اگر به انگیزه پالایش زبان فارسی از لغات تازی^۱ یا هر انگیزه شرافتمندانه دیگری الفاظ قانونی تغییر یابد نه تنها بر ارزش ادبی حکم دادگاه نمی‌افزاید بلکه امری نکوهیده و شاید در پاره‌ای موارد تخلف انتظامی باشد.

اشکال لفظی دیگر آنکه در جای‌جای دادنامه واژه «داوش» به کار رفته است. مراجعه صاحب این قلم، به کتب لغت طرفی نیست و ردی از این واژه در فرهنگ لغات یافت نشد. آری «داو» بر وزن گاو نوبت بازی شطرنج و نرد و غیره باشد (برهان قاطع) به معنی دعوی کاری، ادعای امری آمده است (معین، ۴۴۸ و عمید، ص ۹۲۳) اما قطع نظر از غرابت استعمال «داو» و اینکه در ادبیات کهن بیشتر در مقام اصطلاحی در نوبت بازی شطرنج و تیراندازی و قمار و نرد و مانند آن به کار رفته است (داو کمال تمام با قمران

۱. «وام‌گیری واژه نشانه ضعف زبان نیست». (واشاقانی فراهانی، ابراهیم، آئین نگارش و ویرایش ص ۵۷)

در قمار/ حصن بقایت فزون از هرمان در هرم- «خاقانی»^۱ پیداست منشی حکم، ملتفت لفظ «داو» نبوده و پنداشته «داوش» به معنای ادعا است!^۲ زینهار؛ استخدام این گونه الفاظ ساختگی [داوش به جای داو] به شدت از اعتبار احکام قضایی می‌کاهد.

به کلمات زیر که در دادنامه آمده است دقت کنید: «فرجاد به»- «آهنگ و رای» [= که اساساً در جایگاه مناسبی به کار برده نشده است]- «پنداره و اندیشه نیرومند» - «پیشواره»- «ناخستو» از جمله لغاتی است که جز غرابت و رمندگی فایده دیگری بر

۱. چنانچه به ابیات زیر توجه شود معلوم می‌شود در ادبیات کهن واژه داو کمتر به معنای ادعا استعمال شده است:

- به کشت و کار جهان رخ میار کآخر داو/ ز کشت مات شود شاه عرصه شطرنج (جامی)
 - در زیر بار عشقت هر توسنی چه سنجد/ با داو ششدر تو هر کم زنی چه سنجد (عطارد) [ششدر: در بازی نرد، آن است که یکی از بازیکنان شش خانه جلو مهره هایش گرفته شده باشد و او با آوردن طاس شش نتواند مهره‌های خود را حرکت دهد]

- مرا مهره به کف ماند تو را داو روان حاصل / تو نو نو کعبتین میزان که من در ششدرم باری (خاقانی)
 - داو دل و جان نهم به عشقت/ در شده اوفتاد نردم (خاقانی)
 - در قمار حسن با ماه تمام/ دعوی داو تمامت می‌کند (انوری)
 - بردم از نراد گیتی یک دو داو اندر سه زخم/ گرچه از چار آخشیح و پنج حس در ششدرم (خاقانی)- آخشیح به معنای هریک از عناصر چهارگانه (آب، آتش، باد و خاک)؛ عنصر.

- هفت طواف کعبه را هفت تان بسنده‌اند/ ما و سه پنج کعبتین، داو به هفده آوری (خاقانی)
 ایضاً در باب البوم والغربان کلیله و دمنه آمده است: «کعبتین دشمن به لطف باز مالند و مال را سپر ملک و ولایت و رعیت گردانند که در شش در داو دادن و ملکی بندبی باختن از خرد و حصافت و تجربت و ممارست دور باشد» [کعب: بازی نرد شیر (منتهی الإرب)]. نرد بر وزن فرد بازی است معروف از مخترعات بوذجمهر که در برابر شطرنج ساخته و بعضی گویند: نرد قدیم است؛ اما دو کعبتین داشته روی دیگر را بوذجمهر اضافه کرده (به نقل از توضیحات آیت الله حسن حسن‌زاده آملی اعلی الله مقامه در تصحیح و تحقیق کلیله و دمنه، ص ۲۸۰، پانوش شماره ۲)

۲. شاید دلیل این اشتباه ناگوار آن است که داوش در منبعی دیده شده و در آن منبع اینگونه معنا شده است و صاحب منبع التفاتی به جدا کردن ضمیر «ش» نداشته است!

کاتب رأی نداشته است. این غرابت استعمال الفاظ به حدی است که قاضی خود در هلالین به ایضاح و ترجمه لغات روی آورده است و بر ناهنجاری عبارات افزوده است.

۲-۲. کوشش به جای جوشش

نوشته خوب نوشته‌ای است که حاصل تراوشات اندیشه نگارنده آن باشد به طوری که وقتی خواننده مطلبی را می‌خواند به سرعت ملتفت تلاش زیاد نویسنده برای استحصال «واژگان غیرفعال» از چاه ذهن نشود.^۱ رأی دادگاه نیز از این قاعده مستثنی نیست. قاضی باید همزمان با داوری در کمال صداقت و اصالت رأی را به گونه‌ای انشا کند که دستاربندان پی به کُمت لنگ او در جفت و جوری واژه‌ها نبرند.^۲ بدین منظور نباید زلف نگارش رأی را به صنعت گره بزند که مبادا جهد نویسنده بر خواننده آشکار شود چه از عدم صداقت در نوشته برملا شده و ضعف علمی همو در جانبین (لفظ و معنا) پدیدار می‌شود.^۳ به طور کلی نویسنده خوب نویسنده‌ای است که ابتدا قابلیت‌ها و توانایی‌های خویش را بشناسد و از دایره اقتدار و امکان خویش فراتر نجهد. آنجا که مفاهیم سلانه می‌رود قلم آهسته دارد؛ همواره تناسب و اندازه را در لفظ و معنی نگه دارد. بدان معنا که همان قدر که به مضامین اهمیت می‌دهد در اهمیت الفاظ و گزینش

۱. «هر اهل زبانی دو دسته واژگان در اختیار دارد. یک دسته شامل واژه‌هایی است که در دسترس است و می‌توان به هر فرصت آنها را به کار برد. دسته‌ی دیگر شامل واژه‌هایی است که همان به هنگام خواندن متنی می‌توان آنها را بازشناخت و در نوشتن به ذهن نمی‌آیند. دسته اول را واژگانِ فَعَال و دسته دوم را واژگانِ غیر فَعَال می‌خوانیم» (سمیعی، ص ۶۰)

۲. چو قاضی به فکر ت نویسد سَجَل / نگردد ز دستاربندان خجل (سعدی)

۳. «ابوحیان توحیدی در نگارش کتب خود بصنایع توجهی نداشت. هر جا آن صنایع بطبیعت بر قلم او جاری می‌شد از آنها استفاده می‌کرد و در غیر این صورت از آوردن آنها خودداری می‌نمود. مثل آن است که ابوحیان توجه به صنایع گوناگون و فدا کردن معانی را برای خاطر آنها نمی‌پسندید و این معنی از مثالی که برای صاحب بن‌عباد شمرده است برمی‌آید». (صفا، ذبیح الله، تاریخ ادبیات ایران، ج ۱، ص ۱۵۲)

الفاظ بکوشد. پوشیده نیست که رعایت این میانه روی تا چه اندازه دشوار است و تمرین فراوان و قریحه‌ای خوش می‌طلبد.

عنصری (متوفی ۴۳۱ هـ ق) که از جمله شعرایی است که تلاش بی‌مثالی در صنعتگری دارد همواره مورد انتقاد ارباب نظر بوده است تا جایی که گفته‌اند سرآغاز اصلی انحطاط در شعر فارسی همین کوشش‌های آمیخته به صنعت اوست (شمیسا، ص ۴۵ و شفیع کدکنی، ۵۲۶ قس صفا، ذبیح الله ص ۱۲۸ که عنصری را سرآمد سخنوران پارسی دانسته).

پایش این تناسب در عالم حقوق دوچندان دشواری دارد. زیرا زبان حقوقی و استخدام تخصصی تعابیر به غایت حساس است و در مثل است که «کلام حقوقدان را با الماس می‌سنجند» و این سنج خود نشان از نازکی و شکنندگی واژگان در این ساحت علمی دارد. حقا که کمتر نویسنده حقوقی است که هم قلمی خوش داشته باشد و هم پشتوانه علمی مقبولی داشته باشد از میان نویسندگان حقوقی، کاتوزیان نیک از عهده برآمده و کمتر کسی است که حتی بتواند به سبک نگارشی او نزدیک شود و با تکیه بر ساختار منحصر به فرد ذهنی و استعداد ذاتی خویش، تار مباحث خشک حقوقی را به پود هنر نگارش گره زده و طرحی نو در آثارش درانداخته است.^۱ اگر چه در سلاست و جزالت، شهیدی گرد از دریای الفاظ برآورده و نیل قلم در سیل لوح، روان کرده و جعفری لنگرودی «در انتقال معانی از الفاظی دقیق و رسا بهره برده» (آیین، ص ۴۱۳) اما جعفری تبار هم در استدلال، جمع عقلانیت (=لوگوس) و شعر و ادبیات (=میتوس)؛ جمع واقعیت و افسانه، حقیقت و دروغ را در پیش گرفته و اشتهای خواننده را به شوق خواندن برمی‌انگیزد. (جعفری تبار، ۱۴۰۰،

۱. محمد علی نوری در مقاله‌ای با عنوان «دکتر کاتوزیان و هنر دادگری» که در مقالات اهداء شده به استاد ناصر

کاتوزیان زیر عنوان کتاب «منهج عدل» طبع شده به این جنبه هنری استاد پرداخته است. (ص ۷۰۱)

ص ۱۹) همچنین^۱ قلم شریف الشریف هم از چنان ظرافتی برخوردار است که سطح توقع خواننده تخصصی متون حقوقی را ارتقاء می‌بخشد.^۲

پس از این براعت استهلال باید دید دادنامهٔ مبحث‌عنه تا چه حد با این موازین منطبق است؟ از عدم انسجام و یکپارچگی متن که حاصل از محاصرهٔ بخشی از دادنامه در سره نویسی و فراز پایانی آن که به رسم معتاد دارای همان تعابیر عربی است به خوبی می‌توان به کوشش بی‌حد نگارندهٔ رأی برای متفاوت جلوه نمودن و البته عدم توفیق در آن پی بُرد. خواننده حرفه‌ای از صنعتگری- که از قضا حاوی نوآوری و مطلب ویژه‌ای نیست- کسل می‌شود.

قافیه‌اندیشی در حکم دادگاه نه تنها برازنده و ارزنده نیست بلکه نشان دهنده شکست نویسنده در نیل به تسلط معنا و روانی الفاظ است به گونه‌ای که مخاطب پیوسته باید برای فهم واژگان یا جملات آغشته به اغلاق و تعقید درنگ کند و مدت زمان بیش‌تری برای خواندن صرف نماید. افزون بر این دشواری ناشی از صنعت‌گرایی برای خواننده گرفتاری دیگری برای شخص نگارنده به بار می‌آورد آن است که مفتون افسون عبارت‌پردازی و لفظ‌تراشی شده و از مقام معنا غافل می‌شود. این غفلت معنوی آسیبی به مکتوب وارد می‌کند که با مشاطهٔ کلمات پوشانده نخواهد شد.

۱. اگر بخواهیم به یکان‌یکان ستارگان حقوقی ایرانی پردازیم متن درازدامن می‌شود و از مقصد اصلی خارج می‌شود، پس مقالی دیگر لازم است لکن دریغ است که از فحول علما و ادبای معاصر یعنی استاد دکتر محمدعلی موحد- حفظه‌الله تعالی- یاد نشود هرآینه از میان حقوقدانان کسی به صورت تخصصی تا این حد در ادبیات غور و غوص نکرده است. تنها یکی از آثار این اندیشمند بزرگ، برای اثبات احاطهٔ این حقوقدان به ادب و تاریخ پارسی کافی است. (بنگرید به کتاب «ابن بطوطه») ایضاً نویسندگانی نظیر سید حسن امامی، حائری شاه‌باغ، احمدعلی حمیتی واقف، عبدالله شمس، سید عباس موسوی، فریدون نهرینی، عباس کریمی، ستوده تهرانی، مصطفی محقق داماد، محمد راسخ، و حسن محسنی، محمدهادی صادقی، رضا نوربها، حسین میرمحمدصادقی، محمد حسین ساکت و بهمن کشاورز، سید محمد صدری نثری شیوا و خواندنی دارند.

۲. بنگرید به «منطق حقوقی» اثر وزین و مستطاب دکتر مهدی الشریف.

نیز از آفات دیگر صنعتگری در دادنامه بسامد بالای حشو قبیح در متن رأی است به گونه‌ای که بسیاری از جملات عبارت اخرای جمله‌ای تکراری یا عمدتاً بدون هیچ کارکردی استعمال شده است. به طوری که با حذف آن‌ها هیچ خللی به ارکان متن وارد نشده و اتفاقاً موجب رسایی کلام می‌شود. برای نمونه این کلمات از موارد حشو قبیح است: «آهنگ و رای»- «شک، شبهه و تردید»- «دادگاه این بخش از داوش را دور از ذهن می‌داند»- «فرداد دادخواه».

۲-۳. عدم رعایت علائم سجاوندی و دستور خط

امروزه کمتر دادنامه‌ای است که دستور خط فارسی - آن هم مطابق با ضوابط تعیین شده از سوی فرهنگستان زبان و ادب فارسی - در آن رعایت شده باشد. دو دلیل عمده برای عدم مراعات قواعد دستور خط در احکام قضایی وجود دارد. نخست آنکه: در دانشگاه و محافل علمی برای دانشجویان حقوق، به آموزش مرتبط با دستور خط اهمیت داده نشده است و اکثر اهالی حقوق، اساساً به اهمیت این حوزه آشنا نمی‌شوند و در نتیجه باید و نبایدهای دستور خط را نمی‌دانند. دو دیگر آن است که: غوغای پرونده‌های جریانی و آمار ورودی بیش از حدّ توان و انتظار، عملاً دادگاه‌ها را از پرداختن به این نقش‌بندی بازمی‌دارد. افزون بر این، نرم‌افزارهای تبدیل گفتار به نوشتار که برای سهولت و تسریع در تایپ دادنامه‌ها مورد استفاده محاکم قرار می‌گیرد بر فزونی این مصیبت تأثیر به‌سزایی داشته است.^۱

۱. دادنامه شماره صادر شده از شعبه ۴۰ دادگاه عمومی حقوقی اصفهان به شماره ۱۴۴۰۲۵۹۴/۱۴۴۰۳۰۹۳۹۰۰ مورخ ۱۴۰۳/۱۰/۲۹ در پرونده ۱۴۰۳۰۹۹۲۰۰۴۴۱۳۹۰۹ شاهد بارزی از این تایپ بازاری است! از مثال استفاده از اینگونه نرم‌افزارهای موسوم به هوشمند ضریب خطای بالای فرایند تبدیل گفتار به نوشتار است. برای نمونه در این رأی چند جا عبارت «فرانسه باز» به چشم می‌خورد که نشان می‌دهد گوینده منظورش

دادنامه مورد نظر هم از این جنبه فاقد حساسیت لازم بوده و از حیث رعایت دستور خط و علائم سجاوندی فقیر است. برای نمونه می‌توان به این موارد اشاره نمود. استفاده از چهار پرانتز (()) برای جمله که به نظر می‌رسد، به جای استفاده از نشانه نقل قول «»، چهار کمانک به کار برده شده و یا دقت لازم در فاصله و نیم‌فاصله/بی‌فاصله بعمل نیامده است. همچنین هیئت و فاصله نشستن ویرگول با کلمات قبل و بعد آن نادرست است!

برآمد

در هم‌تنیدگی و پیوند ادبیات و حقوق نشان می‌دهد که رای قاضی علاوه بر رعایت تشریفات آیینیک و قواعد ماهوی با زبان و ادب سرشته است. شان حکم محکمه اجل از آن است که هنگام انشاء رای تنها به ساحت معنا توجه و در انتخاب واژگان کوتاهی شود. حاصل نقد نگارشی این دادنامه، عار نداشتن استعمال اصطلاحات عربی از یکسو و نادرستی تمایل افراطی دادگاه به سره نویسی و استفاده از واژگان بیگانه با زبان معیار و بعضاً غلط در بخش‌هایی از حکم از سوی دیگر است. همچنین در این تحقیق دانستیم که حکم دادگاه باید با صداقت و به صورت جوششی از ذهن قاضی تراوش نماید و از صنایع و بدایع بر حذر باشد. کثرت کار محاکم و نا‌آشنایی قاضیان با دستور خط فارسی و قواعد یکسان‌ساز فرهنگستان زبان و ادب فارسی از دلایل بی‌مهری به زبان و ادب پارسی در احکام است اما اینها، تکلیف منشیان حکم در رعایت دستور زبان و علائم نگارشی را مرتفع نمی‌سازد.

وإليه أُنِيب

«پرانتز باز» بوده یا عبارت «ویل بود» در دادنامه وجود دارد که به نظر می‌رسد، گوینده گفته: «ویرگول». یا به جای «مستحق للغير» عبارت «مستحق قلعه»، درج شده است!

منابع و مآخذ

۱. امامی، نصرالله، مبانی و روش‌های نقد ادبی، فراین، تهران، ۱۴۰۳.
۲. آبین، علیرضا، درآمدی بر روش‌شناسی و اندیشه‌شناسی حقوقی استاد دکتر جعفری لنگرودی، داد و دانش، تهران، ۱۴۰۱.
۳. تجلیل، جلیل، معانی و بیانی، مرکز نشر دانشگاهی تهران، تهران، ۱۳۷۶.
۴. جعفری تبار، حسن، بر منهج عدل، دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۹۳.
۵. _____، کاغذین جامه، نگاه معاصر، تهران، ۱۳۹۸.
۶. _____، دیو در شیشه، نگاه معاصر، تهران، ۱۴۰۰.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، قوه قدسیه، گنج دانش، تهران، ۱۳۹۳.
۸. _____، منطق ادبی، گنج دانش، تهران، ۱۳۹۶.
۹. حسن‌زاده آملی، حسن، تصحیح و تحقیق کلیله و دمنه، موسسه بوستان کتاب (مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم)، قم، ۱۳۸۹.
۱۰. حکمت، علی‌اصغر، پارسی نغز، تهران، ۱۳۳۰.
۱۱. خدابخشی، عبدالله، حقوق دعاوی ۳، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۹۹.
۱۲. خسروی، محمدرضا، نقد نگارشی آراء قضایی، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، تهران، بهمن ۱۳۹۹.
۱۳. خضری، فاروق، زبان قانون، نقد فرهنگ، تهران، ۱۴۰۱.
۱۴. داوری ارکانی، نگار، سره‌گرایی زبانی، هرمس، تهران، ۱۳۹۹.
۱۵. رضایی‌نژاد، امیرحسین، نگارش رای قضایی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۰.
۱۶. سمیعی گیلانی، احمد، نگارش و ویرایش، سمت، تهران، ۱۳۷۸.
۱۷. شفیع‌کدکنی، محمدرضا، صور خیال در شعر فارسی، آگه، تهران، ۱۳۹۸.
۱۸. شمیسا، سیروس، سبک‌شناسی شعر، فردوس، تهران، ۱۳۷۶.
۱۹. صدرا، محمدباقر، آئین نگارش و سرایش، انتشارات انجمن فرهنگی - ادبی امیر کبیر، تهران، ۱۳۸۸.
۲۰. صفا، ذبیح‌الله، تاریخ ادبیات ایران، جلد اول، ققنوس، تهران، ۱۳۷۸.
۲۱. عمید، حسن، فرهنگ عمید، موسسه انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۷۹.
۲۲. کاتوزیان، ناصر، عدالت قضایی، میزان، تهران، زمستان ۱۳۸۲.

۲۳. کیوانفر، علی اکبر، چارانه‌ها، جهاد دانشگاهی، تهران، ۱۳۹۸.
۲۴. گروه دستور زبان فارسی و رسم الخط، دستور خط فارسی، فرهنگستان زبان و ادب فارسی، تهران، ۱۴۰۱.
۲۵. محسنی، حسن، اداره جریان دادرسی مدنی بر پایه همکاری و در چارچوب اصول دادرسی، تهران، شرکت سهام انتشار، ۱۳۹۷.
۲۶. معاونت آموزش دادگستری استان تهران؛ زیر نظر دکتر ناصر کاتوزیان، نقد رویه قضایی، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۱.
۲۷. معصومی همدانی، حسین، اخلاق نوشتن، فرهنگ معاصر، تهران، ۱۴۰۱.
۲۸. معین، محمد، فرهنگ فارسی (معین)، میلاد، تهران، ۱۳۸۹.
۲۹. موسوی، سید عباس موسوی، مهارت‌های دادرسی، گنج دانش، تهران، ۱۴۰۱.
۳۰. واشقانی فراهانی، ابراهیم، آئین نگارش و ویرایش، فردوس، تهران ۱۳۹۰.
۳۱. همایی، جلال‌الدین، فنون بلاغت و صناعات ادبی، هما، تهران، ۱۳۷۹.
۳۲. یوسفی، غلامحسین، درس زندگی - گزیده قابوس‌نامه، علمی، تهران، ۱۳۷۹.

حقوق و اقتصاد: تاریخچه‌ای کوتاه اما چالش برانگیز

نویسنده: الساندرو

سوما^۱

مترجم: حسین مردی

دانشجوی مقطع دکتری دانشگاه ساینزا رم و وکیل
دادگستری

چکیده

این نوشتار با بررسی تاریخچه دوره نشأت گرفته است. در محوری خود را به عنوان سنگ پرفراز و نشیب رابطه میان عصر مدرنیته، این رابطه حول بنای نظم اقتصادی تثبیت کرد. حقوق و اقتصاد، نشان می‌دهد پروژه حمایت از آزادی فردی این پژوهش بر نقش که این دو حوزه همواره در و تضمین مالکیت خصوصی تکنوکرات گونه حقوقدانان و خدمت اهداف گسترده تری شکل گرفت و با تکامل اندیشه اقتصاددانان تأکید می‌کند که با بوده‌اند که از بستر سیاسی هر لیبرال به نئولیبرالیسم، جایگاه وانمود به بی‌طرفی و غیرسیاسی

۱. الساندرو سوما، محقق سابق موسسه ماکس پلانک (تاریخ حقوق اروپا-فرانکفورت) و مدرس در دانشگاه‌های جنوا و فرارا بوده است. او هم اکنون استاد حقوق خصوصی تطبیقی در دانشگاه ساینزا رم و مدیر گروه دکتری حقوق اوتونومی خصوصی، تجارت، کار و حمایت از حقوق در دیدگاه اروپایی و بین‌المللی می‌باشد. او همچنین عضو بنیاد الکساندر فون هومبولت، استاد مدعو در دانشگاه سن مارکوس لیما، عضو آکادمی بین‌المللی حقوق تطبیقی و عضو هیئت مدیره انجمن حقوق تطبیقی ایتالیا (La Direzione) است.

این مقاله، بخشی از کتابی با عنوان «بازار، نهادها و قوانین؛ در باب گفتگوی دشوار بین حقوق و اقتصاد» است. این اثر که با بودجه پروژه تحقیقاتی P.R.I.N. (پروژه‌های تحقیقاتی با اهمیت ملی) با عنوان «روزولت در بروکسل. احیای دولت فعال‌گرا در اروپای پس از همه‌گیری؟» و به مسئولیت علمی پروفیسور سوما انجام شده، توسط گائتانو آزارتی، سیلویا باگنی، میشل کاردوچی و الساندرو سوما ویرایش شده است. این مقاله در بخش اول کتاب مذکور، توسط انتشارات دانشگاه ساینزا در رم، در ماه مه ۲۰۲۵ به صورت دسترسی آزاد و تحت مجوز کرییتیو کامنز (Creative Commons) منتشر شده است و از طریق پایگاه داده ذیل قابل دسترس است:

ISBN: ۲-۳۸۱-۹۳۷۷-۸۸-۹۷۸.

DOI: ۹۷۸۸۸۹۳۷۷۳۸۱۲۰/۱۰,۱۳۱۳۳(editrice.sapienza@uniroma1.it)

بودن، به مشروعیت بخشی به
 نظم حاکم پرداخته‌اند. با این
 حال، بحران‌های متوالی نشان
 داده که عادی‌بودگی
 سرمایه‌داری، که بر محور
 مالکیت خصوصی و رقابت
 آزاد است، یک قاعده

تثبیت شده است و هر گونه
 انحراف از آن، حتی با هدف
 نجات سرمایه‌داری، به عنوان
 تهدیدی برای نظم موجود تلقی
 می‌شود. در نهایت، با توجه به
 تحولات اخیر و ناکامی
 پارادایم نئولیبرال در حل

چالش‌ها، نیاز به بازکشف بُعد
 سیاسی حقوق و اقتصاد و
 پذیرش مسئولیت اجتماعی
 توسط متخصصان این حوزه‌ها
 برای اندیشیدن به آینده جامعه
 تأکید می‌شود.

۱. مقدمه؛ در باب سرچشمه‌های یک پروژه عمومی: حمایت از

آزادی فردی

عموما حقوق را به عنوان دانشی که ریشه‌های آن در گذشته‌های دور نهفته است می‌شناسند و اعتبار آن معمولا از اینکه به عنوان ابزاری قابل اعتماد و آزموده‌شده در مهندسی اجتماعی بکار می‌رود، نشأت می‌گیرد.^۱ اما همین گزاره را نمی‌توان در مورد اقتصاد نیز صحیح دانست چرا که اقتصاد [نه همچون حقوق از گذشته‌های دور بلکه] در دوران مدرن است که به یک شاخه علمی مستقل تبدیل می‌شود، اگرچه هنوز هم تا حدودی با شاخه‌های علوم دیگر همچون فلسفه سیاسی و فلسفه اخلاق^۲، و مهم‌تر از همه، آزادی فردی که به عنوان مبنای بازار ستایش می‌شود، درهم تنیده شده است و همین آزادی فردی موضوع اصلی پژوهش [اقتصاد] قرار گرفته است.^۳

دقیقاً از همین گرایش ایدئولوژیک است که اصطلاح "حقوق و اقتصاد" به معنی مطالعه رابطه بین این دو حوزه ظهور پیدا می‌کند و به تبع آن، کانونی می‌شود برای رویدادهایی که سالیان درازی به آنها پرداخته شده است. دوران مدرن را می‌توان عصری دانست که تمایز بین حقوق خصوصی و حقوق عمومی پدیدار گردید. به نحوی که اولی در خدمت فرد به عنوان کسی که اهلیت تملک و قدرت اقتصادی را در ید

۱. رتوریک بنیادین سنت حقوقی غرب به ویژه بر این جنبه تأکید دارد؛ رجوع کنید به:

H.J. Berman, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale* (1983), Bologna, 1998, p. 24 s.

۲. به عنوان مثال:

M.R. Ferrarese, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, 1992, p. 77 ss.

۳. با انتشار کتابِ آدام اسمیت با عنوان تحقیق در ماهیت و علل ثروت ملل به صورت رسمی آغاز می‌یابد.

رجوع کنید به:

A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, London, 1776.

خود دارد، و دومی (حقوق عمومی) که به عنوان ابزاری جهت زمامداری و اعمال قدرت سیاسی در دست حاکمیت قرار دارد.^۱ به همین دلیل است که اولین ارتباط و نقطه اتصال میان حقوق و اقتصاد، در حوزه خصوصی و از طریق چارچوب‌های لیبرالی صورت بندی می‌شود. چارچوب‌هایی که هدف آنها ستایش آزادی فردی به عنوان نقطه مرجع و یک اصلی کلی است که روابط بین اعضای جامعه را تنظیم می‌کند. این چارچوب‌ها در حالت حداقلی و کمترین خود مربوط به تنظیم مقررات بازار بودند و همگی بر اساس الگوهای تکاملی انجام گرفته‌اند، مانند آنهایی که از فرمول معروف "از نظام وضعی به نظام قراردادی"^۲ برای تبیین انتقال [از دوران پیشامدرن] به دوران مدرن استفاده می‌کردند.^۳

۱. مطابق با طرحی که در جریان تدوین قانون مدنی فرانسه، که به تمام معنا یک قانون جامعه بورژوازی محسوب می‌شود، مطرح شد، زمانی که فرمول وام گرفته شده از سِنِکا که طبق آن «مالکیت برای فرد تضمین شده است» و در عوض «حاکمیت برای امپراتور» به کار گرفته شد: رجوع کنید به:

J.-É.-M. Portalis, Exposé des motifs de la loi relative à la Propriété, in Code civil des Français, suivi de l'exposé des motifs, sur chaque lois, présenté par les Orateurs du Gouvernement..., vol. 4, Paris, 1804, p. 31.

2. H. Sumner Maine, Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas, London, 1861.

۳. م: برای مثال، در قرن نوزدهم، نویسندگانی مانند هنری سامنر مین در انگلستان، جوزف کوهلر و هرمان پست در آلمان و دیگران در پی ردیابی توسعه حقوقی تمدن‌های پیشرو از ریشه‌های ابتدایی آنها تا دولت مدرنشان بودند. این قوم‌شناسی حقوقی بر این نظریه استوار بود که همه جوامع از مراحل یکسانی، هرچند در زمان‌های متفاوت، عبور می‌کنند. سر هنری مین به مفهومی به اسم حرکت از وضعیت به قرارداد *from status to contract* پردازد که در کتاب حقوق باستان (۱۸۶۱) به آن پرداخته است. این تئوری بر این استدلال استوار است که در دوران اولیه موقعیت یک فرد در گروه اجتماعی خود ثابت بود اما بعداً زمانی فرا رسید که این امکان بوجود آمد که فرد بتواند سرنوشت خود را از طریق ابزار قرارداد تعیین کند. او می‌گوید مطالعه جوامع نشان می‌دهد که فرد از بردگی و رقیت از یک وضعیت تعیین شده در بدو تولد از رابطه ارباب و رعیتی به سمت یک رابطه قراردادی مثل کارفرمایی و کارگری حرکت کرده است. روح افکار او این است که حقوق یک روند تکاملی دارد و در ابتدا مبنای خود را بر وضع *status* قرار می‌داد اما رفته رفته

یکی از ویژگی‌های مشخصه قرن نوزدهم این بود که همانطور که پایه و اساس نظم اقتصادی را فردگرایی می‌دانست، حقوق خصوصی را نیز به عنوان دانشی که وظیفه تنظیم حوزه فردی را بر عهده دارد، به رسمیت می‌شناخت. به علاوه، این دوره؛ تنها مرحله در تاریخ بشر بود که اقتصاد، شکل و شمایل دستگاهی جدا از جامعه را به خود گرفت. در این دوره بود که نظم اقتصادی، بدون تعدیل و کم و کاست قابل توجهی، سازوکار خود را مطابق با این قاعده تنظیم نمود که "تمام درآمدها و عایدی‌ها باید از طریق فروش چیزی حاصل شود"، این چیزها حتی می‌توانست شامل کالاهایی نیز شود که زمانی از بازار حذف شده بودند. [با همین استدلال بود که] "انسان تحت عنوان نیروی کار" به کالا تبدیل شد و "طبیعت تحت نام زمین، برای فروش (همچون کالا) در دسترس قرار گرفت." همه اینها در سیستمی که ادعا می‌کرد خودتنظیم‌گر است به وقوع می‌پیوست زیرا ارزش، "توسط بازار و فقط توسط قیمت‌های بازار هدایت و تعیین می‌شود"؛ دال مرکزی این نظریه؛ از شوق انسان‌ها برای "دستیابی به حداکثر سود پولی" نشأت می‌گیرد.^۱

با نزدیک شدن به قرن بیستم، این چارچوب نظری دچار بحران شد و به زودی از هم فروپاشید به نحوی که در پایان جنگ جهانی اول، به وضوح می‌شد تأیید کرد که جنگ، "فردگرایی را سرنگون کرده بود"، همانطور که انقلاب فرانسه "فئودالیسم را

رفته این مبنا به سمت یک نظام قراردادی حرکت کرده است. مثلاً در حقوق قدیم وراثت یک اصل و تعیین کننده بود و وضعیت حقوقی شخص بسته به اینکه میراث دار چه شخصی است تعیین میشد اما در جامعه مدرن عوض و معوض (قرارداد) است که مبنا و اساس روابط حقوقی شده است.

1. K. Polanyi, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca* (1944), Torino, 1974, pp. 210 e ss. e 228 e ss. Anche Id., *Economie primitive, arcaiche e moderne. Ricerca storica e antropologia economica* (1968), Torino, 1980, p. 5 ss.

سرنگون کرد.^۱ غیر از این هم نمی توانست باشد، زیرا دست نامرئی افسانه‌ای در همه جبهه‌ها شکست خورده بود. و دلایل آن نیز این بود که [اولاً] موفق نشده بود در بازار، خودخواهی‌های فردی را هماهنگ و متعادل سازد تا "درآمد سالانه جامعه را تا حد امکان زیاد کند."^۲ و [ثانیاً] خارج از بازار نیز نسبت به ترغیب ثروتمندان به توزیع رضایت بخش آن ثروتی که به واسطه‌ی کار تولید می‌شد، ناتوان شده بود. به عبارت دیگر «تقریباً همان توزیع ضروریات زندگی که اگر زمین به طور مساوی بین همه ساکنانش تقسیم می‌شد، بدست می‌آمد» را محقق کند.^۳

این وضعیت [یعنی ناکامی ایده‌های اقتصادی در ایجاد بیشترین ثروت برای جامعه از طریق بازار و ناکامی در تضمین توزیع عادلانه منابع در خارج از بازار]، نظم اقتصادی را با تعارض قابل توجهی مواجه کرد که دلیل آن خیانت به وعده‌های رهایی‌بخشی بود که از تمایز میان حوزه فردی و حوزه حاکمیت (به عنوان بنیان جامعه‌ی بورژوازی) بوجود آمده بود. این تعارض [میان حوزه عمومی و فردی] برای جامعه بورژوازی اساسی و بنیادین بود و در شرایطی که مالکیت، اساس آزادی فردی در نظر گرفته می‌شد، همزمان تصور می‌شد که تملک کالاها از طریق تصرف و تغییر آنها به واسطه کار صورت می‌گیرد. از این رو، فرد "هر چیزی را که می‌توانست.. از حالتی که طبیعت آن را بوجود آورده است... خارج کند بدین وسیله می‌توانست آن را ملک خود سازد."^۴ بنابراین جامعه مدرن بر اساس کار بنا شده بود، و نه مالکیت، یا حداقل می‌توان گفت که رهایی انسان عمدتاً به واسطه کار صورت می‌گرفت.

با این حال، گذار از قرن نوزدهم به قرن بیستم، نشان‌دهنده افول جامعه بورژوازی و

1. N. Stolfi, La Rivoluzione francese e la guerra mondiale in rapporto alle trasformazioni del diritto, in Rivista di diritto pubblico, 1922, I, pp. 388 e 404 ss.
2. A. Smith, La ricchezza delle nazioni (1776), 2. ed., Roma, 2005, pp. 73 e 391.
3. A. Smith, Teoria dei sentimenti morali (1759), Milano, 2001, p. 376.
4. J. Locke, Il secondo trattato sul governo (1689), Milano, 1998, p. 97.

تأیید نهایی جامعه صنعتی بود. در اینجا، کار دیگر منحصر به فعالیت‌هایی نبود که نیازمند استفاده محدود از ابزارها باشند- ابزارهای ضروری که برای تولیدات کشاورزی یا صنایع دستی لازم بود- بلکه جامعه صنعتی، جامعه خط تولید و مونتاژ است و به تبع آن کار در چنین جامعه‌ای، "طرح‌بندی و مهندسی اجباری جامعه" است، یا به تعبیر بهتر، "برنامه‌ریزی کلیت اجتماعی" است.^۲ در این شرایط، کار قطعاً اجازه دسترسی به وضعیت مالکانه را نمی‌داد، بنابراین کار، ارزش‌هایی بخش بودن خود را از دست داد و فراتر از آن می‌توان گفت که مالکیت ابزار تولید به ویژگی شاخص یک طبقه، یعنی سرمایه‌داران، در مقابل طبقه‌ای که مالکیت از آنها سلب شده بود و فقط فرزندانشان را به عنوان تنها دارایی خود داشتند، یعنی پرولتاریا، تبدیل شد. همه اینها نمادی از رکود اجتماعی بی‌بازگشت و نشانه‌هایی از عدم امکان جابجایی اجتماعی ارزیابی می‌شود که در نهایت نظم مالکیت به ارث رسیده از جامعه بورژوازی را با "شکست فاجعه‌باری" مواجه ساخت.^۳

این رویدادها با این حال، نشان‌دهنده گسست در رابطه بین حقوق و اقتصاد نبودند؛ بلکه [این دو رشته] توسعه پیدا کرده و در گذار به جامعه صنعتی با هم سازگار شدند. به عبارت دیگر حقوق، خود را تجهیز نمود تا در حد امکان؛ فردگرایی را برای جلوگیری از فروپاشی نظم مالکیت محدود سازد، این کار عمدتاً با پیروی از دستورات نئولیبرالیسم صورت می‌پذیرفت. بنابراین با توجه به این واقعیت که بازار به حمایت اساسی قدرت‌های عمومی نیاز دارد، لیبرالیسم دوباره تفسیر شد (بند شماره ۲ به این موضوع می‌پردازد). سازش نئولیبرالیسم با فاشیسم، راه را برای بازاندیشی در رابطه بین حقوق و اقتصاد که

-
1. M. Weber, *Economia e società* (1922), vol. 3, Torino, 2000, p. 85.
 2. J.-F. Lyotard, *La condizione postmoderna* (1979), Milano, 1999, p. 27.
 3. A. Rüstow, *Das Versagen des Wirtschaftsliberalismus*, 2. ed. (1950), Metropolis, 2001, p. 1.

توسط نئولیبرالیسم ترویج می‌شد، هموار کرد به نحویکه دیگر مداخله قدرت‌های عمومی مورد تردید و سوال نبود. در پایان جنگ جهانی دوم، مداخله دیگر صرفاً با هدف نظارت بر عملکرد صحیح مکانیسم عرضه و تقاضا، صورت نمی‌گرفت بلکه از قدرت‌های عمومی انتظار می‌رفت که برای دفاع از جامعه در برابر عملکرد بازار رقابتی اقداماتی را انجام دهند. این امر به ویژه توسط طرفداران دموکراسی اقتصادی ترویج می‌شد و راه‌حل‌هایی را نیز تجویز می‌کردند که احتمال به خطر انداختن ثبات نظم مالکیت و حتی فراتر رفتن از آن به سمت راه‌حل‌هایی با رگه‌هایی از سوسیالیسم را بوجود می‌آورد (بند شماره ۳). اقتصاددانان و حقوقدانانی که با رویکرد کینزی در مورد تنظیم بازار همسو بودند، محتاط‌تر عمل می‌کردند، اما با این حال، این رویکرد نیز مورد انتقاد قرار گرفت و تحمل نشد چرا که در تعارض با توزیع سرمایه، به نفع کار عمل می‌کرد (بند شماره ۴).

به همین دلیل در دهه ۱۹۸۰ [پس از انتقادهایی که نسبت به دخالت قدرت‌های عمومی در بازار صورت گرفت] شاهد استقبال مجدد از پارادایم‌های نئولیبرالی بودیم. این سیاست‌ها به طور گسترده‌ای توسط نهادهایی مثل برتون وودز و اروپای متحد توسعه و ترویج می‌شد (بند شماره ۶). همه این اتفاقات در پس‌زمینه‌ای از درهم‌تنیدگی مجدد حقوق و اقتصاد صورت می‌پذیرفت که موجب ورود بی‌سابقه حقوقدانان به حوزه اقتصاد و اقتصاددانان به حوزه حقوق می‌گردید. اولین ورود نمادین در مورد مباحث مربوط به تحلیل اقتصادی حقوق بود (بند شماره ۶) و دومی، مطالعه تأثیر قواعد و نهادهای حقوقی بر عملکرد بازار بود که در جنبش‌های حقوق و مالیه و اقتصاد تطبیقی جدید انجام پذیرفته است (بند شماره ۷).

چنین تحولی در رابطه بین حقوق و اقتصاد، بر جایگاه اندیشمندان حقوقی نیز تأثیر می‌گذاشت، حقوقدانانی که به طور سنتی مشروعیت اجتماعی خود را بر اساس دارا بودن مجموعه‌ای از خرد و در نتیجه، فعالیت به عنوان تکنوکرات‌ها کسب کرده‌اند. پارادایم‌های نئولیبرالی به فرعی شدن حقوق در برابر اقتصاد منجر می‌شوند [و حقوق را

ذیل اقتصاد قرار می‌دهد]. حوزه‌ای از دانش که دارندگان آن؛ خود را در نقاب تکنوکرات‌ها مشروعیت می‌بخشند. چنین رویکردی با ایدئولوژی‌ای که به پشتیبانی از آن برخاسته‌اند؛ منطبق است. از این رو، انگیزه‌ای ایجاد می‌شود تا با تأمل در رابطه میان حقوق و اقتصاد، فرصتی مناسب برای بازپس‌گیری بُعد سیاسی هر دو حوزه دانش فراهم شود تا از این منظر، بازار را با نگاهی متفاوت نسبت به دیدگاه‌های نئولیبرال مورد بررسی قرار دهیم؛ و نسبت به پیامدهایی که تنظیم بازار بر ماهیت دموکراسی دارد حساس شویم و خطرها را مجدداً جدی بگیریم. (بند شماره ۸).

۲. اصلاح نظم اقتصادی: از بحران فردگرایی مالکیت‌محور تا

نئولیبرالیسم

درباره جامعه بورژوازی و ریشه‌های آن در نظم مالکیت‌محور صحبت کردیم و اینکه چگونه گذار به جامعه صنعتی به شکست آن به عنوان ابزاری رهایی‌بخش انجامید. همانطور که می‌دانید این ناکامی؛ تعارض‌های قابل توجهی را دامن زد. به نحوی که برای برخی، اصلاح نظم مالکیت و برای برخی دیگر براندازی این نظم، هدف و آرمان قرار گرفت، به ویژه پس از امیدهایی که جنبش سوسیالیستی نوپا بوجود آورده بود.^۱ حتی در این حالت دوم [یعنی تلاش برای براندازی نظم مالکیت] نیز، تأکید بر رابطه بین حقوق و اقتصاد وجود داشت؛ نه فقط به این دلیل که حقوق به عنوان ربنایی از اقتصاد در نظر گرفته می‌شد- اگرچه یک هدف غلبه بر بُعد دولتی بود- اما هدف دیگر سهم نمودن و شریک کردن حقوق با واگذاری وظیفه حیاتی "تثبیت نظم جدید" به آن بود.^۲

1. Sulla scia di K. Marx, Per la critica dell'economia politica (1859), Roma, 1979.

۲. به ویژه رجوع شود به:

R. Guastini (a cura di), Marxismo e teorie del diritto. Antologia di scritti giuridici, Bologna, 1980.

دقیقاً برای جلوگیری از چنین پیامدی، و به طور کلی تر برای نجات نظم مالکیت، تلاش‌ها برای اصلاح آن افزایش یافت، این تلاش‌ها که از تحول مورد اشاره ما نشأت می‌گرفت تحولی بود که با افول فردگرایی به عنوان الگوی بنیادی عصر مدرن و به ویژه با افول حقوق خصوصی صورت می‌گرفت. نتایج این تغییرات برای حقوق، گسترش تنش‌های تمامیت خواهی بود که امتیاز انحصاری حقوق عمومی به شمار می‌رفتند و اکنون در حال نفوذ به حوزه‌ی حقوق خصوصی بودند.^۱

بنابراین شاخه‌ای از نظام حقوقی متولد شد که در نتیجه تمایز بین حوزه حاکمیت و حوزه فردی، یا به عبارت دیگر تمایز بین سیاست و اقتصاد متولد شد، تمایزی که برای جلوگیری از شکل‌دهی و قاعده‌گذاری روابط بازار توسط قدرت‌های عمومی در حوزه‌های اختصاص یافته به حقوق خصوصی طراحی شده بود. هدف این شاخه جدید، شناسایی یک راه سوم بین لیبرالیسم قرن نوزدهم و سوسیالیسمی که اراده آن بر الغای نظم مالکیت در مقام نظریه و عمل بود. این راه سوم، در واقع، بر یک تعادل متزلزل استوار بود. تعادلی که از یک سو به حاکمیت قانون متوسل می‌شد، اما از سوی دیگر، وظیفه "تنظیم" و نه صرفاً "حفاظت از منافع فردی"^۲ را به آن محول می‌کرد. همه اینها باید با مشارکت حقوق بنیادین و اساسی محقق می‌شد، که اکنون دیگر نباید بین حوزه‌ی خصوصی و عمومی تمایز قائل می‌شد. این اهداف همگی فراخوانده شده بودند تا رفتارهای فردی مرتبط با عملکرد بازار را شکل دهند.^۳ در اینجا حقوقدانان بودند که به طرق مختلف در جستجوی این راه سوم مشارکت داشتند و از اواخر قرن نوزدهم

-
1. F. Wieacker, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Karlsruhe, 1974.
 2. W. Hallstein, *Wiederherstellung des Privatrechts*, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1946, p. 7.
 3. B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020.

تلاش خود را وقف آن کردند. در آن زمان، به اصطلاح "سوسیالیست‌های کرسی"^۱ بحران فردگرایی مالکیت‌محور را به عنوان بحران تمایز بین حقوق عمومی "دولت اقتدارگرا (قادر مطلق omnipotent)" و حقوق خصوصی "فرد رهایی یافته از هرگونه جامعه" معرفی کردند.^۲ از نظر آنها فرصت غلبه بر این بحران با لحظه‌ای جدید از سنتز بین دو رویکرد مذکور فرا رسیده بود، که به موجب آن حقوق عمومی باید رنگ و بوی فردگرایی به خود می‌گرفت و حقوق خصوصی از "قطره‌ای روغن اجتماعی" برخوردار می‌شد. [بنظر این حقوقدانان] تنها از این طریق می‌شد از شر تعارض‌های بی‌ثبات‌کننده، مانند آن تضادهایی که ناشی از تقسیم طبقاتی بودند، خلاص شد.

در آغاز قرن بیستم، راه سوم؛ دو چهره همبستگی‌گرایی و کارکردگرایی به خود گرفت. در یکسو طرفداران همبستگی‌گرایی بودند که بر استقلال فردی و «مبارزه برای رشد شخصیت فردی» تمرکز داشتند؛ هر چند از نظر آنان لازم بود «ارتباط میان کنش‌های فردی» تا حدی که برای «حفظ فرد در وضعیت رفاه و امنیت پایدار»^۳ مفید باشد، ترویج شود. در سوی دیگر، کارکردگرایان قرار داشتند که به فرد اجازه رشد فردی می‌دادند، اما مشروط بر اینکه این امر به حفظ تعادل میان اجزای مختلف ارگانسیم اجتماعی کمک کند.^۴

با این حال، اواخر دهه ۱۹۳۰ بود که راه سومی در نتیجه تلاش مشترک محققان حقوق

۱. «سوسیالیست‌های صاحب کرسی» (Kathedersozialisten) لقب تحقیرآمیزی بود که در اواخر قرن نوزدهم به گروهی از استادان اقتصاد سیاسی آلمانی داده شد. آنها به دلیل حمایت از اصلاحات اجتماعی و مداخله دولت در اقتصاد و در عین حال فاصله گرفتن از جنبش‌های سوسیالیستی انقلابی و نظریه‌های مارکسیستی مورد انتقاد قرار می‌گرفتند.

2. O. Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Berlin, 1889, p. 9 ss.

3. L. Bourgeois, Solidarité, 3. ed., Paris, 1902, p. 61 s.

4. L. Duguit, Les transformation générales du droit privé (1911), 2. ed., Paris, 1920, pp. 26 s. e 37.

و اقتصاد شناسایی شد که به ترسیم مرزهای یک لیبرالیسم نو می‌پردازد. همه این مباحث در پی آن رویدادی که به طور معمول نقطه آغاز نئولیبرالیسم شناخته می‌شود، مطرح شدند. [رویداد مذکور] اشاره به مجمع [کلوکیوم] والتر لیپمن دارد؛^۱ جلسه‌ای که به ابتکار یک روزنامه‌نگار آمریکایی صورت پذیرفت که پیش از این از رویکردی تکنوکراتیک به نظم اقتصادی حمایت می‌کرد تا از بازار سیاست زدایی شود.^۲ شهرت وی بیشتر مدیون مقاله‌ای بود که به جستجوی راه سومی بین لسه فر^۳ (عدم مداخله دولت در اقتصاد) و جامعه محوری [به معنای اولویت دادن به جمع و گروه در برابر فرد] اختصاص داشت.^۴

در این مجمع، چهره‌های برجسته لیبرالیسم شرکت کردند؛ چهره‌هایی که متقاعد شده بودند نظم اقتصادی مبتنی بر رقابت آزاد به صورت خودبه‌خودی و خودانگیخته محقق نخواهد شد. از نظر آنها برای دستیابی به هدف رقابت آزاد، به یک دست قابل مشاهده که با مداخله قدرت‌های عمومی اعمال می‌شد، نیاز بود. با این حال، از نظر آنان مداخله‌گرایی نئولیبرالی باید ماهیت حقوقی و نه اداری و بوروکراتیک می‌داشت^۵ به نحوی که از طریق وضع قوانین دولتی - محترم شمرده شود و در نتیجه قوانین بازار

۱. برای مثال رجوع کنید به:

G. Conti e L. Fanti, *Sovranità, credito e mercato. Verso l'arte del governo economico totale*, Pisa, 2020, p. 553 ss.

۲. رجوع کنید به:

E. Mostacci e A. Somma, *Gli Stati Uniti e il loro diritto*, Torino, 2024, p. 74 ss.

۳. م: رویکردی اقتصادی است که طبق آن روابط مالی میان افراد باید عاری از هرگونه دخالت حکومت باشد.

لفظ لسه فر بخشی از گزاره فرانسوی *laissez faire, laissez passer* است به معنی «بگذار بروند» است. لسه فر معمولاً در تقابل با برنامه‌ریزی مرکزی از سوی حکومت اقتدارگرا یا دخالت‌گری حکومت در جهت سوق دادن فعالیت‌های اقتصادی به جانب دلخواه [حکومت] به کار می‌رود.

4. W. Lippmann, *The Good Society* (1937), London, 2005.

۵. رجوع کنید به:

P. Dardot e Ch. Laval, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberalista* (2009), Roma, 2013, p. 176.

بازتولید شوند تا از این منظر؛ قوانین، اصل رقابت را به ابزاری برای جهت دهی و هدایت سیاسی رفتارهای فردی بدل نماید.^۱ مهم تر از همه، [با کمک قانون] از غلبه قدرت های سازمان یافته ای که قادر به مختل کردن مکانیسم رقابتی بر نظم اقتصادی هستند؛ جلوگیری شود. برای مثال [قدرت های سازمان یافته ای] همچون کارتل های بین شرکتی و همچنین و مهم تر از همه، ائتلاف های کارگری و در نتیجه اتحادیه ها [که قادر به مختل کردن مکانیسم رقابتی بازار هستند] باید محدود شوند.

اگر از مجمع [کلوکیوم] والتر لیپمن به عنوان مرحله ای حیاتی و مهم در فرآیند جستجوی راه سوم (در این معنا که توضیح داده شد) یاد می شود، دقیقاً به این دلیل است که در آنجا اصطلاح "نئولیبرالیسم" ابداع شد. مهم تر از آن، در همانجا بود که تعریف مشخصی برای روشن کردن تفاوت نئولیبرالیسم از لیبرالیسم سنتی ارائه شد. طبق این تعریف به "دولت قوی و مستقل" و "وظایف" پلیس شدید بازار "محول می شود تا بتواند از "عدم انسجام اجتماعی و ناهمگونی هایی" که در اثر "احترام صرف به قواعد کاملاً منطقی و خشک بازی رقابت" ممکن بود بوجود بیاید، جلوگیری کند.^۲

در این مرحله؛ جای تعجب نیست که نئولیبرالیسم توانست با فاشیسم هایی که در قاره کهن در حال گسترش بودند، پیوند بخورد. [نئولیبرالیسم] نه به این دلیل که یک نظریه و نسخه ای ذاتاً ضد دموکراتیک است، بلکه به این دلیل ساده که نسبت به سرنوشت دموکراسی بی تفاوت است^۳ [مورد پسند چنین دولت هایی قرار گرفت]. نئولیبرالیسم در واقع با هدف ممکن ساختن تاریخی سرمایه داری به بازتعریف شرایط مداخله عمومی در اشکال

۱. ارجاع شده در:

- A. Somma, La dittatura dello spread. Germania Europa e crisi del debito, Roma, 2014, p. 49 ss.
2. A. Rüstow (1938), in S. Audier, Le Colloque Walter Lippman. Naissance du néo-libéralisme, Lormont, 2012, p. 469 s.
3. Analogamente T. Biebricher, Die politische Theorie des Neoliberalismus, Berlin, 2021.

مختلف و به میزانی که برای دستیابی به چنین هدفی لازم و کافی باشد، می‌پردازد. این نظریه هر جا که ضرورت داشته باشد - یعنی مواردی که مانعی برای عملکرد بازار رقابتی وجود داشته باشد - موافق فشرده‌سازی و در نهایت ختنی‌سازی مکانیسم دموکراتیک است.

یک نمونه‌ی مثال‌زدنی از این الگو را در اردولیرالیسم آلمانی می‌توان مشاهده نمود، که اکثر افراد، آن را از نئولیرالیسم متمایز می‌کنند. آنها اولی [اردولیرالیسم] را حامی مداخله‌گرایی عمومی می‌دانند که بیشتر تمایل دارد عملکرد بازار را به عملکرد دست‌مرئی دولت وابسته کند در حالی که این امر برای نئولیرالیسم ناشناخته و مذموم است.^۱ با این حال، اگر از آنچه درباره اهداف چنین عملی گفته‌ایم، شروع کنیم - اهدافی که نمی‌توان از پیش تعریف کرد زیرا به شرایط و مورد به خصوص، بستگی دارند - اردولیرالیسم در مجموع به خوبی می‌تواند برای نئولیرالیسم یک نمونه پارادایمی در نظر گرفته شود یا حداقل ثابت کند که در مقطعی؛ برای نئولیرالیسم نیز مداخله قاطع قدرت‌های عمومی برای ممکن ساختن تاریخی سرمایه‌داری ضروری است.^۲

اگر بر آنچه اردولیرال‌ها بیان کرده‌اند تمرکز کنیم متوجه خواهیم شد که به باور آنها این عقاید به تحقق ایده‌آل‌های ترویج شده توسط انقلاب فرانسه خواهد انجامید.

۱. به ویژه رجوع شود به:

P. Plickert, Wandlungen des Neoliberalismus. Eine Studie zu Entwicklung und Ausstrahlung der Mont Pèlerin Society, Stuttgart, 2008

و

L. Cassetti, Diritto costituzionale e teorie economiche: dal confronto dottrinale a distanza alla decisione interpretativa sulle clausole economiche e finanziarie, in Rivista Aic, 2022, 3, p. 139 ss.

۲. در میان کسانی که بر نقش مداخله‌ای از سوی نهادهای عمومی برای حفظ نظم بازار تأکید می‌کنند، موضع کسانی برجسته است که معتقدند این نظم هرگز صرفاً خودجوش نیست. به همین دلیل، تمایز بین نظم خودجوش و نظم مصنوعی «اعتبار منطقی خود را از دست می‌دهد» و صرفاً به عنوان یک تضاد بین «رویکردهای اقتصادی - حقوقی دولت‌ها» آشکار می‌شود. به نقل از:

N. Irti, L'ordine giuridico del mercato, Roma e Bari, 1998, p. 9 ss.

انگیزه‌های رهایی‌بخشی که توسط اردولیرالیسم ترویج می‌شدند، سرانجام با انگیزه‌های نظم‌بخش هم راستا شدند تا برای هدایت نیروهای رها شده از لیبرالیسم فردی بر خاسته از عصر روشنگری به سمت کاربردهایی که برای کل جامعه مفید باشند؛ پیش روند. همه این نیروها باید الهام‌بخش "حقوق اساسی اقتصادی" یا "تصمیم‌گیری درباره نظم کلی حیات اقتصادی ملی"^۱ قرار می‌گرفتند به طوریکه دانش حقوق موظف بود اقتصاد را با "حقوق اساسی کلی سیاسی" هماهنگ کند. به عبارت دیگر، وظیفه حقوقدانان این بود که "پلی بین سیاست اقتصادی و سیاست کلی ملی" ایجاد کنند.^۲

این الگو تنها یک برتری ظاهری را برای حقوق نسبت به اقتصاد قائل بود. به این معنا که حقوق اساسی سیاسی و حقوق اساسی اقتصادی رابطه‌ای سلسله‌مراتبی با یکدیگر برقرار می‌کردند، اما در نهایت وظایف آنها مکمل همدیگر بود. نظم اقتصادی باید بر اساس خطوطی که توسط نهادی که در راس نظام سیاسی قرار گرفته بود، توسعه می‌یافت و به عنوان بخش جدایی‌ناپذیری از نظم سیاسی قوام می‌یافت. با این حال، نظم سیاسی مسئولیت حفاظت از نظم مالکیت را بر عهده داشت و بدین ترتیب در لحظه‌ای که ادعای "دیدگاه اقتصاد دولتی"^۳ داشت پویایی و دینامیک خود را مطلق و غیر قابل تغییر می‌نمود. در این معنا، هدف آن تبدیل قوانین بازار به قوانین دولت بود. یک مثال قابل توجه از چنین الگویی، مربوط به ارتقا نقش بازار به ابزار اصلی توزیع

1. F. Böhm, W. Eucken e H. Großmann-Doerth, Unsere Aufgabe, in F. Böhm, Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung, Stuttgart e Berlin, 1937, p. xix. Anche W. Eucken, Die Grundlagen der Nationalökonomie, 2. ed., Jena, 1941, p. 64.
2. F. Böhm, Die Ordnung der Wirtschaft, cit., p. 9 ss.
3. L. Erhard, Einfluß der Preisbildung und Preisbindung auf die Qualität und Quantität des Angebots und der Nachfrage, in Id. e G. Bergler (a cura di), Marktwirtschaft und Wirtschaftswissenschaft. Eine Festgabe aus dem Kreise der Nürnberger Schule zum 60. Geburtstage von Wilhelm Vershofen, Berlin, 1939, p. 82.

مجدد ثروت است، اگرچه چنین نقشی برای بازار در تقابل با آرمان گرایی رایج این دوره یعنی آرمان‌هایی که به ظرفیت بازارها برای خودتنظیمی اعتقاد داشتند؛ بود. اکنون اعتقاد بر این بود که عملکرد صحیح بازار نیازمند مداخله قدرت‌های عمومی است، و با این حال، این باور پابرجا بود که تخصیص بهینه منابع از تضاد و تقابل آزاد میان عرضه و تقاضا، نشأت می‌گیرد حتی اگر این آزادی عرضه و تقاضا با کمک دولت صورت پذیرد. این امر بدان معناست که دایره و گستره اجتماع با گستره بازار منطبق است، یا با ترویج مکانیسم رقابتی به خوبی می‌توان اهداف بازتوزیعی مشابه با آنچه توسط [دولت‌های] رفاه اجتماعی پیگیری می‌شود، بدست آورد.^۱

اما این همه ماجرا نیست و برای اجرای حقوق اساسی سیاسی و در نتیجه حقوق اساسی اقتصادی، قدرت‌های عمومی باید در محیطی آرام و مسالمت‌آمیز عمل می‌کردند، که در آن فرد در قدرت و نظم حل می‌شد و درگیری و تضاد، به عنوان موانع "سمفونی اجتماعی"^۲ تلقی می‌شدند. این امر بدان معنا بود که برای قدرت اقتصادی دقیقاً برعکس آنچه برای قدرت سیاسی مطالبه می‌شد، ترویج شود. اگر قدرت سیاسی باید متمرکز و در نتیجه ملی می‌شد، قدرت اقتصادی باید به صفر می‌رسید، غیرسیاسی می‌شد، بی‌اهمیت می‌گردید و توان آن به عنوان یک نیروی گریز از مرکزی که مضر برای عملکرد سیستم است، کاهش می‌یافت. این ترجمه‌ی همان شعار "یک اقتصاد سالم مستلزم یک دولت قوی است"^۳ بود، و پیش از آن، دعوت به درک حقوق اساسی اقتصادی به عنوان ابزاری بود که طبق آن "پدیده قدرت اقتصادی ناپدید

۵. به ویژه رجوع شود به:

1. N. Reich, Markt und Recht. Theorie und Praxis des Wirtschaftsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neuwied e Darmstadt, 1977, p. 21 ss.
2. F. Böhm, Die Ordnung der Wirtschaft, cit., p. 21.
3. C. Schmitt, Starker Staat und gesunder Wirtschaft, in Volk und Reich, 1933, p. 87.

می‌شود^۱، و به این ترتیب، تضاد طبقاتی به عنوان نقض "تکالیف قانونی" تلقی می‌شد.^۲ [به عبارت دیگر اگر تضاد طبقاتی وجود دارد به این دلیل است که قوانین به درستی اجرا نمی‌شوند و اگر تخلفی از قوانین و تکالیف قانونی صورت نگیرد؛ تضاد طبقاتی نیز از بین خواهد رفت چرا که تخصیص بهینه منابع از تقابل آزاد میان عرضه و تقاضا که حالا از طریق قوانین محافظت شده است؛ صورت می‌پذیرد]

۳. دموکراسی اقتصادی و قانون‌گرایی ضد فاشیستی

خنثی‌سازی تعارض بازتوزیعی، روشی است برای اینکه سرمایه‌داری از لحاظ تاریخی امکان‌پذیر شود. ابزارهایی که با آن‌ها به این هدف می‌رسیم کاملاً انعطاف‌پذیرند، زیرا همانطور که گفته شد، نتولیرالیسم نسبت به سرنوشت دموکراسی بی‌تفاوت است. تعارض را می‌توان از طریق بازسازی کم و بیش مسالمت‌آمیز دیالکتیک بین سرمایه و کار خنثی کرد، اما اگر این روش‌ها کافی نباشند یا بیش از حد در برابر کارگر تسلیم‌پذیر تلقی شوند، می‌توان و حتی باید برای حفظ سرمایه به سرکوب خشونت‌آمیز جنبش کارگری متوسل شد. این امر به وضوح؛ مورد تایید اردولیرال‌ها بود؛ بی‌دلیل نیست که آنها فعالانه در ساخت و تحکیم نازیسم همکاری کردند و خود را به عنوان تکنوکرات‌هایی در خدمت اقتصاد ملی جا می‌زدند. این واقعیت عمدتاً توسط اکثریت نادیده گرفته می‌شود تا اردولیرالیسم به عنوان یک اسطوره بنیادین هویت آلمانی بی‌اعتبار نشود.^۳ اما این موضوع در پایان جنگ جهانی دوم به خوبی در یادها مانده است

1. W. Eucken, Die Grundlagen der Nationalökonomie, cit., p. 242 s.

2. F. Böhm, Die Ordnung der Wirtschaft, cit., p. 77.

۵. از جمله استثنای می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

D. Haselbach, Autoritärer Liberalismus und Soziale Marktwirtschaft. Gesellschaft und Politik im Ordoliberalismus, Baden-Baden, 1991 e R. Ptak, Vom Ordoliberalismus zur Sozialen Marktwirtschaft. Stationen des

و زمینه درگیری بر سر نوع نظم اقتصادی‌ای را ایجاد کرد است که دموکراسی نوپای آلمان باید آن را اتخاذ می‌کرد، شاید [این نزاع] دقیقاً برای جلوگیری از بازگشت دیکتاتوری فاشیستی و شیوه آن در تابع کردن نیازهای سرمایه‌داری به نیازهای دموکراسی صورت گرفته است. این نزاعی بود که بین طرفداران دموکراسی اقتصادی از یک سو و حامیان دموکراسی اردولبرال در سوی دیگر در جریان بود.^۱

هر چند طرفداران دموکراسی اقتصادی مخالف نظم مالکیت نبودند،^۲ اما خواستار هماهنگی بین مدارهای سیاسی و اقتصادی فراتر از آنچه مکانیسم دموکراتیک به طور سنتی تضمین می‌کرد، بودند. آنها خواستار مشارکت قانون‌گذار به ویژه برای انتخاب‌های تولیدی جامع و بلندمدت (Gesamtwirtschaftsplan) بودند،^۳ اما این خواسته برای دموکراتیک کردن همه سطوحی که تصمیمات اقتصادی در آنها گرفته می‌شد، از جمله واحدهای تولیدی منفرد کافی نبود. از این رو، برنامه‌ریزی با اجتماعی‌سازی ابزارهای تولید (Sozialisierung) و همچنین توجه به تعاونی‌ها و هم‌مدیریتی در واحدهای تولیدی (Mitbestimmung) در هم تنیده شد.

اجتماعی‌سازی به عنوان راه حلی برای مشکل تقسیم کار تولیدی فراخوانده شد،

Neoliberalismus in Deutschland, Opladen, 2004. V. anche A. Somma, La dittatura dello spread, cit., p. 19 ss.

۱. برای مثال به ترتیب نگاه کنید به:

A. Arndt, Das Problem der Wirtschaftsdemokratie, in Süddeutsche Juristen-Zeitung, 1946, p. 137 ss.

و

F. Böhm, Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung, ivi, p. 141 ss.

2. J.A. Moses, The Concept of Economic Democracy within the German Socialist Trade Unions during the Weimar Republic: The Emergence of an Alternative Route to Socialism, in Labour History, 34, 1978, p. 45 ss.

3. Th. Pütz, Der Gedanke der Planwirtschaft in der ökonomischen Diskussion der Gegenwart, in Europa-Archiv, 1949, p. 2377 ss.

مشکل تقسیم کار تولیدی این بود که در آن، کارگران نه براساس صلاحیت و شایستگی بلکه به دلیل "شمول اجباری"^۱ به کار گرفته می‌شدند.^۲ در نتیجه نظم مالکیت به جای رهایی کارگران، آن‌ها را به صورت اجباری به کار می‌گماشت و بخاطر همین اجبار؛ تقسیم کار تولیدی مورد سرزنش قرار گرفت و اجتماعی‌سازی ایده‌ای شد که با این مسئله مقابله می‌کرد زیرا مشارکت در فرآیندهای تصمیم‌گیری را به طیف وسیعی از ذی‌نفعان اعم از مصرف‌کنندگان تا شهروندان، بسط می‌داد. در اینجا بهتر است متذکر شد که اجتماعی‌سازی با سندیکالیسم (Syndikalisierung)، یعنی مشارکت کارگران در اعمال حق مالکیت بر دارایی‌های مولد، تفاوت زیادی دارد. مهمتر از همه، اجتماعی‌سازی با دولتی‌سازی (Verstaatlichung)، یعنی صرف جایگزینی مالکیت خصوصی با مالکیت عمومی نیز تفاوت دارد، دولتی‌سازی به خودی خود ناتوان از مقابله با «انباشت» به عنوان هدف فعالیت تولیدی و «اقتدارگرایی در مدیریت کسب‌وکار» است.^۳

اهداف تصمیم‌گیری مشارکتی [همکاری بین مدیریت و کارگران در تصمیم‌گیری، به ویژه از طریق نمایندگی کارگران در هیئت‌مدیره] مشابه اهداف اجتماعی‌سازی بود، مشارکت کارگران در آن دسته از تصمیمات تجاری که بیشترین تاثیر را بر سرنوشت

۱. «شمول اجباری» به عمل گنجانیدن افراد یا گروه‌ها در یک موقعیت، محیط یا فرآیند تصمیم‌گیری اشاره دارد که عمدتاً بر اساس ویژگی‌های جمعیت‌شناختی آنها و نه بر اساس صلاحیت‌ها، مهارت‌ها یا منافع واقعی‌شان انجام می‌شود. این رویکرد می‌تواند نتیجه‌ی معکوس داشته باشد و منجر به تظاهر، رنجش و در نهایت مانع از شمول واقعی شود. این رویکرد اغلب در تضاد با تقویت ذاتی شمول است که بر ایجاد محیطی متمرکز دارد که در آن تنوع به طور طبیعی مورد استقبال و ارزش قرار می‌گیرد.

2. R. Hilferding, Probleme der Zeit, in Die Gesellschaft, 1924, pp. 2 e 5.

3. K. Renner, Wege der Verwirklichung. Betrachtungen über politische Demokratie, Wirtschaftsdemokratie und Sozialismus, insbesondere über die Aufgaben der Genossenschaften und der Gewerkschaften (1929), Offenbach M., 1947, p. 23 s. Anche Id., Die Wirtschaft als Gesamtprozess und die Sozialisierung. Populärwissenschaftlich dargestellt nach Karl Marx' System, Berlin, 1924.

آن‌ها داشت که شامل سیاست‌های استخدامی و تامین اجتماعی، یا حتی استراتژی‌های بازار می‌شد. با این حال، تمام این کارها بدون اینکه کسب‌وکارها به بخشی از بدنه دولتی تبدیل شوند صورت می‌پذیرفت، یعنی برخلاف آن چیزی که در اتحاد جماهیر شوروی اتفاق افتاده بود. بنابراین با این کار، هدف این بود که از کاستی‌های دولتی سازی اجتناب شود و آنچه جوهر دموکراسی اقتصادی را تشکیل می‌دهد - یعنی توسعه و مشارکت محوری - به خوبی تقویت شود.^۱

در ابتدا بنظر می‌رسید که دموکراسی اقتصادی که مورد حمایت سوسیال دموکرات‌ها بود، حمایت بیشتری نسبت به دموکراسی اردولیرال کسب کند. دموکراسی اقتصادی ایده‌ای بود که تا حدی توسط دموکرات‌های مسیحی نیز پذیرفته شد، در میان آن‌ها این باور وجود داشت که «نظام اقتصادی سرمایه‌داری با قوانین، خودکشی کرده است» و دسترسی به مواد خام ضروری برای رشد اقتصادی باید با ایجاد یک نظام «تولید جمع‌گرایانه»^۲ تضمین شود. با این حال، دموکراسی اقتصادی مورد پسند قدرت‌های اشغالگری نبود که در آستانه جنگ سرد، قصد داشتند مدل‌های اقتصادی‌ای را تحمیل کنند که راه‌حل‌های سوسیالیستی را به وضوح رد می‌کرد. احزاب درگیر در تدوین قانون اساسی در این میان تصمیم گرفتند هیچ یک از مواضع موجود را با صراحت در متن قوانین اساسی وارد نسازند تا متن در این زمینه کاملاً خنثی باقی بماند. در تمام این مدت، اردولیرالیسم خود را به عنوان اسطوره بنیادین جمهوری فدرال آلمان تثبیت کرد، اگرچه طبق فرمولی که به دقت انتخاب و سعی شده بود تا تداوم با

1. K. Renner, *Wege der Verwirklichung*, cit., p. 114.

۲. این عبارت به نقل از سخنرانی رئیس‌جمهور نوردراین - وستفالن در مراسم تحلیف است که در کتاب توسعه حقوق در سرمایه‌داری سازمان‌یافته، نوشته جی. بروگمی‌یر آورده شده است:

G. Brüggemeier, *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus*, vol. 2, Frankfurt M., 1979, p. 334 ss.

گذشته نازی را پنهان کند.^۱ این فرمول به صورت خلاصه این بود: «اقتصاد بازار اجتماع محور» (*soziale Marktwirtschaft*).^۲ این فرمول به نظر می‌رسد به یک سرمایه‌داری نامشخص با چهره انسانی اشاره دارد، در حالی که به بیان ساده تر قصد دارد نشان دهد که بازار، یک نهاد اجتماعی است که خودبخود بوجود آمده است^۳ و اصلاحات باید فقط به اندازه ضرورت و فقط برای ایجاد آرامش اجتماعی در آن اعمال شود.^۴ تا آنجا که فریدریش فون هایک، در مورد فرمول مورد بحث، بیان کرد: «من این کاربرد را دوست ندارم، هر چند به لطف آن برخی دوستان آلمانی توانسته‌اند نوع نظم اجتماعی مورد نظر من را، برای طیف وسیع‌تری جذاب و مورد پسند کنند.»^۵

اگر چنین باشد، رویدادهایی که مشخصه مرحله پس از سقوط دیکتاتوری نازی است، با رویدادهایی که در تمام کشورهای اروپایی که فاشیسم را تجربه کردند، صرف نظر از زمان شکست هر کدام از آنها که برخی در پایان جنگ جهانی دوم و برخی تا

۱. این اصطلاح توسط اقتصاددانی به نام آلفرد مولر-آرماک ابداع شده که گذشته نازی شرم‌آوری داشت. او خود این موضوع را در کتابش، فرهنگ وازگان علوم اجتماعی، جلد ۹، اشتونگارت، ۱۹۵۶، صفحه ۳۹۲، در مدخل «اقتصاد بازار اجتماعی» ذکر کرده است:

Id., Voce Soziale Marktwirtschaft, in Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, vol. 9, Stuttgart, 1956, p. 392.

۲. م: اصطلاح «Soziale Marktwirtschaft» به معنای «اقتصاد بازار اجتماعی»؛ اصطلاحی است که به نوعی سیستم اقتصادی اشاره دارد که سرمایه‌داری بازار آزاد را با سیاست‌های اجتماعی با هدف تضمین رفاه اجتماعی و درجه‌ای از برابری درآمد ترکیب می‌کند. این سیستم با یک اقتصاد بازار رقابتی در کنار یک دولت رفاه مشخص می‌شود، جایی که دولت در تنظیم اقتصاد و ارائه حمایت اجتماعی نقش دارد. این سیستم بر کارایی اقتصادی و عدالت اجتماعی تأکید دارد و با هدف رفاه و در عین حال کاهش معایب بالقوه سرمایه‌داری افسارگسیخته عمل می‌کند.

3. H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, Stuttgart, 1964, p. 572 ss.

4. R. Blum, Soziale Marktwirtschaft. Wirtschaftspolitik zwischen Neoliberalismus und Ordoliberalismus, Tübingen, 1969, p. 130 ss.

5. F.A. von Hayek, Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata (1973-79), Milano, 2000, p. 283, nt. 26.

اواسط دهه ۱۹۷۰ طول کشید، متفاوت است. در آلمان، آنچه ما می‌توانیم آن را اساسی‌گرایی ضد فاشیستی تعریف کنیم، توسعه نیافت و متوقف شد. هدف این نوع از اساسی‌گرایی جلوگیری از تکرار طرح سرکوب آزادی‌های سیاسی و اصلاحات و آزادی‌های اقتصادی بود. اساسی‌سازی مستلزم مداخله سیاسی در حوزه اقتصادی است، اما نه برای نظارت بر عملکرد رقابت، آنگونه که در دیدگاه نئولیبرالی است، بلکه برای اینکه برابری و همراهی با آن، رهایی فردی و اجتماعی به صورت فعالانه ترویج و گسترش یابد.

اگر بخواهیم خلاصه کنیم باید بگوییم که اصل برابری ماهوی، بنیان نظریه اساسی‌گرایی ضد فاشیستی است، بدین معنا که حقوق اساسی از مقامات عمومی می‌خواهد فعالانه این برابری را ترویج دهند. در خارج از بازار با سیستم تامین اجتماعی، همچنین و مهمتر از همه در درون بازار با توسل به ابزار حقوقی به ضعف اجتماعی تعادل بخشد و از طرف ضعیف حمایت کند. بنابراین، این اصل، در بنیان خود نابرابری را تایید می‌کند و برای حل آن به نمایه «قدرت و توانمندی اجتماعی»^۱ توجه دارد، با پیامدهایی که فقط به روابط اقتصادی مربوط نمی‌شوند. همانطور که در قانون اساسی ایتالیا تصریح شده است که مداخله بازتوزیعی قدرت‌های عمومی باید مشارکت را نه تنها در سازمان اقتصادی کشور، بلکه در سازمان سیاسی و اجتماعی آن نیز ارتقا دهد (اصل سوم).

بدین ترتیب تعادلی بین مکانیسم رقابتی و مکانیسم دموکراتیک ایجاد می‌شود، یا به عبارت دیگر دموکراسی سیاسی با دموکراسی اقتصادی تکمیل می‌شود. نقشی که این مکانیسم برای حقوق قائل است، نقطه مقابل آن چیزی است که نئولیبرالیسم پیش‌بینی کرده است. نئولیبرالیسم، در واقع، خواستار فروپاشی قدرت اقتصادی است تا افراد را در برابر بازار تنها بگذارد و آنها را به رفتارهایی محکوم کند که چیزی فراتر از واکنش‌های

1. P. Ridola, Il principio libertà nello Stato costituzionale, Torino, 2018, p. 150.

خودکار به عملکرد رقابت نیستند.^۱ دموکراسی اقتصادی، برعکس نئولیبرالیسم، شکل‌گیری قدرت‌های متقابل برای تاثیرگذاری بر ساختار بازار را به همان روشی که در عرصه سیاسی با ارزش‌گذاری و مشارکت جمعی عمل می‌شود را ترویج می‌کند. همه اینها با هدف حمایت از منافع ضعیف در برابر منافع قوی صورت می‌پذیرد، یا به عبارت بهتر، سپردن یک وظیفه بسیار مشخص به دولت، یعنی متعادل کردن چنین تقابلی، و نه صرفاً بازتولید تضادها و سپس سرکوب پیامدهای آن، و بدین ترتیب وظیفه دولت به تحقق برابری ماهوی می‌انجامد.

باید توجه داشت که این طرح صرفاً مربوط به اصلاح سرمایه‌داری، یا به عبارت دیگر، صرفاً کنار گذاشتن ماتریس فردگرایانه ترویج شده توسط لیبرالیسم قرن نوزدهم نیست. در واقع، استدلال این است که اصل برابری ماهوی، با ایجاد تعادل قابل قبولی بین سرمایه‌داری و دموکراسی، می‌تواند به خوبی منجر به غلبه بر سرمایه‌داری شود. این در واقع هدف کسانی بود که پرسیدند «آیا قانون اساسی به ما اجازه می‌دهد، بدون تغییر انقلابی، یک نظام سوسیالیستی ظهور کند». یعنی آیا چنین رویدادی لزوماً نیازمند یک گسست انقلابی است، یا اینکه «یک نوآوری و خلاقیت قابل قبول در تداوم حقوق اساسی و قانونی» منجر به غلبه بر سرمایه‌داری خواهد شد.^۲

بدیهی است که این گرایش حتی توسط کسانی که خود منتقد سرمایه‌داری بودند و قانون اساسی ایتالیا را به طرز محکم و استواری به آن نظم سیاسی و اقتصادی وابسته می‌دانستند، مورد اعتراض قرار گرفت.^۳ با این وجود، حتی بدون به رسمیت شناختن پتانسیل انقلابی برای اصل برابری ماهوی، این اصل بدون شک نشان‌دهنده رابطه‌ای بین

-
1. A. Somma, Europa, sovranità e ordine economico nel prisma delle teorie federaliste, in Dpce online, 2020, p. 427 ss.
 2. C. Lavagna, Costituzione e socialismo, Bologna, 1977, p. 7 ss.
 3. U. Rescigno, Costituzione italiana e Stato borghese, 2. ed., Roma, 1977, p. 13 ss.

حقوق و اقتصاد است که در آن، حقوق تابع اقتصاد نیست. همانطور که با نئولیبرالیسم این اتفاق افتاد و حقوق تابع و دنباله رو اقتصاد گردید و دوباره در هر زمانی که ارجاعات به دموکراسی اقتصادی به فراموشی سپرده شوند، این اتفاق خواهد افتاد.

۴. ادامه: مصالحه کینزی

مطرح شدن «راه سوم» توسط اقتصاددانان نئولیبرال، تنها تلاش صریح برای نوآوری بدون براندازی بنیان‌های لیبرالیسم کلاسیک نبود و در همان دوره، و حتی چند سال زودتر، ماجرای فکری جان مینارد کینز آغاز شد و به همراه آن، توسعه نظریه‌ها و رویه‌هایی را شاهد بودیم که نقش مهمی در درک و فهم بهتر نظم اقتصادی داشتند. این امر پیامدهای مهم و تعیین‌کننده‌ای بر جایگاه حقوق داشت و رویه‌ای را ایجاد کرد که همچون یک معیار و الگو در تنظیم بازار در سال‌های پس از پایان جنگ جهانی دوم و دهه ۱۹۷۰ موثر واقع شد.

از بسیاری جهات، تأملات این اقتصاددان مشهور انگلیسی در ادامه ایده‌هایی قرار می‌گیرد که در چارچوب «لیبرالیسم نوین» در اواخر قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم دنبال شده بود که هدف آن‌ها توسعه «نوعی سوسیالیسم از مواضع لیبرال» و به عبارت دقیق‌تر، «تطبیق نظریه لیبرال با نیازهای دنیایی در حال تغییر»^۱ بود. کینز سرمایه‌داری را رد نمی‌کرد؛ در واقع، او می‌خواست «ویژگی اساسی» نظام سرمایه‌داری یعنی «وابستگی به جذبه‌ای افراطی به گزینه سود و عشق به پول در افراد به عنوان نیروی محرکه اصلی ماشین اقتصادی» را حفظ کند. با این حال، او «برخی سوءاستفاده‌های شناخته شده» را محکوم می‌کرد. سوءاستفاده‌هایی که می‌توانستند «تحریکات سیاسی یا تجربه‌های زودرس» را تغذیه کرده و مانع از گسترش آن اصلاحاتی شوند که قادر به ساختن

1. A. Masala, Stato, società e libertà. Dal liberalismo al neoliberalismo, Soveria Mannelli, 2017, p. 26 ss.

سرمایه‌داری «کارآمدتر از هر سیستم دیگری که اکنون در دسترس است در دستیابی به اهداف اقتصادی»^۱ بود.

به طور دقیق‌تر، کینز خواهان «اصلاحاتی در تکنیک» برای سرمایه‌داری بود که هدف آن «تقویت و محافظت از آن»^۲ بود. ضرورت این اصلاحات با مشاهده آن دسته از بحران‌های که از سال ۱۹۲۹ و با بحران مازاد تولید که به دلیل کمبود مصرف اتفاق افتاده بود؛ احساس میشد. این بحران ناشی از «تناقضی بود که قحطی در عین فراوانی بالقوه» به وجود آورده بود. به همین دلیل، برنامه‌ریزی ضرورت پیدا کرد تا «برای انجام کارهایی که به طور طبیعی خارج از محدوده توانایی فرد هستند» اقدامی شود، یعنی برای حل «مشکل کلی منابع» با بهره‌گیری از «ثمره هوش جمعی» ترتیبی اتخاذ شود که «بدون بی‌اعتبار کردن دستاوردهای روح فردی یا ابتکار خصوصی» باشد. به عبارت ساده‌تر بتوان «بدون کمونیست، سوسیالیست یا فاشیست شدن» سرمایه‌داری را اصلاح کرد.^۳

به همین دلیل، لازم بود تا از طریق اهرم‌های مالی و توسعه سیستم تامین اجتماعی و مهم‌تر از همه با توسل به تدابیری که هدف آنها «تضمین اشتغال کامل» بود؛ سیاست‌های بازتوزیعی اتخاذ شوند. همه این‌ها، همانطور که گفته شد، مطمئناً نه برای «دور انداختن سیستم منچستر»^۴، بلکه برای ایجاد «محیط مناسب برای بازی آزاد نیروهای اقتصادی و

1. J.M. Keynes, La fine del laissez faire (1924), in Id., La fine del laissez faire e altri scritti economico politici, Torino, 1991, p. 42 s.

2. Ivi, p. 43.

3. J.M. Keynes, La pianificazione statale (1932), in Id., Come uscire dalla crisi, Roma e Bari, 2004, p. 59 ss.

۴. در زمینه سرمایه‌داری، «نظام منچستر» به یک دوره تاریخی و ایدئولوژی مرتبط با شهر منچستر انگلستان، در طول انقلاب صنعتی اشاره دارد. این نظام با ظهور سرمایه‌داری صنعتی، تجارت آزاد و اصول اقتصادی لسه‌فر مشخص می‌شود. این نظام با رشد سریع صنعتی، شهرنشینی و تغییرات اجتماعی و اقتصادی قابل توجه، و همچنین با مسائلی مانند فقر، نابرابری و استثمار کارگران مشخص می‌شد.

در جهت محقق ساختن تمام ظرفیت‌های تولیدی خود» بود. حتی اگر این امر «به طور طبیعی نیازمند گسترش طیف وسیعی از وظایف سنتی دولت» باشد، به این معنی نیست که اصل «تضمین فضای گسترده برای اعمال ابتکار و مسئولیت فردی»^۱ تضعیف خواهد شد.

نظریه‌های کینز، که در محدوده تلاش برای نوآوری و نه براندازی نظام اقتصادی با منشا سرمایه‌داری قرار می‌گیرند، در بسیاری از جنبه‌ها در دوره پس از پایان جنگ جهانی دوم تا اواسط دهه ۱۹۷۰ نظریه‌های غالب بودند. این دوره که به عنوان «سی سال باشکوه» شناخته می‌شود، برگرفته از عنوان مقاله‌ای معروف است که او تلاش داشت ویژگی‌های برجسته این دوره را با اشاره به درک نظم اقتصادی و نقش قانون در این زمینه شناسایی کند. این مقاله به برنامه‌ریزی اقتصادی انجام شده در فرانسه در دوره مشخصی می‌پرداخت که به استفاده از «قدرت اقتصادی عظیم دولت» برای «تصحیح خلاها و کاستی‌های بازار»^۲ مربوط بود. همه اینها اساس سیاست‌هایی را تشکیل می‌دادند که در نهایت به آنچه به طور قابل توجهی به عنوان مصالحه کینزی تعریف شده است، منجر شد.

مصالحه کینزی در وهله اول با هدف مبارزه با بیکاری از طریق حمایت از تقاضا، و بدین ترتیب وارونه کردن دیدگاه غالب پیشین بود؛ دیدگاهی که مستلزم حمایت از عرضه و در نتیجه اجرای سیاست‌هایی در درجه اول با هدف حمایت از کسب و کارها بود.^۳ کینز معتقد بود که حمایت از تقاضا باید به عنوان سیاست اصلی دنبال شود زیرا می‌تواند: با رشد مناسب

1. J.M. Keynes, Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta (1936), Milano, 2017, p. 573.

2. J. Fourastié, Les trente glorieuses ou la Révolution invisible de 1946 à 1975, Paris, 1979, p. 276.

۳. رجوع کنید به:

G. La Malfa, John Maynard Keynes, Milano, 2015, p. 52 ss.

در سطوح دستمزدها به صورت مستقیم و غیرمستقیم، با واریزی‌هایی که از طریق یک سیستم تامین اجتماعی گسترده صورت می‌پذیرد، مصرف را افزایش دهد، که به نوبه خود همین امر موجب افزایش تولید و بدین ترتیب محرک اشتغال کامل می‌گردد و در نتیجه یک چرخه‌ای ایجاد می‌شود که نهایتاً به نفع همه است.^۱

همانطور که قابل درک است، این راه حل، برخلاف راه حل‌های سنتی، مستلزم مداخله موثر مقامات دولتی بود: رشد سطح دستمزدها مطمئناً ناشی از عملکرد دست نامرئی، یا از تلاقی آزاد عرضه و تقاضای کار در شرایطی که اصل برابری رسماً حاکم است، نیست. به عبارت دیگر، این امر نه تنها نیازمند مداخله بازتوزیعی از سوی مقامات دولتی به تعبیری که در بالا ذکر شد [یعنی حمایت از افزایش تقاضا] است، بلکه مستلزم کنترل بر گردش عوامل تولید و حتی کنترل بر گردش کالاها نیز است.

کینز، این جنبه را در مقاله‌ای با عنوان معنادار «خودکفایی ملی» برجسته می‌کند. او در آنجا دلایل کنار گذاشتن این باورها را که «احترام به تجارت آزاد» «نه تنها یک دکترین اقتصادی است که یک انسان منطقی و تحصیل کرده نمی‌تواند در آن شک کند، بلکه بخشی از یک اصل اخلاقی نیز هست» و اینکه تجارت آزاد بر «حقایق بنیادین» استوار است را توضیح می‌دهد. شاید چنین باوری مناسب عصری بوده باشد که مهاجرت‌های انبوه؛ قاره‌های جدیدی را مسکون کرده بود، جایی که تازه واردان گردش کالاها و سرمایه‌ها را به جریان می‌انداختند و موجب می‌شدند «تفاوت‌های عظیم در درجه صنعتی‌سازی و فرصت‌های آموزش فنی بین کشورهای مختلف» کاهش یابد اما پس از اتمام این دوران، «یکپارچگی سیستم‌های اقتصادی در سراسر جهان» به منبع عدم تعادل تبدیل شد، به همین دلیل مناسب بود «تا حد امکان از دخالت‌های ناشی از تغییرات اقتصادی که در جاهای دیگر صورت گرفته‌اند، رها شد». آزادی تجربه و

1. A. Barba e M. Pivetti, La scomparsa della sinistra in Europa, Reggio Emilia, 2016, p. 51 ss.

آزمون آنچه بهترین انطباق را با زمینه‌های مختلف دارد، نیازمند «حرکتی آگاهانه به سوی خودکفایی ملی بیشتر و انزوای اقتصادی بیشتر» است. در این معنا، خودکفایی ملی «یک ایده آل به خودی خود» نبود، بلکه ابزاری برای «ایجاد محیطی بود که در آن سایر ایده‌آل‌ها را بتوان با خیال راحت و به راحتی پرورش داد».^۱

قدرت‌های عمومی باید بر گردش عوامل تولید، و به ویژه گردش سرمایه، کنترل اعمال می‌کردند. در واقع، اگر سرمایه‌ها آزادانه در گردش باشند، دولت‌ها مجبورند سرمایه‌گذاران بین‌المللی را تنها به روشی جذب کنند که قادر به بروز نتایج قابل توجهی برای سرمایه‌گذاران باشد و مشوق‌هایی را در نظر بگیرند که از یک سو به کاهش فشار مالیاتی بر شرکت‌ها و از سوی دیگر شرایطی ایجاد شود که سطوح دستمزدها پایین باشد و قراردادهای کار موقتی و بی‌ثبات گردد.^۲ این مسئله با اثرات مخربی بر مصالحه‌کنیزی همراه است (که همانطور که گفتیم، بر پایه دستمزدهای بالا و یک سیستم تامین اجتماعی گسترده استوار است) و به همین دلیل [نظریه کینز] سیاست‌های مالیاتی بدون اثرات بازتوزیعی قابل توجه را نمی‌پذیرد.

۵. بازگشت نئولیبرالیسم: تمثیل اروپای متحد

کنترل بر گردش سرمایه به عنوان سنگ بنای نظم اقتصادی بین‌المللی، آن گونه که در کنفرانس مشهور برتون وودز در سال ۱۹۴۴ مطرح شد، به رسمیت شناخته شد. اساسنامه صندوق بین‌المللی پول جابجایی آزاد کالاها را ترویج می‌کرد، اما در عین حال تصریح می‌کرد که در مورد سرمایه، «کنترل‌های مناسبی برای تنظیم جابجایی‌ها اعمال شود» (ماده ۶). این امر، بن مایه و اساس مصالحه برتون وودز بود که در نتیجه

1. J.M. Keynes, National Self-Sufficiency, in Yale Review, 22, 1933, p. 755 ss.

۲. برای مثال رجوع کنید به:

M. Pianta, L'Europa della finanza, in Parolechiave, 2012, 2, p. 103 ss.

واگذاری مسئولیت تنظیم نظم اقتصادی به نظم سیاسی شکل گرفته بود. اگر از یک سو لازم بود تا «تجارت بین الملل به عنوان موتور ضروری برای اشتغال کامل احیا شود»،^۱ از سوی دیگر لازم بود منابع لازم برای کشورهای نیازمند، بدون ایجاد وابستگی های ناشی از عملکرد بازارهای مالی فراهم شود. یعنی لازم بود به این کشورها سرمایه ای با بهره کم و بر اساس معیارهای سیاسی و نه اقتصادی داده شود و از اعطای قدرت به سرمایه گذاران بین المللی برای تاثیرگذاری بر انتخاب های دولت های بدهکار جلوگیری شود. به همین دلیل، تصمیم گرفته شد بانک جهانی تاسیس شود، یا یک سازمان بین المللی برای تأمین مالی توسعه تاسیس شود^۲ که بدون ایجاد وابستگی هایی که معمولاً به سیستم وام های اعطا شده توسط نهادهای خصوصی نسبت داده می شوند، عمل کند.^۳

در طول "سی سال باشکوه"، اروپای متحد نیز از بسیاری جهات با سیاست های غالب آن زمان همسو شد. معاهدات رم یک بازار مشترک بین کشورهای عضو ایجاد کرد که بر اساس «جابجایی آزاد افراد، خدمات، کالا و سرمایه» بنا نهاده شده بود (ماده ۳).

۱. به نقل از سخنرانی پایانی هنری مورگنتاؤ، رئیس کنفرانس برتون وودز و وزیر خزانه داری ایالات متحده، در کتاب صندوق بین المللی پول و بانک بین المللی بازسازی و توسعه. اساسنامه، واشینگتن دی سی، ۱۹۴۴، صفحه ۴:

S. Treasury Department, International Monetary Fund and International Bank for Reconstruction and Development. Articles of Agreement, Washington DC, 1944, p. iv.

۲. م: سازمان های بین المللی متعددی در زمینه تأمین مالی توسعه فعالیت می کنند، اما شناخته شده ترین آن ها گروه بانک جهانی است که شامل ۵ سازمان مختلف می شود و با هدف مبارزه با فقر و ارتقای رفاه در کشورهای در حال توسعه فعالیت می کند. سایر سازمان های مهم نیز شامل صندوق بین المللی توسعه کشاورزی (IFAD) برای حمایت از کشاورزی در مناطق محروم، سازمان توسعه صنعتی ملل متحد (UNIDO) برای توسعه صنعتی، و صندوق بین المللی پول (IMF) برای ثبات اقتصادی و تراز پرداخت ها هستند.

3. M.A. Clemens e M. Kremer, The New Role for the World Bank, in Journal of Economic Perspectives, 30, 2016, p. 53 ss.

اگرچه امکان محدود کردن گردش این عامل تولیدی اخیر (یعنی سرمایه) توسط کشورهای عضو تنها در صورت «اختلال در عملکرد بازار سرمایه» پیش‌بینی شده بود (ماده ۷۳)، اما در واقع دخالت دولت‌ها بسیار فراتر رفت و در عمل تا اواسط دهه ۱۹۸۰، گردش آزاد سرمایه محقق نشد.

اما این همه ماجرا نیست و تاسیس بازار مشترک با یک سیاست اقتصادی مشترک همراه نبود بلکه هدف بسیار کم‌اهمیت‌تری مثل صرفاً هماهنگی سیاست‌های اقتصادی کشورهای عضو، جایگزین آن شد (ماده ۳). این کشورها^۱ مجموعه‌ای از اهداف تا حدی متضاد، مانند «سطح بالای اشتغال» و «ثبات سطح قیمت‌ها» (ماده ۱۰۴) را دنبال می‌کردند هرچند، معاهده از تعیین اولویت بین آن‌ها خودداری کرده بود. به این ترتیب، هماهنگ شدن سیاست‌های اقتصادی که برای «تسهیل دستیابی به اهداف» ذکر شده (ماده ۱۰۵) لازم بود، فضایی را برای همسویی آن‌ها با الگوهای نئولیبرال، مانند آنهایی که بر کنترل سطح تورم متمرکز بودند، باز گذاشت. با این حال، راه را بر سیاست‌های الهام گرفته از کینز که اولویت آن حفظ ثبات قیمت‌ها نبود و در درجه اول به اشتغال کامل توجه داشت نیز نسبت به بود. این سیاست‌ها می‌توانستند به خوبی بخش جدایی‌ناپذیری از افق پیش رو برای اقدام در ساختار اروپایی در نظر گرفته شوند.

باید اضافه کرد که اگرچه از یک سو از همان ابتدا قصد برپایی یک سیاست پولی مشترک وجود داشت،^۲ اما از سوی دیگر مسلم بود که این سیاست باید با «ادغام

۱. برای مثال رجوع کنید به:

- R. Chiarelli, Il coordinamento delle politiche economiche e monetarie degli Stati membri nel sistema del Trattato Cee, in R. Quadri, R. Monaco e A. Trabucchi (a curadi), Trattato istitutivo della Comunità economica europea, Milano, 1965, p. 841 ss.
2. E. Tigery, Ambitions et difficultés d'une politique monétaire commune, in Revue du marché commun, 1968, p. 161.

مشخصی از سیاست‌های مالی و بودجه‌ای^۱ همراه باشد، اگر نگوییم مقدم بر آن باشد. به عبارت دیگر، ابتدا باید سلسله مراتبی بین اهداف سیاست اقتصادی، یعنی اشتغال کامل و کنترل تورم، برقرار می‌شد و سپس یک رژیم پولی مطابق با اولویت‌بندی مربوطه تعیین می‌گردید.

تمام این‌ها با حساسیت‌های غالب در طول "سی سال باشکوه" همسو بود، به نام آن‌ها که می‌خواستند مفاد معاهدات رم را که بیشتر با آموزه‌های نئولیبرال همخوانی داشتند، محدود کرده یا حتی خنثی کنند. در تمام این مدت، بسیاری بر این باور بودند که می‌توان سیاست اقتصادی و پولی مشترکی را از طریق تحلیل تطبیقی تجربیات ملی مختلف تعریف کرد،^۲ که این امر به ارزش‌گذاری رویکردهای اقتصاد ترکیبی و حمایت از سیاست‌های انبساطی فصلی، که در آن زمان رایج بودند، منجر می‌شد.^۳ به طور کلی‌تر، این امر در بحث درباره نظم اقتصادی آینده اروپا، تأملاتی را وارد می‌کرد که فقط به جنبه «آزادی فردی» محدود نمی‌شد، و در عوض، بررسی موضوع «برابری» و بدین ترتیب «حمایت از اقشار اقتصادی ضعیف» و «همبستگی بین گروه‌های جمعیتی به نفع اقشار کمتر برخوردار» را لازم می‌نمود.^۴

با این حال، "سی سال باشکوه" در دهه ۱۹۷۰ به پایان رسید و اصول بنیادین آن در

1. L. Cartou, *Réflexions sur la politique économique dans la Cee*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1965, p. 39.

۲. برای مثال رجوع کنید به:

J. Zijlstra e B. Goudzwaard (a cura di), *Politica economica e problemi della concorrenza nella Cee e negli Stati membri*, Bruxelles, 1966.

۳. رجوع کنید به:

P. Kern, *L'inflation européenne*, in *Revue du marché commun*, 1964, p. 339 s.

4. W. van Gerven, *The Optimal Economic Constitution of the European Community with Reference to the Economic Constitutions of the Member States*, in *Common Market Law Review*, 13, 1976, p. 215 ss.

دهه ۱۹۸۰ جایگزین رعایت دقیق ارتدوکس^۱ نئولیبرال شد. برای نئولیبرالیسم، سیاست اقتصادی قادر به تاثیر مستقیم بر سطوح اشتغال نیست،^۲ به همین دلیل باید بر رهنمودهای زیربنایی مصالحه‌کنیزی غلبه کرد. از این منظر سیاست باید به جای حمایت از تقاضا، به سمت حمایت از عرضه هدایت شود. همه اینها با این اعتقاد همراه بود که بهترین تخصیص منابع توسط بازاری تضمین می‌شود که در آن عرضه و تقاضا بتوانند آزادانه با یکدیگر روبرو شوند.^۳ از این رو نتیجه‌گیری می‌شد که نظم سیاسی و در نتیجه قانون باید با ایجاد شرایط برای یک چارچوب مالی با ثبات، پایداری نظم اقتصادی را تضمین کند^۴ و در بقیه موارد، تمرکز خود را به نظارت بر رقابت محدود سازد. از این رو بر گردش آزادانه تنها کالاها، بلکه عوامل تولید و بیش از همه، سرمایه تاکید می‌کند.

تحول نئولیبرالی در ساختار اروپا مدیون ژاک دلور،^۵ که در واقع تحت تاثیر کمیسیون‌هایی بود که او بین سال‌های ۱۹۸۵ تا ۱۹۹۵ ریاست آنها را بر عهده داشت و نقطه آغاز آن "قانون یکپارچه اروپایی" بود که در سال ۱۹۸۶، تصویب شد. این مسئله فرصتی پیش آورد تا در وهله اول، گردش آزاد سرمایه به اجرا درآید و بدین ترتیب، واژگونی مصالحه برتون وودز با اقدامات ابتدایی برای تضعیف مصالحه‌کنیزی، محقق شود.

همانطور که می‌دانیم، تعریف مرحله به مرحله‌ی نیل به سوی اتحادیه اقتصادی و پولی

۱. کلمه ارتدوکس (Orthodox) در زبان یونانی به معنای "باور درست" یا "راست‌آیین" است. همچنین به معنای پایبندی به عقیده پذیرفته‌شده و صحیح در یک زمینه خاص است.

2. T. Padoa-Schioppa, L'Euro in prospettiva storica, ne Il Mulino, 2002, p. 55 s.

3. M. Pivetti, Economia politica, Roma e Bari, 2002, p. 121 ss.

4. E. Mostacci, La sindrome di Francoforte: crisi del debito, costituzione finanziaria europea e torsioni del costituzionalismo democratico, in Politica del diritto, 2013, p. 485 ss.

5. G. Azzariti, Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio, Roma e Bari, 2021, p. 156 ss.

مدیون معاهده ماستریخت است که آن را در چارچوب طرحی که هنوز هم ساختار اروپا را مشخص می کند، محقق ساخته است. در این ساختار، سیاست پولی در صلاحیت انحصاری اتحادیه است (ماده ۳ معاهده عملکرد اتحادیه اروپا)، در حالی که سیاست مالی و بودجه‌ای متعلق به کشورهای عضو است (ماده ۵ معاهده عملکرد اتحادیه اروپا). همه اینها بر این فرض ضمنی، با ریشه‌ای کاملاً نئولیبرالی استوار است که یک سیاست پولی خنثی، یا به عبارت دیگر بی تأثیر بر سیاست مالی و بودجه‌ای، امکان‌پذیر است.^۱

معاهده ماستریخت بازتعریف رابطه‌ای میان سیاست و اقتصاد بود که مشخصه "سی سال باشکوه" بود، و اکنون به طور قطعی بر این اصل متمرکز شده است که سیاست باید اهداف تعیین شده توسط اقتصاد را در چارچوب رویکرد نوعی نئولیبرال محقق سازد. از چنین دیدگاهی، اظهارات گویندو کارلی، وزیر خزانه‌داری که در مذاکرات برای تعریف محتوای پیمان شرکت کرد، یک نمونه مناسب است. این بانکدار آگاه بود که باید به «یک محدودیت خارجی» متوسل شد تا «مجموعه‌ای از نظامات را که جامعه ایتالیا از درون خود، توانایی تولید آنها را نداشت، بر پیکره آن پیوند دهد». مهم‌تر از همه، او می دانست که این پیمان منجر به «توسعه قانون اساسی پولی جمهوری فدرال آلمان به اروپا» خواهد شد و «همه را مجبور به اتخاذ رفتارهای غیرتورمی می کند». این تاثیرپذیری به خصوص مورد استقبال قرار گرفت، زیرا به معنای «مفهوم دولت حداقلی» و در نتیجه «تغییر ماهیت حقوق اساسی» بود. به ویژه، منجر به «باز توزیع مسئولیت‌ها می گردید به نحوی که قدرت مجامع پارلمانی را محدود و قدرت دولت‌ها را افزایش می داد»، و همچنین بازنگری «عمیقی» در مورد «قوانینی صورت می گرفت که به وسیله آنها به اصطلاح دولت رفاه در ایتالیا محقق شده است».^۲

1. M. Pivetti, *Economia politica*, cit., p. 3 ss.

2. G. Carli (in collaborazione con P. Peluffo), *Cinquant'anni di storia italiana*, Roma e Bari, 1996, pp. 5 e 432 ss. V. anche Id., *Intervista sul capitalismo*

بسیاری معتقدند که دسته‌بندی کلی صلاحیت‌های مربوط به سیاست‌های پولی (در صلاحیت انحصاری اتحادیه) و سیاست‌های مالی و بودجه‌ای (در صلاحیت کشورها)، گواهی بر ناتمام بودن ساختار اروپا است، که دیر یا زود قرار است به سمت واگذاری هر دو صلاحیت به سطح فراملی ارتقا یابد. با این حال، می‌توان باور کرد که چنین نیست، یا اینکه ساختار فعلی، بیانگر قصد لنگر انداختن و تثبیت ساختار اروپا به شیوه نئولیبرالی آن است. این را از آنچه یکی از بنیان‌گذاران نئولیبرالیسم در اواخر دهه ۱۹۳۰ بیان کرد، می‌توانیم استنتاج کنیم. در این دوره بود که خطوط کلی این ایدئولوژی تعریف شد، و به طور خاص، به عنوان یک نظریه و دستورالعمل مربوط به وظایفی که باید به دولت واگذار شود تا آن را به نگهبان و حافظ بازاری مبتنی بر تعامل آزاد عرضه و تقاضا تبدیل کند؛ شناخته شد. اشاره به فریدریش فون هایک و به ویژه دیدگاه او درباره فدرالیسم موید این خطوط کلی است.^۱ این اقتصاددان اتریشی بیش از آنکه بر معماری نهادی قابل شکل‌گیری تمرکز کند، بر آنچه وظیفه اساسی اتحادیه می‌دانست، یعنی حذف هرگونه مانع بر سر راه گردش آزاد عوامل تولید و به ویژه سرمایه، متمرکز بود. این امر، علاوه بر این، به عنوان ترفندی برای دستیابی به اعتدال مالی در کشورهای عضو جشن گرفته می‌شد. فشار مالیاتی بالا «سرمایه و کار را به جای دیگری سوق می‌دهد». گردش آزاد، به طور خلاصه، امکان خروج نظم اقتصادی از سیاست را فراهم می‌کرد، زیرا «سازمان‌های ملی، اعم از اتحادیه‌ها، کارتل‌ها یا سازمان‌های حرفه‌ای» را از «توانایی کنترل عرضه خدمات و کالاهایشان» محروم می‌ساخت. بیش از آن، اگر دولت ملی «همبستگی منافع بین همه ساکنان خود» را تقویت می‌کرد، اتحادیه مانع از ایجاد

italiano (1977), Torino, 2008, p. 71, dove si dichiara che «non si poteva non aderire» alla costruzione europea così come prefigurata dal Trattato di Maastricht, ma altresì che «fu un errore non rendersi conto delle conseguenze che quell'adesione avrebbe avuto».

1. L. Fanti, *Unione europea e sistema neo-ordoliberal*, Pisa, 2022, p. 285 ss.

پیوندهای «همدلانه نسبت به همسایه» می‌شد، تا حدی که حتی «اقدامات قانونی مانند محدودیت ساعات کار یا مزایای اجباری بیکاری» نیز غیر عملی می‌شدند.^۱

به طور خلاصه، ساختار کنونی اتحادیه اروپا نه نشانه‌ای از ناتمام بودن و ناقص بودن نئولیبرالیسم، بلکه نتیجه توسعه آن در بستر نظریه‌ها و عملکردهای نئولیبرالی حتی در مورد معماری ساختاری آن است. این ساختار در واقع برای قطع هرگونه پیوند احتمالی بین تنش‌های اجتماعی، که تنها در سطح ملی می‌تواند توسعه یابد، و انتخاب در مورد نحوه وجود نظم اقتصادی، که در سطح فراملی ریشه دارد، کاربردی است. این امر تقابل با رویکرد کینزی در مورد تنظیم بازار را برجسته می‌کند، رویکردی که با ایده‌هایی با هدف بازتعادل بخشیدن به جبهه‌های تعارض بازتوزیعی هماهنگ است و از این منظر نیز، رابطه‌ای بین حقوق و اقتصاد را ترویج می‌دهد که در آن حقوق به طور غیر قابل جبرانی محکوم به اجرای دستور کار سیاسی اقتصاد نیست.

۶. حقوق‌دان‌هایی در قامت اقتصاددان: تحلیل اقتصادی حقوق

گفته شد که رابطه بین حقوق و اقتصاد، آن گونه که در دهه‌های اخیر توسعه یافته است، الگوهایی متفاوتی نسبت به آنچه از گذشته به آنها به ارث رسیده بود را دنبال می‌کند. الگوهای گذشته در این رشته‌ها اساساً بازتاب دهنده شیوه‌هایی بود که در آن متخصصان این دو حوزه‌ی دانش میان‌رشته‌ای قبلاً بکار برده بودند. در این الگو آن‌ها بدون اینکه ذهنیت خود را نسبت به وضعیت معرفت‌شناختی رشته خود از دست بدهند، وارد موضوعات دیگر می‌شدند.^۲ اما اکنون، رابطه بین حقوق و اقتصاد، در مقابل، با تمام

1. F.A. von Hayek, *Le condizioni economiche del federalismo tra Stati* (1939), Soveria Mannelli, 2016, p. 58 ss.

۲. برای مثال رجوع کنید به:

C. Zöpel, *Ökonomie und Recht*, Stuttgart etc., 1977, p. 9 ss.

پیامدهای ناشی از آن در پس‌زمینه‌ای از سردرگمی جایگاه‌های متخصصان این دو حوزه گیر کرده است. این سردرگمی پیش از هر چیز، ناشی از پیامدهای مربوط به دشواری تسلط بر ابزارها و روش‌های پژوهشی‌ای است که به سنت انضباطی و دیسپلین اصلی آن‌ها تعلق ندارند. نمونه‌ای بارز [این سردرگمی] را می‌توان در مورد تلاش‌هایی که در علم اقتصاد برای اندازه‌گیری کارایی قوانین، به ویژه آن‌هایی که در چارچوب جنبش «حقوق و توسعه» انجام شده است، مشاهده نمود. در اینجا ابتدا به تحلیل اقتصادی حقوق می‌پردازیم و بدین ترتیب، نمونه‌ای به‌خصوص مهم از ورود متخصصان حقوق به رشته‌های اقتصادی را بررسی می‌کنیم.

تحلیل اقتصادی حقوق را می‌توان اینگونه تعریف نمود که این رشته تلاش دارد تا با استفاده و بکارگیری اصول توسعه‌یافته در علم اقتصاد به تأمل در پدیده حقوق در مورد موضوعاتی که تعامل بین حقوق و اقتصاد معمول است، پردازد. این روش، سابقه‌ای نسبتاً طولانی دارد به طوری که هم در تجربه‌های سرمایه‌داری و هم در تجربه‌های سوسیالیستی یک روش رایج بوده است اما استفاده از این روش در پرداختن به موضوعات متفاوت، نوتر است. این روش در ایالات متحده به عنوان یک برنامه درسی خاص از جنبشی که در دهه ۱۹۷۰ ظهور کرد، رایج شد. دهه هفتاد دورانی بود که بحران نظریه‌های سنتی حقوق در حال آشکار شدن بود و انتقادات حقوقدانان پوزیتیویست و سایر فرقه‌های طرفدار این مشرب در اروپا کاستی‌های مربوط به نظریه‌های سنتی را آشکار و مورد سرزنش قرار می‌دادند.^۱ در فضای آمریکایی، با توسل به روش تحلیل اقتصادی با دیدگاه‌های سنتی مقابله

۱. به ویژه رجوع شود به:

R. Pardolesi, Voce Analisi economica del diritto, in Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile, vol. 1, Torino, 1987, p. 310 e S. Ferey, Historie et méthodologie de l'analyse économique du droit contemporaine, in B. Deffains e É. Langlais (a cura di), Analyse économique du droit. Principes, méthodes, résultats, Bruxelles, 2009, p. 12 ss.

می‌شد و از طریق آن رابطه بین حقوق و جامعه باز تعریف می‌شد؛ در عین حال، نادرستی نظریه‌هایی که هدف آنها معرفی حقوق به عنوان یک پدیده عینی [آبجکتیو] و بی‌طرفانه بود، تأیید می‌گردید.^۱ با این حال، می‌توان به طور جدی در این مورد که آیا استفاده از تحلیل اقتصادی حقوق، به ویژه توسط حقوق تطبیقی، واقعاً به نتایجی مطابق با چنین اهدافی منجر می‌شود یا نه؛ تردید نمود.

ریچارد پازنر، در بیانیه‌ای که همچون مانیفست این جنبش از آن یاد می‌شود، مولفه‌هایی را برای کاربرد برخی اصول بنیادین شناخته شده‌ی علم اقتصاد در تفکر حقوقی بیان کرد، بدین ترتیب که: اقتصاد «علم انتخاب انسان است، در جهانی که منابع در نسبت با خواسته‌های انسان، محدود هستند»، بنابراین «باید پیامدها و نتایج آن را با این فرض مبنایی بررسی و آزمود که هر فردی یک حداکثرکننده عقلانی اهداف زندگی و رضایت‌مندی‌های خود است».^۲

اصولی که توسط علم اقتصاد توسعه یافته‌اند و به نحو سودمندی در حقوق قابل استفاده هستند، از این گزاره نشأت می‌گیرند که «مردم به انگیزه‌ها پاسخ می‌دهند». اولین اصل، مربوط به «رابطه معکوس بین قیمت پیشنهادی و مقدار تقاضا شده» است که منجر می‌شود حقوق، نه به عنوان مجموعه‌ای از الزامات و ممنوعیت‌های همراه با ضمانت اجرا، بلکه به عنوان ابزاری برای تعیین قیمت و بها برای رفتارهای انسانی، تصور شود. در این ابزار؛ هزینه و بهای بالا در صورت نیاز به بازدارندگی، و هزینه پایین و کم در صورت تمایل به تشویق و با ایجاد مشوق اعمال می‌شود. اگر می‌خواهیم مردم کمتر دست به کارهایی خاص بزنند باید هزینه اقتصادی چنین رفتاری را آنقدر بالا ببریم که از این اقدام ناامید شوند و برعکس اگر می‌خواهیم مردم به کارهایی خاص مبادرت

-
1. G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto* (1995), Bologna, 2001, p. 126.
 2. R. Posner, *L'economia e il giurista* (1977), in G. Alpa et al. (a cura di), *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Milano, 1982, p. 66.

کنند باید با تعیین پاداش‌های مختلف هزینه انجام چینی کاری را پایین بیاوریم تا انگیزه آنها برای این کار افزایش یابد.^۱ دومین اصل، مربوط به «جهت دهی منابع به سمتی است که پر سود ترین کاربرد را داشته باشند» و این امر تنها وقتی مجاز است که «تبادل و نقل و انتقال، داوطلبانه و ارادی باشد». یعنی تنها در چنین شرایطی، منابع «به کسانی منتقل می‌شوند که از آنها به گونه‌ای استفاده می‌کنند که بالاترین نفع را به دست آورند». بیشترین «رضایت انسانی، از طریق اندازه گیری تمایل مصرف‌کننده به پرداخت هزینه برای کالاها و خدمات محاسبه می‌شود».^۲ از این رو نتیجه گرفته می‌شود که حقوق باید ساختار یک نظام اقتصادی را که بر تعامل آزاد عرضه و تقاضا متمرکز است؛ ترویج کند بدون اینکه تلاشی برای مقابله با شکست‌های بازار نماید، یعنی بدون ایجاد هزینه‌های معاملاتی همانطور که در قضیه مشهور کوز فرمول بندی شده است.^۳

این دیدگاه، در واقع، با آنچه نئولیبرال‌ها تجویز می‌کنند، ناهماهنگ است به نحوی که برای نئولیبرال‌ها، مقامات عمومی باید دست پیدا و مرئی بازار را تشکیل دهند، یعنی به طور فعال برای تحمیل رقابت عمل کنند. همچنین، این دیدگاه متفاوت از آن چیزی است که برای مدت‌های طولانی در ادبیات اقتصادی ترجیح داده می‌شد، همانطور که در ترزهای آرتور سسیل پیگو خلاصه شده است، که بر اساس آن، شکست‌های بازار باید از طریق مداخلات اصلاحی دولتی جبران شود.^۴ با این حال، تحلیل اقتصادی حقوق به

1. Ivi, p. 66 ss.

2. Ivi, p. 69 s.

3. R. Coase, Il problema del costo sociale (1960), in Id., La natura dell'impresa. Il problema del costo sociale, Trieste, 2001, p. 31 ss.

م: در حقوق و اقتصاد، قضیه کوز کارایی اقتصادی تخصیص یا نتیجه اقتصادی را در حضور عوامل خارجی توصیف می‌کند. این قضیه مهم است زیرا اگر درست باشد، نتیجه این است که افراد خصوصی می‌توانند انتخاب‌هایی داشته باشند که بتواند مشکل عوامل خارجی بازار را حل کند اگر هزینه‌های مبادله‌ای وجود نداشت، طرفین همیشه به کارآمدترین توافق برای انتقال حق بهره برداری از منابع می‌رسیدند.

4. A.C. Pigou, The Economics of Welfare, 4. ed., London, 1952, p. 172 ss.

شیوه‌ای متفاوت از درک رابطه بین دولت و بازار مرتبط است. یعنی عدم مداخله دولت به عنوان یک شرطِ ضروری است تا دستیابی و استفاده از منابعی که «تمایل به پرداخت و هزینه» دارند به حداکثر برسد و در نتیجه منجر به «کارآمدی» شود. در واقع، اگر «معامله، داوطلبانه و ارادی نباشد» دولت مداخله کرده باشد، پیامدهای آن از نظر کارایی قابل تشخیص نخواهد بود.^۱

تعریف مفهوم کارایی کار ساده‌ای نیست، زیرا رویدادهای مورد اشاره در این زمینه اغلب مبهم و متناقض هستند.^۲ از میان تعاریف تا حدودی مورد توافق، می‌توان به آن‌هایی اشاره کرد که خنثی بودن این مفهوم را برجسته می‌کنند، به نحوی این مفهوم را ناشی از یک پارامتر پایدار و ثابتی می‌دانند که قادر به اندازه‌گیری مناسب ارزش‌های افراد مختلف است. اگر بگوییم مفهوم سنتی مورد استفاده حقوقدانان، یعنی مفهوم عدالت، خودسرانه و ذهنی است، مفهوم کارایی در عوض فنی و جهانی است و تنها معیاری است که برای «بنیان‌گذاری یک گفتمان علمی درباره سازمان اجتماعی» مناسب است.^۳ در واقع، وضعیتی کارآمد تلقی می‌شود که رفاه و سود در آن به حداکثر رسیده باشد. در این معنا «تغییر باید به گونه‌ای باشد که حداقل وضعیت یک نفر بهتر شود بدون اینکه وضع فرد دیگری بدتر شود و اگر غیر از این بود تغییر امکان پذیر نباشد»،^۴ یا به عبارت دیگر حداقل «تعداد بازنده‌ها بواسطه تعداد برنده‌ها جبران شود».^۵

1. R. Posner, L'economia e il giurista, cit., p. 70 s.

۲. رجوع کنید به:

H. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 2. ed., Tübingen, 1998.

3. U. Mattei e P.G. Monateri, Introduzione breve al diritto comparato, Padova, 1997, p. 86.

4. R. Cooter et al., Il mercato delle regole, Bologna, 1999, p. 25 citando Vilfredo Pareto.

5. U. Mattei, Comparative Law and Economics, Ann Arbor Mi, 1998, p. 4 riferendosi a Kaldor Hicks.

حقوق دانی که روش کاری خود را از اقتصاددان وام می‌گیرد و بر اساس مفهوم کارایی استدلال می‌کند، معتقد نیست که عنصر آزمون و ارزیابی غایب است، بلکه صرفاً آن را محدود به مرحله‌ای پیش از مداخله خود؛ یعنی مرحله تصمیم‌گیری سیاسی می‌داند. تحلیل اقتصادی حقوق به صورت پسینی مداخله می‌کند تا بهترین، یا کارآمدترین، راه‌حل‌ها را از میان راه‌حل‌های مختلفِ عادلانه شناسایی کند. تلاش می‌کند تا «اندازه کیک را به حداکثر برساند»، اما پس از اینکه دیگران «تصمیم گرفته‌اند چگونه آن را تقسیم کنند»^۱ از این استدلال، یک جنبه مشکل‌ساز بنیادی تحلیل اقتصادی حقوق آشکار می‌شود به نحوی که در نهایت رویکردی به پدیده حقوق دارد که از رویکرد طرفداران «منطق‌گرایی حقوقی»^۲ دور نیست. در این رویکرد تجویزی، حقوقدان می‌تواند قصد قانون‌گذار را همچون یک داده قابل شناخت به طور قطعی و وفادارانه شناسایی کند و سپس آن را از طریق تفسیر به اشتراک گذاشته و تقویت کند. تفاوت این دیدگاه با منطق‌گرایی در اینجاست که تحلیل اقتصادی حقوق بر اساس طرح‌ها و الگوهای صورت می‌گیرد که در علم اقتصاد، یا بهتر بگوییم، توسط شیوه خاصی از تفسیر آن-تدوین شده و شکل گرفته است. شیوه‌ای که در تحلیل اقتصادی حقوق پی گرفته می‌شود اساساً با رویکرد نئولیبرالی در درک آن همسو است و یا حداقل از تفاسیر کینزی فاصله مشخصی دارد. غلبه بر مفهوم‌گرایی و فرمالیسم با ریشه‌های پوزیتیویستی حقوقی وعده‌هایی بودند که این رویکرد به دنبال آن بود ولی نتیجه کار به وضوح با این وعده‌ها ناسازگار است.^۳

-
1. A.M. Polinsky, Una introduzione all'analisi economica del diritto (1983), Bologna, 1986, p. 7.
 2. L. Lombardi Vallauri, La scienza giuridica come politica del diritto, Firenze, 1974, p. 49 ss.
 3. Già P. Cappellini, Scienza civilistica, rivoluzioni industriali, analisi economica del diritto: verso una pandettistica involontaria?, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 1986, p. 523 ss.

علاوه بر این، لحظه ارزیابی و ارزش گذاری، لحظه‌ای است که به رای و نظر واضع آن قواعد بستگی دارد و به هیچ وجه عاری از اما و اگر نیست. همانطور که گفتیم، برای اینکه قانون به عنوان نظامی از مشوق‌ها و بازدارنده‌ها تصور شود، باید قبل از هر چیز یک نظم اقتصادی مبتنی بر تعامل آزاد عرضه و تقاضا را بسازد. این پیش شرط؛ خود به عنوان منبع تولید قواعد عمل می‌کند. همچنین، دیدگاهی که انسان را به عنوان یک شخص خودمختار و منطقی می‌بیند، به الگوهای ایدئولوژیکی ثابت و مشخصی ربط داده می‌شود؛ در حالی که این دیدگاه توسط کسانی که بر شرطی‌سازی تجربه شده‌ی فرد در نتیجه‌ی تعامل با محیط اطراف تأکید می‌کنند، پذیرفته شده نیست و آنها معتقدند که نوع انسانی که به عنوان مرجع برای ساختارهای فنی - حقوقی در نظر گرفته می‌شود باید ترجیحاً انسان جامعه‌شناختی (homo sociologicus) باشد و نه انسان اقتصادی (homo oeconomicus)؛ بنابراین ملاک قرار دادن انسان اقتصادی به عنوان مرجع و منبع تولید قواعد حقوقی به معنی تقلیل دادن انسان به یک الگوی ثابت ایدئولوژیک است.^۱

خلاصه اینکه، تحلیل اقتصادی حقوق قصد دارد خود را به عنوان رویکردی بی‌طرفانه و غیرارزشی معرفی کند، اما با این حال، مشخص می‌شود که سوگیری ایدئولوژیکی قابل توجهی دارد. این سوگیری حتی با در نظر گرفتن تمایزاتی که معمولاً بین تحلیل اقتصادی پیشرو که با نام گیدو کالابری شناخته می‌شود و تحلیل محافظه کارانه که توسط ریچارد پازنر^۲ مطرح می‌شود، تفاوت قابل ملاحظه‌ای نمی‌کند: در هر دو مورد، آن‌ها به طرز محکمی به گزینه‌های معرفت‌شناختی‌ای وابسته می‌مانند که قادر به رها ساختن تحلیل اقتصادی از دامن نظریه‌های به شدت ملهم از نئولیبرالیسم نیستند.

-
1. R. Dahrendorf, Homo sociologicus. Uno studio sulla storia, il significato e la critica della categoria di ruolo sociale (1958), 3. ed., Roma, 1989.
 2. V. rispettivamente G. Calabresi, The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis, New Haven Ct e London, 1970 e R. Posner, The Economics of Justice, Cambridge Ma e London, 1981.

در این مرحله باید گفت که به مرور زمان، تحلیل اقتصادی حقوق به عنوان یک علم؛ پیچیده‌تر و پرفروغ‌تر از آنچه در مراحل اولیه برای دخالت حداقلی آن ترسیم شده بود، توسعه یافته است. این توسعه مرهون گرایش‌هایی است که در میان محققان علوم اقتصادی رواج یافته‌اند؛ این محققان در تحقیقات خود به آنچه توسط علوم شناختی برجسته شده است، توجه کرده‌اند: علوم شناختی فرآیندهای ذهنی مربوط به کسب و پردازش اطلاعات را بررسی می‌کنند؛ بنابراین ترجیحات و انتخاب‌های افراد را تعیین می‌کنند. این علوم شناختی جدید منبعی پایان‌ناپذیر از شواهد را در مورد نادرستی پارادایم و الگوی عقلانیت اقتصادی که زیربنای اقتصاد نئوکلاسیک است را ارائه داده‌اند. تا جایی که اکنون حدود و مرزهای اقتصاد شناختی و رفتاری تعریف شده است، یعنی علمی که از تلاقی اقتصاد رشته‌هایی مانند روانشناسی و علوم اعصاب متولد شده است.^۱

پیامدهای چنین تحولی بر تحلیل اقتصادی حقوق بسیار زیاد بوده است.^۲ شناخته‌شده‌ترین آن‌ها شاید مربوط به یکی از اصول اساسی این حوزه یعنی استفاده از انگیزه به جای اجبار یا ممنوعیت به عنوان ابزاری برای هدایت رفتارهای اقتصادی باشد. منظور از انگیزه اشاره به نظریه «نودج» (nudge) است، عبارتی که می‌توان آن را به «تلنگر آرام» ترجمه کرد که به شیوه‌ای خاص از فهم انگیزه و اراده اشاره دارد که در حال حاضر این گونه توصیف می‌شود: حالتی «غیر اجباری اما مبتنی بر آزادی پیوستن، ساده، قابل درک و همچنین کم‌هزینه».^۳

با این حال، به نظر نمی‌رسد این نظریه‌ها و دیگر نظریه‌ها تغییر مسیر واقعی ایجاد کرده باشند. به عبارت دیگر، تحلیل اقتصادی حقوق، آن‌گونه که توسط اکثر

1. Da ultimo V. Scoppa, *Economia comportamentale*, Bologna, 2024.

۲. برای مثال

J. D. Hanson e D.A. Kysar, *Taking Behavioralism Seriously. Some Evidence of Market Manipulation*, in *Harvard Law Review*, 112, 1999, p. 1420 ss.

3. F. Vella, *Diritto ed economia comportamentale*, Bologna, 2023, p. 75 s.

متخصصان انجام می‌شود، اصول خود را [تمرکز بر انسان اقتصادی] حفظ کرده است و زیر سوال نبرده است، از جمله توجه کم به عوامل فرهنگی، مگر اینکه آن‌ها را با ارزیابی پدیده حقوق از طریق لنز اقتصاد ناسازگار بدانند.^۱ مهمتر از همه اینکه، با ایدئولوژی زیربنایی خود، یعنی تمایل به تقلیل روابط انسانی به روابط بازار و متمرکز بودن بر تعامل آزاد عرضه و تقاضا، قطع رابطه نکرده است.

خلاصه اینکه، تحلیل اقتصادی حقوق اساساً به الگوهای به ارث رسیده از گذشته پایبند است، هر چند ادعا می‌کند که با تأکید بر تفاوت‌ها با نسخه «ستی» خود، آن‌ها را رد می‌کند.^۲ شاید چون دانش اقتصادی مورد نیاز حقوقدانان، به دلیل جنبه‌های فنی رویکرد منطق اقتصادی که مشخصه شیوه نئولیبرالی یعنی مشاهده دینامیک‌های بازار است، هر روز پیچیده‌تر می‌شود. این امر ثابت می‌کند که حقوقدان نمی‌تواند، یا حداقل دیگر نمی‌تواند، خود را در قامت اقتصاددان جا بزند، یا بهتر بگوییم، زمانی که این کار را می‌کند، ناگزیر خود را از ابزارهای ضروری برای درک پیامدهای کارش محروم می‌کند و به محافظ ارتدوکس نئولیبرال تبدیل می‌شود، یا بدتر از آن، این محافظت از اصول نئولیبرال را انجام می‌دهد؛ بدون اینکه خود متوجه باشد.

۷. اقتصاددانانی در قامت حقوقدان: حقوق و توسعه

روش نئولیبرال در درک نظم اقتصادی، جایگاهی متمایز و انحصاری-اگرنگوییم ثابت و دایمی- در مورد رابطه درهم تنیده حقوق و اقتصاد یافته است که ناشی از عملکرد پژوهشگران علم اقتصاد بوده است. به عنوان نمونه می‌توان به تأملات آن‌ها درباره رابطه

۱. رجوع کنید به:

J. De Coninck, *Reinvigorating Comparative Law through Behavioral Economics: Cautiously Optimistic View*, in *Review of Law and Economics*, 7, 2011, p. 711 ss.

2. U. Mattei e P.G. Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, cit., p. 102.

بین حقوق و توسعه، یعنی اندازه‌گیری کارایی قوانین و نهادها؛ از منظر سهم آن‌ها در رشد، اشاره نمود: در این روش، کارایی قوانین و نهادها به مفهومی بدل می‌شود که با رشد اقتصادی برابر دانسته می‌شود. این روش به نوبه خود نتیجه گسترش شیوه‌ای از درک رشد اقتصادی است که مطابق با آن، بازار به عنوان ابزاری بهینه برای باز توزیع منابع فرض می‌شود. بنابراین [بازار] باید توسط نهادهای عمومی پشتیبانی شود.^۱

این رویکرد به طور خاص نمایانگر جنبش «حقوق و توسعه» است، که در دهه‌های ۱۹۵۰ و ۱۹۶۰ ظهور کرد. این جنبش به منظور بررسی ابعاد مختلف موانع نسبتاً مشکل و دشواری که بر سر راه شناسایی، ترویج و نشر مدل‌های حقوقی غربی به عنوان کاتالیزورهای مرتبط با یک آرمان خاص (یعنی رفاه و عدالت اجتماعی) وجود داشت؛ ظهور کرد.^۲

این جنبش متشکل از حقوقدانانی از کشورهای استعمارگر بود که شور و شوق ملی‌گرایانه آن‌ها گاهی اوقات از یک روحیه مبلغانه الهام می‌گرفت، اما با این حال در معرض انتقاد کسانی نیز قرار داشتند که آن را نوعی «امپریالیسم حقوقی»^۳ و امپریالیسم محض، می‌دانستند چرا که تبلیغ توسعه در کشورهای غیر غربی مطمئناً بدون غرض نبود: این طرفداری از توسعه در نهایت با تمایل به حفظ توسعه کشورهای غربی بود و از این منظر، توسعه کشورهای غیر غربی به گونه‌ای که وابستگی آن‌ها به غرب را زیر سوال نبرد، توجیه می‌شد.^۴

1. A. Somma, Diritto e capitalismo. Leggi dello Stato e leggi del mercato nella costruzione della soggettività neoliberale, in M.G. Bernardini e O. Giolo (a cura di), *Teorie critiche del diritto*, Pisa, 2017, part. p. 311 ss.

۲. در این باره به منبع زیر مراجعه کنید:

S. Adelman e A. Paliwala, Introduction, in *Iid.* (a cura di), *The Limits of Law and Development. Neoliberalism, Governance and Social Justice*, Abingdon e New York NY, 2021, p. 1 ss.

3. J.A. Gardner, *Legal Imperialism. American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*, Madison Wi, 1980.

۴. به ویژه رجوع شود به:

در فاز اولیه، جنبش «حقوق و توسعه»؛ نقش و جایگاه مهمی را برای حقوق قائل بود، که در نهایت به روش کینزی در اداره نظم اقتصادی قابل انتساب است. در این برداشت، دولت و قوانین «عامل اصلی کنترل و تغییر اجتماعی» تلقی می‌شدند و حرفه‌های حقوقی به عنوان «نمایندگان منافع عمومی» ستایش می‌شدند. علاوه بر این، یک باور و اعتقاد تکاملی به پدیده حقوق وجود داشت به این صورت که «سیر طبیعی نظام‌های حقوقی در جهان سوم به سمت تکامل و تقلید از مدل ایده‌آل قانون‌مداری لیبرال» می‌رود. از این رو فعالیت‌های جنبش بر این امر متمرکز شده بود که اگر صادرات ساختار نهادی آمریکا از طریق آموزش متخصصان حقوقی بر اساس الگوهای آمریکایی، صورت پذیرد این امر برای توسعه؛ ضرورتاً کافی خواهد بود. از این رو نیز دلایل شکست جنبش، در نهایت به خاطر اعتماد نابجا به توانایی حقوق در تاثیرگذاری بر نظم اقتصادی بود یا به عبارت بهتر، این شکست ناشی از اعتماد نابجا به توانایی حقوق در معنای آمریکایی آن، بود.^۱

اندکی بعد، در خلال دهه ۱۹۸۰، در حالی که مصالحه کینزی دچار بحران شده بود، فاز دوم جنبش «حقوق و توسعه» دوباره به صحنه بازگشت. این رویداد زمانی رخ می‌داد که بنیان‌های نئولیبرالیسم در حال تثبیت بود؛ اکنون کاهش چشمگیر نهادهای عمومی و نقش آن‌ها در تنظیم بازار ترویج می‌شد و در نتیجه، گسترش نهادهای حقوق خصوصی برای حمایت از حقوق مالکیت شخصی (ساجکتیو)، و به ضرر نهادهای حقوق عمومی و با هدف محدود کردن آن که قبل تر مسئولیت ترویج توسعه اقتصادی به آن محول

A. Gunder Frank, *América Latina: subdesarrollo o revolución*, Ciudad de México, 1973.

۱. رجوع کنید به:

D. M. Trubek e M. Galanter, *Scholars in Self-Estrangement. Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States*, in *Wisconsin Law Review*, 4, 1974, p. 1078 ss.

شده بود، مورد تاکید قرار می گرفت.^۱ این اتفاقات در حالی رخ می داد که انتقادات صورت گرفته از طرف برخی از طرفداران اصلی جنبش نادیده گرفته شد، منتقدانی که دیگر معتقد نبودند که توسعه صرفاً به رهایی بازار از دخالت‌های مراجع عمومی و در نتیجه به حفاظت از حقوق مالکیت خصوصی وابسته است. این ایده موجب می شد تا در ارزش گذاری نهایی به جنبه‌هایی از توسعه که علاوه بر بعد اقتصادی، بُعد انسانی را نیز در نظر می گیرند، تاکید شود، یعنی توسعه به عنوان موتور رهایی اجتماعی و فردی در نظر گرفته شود.^۲

چنین اهدافی الهام بخش فاز سوم جنبش «حقوق و توسعه» بود که به طور قابل توجهی به عنوان فاز «پس از اجماع و اشنگتن» شناخته می شود.^۳ این فاز؛ زمینه را برای ابتکارات بانک جهانی و صندوق بین المللی پول فراهم کرد تا به انتقادات ناشی از حمایت‌هایی که در دهه آخر قرن گذشته، از گردش مدل‌های نئولیبرال شده بود، واکنش نشان دهد. نتیجه آن، توسعه «رویگرد کلی و جامع به امر توسعه» بود، که به پیامدهای اجتماعی و انسانی نیز توجه داشت، و باید در چارچوب توافق‌نامه‌هایی بررسی می شد که دیگر ساختاری شبیه به «برنامه‌های تعدیل ساختاری» نداشتند. از این رو ایده «چارچوب توسعه جامع» با تعریفی مشارکت محور شکل گرفت که طبق آن باید از روش‌هایی برای پیگیری اهداف ذکر شده در برنامه‌های تعدیل ساختاری استفاده کرد که پیامدهای اجتماعی و زیست محیطی نیز مورد لحاظ قرار گیرد. این امور با مشارکت

۱. در این باره به منبع زیر مراجعه کنید:

- L. Nader, Promise or Plunder? A Past and Future Look at Law and Development, in *Global Jurist*, 7, 2007, p. 1 ss.
 2. D.M. Trubek e A. Santos, The Third Moment in Law and Development Theory, in *Iid. (a cura di), The New Law and Development. A Critical Appraisal*, New York NY, 2006, p. 6 ss.

۳. رجوع کنید به:

M. Siems, *Comparative Law*, 2. ed., Cambridge, 2018, p. 336 ss.

جامعه مدنی ممکن بود تا نمایندگی کافی برای دیدگاه اقدار فقیر جامعه نیز تضمین شود و بدین ترتیب، تدابیر مناسب برای تحقق آنچه در مفهوم توسعه انسانی پیش‌بینی شده بود (یعنی یک سیستم تامین اجتماعی حداقلی که هدف آن تضمین حق بهداشت و آموزش است)، اتخاذ گردد.^۱

با این حال، هیچ ردی از این ادعاها را در پروژه‌ای که دقیقاً در چارچوب بانک جهانی تنظیم شد، پیدا نمی‌کنیم؛ پروژه‌ای که به طور مشخص به رابطه بین حقوق و توسعه می‌پرداخت و گواهی بر نقش پررنگ متخصصان اقتصاد در حوزه‌هایی است که تا آن زمان به متخصصان حقوق اختصاص داشت. اشاره به گزارش‌های «عملکرد کسب و کار» (Doing Business Reports) بانک جهانی مویده این است: این گزارش که نوعی راهنما برای سرمایه‌گذاران بین‌المللی بود؛ اطلاعاتی را درباره هزینه‌های تنظیم‌گری در زمینه مقررات کسب و کار در نظام‌های حقوقی ملی مختلف ارائه می‌داد که بین سال‌های ۲۰۰۴ تا ۲۰۲۰ منتشر می‌شد. این گزارش‌ها به گونه‌ای طراحی شده بودند که برتری نظام‌های حقوقی متعلق به خانواده کامن‌لا (common law) را برجسته می‌کرد. در واقع، نتیجه گزارش این بود که این، نظام‌های حقوقی هستند که با «مقرراتی در حد حداقل‌ها و امور ضروری» محیطی مناسب برای توسعه فعالیت‌های کارآفرینی را تضمین می‌کنند و نهایتاً از طریق آن، سطوح بالای رفاه شکل می‌گیرد. چون در نظام کامن‌لا رویکرد نسبت به مقررات کاملاً برعکس آن چیزی است که در نظام‌های حقوقی که راه‌حل‌های سیویل‌لا (civil law) پذیرفته‌اند در نتیجه نظام‌های سیویل‌لا که رویکرد حداقلی نسبت به تنظیم‌گری ندارند و «مقررات را تا جایی که امکان آن وجود داشته باشد» وضع می‌کنند؛ در موقعیت ترویج رشد اقتصادی قرار نمی‌گیرند و برخلاف

۱. رجوع کنید به:

N. Hanna e R. Agarwala, Toward a Comprehensive Development Strategy, World Bank Oed Working Papers Series n. 16/2000.

نظام کامن‌لا مورد پسند و مطلوب نیستند.^۱

در اینجا به گزارش‌ها و سرانجام ننگین آن‌ها نمی‌پردازیم و تنها به مبانی نظری آن‌ها (یعنی به تقابل بین مدل‌های سرمایه‌داری و آن معماری حقوقی که همراه آن است) در سطح علم اقتصاد و حقوق می‌پردازیم. به ویژه، آنچه در چارچوب اقتصاد تطبیقی جدید، جنبش حقوق و مالیه، و نظریه منشا (یا سرمنشاهای) حقوقی (Legal Origins theory) تدوین شده است.

نزاعی که در مورد آن صحبت می‌کنیم، بین سرمایه‌داری نئوآمریکایی و سرمایه‌داری راینلندی است، که چارچوب آن به تحقیقات منتشر شده در اوایل دهه ۱۹۹۰ بازمی‌گردد که در آن‌ها ویژگی‌های دو مدل شناسایی شد و فرضیه‌هایی نیز در مورد آینده آن‌ها مطرح گردید. سرمایه‌داری نئوآمریکایی از جنس نئولیبرال است و بر مبنای دیدگاهی تضادآمیز از روابط اجتماعی و تقلیل روابط اجتماعی به روابط اقتصادی بنا شده است به این ترتیب که دولت نباید بار رفاه را به دوش بکشد، در حالی که کسب و کارها موظفند سود سهامداران را به حداکثر برسانند، روابط کار را به عنوان صرفاً روابط بازاری در نظر بگیرند و از طریق بورس، تأمین مالی شوند. از سوی دیگر، سرمایه‌داری راینلندی با مبانی مصالحه‌کنیزی همسوتر است و به همین دلیل بر دیدگاهی مشارکتی از روابط اجتماعی متمرکز است به این ترتیب که کسب و کارها به عنوان جوامع پیچیده‌ای در نظر گرفته می‌شوند که نیازمند هماهنگی هستند، سرنوشت

1. World Bank, *Doing Business in 2004. Understanding Regulation*, Washington DC, 2004, pp. xiv e 48.

۲. این موضوع اخیراً در آثار زیر مورد بحث قرار گرفته است:

M. Graziadei e M. Giraud, *Contested Economic Maps of Legal Systems*, in *Journal of Comparative Law*, 2024, p. 403 ss. e A. Somma, *Dai Rapporti Doing business a Business ready. La Banca mondiale, la comparazione quantitativa e la valenza normativa degli indicatori*, in *Politica del diritto*, 2024, p. 507 ss.

آن‌ها با مشارکت همه اجزا تعیین می‌شود، در آن‌ها روابط کار پایدار است و توسط یک سیستم جامع تامین اجتماعی پشتیبانی می‌شود، و همه این اجزا از طریق اشکال تأمین مالی متمرکز بر بانک‌ها، با توجه به نیازهای هر قسمت، حمایت می‌شوند.^۱

در این مرحله، به راحتی می‌توان مشاهده کرد که گزارش‌های «عملکرد کسب و کار» قصد داشتند گسترش سرمایه‌داری نئوآمریکایی را ترویج کرده و گواهی دهند که آن معماری حقوقی که در آن بهترین توسعه بوجود می‌آید، همان است که توسط «حقوق کامن‌لا» (common law) تضمین می‌شود و «حقوق نوشته یا رومی-ژرمنی» (civil law) را به عنوان حقوق سرمایه‌داری راینلندی تقبیح کنند. همچنین ارزیابی آنچه در دهه‌های پس از شناسایی دو مدل سرمایه‌داری رخ داده است نیز آسان است بدین ترتیب که نتیجه این ارزیابی این نبود که همگرایی مبتنی بر ترکیب این دو مدل که توسط برخی فرض می‌شد رخ خواهد داد، بلکه گسترش تدریجی و بی‌وقفه سرمایه‌داری نئوآمریکایی به ضرر سرمایه‌داری راینلندی مورد انتظار بود. در نتیجه، یک «آمریکایی‌سازی» واقعی بنیان‌های نظم سرمایه‌داری صورت پذیرفت.^۲ البته، این موارد همگی در بازتعریف طبقه‌بندی‌های رایج در میان حقوقدانان منعکس نشده است. حتی کشورهای «حقوق نوشته/ سیویل لا»، با وجود حفظ وضعیت خود بر اساس معیارهای

1. M. Albert, Capitalismo contro capitalismo (1991), Bologna, 1993. Simili sono altre tassonomie elaborate nel decennio che segue a quest'ultima: in particolare R. Dore, Stock Market Capitalism Welfare Capitalism. Japan and Germany versus the Anglo-Saxons, Oxford, 2000; G. Esping-Andersen, The Three Worlds of Welfare Capitalism, Princeton NJ, 1990; D. Coates, Models of Capitalism. Growth and Stagnation in the Modern Era, Cambridge e Malden Ma, 2000 e M. Regini, Modelli di capitalismo. Le risposte europee alla sfida della globalizzazione, Roma e Bari, 2000.

۲. رجوع کنید به:

M. Albert, Capitalismo contro capitalismo dieci anni dopo, ne Il Mulino, 2001, p. 390.

طبقه‌بندی معمول، ویژگی‌های مشخصی از کشورهای «حقوق کامن‌لا» را به خود می‌گیرند به ویژه، تقلیل رابطه کار به یک رابطه صرف‌بازاری و مالی‌سازی اقتصاد از جمله این‌هاست.^۱

در تمام این موارد همانطور که گفتیم، نقش اقتصاددانان، یا بهتر بگوییم آن دسته از آن‌ها که رویکردی هماهنگ با اصول نئولیبرالیسم دارند، در پرداختن به موضوعاتی که معمولاً به حوزه تامل فکری حقوقدانان اختصاص دارد، محوری بوده است. این نقش پررنگ اقتصاددانان در حقوق با نظر به اقتصاد تطبیقی جدید، جنبش حقوق و مالیه، و نظریه منشا حقوقی به عنوان مرجعی برای یک معماری حقوقی تلقی می‌شود که در تقابل با آن مدل‌های سرمایه‌داری است که از آن صحبت شد.

۸. ادامه: اقتصاد تطبیقی جدید و نظریه منشا حقوقی

اقتصاد تطبیقی جدید در آغاز هزاره جدید ظهور کرد، با برنامه‌ای که ابعاد و اهداف آن مطالعه درباره بایدها و نبایدهای قوانین ملی کشورها در مورد شروع یک کسب‌وکار بود. این مطالعه، که با حمایت مالی بانک جهانی انجام گرفت، به نتایجی مطابق با آنچه از دهه ۱۹۶۰ توسط نظریه پردازان «نظریه انتخاب عمومی»^۲ بیان شده بود، منتج شد، به این ترتیب که قوانین ملی و مقررات داخلی کشورها بوروکراسی بیش از حدی دارند و با ازدیاد مراحل اداری و موانع بوروکراتیک؛ مواجه هستیم. این بروکراسی اداری باعث می‌شود متخصصان سیاسی، بوروکرات‌های دولتی و کسب‌وکارهای تحت حمایت آن‌ها قدرت یابند، در حالی که آن مقررات ملی‌ای که این الزامات و دستگاه‌های عریض و طویل را محدود می‌کنند، به

-
1. Già P.G. Cerny, *International Finance and the Erosion of Capitalist Diversity*, in C. Crouch e W. Streeck (a cura di), *Political Economy of Modern Capitalism*, London etc., 1997, p. 173 ss.
 2. J.M. Buchanan e J. Tullock, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor Mi, 1962.

نفع بازارها عمل کرده و رشد اقتصادی را تسهیل می‌کنند. از این رو نتیجه‌ای که گرفته شد مطابق با گزارش‌های «عملکرد کسب و کار» (Doing Business Reports) بود، یعنی اینکه سنت «حقوق کامن لا» (common law)، به دلیل اینکه به طور معمول «دولتی محدود» را برقرار می‌کند، باید بر سنت «حقوق نوشته» (civil law) که «تمایل آن به مداخله عمومی در سپهر اقتصادی» است، ارجح دانسته شود.^۱

برتری کشورهای «حقوق کامن لا» بر کشورهای «حقوق نوشته» در موارد متعددی قابل مشاهده است، تا آنجا که تدوین نظریه‌ای برای پشتیبانی از چنین سلسله‌مراتبی را توجیه می‌کند. این امر در مطالعه‌ای که بار دیگر توسط اقتصاددانان انجام شده است، با هدف شناسایی رابطه بهینه بین نظم دولتی یا دیکتاتوری و بی‌نظمی خصوصی یا هرج و مرج صورت گرفته است، که هر دو (نظم زیاد یا بی‌نظمی) در صورت عدم تعادل و افراط یا تفریط می‌توانند بازار را تضعیف کنند. در این مطالعات استدلال شده است که افراط در نظم، درست مانند افراط در بی‌نظمی، منجر به نقض حقوق مالکیت خصوصی می‌شود: در مورد اول (یعنی افراط در نظم) به دلیل سوءاستفاده از قدرت عمومی و در مورد دوم (افراط در بی‌نظمی) به دلیل اقدامات غیرقانونی فعالان بازار که در رقابت با یکدیگر هستند. به همین دلیل، مداخله نهادهای دولتی نیاز است، اما از این نهادها خواسته می‌شود با یک سطح بهینه از مداخله، هزینه‌های اجتماعی بی‌نظمی خصوصی و همچنین دیکتاتوری را به حداقل برسانند: این سطح بهینه مربوط به آنچه که با عنوان «مرز امکانات نهادی» (institutional possibilities frontier) شناخته می‌شود که به «انتخاب نهادی کارآمد و خاص در یک جامعه یا یک بخش خاص از جامعه» ربط دارد.^۲

1. S. Djankov et al., The Regulation of Entry, in Quarterly Journal of Economics, 117, 2002, p. 1 ss.

2. S. Djankov et al., The New Comparative Economics, in Journal of Comparative Economics, 31, 2003, p. 595 ss.

بر اساس این چارچوب، طرفداران اقتصاد تطبیقی جدید، سنت‌های «حقوق کامن لا» و «حقوق نوشته» را در سیر تحول تاریخی آن‌ها بازسازی کرده و به ویژه از منظر قواعد حقوقی مربوط به حمایت از حقوق مالکیت خصوصی، آن دو را با هم مقایسه کرده‌اند. سپس به ارزیابی بستری که این قواعد در آن اعمال می‌شوند، و در نتیجه به اثربخشی آن‌ها، یا آنچه اقتصاددانان آن را توانایی تولید عملکرد اقتصادی خوب می‌نامند، پرداخته‌اند.

طرفداران اقتصاد تطبیقی جدید خاطر نشان می‌سازند که از همان ابتدا، سنت «حقوق کامن لا» توانسته است محیط حقوقی مساعدی را برای عملکرد بازار فراهم آورد. در واقع، در انگلستان، دربار خیلی زود توانست قدرت سیاسی را متمرکز کند و بدین ترتیب کنترل بر دارایی‌های خود را اعمال نماید: به همین دلیل توانست حقوق مالکیت خصوصی را از طریق سیستمی از قوانین مشخص پی که وضع شده توسط دادگاه‌ها بودند و با اداره کارآمد آن توسط قضات مستقل، تضمین کند.

سنت «حقوق نوشته / سیویل لا»، که با حقوق فرانسه نمایندگی می‌شود، به شیوه‌ای متضاد توصیف می‌شود. در این سنت، قدرت سیاسی مدت‌ها تحت تأثیر نیروهای گریز از مرکز قرار داشت، که مرز امکانات نهادی نا مساعدی را برای عملکرد کارآمد بازار ایجاد می‌کرد: تضاد این نیروهای گریز از مرکز نیازمند یک حقوق خصوصی تولید شده از بالا بود که توسط قضاتی با استقلال کم اداره می‌شد و این وضعیت، علیرغم تغییر مرز مذکور در طول زمان، در اساس ثابت باقی ماند، تغییراتی که اگر صورت می‌پذیرفت می‌توانست الهام‌بخش راه‌حلی مشابه با راه‌حل‌های اتخاذ شده توسط «حقوق کامن لا» و در نتیجه همچون آن؛ محیطی مساعد برای عملکرد بازار باشد.^۱

ماتریس نئولیبرالی این توصیف با برجسته کردن ارتباط خود با آنچه توسط یکی از پدران این ایدئولوژی بیان شد؛ آشکار می‌شود؛ هایک - که او نیز در حوزه پژوهش‌های

1. S. Djankov et al., The New Comparative Economics, cit., p. 604 ss.

حقوقی فعالیت داشت - ویژگی‌ای از نظام‌های «حقوق کامن‌لا» را می‌ستود که به نحوه توزیع قدرت قانون‌گذاری بین مجلس و دادگاه‌ها مربوط می‌شد: پارلمان در درجه اول «قواعد سازمان‌دهی» را برای «تنظیم سازوکار دولت» وضع می‌کند، در حالی که آن دسته از «قواعد صرف رفتاری که مبنای نظم خودجوش جامعه را تشکیل می‌دهند»، معمولاً توسط دادگاه‌ها و بنابراین «از پایین»، تولید می‌شوند.^۱

از این رو تفاوت رادیکالی با آنچه در کشورهای «حقوق سیویل‌لا» وجود دارد؛ رخ می‌دهد. به نحوی که در آن‌ها قواعد مربوط به حوزه رفتار افراد در قوانین مدونی گنجانده شده است که از یک اقدام حکومتی پارلمان ناشی شده‌اند. دقیقاً همین امر از نظر هایک باعث می‌شود که این نظام‌های حقوقی برای تامین حمایت رضایت‌بخش از حقوق مالکیت خصوصی، مطلوبیت کمتری داشته باشند؛ زیرا تابع اراده مقامات عمومی و سیاسی هستند و بنابراین به عنوان یک ارزش نسبی مطرح می‌شوند [به این معنا که بسته به سیاست و نظر مقامات عمومی، تغییر می‌یابند]. از این رو در میان ویژگی‌های شناسایی‌کننده نظام‌های «حقوق کامن‌لا»، باید به کارایی آن‌ها در مقایسه با آنچه برای نظام‌های «حقوق نوشته» ادعا می‌شود به مراتب بیشتر اشاره کرد.^۲

اما به اقتصاد تطبیقی جدید و دستاوردهای آن بازگردیم. اینکه نظام‌های حقوقی رومی تبار (سیویل‌لا) کمتر از نظام‌های مبتنی بر حقوق انگلیسی کارآمد هستند، قبلاً در پژوهشی که به نوعی مانیفست جنبش «حقوق و مالیه» محسوب می‌شود، مطرح شده بود. جنبشی که موضوعات سنتی مورد بحث در مباحث «حقوق و توسعه» را با تأکید بر جنبه‌های مربوط به عملکرد بازارهای مالی، دوباره مطرح کرد.^۳

1. F.A. von Hayek, Legge, legislazione e libertà, cit., p. 154 s.

۲. رجوع کنید به:

R. A. Posner, Some Uses and Abuses of Economics in Law, in University of Chicago Law Review, 46, 1979, p. 281 ss.

۳. به ویژه رجوع شود به:

پژوهشی که در مورد آن صحبت می‌کنیم به اولویت حفظ حقوق و امتیازات سرمایه‌گذار اختصاص دارد: همانطور که می‌دانیم ویژگی معمولی سرمایه‌داری نئو آمریکایی قائل شدن نقش محوری برای بازار سرمایه است به نحوی که بر سیستمی از تأمین مالی فعالیت‌های کارآفرینانه و نه بر نهاد بانکی تمرکز می‌کند. این پژوهش، نویسندگان آن را به نتیجه‌گیری‌هایی که متمرکز بر نظریه «منشا حقوق» نظام‌های حقوقی ملی بود، سوق داد که بر اساس آن توسعه با تقلید از قوانین قدرت‌های استعمارگر اروپایی انجام می‌شود: تقلیدی که در ابتدا ناگزیر و اجباری است، اما سپس آن را به انتخاب‌های خودمختار و ارادی خود این کشورها نیز می‌توان نسبت داد یا حداقل گفت که به واسطه اقدامات تحمیلی صریح، دیکته و اجبار نشده‌اند.^۱

دوران استعمار در قرن شانزدهم در نتیجه سیاست‌های توسعه‌طلبانه کشورهای اروپایی آغاز شد. از میان بازیگران اصلی در این مرحله تاریخی، که به صورت رسمی در نیمه دوم قرن گذشته به پایان رسید، انگلستان به گسترش نظام «حقوق کامن‌لا» کمک کرد، به ویژه در آمریکای شمالی، هند و استرالیا این نظام بسط یافت و سایر استعمارگران اروپایی، فرانسه، آلمان، هلند، پرتغال و اسپانیا که متعلق به سنت «حقوق رومی ژرمنی» بودند به آمریکای لاتین و بسیاری از کشورهای آفریقایی رسیدند. پس، این نتیجه‌گیری از نظریه منشا حقوقی نظام‌های حقوقی ملی تحلیل شده به دست می‌آید که تقلید از حقوق انگلیسی منجر به توسعه و گسترش سطوح بالایی از حمایت از سرمایه‌گذاران شده است، در حالی که در مواردی که الگوهای مرجع «حقوق سیویل‌لا/رومی ژرمنی» بودند، این حمایت‌ها محدودتر بوده است. این امر، باز هم به دلیل ویژگی‌های سیستم اخیر است بدین ترتیب که دخالت بیش از حد مقامات عمومی در محدوده‌ی حقوق سهامداران، ذی‌نفعان، طلبکاران

L. Pes, *Teorie dello sviluppo giuridico. Dal movimento di law and development all'esperienza neoliberale*, Trento, 2012.

1. R. La Porta et al., *Law and Finance*, in *Journal of Political Economy*, 106, 1998, p. 1113 ss.

و...، همراه با اثربخشی پایین در حمایت از آن حقوق است.

الهام‌بخشی ایدئولوژیک نظریه منشأ حقوقی آشکار است و نیازی به تأملات خاصی برای افشا و مستندسازی آن نیست. همچنین نیازی نیست که بیش از حد برای توضیح این موضوع که برتری «حقوق کامن‌لا» عمدتاً بر ارزیابی‌های مربوط به کیفیت تنظیم بازارهای مالی استوار است، تلاش کنیم و بدین ترتیب بر جنبه‌هایی که به مرور زمان محدودیت‌ها و ضررهای رویکردی ناشی از خصومت و ضدیت با هرگونه مداخله جهت انطباق نهادهای عمومی در نظم اقتصادی را نشان داده است، تاکید کنیم. بحران سال ۲۰۰۸ در واقع مثال روشنی از میزان مضر بودن چنین خصومتی با مداخله را برای جامعه ارائه کرد.^۱ مهمتر از همه، این بحران منجر به بازنگری در مفروضاتی شد که این نظریه بر آن استوار است، ضمن توجه به دگرگونی‌هایی که حداقل در ابتدا در سرمایه‌داری نئوآمریکایی رخ داد.^۲ می‌توانیم اضافه کنیم که تأثیر نظریه منشأ حقوقی بر عملکرد اقتصادی در یک نظام حقوقی به مراتب محدودتر از سایر عوامل است. در میان این عوامل، انتخاب‌ها در زمینه سیاست اقتصادی موثرتر هستند، که به نوبه خود از رویدادهایی که قادر به ایجاد شرایط گذار قابل توجهی هستند، مانند درگیری‌های نظامی؛ متاثر می‌شوند. به ویژه، باید توجه داشت که کشورهای «حقوق نوشته/سیویل‌لا»، برخلاف کشورهای «حقوق کامن‌لا»، در جنگ جهانی دوم ویران شدند و این امر انتخاب‌هایی را با پیامدهای قابل توجهی برای عملکرد نظم اقتصادی آنها تحمیل کرد.^۳

۱. در این باره به منابع زیر مراجعه کنید:

- A. Gambaro, Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto, in Aa. Vv., Due iceberg a confronto. Le derive di common law e civil law, Milano, 2009, p. 28. Anche E. Mostacci e A. Somma, Gli Stati Uniti e il loro diritto, cit., pp. 287 ss. e 327 ss.
2. L.-M. Fairfax, The Legal Origins Theory in Crisis, in Brigham Young University Law Review, 2009, p. 1571 ss.
3. M.J. Roe, Legal Origins, Politics and Modern Stock Markets, in Harvard Law Review, 120, 2006, p. 462 ss.

اما مفیدتر آن است که به برخی از مفروضات نظریه منشا حقوقی اشاره‌ای کوتاه داشته باشیم، پیش از هر چیز برای ارزیابی انتقادی شیوه‌هایی که برای طبقه‌بندی حقوق ملی مختلف و تجزیه و تحلیل آن در این نظریه مورد توجه قرار گرفته است. زیرا اگرچه در برخی موارد این دسته‌بندی‌ها ممکن است نسبتاً ساده باشد، اما در مواردی به طور قطع مشکل‌ساز و بحث‌برانگیز است. علاوه بر این، اقتصاد تطبیقی جدید معروف است که اتکای بیش از حدی به داده‌های صرفاً صوری و بیش از حد ارزش‌گذاری کردن آن‌ها دارد، صوری بودن را می‌توان به طور ویژه از این که حقوق چین را دارای منشا حقوقی آلمانی می‌داند، متوجه شد. دلیل آنها صرفاً به این خاطر است که چین از برخی مدل‌های قانونی تقلید کرده است که از آلمان وام گرفته شده‌اند.^۱ همه اینها در حالی است که روش شناسایی در نظریه منشا حقوقی، زمانی که نوبت به شناسایی سیستم‌های ترکیبی می‌رسد؛ به عملیاتی به طور قطع خودسرانه و دلبخواهی تبدیل می‌شود. مثل شناسایی و دسته‌بندی آن سیستم‌هایی که، جزو نظام‌های حقوقی قرار گرفته‌اند که بخش‌های مرتبط با عملکرد بازار را مطابق با مدل‌های «حقوق نوشته» تنظیم می‌کنند، و با این وجود دارای اقتصادی پر رونقی هستند.^۲

خلاصه اینکه، اقتصاد تطبیقی جدید و نتایج آن نه تنها بستر ایدئولوژیکی را که به نظر می‌رسد از ویژگی‌های بارز ترکیب حقوق و اقتصاد در سال‌های پس از «سی سال پرشکوه» است، برجسته می‌کنند، بلکه چنین رویکردهایی درباره‌ی مطالعه حقوق توسط اقتصاددانان، کاستی‌هایی را در به کارگیری ابزارهای ضروری برای درک پدیده حقوقی نیز آشکار می‌سازند. البته، این امر مانع از آن نمی‌شود که این کاستی‌ها نتوانند

۱. رجوع کنید به:

M. Siems, Legal Origins. Reconciling Law & Finance and Comparative Law, in McGill Law Journal, 52, 2007, p. 65 s.

2. Ad. es. K. Kim, Mixed Systems in Legal Origins Analysis, in Southern California Law Review, 83, 2010, p. 693 ss.

در راستای دستیابی به نتیجه مطلوب، یعنی حمایت از توجیه سرمایه‌داری نئوآمریکایی و حقوق منبعث از آن، عمل کنند.

۹. نتیجه‌گیری: بازکشف بُعد سیاسی بازار؛ فراتر از عادی‌بودگی

سرمایه‌داری

ما به صورت خلاصه تاریخچه پرفراز و نشیب رابطه بین حقوق و اقتصاد را مرور کردیم و مشاهده نمودیم که چگونه در بطن این رابطه، توسعه و ترویج یک پروژه عمومی (یعنی حمایت از آزادی فردی) نهفته است. پر واضح است که این پروژه به صورت مجزا و مجرد از زمینه و بافتی که در آن شکل و قوام یافته بود، نیست. عصری که در آن مدرنیته بر اساس پیمانی بنا شده بود که طبق آن حاکم؛ قدرت را به دست می‌آورد و در ازای آن مالکیت فرد را تضمین می‌کند. حقوق و اقتصاد در واقع از همان ابتدا، جوهره خود را به عنوان حوزه‌های دانشی که به فراخور هر زمان و در حد امکان در خدمت اهداف گسترده نظم سیاسی بود، نشان داده‌اند. هرچند صاحبان این دانش‌ها، خود را دارای رویکردی عادی و غیر سیاسی همچون کسانی که فاقد مشروعیت سیاسی هستند، نشان داده‌اند و همواره خود را همچون کسانی معرفی می‌کنند که مشروعیت ایشان از اینکه افرادی با شایستگی‌های خاص هستند بدست می‌آید و لذا فقط تکنوکرات‌هایی هستند که به دور از عرصه سیاسی و جدا از تنش‌های ایدئولوژیک فعالیت می‌کنند.

همین امر در مورد تحولات بعدی نیز صادق است، به ویژه در مورد مرحله‌ای که بحران مدرنیته نمایان می‌شود و مداخله‌ای قاطع‌تر از سوی نهادهای عمومی در مورد مسائلی که مدرنیته قبلاً به حوزه‌ی فردی سپرده بود، مطالبه می‌شود. با این حال، گذار از جامعه بورژوازی به جامعه صنعتی، مرکزیت نظم مالکیت را به چالش نمی‌کشد، بلکه موجب تعادل و توسعه آن، به عنوان نقطه عزیمت و اصل بنیادین و شناسای وظایف محول شده به نهادهای عمومی می‌شود. این امر در نهایت به معنای تکامل اندیشه لیبرال در قالب نئولیبرالیسم است، که حقوق و اقتصاد سهمی اساسی در تدوین آن دارند. فهم

این نکته که بازار، ساخته و پرداخته و مصنوع بشر است، به معنای مشاهده بنیان آن بر پایه قواعد و نهادهایی است، که ساختار آنها تنها می‌توانند با این پیش فرض که تعامل نزدیکی بین این دو حوزه دانش (حقوق و اقتصاد) وجود دارد، عمل کنند.^۱

همین الگو مشخصه دوران‌هایی نیز هست که با واکنش به نئولیبرالیسم به عنوان یک نظریه و عملی که بی تفاوت نسبت به سرنوشت دموکراسی است و تا حدی فعالانه به ساخت فاشیسم کمک کرده است، مشخص می‌شوند. به عنوان مثال این بی تفاوتی نسبت به دموکراسی و کمک به ساخت فاشیسم را می‌توانیم هم در قصد براندازی نظم مالکیت قابل انتساب به اندیشه مارکسیستی، که هدف آن غلبه بر بُعد دولتی است، مشاهده کنیم و هم در تلاش‌هایی که برای بازگرداندن تعادل بین دموکراسی و سرمایه‌داری به ویژه، در تلاشی که توسط طرفداران مصالحه‌گیزی صورت گرفت؛ ببینیم.

با این حال، واضح است که تعادل مورد بحث به تنهایی می‌تواند متزلزل و شکننده باشد، همانطور که توسط طرفداران نئولیبرالیسم و همچنین توسط مخالفان این ایدئولوژی، تأیید شده است. از میان مخالفان نئولیبرالیسم، مشاهده می‌شود که می‌گویند: «در بلندمدت، یک جامعه صنعتی مدرن تنها می‌تواند دموکراتیک یا فاشیست باشد»، یعنی جامعه صنعتی مدرن یا بر اساس «آرمان برابری و مسئولیت مشترک انسانی» یا بر نفی آن است که می‌تواند بنا شود. نتیجه طبیعی در حالت اول، «آن چیزی است که معمولاً سوسیالیسم نامیده می‌شود»، یا یک نظم اقتصادی مبتنی بر «مالکیت عمومی ابزارهای تولید»، که با قید «برای هر انسان برای ابراز وجود» مطرح شده است.^۲ مشابه آن، اگرچه با اهدافی متضاد، گفتمان نئولیبرال‌ها^۳

-
1. E. Mostacci, La comparazione giuridica, tra diritto ed economia, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2024, fasc. speciale, p. 741 ss.
 2. K. Polanyi, *Europa 1937. Guerre esterne e guerre civili* (1937), Roma, 1955, p. 51 s.
 3. M. Grondona, *L'ordine giuridico dei privati. Premesse teorico generali per uno studio sul diritto positivo in ambito contrattuale*, Soveria Mannelli e Treviglio, 2008.

است، که طبق آن هر انحرافی از دفاع بی‌امان از آزادی فردی، «راه بردگی» را نشان می‌دهد.^۱

ما می‌توانیم این مواضع را با استناد به مفهوم «عادی‌بودگی سرمایه‌داری» و تأمل در نیروی جذابیت آن، بهتر بیان کنیم.

این مفهوم در مقایسه‌ای که بین مدل‌های سرمایه‌داری در اواخر قرن گذشته در مورد واقعیت‌های اروپا و آمریکا ظهور کردند، به کار رفته است: مدل اروپایی «درگیر و سواس خطر تورم» بود و به همین دلیل قادر به دنبال کردن هدف کلان اقتصادی اشتغال کامل نبود؛ در حالی که مدل آمریکایی به این هدف بها می‌داد و در آن، سیاست‌های انبساطی تابو محسوب نمی‌شدند. کسی که چنین قضاوتی را فرموله کرده است، قطعاً یک کینزی نیست، حداقل به این دلیل که مدل کینزی حضور بازارهای کار «بسیار تنظیم‌شده» را عاملی کمک‌کننده به ناکارآمدی مدل سرمایه‌داری پذیرفته‌شده در منطقه اروپا می‌داند، و یا به این دلیل که نظام‌های رفاهی را در ذات خود به عنوان ابزاری برای خنثی‌سازی تعارض (و نه برای رهایی اجتماعی و فردی)، ارج می‌نهد. با این حال، او یک موازنه مناسب بین دوره پس از پایان «سی سال باشکوه» و دوره‌ای که در دهه ۱۸۷۰ آغاز شد و با شروع جنگ جهانی اول به پایان رسید، دیده است: زمانی که اهداف سیاست اقتصادی مانند تعادل در بودجه و ثبات قیمت‌ها در اولویت قرار گرفتند.^۲ بدین ترتیب این ایده را مطرح می‌کند که توسعه ساختار اروپا نوعی بازگشت به عادی‌بودگی سرمایه‌داری بوده است. عادی‌بودگی یعنی مخالف بودن با یک نظم سیاسی که به سمت اشتغال کامل حرکت می‌کند و در عین حال به ترویج باز توزیع ثروت از طریق توسعه یک سیستم گسترده تأمین اجتماعی می‌پردازد. نظم سیاسی‌ای که

1. F.A. von Hayek, La via della schiavitù (1944), Soveria Mannelli, 2011.

2. A. Maddison, La natura e il funzionamento del capitalismo europeo: una prospettiva storica e comparativa, in Moneta e credito, 1998, p. 53 ss.

منجر به پذیرش آن چیزهایی شده است که هم توسط طرفداران نئولیبرالیسم و هم منتقدان آن گفته شده است و در غیر این صورت به سمت گذار به سوسیالیسم می‌رود. اگر چنین باشد، عادی‌بودگی سرمایه‌داری، برخلاف غلبه سوسیالیستی بر آن، به عنوان یک قید با یک نیروی جاذبه قابل توجهی ظاهر می‌شود که برای یک قرن و نیم، خود را به عنوان بنیان نظم اقتصادی و نقطه مرجعی برای حفاظت از آن با کمک نظم سیاسی، تثبیت کرده است؛ تا آنجا که دوره کوتاه بین پایان جنگ جهانی دوم و اواسط دهه ۱۹۷۰ را به عنوان استثنایی که این قاعده را تأیید می‌کند، نشان می‌دهد. این استثنایی (دوره‌های کوتاهی که نظم سیاسی به سمت اشتغال کامل حرکت می‌کرد و در عین حال به ترویج بازتوزیع ثروت از طریق توسعه یک سیستم گسترده تامین اجتماعی می‌پرداخت) است که مدافعان دگم نئولیبرال به طور سنتی پتانسیل بی‌ثبات‌کننده قابل توجهی به آن نسبت داده‌اند، به نحوی که هر انحرافی از عادی‌بودگی سرمایه‌داری، حتی اگر هدف آن نجات سرمایه‌داری باشد و نه لزوماً غلبه بر آن، به خودی خود منجر به از بین رفتن نظم اقتصادی متمرکز بر مالکیت خصوصی و رقابت آزاد می‌شود.

این موارد در سال‌های جنگ سرد گفته می‌شد، زمانی که از مقایسه بین سرمایه‌داری و سوسیالیسم برای بی‌اعتبار کردن هرگونه اقدامی که بوی برنامه‌ریزی می‌داد، استفاده می‌شد.^۱ این مسئله به طور مداوم در طول زمان تکرار شده است، حتی وقتی که دوره‌های بحران، ممکن بود نشان دهد که پارادایم نئولیبرال دیگر نقطه مرجعی بی‌چون و چرا نیست. در چنین مواقعی، بحران؛ انحراف از آنچه نئولیبرال‌ها وظایف محول شده

۱. اگرچه این موضوع (اشاره به برنامه‌ریزی) را نمی‌توان از رویه‌ها و تفکر غالب آن زمان بیگانه دانست. برای نمونه، به مقاله پی. باروچی، «ایده برنامه‌ریزی در ادبیات اقتصادی ایتالیا»، در نشریه *Rivista trimestrale di diritto pubblico*، ۱۹۷۲، صفحه ۱۳۲۹ به بعد، مراجعه کنید:

P. Barucci, L'idea di pianificazione nella letteratura economica italiana, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1972, p. 1329 ss.

به مقامات عمومی می‌دانند، دانسته شده است.^۱ با این حال، در حالی که از یک سو مداخلاتی مشروعیت یافتند که متفاوت از آن چیزی بود که با هدف اجرای عملکرد بازارهای رقابتی بود، از سوی دیگر، بر استثنایی بودن این مداخلات تأکید می‌شد. در هر صورت، این‌ها مداخلاتی بودند که دیر یا زود قرار بود که با توسل به عادی‌بودگی سرمایه‌داری تضعیف و دور گذاشته شوند، تا مرکزیت و کانونی بودن تعامل آزاد عرضه و تقاضا به عنوان ابزاری اساسی برای تخصیص منابع زیر سوال نرود. همه این‌ها با نتایج به وضوح و آشکاری- با در نظر گرفتن رویدادهایی که به دنبال بحران اخیر همه‌گیر رخ داد- به عنوان نشانه‌ای از تغییر مسیر در ساختار اروپا جشن گرفته شد، اما در حقیقت شواهدی روشن وجود دارد که بنیان نئولیبرال آن اساساً تغییر ناپذیر است.^۲

مشارکت متعهدانه حقوق‌دانان و اقتصاددانان در تعریف ابعاد ساختار اروپا و تلاش در راستای این امر که انحراف قابل توجهی نسبت به آنچه توسط کلمه نئولیبرال^۳ تعیین شده است، صورت نپذیرد؛ خود دلیل واضحی است بر اینکه این دگم چگونه نقطه مرجع و خاستگاهی برای تدوین این ساختار است. همین امر را می‌توان در مورد حمایت آن‌ها از گسترش سرمایه‌داری نئومریکایی در سطح جهانی نیز مشاهده و تایید نمود، به نحوی که رویدادهای اروپایی پیامد و نتایج این رویکرد جهانی با توجه به حواشی و ابعاد رو به رشد سیاسی این بخش از جهان هستند.^۴

1. E. Mostacci, La comparazione giuridica, tra diritto ed economia, cit., p. 751 ss.

۲. برای مثال

A. Somma, L'Unione europea non è un progetto incompleto e neppure riformabile: è un dispositivo neoliberale di successo, in *Ragion pratica*, 2023, p. 161 ss.

۳. به ویژه رجوع شود به:

O. Chessa, Critica del neo-costituzionalismo finanziario. Sul nesso tra scienza economica e diritto pubblico, in *Bilancio Comunità Persona*, 2021, p. 97 ss.

4. A. Somma, Un supermercato non è un'isola. Contro l'apologia del sovranazionalismo, ne *La Fionda*, 2021, 1, p. 199 ss.

شاید چنین گرایش‌هایی، برای این دو حوزه دانش اجتناب‌ناپذیر باشند چرا که متخصصان آن‌ها به طور سنتی اعتبار خود را به عنوان صرفاً تکنوکرات بودن تثبیت کرده‌اند، و بدین ترتیب نقشی را بر عهده گرفته‌اند که الکی دو توکویل قبل‌تر آن را ویژگی بارز حقوقدانان شناسایی کرده بود: «اگر کسی با دقت وقایعی را که در جهان اتفاق افتاده است - از زمانی که انسان‌ها خاطرات خود را حفظ و ثبت کرده‌اند - را مطالعه کند، به سادگی کشف خواهد کرد که در تمام تمدن‌ها، در کنار یک حاکم مستبدی که فرمان می‌داد، تقریباً همیشه یک حقوقدان هم وجود داشت که خواسته‌های خودسرانه و ناسازگار او را مشروعیت می‌بخشید و به آنها نظم می‌داد.»^۱ با این توضیح، با این حال، استراتژی مشروعیت‌بخشی که برای قرن‌ها حضور پررنگ اجتماعی حقوقدان را تضمین کرده بود - آن استراتژی که در آن حقوقدان خود را به عنوان کسی که چون نسبت به بُعد ارزشی و اخلاقی امور بی‌تفاوت است، دارای مشروعیت و صلاحیت می‌دانست - اکنون به نظر می‌رسد خود این استراتژی است که دلیل اصلی به حاشیه رانده شدن او شده است: زیرا آن کسی که تکنوکرات به تمام معناست (یعنی نسبت به بُعد ارزشی امور بی‌تفاوت است) اکنون اقتصاددان است [نه حقوق‌دان].

از این رو، بازکشف بُعد سیاسی حقوق، درست مانند اقتصاد، مفید خواهد بود؛ این امر شاید منجر به تغییر مسیر متخصصان این دو رشته نشود، اما حداقل آن‌ها را از بهانه و دستاویزی که اکنون غیرقابل قبول است، محروم خواهد کرد: در هزاره جدید، دانش آکادمیک دیگر نمی‌تواند خود را در برج عاج بی‌طرفی و خنثی بودن نسبت به رنج‌ها و مصائب تصور کند و سرانجام باید آن بار مسئولیت و افتخاری را که متعلق به کسانی است که آگاهانه درباره زندگی در کنار هم به عنوان یک جامعه تامل کرده و می‌اندیشند؛ بر دوش کشد.

1. A. de Tocqueville, L'assetto sociale e politico della Francia prima e dopo il 1789 (1836), in Scritti politici, vol. 1, Torino, 1969, p. 218.

محکومیت‌های انتظامی وکلای دادگستری مبنی بر توییح با درج در مجله کانون وکلا

۱. مطابق دادنامه شماره ۱ مورخ ۱۴۰۴/۰۱/۳۰ شعبه چهارم دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری گیلان، آقای محمد قلیزاده اناوینز وکیل پایه یک دادگستری گیلان به توییح با درج در مجله کانون وکلای دادگستری گیلان محکوم شده‌اند.
۲. مطابق دادنامه شماره ۱۴۰۳۶۳۹۰۰۰۰۸۵۶۹۱۵ مورخ ۱۴۰۳/۱۰/۰۸ شعبه پنجم دادگاه عالی انتظامی قضات آقای بهمن احتیاط کار وکیل پایه یک دادگستری گیلان به توییح کتبی با درج در مجله کانون وکلای دادگستری گیلان محکوم شده‌اند.
۳. مطابق دادنامه شماره ۱۴۰۳۶۳۹۰۰۰۰۶۳۴۷۵ مورخ ۱۴۰۳/۰۷/۲۹ شعبه ششم دادگاه عالی انتظامی قضات آقای ابراهیم رفیعی وکیل پایه یک دادگستری به توییح کتبی با درج در مجله کانون محکوم شده‌اند.