



فصلنامه علمی - تخصصی فقه پویا



این فصلنامه با حمایت بنیاد علمی آموزشی قلمچی و بنیاد حامیان دانشگاه تهران منتشر می‌شود

صادرکننده مجوز: دانشگاه تهران

صاحب امتیاز: انجمن علمی دانشجویی فقه و مبانی حقوق اسلامی

مدیر مسئول: زهرا مرادی

سر دبیر: مهسا صدیقی سنگچال

مشاور علمی: محمدرسول آهنگران

کارشناس نشریات: سرکار خانم مریم شریفی دانا

ویراستار: جناب آقای ابوالفضل علیدوست

صفحه آرا: سرکار خانم جاسمی

گرافیکست و طراح جلد: عباسعلی سیاسی جهانتیغی

شماره: ۱۰، زمستان ۱۴۰۲

پل ارتباطی: Mahsa.sedighi@gmail.com

نشانی: قم - ابتدای جاده قدیم تهران - دانشکدگان فارابی - دانشگاه تهران -

انجمن علمی فقه و مبانی حقوق اسلامی

کد پستی: ۳۷۱۸۱۱۷۴۶۹ شماره تماس: ۰۲۵۳۶۱۶۶۳۴۱

استفاده از مطالب مجله با ذکر منبع مجاز است

حوزه فعالیت، اهداف، راهنمای تدوین و شرایط پذیرش مقاله

فصلنامه حاضر با رویکرد علمی تخصصی در راستای ارتباط فقه و حقوق اسلامی با نگرش به پویایی فقه امامیه به عنوان نشریه علمی انجمن دانشجویی فقه و مبانی حقوق اسلامی پردیس فارابی دانشگاه تهران منتشر می شود حوزه موضوعی مجله، فقه و حقوق با تأکید بر مباحث نوظهور است.

که پس از داوری تخصصی، تأیید مسئولین نشریه و با توجه به ساختار تعریف شده در این راهنما چاپ می شود از نویسندگان محترم تقاضا می شود در تهیه و تنظیم مقالات خود نکات زیر را رعایت کنند.

مقاله در محیط نرم افزاری **Word 2010**

اندازه کاغذ **A4** :

حاشیه ها (بالا، پایین، چپ و راست): ۴ سانتی متر

فونت عنوان مقاله **BTitr 14** :

فونت متن: فارسی **B Zar 13** و انگلیسی **Times New Roman 10**

فونت در جدول و نمودار: فارسی **B Zar 10** و انگلیسی **Times New Roman 9**

تعداد صفحات نباید از ۲۴ صفحه در همین فرمت بیش تر باشد.

برای واژه ها و نام های خارجی، در حد امکان از معادل های فارسی مصطلح و مصوب استفاده کنید.

در صورت نیاز به درج زیرنویس، همهٔ موارد فارسی به صورت راست‌چین با قلم BMitra و اندازهٔ pt.10 و زیرنویس‌های لاتین به صورت چپ‌چین با قلم Times New Roman اندازهٔ pt. 9 نوشته شوند.

لطفاً توجه فرمایید منابع خارجی داخل متن به فارسی نوشته شوند؛ ولی در بخش فهرست منابع به انگلیسی نوشته شوند.

در فهرست منابع، ابتدا منابع فارسی به ترتیب حروف الفبا فارسی (B Zar 12) و سپس منابع انگلیسی به ترتیب حروف الفبای انگلیسی (Times New Roman 11) نوشته شوند.

ضمناً منابع به صورت زیر نگارش شوند:

کتاب: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار). عنوان کتاب، محل انتشار، نام ناشر
مقاله: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار). عنوان مقاله. نام مجله، دوره، شماره، شماره صفحات.

اگر مقاله یا کتاب بیش از یک نویسنده داشت بین اسامی نویسندگان ویرگول (،) گذاشته شود.

نویسندگان محترم می‌توانند مقالات خود را در سایت نشریه:

به آدرس <http://feghhepouvasi.ut.ac.ir> بارگذاری کنند.

فهرست مطالب

سخن سردبیر	۶
ابوالحسن ایمانی پور خطبه سرا - دکتر محمدصادق جمشیدی راد - دکتر رضا محبی مجد: آراء موافق و مخالف ارث بری زوجه از زوج در فقه امامیه	۷
داوود حسنلو: قراردادهای بالادستی نفت و گاز و چگونگی حل و فصل اختلافات در این قراردادها.....	۳۷
حجت قلی زاده: بررسی پیشگیری وضعی در قاچاق زنان و کودکان در اسناد بین المللی در مقایسه با حقوق جمهوری اسلامی ایران	۹۳
فائزه محمدی: تحلیل قضاوت زنان در فقه اسلامی	۱۲۱
محمد امین تاشک: مصلحت ورزی و امکان تضعیف قانون اساسی و حاکمیت قانون	۱۴۱

سخن سردبیر

هوالحق

حال خدا را شاکرم، که بار دیگر توفیق حاصل شد تا در این شماره هم، صحبتی با علاقمندان داشته باشم. در این شماره سعی بر گردآوری مقالات در حیطه فقهی و حقوقی بوده است که البته در شماره‌های پیشین از نشریه علمی تخصصی فقه پویا شاهد این نوع مقالات بوده‌ایم که فقه اسلامی در واقع کامل‌کننده حقوق اسلامی می‌باشد تا جایی که اگر فقه نباشد حقوق معنا پیدا نمی‌کند. در ادامه باید بیان کنم که این نشریه در هر لحظه در حال ارتقا و پیشرفت می‌باشد، ان شاء الله در آینده با اتفاق خوبی در رابطه با ارتقا نشریه علمی تخصصی فقه پویا مواجه خواهیم بود. در پایان هم به عنوان سردبیر نشریه از تمام افراد پشت صحنه که در مسیر انتشار این شماره همراه بوده‌اند تشکر می‌کنم.

مهسا صدیقی سنگچال

آراء موافق و مخالف ارث‌بری زوجه از زوج در فقه امامیه



ابوالحسن ایمانی‌پور خطبه سرا^۱؛ دکتر محمدصادق جمشیدی رادحمد یوسفی^۲؛ دکتر رضا محبی مجد^۳

چکیده

موضوع حمایت مالی زوجه بعد از فوت همسر، اهمیت بسزایی در حوزه حقوق بانوان و تساوی جنسیتی دارد. در بسیاری از جوامع، بانوان پس از فوت همسر با مسائل مالی و اقتصادی پیچیده مواجه می‌شوند. این مسئله می‌تواند بر توانایی بانوان در تأمین نیازهای خود و فرزندانشان تأثیر منفی بگذارد و آنها را در معرض آسیب‌پذیری قرار دهد. بنابراین، ارائه حمایت مالی برای زنان بعد از فوت همسر، اهمیت بسیاری از نظر عدالت اجتماعی و حقوق زنان دارد. این حمایت می‌تواند شامل ارث‌بری قانونی، حقوق بهره‌برداری از اموال مشترک، پرداخت حقوق میراث و سایر تسهیلات مالی باشد. این مقاله با هدف بررسی آرا و دیدگاه‌های موافق و مخالف درباره ارث‌بری زوجه از زوج در فقه امامیه، به تحلیل و بررسی گسترده‌ای در این زمینه می‌پردازد. روش پژوهش در این مقاله از نوع کتابخانه‌ای است که از اطلاعات و دیدگاه‌های مرتبط با این موضوع در قرآن و آثار فقها بهره گرفته شده است که می‌تواند به فهم بهتر از پژوهش‌های فقهی و

۱. کارشناس ارشد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران. imanpour.a60@gmail.com

۲. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران. <http://jamshidirad@pnu.ac.ir>

۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران. m.majd64@pnu.ac.ir

حقوقی مرتبط با این موضوع کمک کند. نتایج پژوهش نشان داد که در فقه امامیه، درباره ارث‌بری زوجه از زوج، دو مبنا مورد تأکید قرار دارد. اولاً، تأکید بر نقش مشارکت زوجه در کسب‌وکار خانوادگی و تأمین مالی خانواده است. به طور عمومی، وظیفه زوجه در فقه امامیه مراقبت از خانه و فرزندان است، اما اگر زوجه در کسب‌وکار خانوادگی مشارکت کند و به درآمد خانواده اضافه کند، حقوق او در ارث‌بری تأمین می‌شود. دوماً، رعایت مصالح اجتماعی نیز یک مبنای مهم در فقه امامیه برای ارث‌بری زوجه از زوج است. این رویکرد بر این باور استوار است که ارث‌بری زوجه از زوج، به خود زوجه و خانواده‌اش کمک می‌کند و در تأمین نیازهای اقتصادی و اجتماعی آنها تأثیرگذار است. بنابراین، در فقه امامیه، برخی از حکمای فقه به مشارکت زوجه در ارث‌بری از زوج تأکید کرده و بر اساس تساوی حقوق انسانی و مصالح اجتماعی، این حق را در ارث‌بری تأمین می‌کنند. این رویکرد نشان می‌دهد که در فقه امامیه، ارث‌بری زوجه از زوج بر اساس مبانی فقهی واجتماعی تعیین می‌شود، که به مشارکت زوجه در تأمین مالی خانواده و رعایت مصالح اجتماعی توجه دارد.

واژگان کلیدی: ارث‌بری زوجین، امامیه، مبانی فقهی.

مقدمه و بیان مسأله

مسأله سهم الارث زوجه از اموال زوج در فقه امامیه یکی از مباحث خاص است که به آن پرداخته شده است. در مورد محرومیت زوجه از ارث بردن بعضی از ترکه زوج که از منفردات امامیه است و بر آن ادعای اجماع شده است، اتفاق نظر کامل وجود ندارد و آراء عقاید موافق و مخالف در فقه امامیه وجود دارد که در مورد انواع اموالی که زوجه از آنها ارث نمی‌برد و همچنین این حرمان اختصاص به زوجه غیر ذات ولد را دارد یا مطلق زوجه به سبب اختلاف روایات، اقوال و آراء متفاوتی از جانب فقهای امامیه ابراز گردیده است (مهرپور، ۱۳۸۶: ۱۵۰). در مبانی فقهی امامیه مبنای اصلی برای مشارکت زوجه در ارث‌بری از زوج را، بنا بر حکمت علمای اسلام که در اخبار و روایت نیز وارد شده است می‌توان دانست که این مبنا بر فرضیه زوجه و زوج با استعدادها و احتیاجات و با سندهای حقوقی مشابهی که از طبیعت در دست دارند و در زندگی خانوادگی شرکت می‌کنند در امور مالی و اقتصادی نیز مشارکت دارند (مطهری، ۱۳۶۵: ۱۸۴) و همچنین هر دو نقش مهمی در تأمین نیازهای خانواده دارند؛ بنابراین، زوجه به‌عنوان شریک زندگی، حق برخی از اموال زوج را در ارث‌بری می‌یابد. مسأله حرمان زوجه از بعضی ماترک زوج، در فقه امامیه و بحث‌های بسیاری را برانگیخته است که بر حسب ظاهر قرآن زوجه با زوج و دیگر وراث از نظر سهم بودن در ماترک، یکسان قلمداد شده‌اند و قرینه‌ای حاکی از حرمان زوجه از بعضی ماترک باشد در خود قرآن وجود ندارد. در این مقاله که آراء موافق و مخالف ارث‌بری زوجه از زوج در فقه امامیه که با نظریات مختلف و مبانی فقهی بیان گردیده است، طبق قول مشهور فقها که قانون مدنی ما نیز از فقه امامیه تنظیم شده است، زوجه از عین و قیمت زمین، هرگونه زمینی باشد، خواه زمین زراعی و باغ و خلاصه زمین خالی بدون ساختمان و یا زمینی که روی آن ساختمان بنا شده باشد محروم است و نیز از عین ساختمان و درختان ارث نمی‌برد و از قیمت آنها، سهم الارث خود را خواهند برد، از اموال

منقول نیز هر چه باشد ارث می‌برد؛ همچنین در این محرومیت فرقی بین زوجه ذات ولد و غیرذات ولد نیست و در هر صورت زوجه از اموال فوق محروم است. نظریات دیگری هم در این زمینه وجود دارد که من جمله قول شیخ مفید و جمعی دیگر از فقها است که محرومیت زوجه از زمین را مختص زمین، خانه و محل مسکونی می‌دانند و معتقدند از اراضی زراعی و باغ و غیره زوجه نیز ارث می‌برد، جمع کثیری از فقها بین زوجه ذات ولد و غیر ذات ولد اختصاص داده‌اند که هر دو نظر در این مقاله آورده شده است. سؤال اصلی که در این مقاله می‌توان تبیین کرد، این است که نظرات موافق و مخالف فقهای امامیه در زمینه ارث‌بری زوجه از زوج چیست؟

کرامت زوجه در آینه قرآن

قرآن کریم برترین کرامت را برای زوجه بیان و عالی‌ترین دفاع را از حقوق انسانی، آنان نموده است به‌گونه‌ای که موافق با مصالح اجتماعی و مطابق با وظیفه طبیعی آنان است. بهترین دلیل برای اثبات این مطلب آیات نورانی آن است که به‌طور فشرده نمونه‌هایی از آن بیان می‌گردد:

۱. کرامت زوجه در تساوی با مردان در خطاب‌های قرآنی

قرآن کریم زوج و زوجه را از نظر ارزش انسانی و معنوی برابر می‌داند و با خطاب‌های ﴿یا ایها الناس﴾ و ﴿یا ایها الذین آمنوا﴾ هر دو را یکسان مورد خطاب قرار داده است. در هیچ یک از خطاب‌های قرآن کوچک‌ترین تفاوتی بین زوجه و زوج مشاهده نمی‌شود.

۲. تثبیت هویت انسانی یا تساوی کرامت زوجه با زوج در اصل خلقت

از نظر قرآن کریم حقیقت زوج و زوجه یک چیز بوده و آن انسانیت است. زوج بودن و زوجه بودن از خصوصیات این حقیقت است که برای کل آفرینش با دو خصوصیت ظهور نموده است و امتیاز هر یک از دیگری با داشتن تقوای الهی روشن می‌گردد. در اینجا به برخی از آیات در

آراء موافق و مخالف ارث‌بری زوجه از زوج در فقه امامیه ◇ ۱۱

این زمینه اشاره می‌شود: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾ (حجرات، ۴۹: ۱۳) ای مردم ما شما را از دو جنس مرد و زن آفریدیم و شما را به صورت گروه و قبیله‌ها قرار دادیم تا همدیگر را بشناسید و به‌درستی که گرامی‌ترین شما در نزد خدا، پرهیزگارترین شماست.

در آیه‌ای دیگر، به تساوی خلقت مرد و زن تصریح و به‌روشنی بیان شده است که زوجه و زوج از یک حقیقت به وجود آمدند و آن انسان بودن است:

﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً﴾ (نساء، ۴: ۱)، ای مردم از پروردگارتان پرهیزید که همه شما را از یک انسان آفرید و همسر او را (نیز) از جنس او آفرید و از آن دو، مردان و زنان فراوانی (در روی زمین) منتشر ساخت.

در آیه سوم، علاوه بر این که حقیقت مرد و زن را واحد شمرده است، زن‌ها را مایه آرامش مردان دانسته است:

﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا﴾ (روم، ۳۰: ۲۱)، از نشانه‌های قدرت خدا این است که همسران شما را از جنس شما قرار داد تا به‌وسیله آنها آرامش بیابید.

۳. برابری زوجه با زوج در مصالح ذاتی

قرآن کریم در داشتن مصالح ذاتی، هیچ فرقی میان زوج و زوجه نمی‌گذارد، بلکه به‌طور مطلق می‌فرماید:

﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ (اسراء، ۱۷: ۷۰)، ما فرزندان آدم را بسیار گرامی داشتیم. عبارت «بنی آدم» تصریح در نوع انسان است که به زوج و زوجه به صورت تساوی اطلاق می‌گردد. در آیه دیگر با اشاره به احسن التقویم بودن انسان، کرامت مرد و زن را به‌طور مساوی بیان می‌کند.

﴿لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ﴾ (تین، ۹۵: ۴) هر آینه انسان را در بهترین صورت ممکن آفریدیم.

انسان چه زن و چه مرد، در میان همه مخلوقات عالم در بهترین شکل از نظر صورت و سیرت آفریده شده است.

۴. برابری زوجه با زوج در کرامت حقوقی

الف) حق مالکیت

یکی از موضوعات مهم حقوقی، حق اداره اموال و دارایی است. قبل از اسلام، بسیاری از ملت‌ها، برای زوجه درباره مسائل اقتصادی و غیره مالکیتی قائل نبودند. بر همین اساس آنان از ارث محروم بودند. در بعضی ملت‌ها اگر زوجه، دارای مال هم می‌شد، نمی‌توانست در اموالش تصرف کند، لذا بخشیدن، معامله، معاوضه و غیر برای زوجه ممنوع بوده است.

قرآن کریم در چنین شرایطی، دستور داد که زنان درباره اموال و دارایی خود (مانند مردان، حق هر نوع تصرف و مداخله را دارند.

﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ﴾ (نساء، ۴: ۳۲)، مردان را از

آنچه کسب کرده‌اند بهره‌ای است و زنان را نیز از آنچه به دست آورده‌اند، بهره‌ای باشد.

و در آیه دیگر می‌فرماید: ﴿هُنَّ لِيَاْسُ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَاْسُ لِهِنَّ﴾ (بقره، ۲: ۱۸۷)، زنان لباس

شما و شما لباس زنان هستید.

یعنی زوجه و زوج برای همدیگر مانند لباس وسیله زینت و موجب حفظ یکدیگر در برابر

آفات گوناگون هستند و نباید تبعیض در بین آنها روا داشته شود.

اسلام برای زن‌ها حقوق خانوادگی حتی بالاتر از مردان را در نظر گرفته است که عبارتند از:

حق انتخاب همسر، حق مهریه، حق نفقه، حق رفتار انسانی و شایسته زوج با زوجه و حق

مسکن.

فروض منصوص زوجین در قرآن مجید

قرآن مجید سهم الارث زوجه را در صورتی که زوج اولاد نداشته باشد $\frac{1}{4}$ و در صورتی که اولاد داشته $\frac{1}{8}$ تعیین کرده است: «وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوْصِيْنَ بَهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ...» (نساء، ۱۲).

سهم الارث زوجه، نصف سهم الارث زوج است؛ زیرا زوج در صورت نبودن اولاد برای زوجه نصف ترکه و در صورت وجود اولاد، $\frac{1}{4}$ ترکه را می‌برد. در این خصوص بین علمای مسلمین هیچ‌گونه اختلافی نیست، زیرا نص قرآن کریم است و تاب هیچ‌گونه تأویل و تفسیری ندارد تا کسی بخواهد در مقابل آن اجتهاد کند (خطیب، ۱۹۹۶: ۷۶).

تعبیر قرآن، فقها و اندیشمندان از ارث

قرآن کریم مباحث مربوط به ارث را در سوره مبارکه نساء آورده است چنانکه در آیه یازده سوره نساء در رابطه با ارث آمده است: «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبُوَاهُ فَلَأُمُّهُ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلَأُمُّهُ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفَعًا فَرِيضَةٌ مِنَ اللَّهِ إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا» (نساء: ۱۱).

خداوند متعال در آیه فرموده است: «خداوند به شما درباره فرزندانان سفارش می‌کند سهم پسر چون سهم دو دختر است و اگر [همه ورثه] دختر [و] از دو تن بیشتر باشند سهم آنان دوسوم ماترک است و اگر [دختری که ارث می‌برد] یکی باشد نیمی از میراث از آن اوست و برای هر یک از پدر و مادر وی [=متوفی] یک‌ششم از ماترک [مقرر شده] است این در صورتی است که [متوفی] فرزندی داشته باشد ولی اگر فرزندی نداشته باشد و [تنها] پدر و مادرش از او ارث

برند برای مادرش یک سوم است [و بقیه را پدر می برد] و اگر او برادرانی داشته باشد مادرش یک ششم می برد [البته همه این ها] پس از انجام وصیتی است که او بدان سفارش کرده یا دینی [که باید استثنا شود] شما نمی دانید پدران و فرزندان کدام یک برای شما سودمندترند [این] فرضی است از جانب خدا زیرا خداوند دانای حکیم است».

همچنین، در آیه ۱۲ سوره نساء آمده است: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَكُلٌّ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَكُلٌّ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِّنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَكُلُّهُ أَخٌ أَوْ أُخْتُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾ (نساء: ۱۲).

در این آیه نیز خداوند متعال می فرماید: «و نیمی از میراث همسرانتان از آن شما [شوهران] است اگر آنان فرزندی نداشته باشند و اگر فرزندی داشته باشند یک چهارم ماترک آنان از آن شماست [البته] پس از انجام وصیتی که بدان سفارش کرده اند یا دینی [که باید استثنا شود] و یک چهارم از میراث شما برای آنان است اگر شما فرزندی نداشته باشید و اگر فرزندی داشته باشید یک هشتم برای میراث شما از ایشان خواهد بود [البته] پس از انجام وصیتی که بدان سفارش کرده اید یا دینی [که باید استثنا شود] و اگر مرد یا زنی که از او ارث می برند کلاله [=بی فرزند و بی پدر و مادر] باشد و برای او برادر یا خواهری باشد پس برای هر یک از آن دو یک ششم [ماترک] است و اگر آنان بیش از این باشند در یک سوم [ماترک] مشارکت دارند [البته] پس از انجام وصیتی که بدان سفارش شده یا دینی که [باید استثنا شود به شرط آن که از این طریق] زبانی [به ورثه] نرساند این است سفارش خدا و خداست که دانای بردبار است».

همچنین، در آیه ۱۷۶ سوره نساء در این رابطه آمده است: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَكُلٌّ وَكُلٌّ أَوْ لَهُ أُخْتُ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ

آراء موافق و مخالف ارث‌بری زوجه از زوج در فقه امامیه ◇ ۱۵

لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رَجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ؛ از تو [درباره کلاله] فتوا می‌طلبند بگو خدا درباره کلاله فتوا می‌دهد اگر مردی بمیرد و فرزندی نداشته باشد و خواهری داشته باشد نصف میراث از آن اوست و آن [مرد نیز] از او ارث می‌برد اگر برای او [خواهر] فرزندی نباشد پس اگر [ورثه فقط] دو خواهر باشند دوسوم میراث برای آن دو است و اگر [چند] خواهر و برادرند پس نصیب مرد مانند نصیب دو زن است خدا برای شما توضیح می‌دهد تا مبادا گمراه شوید و خداوند به هر چیزی داناست» (نساء: ۱۷۶).

پیامبر اکرم ﷺ فرموده است: وصیت کردن، وظیفه هر مسلمانی است و بر هیچ مسلمانی سزاوار نیست که شیی را سپری کند، مگر این که وصیتش زیر سرش باشد. آن حضرت همچنین می‌فرمایند: خداوند راضی نشد که کار تعیین ارث را به فرشته‌ای مقرب یا پیامبری مرسل واگذارد، بلکه موضوع تقسیم ما ترک را شخصاً به عهده گرفت و حق هر حق‌داری را به او داد.

امام علی علیه السلام نیز در این رابطه فرموده است: «ستم و حق‌کشی در وصیت، از گناهان کبیره است» و امام صادق علیه السلام در پاسخ به این سؤال که چرا سهم الارث زوج دو برابر زوجه است، فرمود «چون بر زوجه نه جهادی واجب است، نه نفقه‌ای و نه پرداخت دیه‌ای (در مورد عاقله)، بلکه این‌ها برعهده زوج‌ها گذاشته شده است». این امام همچنین، فرموده است «مسلمان مانع کافر (از ارث) می‌شود، ولی از او ارث می‌برد و کافر نه مانع مؤمن می‌شود و نه از او ارث می‌برد».

فقیهان به پیروی از قرآن کریم، از ارث به «فریضه» و «فرض» نیز تعبیر کرده‌اند. عنوان ارث از باب‌های مهم فقهی است که مسائل و احکام ارث به تفصیل در آن آمده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۴: ۲۵۵). فقهای امامیه و اهل سنت در بعضی از احکام فقهی ارث اختلاف نظر دارند؛ مانند تفاوت ارث کلاله در آیات ۱۲ و ۱۷۶ سوره نساء و مسئله عول و تعصیب که برخلاف اهل سنت، در میان شیعه باطل است (سبحانی، ۱۳۸۸: ۲۱-۲۲). محقق حلی در شرایع الاسلام بحث ارث را با موجبات آن آغاز نمود. ولی شهید ثانی در شرح لمعه می‌نویسد:

میراث، صیغه مفعول و اصل آن از موراث بوده و «یای» آن منقلب از واو است. میراث یا از ارث گرفته شده یا از موروث. بنابر اول [معنای مصدری]، یعنی: استحقاق انسان، نسبت به مال متوفی، اصالتاً به دلیل خویشاوندی نسبی یا سببی و بنابر معنای دوم (مفعولی)، یعنی: آن چیزی که انسان در اثر فوت دیگری، مستحق می‌شود (شهید ثانی، ۱۳۸۹: ۲۸۸) و نیز در مفتاح الکرامه آمده است: میراث عبارت است از آنچه که انسانی با مرگ دیگری در اثر رابطه خویشاوندی نسبی و یا سببی اصالتاً استحقاق پیدا می‌کند. (حسینی عاملی و خالصی، ۱۳۹۱: ۴).

از دیدگاه حقوق نیز برخی از اندیشمندان معتقدند که این دو واژه ارث و میراث به یک معنی است یعنی اگر مراد از ارث معنی مصدری و حدثی است میراث نیز چنین است و اگر مراد از ارث ترکه و مال باشد میراث نیز همان معنی را خواهد داشت، ولی از دیدگاه فقها ارث و میراث دو واژه مغایرند چنانکه از حیث لغت نیز یکی نیستند، در تعریف میراث گفته‌اند: «المیراث ما يستحقه إنسان بموت آخر بنسب أو سبب بالأصالة» یعنی میراث چیزی است که انسان با موت انسان دیگر به خاطر نسب یا سبب اصالتاً به آن استحقاق پیدا می‌کند. (عاملی، ۱۳۲۶: ۴). در قانون مدنی ایران نیز مانند اغلب قوانین دنیا، ارث تعریف نشده باین حال، در ماده ۱۴۰ قانون یاد شده، ارث از اسباب تملک شناخته شده است و در تعریف آن آمده است: «انتقال قهری دارایی و ترکه متوفی به ورثه او. منظور از دارایی، حقوق مالی متوفی است که هنگام فوت، دارا بوده است» (امامی، ۱۳۹۹: ۱۶۹). در فقه مدنی، دارایی به جز از کسر واجبات مالی و دیون و ثلث را ارث گویند و مالیات بر ارث به آن تعلق می‌گیرد یعنی مبلغ حاصل از جمع واجبات مالی و دیون و ثلث باید از دارایی مثبت خارج شود باقیمانده متعلق مالیات بر ارث است زیرا عنوان ارث فقط بر همان باقیمانده صدق می‌کند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۴: ۲۸).

سهم الارث زوجین در دو قسمت بررسی می‌شود:

الف) سهم الارث زوج

اگر زوجه دارای اولاد نباشد زوج از^۱ ماترک را به ارث می‌برد و اگر اولاد داشته باشد هرچند از زوج دیگر باشد^۲ ترکه به او ارث داده می‌شود حال اگر خویشاوندان نسبی نداشته باشد زوج باقی را نیز به ارث می‌برد (خمینی، ۱۳۹۰: ۳۹۶).

ب) سهم الارث زوجه

در صورتی که زوج فرزندی نداشته باشد، زوجه او^۱ ماترک را به ارث می‌برد، ولی اگر زوج دارای اولاد یا اولاد اولاد باشد هر چند از همسر دیگری باشد، ادنای خود را که^۲ ماترک است خواهد برد (خویی، ۱۳۸۱: ۱۷۱)

اگر اولاد، یکی از موانع ارث را داشته باشند مثلاً قاتل پدر باشند یا متولد از زنا باشند، آیا نسبت به آن زوج و زوجه حاجب هستند و آیا آن‌ها را از ارث اعلای خود حاجب می‌نمایند؟ به نظر می‌رسد که وجود اولاد در اینجا در حکم عدم است و نه زوج و زوجه، هیچ‌کدام را حاجب نمی‌شوند.

از آنچه تاکنون گفته شد، عبارتند از:

۱. اجتماع زوج یا زوجه با اولاد متوفی، در این فرض زوج^۱ و زوجه^۲ ترکه را به ارث می‌برند؛ کتاب، سنت، اجماع بر آن دلالت دارند (نساء، ۱۲).
۲. اجتماع زوج یا زوجه با خویشاوندان نسبی متوفی در صورت نبودن اولاد در این فرض به هریک از زوج و زوجه سهم اعلای آنها داده می‌شود (زوج^۱، زوجه^۲).
۳. انحصار ورثه، به زوج و زوجه در این فرض نیز هریک از زوج یا زوجه سهم اعلای خود را می‌برند و بقیه به زوج به رد می‌رسد ولی زوجه تنها سهم خود را می‌برد و بقیه به امام^{علیه السلام} خواهد رسید. (خویی، ۱۳۸۱: ۱۷۱).

تفاوت‌های سهم الارث زوج و زوجه و منابع فقهی آن

۱. در صورتی که متوفی زوجه باشد و اولاد نداشته باشد زوج او $\frac{1}{2}$ ماترک او را و اگر اولاد داشته باشد $\frac{1}{4}$ آن را به ارث می‌برد؛ اما اگر زوج بمیرد و اولاد نداشته باشد زوجه او $\frac{1}{2}$ ماترک و در صورت وجود اولاد $\frac{1}{4}$ آن را به ارث خواهد برد و در هر صورت به زوج دو برابر زوجه سهم داده می‌شود.

۲. در صورتی که زوجه غیر از زوج وارث دیگری نداشته باشد، $\frac{1}{2}$ ترکه او به فرض و بقیه به ردّ به زوج می‌رسد، ولی اگر زوج بمیرد و زوجه وارث منحصر به فرد او باشد $\frac{1}{2}$ ترکه زوج به او داده می‌شود و بقیه به امام علیه السلام خواهد رسید.

۳. زوج از جمیع ماترک زوجه ارث می‌برد، ولی زوجه از منقولات ترکه ارث می‌برد و از غیر منقولات هم فقط از بناها و درخت‌ها آن هم تنها از قیمت آن‌ها ارث خواهد برد. (همان: ۱۷۲).

منابع فقهی تفاوت‌های سه گانه

منابع فقهی سهم الارث زوج که باید دو برابر سهم زوجه باشد؛ کتاب و سنت است:

در کتاب، آیه شریفه «و لکم نصف ماترک ازواجکم إن لم یکن لهنّ ولد فإن کان لهنّ ولد فلکم الرّبع ممّا ترکن» و «ولهنّ الرّبع ممّا ترکتم إن لم یکن لکم ولد فإن کان لکم ولد فلهنّ الثمن ممّا ترکتم» (نساء: ۱۲) اما در سنت، صحیح محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام است (عاملی، ۱۴۱۲: ج، ۲۶: ۱۷۲) منبع فقهی تفاوت دوم و اینکه زوجه تنها سهم اعلای خود را می‌برد و بقیه به او نمی‌رسد ولی همه ماترک به فرض و به ردّ به زوج خواهد رسید سنت است. در روایت محمد بن قیس را امام باقر علیه السلام آمده است: امام علیه السلام در خصوص زوجه‌ای که فوت کرده و وارثی غیر از زوج ندارد می‌فرماید: «المیراث لزوجها» (خویی، ۱۸۱: ۱۷۲) و در روایت ابی بصیر می‌فرماید: «للّمرة الرّبع و ما بقی فللأم» (عاملی، ۱۴۱۲: باب: ۴) اما منبع فقهی تفاوت سوّم که چرا زوجه از اموال غیر منقول زوج ارث نمی‌برد کدام است؟ صاحب جواهر الکلام

آراء موافق و مخالف ارث‌بری زوجه از زوج در فقه امامیه ◇ ۱۹

می‌گوید: این حکم موافق مشهور است بلکه از کتاب خلاف نقل اجماع شده و اخبار مستفیض نیز بر آن دلالت دارند (نجفی، ۱۴۱۲: ج ۱۳: ۱۷۳) در سهم الارث زوجه از اموال و ترکه زوج اختلاف نظر وجود دارد به طوری که محقق اردبیلی^۱ در مجمع الفائده مسأله را مشکل اعلام می‌کند و می‌گوید: «هذه مسألة مشكّلة لانها خلاف ظاهر القرآن و عموم الأخبار الكثيرة الدالة على أنّ الزوجين يرثان كل واحد من صاحبه من جميع ماترك كسائر الورثة فاخرج الزوجة منهما مشكّلاً»

نظریه‌های فقهای در این مسأله مختلف است

نظریه اول: گروهی از فقیهان میان زوجه ذات ولد و غیر ذات ولد فرق گذاشته و گفته‌اند: زوجه‌ای که از متوفی فرزند دارد از جمیع ماترک زوج ارث می‌برد، ولی زوجه‌ای که از متوفی فرزند ندارد از اموال غیر منقول محروم است و این از شهرت فتوایی برخوردار است (عاملی، بی تا: ج ۲، ۱۸۹).

نظریه دوم: نظریه ابن جنید است که می‌گوید: اگر زوج یا زوجه با پدر و مادر و فرزند متوفی جمع شود، به زوج^۲ و به زوجه^۳ از جمیع ترکه داده می‌شود و فرقی میان منقول و غیر منقول نیست و به پدر و مادر نیز هر کدام^۴ ماترک رسیده و بقیه به فرزند متوفی داده می‌شود (حلی، ۱۴۱۹، ج ۹: ۳۴)

محدّث فیض کاشانی نیز این نظریه را از الکافی نقل می‌کند. (محقق حلی، ۱۴۱۸، ج ۳:

۳۲۹) و می‌گوید «و المسألة محل اشکال»

نظریه سوم: نظر سیّد مرتضی است که زوجه از جمیع ماترک ارث می‌برد، ولی از عین زمین به او چیزی نمی‌رسد بلکه زمین را قیمت کرده و از قیمت آن ربع یا ثمن به او داده می‌شود. (علم الهدی، ۱۴۱۵: ۵۸۵).

نظریه چهارم: قول مفید^۱ است که زوجه را تنها از رباع محروم می‌کند و در تفسیر رباع می‌گوید: «و الرباع هی الدّور و المساکن دون البساتین و الضیاع» (مفید، بی تا: ۶۸۷) فرق این نظریه با نظریه اول منسوب به شیخ طوسی و صدوق بود در این است که مفید^۱ محرومیت زوجه را منحصر به خانه‌ها می‌داند ولی شیخ طوسی و پیروان او زوجه را از کلیه اراضی محروم می‌کنند.

نظریه پنجم: محرومیت زوجه از اموال غیر منقول به طور کلی از قبیل خانه‌ها، اراضی مزروع و غیر مزروع است و این نظر مورد تأیید فقهای متأخرین و معاصرین است و در این حکم فرقی میان زوجه ذات ولد و غیر ذات ولد نگذاشته‌اند که البته این نظریه درست نقطه مقابل قول ابن جنید است.

- محرومیت زوجه از بعضی اموال و آراء مختلف فقها

هرچند در مورد محرومیت زوجه از ارث بردن بعضی از ترکه زوج، ادعای اجماع فرقه امامیه شد ولی اتفاق نظر کامل وجود ندارد و نظر مخالف ولو اینکه «شاذّ» محسوب شده و به آن اعتنائی نگردیده است، وجود دارد و قابل نقل و بررسی است. در مورد انواع، اموالی که زوجه از آنها ارث نمی‌برد، اختلاف نظرهایی وجود دارد که ذیلاً نظریات مختلف و مستند آنها را نقل می‌کنیم.

نقل نظریات و دلایل آنها

شهید ثانی در مسالک به تفصیل بیان نموده، پنج نظر و عقیده فقهی در این باب وجود دارد که این اختلاف اقوال و آراء عمومی ناشی از اختلاف مضامین روایات است، این معنی را اصولاً همه فقها قبول دارند که مقتضای اصل و قاعده ارث بردن زوجه از جمیع اموال و دارائی زوج است (شهید ثانی، ۱۴۲۱: ۲۵۴) ظاهر قرآن به خوبی و روشنی بر همین معنی دلالت دارد و محروم کردن زوجه از بعضی اموال، مخالف اصل و ظاهر قرآن موجب تخصیص بر عموم قرآن است.

دیدگاه فقها و علماء از ارث بردن زوجه از تمام ترکه زوج

ابن جنید، زوجه همانند زوج و دیگر وراث از جمیع دارائی متوفی ارث می‌برد و سهم خود را می‌گیرد (خوانساری، ۱۳۵۱: ۱۵۲-۱۵۳). قاضی نعمان مصری صاحب دعائم الاسلام نیز معتقد است: زوجه از جمیع ترکه زوج، ارث می‌برد (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۰۹) و روایات وارده از ائمه اطهار علیهم‌السلام مبنی بر محرومیت زوجه از زمین و خانه و... در میان متأخرین مهدی بن مصطفی الحسینی التفرشی متخلص به لاهوتی و ملقب به «بدایع نگار» صاحب بدایع الاحکام، گفته است: «الحق نظر آیه و بعضی اخبار، منع زوجه از ارث بردن زمین مشکل است، خواه اولاد داشته باشد یا نداشته باشد» (التفرشی، ۱۳۲۴: ۲۴۳). مرحوم خالصی نیز معتقد بوده که زوجه، حسب المورد $\frac{1}{4}$ و یا $\frac{1}{8}$ می‌برد و منع او از ارث بردن، زمین صحیح نیست. همچنین از حاج میرزا یوسف شعار نقل شده که طبق ظهور آیه قرآن، سهم الارث زوجه و $\frac{1}{4}$ و $\frac{1}{8}$ از تمام ترکه زوج اعم از منقول و غیر منقول و عرصه اعیان باید پرداخت شود. (زاخری، ۱۳۵۲: ۲۸). مرحوم حاج آقا رحیم ارباب، از علمای معاصر و بزرگان اصفهان (متوفی: ۱۳۵۷ هـ. ش) نیز بر حسب آنچه از ایشان نقل شده، فتوایشان بر ارث بردن زوجه از تمام ترکه زوج بوده است. (ثانی، ۱۳۸۷: ۱۸۶). میان زوجه فرزند دار و زوجه بی‌فرزند، رأی مشهور این است که زوجه فرزند دار، از عین رباع ارث می‌برد و زوجه بی‌فرزند از رباع ارث نمی‌برد (شاهرودی، ۱۳۸۶: ۴). شیخ طوسی با این تفصیل مخالف بود و باغ‌ها و مزارع را نیز به رباع ملحق کرده است، وی در کتاب نهاییه می‌گوید:

«برخی از فقهای ما گفته‌اند که این حکم (محرومیت زوجه از ارث) اختصاص به خانه‌ها و منازل دارد نه زمین‌ها و باغ‌ها. رأی نخست در روایات بیشتر آمده و در مذهب روشن‌تر است، این حکم که ذکر کردیم فقط در صورتی است که زوجه فرزندی از میت نداشته باشد، اما اگر از او دارای فرزند است حق او از همه آنچه ذکر کردیم از ضیاع و عقار و خانه‌ها و منازل داده می‌شود.»

ابن ادريس بر درستی نظر شیخ مفید اصرار دارد و نظر شیخ طوسی را نمی‌پذیرد و می‌گوید: برخی از فقهای ما همه زمین‌ها از جمله باغ‌ها و زمین‌های کشاورزی را نیز به رباع ملحق کرده‌اند و این رأی شیخ طوسی است به نظر اول که مختار شیخ مفید است مطابق اصول مذهب ماست زیرا اگر باشیم و ظواهر قرآن نباید زوجه از همه ترکه ارث ببرد، فقط از رباع و منازل به دلیل اجماع و تواتر اخبار عدول کردیم و در غیر رباع و منازل اجماعی نزد ما وجود ندارد (شاهرودی، ۱۳۸۶: ۵).

اجماع فقها بر محرومیت فی الجمله زوجه

اجماع و اتفاق فقهای امامیه، از متقدمین و متأخرین بر محرومیت فی الجمله زوجه است که این امر قابل انکار نیست و در این خصوص مخالف نامداری را نمی‌توان یافت، صاحب مفتاح‌الکرامه در این باره می‌گوید: «... هذه المسألة من المشکلات و قد اختلف فیها، الاصحاب لاختلاف ظواهر الروایات بعد ان اتفقت الکلمه و انعقد الاجماع علی منع غیر ذات الولد من عین ترهه الرباع و خلاف الکاتب ابن علی لا یعباء به علی، انه سابق علی الاجماع و مسبوق به...» (عاملی، ۱۳۲۶: ۱۸۹).

این مسأله از مشکلات است و اصحاب در آن اختلاف نموده‌اند؛ به خاطر اختلاف ظواهر و روایات بعد از آنکه، اتفاق کلمه و اجماع نموده‌اند؛ «زوجه غیر ذات ولد» از عین زمین خانه محروم است و بی‌اعتنایی به مخالفت کاتب ابن علی (ابن جنید) نمی‌شود، علاوه بر آنکه قبل و بعد از او بر این محرومیت فی الجمله اجماع وجود دارد. شیخ طوسی نیز در کتاب خلاف، اجماع امامیه را بر محرومیت فی الجمله زوجه بیان داشته است. سید مرتضی هم در کتاب انتصار که به بیان مسائل که از مختصات شیعه امامیه است می‌پردازد حرمان زوجه را اجمالاً از «منفردات امامیه» دانسته است و به هر صورت از تتبع کتب فقهی و آراء فقها از قدیمی‌ترین آنها که به زمان ائمه نزدیک بودند تا متأخرین و معاصرین - فقیه مبرز و صاحب نظری را نمی‌توان

آراء موافق و مخالف ارث‌بری زوجه از زوج در فقه امامیه ◇ ۲۳

پیدا کرد که اجمالاً به حرمان زوجه از بعضی ماترک زوج نظر نداده باشد. فقهای چون شیخ مفید و شیخ طوسی و سید مرتضی و ابن ادریس و علامه و محقق و صاحب شرایع و شهید اول و شهید ثانی و شیخ مرتضی انصاری و صاحب جواهر و دیگر فقهای اجمالاً، محرومیت زوجه را از بعضی ماترک اعلام داشته‌اند و حتی شیخ صدوق هم که در کتاب المقنع و الهدایه در مورد محرومیت زوجه از برخی اموال تصریحی ننموده و به بیان میزان سهم الارث او اکتفا کرده است در مورد روایت ابن ابی یعقوب که حاکی از وراثت زوجه از کل ماترک هست و قبلاً نیز نقل شد آن را تأویل نموده و گفته است مقصود از آن روایت زوجه‌ای است که از زوجش دارای فرزند باشد و الا وقتی فرزند نداشته باشد از زمین ارث نمی‌برد (طوسی، ۱۳۹۰: ۱۵۵) و این را می‌رساند که آن فقیه و محدث عالی‌مقام هم نظریه محرومیت فی الجمله زوجه از بعضی ماترک داشته است، بنابراین، گفتار مرحوم خالصی که «... پاره‌ای از مردم که به شیعیگی منسوب‌اند می‌گویند: زوجه از زمینی که زوجش مالک بوده ارث نمی‌برد و بعضی از طلبه‌ها به قدری در این باره اصرار ورزیده‌اند که کسانی از مذهب امامیه دورند گمان می‌کنند که محرومیت از زمین از مذهب امامیه است» (زاخری، ۱۳۵۲: ۲۷).

دیدگاه فقهای موافق و مخالف سهم الارث زوجه در فقه امامیه

آیا سهم زوجه مشخص بوده کم و زیاد نمی‌شود؟

مطابق فتوای برخی از فقهای شیعه سهم زوجین مشخص بوده کم و زیاد نمی‌شود:

«لا ینقص، الزوج شیئاً من النصف أو الربع و لا یزداد علی ذلک و کذلک». در این

دیدگاه سه نظر ما بین فقهای امامیه که موافق و مخالف ارث‌بری زوجه از زوج هستند، بیان می‌شود: ابن جنید «زوجه از عین ماترک زوج ارث می‌برد».

سید مرتضی «زوجه از قیمت تمام اموال و ماترک زوج ارث می‌برد».

مشهور فقها «زوجه فی الجمله از برخی اموال زوج ارث نمی‌برد» (شاهرودی، ۱۳۸۶: ۱۰۶).

بررسی کلام ابن جنید

و اما عبارت منسوب به ابن جنید چنین است: «و اذا دخل الزوج او الزوجه على الولد و الابوين كان للزوج الربع او للزوجه الثمن من جميع التركة عقار او ائناً و صامتاً و رقیقاً و غیر ذلك».

علامه و دیگران از این کلام ابن جنید چنین استنباط کرده‌اند که چون لفظ «ولد» به‌طور مطلق، ذکر شده که شامل فرزند زوجه و فرزندی که از غیر این زوجه باشد نیز می‌گردد، پس به نظر ابن جنید زوجه، چه خود دارای فرزند باشد و چه فرزند از آن زوج بوده و از بطن او نباشد (یعنی چه زوجه ذات ولد یا زوجه غیر ذات ولد باشد) با وجود فرزند $\frac{1}{8}$ از جمیع ترکه را می‌برد و لازمه این گفتار این است که اگر هم برای زوج فرزندی نبود زوجه $\frac{1}{4}$ از جمیع ماترک را ارث خواهد برد (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۹۰) ولی صاحب مفتاح‌الکرامه می‌گوید: این کلام منقول از ابن جنید صریح در ارث بردن به‌طور مطلق، یعنی حتی زوجه غیر ذات ولد از جمیع ماترک نیست بلکه اگر ابن جنید، چنین نظری داشت صریحاً می‌گفت: «و الزوج و الزوجه یرثان من جمیع التركة» یعنی هر یک از زوجین از تمام ترکه، ارث می‌برد (عاملی، ۱۳۲۶: ۱۹۰).

- احکام فقهی درباره سهم الارث زوجه از اموال زوج

طبق نظر سید مرتضی، زوجه از عین زمین ارث نمی‌برد، بلکه زمین تقویم شده و از قیمت آن به زوجه داده می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۳۱۴).

علامه حلی در کتاب تبصره المتعلمین سهم الارث زوجه بدون فرزند را تنها از اموال منقول برمی‌شمرد و وی را از ارث‌بری اموال غیر منقول نظیر خانه، باغ، زمین، درختان و... محروم می‌داند، اما به دلیل آنکه این زوجه نسبت به فرزندان میت اجنبی است و ممکن است شوهر کند و بیگانه‌ای را مزاحم ارث سازد از این رو به نظر ایشان شرع مقدس به ورثه این حق را داده تا قیمت املاک غیر منقول را به این زوجه بدهند و شر مزاحمت بیگانه را دفع کنند و اگر بخواهند

آراء موافق و مخالف ارث‌بری زوجه از زوج در فقه امامیه ◇ ۲۵

می‌توانند به شرکت او راضی باشند و ظاهر کلام فقها، آن است که قیمت اسباب و آلات و بنا و درخت امثال آن را باید به زوجه داد، نه قیمت اصل زمین را چون در روایات از آجر، چوب و درب بنا، نام برده شده است نه زمین (وزیری/فرقانی، ۱۳۸۷: ۱۵۳).

شهید اول و شهید ثانی نیز چنین زوجه‌ای را صاحب ارث از زمین، قیمت زمین ابزارآلات ساختمانی (آجر، سنگ، چوب و...) خود بنا و ساختمان نمی‌دانند درحالی‌که معتقدند چنین زوجه‌ای از قیمت عین ساختمان می‌تواند ارث ببرد. (شهید ثانی، ۴۱۶: ۵۵/امینی و آیتی، ۱۳۸۲: ۴۲۸/مغویه، ۱۴۲۱: ۵۶۰).

سهم زوجه به صاحب فرزند

بیشتر فقهای متأخر بر این نظرند که زوجه چنانچه از همسر متوفای خود فرزند داشته باشد از کلیه اموال (اعم از منقول و غیرمنقول) ارث می‌برد (علامه حلی، بی تا: ۳۳۳/محقق حلی، ۶۰: ۳۴-۳۵/شهید ثانی، ۱۴۱۶: ۴۴۵). دیدگاه امام خمینی نیز بر این است که زوجه از عین و قیمت زمین ارث نمی‌برد، خواه آن اراضی (زمین) زیر کشت زراعت و درخت و زیربنای قرارگرفته باشد، یا نه اما از قیمت مصالح ساختمانی (تیر، تخته، آجر...) و همچنین درختان و نخل و... (میوه بی درخت و بذر) ارث می‌برد. طبق نظر ایشان، زوجه از قیمت اعیانی که در زمان مرگ زوج موجود است، ارث می‌برد، ولی به وجود آمدن نمو زیاده در عین (بعد از مرگ، زوج و تا روز تقسیم میراث) باعث ارث‌بری زوجه نمی‌شود، ایشان در ادامه می‌افزایند: قیمت اعیان که سهم الارث زوجه از آنها پرداخته می‌شود باید به قیمت روز پرداخت شود (و نه زمان فوت زوجش) و طریقه قیمت کردن مصالح ساختمانی و درختان را این‌گونه بیان می‌کنند که تا روزی که از بین نرفته و در آن مکان بدون اجازه و البته مجانی خواهد ماند، از آن قیمت سهم الارث زوجه را می‌دهند. (موسوی‌الخمینی، ۱۴۰۳: ۳۵۸-۳۵۹، مسائل ۵-۹). آیت‌الله گلپایگانی در مورد زوجه بدون فرزند با فقها موافق هستند، اما زوجه را در صورت داشتن فرزند

محقق ارث‌بری از کلیه اموال می‌دانند، آیات عظام خامنه‌ای، سیستانی، تبریزی، اراکی، خوئی، مکارم شیرازی، فاضل لنگرانی و منتظری متفق‌القول‌اند در اینکه زوجه از همه اموال منقول ارث می‌برد ولی از زمین و قیمت آن و از بنا و درخت و باغ و زراعت (نه قیمت آنها) ارث نمی‌برد و به عقیده آیت‌الله منتظری، احتیاط مستحب در زمین غیر، خانه آن است که یا ورثه صلح کنند و اگر زوجه از میت بچه دارد بنا بر احتیاط، از همه، ترکه حتی از زمین به او ارث بدهند یا با هم مصالحه کنند و اگر به واسطه وجود زوجه یا زوج نقصی در سهام ورثه پدید آمد تمام سهام خود را از اصل مال بردارند ایشان به همراه آیت

الله فاضل لنگرانی، تصرف زوجه در آنچه حق ارث‌بری ندارد با اجازه دیگر وراث، بدون اشکال می‌دانند و البته بنا بر احتیاط واجب بیان می‌دارند که وراث هم نباید در اموالی که زوجه از قیمت آنها ارث می‌برد بدون اجازه زوجه تصرف کنند. به عقیده این مرجع برای قیمت‌گذاری بنا و درخت و... باید حساب کنند که اگر آنها بدون اجازه در زمین بمانند تا از بین بروند، چقدر ارزش دارند و سهم زوجه را از آن قیمت بدهند (قابل توجه آن که به عقیده آیت‌الله منتظری مجرای آب قنات در حکم زمین و مصالح ساختمانی در حکم ساختمان است (رساله توضیح المسائل مطابق با فتاوی مراجع تقلید، ۱۳۷۲: ۷۷/ مکارم شیرازی، ۱۳۸۱: ۴۶۸/ مسائل ۲۳۹۶-۲۴۰۰/ فاضل لنگرانی، ۱۳۷۶، مسائل ۷۷۱-۷۴۲، ۶۰۰ و مسائل ۲۹۲۷-۲۹۳۰). آیت‌الله بهجت نیز به‌طور کلی زوجه را مستحق اموال منقول زوج می‌دانند و زمین (مسکونی، باغ، زراعت) و قیمت را در سهم الارث زوجه به شمار نمی‌آورند اما همانند دیگر مراجع قیمت، بنا و ساختمان و درخت را در ارث زوجه حساب می‌کنند. البته به نظر ایشان، زوجه با رضایت وارثان می‌تواند از خود ساختمان هم ارث ببرد و در تمام این موارد بین زوجه‌ای که از زوج خود فرزند دارد یا ندارد، تفاوتی نیست، هرچند بنا بر احتیاط، خوب است که زوجه بچه‌دار از زمین ارث ببرد. (بهجت، ۱۳۸۶: ۴۴۹-۴۵۰/ مسائل ۲۲۴۸-۲۲۴۹).

محقق حلی صاحب شرایع و علامه حلی در تبصره و همچنین شیخ طوسی در نهاییه، غیر از آنکه

آراء موافق و مخالف ارث بری زوجه از زوج در فقه امامیه ◇ ۲۷

زوجه را مستحق بقیه ارث نمی‌دانند اظهار می‌دارند امام وارث «من لا، وارث له» است، پس متعلق به او است (محقق حلی، ۶۰۲: ۳۴۰ / طوسی، ۱۳۴۳: ۶۶۰).

سهم الارث زوجات متعدد

در کتاب وسائل الشیعه در خصوص مسئله تعدد زوجات و شراکت آنها در ارث زوج، متوفی این روایت نقل شده است «محمد بن حسن به اسنادش از فضل بن شادان... از ابی عمر عبدی از علی بن ایطالب در حدیثی نقل می‌کند که سهم زوج از $\frac{1}{4}$ بیشتر نمی‌شود و از $\frac{1}{4}$ کمتر نمی‌شود و زوجه نیز حداقل سهمش $\frac{1}{8}$ و حداکثر آن $\frac{1}{4}$ خواهد بود. خواه زوجات (۴ نفر) باشند یا غیرازاین (یعنی کمتر) و این حدیث طبق کتاب صحیح است» (حر عاملی، ۱۴۱۲: ۱۹۶-۱۹۷). فقها به تبعیت از آیه ۱۳ و ۱۲ سوره نساء و روایت مذکور بر این نظرند که اگر مردی از دنیا برود و دارای چندین همسر دائمی باشد، در صورت وجود فرزند حتی برای یکی از زوجه در $\frac{1}{8}$ ارث شریک خواهند بود و در صورت نبود فرزند و همه آنها در $\frac{1}{4}$ شریک می‌باشند (محقق حلی، ۶۰۲: ۳۴). همان‌گونه که ملاحظه شد فرزند میت مانع از این می‌شود که همسر وی بیش از $\frac{1}{8}$ مال را ببرد و تفاوتی هم نمی‌کند که فرزند میت از همین همسر متولد شده باشد که ارث می‌برد یا از زوجه‌ای دیگر باشد (چه دائمی و چه انقطاعی) و تفاوتی هم نمی‌کند بین اینکه فرزند او بدون واسطه باشد یا با واسطه و به اصطلاح نوه او باشد و از این $\frac{1}{4}$ و یا $\frac{1}{8}$ زوجه‌ی هم که زوج (میت) در فرض موتش طلاق داده سهم خواهد برد. نظری قوی فقهای متأخر (بخصوص شهیدین) در مورد تقسیم ارث این دو بدین ترتیب است که زوجه صاحب فرزند $\frac{1}{8}$ از تمام زمین را به ارث می‌برد و به دلیل آنکه زوجه دیگر به‌طورکلی از عین محروم است، $\frac{1}{8}$ عین آن به همان زوجه صاحب فرزند تعلق می‌گیرد و او باید قیمت آن را خودش به زوجه دیگر پردازد و وظیفه سایر وراث نیست چرا که سهم ناشی از زوجیت، تنها میان دو نفر تقسیم می‌شود.

نکته‌ای که باید بدان توجه کرد این است که برگرداندن قیمت اعیان به زوجه‌ای که فرزند ندارد اجباری و الزامی است و این‌گونه نیست که وراثت در اعطا و برگرداندن آن مختار باشند، بنابراین دفع قیمت در اینجا همچون دین در ذمه وراثت بوده تا آن را به زوجه اعطا کند. حال چه عین را بذل کند و یا بذل ننموده باشد و چه وراثت از دادن قیمت امتناع داشته باشد یا امتناع نکند، از این رو تا زمانی که وراثت (وراثت قیمت را به زوجه نداده، ذمه‌اش همانند دین) به او مشغول خواهد بود تا آنکه حاکم شرع وی را مجبور به ادای آن نموده و یا عین را به اجبار بفروشد و قیمت آن را به زوجه بدهد. در مورد کسانی که از او ادای حق و دیگران خودداری کنند، همین رفتار صورت می‌گیرد و در نهایت اگر هیچ یک از این راه‌ها میسر و ممکن نبود آن حق به ذمه وراثت (وراثت) باقی می‌ماند تا زمانی که زوجه توانایی خروج آن را از دست ورثه پیدا کند که می‌تواند به وسیله تقاص عین یا غیر آن برای صاحب بشود (محقق حلی، ۶۳۰: ۳۴/ ذهنی تهرانی، ۱۳۶۶: ۱۴۵/ امینی آیتی، ۱۳۸۳: ۴۲۸/ مغنیه، ۱۴۲۱: ۵۶۰/ موسوی الخمینی، ۱۴۰۲: ۳۵۸).

نظر فقهای معاصر در خصوص سهم الارث زوجات متعدد

آیت‌الله بهجت، سهم زنان را به طور مساوی قابل تقسیم به زوجه‌های دائم می‌داند و این حکم را در موردی که زوج با هیچ یک از آنها یا بعضی از آنها نزدیکی نکرده مساوی می‌شمردند (بهجت، ۱۳۸۶: ۴۵، مسائل: ۲۲۵۱-۲۲۵۲) ایشان در ادامه بیان می‌کنند: اگر زوج در مرضی که بدان مرض از دنیا رفته، زوجه‌ای را عقد کرده و با او نزدیکی نکرده باشد، آن زوجه از او مهر نبرده وراثت نیز مستحق است. نظر سایر مراجع از جمله آیات عظام فاضل لنکرانی، مکارم شیرازی، خویی، گلپایگانی، اراکی و منتظری با توجه به رساله و فتاوی صادره از آنها نیز به همین صورت است (رساله توضیح المسائل مطابق با فتاوی مراجع، ۱۳۷۲: ۷۷، مسئله ۲۷۷۵/ مکارم شیرازی، ۱۳۸۱: ۴۶۸، مسئله ۲۴۰۱/ فاضل لنکرانی، ۱۳۷۷: ۶۰۰ مسئله ۲۹۳۱).

ادله مخالفین میراث زوجه از زمین

یکی از مخالفین میراث زوجه از زمین ابن ادریس است او در بیان نظریه خویش، عنوان می‌کند: در صورتی که ما و ظاهر قرآن باشیم و دلایل دیگر را در نظر نگیریم به زوجه از تمام اموال ماترک ارث می‌دادیم و اگر هم از این اعطاء کل عدول نمودیم به خاطر تواتر اخبار است و لذا می‌گوییم زوجه از خاک ارث نمی‌برد و از قیمت آن نیز به همراه نخواهد برد بلکه به منقولات و اعیان توجه کرده و قیمت آن را به زوجه پرداخت می‌نماییم و همچنین اینکه می‌گویند: زوجه در صورتی که دارای فرزند باشد از تمام ترکه به او پرداخت می‌شود، این اختیار ابن‌بابویه است که دلیل او خبر واحدی است که برای ما علم و عملی را ایجاب نمی‌کند (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۲۵۸). دیگر مخالف میراث زوجه از زمین، فقیه خبیر صاحب جواهر است. ایشان پس از نقل کلام زیبای صاحب دعایم الاسلام که ما نیز بدان می‌پردازیم، عنوان نمودند که این سخن غریب از فقه و فقها است و سپس در شرح سخن صاحب شرایع «که اگر زوجه دارای فرزند باشد از زمین ارث می‌برد»، گفتند، ما دلیل قابل اعتنائی برای این تفصیل مشاهده نکرده‌ایم بلکه ظاهر اجماعات و روایات این است که فرق میان زنان دارای فرزند و غیره وجود ندارد. (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۱۲).

فقها معاصر عموماً بر اساس نظریه مخالفین به این موضوع نگریسته‌اند که البته برخی، با احتیاط برخورد نموده.

مرحوم طباطبایی در جواب سؤالی که گفته (زوجه، چه ذات ولد نباشد چه باشد، از منقولات ارث می‌برد عیناً و از اراضی محرومه (به او داده نمی‌شود) است مطلقاً، عیناً و قیمتاً، بدون فرق مابین اراضی، مساکن و خانه‌ها و بساتین از زمین، خانه، مغازه، باغ) و غیره‌ها و از اشجار محروم است عیناً، نه قیمتاً و هكذا از ابنیه و آلات آن و مجرای آب چه قنات باشد، چه غیر آن، در حکم اراضی است (یزدی، ۱۳۷۴: ۱۰۴). امام خمینی^(ع) نیز چنین عنوان نمودند: «یرث الزوج من جمیع ترکه زوجته من منقول و غیره و ترث الزوجة من المنقولات مطلقاً و لا ترث من الاراضی مطلقاً لا عیناً و لا قيمة سواء كانت مشغولة بالزرع و الشجر و البناء و غیرها ام

و تراث القيمات خاصة من آلات البناء كالجدوع و الخشب و الطوب و نحوها و كذا قيمت الشجر و النخل» (الموسوی الخمينی، ۱۳۷۵: ۳۹۷). زوج از تمام تركه زوجه ارث می برد ولیکن زوجه تنها از منقولات. آیت الله خویی نیز همین عقیده را دارند: «یرث الزوج من جمیع ما تركة الزوجة منقولات و غیره أرضا و غیرها و تراث الزوجة مما ترك الزوج من المنقولات و السفن و الحيوانات و لا تراث من الارض لا عینا و لا قيمة و تراث ما تثبت فیها من بناء و أشجار و آلات و أخشاب و نحو ذلك» (خویی، ۱۴۱۰: ۳۷۲). زوج از تمام تركه زوجه ارث می برد ولیکن زوجه از منقولات. آیت الله گلپایگانی نیز دارای همین فتوا بوده است (گلپایگانی، ۱۴۱۴: ۳۴۹). صاحب جواهر «عقار» را به غیر منزل تعبیر نموده و آن را به نخل و سایر درختان تفسیر می کند ولیکن از روایات استفاده می نماید که عقار به هر آنچه که دارای اصل باشد مانند خانه و درخت گفته می شود (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۱۳).

موافقین میراث زوجه از زمین

یکی از موافقین میراث شیخ طوسی است که عنوان می کند: این حکم برخی از اصحاب که زوجه از زمین ارث نمی برد در صورتی که زوجه از زوج خویش فرزندی نداشته باشد که در صورت وجود فرزند حق زوجه به طور کامل پرداخت می شود. (طوسی، ۱۳۹۰: ۴۶۲). قاضی ابن براج نیز یکی از موافقین میراث بوده و چنین می گوید: در صورتی که زوجه از همسر خویش فرزند داشته باشد از تمام تركه ارث می برد. (ابن براج، ۱۴۰۶: ۱۴۰). علامه حلی نیز این دیدگاه را پذیرفته و می گوید: زوجه در صورتی که فرزند داشته باشد از تمام تركه اعم از زمین، مسکن و باغ به ارث می برد. (علامه حلی، ۴۱۲۱: ۴۳). سید مرتضی نیز به نوعی از جمله موافقین محسوب شده و می گوید: یکی از منفردات امامیه این است که زوجه از زمین زوج خود ارث نمی برد اما فقها از اهل سنت مخالفت نموده و بین زمین و غیر فرق نگذاشته اند آنچه که در نفس من قوی جلوه می کند این است که به زوجه قیمت زمین و مانند آن پرداخت می شود. (الشریف المرتضی،

آراء موافق و مخالف ارث‌بری زوجه از زوج در فقه امامیه ◇ ۳۱

۱۴۱۵: ۵۸۲). شهید اول نیز به شرط داشتن فرزند از زوج متوفی برای زوج از زمین ارث کامل در نظر می‌گیرد و شهید ثانی نیز نظر ایشان را مورد تأیید قرار می‌دهد. (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۱۷۴).

دیدگاه فقها مبنی بر نظر ارث‌بری زوجه

۱. شیخ صدوق می‌گوید: «زوجه‌ای که از زوجش فرزند داشته باشد، از همه دارایی منقول و غیرمنقول زمین و غیر زمین ارث می‌برد و اگر زوجه از زوجش فرزندی نداشته باشد، از اصول ارث نمی‌برد و از قیمت آن ارث می‌برد».

۲. ابن جنید، معاصر شیخ صدوق، ارث زوجه را از همه دارایی زوج می‌داند: «و للزوجه الثمن من جميع التركة عقارا و اثاثاً و صامتا و رقیقا و غیر ذلک».

سخن ابن جنید مربوط به موردی می‌شود که زوج فرزند داشته، از این‌روی سهم زوجه را $\frac{1}{8}$ معین کرده است، ولی آیا فرزند از این زوجه بوده یا از زنان دیگری که پیش از این زوج داشته است، مشخص نیست.

در هر حال، در نیمه دوم قرن چهارم هـ. ق. فتوای فقهای بزرگ شیعه این چنین بوده است.

۳. سید مرتضی می‌گوید: «و مما انفردت به امامیه ان الزوجه لا تورث من رباح المتوفی شیئاً، بل، تطعی بقیته حقها من البناء والاداءت قیمه العراض».

«و خالف باقی الفقهاء فی ذلک و لم یفرقوا بین الرباع و غیرها فی تعلق حق، الزوجات و الذی یقوی فی نفسی ان هذه المسأله جاریه مجری المسئله، المتقدمه فی تخصيص الاکبر من الذکور بالمصحف و السیف و ان الرباع و ان لم تسلم الی الزوجات فقیمتها محسوبه لها. الطریق فی نصره ما، قویناه: هی الطریقه فی نصره المسأله الاولی و قد تقدم بیان ذلک؛ و یمکن ان یکون الوجه فی صد الزوجه عن الرباع انهار بما تزوجت و اسكنت هذه الرباع من کان ینافس المتوفی او بعبطه او بحسده، فیثقل ذلک، علی اهله و عشیرته، فعدل بها عن ذلک علی اجمل».

از دیدگاه‌های ویژه امامیه است که: زوجه از خانه، ارث نمی‌برد، بلکه به اندازه حقی که از آنها دارد، از قیمت ساختمان و ابزار و وسائل به وی داده می‌شود، ولی از قیمت عرصه‌ها چیزی داده نمی‌شود.

و تمامی فقیهان اهل سنت، در این مسأله مخالف امامیه‌اند و در ارث زوجه، فرقی بین خانه و غیر خانه نگذاشته‌اند.

فقه‌های اهل سنت من جمله شافعی با تمسک به ظاهر آیه «و لکم نصف ما ترک ازوچکم» و «لهنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَکْتُمْ»، زوجه را در جمیع ماترک سهم می‌دانند؛ یعنی منظور از جمیع چه اموال منقول باشد چه غیر منقول (مغنیه، ۱۳۷۷: ۵۰۷).

نتیجه‌گیری

قرآن کریم، در برنامه‌های تربیتی، اخلاقی، علمی و... رسیدن به سعادت و کمال هر دو جنس را بدون تفاوت، در پرتو عمل صالح تضمین فرموده است: «مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهٗ حَيَاةً طَيِّبَةً وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُمْ بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ» (نحل، ۱۱۶: ۹۷) این آیه ثابت می‌کند که زندگی پاکی از درون این زندگی، به واسطه عمل صالح برمی‌خیزد باعث روشنایی قلب و نشانه کمال و قرب انسان می‌شود. برای مرد و زن به‌طور مساوی ممکن و میسر است. «أَتَىٰ لَأُضِيعَ عَمَلٌ عَامِلٍ مِنْكُمْ مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَىٰ بَعْضُكُمْ مِنْ بَعْضٍ» (آل عمران، ۳: ۱۹۵)، عمل هیچ‌کس را ضایع نمی‌نمایم خواه مرد باشد یا زن، بعضی از شما از برخی دیگر هستید [همگی از یکدیگر خلق شدید؛ مرد مولود از زن و زن مولود از مرد و همه از آدم هستید. «وَمَنْ يَعْمَلْ مِنَ الصَّالِحَاتِ مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَأُولَٰئِكَ يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ يُرْزَقُونَ فِيهَا بِغَيْرِ حِسَابٍ» (غافر، ۴۰: ۴۰) هر کس کار شایسته انجام دهد خواه مرد باشد یا زن، درحالی که مؤمن باشد آنها وارد بهشت می‌شوند و در آن روزی بی حساب به آنها داده خواهد شد. از نظر اسلام و فقه امامیه، کرامت و ارزش هر یک از زنان و مردان، در دنیا و

آراء موافق و مخالف ارث‌بری زوجه از زوج در فقه امامیه ◇ ۳۳

آخرت، در گروه اعمال و رفتار خوب یا بد خود است؛ بنابراین بانوان نیز در کرامت اکتسابی مثل مردان می‌توانند از راه تقوا، تلاش و کوشش معنوی و رفتار شایسته و انسانی به کرامت بسیار بالایی دست یابند و بر این اساس قرآن کریم نمونه‌هایی از زنان مانند حضرت مریم، آسیه همسر فرعون و فاطمه دختر پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ و خدیجه دختر خویلد را بیان می‌نماید که از راه تلاش و کرامت اکتسابی از مردان بسیاری جلو افتادند. در فقه امامیه، تأکیدی بر نقش مشارکت زوجه در کسب‌وکار خانوادگی و تأمین مالی خانواده وجود دارد. زوجه در حالت عادی وظیفه مراقبت از خانه و فرزندان را بر عهده دارد، اما اگر زوجه در کسب و کار خانوادگی مشارکت کرده و درآمدی به آن اضافه کرده باشد، حقوق او در ارث‌بری تأمین می‌شود. مبنای دیگر در فقه امامیه برای ارث‌بری زوجه از زوج، رعایت مصالح اجتماعی است. این رویکرد بر این اعتقاد استوار است که ارث‌بری زوجه از زوج، به خود زوجه و خانواده او کمک می‌کند و در تأمین نیازهای اقتصادی و اجتماعی آنها مؤثر است. در نتیجه، در فقه امامیه برخی از حکمای فقه به مشارکت زوجه در ارث‌بری از زوج تأکید کرده و بر اساس تساوی حقوق انسانی و مصالح اجتماعی را در ارث‌بری تأمین می‌کنند.

منابع

- قرآن کریم

۱. امامی، حسن، (۱۳۹۹) حقوق مدنی، ج ۳، چاپ: بیست و هشتم، انتشارات اسلامیة
۲. الشریف المرتضی، (۱۴۱۵) الانتصار، نشر: قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۳. الطرابلسی، قاضی عبدالعزیز ابن البراج، (۱۴۰۶)، المهدب، انتشارات جامعه مدرسین قم، ص ۱۴۰.
۴. امینی، علیرضا، دیگران، (۱۳۸۲) تحریرالروضه فی شرح اللمعة، ج ۶، تهران، سمت، طه.
۵. بهجت، (آیت الله) محمدتقی، (۱۳۸۶)، رساله توضیح المسائل، چاپ: شفق، قم، دفتر مقام معظم له.
۶. خمینی (امام) روح الله، دیگران، (۱۳۷۲)، رساله توضیح المسائل، مقابل با فتاوی مراجع تقلید؛ نشر تفکر۷.
۷. خمینی (امام) روح الله، (۱۳۹۰)، تحریرالوسیله، قم، مؤسسه مطبوعات اسماعیلیان، چاپ: چهارم.
۸. خمینی (امام) روح الله، (۱۳۷۵)، تحریرالوسیله، طبع المدرسین.
۹. خطیب، احمدعلی، (۱۹۶۶)، موجز، انتشارات تبلیغات اسلامی، چاپ: اول
۱۰. حلی، ابن ادریس، (۱۴۱۰)، السریر، جامعه مدرسین، انتشارات، قم.
۱۱. حر عاملی، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل، ج ۲۶؛ مؤسسه آل البيت المشرفه.
۱۲. جمعی از محققین، (۱۳۷۹)، دایرة المعارف بزرگ اسلامی، ج ۱، نشر: تهران.
۱۳. زاخری، زین الدین، (۱۳۵۲)، ارث زن از دارایی شوهر، چاپ تبریز.
۱۴. ذهنی تهرانی، سید محمدجواد، (۱۳۶۶)، مباحث فقهیه، ج ۶، قم: انتشارات وجدانی.

۱۵. طوسی، (۱۳۹۰)، *المبسوط، فی فقه الامامیه*، تهران انتشارات مکتب المرتضویه، چاپ دوم، ص ۴۶۲.
۱۶. حلی، (علامه) (۱۴۱۹) *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
۱۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۴)، *وصیت-ارث*، انتشارات: دانشگاه تهران.
۱۸. عاملی، سید جواد حسینی، (۱۳۲۶)، *مفتاح الکرامه*، ج ۸. چاپ: مصر.
۱۹. عاملی، سید جواد حسینی، (۱۴۱۲)، *وسائل الشیعه*، ج ۲۶، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث.
۲۰. سبحانی، جعفر، (۱۳۸۸)، *توضیح المسائل*، نشر: مشهد، هاتف.
۲۱. شیخ طوسی، (۱۳۹۰)، *الاستبصار*، ج ۴.
۲۲. شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۲۱)، *رساله میراث*، نشر دفتر تبلیغات اسلامی، حوزه علمیه قم، چاپ اول، ص ۲۵۴.
۲۳. شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۶)، *الروضه فی شرح اللمعه دمشقیه*، ج ۲.
۲۴. شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۰)، *شرح لمعه*، ج ۸، قم، نشر الداوری، تهران.
۲۵. شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۳۸۷)، *معالم الاصول*، چاپ تهران.
۲۶. قبله ای خویی، خلیل، (۱۳۸۱) *ارث*، چاپ: اول، تهران، نشر، سمت.
۲۷. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۴)، *حقوق مدنی: (درس های از شغفه، وصیت، ارث)*، ج ۴، تهران، نشر میزان.
۲۸. گلپایگانی، ۱۴۱۵، *مجمع المسائل*، ج ۲، نشر: دارالقرآن، قم.
۲۹. لنکرانی فاضل، (۱۳۷۷)، *رساله توضیح المسائل*، قم.
۳۰. لاهوتی، التفرشی، محمد بن مصطفی الحسینی، (۱۳۲۴)، *بدایع الاحکام*، ج ۲، ص ۲۴۳.
۳۱. محقق، حلی، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، نشر، ج ۴.

۳۲. محقق، حلی، (۱۴۱۸) شرایع الاسلام، بیروت، دارالاضواء.
۳۳. خوانساری اصفهانی، محمدباقر، (۱۳۵۱)، روضات الجنات فی احوال العلماء و السادات، ج ۶ چاپ قم.
۳۴. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۸۱)، رساله توضیح المسائل، ج ۳۸، قم مدرسه الامام علی علیه السلام.
۳۵. مطهری، سید مرتضی، (۱۳۶۵)، نظام حقوق زن در اسلام، چاپ: پنجم، انتشارات، صدرا.
۳۶. مغنیه، محمدجواد، (۱۳۷۷)، احوال شخصیه، الفقه علی المذاهب الخمسه، ص ۵۰۷.
۳۷. مفید، ابی عبدالله محمد بن نعمان، بی تا، مؤسسه نشر اسلامی، قم.
۳۸. مهرپور، حسین، (۱۳۸۶)، میراث زوجه در حقوق اسلام و ایران، انتشارات، دانشگاه تهران.
۳۹. نجفی، (۱۴۰۴)، فی شرح الشرائع الاسلام، ج ۳۹، ص ۱۹۰.
۴۰. نجفی، (۱۴۱۲) جواهرالکلام، چاپ: اول، بیروت، مؤسسه المرتضی العالمیه.
۴۱. یزدی، ابوالقاسم بن احمد، (۱۳۷۴)، توضیح المسائل، ج ۴، دانشگاه تهران.
۴۲. وزیری فرد، سید محمدجواد، فرقانی، زینب، مقاله، ارث زن از اموال شوهر، چاپ ۱۳۸۷، نشر بانوان شیعه، ش مقاله، ۱۷.
۴۳. هاشمی شاهرودی، سید محمود، (۱۳۸۶)، میراث زوجه از اموال غیرمنقول، نشر فقه و اصول اهل بیت، ش، مقاله، ۴-۵.

قراردادهای بالادستی نفت و گاز و چگونگی حل و فصل اختلافات در این قراردادها



داوود حسنلو^۱

چکیده

قراردادهای بالادستی صنعت نفت و گاز، فعالیت‌های مختلفی است که شامل مرحله کشف تا بهره برداری از مخزن‌های نفت و گاز است و قراردادهای مرتبط با آن شامل قراردادهای امتیازی، مشارکتی (مشارکت در تولید، مشارکت در سرمایه‌گذاری) و قراردادهای خرید خدمت بوده است که قراردادهای بیع متقابل نیز در زمره این قراردادهاست و با توجه به این که درآمدهای ناشی از قراردادهای بالادستی نفت و گاز فرصت‌های اقتصادی جدیدی را ایجاد می‌کنند؛ نیازهای کشور سبب گسترش این قبیل قراردادها شده است.

ساز و کارهایی در جهت حل و فصل اختلافات در قراردادهای نفتی و گازی متداول است که بعضاً در هنگام انعقاد این قراردادها، پیش بینی شده‌اند و اهم آنها شامل روش‌های قضایی، شبه قضایی و غیر قضایی هستند که هر روش، کاربرد خاص خود را دارد. در این مقاله این راهکارها با روش توصیفی تحلیلی و منابع کتابخانه‌ای مورد تحلیل و بررسی قرار گرفته است و با توجه به اهمیت قراردادهای نفتی و گاز بدون تردید این راهکارها موضوعی است که از اهمیت زیادی برخوردار است.

واژگان کلیدی: حل و فصل اختلافات، داوری، قراردادها، قراردادهای بالادستی، نفت و گاز.

۱. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد واحد گرمسار، davood.hassanloo1984@gmail.com

مقدمه و بیان مسأله

نفت از با اهمیت‌ترین انرژی‌ها در حال حاضر است. قراردادهای نفتی به بالادستی و پایین دستی تقسیم می‌شود که بعضاً برخی میان دستی را نیز عنوان می‌کنند که با توجه به قانون نفت مصوب ۱۳۹۰، قسمتی از قراردادهای پایین دستی محسوب می‌شود. منظور از قراردادهای بالادستی فعالیت‌های مختلفی است که شامل مرحله کشف تا بهره برداری از مخزن‌های نفت و گاز است و قراردادهای مرتبط با آن شامل قراردادهای امتیازی، مشارکت در تولید، مشارکت در سرمایه‌گذاری و قراردادهای خدماتی بوده که قراردادهای بیع متقابل نیز در این زمره است. (سریر، ۱۳۹۳: ۱۶) در زمان حاضر در برابر صنعت نفت و گاز چالش‌های بسیاری وجود دارد و قراردادهای نفتی و گازی به ویژه به صورت بالادستی دچار اختلافات بسیاری است. در این قراردادها ابهامات زیادی وجود دارد. اما در مجموع باید اشاره کرد قرارداد مناسب، قراردادی است که راحت اجرا می‌شود و "این امر هنگامی حاصل می‌شود که قرارداد به گونه‌ای متوازن و متعادل، حقوق و منافع طرفین را تأمین و ریسک‌های آنها را توزیع کرده باشد که دسترسی به این موارد در قراردادهای بالادستی همیشه به راحتی امکان‌پذیر نیست و موارد مختلفی نظیر موضوع قرارداد، چانه زنی طرفین و مواردی مانند این منجر به اختلافات در این قراردادها می‌شود. (حیاتی، ۱۳۹۰: ۳۳)" عوامل مؤثر در انتخاب نوع قرارداد مناسب برای طرح‌های توسعه اقتصادی به ویژه در صنایع بالا دستی نفت را می‌توان به دو دسته عوامل داخلی و بین‌المللی تقسیم کرد که از نظر عوامل داخلی باید به دو مسأله اشاره کرد:

۱. محدودیت‌ها و الزامات قانونی؛
۲. موارد لازم برگرفته از برنامه کلان اقتصادی و بودجه‌ای کشور میزبان در محدوده سرمایه‌گذاری خارجی، عوامل بین‌المللی که شامل قوانین و اصول حقوقی بین‌المللی حاکم بر قراردادها می‌باشد. (ابراهیمی و شیربیجان، ۱۳۹۲: ۳۶) لازم به ذکر است: طرق حل و فصل اختلافات نفتی را می‌توان به سه دسته تقسیم نمود:

دسته اول به نحوی است که در زمان وقوع قرارداد دلایل ایجاد شدن اختلافات تعیین و پیش بینی شده است.

شیوه دوم روش‌های جایگزین است که به روش‌ها و راهکارهایی عنوان می‌شود که جایگزین حل و فصل اختلافات از طریق رسیدگی حقوقی، مذاکره و مساعی جمیله حل و فصل می‌گردد. جدید بودن مکانیزم‌ها و شیوه‌های حل و فصل اختلافات و ضمناً کمبود داده‌های مرتبط با آن در راستای این که به کارگیری شیوه‌ها چه میزان موفقیت و یا نقص‌های احتمالی داشته است را با تردید مواجه کرده است. آن چه که مشخص است استفاده کردن از این شیوه‌ها و کارکرد آنها از زمان‌های قبل تا حال حاضر مورد توجه بوده، نگرش شرکت‌های بزرگ نفتی و گازی و دولت‌های میزبان به آن‌ها روز به روز گسترش و پیشرفت داشته است. میانجیگری که یکی از این راه‌ها به حساب می‌آید؛ به دلیل آزادی عمل و انتخابی که در راستای حل اختلافات طرفین به آن‌ها می‌دهد در اختلافات پیچیده نفت و گازی که به طور عمده قراردادهایی طولانی مدت و نیاز به حفظ رابطه در آن از موارد لازم است نقش ویژه‌ای در حل و فصل اختلافات دارد. با بررسی اطلاعات موجود در خصوص دعاوی نفتی نیجریه آنچه مشخص است میانجیگری به عنوان شیوه‌ای متقن که در خیلی از موارد صرفه‌جویی می‌کند و با نیازهای طرفین خود را تطبیق کرده از مؤثرترین شیوه‌های جایگزین خود را اثبات کرده است و با بررسی مزیت‌ها و معایب این شیوه‌ها به خصوص میانجیگری امروزه نگرش به استفاده از آنها وجود دارد. (owoeye:2002:1)

شیوه سوم روش‌های حقوقی است، در روش‌های حقوقی اختلاف بدون نیاز به توافقات بعدی طرفین پایان می‌یابد. "وقتی که دعوی به داوری یا دادگاه ارجاع داده می‌شود؛ دیوان داوری یا دادگاه صالح به مسأله رسیدگی و حکم لازم را صادر می‌کند بدون اینکه نیازی به اخذ توافق طرفین وجود داشته باشد. (بابا، ۱۳۹۵: ۴۵)" ضمناً با توجه به اینکه اختلافات حوزه نفت و گاز از جمله اختلافاتی است که با توجه به وجود یک طرف خارجی دارای جنبه بین‌المللی می‌باشد حل و فصل این اختلافات با طرق متداول بین‌المللی قابل حل و فصل است و طرفین

قراردادهای نفتی و گازی غالباً روش‌های مورد قبول بین‌المللی را مورد پذیرش و تأیید قرار داده و در قراردادهای منعقد شده خویش در نظر می‌گیرند. (Warren: ۲۵: ۱۹۹۳) مهم‌ترین نقطه ارتباطی قراردادهای، حیطه‌های فنی و انسانی آن است که بدون شک در بحث قراردادهای بالادستی و سازوکارهای‌های حاکم بر حل و فصل اختلافات در این قراردادها مشخص می‌شود. بررسی سیر تطور ساز و کارهای حاکم بر حل و فصل اختلافات در قراردادهای بالادستی نفت و گاز با توجه به مزیت و معایب هر کدام از انواع آن و اقسام شروط و طرح راهکار برای اعمال مؤثر اصل ۱۳۹ قانون اساسی و بررسی اصول و قواعد حقوقی حاکم بر قراردادهای نفتی از دلایل اهمیت بررسی راهکارهای رایج حل و فصل اختلافات در قراردادهای بالادستی نفت و گاز است.

۱. انواع قراردادهای صنعت نفت از لحاظ دامنه قرارداد یا دامنه شمول

قراردادهای نفتی از لحاظ عرصه فعالیت شامل قراردادهای پایین دستی و بالادستی است که به اجمال به آنها پرداخته می‌شود.

۱-۱. قراردادهای پایین دستی

صنایع پایین دستی مفهومی است که غالباً برای اشاره به پالایش نفت خام، فروش و توزیع، گاز طبیعی و تولیدات حاصل از نفت خام (مواد پتروشیمی) شامل گاز مایع، گازوئیل، سوخت‌ها و آسفالت و قیر و سایر سوخت‌های نفتی و تجارت محصولات فرعی، تهیه مشتقات و تصفیه، استفاده می‌شود. صنایع پایین دستی، مصرف‌کنندگان را به هزاران کالای تولیدی نفتی شامل گازوئیل، بنزین، سوخت‌های موتوری، سوخت‌های گرمایشی، قیر، روان‌سازها، مواد پلاستیکی، پلاستیک‌ها و موادی از این قبیل می‌رساند. (بابا، ۱۳۹۵: ۷)

۲-۱. قراردادهای میان دستی

این فعالیت‌ها شامل طراحی، ذخیره سازی، فروش و انتقال کالاهای نفتی مانند مازوت، گاز طبیعی، گاز مایع، اتان و... سولفات‌ها می‌باشد. (ابراهیمی و همکاران، ۱۳۹۲: ۱)

۳-۱. قراردادهای بالادستی

نسل چهارم قراردادهای بیع متقابل در واقع قراردادهای بالادستی محسوب می‌شود. کارشناسان با استفاده از نتایج به دست آمده از سه نسل اول قراردادهای بیع متقابل و با توجه به مسائلی که نسبت به این گروه از قراردادها وجود داشت، اقدام به طراحی نسل جدید قراردادی کردند. در این نوع قراردادها تلاش شده که با فرض احکام قوانین حاکمیتی از منظر مالکیت، مدیریت، انتقال و نظارت بر عملیات و... کل عملیات بالادستی در داخل یک قرارداد یکی دیده شود. ضمناً بنا به همین موضوع شرایط میادین هیدرکربوری کشور از حیث عمر و وضعیت جغرافیایی این مسئله مورد توجه قرار گرفته که ساختار و مفاد این قرارداد آنقدر از انعطاف‌پذیری و جامعیت برخوردار باشد که بتواند به بهترین وجه به جذب سرمایه و آخرین تکنولوژی‌های شرکت‌های توانمند خارجی به میادین مختلف هیدرکربوری کشور منجر گردد. اما در نسل جدید قراردادهای بالادستی نفت ایران IPC با وجود اشاره به استفاده حداکثری از توان داخلی کشور و پایبندی به قانون حداکثر استفاده از توان داخلی این امکان فراهم گردیده که از ظرفیت شرکت‌های بین‌المللی نفتی در کلیه عملیات بالادستی (از اکتشاف تا تولید) استفاده شود. اما در جهت پیشرفت سطح اثرگذاری حضور شرکت‌های بین‌المللی نفتی بر کارآمدی شرکت‌های داخلی پیش بینی شده که طرفین در تمامی مراحل انجام عملیات بر میدان از روش «همکاری مشترک» استفاده نمایند. (ابراهیمی و شیریحیان، ۱۳۹۲: ۱۷) در پایان لازم به ذکر است که قراردادهای نفتی از سال ۱۳۹۰ تنها شامل قراردادهای پایین دستی و بالادستی شد.

۲. انواع قراردادهای بالادستی صنعت نفت و گاز ایران

قراردادهای بالادستی انواعی دارد از جمله نظام حقوقی امتیازی که امتیاز در اصطلاح در قراردادهای نفتی، شامل اعطای حق انحصاری و طولانی مدت کاوش، اکتشاف، استخراج، تصفیه و صدور نفت خام و مواد همراه آن، یعنی تمام عملیات بالادستی منحصرأ و عملیات پایین دستی تقریباً در حوزه بسیار زیاد به کمپانی‌های نفتی خارجی می‌باشد که نظام حقوقی امتیازی خود شامل دو دسته است یک نظام حقوقی امتیازی سنتی یا بهره مالکانه ۹۰-۱۰ که این نوع از قراردادهای امتیازی سنتی خصوصیات خاصی به شرح زیر دارند:

۱. شرکت سرمایه گذار خارجی که به عنوان پیمانکار عملیات نفت وارد قرارداد اکتشاف و توسعه می‌گردد، دارای حق انحصاری اکتشاف، استخراج و بهره برداری از منابع زیرزمینی به هزینه و با ریسک خود می‌باشد.

۲. اصولاً شرکت خارجی تعهدی نسبت به عرضه منابع استخراجی نفت و گاز به بازار داخلی نداشته و امکان دارد به نوع مستقل و آزادانه منابع استخراجی را تصفیه و صادر می‌کند. اما در قراردادهای امتیازی درج این شرط قراردادی متصور است که شرکت خارجی مکلف گردد بخشی از نفت و گاز استخراجی را در اختیار کشور میزبان جهت مصرف داخلی قرار دهد.

۳. مالکیت کلیه تجهیزات سرچاه که جهت عملیات اکتشافی و استخراجی صورت گرفته در مالکیت شرکت خارجی مانده و فقط در حالت توافق، و با رعایت شرایط قراردادی، مالکیت آنها امکان دارد به دولت میزبان انتقال پیدا کند.

۴. تعهدات شرکت خارجی در این نوع از قراردادها دارای محدودیت است. تعهد این شرکت پرداخت مبلغ معین به عنوان "حق مالکانه تا هنگام پایان قرارداد می‌باشد که عموماً به صورت پول نقد یا کالا به دولت میزبان تسلیم می‌گردد که خود یکی از اساسی‌ترین تعهدات قراردادی شرکت سرمایه گذار می‌باشد.

قراردادهای بالادستی نفت و گاز و چگونگی حل و فصل اختلافات در این قراردادها ◇ ۴۳

۵. ضمناً شرکت خارجی می‌تواند متعهد به به‌کارگیری بخشی از نیروهای کار محلی گردد.
(ایرانپور، ۱۳۸۷: ۲۷)

دسته دوم نیز نظام حقوقی امتیازی ۵۰-۵۰ یا بهره مالکانه ۵۰-۵۰ است. از دیگر انواع قراردادهای بالادستی می‌توان به نظام حقوقی مشارکتی اشاره کرد که شامل قراردادهای مشارکتی است که در نتیجه اراده مشترک شرکت سرمایه‌گذار خارجی و دولت میزبان بوده و انواع مختلفی دارد از جمله قراردادهای مشارکت در تولید، قراردادهای مشارکت در سود و قراردادهای مشارکت در سرمایه‌گذاری است. در قرارداد مشارکت در تولید چون بازاریابی برای کشورهای نفتی معمولاً سخت است و در متن قرارداد امور بازاریابی به شرکت خارجی سپرده می‌شود، قراردادهای مشارکت در تولید هم اکنون نیز زمینه پذیرش زیادی دارند و به تازگی انواع جدیدی از آن رواج پیدا کرده است. قراردادهای مشارکت در سود نیز نوع پیشرفته‌تر قراردادهای مشارکت در تولید است که بر اساس آن سرمایه‌گذار، در هزینه‌های عملیاتی جهت تولید نفت با دولت میزبان شریک شده و در حالت دستیابی به نفت، پس از تسویه حساب با دولت میزبان و دریافت پاداش و سود ویژه، به جای شراکت در نفت تولیدی، در درصدی از سود حاصل از فروش آن در مدت مشخص شده در قرارداد، شریک می‌گردد و این نوع قرارداد همانند نیز، از وجاهت قانونی و شرعی برخوردار نمی‌باشد.
بر اساس قراردادهای مشارکت در سرمایه‌گذاری نیز کشور صاحب نفت و شرکت عامل در سود و ریسک توافق نامه‌های نفتی شریک می‌شوند. میزان مشارکت در انعقاد قراردادهای مختلف متفاوت است.

از دیگر قراردادهای بالادستی مشارکتی قراردادهای خرید خدمت است که این قراردادها به

سه نوع تقسیم می‌شود که عبارتند از:

۱. قراردادهای خرید خدمت ساده؛

۲. قراردادهای خرید خدمت ریسک‌پذیر؛

۳. قراردادهای بیع متقابل.

باید گفت قراردادهای خرید خدمت ساده، صرفاً خدماتی در فعالیتهای تولیدی کاربرد دارند، پاداشش نقدی و مقطوع است و در جهت بالابردن انگیزه سرمایه‌گذاران امتیازاتی مانند خرید قسمتی از تولید به بهای کمترین قیمت، اعطاء می‌گردد. حق الزحمه نقدی و معین از ویژگی‌های این نوع قرارداد است. قراردادهای ریسک‌پذیر نیز غالباً در عملیات اکتشاف میادین نفت و گاز مورد استفاده واقع می‌شوند در قرارداد بیع متقابل، شرکت سرمایه‌گذار خارجی کلیه وجوه سرمایه‌گذاری همچون نصب تجهیزات، راه‌اندازی و انتقال فناوری را برعهده دارد و پس از راه‌اندازی به کشور میزبان واگذار می‌کند. بازگشت سرمایه، مانند سود سرمایه شرکت سرمایه‌گذار از طریق دریافت محصولات تولیدی صورت می‌گیرد. علت طبقه‌بندی قرارداد بیع متقابل در رده قراردادهای خرید خدمت این است که انجام بازپرداخت اصلی و سود سرمایه‌گذاری از محل مایعات گازی، نفت خام و فرآورده‌های نفتی انجام می‌شود. این نوع قرارداد در کشورهایی که مالکیت خصوصی صنعت نفت را امکان‌پذیر نمی‌داند، مانند ایران استفاده می‌شود. هدف قراردادهای بیع متقابل، آن گونه که در ایران طراحی و به کارگرفته شده، تضمین حاکمیت دولت بر منابع نفت و گاز و حفظ نظارت دولت بر عملیات نفت و گاز، به نحوی که در قانون اساسی، قانون نفت ۱۳۵۳ و قانون نفت ۱۳۶۶ مقرر گردیده، است.

در صنعت نفت قرارداد بیع متقابل یک قرارداد خرید خدمت است که به موجب آن شرکت نفتی خارجی میدان نفتی (یا گازی) را گسترش می‌دهد و از محل درآمدهای میدان هزینه‌های شرکت برگردانده می‌شود و پس از این که میدان به سطح تولید معینی رسید میدان به شرکت ملی نفت تحویل داده می‌شود و شرکت خارجی هیچ سهمی از سود آتی میدان ندارد. ماهیت قراردادهای بالادستی بر اساس این واقعیت است که که برخی از کشورهای صاحب نفت و با استناد به حاکمیت ملی نسبت به منابع زیرزمینی دولت‌ها، به نحو تأثیر بر انگیزی نسبت به کنترل نحوه اکتشاف، استخراج، تولید و انتقال منابع نفتی و گازی در سرزمین خود اقدام می‌کند و در این رابطه دارای مقررات آمره‌ای هستند تا شرکت‌های خارجی تحت هیچ‌گونه

قراردادهای بالادستی نفت و گاز و چگونگی حل و فصل اختلافات در این قراردادها ◇ ۴۵

قراردادی از امتیازات مالکانه برخوردار نگردند. مجمع عمومی سازمان ملل در بیانیه‌ای در ۱۹۷۴ عنوان کرد که هر کشوری حق حاکمیت مطلق دارد و باید این حق را اجرا کند. این حق مالکیت، استفاده و در اختیار داشتن تمام ثروت کشور، منابع طبیعی و فعالیت‌های اقتصادی است. بر مبنای اصل ۴۴ قانون اساسی، زمین و معادن به سبب اداره امور به دولت واگذار می‌شود. لذا منابع زیرزمینی مثل نفت و گاز به عنوان مشترکات و اموال عمومی است و مالکیت آنها قابل انتقال به سرمایه‌گذار خارجی نیست.» (ابراهیمی و همکاران، ۱۳۹۲: ۳) با مبنای قراردادن قانون اساسی، اعطای هر قسمتی از مالکیت و حاکمیت میدان‌های نفتی و گازی در هر قالبی به دیگری امکان ندارد و شرکت‌های بین‌المللی حق سرمایه‌گذاری که در مقابل منجر به دریافت امتیاز و یا حق مالکیت از سوی ایشان نسبت به منابع هیدروکربوری کشور شود، نخواهند داشت. (ابراهیمی و شیرجیان، ۱۳۹۲: ۷)

۳. زمینه‌های بروز دعاوی در قراردادهای بالادستی نفت و گاز

رویه‌های قضایی و داوری که در جریان حل و فصل دعاوی نفتی بوجود آمده، عمدتاً از دهه ۱۹۵۰ به بعد آغاز گردیده است، اما مهم‌ترین رویه‌های مربوط به دعاوی نفتی در دهه ۱۹۷۰ و ۱۹۸۰ مطرح شده است. قراردادهای نفتی موضوع این دعاوی اغلب قراردادهای امتیازی است که در دوران استعماری قرن ۱۹ یا اوائل قرن ۲۰ بین شرکت‌های نفتی متعلق به کشورهای غربی از یک سو و مستعمرات نفت خیز آنها در حوزه دریای مدیترانه (کشورهای خاورمیانه) یا در حوزه دریای کارائیب (کشورهای امریکای لاتین) از سوی دیگر، منعقد شده است. در ادامه به رویه‌های قضایی جدیدتری برخورد می‌شود که در دعاوی ناشی از قراردادهای مشارکت در تولید ایجاد شده است. گرچه این قراردادها، از نوع امتیاز نیستند، اما به علت نیاز اقتصادی کشورهای صاحب نفت و نیز وابستگی سیاسی حاکمان آنها به دولت‌های خارجی و نیز به لحاظ حضور و نفوذ غولهای نفتی در روابط سیاسی، در غالب موارد تحمیلی و یک‌طرفه هستند

که همین امر منشأ اختلاف‌ها و دعاوی بعدی شده است. قرارداد کنسرسیونم ۱۳۳۳ نمونه روشنی از این نوع قراردادها است. (عامری و شیرمردی، ۱۳۹۳: ۹۸)

به هر حال منشأ دعاوی نفتی، اغلب نقض قرارداد یا ملی کردن حقوق و منافع شرکت‌های نفتی خارجی توسط دولت‌های صاحب نفت بوده که طبعاً باعث طرح دعوا علیه طرف دولتی قرارداد و به دنبال آن ایجاد رویه‌های قضایی یا داوری شده است. زمینه اصلی بروز اختلافات و دعاوی ناشی از قراردادهای نفتی از دهه ۱۹۵۰ به بعد، آن بود که پس از تبدیل سوخت کارخانجات صنعتی، کشتی‌ها، لکوموتیوها و هواپیماها از زغال سنگ به نفت و مشتقات آن، هم شرکت‌های طرف قرارداد و هم دولت‌های صاحب نفت به اهمیت و ارزش حیاتی این ماده سوختنی واقف شدند و پی بردند که چه کالای ارزشمندی را در اختیار دارند. شرکت‌های نفتی غربی که صاحب صنایع و تکنولوژی بودند و بیش از پیش به نفت نیاز داشتند، در مقام تحکیم و تثبیت موقعیت قراردادی خود برآمدند و به کمک مشاورین حقوقی خود به نظریه‌پردازی‌های جدید پرداختند. مقصود و هدف اصلی آنها دو مطلب بوده است: یکی خارج کردن قرارداد از قلمرو قوانین داخلی و تصمیمات مقامات کشور طرف قرارداد به کمک تئوری "بین‌المللی کردن قرارداد" و سپس القاء و الصاق ماهیت حقوقی خاص به قراردادهای نفتی به‌عنوان «قراردادهای توسعه اقتصادی». دوم، تثبیت اصل تعهد به پرداخت غرامت به‌عنوان یک تعهد مستقل برای دولت و خصوصاً تثبیت ضابطه غرامت کامل به‌عنوان ملاک جبران خسارت. به‌عنوان یک اصل اولیه باید پذیرفت که هیچ قراردادی به خودی خود خوب یا بد نیست. قرارداد تنها چهارچوب و ظرفی برای تقسیم منافع ناشی از یک همکاری مشترک است. از این نظر این که چه نوع قراردادی تحت چه شرایطی بتواند منافع طرفین قرارداد را تأمین نماید و ظرف قرارداد با چه مظروفی پر شود، به عوامل متعددی بستگی دارد. علاوه بر این هر قرارداد دارای نقاط قوت و ضعف متفاوتی است و از جهاتی منافع یک طرف یا طرفین را بیشتر یا کمتر تأمین خواهد کرد. (عامری و شیرمردی، ۱۳۹۳: ۹۹) همچنین باید توجه داشت که کمپانی‌های نفتی و کشورهای

میزبان با توجه به شرایط متفاوت به شیوه‌های مختلف عقد قرارداد علاقه نشان می‌دهد. اما این گرایش عمومی لزوماً به معنای آن که شیوه انتخابی به طور قطع بهترین شیوه نیست. به علاوه قوانین داخلی هر کشور ممکن است، قابل استفاده برای تأمین منابع مالی را محدود کند. در هر حال، از نظر کمپانی‌های نفتی احتمالاً یک قرارداد مشارکت در تولید وسطوح هزینه و مالیات اندک، به همراه سهم قابل توجهی از مشارکت در سود بسیار جذاب به نظر می‌رسد. در حالی که موافقت نامه امتیازی با نرخ بالای مالیات و سود برای کشور میزبان به رغم ذهنیت غلطی که این شیوه از قرارداد را مطلوب‌ترین شیوه برای خارجیان تلقی می‌نماید؛ امروزه فاقد جذابیت کافی است. با این وجود چهار چوب‌های که شرکت‌های خارجی ترجیح می‌دهند، لزوماً انتخاب نمی‌گردد و اگر چه قراردادهای مشارکت در تولید مورد استفاده‌ای بیشتری دارد ولی دیگر اشکال قرارداد به فراخور نیاز مورد استفاده قرار می‌گیرد. البته ریسک، عامل تعیین‌کننده‌ای در انگیزه طرفین قرارداد بازی می‌کند. کشف نفت، یک فعالیت بسیار پر ریسک است. در کشورهای عضو اوپک که ریسک اکتشاف کمتر است، شرکت‌های خارجی، قراردادهای مشارکتی را ترجیح می‌دهند. اما در کشورهایی که ریسک اکتشاف بالا است، مطمئناً یک قرارداد امتیازی برای خارجیان مطلوب‌ترین شکل ممکن است. در مقابل برای کشور میزبان، قراردادهای خدمات ریسک‌پذیر بهترین نوع قرارداد است. و در قراردادهای مشارکت در سرمایه‌گذاری، شرایطی که رضایت طرفین را تأمین می‌کند، دشوار است. در این میان قراردادهای بیع متقابل که شکل خاصی از قراردادهای خرید خدمت هستند، دارای انعطاف‌پذیری و جامعیت بیشتری نسبت به سایر قراردادها است. اما شیوه پیچیده عقد قرارداد و الزامات متعددی که در این شیوه از قرارداد، توسط کشور میزبان پیشنهاد می‌شود. یکی دیگر از عواملی است که باعث می‌شود خارجیان شیوه مشارکت در تولید را ترجیح دهند. در حالی که قراردادهای بیع متقابل این موقعیت را از ایشان می‌گیرد.

۴. قوانین حاکم بر قراردادهای بالادستی صنعت نفت و گاز ایران

در راستای بررسی راهکارهای حل اختلافات در قراردادهای بالادستی صنعت نفت و گاز ایران در این جا به بررسی اجمالی پیرامون قوانین حاکم در این قراردادها پرداخته می‌شود.

۴-۱. قوانین حاکم بر قراردادهای امتیازی

قراردادهای امتیازی از نخستین قراردادهای نفتی به حساب می‌آیند که طی آن دولت؛ مخزن و یا میدانی مشخص را به شرکتی واگذار کرده و آن شرکت فعالیت‌هایی مانند اکتشاف، توسعه و مانند آن را در آن زمین انجام می‌دهد. از منظر دوام لازم به ذکر است در صورت عدم همراهی قرارداد امتیازی؛ موفقیت اعتبار ۵ الی ۶ سال خواهد بود و در صورت کشف ۲۵ تا ۴۰ سال دوام خواهد داشت. در این خصوص باید گفت قرارداد اولیه چون انجام نشد امتیاز تبعی آن نیز لغو شد و امتیاز بعد از آن که به نام رویتر مشهور بود نیز سرانجام موفق نشد. امتیازنامه دیگر و شاید مهمترین آن‌ها داری بود که به مدت ۶۰ سال خاک ایران را تحت اختیار قرار می‌داد و از منافع آن ۱۶ درصد به عنوان امتیاز در اختیار دولت ایران بود. از قوانین حاکم بر این قراردادها معافیت از دادن مالیات و عوارض توسط صاحب امتیاز بود و کم‌کم به بهانه‌های مختلف ایران همان ۱۶ درصد را نمی‌گرفت. دخالت‌های گسترده انگلستان در امور داخلی ایران، عدم پرداخت مطالبات ایران و غارت ثروت‌های عمومی باعث نارضایتی عامه مردم از عملکرد انگلستان در ایران شد که نهایتاً در سال ۱۹۳۲ به لغو یک جانبه امتیازنامه توسط دولت ایران منجر شد که به تأیید مجلس شورای ملی رسید. لغو امتیاز داری برای دولت پهلوی حداقل از جهت تبلیغاتی حائز اهمیت بود زیرا دولت جدید توانسته بود یکی دیگر از قراردادهای ننگین قاجار را لغو کند. (شیروی، ۱۳۹۳: ۱۰۹) آخرین قرارداد امتیازی، قرارداد سال ۱۹۳۳ بود که به موجب آن ناحیه و حوزه جغرافیایی امتیازنامه کاهش یافت، بهره مالکانه دولت افزایش یافت، شیوه شفاف‌تری برای پرداخت‌ها مقرر گردید و کنترل و نظارت دولت را در شرکت نفت ایران و انگلیس را افزایش داد.

۲-۴. قوانین حاکم بر قراردادهای بالادستی حد فاصل قراردادهای امتیازی تا پیروزی انقلاب اسلامی

در این دوره زمانی کودتای ۲۸ مرداد موجب سقوط مصدق باعث و بنای ملی شدن صنعت نفت گردید. به واقع قرارداد نفت با کنسرسیوم را باید دلیل اصلی این کودتا دانست. قوانین حاکم بر این قرارداد تنها به ظاهر قرارداد مشارکت در تولید بود و به واقع با آن فاصله زیادی داشت. از قراردادهای ابتدایی قرارداد ۲۵ ساله‌ای بود که تا ۱۳۵۸ زمانش بود و برای ۳ دوره پنج ساله قابل تمدید بود. ایران این قرارداد را در ۱۳۵۲ لغو کرد که مورد اعتراض کنسرسیوم واقع شد. این ادعا تا پیروزی انقلاب اسلامی زمان برد تا در نهایت به موجب دعاوی آمریکا مختومه شد. با توجه به انعقاد قرارداد کنسرسیوم و امکان ناپذیری تغییر در محتوای آن هر گونه قانون گذاری در حوزه نفت باید بر فعالیت‌های خارج از ناحیه قرارداد کنسرسیوم نظارت داشته باشد. به همین دلیل اولین قانون مستقل در زمینه نفت، قانون موسوم به «تفحص و اکتشاف و استخراج نفت در سراسر کشور و فلات قاره» در تاریخ ۲۰ تیرماه ۱۳۳۶ به تصویب مجلس شورای ملی و در ۷ مرداد ۱۳۳۶ به تأیید مجلس سنا رسید این قانون طبق ماده (۱)، آن قسمت از اراضی که طبق قرارداد فروش نفت مصوب ششم آبان ماه ۱۳۳۳ به عنوان حوزه عملیات کنسرسیوم تعیین گردیده از قلمرو قانون استثنا شد. مطابق ماده ۲ این قانون شرکت ملی نفت ایران می‌تواند به منظور اجرای این قانون، هر گونه توافقی را که مقتضی می‌داند؛ بر اساس مقررات قانونی مذکور و سایر شرایطی که خلاف قوانین کشور نباشد به عمل آورد و موافقت‌نامه مربوط را امضا و به هیئت وزیران تقدیم کند. (ایرانپور، ۱۳۸۷، ۲۶)

این قانون به ترتیب مشارکتی یعنی مشارکت شرکت ملی نفت ایران و اشخاص داخلی و خارجی جهت اجرای عملیات نفتی که قادر به مشارکت در سرمایه‌گذاری است محقق گردید. این مشارکت به دو نحو طراحی شده است. روش اول این است که مشارکت مذکور به تشکیل یک شرکت سهامی یا مسوولیت محدود با شخصیت حقوقی مجزا منجر شود (نوع شرکتی) که

در این قانون از آن به سازمان مشترک تعبیر کرده است. هرگاه سهم شرکت ملی نفت ایران در مشارکت مزبور ۵۰ درصد باشد، در این صورت هریک از طرفین موظف‌اند حق رأی یک سهم از سهام خود را ضمن قرارداد به شخص ثالثی مرضی الطرفین واگذار نمایند. روش دوم، مشارکتی است که به ایجاد شخصیت حقوقی منتهی نمی‌گردد و وضعیت کنسرسیومی دارد که در این قانون دستگاه مختلط عنوان شده است. در هر دوی موارد مذکور حداقل سهم شرکت ملی نفت ایران باید ۳۰ درصد باشد. اولین قراردادی را که ایران در قالب قراردادهای مشارکت، بر حسب ایجاد شرکتی دارای شخصیت حقوقی مستقل یعنی شرکت عملیاتی ایجاد نمود، بین شرکت ملی نفت ایران و شرکت نفت آنی ایتالیا بود. برحسب این قرارداد، طرفین با سهام مساوی شرکت مستقلی به نام ایران سیرپ و یا شرکت نفت ایران تشکیل دادند، به موجب این قرارداد نفت تولید شده در مالکیت شرکت ایرانی بوده و توسط آن به فروش می‌رسید و منافع حاصله بین دو شرکت با تساوی تقسیم می‌شد. قانون نفت ۱۳۳۶ پس از گذشت ۱۷ سال از تاریخ اجرا در سال ۱۳۵۳ مورد تجدیدنظر قرار گرفت و در هشتم مردادماه آن سال به تصویب مجلس شورای ملی رسید. تشکیل اوپک و افزایش قدرت کشورهای عضو و همچنین تغییر در معاملات جهانی به نفع کشورهای صادرکننده نفت زمینه‌های تصویب این قانون را فراهم کرد. این قانون هرگونه فروش و تملک نفت در مخزن (قبل از تولید) را ممنوع کرد و الگوی قراردادهای خدمت (پیمانکاری) را به عنوان تنها روش قراردادی مجاز برای عملیات بالادستی، مقرر نمود. طبق این قانون، روش عملیات در تولید که در مشارکت‌های الگوی کنسرسیوم متداول بوده، ترک شد و شرکت «عامل» تبدیل به شرکت «پیمانکار» شد. این قرارداد نسبت به قراردادهای و قوانین گذشته دارای تفاوت‌هایی بود که مهمترین آن‌ها به قرار زیر است:

- ۱) تأکید بر ملی شدن صنعت نفت و حق حاکمیت کشور بر منابع نفتی؛ (۲) ممنوعیت ترتیبات مشارکتی و تجویز قراردادهای پیمانکاری؛ (۳) تشکیل شرکت ایرانی برای اجرای قرارداد؛ (۴) حذف مرحله بهره برداری از شمول قراردادهای؛ (۵) استفاده از کالا و خدمات

قراردادهای بالادستی نفت و گاز و چگونگی حل و فصل اختلافات در این قراردادها ◇ ۵۱

داخلی؛ ۶) رعایت الزامات زیست محیطی؛ ۷) جبران هزینه‌ها و حق الزحمه پیمانکاران؛
۸) قانون حاکم و حل و فصل اختلافات.

۳-۴. قوانین حاکم از پیروزی انقلاب تا زمان حاضر

پیروزی انقلاب اسلامی موجب تحول در قراردادهای ناظر به صنعت نفت شد. شورای انقلاب اسلامی ایران به موجب لایحه قانونی راجع به تشکیل کمیسیون خاص در مورد قراردادهای نفتی کلیه قراردادهای نفتی را که مغایر با قانون ملی شدن صنعت نفت ایران است، کان لم یکن اعلام نمود و تشخیص موارد مغایر را به کمیسیون خاص محول نمود. به موجب این لایحه قانونی، مفاد قراردادهای نفتی بالادستی موجود مغایر با اقتضاهای ملی شدن صنعت نفت تشخیص داده شد و لغو گردید. لغو این قراردادها منجر به دعاوی متعددی از سوی شرکت‌های طرف قرارداد شد. شرکت‌های آمریکایی نیز در قالب دعاوی ایران آمریکا مطالبات خود را به داوری ارجاع نمودند. قانون نفت ۱۳۶۶، در واقع سومین قانون نفت کشور می‌باشد که در ۱۲ ماده در ۱۳۶۶/۷/۹ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. به نظر می‌رسد که قانونگذار منعقد کردن قراردادهای نفتی با شرکت‌های خارجی را در نظام حقوقی پیمانکاری (قراردادهای خدمت) دارای مجوز می‌داند. از آنجا که قانون نفت ۱۳۶۶ در مورد نسخ قانون نفت ۱۳۵۳ تصریحی نداشت، قانون نفت ۱۳۵۳ تا حدی که توسط قانون مزبور یا سایر قوانین لغو یا تغییر پیدا نکرده بود، معتبر تلقی می‌شد. نهایتاً اصلاح قانون نفت ۱۳۶۶ در سال ۱۳۹۰، کل قانون نفت ۱۳۵۳ به صورت صریح نسخ گردید. در تیر ۱۳۹۰ دومین قانون نفت بعد از انقلاب اسلامی به تصویب مجلس رسید که در واقع اصلاح قانون نفت ۱۳۶۶ است. در این قانون از قراردادی مجاز صحبت نشده و تنها در ماده ۷ قانون جدید (به عنوان ماده ۱۴- قانون قبلی) اصطلاح بیع متقابل یک بار مورد استفاده قرار گرفته است:

کلیه درآمدهای حاصل از فروش نفت خام، گاز طبیعی و میعانات گازی در چارچوب قانون برنامه پس از کسر پرداخت‌های بیع متقابل، به طور مستقیم به خزانه‌داری کل کشور نزد بانک مرکزی واریز می‌شود و درصدهای مقرر در مواد (۵) و (۶) این قانون، طبق قوانین و مقررات مربوطه برداشت و پرداخت می‌گردد». در قانون اصلاح قانون نفت ۱۳۹۰ همچنین برای نخستین بار نسبت به محرمانه بودن قراردادهای نفتی در ماده ۱۵ تصریح شده است: وزارت نفت و شرکت‌های تابع آن یک نسخه از قراردادهای منعقد شده مربوط به صادرات گاز طبیعی و گاز طبیعی مایع شده و قراردادهای اکتشاف و توسعه در میدین نفتی که متضمن تعهدات بیش از پنج سال است را به صورت محرمانه به مجلس شورای اسلامی تسلیم می‌نماید. یکی از با اهمیت‌ترین خصوصیات قانون اصلاح نفت تصویب شده در سال ۱۳۹۰ لغو قانون نفت مصوب ۱۳۵۳ است. از آنجایی که پشتوانه استفاده از قراردادهای پیمانکاری در قانون نفت ۱۳۶۶، قانون نفت ۱۳۵۳ بود به نظر می‌رسد با ملغی شدن قانون نفت ۱۳۵۳ در قانون ۱۳۹۰، مستندات قانونی عقد قراردادهای پیمانکاری نیز در عمل ملغی شده است. (منظور و همکاران، ۱۳۹۴: ۲۰۱)

۵. راهکارهای حل اختلافات در قراردادهای بالادستی صنعت نفت و گاز

راهکارهای حل اختلافات در قراردادهای بالادستی صنعت نفت و گاز به قرار ذیل است:

۵-۱. روش قضایی

روش قضایی روش‌هایی است دارای مبنا و ماهیت حقوقی هستند که در آن از مقررات و موازین حقوق بین‌الملل در جهت حل و فصل اختلافات استفاده می‌شود که این موارد شامل داوری‌های بین‌الملل و دادگستری بین‌الملل می‌باشد. که در روش قضایی غالباً دادگستری بین‌الملل مد نظر قرار می‌گیرد. در مجموع اساس دعاوی نفتی یا زمینه‌های ایجاد آن در غالب موارد نقضی در قرارداد یا ملی کردن حقوق و منفعت‌های شرکت‌های نفتی خارجی به وسیله

قراردادهای بالادستی نفت و گاز و چگونگی حل و فصل اختلافات در این قراردادها ◇ ۵۳

دولت‌های دارنده نفت بوده که بی‌تردید منجر به طرح دعوا بر علیه طرف دولتی قرارداد و در ادامه ایجاد رویه قضایی و روش حل و فصل اختلاف شده است. زمینه اصلی بروز اختلافات و دعاوی ناشی از قراردادهای نفتی از دهه ۱۹۵۰ به بعد، این بود که پس از تبدیل شدن سوخت کارخانجات صنعتی، کشتی‌ها، قطارها و هواپیماها به نفت و مشتقات آن همه به ارزش نفت پی بردند و متوجه این کالای ارزشمند شدند. شرکت‌های نفتی غربی که تکنولوژی بالایی داشتند و البته نیازمند نفت بودند در مقام تحکیم و تثبیت موقعیت قراردادی خود برآمدند و با کمک مشاورین حقوقی خود نظریات جدیدی دادند که منظور دو مسأله بوده است: یکی خارج کردن قرارداد از محدوده قوانین داخلی و تصمیم‌های مقامات کشور طرف قرارداد به وسیله تئوری بین‌المللی کردن قرارداد و بعد از آن الصاق ماهیت حقوقی ویژه به قراردادهای نفتی با عنوان قراردادهای توسعه اقتصادی، و دوم تثبیت اصل تعهد به دادن غرامت به عنوان یک تعهد مستقل برای دولت و به ویژه تثبیت ضابطه غرامت کامل به عنوان ملاک جبران خسارت.

لازم به ذکر است به عنوان یک اصل اولیه باید قبول کرد که قرارداد چهارجوبی برای تقسیم منافع‌های یک همکاری مشترک است. با این نگاه که چه نوع قراردادی و با چه شرایطی قادر باشد منافع طرفین قرارداد را تأمین کند به عوامل متعددی بستگی دارد.

هم چنین هر قراردادی نقطه‌های ضعف و قوتی دارد و از حیثه‌هایی منافع یک طرف یا طرفین را بیشتر یا کمتر انجام خواهد داد. (عامری و شیرمردی، ۱۳۹۳: ۹۹) هم چنین لازم به ذکر است کمپانی‌های نفتی و کشورهای میزبان با توجه به ویژگی‌های متفاوت به طرق مختلفی به انعقاد قرارداد توجه نشان می‌دهند. علاوه بر این قانون داخلی هر کشوری ممکن است محدودیت‌هایی را ایجاد کند. بنابر این از منظر کمپانی‌های نفتی ممکن است یک قرارداد مشارکت در تولید و سطح‌های هزینه و مالیات کم به همراه سهم قابل توجهی از مشارکت در سود بسیار جذاب به نظر می‌رسد. با وجود این که موافقت نامه امتیازی با نرخ بالای مالیات و سود برای کشور میزبان با وجود ذهنیت غلطی که این شیوه از قرارداد را مطلوب‌ترین شیوه برای

خارجیان تلقی می‌نماید. امروزه فاقد جذابیت کافی است. محدوده مورد نظر شرکت‌های خارجی غالباً مورد گزینش قرار نمی‌گیرد هر چند که قراردادهای مشارکت استفاده بیشتری در تولید دارند اما دیگر قراردادها بر حسب نیاز مورد استفاده قرار نمی‌گیرد.

- رویه‌های قضایی

رویه‌های قضایی که به جهت حل و فصل دعاوی نفتی ایجاد شده عموماً از دهه ۱۹۵۰ آغاز شده است، البته با مهم‌ترین رویه‌های مربوط به دعاوی نفتی در سال‌های ۱۹۷۰ و ۱۹۸۰ ایجاد شد. قراردادهای نفتی این دعاوی قراردادهای امتیازی است که در زمان‌های استعماری قرن ۱۹ یا اوائل قرن ۲۰ بین شرکت‌های نفتی متعلق به کشورهای غربی از یک طرف و مستمرات نفتی آن‌ها در حیطه دریای مدیترانه یعنی کشورهای خاورمیانه یا در محدوده دریای کارائیب یعنی کشورهای آمریکای لاتین از طرف دیگر منعقد شده است. هم‌چنین لازم به ذکر است رویه‌های قضایی جدیدتری هستند که با توجه به دعاوی ناشی از قراردادهای مشارکت در تولید ایجاد شده با وجود امتیازی نبودن قراردادها، اما به دلیل نیازمندی دارندگان نفت و وابستگی سیاسی سران آنها به دولت‌های خارجی، و هم‌چنین بر اساس حضور و نفوذ گول‌های نفتی در روابط سیاسی، غالباً تحمیلی و یک طرفه هستند که همین مسأله منجر به اختلافات و دعاوی بعدی شده است که از آن جمله می‌توان به قرارداد کنسرسیون ۱۳۳۳ اشاره کرد. (عامری و شیر مردی، ۱۳۹۳: ۹۸)

- حقوق دولت‌ها

در بررسی حقوق دولت‌ها درباره منابع نفت و گاز ایران موضوع را از دو جنبه حقوق عمومی و حقوق خصوصی باید بررسی کرد. در خصوص جنبه حقوق عمومی لازم به ذکر است عوامل و انگیزه‌های سیاسی دخالت در وقوع این قراردادها داشته که در پایان به دولت میزبان حق مالکیت مطلق بر نفت و کلیه دارایی‌ها را می‌دهد. این قراردادها اولین ساختار حقوقی هستند که قادرند به دولت میزبان اطمینان دهند حداکثر کنترل دولتی (ملی) بر توسعه نفت و گاز را اعمال

قراردادهای بالادستی نفت و گاز و چگونگی حل و فصل اختلافات در این قراردادها ◇ ۵۵

می‌کنند، قراردادهای یادشده به دولت میزبان این اجازه را صادر می‌کنند که با حفظ مالکیت بر منابع نفت و گاز همزمان مشارکت یک پیمانکار را نیز تضمین کند. استخراج نفت و گاز بر اساس این قراردادها منجر به تولید نفت و گاز توسط دولت میزبان در ازای مشارکت دولتی می‌شود. از منظر سیاسی، انگیزه‌های اعلام شده موجب جایگزینی قراردادهای مذکور به جای دیگر قراردادهای نفتی و گازی می‌شود از این رو به نفع کشورهای در حال توسعه است که بر مالکیت بر منابع زیرزمینی و استقلال ملی تأکید کنند. (ابراهیمی و همکاران، ۱۳۹۲: ۷) در این نوع از قراردادها، دولت میزبان تمامی ریسک‌های در رابطه به عدم اکتشاف و استخراج را بر عهده دارد، چه اینکه به موجب قراردادهای فوق دولت میزبان با تأمین منابع مالی در صدد انعقاد قرارداد پیمانکاری در قالب قراردادهای طراحی، ساخت، تولید، نصب و راه‌اندازی بوده و با انعقاد قراردادی کامل، طراحی مهندسی، تأمین کالا و ساخت به صورت «کلید در دست» تمام هزینه‌های ناشی از عدم استخراج را به عهده می‌گیرد. نفت و گاز در منابع زیرزمینی اموالی هستند که دولت نسبت به آن حق مالکیت در محدوده حقوق خصوص نداشتند و با نگاه به نظریات معمول در حقوق خصوصی، ماهیت یک دولت در واقع یک نوع حق و تکلیف اداری بوده که به اداره کردن این اشتراکات عمومی و حفاظت از منافع‌های عمومی نظارت دارد. از دیدگاه حقوق خصوصی، دولت در مقام اداره مشترکات عمومی بوده و مالکیت خاصی نسبت به منابع زیرزمینی ندارد. این مسأله سبب می‌شود که دولت به عنوان شخص حقوق عمومی که خود مالکیت خاصی در حقوق خصوصی ندارد تنها قادر باشد در قالب و عنوان یکی از قراردادهای مطلوب در هر نظام حقوقی، اقدام به شروع اجرای عملیات اکتشافی در محدوده‌ای بنماید که از مشترکات عمومی و اموال عمومی محسوب می‌گردد و این اجازه نمی‌تواند به عنوان اعطای حق مالکیت باشد. (ایرانپور، ۱۳۸۹: ۶۴)

در حال حاضر برای متخصصین حقوق بین‌الملل خصوصی این موضوع روشن است که مکانیزیم‌های تعارض قوانین از ابتدا برای حکومت بر روابط حقوق خصوصی که در آن سوی

قلمرو حقوق عمومی قابل اعمال نیست. قراردادهایی که بین دولت یا دستگاه‌ها و ادارات عمومی و دولتی که عهده دار اعمال حاکمیت‌اند از یک سو و اشخاص خصوصی از طرف دیگر منعقد می‌شوند به قول باتیفول نه در شمار قراردادهای خصوصی بین‌المللی‌اند و نه از جمله قراردادهای کاملاً بین‌المللی محسوب می‌شوند بلکه گروه سومی از قراردادهایی نفتی متعلق به همین گروه سوم است که از ویژگی‌های مهمی برخوردارند:

۱. قرارداد نفتی، نه یک قرارداد حقوق خصوصی بین‌المللی است و نه قرارداد حقوق عمومی بین‌المللی در معنای خاص این واژگان است.

۲. قراردادهای نفتی اساساً با معاملات تجاری بین اشخاص خصوصی و مؤسسات دولتی که اعمال تصدی انجام می‌دهند (مانند صادرات و واردات) متفاوت است، برخلاف معاملات تجاری که موضوع آنها خرید و فروش کالای آماده است، در قراردادهای نفتی شرکت‌های خارجی متعهد می‌شود با آوردن سرمایه و تکنولوژی به منظور استخراج و توسعه یکی از بخش‌های حیاتی اقتصاد کشور که هنوز به طور کافی توسعه نیافته، در اقتصاد ملی آن کشور مشارکت نماید. نکته اصلی که در ورای مباحث مربوط به ماهیت قراردادهای نفتی و توصیف آن وجود دارد این است که آیا آن قسمت از حقوق و وظایفی که دولت برای تأمین رفاه اقتصادی و اجتماعی مردم برعهده دارد و آن را از طریق قدرت اجرایی و تقنینی خود انجام می‌دهد و اساساً قابل دادوستد و معامله نیست؛ داخل در روابط حقوقی بین شرکت خارجی و طرف دولتی قرارداد هست یا نه؟ به موازات این مطلب این سؤال اساسی هم مطرح می‌شود که آیا حقوق و تعهدات سرمایه‌گذار خارجی که مشخصاً در قرارداد ذکر و مقرر شده ثابت و قطعی است، یا ممکن است تحت تأثیر اقدامات یکطرفه دولت قرارگیرد؟ به عبارت دیگر آیا طرف دولتی قرارداد حق دارد حقوق و تعهدات طرف خارجی را که در قرارداد تعریف و تعیین شده به استناد حق حاکمیت و قانونگذاری خود تغییر دهد؟

- سلب مالکیت

سلب مالکیت زمانی معنی دارد که بین نیازهای عمومی و منفعت اشخاص تعارضاتی موجود شود و به همان نسبت که دخالت دولت در موارد اقتصادی و تجاری رو به افزایش است و صنایع در فکر ملی شدن هستند مالکیت خصوصی نیز دارای محدودیت می شود به این دلیل که دولت در اکثر موارد شیوه استفاده از مال را منجر به تابعیت از قواعدی خاص می کند و بعضاً نیز مالکان را مجبور به دادن حق خود می سازد. سلب مالکیت به مستقیم و غیرمستقیم تقسیم می شود. (کاتوزیان، ۱۴۰۱: ۳۰) و ضمناً بر اساس نظر دیوان برای تحلیل موضوع غرامت در مبحث آتی لازم است بین سلب مالکیت مشروع و غیر مشروع هم باید تفاوت‌هایی را قائل شد. در این بین سلب مالکیت مستقیم زمانی ایجاد می شود که دولت به تنهایی و رسمی و غیر رسمی اقدام به مداخله در اموال بیگانگان نماید. سلب مالکیت مستقیم شامل ملی کردن، اخذ مال و ضبط و توقیف اموال می شود. اگر چه هدف از سلب مالکیت (در صورت مشروع بودن) از اموال خصوصی، ملاحظات مربوط به مصالح عامه و منفعت عمومی باشد. اما این هدف در سلب مالکیت از طریق ملی کردن، دارای ابعاد بیشتر و اثرات گسترده‌تر بر وضعیت اقتصادی و اجتماعی جامعه است و از آن به عنوان قسمتی از یک برنامه اقتصادی یا اجتماعی یاد می شود. البته هر چند ممکن است منافع آن در نهایت به مصرف عموم برسد اما مبنای آن با دیگر صور سلب مالکیت تفاوت دارد و بر سایر اشکال سلب مالکیت که خود مال نقش اساسی در این زمینه دارد. و بدیهی است که وضعیت مالکیت نیز مؤثر است. (بابا، ۱۳۹۵: ۶۱) سلب مالکیت غیر مستقیم یا پنهانی نیز زمانی عنوان می شود که بر اساس قوانین ملی اثرات سلب مالکیت رسمی و مستقیم، نسبت به مال ایجاد شود ولی در نهایت موجب دست کشیدن صاحب مال از آن شود. زیرا ادامه دادن وضع موجود برای او مقرون به صرفه نخواهد بود و به طور کلی تمتع و استیفای حقوق مالکانه نسبت به مال، غیر ممکن می شود. تفاوت اساسی سلب مالکیت مستقیم و غیر مستقیم در نحوه انتقال مالکیت و مرجع آن است که در سلب مالکیت

اصولاً دولت با اخذ اموال بیگانگان آن را به تملک خود در می آورد. ولی در سلب مالکیت غیر مستقیم، لزوماً انتقال مالکیت به دولت نمی باشد از مصادیق آن می توان به اخذ مالیات های سنگین، محدودیت های ارزی، تورم، رکود، فروش اجباری سهام بیگانه و فروش اجباری اموال بیگانه توسط دولت اشاره نمود (کاتوزیان، ۱۴۰۱: ۵۴)

- غرامت

غرامت یکی از عوامل مشروعیت سلب مالکیت و ناشی از حقوق بین الملل است و از پرداخت غرامت به عنوان شرط سوم سلب مالکیت اسم برده اند. در مجموع رویه عملی مد نظر دولت ها یک روش میانه را در نظر گرفتن که بر اساس آن، اصولاً در مجموع جبران خسارت بیگانگان نفی نمی شود؛ بلکه به صورت یک جا و غیر فوری، کافی و مؤثر پرداخت می شود. غرامت و یکجا پرداخت نمودن آن در برهه زمانی ۴۰ سال گذشته بسیار رواج پیدا کرده است و بر اساس این روش، کشور سلب کننده مالکیت، موافقت می کند مبلغی به صورت کلی بابت کلیه دعاوی موجود به اتباع کشور مدعی پرداخت نماید و نهایتاً باید گفت: قواعد رفتار در حقوق ما با بیگانگان به خصوص قواعد ناظر بر پرداخت غرامت و تفکیک دولت در این خصوص، یکی از عوامل مهم تهدید حاکمیت دولت و به تبع آن اعمال قانون ملی است. نظام حقوق بین الملل بر مبنای حاکمیت اعضاء آن استوار شده و لذا روابط حقوقی در این حوزه بر نابرابری طرفین متکی نیست تا بتوان به استناد به حاکمیت ممتاز، نسبت به دخالت در روابط و تغییر آن اقدام نمود.

- گزینش منفی

غیر معمول ترین روش در تعیین قانون حاکم، توسل به روش گزینش منفی است اگر چنانچه فی المثل قانون حاکم بر رسیدگی و به اصطلاح همان آیین دادرسی در قرارداد تصریح شده باشد یا صرف اینکه در صورت بروز اختلاف شرط داوری شده باشد را دال بر حکومت حقوق بین الملل عمومی و اخراج از حکومت قانون ملی بدانیم، قطعاً از مصادیق قیاس مع الفارق

قراردادهای بالادستی نفت و گاز و چگونگی حل و فصل اختلافات در این قراردادها ◇ ۵۹

خواهد بود. وجود شرط ثبات و ارتباط دادن آن به خروج از حکومت قانون ملی خود نقص غرض است چرا که وجود شرط ثبات به وضوح ثابت می‌کند که حداقل در زمان انعقاد قرارداد متنازع فیه در حکومت قانون ملی است و طرفین با درج این شرط توافق کرده‌اند که تغییرات و تحولات مؤخر بر قرارداد فعلی تأثیر نگذارد. (آریان کیا، ۱۳۸۸: ۱۲۰)

- شرط ثبات

شرط ثبات، تعهد ویژه‌ای است که بر حسب آن کشور خارجی قادر نیست موضوع قرارداد را با تعیین قانون یا هر وسیله دیگری، بدون رضایت طرف مقابل تغییر دهد. با پذیرش این شرط دولت خارجی حق خود را در تغییر یک جانبه تعهدات کنار گذاشته و به شرکت نفت خارجی اعتماد می‌کند. این التزام به دو شکل مستقیم و غیر مستقیم اعمال می‌گردد. شرط ثبات مستقیم از طریق صراحت در معاهدات سرمایه‌گذاری مبتنی بر تعهد به عدم سلب مالکیت با ملی کردن اموال و حقوق اتباع طرفین قرارداد در زمینه سرمایه‌گذاری است و یا از طریق درج در متن قرارداد است. الزام دولت به عدم تغییر شرایط، قراردادی است، شرط ثبات غیر مستقیم یا نا ملموس از طریق خارج کردن قرارداد از شمول قانون ملی کشور میزبان است تا از طرفی تغییرات بعدی، موضوعیتی از جهت اعمال در قرارداد نداشته باشد و از طرفی در صورت دخالت دولت در قرارداد، عمل دولت غیر قانونی محسوب شده و شرکت خارجی مستحق دریافت غرامت گردد. نوع دیگر شرط ثبات در حالتی است که در قرارداد تصریح می‌شود که باید با حسن تفاهم و حسن نیت اجرا شود. در هر حال هدف همه آنها یکی است و آن هم حمایت از طرف خصوصی قرارداد از اعمال حاکمیت دولت است.

۲-۵. روش شبه قضایی (ارجاع امر به داوری)

یکی از بهترین روش حل و فصل اختلافات در طول تاریخ و در تمام ادیان و مذاهب داوری می‌باشد، داوری از ریشه داد و به معنای رسیدگی به دادخواهی یکی از طرفین می‌باشد و روش

مسالمت آمیز حل اختلافات است. این روش در حال حاضر بیش از هر زمان دیگر مورد استقبال جهانی قرار گرفته است. تا حدی که به ندرت می‌توان قراردادی راجع به تجارت و معاملات بازرگانی (داخلی و بین‌المللی) یافت که در آن حل و فصل اختلافات از طریق داوری پیش بینی نشده باشد (محبی، ۱۳۸۵: ۳۲) داور یا حکم در لغت به معنای حکم، میانجی، قاضی و اشخاصی که طرفین دعوا برای حل اختلاف به طریق غیررسمی انتخاب می‌کنند، آمده است. دولت‌های صاحب نفت که به ارزش نفت آگاه شده بودند قراردادهای نفتی را بر اساس حقوق خود منعقد می‌نمودند و خواهان تثبیت نقش و اثر «حاکمیت دولت» به عنوان نماینده و حافظ منافع عمومی در این قراردادها بودند. به عقیده این دولت‌ها، قراردادهای نفتی از نوع قراردادهای اداری است و تعهدات طرف دولتی در قراردادهای نفتی تا جایی است که مانع از اعمال حق حاکمیت و مالکیت دولت بر نفت به عنوان مهم‌ترین منبع طبیعی متعلق به مردم که توسعه اقتصادی کشور و رفاه مردم وابسته به آن است، نشود. بنابراین اگر بین حقوق خصوصی شرکت خارجی طرف قرارداد و حق حاکمیت دولت تعارضی پیش آید، حقوق دولت مرجح است. افزون بر این، به نظر دولت‌های صاحب نفت، حتی تعهد طرف دولتی قرارداد به پرداخت غرامت به شرکت خارجی مطلق نیست بلکه تابعی از همان حق حاکمیت دولت و منافع عامه است و تنها تا جایی که پرداخت آن مقتضی باشد، لازم‌الرعایه است. به واقع مشخص شد که حکومت‌های قبل که وابسته به دولت‌های استعماری بودند، برخلاف اصل حاکمیت دولت بر منابع طبیعی، بابت چه ثمن بی‌ارزشی نفت را از دست دادند و چه تعهدات محدودکننده‌ای را یک‌طرفه پذیرفته‌اند. دولت‌های صاحب نفت با فکر احیای حق حاکمیت خود اقدام به ملی‌کردن نفت یا فسخ قراردادهای نفتی نمودند. شرکت‌های نفتی هم در مقابل، مبادرت به طرح دعوا و مطالبه غرامت کردند. باید گفت تشکیل جامعه ملل در سال ۱۹۲۲، پس از پایان جنگ جهانی اول، مطرح شدن حق تعیین سرنوشت ملت‌ها، روند استعمارزدایی و نیز پیروزی انقلاب سوسیالیستی در روسیه شوروی و انقلاب دهقانی در مکزیک و سرایت آن به سایر

قراردادهای بالادستی نفت و گاز و چگونگی حل و فصل اختلافات در این قراردادها ◇ ۶۱

کشورهای امریکای لاتین، دولت‌های صاحب نفت را در رأی خود مصمم‌تر کرده و اعتماد به نفس بیشتری به آنها داده بود. این دولت‌ها تحت عنوان قدم اول در گرفتن حق تعیین سرنوشت، در مقام تعدیل شرایط نابرابر قراردادهای امتیاز و حق لغو و فسخ یک‌طرفه آنها و ملی‌کردن منابع طبیعی خود برآمدند و برای اعاده و حفظ حق حاکمیت و مالکیت خود بر منابع طبیعی نظیر نفت، در مقابل شرکت‌های نفتی اقدام نمودند بعضی کشورهای امریکای لاتین در این راه چنان تند و تیز پیش رفتند که حتی تعهد دولت به پرداخت غرامت در برابر ملی‌کردن اموال خارجی‌ها را نیز نفی کردند.

ضمناً معلوم می‌شود که از نظر حقوقی، خواسته در دعاوی نفتی، اقدام طرف دولتی به نقض قرارداد یا ملی‌کردن آن بوده است و رویه داوری نیز در دعاوی بوجود آمده که شرکت‌های نفتی به علت نقض قرارداد یا ملی‌کردن نفت از جانب طرف‌های دولتی قرارداد علیه طرف دولتی مطرح کرده‌اند. اگر قرار باشد فهرستی از دعاوی نفتی مهم (و نا تمام آنها) که به ایجاد رویه حقوقی منجر شده‌اند، ارائه شود، نمونه‌های زیر قابل ذکر است:

۱. دعوی شرکت اینترنشنال ماراین علیه حاکم قطر (۱۹۵۳)؛
۲. دعوی شرکت پترولیوم دیولوپمنت علیه شیخ ابوظبی (۱۹۵۲)؛
۳. دعوی شرکت آرامکو علیه دولت عربستان (۱۹۵۸)؛
۴. دعوی شرکت نفت ایران و انگلیس علیه ایران (۱۹۵۳)؛
۵. دعوی شرکت سافیر علیه شرکت نفت ایران (۱۹۶۷)؛
۶. دعوی شرکت بی. پی. علیه دولت لیبی (۱۹۷۳)؛
۷. دعوی شرکت تاپکو علیه دولت لیبی (۱۹۷۹)؛
۸. دعوی شرکت لیامکو علیه دولت لیبی (۱۹۷۷)؛
۹. دعوی شرکت امین اوپل علیه دولت کویت (۱۹۸۲)؛
۱۰. دعوی شرکت‌های عضو کنسرسیوم علیه شرکت نفت ایران (۱۹۸۴)؛

۱۱. دعوای شرکت سدکو علیه شرکت ملی نفت ایران (۱۹۸۶)؛

۱۲. دعوای شرکت آموکو علیه شرکت ملی نفت ایران (۱۹۸۶)

در غالب موضوعات مهمی که در اغلب دعاوی نفتی مطرح شده و در آرای داوری مورد بحث قرار گرفته و به علت تکرار، ارزش رویه‌ای یافته، می‌توان به موارد زیر اشاره نمود: ماهیت قرارداد نفتی، قانون حاکم بر قرارداد، حق حاکمیت طرف دولتی قرارداد و آثار آن بر قرارداد، ملی‌کردن حقوق و اموال شرکت نفتی خارجی، مسئولیت‌های طرف دولتی، پرداخت خسارت و بالاخره مسئله غرامت و خصوصاً میزان غرامت قابل‌پرداخت. رویه ایران در زمینه قراردادهای بیع متقابل و مفاد این قراردادها، چنانکه باید در دسترس نیست. مسئولین وزارت نفت و شرکت نفت در اطلاعیه‌ها و مصاحبه‌ها و نوشته‌های خود همواره گفته‌اند افشای جزئیات این قرارداد، به مصلحت نیست و موضع آنها را در مذاکرات قراردادی تضعیف می‌کند، ولی اطمینان داده‌اند که منافع طرف ایرانی را رعایت کرده‌اند مع‌ذلک ذکر دو نکته لازم است: اول اینکه رویه‌های مورد بحث در دعوای گوناگون که هر کدام مشخصات خاص خود را دارند، بوجود آمده و در طول زمان متحول گردیده است، لذا نباید آنها را با اصول و موازین حقوقی ثابت، یکسان دانست. دوم آنکه برخلاف دعوای داخلی که دادگاه‌ها معمولاً مأخوذ به رویه قضایی (بویژه تصمیمات دیوان کشور) می‌باشند، در دعوای بین‌المللی، قاعده تبعیت از تصمیمات قبلی وجود ندارد، هر چند مراجع داوری بین‌المللی، نسبت به تصمیمات و آرای داوری که قبلاً در موارد مشابه صادر شده است، بی‌اعتنا نیستند. بنابراین، با اینکه آرای داوری در دعوای نفتی به مانند قانون، لازم‌الرعایه نیست، اما در عمل، در کنار سایر منابع حقوقی، در دعوای مشابه نقش هدایت‌کننده و بعضاً تعیین‌کننده دارند.

از بین رویه‌های داوری که احتساب کردیم، به نظر مهم‌ترین آرای داوری که بیشترین تأثیر را در تشکیل رویه داوری مربوط به مسئله غرامت داشته‌اند، آرای زیر می‌باشند:

قراردادهای بالادستی نفت و گاز و چگونگی حل و فصل اختلافات در این قراردادها ◇ ۶۳

۱. رأی دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در قضیه کارخانه کورزوف (۱۹۲۸)؛

۲. آرای داوری صادره در سه دعوای مطروحه علیه لیبی (۱۹۷۷-۱۹۷۳)؛

۳. رأی صادره در پرونده شرکت امین اوپیل علیه کویت (۱۹۸۲)؛

۴. رأی صادره در پرونده سدکو علیه ایران (۱۹۸۶)؛

۵. رأی صادره در پرونده کنسرسیوم علیه ایران (۱۹۸۶)؛

۶. رأی پرونده آموکو علیه ایران (۱۹۸۶).

داوری از روش‌های مسالمت‌آمیز اختلافات است که بر اساس آن طرفین اختلاف خود را به فرد یا افرادی می‌سپارند که موظف به حل اختلاف و صدور رأی می‌شوند هر چند که دادگاه‌ها و دیوان‌های داوری درزمره روش‌های حل و فصل اختلافات از طریق ارجاع به طرف ثالث محسوب می‌شود اما دادگاه‌ها ویژگی‌ها و وظایف روشنی دارند که آنها را از دیوان‌های داوری متمایز می‌کند. توسل به یک هیئت قضائی مستقل، که آراء لازم الاجراء صادر می‌کند از ویژگی‌های هر دو روش حل و فصل اختلاف است. نتیجه این رسیدگی مفید بودن ارجاع اختلاف به داوری را نشان می‌دهد. این روش امروزه بیش از هر زمان دیگر مورد استقبال در جهان قرار گرفته است. به حدی که به ندرت می‌توان قراردادی راجع به تجارت و معاملات بازرگانی (داخلی و بین‌المللی) یافت که در آن حل و فصل اختلافات از طریق داوری پیش بینی نشده باشد. در مباحث ذیل معیارهای اصول حقوقی در قراردادهای بالادستی صنعت نفت و گاز و وضعیت داوری در آنها تحلیل و بررسی می‌شوند.

- مالکیت در قراردادهای بالادستی و آرای داوری

ماده ۳۸ قانون مدنی ایران، مالکیت زمین مستلزم فضای محاذی آن است، تا هر کجا که بالا رود و همچنین نسبت به زیر زمین نیز این گونه می‌باشد و مالک حق هر گونه تصرف در هوا را دارد مگر آنچه را که قانون استثنا کرده باشد. معادن نفتی جزء زمین محسوب می‌گردد. خواه

روی زمین باشد مانند سنگ نمک و امثال آن و خواه در عمق زمین باشد مثل نفت و ذغال سنگ و... ماده ۱۶۱ در این راستا می‌گوید: معدنی که روی زمین کسی واقع شده باشد، ملک صاحب زمین است. تصاحب معادن نسبت به وضعیت طبیعی آن فرق می‌کند از نظر قانون مدنی ایران دسته‌ای از معادن ظاهری یا سطح الارضی هستند و معادنی که بر روی زمین قرار دارند؛ هر کس می‌تواند هر مقدار از آن را بر دارد و مالک آن گردد. در اجرای اصول چهل و چهارم و چهل و پنجم قانون اساسی مسئولیت اعمال حاکمیت دولت بر معادن کشور و حفظ ذخائر معدنی و نیز صدور اجازه انجام فعالیت‌های معدنی مقرر در این قانون و نظارت بر امور مزبور و فراهم آوردن موجبات توسعه فعالیت‌های معدنی، دستیابی به ارزش افزوده مواد خام معدنی، توسعه صادرات مواد معدنی با ارزش افزوده، ایجاد اشتغال در این بخش و نیز افزایش سهم بخش معدن در توسعه اقتصادی و اجتماعی کشور به عهده وزارت معادن و فلزات می‌باشد. اعمال حاکمیت مذکور در این ماده نمیتواند مانع اعمال مالکیت اشخاص حقیقی و حقوقی در محدوده مقررات باشد. (امین زاده و نیک بخش، ۱۳۹۴: ۱۲)

همچنین در بند «ج» ماده ۳ همین قانون در طبقه بندی معادن درباره معادن نفتی تصریح می‌کند: کلیه هیدروکربورها به استثنای ذغال سنگ مانند نفت خام، گاز طبیعی، قیر، سنگ‌های نفتی، سنگ آسفالت طبیعی و ماسه‌های آغشته به نفت و امثال آنها. قیر، سنگ‌های نفتی و سنگ آسفالت طبیعی در صورتی که مورد عمل وزارت نفت، شرکت‌ها و واحدهای تابعه و وابسته به آن وزارت نباشد جزء معادن طبقه دو محسوب می‌گردد در ماده ۲ قانون نفت مصوب ۱۳۶۶ مجلس نیز آمده است. منابع نفت کشور جزء انفال و ثروت‌های عمومی است و طبق اصل ۴۵ قانون اساسی در اختیار حکومت اسلامی می‌باشد و کلیه تأسیسات و تجهیزات و دارایی‌ها و سرمایه‌گذاری‌هایی که در داخل و خارج کشور توسط وزارت نفت و شرکت‌های تابعه به عمل آمده یا خواهد آمد، متعلق به ملت ایران و در اختیار حکومت اسلامی خواهد بود.

اعمال حق حاکمیت و مالکیت نسبت به منابع و تأسیسات نفتی متعلق به حکومت اسلامی است که بر اساس مقررات و اختیارات مصرح این قانون به عهده وزارت نفت می‌باشد که بر طبق اصول و برنامه‌های کلی کشور عمل نماید. ترتیب تحصیل و تملک اراضی اعم از دایر، بایر و موات یا متعلق به اشخاص حقیقی و حقوقی که در آن معادن نفت و گاز وجود دارد یا اراضی ای که به نحوی برای فعالیت‌های جنبی مورد نیاز شرکت ملی نفت است در ماده ۱۱ تا ۱۵ قانون اساسنامه شرکت ملی نفت، مصوب ۱۳۵۶ پیش بینی شده بود. در قانون نفت ۱۳۹۱ نیز بر اعمال حاکمیت دولت بر این قراردادها همچون گذشته تأکید شده است. در ماده ۲ این قانون منابع نفتی جزء انفال و ثروت‌های عمومی ذکر شده و اعمال حق مالکیت و حاکمیت بر منابع مذکور به نمایندگی از حکومت اسلامی بر عهده وزارت نفت است و برای نظارت بر این اعمال حق حاکمیت هیئت نظارت بر منابع نفتی بر اساس ماده ۳ این قانون تشکیل خواهد شد. در نهایت و بطور کلی باید گفت اصل حاکمیت اراده را طرف‌های خصوصی در قراردادهای اولیه نفتی اعمال می‌کردند و با سوء استفاده از موقعیت حقوقی کشورهای طرف قرارداد و شرایط و احوال موجود که حاکمیت دولت‌ها بر منابع نفتی هنوز باز شناسی نشده بود، مشخص است که شرکت‌های نفتی طرف قرارداد اغلب با حاکم کردن حقوق بین‌الملل به عنوان قانون حاکم بر قرارداد به نوعی اراده برابر خود را با طرف دولتی قرارداد به نمایش می‌گذاشتند. اما پس از باز شناسی اصل حاکمیت دائم کشورها بر منابع طبیعی، اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم عملاً تحت الشعاع حاکمیت دولت قرار می‌گیرد و باعث شد تا قانون ملی دولت میزبان بر قرارداد حاکم شود و تعیین قانونی به جز قانون ملی دولت طرف قرارداد با شان حاکمیت دولت در تعارض است و الزاماتی هر چند محدود برای دولت ایجاد می‌کند و طبیعتاً غالب قوانین داور در اختلافات این گونه نیز تابع ایده و نظر دولت میزبان است. (همان، ۱۴) سازمان‌های داور فعالیت خود را این گونه انجام می‌دهند تشخیص وجود یا عدم وجود موافقت نامه داور لازم؛ تصمیم‌گیری در خصوص تعداد داوران، نصب

داوران، رسیدگی به جرح داوران، نظارت بر اجرای قواعد سازمان داوری توسط داوران و در صورت لزوم تعیین جانشین؛ تعیین محل داوری؛ تعیین و تمدید مهلت‌ها، تعیین حق الزحمه و هزینه‌های داوران و بررسی رأی داوری. با توجه به اینکه دو ویژگی معتمد بودن و تخصص داشتن به داور و تصمیماتش مقبولیت می‌بخشد؛ به نظر می‌آید بدست آوردن همزمان این دو شاخصه در شرایط فعلی ایران صرفاً در سازمان‌های داوری ای که میان تشکیلات صنفی و حرفه‌ای شکل گیرند میسر خواهد شد؛ زیرا تنها بواسطه حضور در چنین تشکیلاتی است که اشخاص به مشروعیت ناشی از به همراه داشتن اعتماد عمومی و تخصص لازم برای صدور رأی داوری مقبول اشتها می‌یابند. اگر ایده آل‌گرایی نماییم مؤسسات داوری که خارج از این فضای صنفی و حرفه‌ای تشکیل می‌شوند راه طولانی برای جذب اطمینان و نتیجتاً تأثیرگذاری مدنظر شما در پیش گرفته‌اند. در روابط قراردادی بین دو طرف برابر، احترام به قراردادها در قالب اصل الزام آور قرارداد و اصل لزوم وفای به عهد در روابط معاهداتی بین دولت‌ها پذیرفته شده است و از اعتباری مطلق بر خوردار است اما در مورد روابط قراردادی طرف‌های نابرابر، اعمال این اصول با چنین اعتباری محل شبهه و تردید است. طرف‌های خصوصی قرارداد نفتی با ارتقاء جایگاه خود در چهار چوب قرارداد و اصل لزوم وفای به عهد حق دخالت دولت به استناد حق حاکمیت یا مصالح عمومی را زیر سؤال برده‌اند.

تاریخ تحول قراردادهای نفتی و جنبش‌های ملی همواره با این مسأله همراه بوده که مالکیت منابع زیر زمینی نفت و گاز در ید مبسوط دولت میزبان باقی بماند و شرکت نفتی خارجی، که خود نماینده جهان سرمایه است، فقط بتواند در مقابل تعهدات قراردادی خود در انتظار انجام تعهدی از طرف دولت میزبان (صاحب مخزن نفت و گاز) باشد. این نگرانی تاریخی خود موجب ایجاد محدودیت در مالکیت شرکت نفتی خارجی بر منابع نفت و گاز، به ویژه در کشورهای منطقه خاورمیانه شده است. حاکمیت دولت‌ها برابر با عدم انتفاع کشورهای دیگر از این منابع خواهد شد و برای کشور صاحب مخزن حق انحصاری

قراردادهای بالادستی نفت و گاز و چگونگی حل و فصل اختلافات در این قراردادها ◇ ۶۷

ایجاد می‌کند. تأملی در قراردادهای نفتی مؤید آن است که کشورهای در حال توسعه سعی در تدوین قواعد و شروط قراردادی - دارند تا حق مالکیت شرکت خارجی در زمین منطقه عملیاتی و به ویژه نفت و گاز مخازن محدود شود (امین زاده و نیک بخش، ۱۳۹۴: ۲) تلاشی که خود تبلور اعمال حاکمیت ملی بر خاک و منابع زیرزمینی است و امروزه نیز یادگار آن در قراردادهای نفتی وجود دارد. تمامی کشورها در قراردادهای نفتی خود با بیگانگان در حفظ مالکیت و حاکمیت خود بر این منابع می‌کوشند تا به این وسیله حقوق خود را حفظ کنند. (ایرانپور، ۱۳۸۹: ۱۳)

تاریخ داوری بین المللی همراه با حقوق قراردادهای نفت و گاز و تحولات آن است. مطالعه این تحولات و آرای داوری‌های نفتی به روشنی نشان دهنده انعکاس معادلات سیاسی و اقتصادی داخلی و بین المللی و رابطه قدرت با ساختارهای حقوقی و قراردادی پذیرفته شده هر کشور در عرصه نفت و گاز آن است. بدین نحو که با متحول شدن این معادلات، ساختارهای قراردادی فی مابین کشورهای نفت خیز در حال توسعه و شرکت‌های بین المللی نیز دچار تحول شده که حاصل آن زوال رژیم امتیاز و ظهور ساختارهای قراردادی گوناگون بوده است. شروط داوری نیز همانند سایر شروط آن پیکره واحد ساختاری، از این تحولات بی نصیب نمانده و راه تکامل را در پیش گرفته است. نواقص و مشکلات عملی شروط داوری قراردادهای قبل از ۱۹۷۵ از یکسو و رشد فزاینده نهادهای داوری و مقررات متحدالشکل از سوی دیگر، موجب تسریع دگرگونی شروط داوری شده به گونه‌ای که گذار از رویه‌های متشتت داوری‌های موردی به مقررات متحدالشکل و داوری‌های نهادی، مهمترین نتیجه آن بوده است. (آریان کیا، ۱۳۸۸: ۲۲) شروط داوری قراردادهای بین المللی نفت و گاز یکی از اصلی‌ترین شروط تعیین شده در این قبیل از قراردادهاست که به کارگیری فرمولی مناسب در آن قادر خواهد بود قدرت پیش روی قابل توجهی را در تأمین منافع شرکت یا کشور درگیر اختلاف ایجاد کند. در این راستا جهت گیری‌های اخیر

قانون گذاران برخی کشورهای تولید کننده و صادرکننده نفت و گاز و رویه عملی فعالان خصوصی این عرصه بدین سمت بوده که با ترجیح تعیین چهارچوب‌های شرط داوری در قالب ارجاع اختلافات خود به مقررات و احیاناً مراکز داوری سعی در مدیریت شایسته اختلافات احتمالی و امتناع از ورود در نابسامانی‌های خاص داوری‌های گذشته داشته‌اند. از نیمه دوم قرن بیستم تاریخ داوری بین‌المللی با حقوق قراردادهای نفت و گاز و تحولات آن همراه بود به نحوی که شاخص گذاری آرای اصداری از مراجع داوری بین‌المللی با آرای مهم صادرشده در خصوص این قراردادها صورت می‌گیرد. (محبی، ۱۳۸۵: ۲۳)

- غرامت در قراردادهای بالادستی و رویه‌های داوری

سلب مالکیت از سرمایه‌گذاران خارجی و غرامت قابل پرداخت، از مهمترین موضوعات مورد بحث در رویه داوری در دعاوی سرمایه‌گذاری خارجی و به ویژه دعاوی نفتی بوده است. درباره پرونده کورزوف در این باره و برای تکمیل بحث، نیاز به بررسی است به خصوص که طرفداران غرامت کامل همواره به همین رأی استناد جسته‌اند و سعی کرده‌اند از آن یک قاعده کلی حقوق بین‌الملل بسازند. خواهیم دید که با همه اهمیتی که رأی صادره در پرونده کورزوف دارد، چنین نیست زیرا این رأی خاص سلب مالکیت به صورت غیرقانونی است. شک نیست که تصمیمات و آرای مراجع بین‌المللی بویژه دادگاه جهانی، یکی از منابع فرعی حقوق بین‌الملل است. اما در تفسیر این آرا و جایگاه آنها نباید راه افراط پیمود، زیرا جایگاه و نقش مهم تصمیمات مراجع بین‌المللی، تفسیر حقوق بین‌الملل موجود است که باید جای دیگری به اثبات رسیده باشد. قضیه کورزوف، تنها قضیه‌ای است که دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری فرصت یافته در زمینه سلب مالکیت بحث کند و رأی متعادل و معقولی صادر کند. در این رأی، قیمت بازار مال به اضافه سود آتی ملاک غرامت قرار گرفته و همین نکته مورد رأی صادره در پرونده آرامکو علیه عربستان سعودی (۱۹۷۰) نیز از جمله آرای داوری

مهم است که حاوی نکات خوبی در زمینه ماهیت قراردادهای امتیاز و قانون حاکم است، اما چون مطلب مهمی در زمینه غرامت ندارد، از نقد و بررسی آن خودداری کردیم. استناد و استفاده طرفداران غرامت کامل واقع شده، و از این نکته غفلت شده که این رأی راجع به سلب مالکیت به طور غیرقانونی است، زیرا سلب مالکیت با نقض عهدنامه منعقدہ بین آلمان و لهستان انجام شده بود و به هر حال ربطی به غرامت ناشی از ملی کردن‌های گسترده که در حقوق بین‌الملل، مجاز و مشروع است، ندارد. براساس قرارداد ۱۹۱۵ با آلمان، یک شرکت آلمانی در سیلیسای علیا کارخانه نیترا احداث کرده بود. سپس در سال ۱۹۱۹ دولت آلمان زمین و کارخانه کورزوف را به یک شرکت آلمانی دیگر فروخت. پس از عهدنامه درسای دادگاه سیلیسای رأی داد که زمین کارخانه باید به خزانه لهستان مسترد شود و واگذاری آن به شرکت آلمانی دوم را ابطال نمود. آنگاه دولت لهستان به موجب یک فرمان دولتی، مدیریت کارخانه کورزوف را به یک مقام لهستانی واگذار کرد. در سال ۱۹۲۶ موضوع به دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری ارجاع شد. موضوع این بود که آیا گرفتن کارخانه توسط لهستان نقض کنوانسیون ۱۹۲۲ منعقدہ بین آن کشور و آلمان محسوب می‌شود یا نه. به عبارت دیگر آیا سلب مالکیت از کارخانه مذکور، مشروع بوده یا نه. در ماده ۶ این کنوانسیون مقرر شده بود که لهستان می‌تواند صنایع بزرگ را در سیلیسای علیا ملی کند، مشروط به اینکه حقوق اتباع یا شرکت‌های آلمانی را در این صنایع بپردازد.

در مرحله اول دیوان دائمی اعلام کرد که گرفتن کارخانه، به منزله نقض کنوانسیون ۱۹۲۲ است و نامشروع محسوب می‌شود. مذاکرات آلمان و لهستان برای اعاده وضع یا پرداخت غرامت به نتیجه نرسید و آلمان علیه لهستان طرح دعوا نمود و خسارت مطالبه کرد. لهستان ایراد عدم صلاحیت کرد که رد شد؛ دیوان سرانجام در سال ۱۹۲۸ بر علیه لهستان رأی داد و این دولت را به علت سلب مالکیت نامشروع، به پرداخت غرامتی معادل اعاده وضع محکوم نمود. قسمت ذی‌ربط از رأی دیوان دائمی چنین است: "اصل کلی جبران خسارت در عمل

غیرقانونی [دولت] که به نظر می‌رسد به موجب رویه بین‌المللی بویژه تصمیمات مراجع داوری محرز و مسلم تلقی شده، این است که جبران خسارت [ناشی از چنین عملی] باید تا جایی که ممکن است چنان وسیع باشد که آثار عمل غیرقانونی را مرتفع سازد و وضعیتی را که در صورت عدم وقوع آن عمل، وجود داشت، مجدداً اعاده کند. اگر اعاده وضع به حال اول ممکن نباشد، اصول مربوط به تعیین غرامت ناشی از عمل غیرقانونی چنین است: پرداخت مبلغی معادل ارزش مال با فرض اعاده وضع و نیز در صورت لزوم صدور حکم به پرداخت خسارتی که حتی با اعاده وضع یا پرداخت مبلغی به جای آن، بلاجبران باقی می‌ماند». بیان ساده‌تر از رأی دیوان دائمی آن است که در سلب مالکیت به‌طور غیرمشروع، مانند عمل لهستان در گرفتن کارخانه کورزوف که با نقض کنوانسیون ۱۹۲۲ صورت گرفته، جبران خسارت عبارت است از اعاده وضع و رفع اثر سلب مالکیت، و در صورتی که اعاده وضع ممکن نباشد، پرداخت خسارتی معادل آن به اضافه مبلغی بابت خساراتی که حتی در صورت اعاده وضع، جبران نمی‌شود. همین قسمت از رأی است که معمولاً به‌عنوان عدم‌النتفع یا غرامت کامل مورد استناد واقع می‌شود. اما پیداست که دیوان دائمی در مقام تعیین غرامت سلب مالکیت به‌نحو مشروع نبوده است، بلکه استدلال او مبتنی بر این است که هدف از کنوانسیون ۱۹۲۲ در واقع حفظ وضع مالکیت موجود در سیلیسای علیا بوده و حکم به اعاده وضع در واقع بنا به همین ملاحظه صادر شده که مالک (شرکت آلمانی) را در وضعیت قبل از گرفتن کارخانه قرار دهد که چون عملاً ممکن نبوده، لهستان را به خسارت معادل اعاده وضع به اضافه خسارت دیگر محکوم نموده است. پس از اینکه دیوان دائمی مبانی و چارچوب حقوقی غرامت را تعیین نمود، یک گروه کارشناس برای تقویم خسارت منصوب نمود، اما در جریان ارزیابی و به بهانه کارشناسی، مطالب دیگری مطرح شد که از ابعاد حقوقی مذکور در رأی دیوان، فراتر می‌رفت و به همین لحاظ مورد انتقاد واقع شده است. در مورد گزینش منفی نیز لازم به ذکر است مهمترین نمونه داوری را در ارتباط با اعمال گزینش منفی در رأی تگزاکو می‌توان دید. پروفیسور دوپویی با

قراردادهای بالادستی نفت و گاز و چگونگی حل و فصل اختلافات در این قراردادها ◇ ۷۱

استناد به اینکه در قرارداد امتیاز فی مابین شرط ثبات وجود دارد و اینکه صرفاً وجود شرط ثبات به عنوان یک تعهد قراردادی منتهی به این امر می‌شود که به فرض وجود ماهیت اداری بودن قرارداد، اثر اصلی قرارداد اداری که عبارتست از حق دولت در تغییر و فعالیت یک جانبه سالبه به انتفاع موضوع است. (محبی، ۱۳۸۵: ۲۴)

- رویکرد داوران و عوامل آن در اصول حقوقی حاکم بر قراردادهای بالادستی

طرفداران بین المللی کردن قراردادهای نفتی در راستای اثبات نظر خود چنین استدلال می‌کنند که اولاً: این امر به اعتبار طرفین قراردادهای نفتی که سعی در ارتقاء جایگاه شرکت‌های فرا ملی به عنوان تابعان حقوق بین المللی بوده است. ثانیاً: به اعتبار موضوع و ماهیت قرارداد که با طرح این نظریه که قراردادهای توسعه اقتصادی، قراردادهایی بین المللی شمرده می‌شوند و باید تحت حکومت حقوق بین الملل قرار گیرند. امروزه غالباً پذیرفته شده است که داوری ماهیتی قراردادی دارد. یعنی، این شیوه قضاوت خصوصی بموجب توافقی صورت می‌گیرد که در آن طرف‌های اختلاف از یک سو و داور از سوی دیگر می‌پذیرند که اختلافی که موضوع موافقتنامه داوری (اعم از شرط داوری یا موافقتنامه مستقل داوری) است، به داوری حل و فصل شود. شاید بشود در مقابل موافقتنامه داوری که توافقی بین اطراف اختلاف است، توافق بین داور و طرف‌های اختلاف را "قرارداد داور" نامید. منظور از عوامل قراردادی در این مبحث این است که رویکرد داوران بر اساس مفاد قرارداد است (سریر، ۱۳۹۳: ۴)

- تکامل شرط داوری و ساختار شناسی آن در قراردادهای بالادستی صنعت نفت و گاز

امکان به وجود آمدن اختلاف همیشه در قراردادها وجود دارد و در این عرصه یکی از طرق حل اختلاف داوری است آن هم بدین جهت که دارای مزایایی همچون سرعت، سهولت و کم هزینه و تخصصی بودن است در میان سازوکارهای حل اختلاف، به خصوص در قراردادهای نفت و گاز برخوردار بوده و هست. وقوع اختلاف و طرح دعوا از محتمل‌ترین فروضی است که در هر

قرارداد قابل تصور است و در این میان، داوری به عنوان یکی از مهم‌ترین طرق حل و فصل اختلافات به دلیل مزایایی چون سرعت، سهولت و کم هزینه و تخصصی بودن، از جایگاه ویژه‌ای در میان ساز و کارهای حل و فصل اختلافات به خصوص در قراردادهای نفت و گاز برخوردار بوده و هست. به موازات تحول از نظر ساختار این قراردادها، شروط داوری نیز شاهد حرکتی رو به تکامل بوده است.

- ساختار شناسی شروط داوری نفتی

با توجه به پیشرفت جوامع و طبعاً تغییرات و تحولات قراردادهای نفتی شروط داوری نفتی هم تغییراتی داشته‌اند که برای مشخص کردن آن در چند حیظه در مباحث ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

الف) شروط داوری کلاسیک

بررسی‌ها در سال ۱۹۸۰ و قبل از آن نشان دهنده عدم وجود رویه‌ای مشخص در ساختارهای شروط داوری توسط طرفین قرارداد بود به طور مثال نحوه انتخاب داور یا داوران و شیوه دادرسی و قانون حاکم بر آن و نیز ماهیت دعوا را در هر قرارداد تبیین می‌کردند. داوری در این دوران چون سازمان‌های داوری وجود نداشت غالباً به صورت داوری موردی بود و رویه‌های این دوره داوری از اغتشاش اداری برخوردار بود. طوری که بعضاً باعث مشکلات جدی می‌شد به نحوی که به سازش ختم شدن بسیاری از پرونده‌های نفتی مطرح در این دوران نیز دلیلی است که مقنن بر وجود نواقص و مشکلات مورد ادعا در تحقق هدف نهایی از درج چنین شروطی با وجود این شروط داوری کلاسیک نیز از تاریخ انعقادکنسرسیوم ایران در سال ۱۳۳۳ - جهش بزرگی را در جهت پیش بینی سازکارهای ضروری حل اختلاف شروع کرد که می‌توان آن را نقطه عطفی در این حرکت تکاملی برشمرد، برای روشن شدن مشکلات و نواقص شرط داوری کلاسیک چند پرونده نفتی را به اجمال بررسی می‌کنیم.

۱. شرط داوری مندرج در امتیازات سه گانه لیبی

در هر سه این امتیازات اعطایی از سوی دولت لیبی حاوی شرط داوری بودند مفاد قراردادهای موضوع دعوا، به ویژه از حیث قانون حاکم و شرط داوری کما بیش یکسان بود در این معنی که طبق ماده ۲۸ بند ۷ هر سه قرارداد، در مورد قانون حاکم مقرر شده بود که قرارداد تابع قانون لیبی و اصول مشترک آن با حقوق بین الملل به نحوی که دیوان‌های بین المللی اعمال می‌کنند می‌باشد. در این قراردادها آمده بود که اگر اختلافی بوجود آمد هر یک از طرفین باید یک داور تعیین کند و بر سر داور ثالث نیز با هم توافق نمایند. در غیر این صورت یک داور واحد توسط رئیس دیوان بین المللی دادگستری انتخاب می‌گردد حل و فصل خواهد گردید (محبی، ۱۳۸۵: ۲۴) نفت لیبی در سال ۱۹۷۱ ملی شد و منجر به اختلافاتی با شرکت‌های بی.پی. و تاپکو و لیامکو در دیوان داوری بین المللی شود که این امر نتیجه ملی شدن نفت لیبی و سلب مالکیت شرکت‌های خارجی بود و این شرکت‌ها از دولت لیبی خواستند که در این موضوع داور معرفی کند که دولت لیبی این کار را انجام نداد و حتی در جلسات شرکت نکرد و این امر منجر به این مسأله شد که هر یک از شرکت‌های خارجی مطابق قرارداد به رئیس دیوان بین المللی دادگستری مراجعه کرد. و از او درخواست کنند که شخصی به عنوان داور منصوب کند ایشان به ترتیب آقای گونارلا گرگن (سوئدی) را در پرونده بی.پی. آقای دوپویی (فرانسوی) را در پرونده تاپکو و آقای صبحی محمصانی (لبنانی) در پرونده لیامکو به عنوان داور معرفی و منصوب کرد. (همان: ۲۵)

۲. شرط داوری مذکور در قرارداد مابین ایران و فرانسه

در این قرارداد بدین صورت مقرر شده بود که هر یک از طرفین می‌بایست داور منتخب خود را معرفی و این داوران. داور سومی را به عنوان سرداور انتخاب می‌کردند در صورت عدم تعیین داور اختصاصی از سوی هر یک از طرفین یک داور واحد بوسیله رئیس دیوان عهتی کشور دانمارک منصوب شود که این شرط داوری مندرج در این قرار داد تشابه زیادی با قرار دادهای

سه‌گانه لیبی و شرط مذکور در مورد نحوه انتخاب داور داشت. سپس آنکه انقلاب اسلامی در سال ۱۳۵۷ در ایران به وقوع پیوست ماده واحده‌ای در تاریخ ۱۸/۱۰/۷۵ به تصویب شورای انقلاب رسید که قرار دادهای نفتی قبل انقلاب ایران به تشخیص کمیسیون ویژه پیش بینی شده در این ماده واحده بررسی شده و باطل گردید.

مطابق با شرط مندرج در قرارداد شرکت ملی نفت ایران و شرکت فرانسوی که در این مورد ایران می‌بایست داور اختصاصی خود را معرفی می‌کرد، معرفی نکرده و به درخواست شرکت فرانسوی رئیس دیوان عالی دانمارک ضمن اینکه صلاحیت انحصاری کمیسیون مربوط به ماده واحده در رسیدگی به این پرونده را رد کرد دکتر گمار استاد دانشکده حقوق دانشگاه کپنهاک را به عنوان داور واحد معرفی نمود. شرکت ملی نفت ایران با همان دلایل سابق خود به صلاحیت داور اعتراض کرد دکتر گمار با بررسی در پرونده با اصول حقوقی حاکم در قرارداد صالح به رسیدگی دانست وی در رأی خود متذکر گردید که طرفین بنابر مفاد ماده ۵-۴۱ قرارداد موافق بوده‌اند که داور صالح به تشخیص صلاحیت خویش باشد وی افزوده که قرارداد و شرط داوری به نحو معتبری بعد از انعقاد قرارداد، بوسیله مقامات ایران مورد تصویب واقع شده و شرکت ملی نفت ایران نیز مطابق قوانین جاری آن زمان، اقدام کرده است مضافاً اینکه مطابق رویه‌های داوری بخصوص آرای صادره در پرونده‌های امتیازات دولت لیبی نیز قاعده فوق‌الاشاره مورد تأیید و تأکید واقع شده و دولت ایران نیز نمی‌تواند با قانون‌گذاری‌های داخلی خود، و قرارداد و به تبع شرط داوری را یک طرفه ملغی اعلام کند. (صاحب نظر و همکاران، ۱۳۹۶: ۳۲)

۳. شرط داوری در قرارداد ما بین شرکت‌های نفت آمریکا و ایران

در این قراردادها پیش بینی شده بود که در صورت اختلاف بین طرفین قرارداد موضوع اختلاف را به سه نفر داور انتخابی واگذار کنند که دو نفر از این داوران، داور اختصاصی هر یک از طرفین بوده و داور سوم در صورتی که این دو داور نتوانند داور سوم یا سر داور را انتخاب کنند صرف

قراردادهای بالادستی نفت و گاز و چگونگی حل و فصل اختلافات در این قراردادها ◇ ۷۵

چهار ماه توسط رئیس دادگاه فدارال سوئیس داور اختصاصی طرف ممتنع یا داور اختصاصی تعیین خواهد شد و هر گاه به دلیل، انتخاب داور واحد یا داور ثالث از طرف رئیس دادگاه سوئیس به عمل نیاید و طرفین توافق دیگری ننمایند به درخواست هر یک از طرفین، انتخاب داور یا سر داور از طرف رئیس یا قاضی هم ارز رئیس عالی‌ترین دادگاه‌های دانمارک سوئد یا برزیل (به ترتیب) به عمل خواهد آمد، داور منتخب نباید از تابعین دولت ایران و کشور متبوع طرف قرارداد باشد یا به خدمت رسمی آنان درآید. در این باره می‌توان به دعوی سدکو اشاره کرد که در جهت آشنایی بیشتر این دعوا در این قسمت بررسی می‌شود. موضوع دعوی «سدکو» مطالبه غرامت مصادره پنجاه درصد منافع خواهان در شرکت «سدیران» که به فعالیت‌های حفاری نفت اشتغال داشت، بود. دیوان دآوری در اولین رأی اعدادی خود، تحقق مصادره «سدیران» را تایید نمود ولی مسئله ضابطه غرامت را به بررسی‌های بعدی موکول کرد و بعداً در مارس ۱۹۸۶ در رأی اعدادی دوم، به آن پرداخت. خواهان در این پرونده مدعی بود که استحقاق دریافت غرامتی «معادل کامل مال گرفته شده»، را، چنانکه در بند ۲ ماده ۴ عهدنامه مودت ایران و امریکا (۱۹۵۵) مقرر شده بود، دارد.

«سدکو» استدلال میکرد که حتی طبق حقوق بین الملل عرفی، باز هم مستحق دریافت غرامت کامل است که باید بر طبق ارزش عادلانه بازار اموال او محاسبه شود، زیرا مصادره «سدیران» توسط ایران غیرقانونی بوده و با نقض عهدنامه مودت و بدون پرداخت غرامت صورت گرفته است. خواننده ایرانی در پاسخ به این ادعاها بیش و پیش از هر چیز اظهار میداشت که حتی اگر عهدنامه مودت معتبر و قابل اعمال باشد، مفاد و مندرجات آن بایستی مطابق الزامات حقوق بین الملل معاصر در باب ضابطه غرامت تفسیر شود، چراکه عهدنامه صرفاً حاوی یک قاعده عرفی است که در هر زمانی به گونه‌ای وجود داشته است. حقوق بین الملل عرفی کنونی، غرامت «مناسب» و نه «کامل» را به رسمیت می‌شناسد و به عقیده ایران

این غرامت مطابق «ارزش خالص دفتری» مال موضوع مصادره است. دیوان این استدلال را مردود دانست و با استناد به رویه‌های قبلی خود از جمله پرونده «فلپس داج» گفت قاعده حقوقی مندرج در بند ۲ ماده ۴ عهدنامه در مورد غرامت قابل پرداخت به خواهان، حاکمیت دارد و سپس به بررسی این نکته پرداخت که طبق حقوق بین الملل عرفی، کدام ضابطه غرامت، حاکم است. مشخص بود که دیوان این کار را در پاسخ به استدلال خواننده انجام میداد که گفته بود عهدنامه موذت باید در پرتو تحولات اخیر در حقوق بین الملل عرفی در زمینه ضابطه غرامت، تفسیر شود. دیوان تحلیل حقوق عرفی را نخست با ذکر این نکته می‌آغازد که حداقل پس از جنگ جهانی دوم «دیدگاه حقوق سنتی، که می‌گفت حقوق بین الملل عرفی، غرامت کامل را لازم میداند، مورد اعتراض و مخالفت تعدادی از کشورها و صاحب نظران واقع شده است» دیوان سپس ارزش اثباتی و اعتبار سه منبع را مورد مطالعه قرار میدهد که غالباً در تایید نظریه غرامت «مناسب» به آن استناد میشود، یعنی رویه دولت‌ها که در موافقتنامه‌های حل و فصل مقطوع انعکاس یافته و متضمن پرداخت غرامتی کمتر از غرامت کامل است؛ معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری؛ و بالاخره قطعنامه‌های سازمان ملل راجع به حاکمیت دائمی دولت‌ها بر منابع طبیعی. دیوان داوری با استمداد از برخی احکام داوری نظیر احکام داوری صادره در پرونده‌های «تگزاسو»، «امیل اویل»، و همچنین نظر مستقل قاضی «لاگرگن» در همین پرونده نتیجه می‌گیرد که فقط همین قطعنامه و نه آنهایی که بعداً به تصویب رسیده، «اگر نگوئیم دلیل بر وجود و اثبات حقوق بین الملل جاری است، حداقل منعکس‌کننده آن است».

البته دیوان با پذیرفتن ضابطه غرامت مناسب به عنوان قاعده‌هایی از حقوق بین الملل جاری، اعمال آن را فقط به ملی کردن‌های گسترده و رسمی و نظام مند و نه «مصادره‌های موردی»، مثل پرونده تحت رسیدگی مقید می‌سازد و نظر می‌دهد که در مصادره‌های موردی،

قراردادهای بالادستی نفت و گاز و چگونگی حل و فصل اختلافات در این قراردادها ◇ ۷۷

«غرامت کامل»، کماکان قاعده حاکم در حقوق بین الملل است. دیوان پس از ارائه این تحلیل‌ها، در پی تطبیق یافته‌های خود براساس عهدنامه مودت و حقوق عرفی بر پرونده تحت رسیدگی («سدکو») برآمده و چنین حکم می‌دهد:

"خواهان باید غرامت ارزش کامل منافع مصادره شده خویش در «سدیران» را دریافت دارد، اعم از اینکه این حکم را اعمال عهدنامه مودت بدانیم یا اعمال مستقل حقوق بین الملل عرفی، و قطع نظر از اینکه آیا مصادره به شیوه دیگری، قانونی بوده است یا خیر"

ب) شروط داوری مدرن

ارجاع بسیاری از اختلافات نفتی به داوری، کم کم نواقص و مشکلات عملی شروط داوری نسل اول امتیازات و قراردادهای نفتی را که در اکثر موارد حاوی شرط داوری «موردی» بودند به ویژه در تعیین داوران و قوانین و مقررات حاکم بر قرارداد و آیین دادرسی داوری، آشکار ساخت؛ به نحوی که نگرانی متقابل دولت‌ها و فعالان عرصه اقتصاد و تجارت بین الملل و در رأس آن‌ها شرکت‌های نفتی بین المللی از این موضوع و توابع و تأثیراتش، آنان را بر آن داشت تا ضمن چاره جویی برای استحکام بخشیدن به سرمایه‌گذاری‌های بین المللی، تدابیر سازمان یافته‌تری نیز برای جلوگیری از تشتت در رویه‌های داوری اتخاذ کنند. حاصل این تلاش‌ها، تصویب کنواسیون‌های مختلف^۱، تدوین مقررات متحدالشکل^۲، پیشنهاد شروط نمونه داوری و ایجاد مراجع داوری نهادی بود. (امانی، ۱۳۸۹: ۷۳)

۱. از آن جمله می‌توان به کنواسیون نیویورک (۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ راجع به شناسایی و اجرای آرای داوری)، کنواسیون اروپایی ژنو راجع به داوری تجاری بین المللی ۲۱ آوریل ۱۹۶۱، کنواسیون واشنگتن (۱۸ مارس ۱۹۶۵ راجع به حل و فصل اختلافات مرتبط با سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع سایر دولت‌ها) اشاره کرد.

۲. قواعد داوری کمیسیون سازمان ملل در خصوص تجارت بین الملل ۱۹۷۱ از آن جمله است.

۱. شرط داوری در قوانین و قراردادهای برخی کشورهای آفریقایی

با این که این کشورها در معادلات سیاسی جهان نقش چندانی ندارند، ولی چون جز کشورهای نفت خیز هستند، رویه نفتی آنان می‌تواند حائز اهمیت باشد. در الجزایر به دنبال اصلاح و تکمیل قانون شماره ۱۴-۸۶ مورخ ۱۹ اوت ۱۹۸۶ طی قانون شماره ۲۹-۹۱ مورخ دسامبر ۱۹۹۱، قراردادهای منعقد شده حاوی شرط داوری بود که بر اساس آن، پس از تلاش برای سازش از طریق قواعد سازش آنسیترال وعدم حصول نتیجه، طرفین وفق مقررات داوری اختلافات خود راحل و فصل خواهند کرد. محل داوری ژنو و زبان داوری، فرانسه و در صورت لزوم انگلیسی خواهد بود. در این قراردادها مقام ناصبی پیش بینی نشده بود و لذا در صورت عدم تعیین داور از سوی هر یک از طرفین یا عدم تعیین سرداور از سوی داوران منتخب طرفین، از دبیرخانه کل دیوان دائمی داوری لاهه در خواست انتخاب مقام ناصب می‌شود و در نهایت وی داور واحد را تعیین خواهد کرد. همان گونه که ملاحظه می‌شود شرط داوری در قراردادهای منعقد شده پس از قانون فوق‌الشاره، رنگ و بوی شروط داوری کلاسیک را دارد و حداقل از لحاظ ارجاع داوری به قوانین متحدالشکل، رویه شروط داوری را پی گرفته است.

۲. شروط داوری در قراردادهای نفتی برخی کشورهای جنوب غرب آفریقا

در پروانه‌های بهره‌برداری صادر شده از ۱۹۸۰، دولت آنگولابه شرکت ملی نفت خودحق اکتشاف و تولید منابع هیدرو کربوردر حوزه‌های نفتی از پیش تعیین و تحدید شده را اعطا کرده و این شرکت نیز برای بهره‌برداری از این حقوق با شرکت یا شرکت‌های خارجی مشارکت می‌کند. قراردادهای مشارکت مزبور، حاوی شرط داوری است که براساس آن، تمام اختلافات براساس مقررات داوری آنسیترال از طریق دیوانی مرکب از سه داور حل و فصل می‌شود. شرط داوری این قراردادها، حسب هویت طرفین قرارداد شیوه رسیدگی جداگانه‌ای را پیش بینی می‌کند.

قراردادهای بالادستی نفت و گاز و چگونگی حل و فصل اختلافات در این قراردادها ◇ ۷۹

الف) در صورت اختلاف بین شرکت ملی نفت آنگولا و عضو یا اعضای خارجی مشارکت، مقام ناصب (در فرضی که طرفین اختلاف، داوران خود را انتخاب نکنند یا داوران منتخب نتوانند داور ثالث را تعیین کنند) رئیس اول دادگاه تجدیدنظر لوآندا خواهد بود. داوری در لوآندا، براساس حقوق موضوعه آنگولا و به زبان پرتغالی برگزار خواهد شد.

ب) در صورتی که اختلاف بین اعضای خارجی مشارکت باشد، داوران مطابق با مقررات آنسیترال و به وسیله اتاق بازرگانی تعیین خواهند شد. داوری به زبان انگلیسی و بر اساس حقوق انگلستان در لندن برگزار خواهد گردید. در هشتمین مدل مناقصات قراردادهای تولید مشترک در کشور گابن نیز اتاق بازرگانی بین‌المللی به عنوان مرجع رسیدگی به اختلافات تعیین شده است. در این قراردادها شرط داوری مقرر می‌دارد که هیچ یک از داوران نباید تابعیت طرفین دعوا را داشته باشد. محل داوری در پاریس، به زبان فرانسه است و اختلاف بر اساس قوانین گابن حل و فصل خواهد گردید. این شرط اضافه می‌کند هزینه و حق الزحمه داوری بر عهده شرکت‌های خارجی بوده، جزء هزینه‌های نفتی قابل استرداد محاسبه خواهد شد. (بابا، ۱۳۹۵: ۶۲)

۳. شرط ثبات در قراردادهای بالادستی صنعت نفت و گاز

شروط ثبات در کلیه قراردادها بالأخص قراردادهای نفتی نقش ویژه‌ای در جلوگیری دولت میزبان از تصویب قوانین مغایر با قرارداد و تغییر قانون حاکم در زمان انعقاد قرارداد دارند. موارد زیر از جمله کارکردهای شروط ثبات می‌باشند:

۱. تثبیت قانون قبول برابری قراردادی دولت با سرمایه‌گذار؛

۲. جلوگیری از اصلاحات یک جانبه.

دولت می‌تواند از اختیارات خاص خود به منظور اصلاح یک جانبه قوانین احاطه‌کننده قرارداد استفاده کند. شرط ثبات به منظور جلوگیری از چنین اقدامات یک جانبه‌ای به کار گرفته می‌شود. دولت‌ها اغلب چنین تضمینی را به عنوان نوعی از پیشرفت در سرمایه‌گذاری به کار

می‌گیرند. البته همیشه به طور کامل نتایج آن احساس نمی‌شود. سرمایه‌گذاران باید در طرح چنین مکانیسم‌هایی دقت کافی به عمل آورند.

۳. جلوگیری از اصلاح قانون با تأثیر مستقیم بر تعهدات قراردادی غالباً شروط ثبات تالش در جهت کاهش اختیار دولت در تغییر مفهوم قانون حاکم دارند. تکنیکی جهت محدود نمودن قلمرو کنترل قانون وجود دارد. مدل قراردادی تونسسی به شرح زیر است: "پیمانکار بایستی شروط این قرارداد را تحت کنترل در آورد به همان میزانی که همه قوانین و دستورالعمل‌ها توسط اعطای قدرتی که ناسازگار و متعارض با کنوانسیون و یا این قرارداد نیست بر حسب وظیفه تصویب شده‌اند. همچنین توافق بر این مبنا بوده که هیچ آیین نامه جدید، اصلاحیه، تغییر متعارض یا ناسازگار با شروط این قرارداد و یا کنوانسیون که البته قابلیت اجرایی داشته باشد نیز صورت نگیرد. هنگامی که اختلافی پیرامون قرارداد امتیازی، میان شرکت نفت خارجی و دولت میزبان به وجود می‌آید، انتخاب قانون حاکم به ویژه در قسمت مربوط به اعتبار شرط ثبات، حایز اهمیت بسیار است؛ چرا که تفسیر شرط ثبات در قرارداد بین المللی، می‌تواند شامل زنجیره‌ای از استدلال‌های حقوق بین الملل عمومی، حقوق ملی و احتمالاً عرف بازرگانی بین المللی باشد که می‌توان ادعا کرد، نتایج حاصله، از پیچیده‌ترین مسائل حقوق بازرگانی بین المللی هستند. در پذیرش اعتبار این شرط در دنیای حقوق نظرات متفاوتی ارایه شده است؛ مجموع این نظرات را از سه منظر میتوان مورد مطالعه قرار داد: اعتبار این شرط از دیدگاه حقوق ملی، اعتبار این شرط از دید حقوق بین الملل و اعتبار شرط ثبات در آرای داوری. به لحاظ سنتی بسیاری از اختلافات به قراردادهای امتیازی مربوط می‌شود که به وسیله قوانین داخلی دولت اعطاکننده امتیاز کنترل می‌شود. برخی معتقدند فن قراردادنویسی نمی‌تواند اختیاراتی را که به واسطه قانون اساسی یا سایر قوانین برای اعمال حق حاکمیت یا قانون گذاری به دولت داده شده است، محدود کند. در نتیجه شرطی که خارج از حدود اختیارات مذاکره‌کننده و ضابطه‌های مندرج در قانون اساسی بوده است نمی‌تواند به استناد نمایندگی شخص مذاکره‌کننده، حقوق

قراردادهای بالادستی نفت و گاز و چگونگی حل و فصل اختلافات در این قراردادها ◇ ۸۱

قانونی و مشروعی را برای ذینفع آن به وجود آورد. مسئله حکومت قانون داخلی بر قرارداد، اختلافاتی را بین کشورهای توسعه یافته و در حال توسعه موجب گردیده است. کشورهای در حال توسعه که عموماً دولت‌های اعطاکننده امتیاز می‌باشند، چنین استدلال می‌کنند که قوانین داخلی آنها بر قرارداد امتیاز حاکم است و حقوق بین الملل نباید در این باره اعمال شود چرا که حق لغو قرارداد از سوی دولت در مقابل شخص خصوصی به طور ضمنی با مفهوم حاکمیت ملی مرتبط است.

اگر اقدامات دولت بر اساس قانون آن دولت، نقض قرارداد به حساب نیاید، حتی اگر آن اقدامات با قرار داد موافق نباشد، آن دولت حق دارد تا قرارداد را خواه با پرداخت غرامت یا بدون پرداخت غرامت به طرف دیگر قرارداد، تعدیل نماید. بنابر این اگر شرط ثبات در قرارداد نفتی بین المللی تابع قانون داخلی باشد، احتمالاً غیر معتبر اعلام خواهد شد. مبنای حاکمیت دائمی را می‌توان در دیدگاه‌ها و نظریات چند تن از مفسران مشهور در حمایت از مفهوم حاکمیت دائمی، یافت.

به موجب این نظریه "تعریف حاکمیت به طور دائمی، متضمن این معناست که دولت میزبان هرگز صلاحیت قانونی خویش را در تغییر وضعیت یا روش اکتشاف منابع نفتی، صرف نظر از هر گونه ترتیبی که ممکن است اتخاذ شده باشد، از دست نمی‌دهد. دولت‌های صاحب نفت که به اهمیت و ارزش این مال حیاتی (نفت) واقف شده بودند، قراردادهای نفتی را تابع حقوق داخلی خود می‌دانستند و به دنبال تثبیت نقش و اثر "حاکمیت دولت" به عنوان نماینده و حافظ منافع عمومی در این قراردادها بودند. به عقیده این دولت‌ها، قراردادهای نفتی از نوع قراردادهای اداری است و تعهدات طرف دولتی در قراردادهای نفتی تا جایی است که مانع از اعمال حق حاکمیت و مالکیت دولت بر نفت به عنوان مهم‌ترین منبع طبیعی متعلق به مردم که توسعه اقتصادی کشور و رفاه مردم وابسته به آن است، نشود. بنابراین اگر بین حقوق خصوصی شرکت خارجی طرف قرارداد و حق حاکمیت دولت تعارضی پیش آید،

حقوق دولت مرجع است. افزون بر این، به نظر دولت‌های صاحب نفت، حتی تعهد طرف دولتی قرارداد به پرداخت غرامت به شرکت خارجی مطلق نیست بلکه تابعی از همان حق حاکمیت دولت و منافع عامه است و تنها تا جایی که پرداخت آن مقتضی باشد، لازم‌الرعايه است. در خصوص نظر اول باید ابراز داشت اصل لزوم، حکم اولیه است اما اصل حاکمیت ملی بر اساس حفظ مصلحت عمومی بوده و لذا حکم ثانوی است. در نتیجه در مقام اجراء حکم ثانوی مقدم بر حکم اولیه است. زیرا در غیر این صورت دیگر محلی برای اجرای احکام ثانوی باقی نمی ماند و اعتبار آن لغو و بیهوده خواهد شد و چون مقنن عمل لغو و بیهوده انجام نمی دهد لذا اصل حاکمیت ملی در مقام اجرا مقدم بر اصل اولیه لزوم قرارداد است و درج شرط مذکور در قرارداد فاقد ضمانت اجراء و اعتبار حقوقی است. شایان ذکر است بر اساس اصل ۵۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، بهره برداری از منابع نفتی و گازی یک امر کاملاً حاکمیتی محسوب می شود و دولت در این زمینه دارای حق انحصاری است. در رابطه با منابع نفت و گازی که کاملاً در محدوده سرزمینی ایران قرار گرفته است هیچ اختلافی وجود ندارد. اختلاف آنجا واقع می شود که میدانی به طور مشترک در محدوده سرزمینی دول مختلف قرار می گیرد. بر خلاف سایر منابع طبیعی از جمله زغال سنگ، سنگ آهن و... که حالت آنها به صورت جامد بوده و می توان آنها را بطور منصفانه مابین دولت‌ها تقسیم کرد، نفت و گاز به دلیل ماهیت سیال بودن نمی توانند آن گونه که در رابطه با سایر منابع طبیعی رفتار می شود در این رابطه هم رفتار شود. بطور مثال برداشت گاز یا نفت از میدانی مشترک توسط یکی از طرفین، می تواند کاملاً برداشت نفت و گاز طرف مقابل را تحت تأثیر قرار دهد. همان گونه که در میادین گاز پارس جنوبی که به صورت مشترک مابین ایران و قطر قرار گرفته است. حقوق بین الملل آن گونه که شایسته است به این مسأله نپرداخته است و آنچه که در حال حاضر راهگشا است صرفاً توافقات طرفین می باشد. البته معاهداتی در زمینه حقوق دریاها وجود دارد که مهمترین آنها معاهده ۱۸۹۱ حقوق دریاها می باشد که در رابطه

قراردادهای بالادستی نفت و گاز و چگونگی حل و فصل اختلافات در این قراردادها ◇ ۸۳

با منابعی که داخل و خارج از مناطق تحت حاکمیت دولت‌ها قرار گرفته است دارای قواعدی قابل توجه می‌باشد. بررسی اختلافات طرفین و منشأ آنها با توجه به آنچه که در نظام حقوق بین‌الملل و نیز در توافقنامه‌های دویا چند جانبه ذکر آن آمده است می‌تواند مانع از بروز اختلاف یا در نهایت حل و فصل‌کننده اختلاف باشد.

۵-۳. روش غیر قضایی

در مورد روش غیر قضایی هم باید گفت روش‌هایی که عموماً کشورها به منظور فیصله اختلافات میان خود از آنها استفاده می‌کنند را روش‌های بین‌الدول فیصله مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی، روش‌های غیر حقوقی یا دیپلماتیک می‌گویند. روش‌های حل و فصل غیرقضایی متداول بین دولت‌ها عبارتند از: مذاکره دیپلماتیک، پای‌مردی، میانجیگری، تحقیق و بالاخره سازش (محبی، ۱۳۸۵: ۳۱)

روش‌های بی‌واسطه یا مستقیم

روش‌های بی‌واسطه یا مستقیم شامل مذاکره و مشاوره یا نظر خواهی است که در ذیل عنوان می‌شود:

الف) مذاکره

مذاکره یک روش حل اختلافات است که در آن طرفین در مورد نتیجه‌های احتمالی مستقیماً با یکدیگر بحث می‌کنند و اغلب مواقع به طور طبیعی اتفاق می‌افتد. ممکن است مذاکره به عنوان یک بند در قرارداد برای حل اولیه اختلاف از قبل پیش‌بینی شود، اما حتی در صورت عدم وجود چنین شرطی، می‌توان از رویه‌های مذاکره نیز برخوردار بود. به طور کلی، طرفین نباید تنها به این مکانیزم متکی باشند، زیرا این یک واقعیت است که همیشه احتمال اینکه هیچ‌گونه نتیجه‌ای حاصل نشود، وجود دارد. از طرفی مذاکره می‌تواند قسمتی از روند حل اختلاف چند مرحله‌ای باشد، اما در این مورد باید یک برنامه زمانبندی مشخص وجود داشته باشد تا طرفین بتوانند بدانند

که هر مرحله چه زمانی پایان می‌یابد مذاکرات به عنوان ارزان‌ترین و «تجاری - دوستانه»ترین روش حل اختلاف محسوب می‌شود، به این دلیل که طرفین مستقیماً اختلافات خود را مورد بحث قرار می‌دهند و تلاش می‌کنند راه حلی را پیدا کنند که برای طرفین نفع داشته باشد. بنابراین مذاکره نیازمند همکاری کامل طرفین است تا برای رسیدن به حل و فصل اختلاف از احساسات منفی و دیدگاه‌های ثابت و غیر انعطاف‌پذیر اجتناب شود (Tmartin-2011-p:334)

ب) مشاوره یا نظر خواهی

یکی دیگر از روش‌های بی‌واسطه یا مستقیم مشاوره یا نظر خواهی است یعنی از کشورهای دیگر در رابطه با اختلاف نظر خواهی می‌شود مثلاً از کشورهایی که دو طرف قرارداد عضو آن هستند لازم به ذکر است در اختلافات ناشی از قراردادهای نفتی و گازی کمتر از این روش استفاده می‌شود و شاید بتوان علت آن را در عدم تمایل کشورها از مشخص شدن قراردادها و شرایط آن دانست.

روش‌های با واسطه یا غیر مستقیم

در مباحث ذیل به بررسی روش‌های با واسطه یا غیر مستقیم در حل اختلافات پرداخته می‌شود.

الف) پایمردی یا مساعی جمیله

هر گاه دو دولت یعنی طرفین قرارداد بالادستی نفتی نخواهند از طریق مذاکرات اختلاف خود را حل و فصل نمایند و یا مذاکرات به نتیجه مطلوب نرسد، دولت ثالث و یا یک سازمان بین‌المللی و یا سایر مقامات صلاحیت‌دار بین‌المللی که در اختلاف مستقیماً ذی نفع نیستند، می‌توانند تلاش‌ها و اقدامات لازم را برای حل و فصل اختلافات به عمل آورند.

در این روش شخص ثالث به طور جداگانه با هر یک از طرفین ملاقات نموده و راه‌هایی را برای کشاندن به پای مذاکره پیشنهاد می‌نماید. لازم به ذکر است این روش نیز غالباً در حل اختلافات سیاسی به کار می‌رود اما به دلیل این که از روش‌های با واسطه است و در برخی

قراردادهای بالادستی نفت و گاز و چگونگی حل و فصل اختلافات در این قراردادها ◇ ۸۵

مواقع امکان وجود این روش در اختلافات ناشی از قراردادهای بالادستی نفتی و گازی وجود دارد لذا در این جا عنوان می شود. می توان گفت این روش شباهت به روش مشاوره یا نظر خواهی که در قبل عنوان شد دارد اما در راهکارهای حل اختلاف به عنوان قسمتی از روش های غیر مستقیم عنوان شده است ضمناً لازم به ذکر است مساعی جمیله توسط دولت ثالث انجام می شود. طرفین رضایت دارد و شخص ثالث هیچ گونه دخالتی در ماهیت اختلاف ندارد و تنها زمینه را ایجاد می کند و حتی پیشنهادی ارائه نمی دهد.

ب) میانجیگری

میانجیگری، گفت وگو برای حل مسأله متنازع فیه بین طرفین اختلاف از طریق توافق، با چشم پوشی احتمالی از قسمتی از ادعاهای اولیه است. میانجیگری پیشینه ای طولانی دارد و سوابقی از آن را حتی در جوامع یونان قدیم، چین باستان و هند می توان یافت. ضمناً میانجیگری در جوامع مسیحی اروپا، به دلیل نفوذ معنوی پاپ سابقه طولانی داشته است.

اما میانجیگری به شکل کنونی و در قالب قراردادهای دو جانبه و چند جانبه از اواسط قرن نوزدهم رایج شد؛ مثلاً، در کنوانسیون ۱۸۵۶ پاریس، ماده ۲ مقرر می دارد: چنانچه اختلافی بین کشورهای امضاکننده (دولت عثمانی و دولت های اروپایی) رخ دهد، از طریق میانجیگری حل و فصل خواهند کرد. اساس آیین میانجیگری در کنفرانس های صلح لاهه (۱۸۹۹ و ۱۹۰۷) پی ریزی شد. در کنوانسیون ۱۹۰۷ آمده است: دولت ها باید قبل از توسل به زور اختلافات خود را با میانجیگری حل و فصل کنند.

در میثاق جامعه ملل، با توجه به اختیاراتی که طبق ماده ۱۵ میثاق به شورای جامعه ملل داده شده بود، این شورا بارها با توسل به شیوه میانجیگری اقدام به حل و فصل اختلافات بین کشورها کرد. در ماده ۳۳ منشور هم میانجیگری به عنوان یکی از طرق حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات آمده است.

میانجیگری در درجه اول اقدامی داوطلبانه است؛ یعنی کشوری را نمی‌توان ملزم به قبول میانجیگری کرد. در درجه دوم اقدامی فعال است. میانجی مشارکت فعالی در رفع اختلافات دارد و پیشنهادات لازم را برای حل و فصل اختلافات ارائه می‌دهد هم چنین میانجیگری لزوماً توسط دولت‌ها صورت نمی‌گیرد، بلکه سایر تابعین حقوق بین‌الملل (افراد و سازمان‌های بین‌المللی) نیز می‌توانند میانجی باشند. ضمناً میانجیگری با توافق کشورهای طرف اختلاف صورت می‌گیرد و طرفین اختلاف مکلف به رجوع به این شیوه نیستند، مگر آن که موافقتنامه‌ای بین آن‌ها باشد که رجوع به میانجیگری را الزامی کند. عمده‌ترین تفاوت مابین پایمردی و میانجیگری را می‌توان نحوه حضور شخص ثالث دانست چرا که در پایمردی شخص ثالث هیچ گونه دخالتی ندارد در حالی که در میانجیگری شخص ثالث پیشنهادهای ماهوی می‌دهند و این گونه دخالت در اختلافات ناشی از قراردادها دارد.

ج) سازش

فرایند حل و فصل مسالمت آمیز اختلاف بین‌المللی به وسیله شخص ثالث که از طریق ارجاع به یک کمیسیون دائمی و یا یک کمیسیون ویژه سازش که با توافق طرفین تعیین شده و وظیفه آن روشن ساختن واقعیات به طور عینی و بی طرف و صدور گزارش حاوی یک پیشنهاد ملموس برای حل و فصل می‌باشد. ضمناً قابل ذکر است که هر گاه سازش حاصل شد برابر مقررات سازش عمل خواهد شد. سازش عمدتاً بعد از اقامه دعوا صورت می‌گیرد و تا قبل از صدور رأی قاطع امکان دارد.

در خصوص سازش در محدوده بین‌المللی باید گفت به منظور حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی در برابر رویه‌های حقوقی داخلی، تلاش‌هایی در زمینه تدوین مقررات بین‌المللی در خصوص حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری صورت گرفته است که حاصل آن کنوانسیون بود که در سال ۱۹۶۵ در زمینه حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری میان دولت‌ها و اتباع سایر

قراردادهای بالادستی نفت و گاز و چگونگی حل و فصل اختلافات در این قراردادها ◇ ۸۷

دولت‌ها در واشنگتن منعقد شد. این کنوانسیون از ۲۳ اکتبر ۱۹۷۸ لازم‌الاجرا گردید. این کنوانسیون که زیر نظر بانک جهانی اداره می‌شود نظامی را برای سازش و داوری میان طرفین اختلاف در قراردادهای سرمایه‌گذاری طراحی کرده است که هدف آن حمایت از سرمایه‌گذاری در مقابل خطر سلب مالکیت است. سرمایه‌گذاران و کشور میزبان عضو این کنوانسیون می‌توانند اختلافات خود را طبق شرایط زیر به مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری که طبق کنوانسیون فوق تشکیل شده است ارجاع دهند.

اختلاف باید به سرمایه‌گذاری مربوط باشد هم کشوری که در آن سرمایه‌گذاری می‌شود و هم دولتی که سرمایه‌گذار تبعه آن است، باید طرف کنوانسیون مورد بحث باشند. سرمایه‌گذار و همین‌طور میزبان باید صلاحیت این مرکز را پذیرفته باشند. البته این مرکز خود به حل و فصل اختلاف نمی‌پردازد و تنها چارچوب حقوقی لازم برای چنین حل و فصلی را ارائه می‌کند که می‌تواند در قالب سازش یا داوری باشد.

(د) تحقیق

تحقیق یک روش مسالمت‌آمیز است که در مواردی به کار گرفته می‌شود که ریشه‌یابی یک اختلاف نیاز به بررسی کیفیت و چگونگی وقایع پیشین داشته باشد. تحقیق می‌تواند هم به عنوان تنها روش حل مسالمت‌آمیز اختلاف به کار رود و هم به‌طور هم‌زمان با سایر روش‌های حل اختلاف به کار گرفته شود. تحقیق می‌تواند بر اساس یک موافقتنامه دو جانبه برای حل اختلاف دو کشور توصیه شود و یا در معاهدات چند جانبه و همه جانبه پیش‌بینی شود. نحوه تشکیل کمیسیون تحقیق می‌تواند در برخی معاهدات توسط کشورهای عضو مشخص شود و در مواردی نیز طبق مقررات یک معاهده، رجوع یک جانبه یکی از اصحاب دعوا به کمیسیون تحقیق پیش‌بینی شده است. توسل به این شیوه اختیاری است و کمیسیون‌های تحقیق بین‌المللی با موافقت طرفین اختلاف، به موجب قرار دادهای خاصی تشکیل می‌شوند و

گزارشی که کمیسیون تحقیق ارائه می دهد هیچ گونه الزامی ندارد و اصحاب دعوا اختیار استفاده از آن و یا عدم توجه به آن را دارند هر چند که غالباً تلاش بر پذیرش می شود به ویژه آن که در صورت نپذیرفتن، در عرف بین الملل اعتبار آن ها کم می شود.

نتیجه‌گیری

صنعت نفت و گاز یکی از با اهمیت‌ترین صنایع در دنیا محسوب می‌شود و بالتبع دارای ارزش فراوانی در ایران نیز هست. فعالان این عرصه غالباً شرکت‌ها، سرمایه‌گذاران مشترک و دولت‌ها می‌باشند که به فعالیت‌های مختلفی مانند اکتشاف، بهره‌برداری و مواردی مانند آن می‌پردازند. گستردگی حوزه فعالیت طبیعتاً از موجبات بروز اختلاف می‌باشد و طرفین قراردادهای نفتی غالباً به دنبال مکانیزم مناسب در جهت حل و فصل این اختلافات می‌باشند که مکانیزم‌های حاکم بر حل و فصل اختلافات در قراردادهای بالادستی صنعت نفت و گاز ایران، شامل سه روش قضایی، شبه قضایی و غیر قضایی می‌باشد و از اصول و قواعد یکسانی پیروی می‌کنند که بعضاً در زمان انعقاد قرارداد پیش‌بینی می‌شود و از طرفی به صورت‌های روش‌های جایگزین که شامل مذاکره و مساعی جمیله می‌باشد در قراردادها در نظر گرفته می‌شود. داوری که یک روش شبه قضایی است امروزه بیش از هر زمان دیگر مورد استقبال جهانی قرار گرفته است. تا حدی که به ندرت می‌توان قراردادی راجع به تجارت و معاملات بازرگانی (داخلی و بین‌المللی) یافت که در آن حل و فصل اختلافات از طریق داوری پیش‌بینی نشده باشد و بدون شک این روش در قراردادهای نفت و گاز نیز می‌تواند راه‌گشا در حل اختلافات نفتی و گازی باشد. این روش دارای شرایط خاص و همچنین قطعیت در حل و فصل اختلافات بوده و ضمناً مبتنی بر رضایت بوده تا بتواند روابط قراردادی را در طول زمان بین طرفین حفظ کند و هم‌چنین این روش از نظر مالی نیز کارایی لازم را دارد و نتایج تحقیق تأییدی بر این مسأله بوده است. تاریخ داوری بین‌المللی، هم‌گام با حقوق قراردادهای نفت و گاز و تحولات آن است. مطالعه این تحولات و آرای داوری‌های نفتی به روشنی نمایانگر انعکاس معادلات سیاسی و اقتصادی داخلی و بین‌المللی و رابطه قدرت با ساختارهای حقوقی و قراردادی پذیرفته شده هر کشور در عرصه نفت و گاز آن است بدین نحو که با متحول شدن این معادلات، ساختارهای قراردادی

کشورهای نفت خیز در حال توسعه و شرکت‌های بین‌المللی نیز دچار تحول گردیده که حاصل آن زوال رژیم امتیاز و ظهور ساختارهای قراردادی گوناگون بوده است. یافته‌های این مقاله گویای این است که داوری بین‌المللی مهم‌ترین و کارآمدترین شیوه حل و فصل اختلافات ناشی از قراردادهای مربوط به نفت و گاز است و با توجه به اختلافات نظر سال‌های گذشته در ارجاع اختلافات ناشی از قراردادهای نفت و گاز به شیوه داوری بهتر است در حال حاضر به صورتی دقیق‌تر و قانونمندتر و با تکنیک‌های حقوقی بهره گرفته از تجربیات داوری و تحولات این صنعت جهانی پی‌گیری گردد.

منابع

۱. ابراهیمی، نصرالله و همکاران (۱۳۹۳) اصول قانونی حاکم بر قراردادهای خدماتی بالادستی صنعت نفت و گاز ایران، دوره سوم، شماره دوازدهم، پژوهشنامه اقتصاد انرژی ایران
۲. ابراهیمی، نصرالله، شیربجیان، محمد (۱۳۹۲) قراردادهای بالادستی نفت و گاز نظام جمهوری اسلامی ایران و تبیین دلالت‌های قانونی و الزامات قراردادهای جدید، سال سوم، شماره دهم، فصلنامه اقتصاد انرژی ایران، دانشکده اقتصاد علامه طباطبایی
۳. آریان کیا، رضا (۱۳۸۸) شروط داوری در سیر تحولات حقوقی قراردادهای بین‌المللی نفت و گاز، شماره چهل و دوم، سال بیست و ششم، مجله حقوقی بین‌المللی
۴. امانی، مسعود. (۱۳۸۹). حقوق قراردادهای بین‌المللی نفت تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق
۵. امین زاده، الهام، نیک بخش، علی (۱۳۹۴)، مطالعه تطبیقی حق دولت‌ها بر مالکیت و حاکمیت منابع نفت و گاز، شماره یک، دوره اول، نشریه مطالعات حقوق انرژی
۶. ایرانپور، فرهاد (۱۳۸۹) مبانی عمومی قراردادهای نفتی، فصلنامه حقوق، دوره سی و هفتم، شماره سوم، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران
۷. ایرانپور، فرهاد (۱۳۸۷) تحول قراردادهای نفتی از قراردادهای معاوضی به سوی قراردادهای مشارکتی، دوره سی و هفتم، شماره دوم، فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران
۸. بابا، زهرا (۱۳۹۵) نقش و جایگاه داوری در معاملات و اختلافات نفتی و گازی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد واحد الکترونیکی
۹. حیاتی، علی (۱۳۹۰) تحلیل حقوقی قراردادهای بالادستی صنعت نفت و گاز، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران
۱۰. سریر. فرزانه (۱۳۹۳) تحولات حقوقی-قراردادی قراردادهای بالادستی صنعت نفت و گاز ایران، تهران، انتشارات مجد

۱۱. شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۳) حقوق نفت و گاز، تهران، انتشارات میزان
۱۲. صاحب نظر، حامد و همکاران (۱۳۹۶) ارزیابی مالی اقتصادی قراردادهای جدید نفتی، مطالعه موردی فاز سوم، شماره بیست و هشتم، فصلنامه تحقیقات مدل سازی اقتصادی
۱۳. عامری، فیصل، شیرمردی، محمدرضا (۱۳۹۳)، قراردادهای امتیازی جدید و منافع کشورهای تولیدکننده نفت...، دوره ۲، ش ۶، پژوهشنامه حقوق خصوصی
۱۴. کاتوزیان، ناصر. (۱۴۰۱) حقوق مدنی، اموال و مالکیت، چاپ نهم، تهران، انتشارات گنج دانش
۱۵. محبی، محسن (۱۳۸۵)، رویه داوری بین المللی درباره غرامت، دعاوی نفتی، شماره ۳۵، مجله حقوقی دفتر خدمات بین المللی
۱۶. منظور، داوود و همکاران (۱۳۹۴) بررسی جایگاه حقوقی قراردادهای مشارکت در تولید در قوانین نفت کشور، مقاله ۶، دوره ۴، شماره ۱۵، پژوهشنامه اقتصاد انرژی ایران

- منابع لاتین

- 17- owoeye.y.land ownership in Nigeria(2002)olayinka.owoeye &co.legal
practitioners.nigeria.http://www.redmaf.com/pdf/landownership.
- 18- Warren E. Burger Reflection on the adversary system 27 Val. U.L. Rev 309 (1993) Available at www.scholar.valpo.edu/vulr/vol27/lss2/1
- 19- T. Martin, 'Dispute Resolution in the international energy sector: an
- 20- overview', JWELB(4), (2011),p. 334, available athttp://jwelb .oxfordjournals .org/

بررسی پیشگیری وضعی از قاچاق زنان و کودکان در اسناد بین‌المللی در مقایسه با حقوق جمهوری اسلامی ایران

حجت قلی زاده^۱



چکیده

قاچاق انسان، نوعی جرم سازمان یافته است که مبارزه با آن مستلزم اقدام همه جانبه بالاخص اتخاذ تدابیر تقنینی مؤثر و متناسب است. تحقیق حاضر براساس روش توصیفی - تحلیلی و بر پایه اسناد و منابع کتابخانه‌ای نگاشته شده است. یافته‌های پژوهش حاضر مبین این است که پروتکل پیشگیری، منع و مجازات قاچاق اشخاص به ویژه زنان و کودکان و سایر اسناد بین‌المللی، اولویت را به پاسخ‌های پیشگیرانه داده و مصادیقی از پیشگیری‌های اجتماعی، وضعی و پیشگیری کیفری در سطوح سه گانه اولیه، ثانویه و ثالث را مقرر کرده است. این در حالی است که قانون مبارزه با قاچاق انسان به پاسخ‌های پیشگیرانه اشاره‌ای نکرده و تنها از عمومات و اطلاعات قوانینی چون قانون اساسی، قانون ساختار نظام جامع رفاه و قانون پیشگیری از وقوع جرم برای پاسخ دهی برخی از مصادیق پیشگیری اجتماعی یا وضعی این جنایت کمک گرفته است. در قاچاق زنان و کودکان، آنچه که بیش از همه، به این بزه‌دیدگی دامن می‌زند، جنسیت و سن بزه‌دیدگان به منزله دو متغیر آسیب‌شناختی است. از دیدگاه بزه‌دیده‌شناسی، آسیب‌پذیری

۱. دانشگاه آزاد، واحد تبریز پست الکترونیک: Hojat3040@gmail.com

زنان و کودکان، ضرورت حمایت ویژه یا افتراقی از این دو گروه را ایجاب می‌کند. در همین راستا، در سطح بین‌المللی اقداماتی برای حمایت از این آماج‌های اصلی قاچاق انسان انجام شده است که تصویب پروتکل یکم الحاقی به کنوانسیون سازمان ملل برای مبارزه با جرم سازمان‌یافته فراملی نقطه عطف آن به شمار می‌رود. به رغم اقدام‌های بین‌المللی در زمینه حمایت از بزه‌دیدگان، قانون مبارزه با قاچاق انسان، هنوز برای تحقق حمایت مطلوب از زنان و کودکان قربانی این جرم کافی به نظر نمی‌رسد. در نتیجه، اصلاح قوانین داخلی در راستای شناسایی ملاک‌های بین‌المللی در این زمینه، و به‌ویژه تعمیم حمایت کیفری به سایر جنبه‌های حمایتی، ضروری به نظر می‌رسد.

واژگان کلیدی: قاچاق زنان، قاچاق کودکان، پیشگیری وضعی، اسناد بین‌المللی.

مقدمه و بیان مسأله

قاچاق انسان یکی از مهم‌ترین جنایت‌های سازمان یافته فراملی و در واقع چهره مدرن یکی از سیاه‌ترین جنایت‌ها (بردگی) در گذشته است که علاوه بر آثار اخلاقی و اجتماعی قابل توجه، رشد فزاینده‌ای دارد و در گذر زمان با انقباض و انبساط مفهومی همراه بوده است. گستردگی و پراکندگی مناطق مبدأ، واسطه و مقصد، قربانیان بی شمار و سود سرشار، این تجارت بی‌شرمانه را در زمره جرایم سازمان یافته قرار داده است. سالانه در حدود ۶۰۰ الی ۸۰۰ هزار کودک، زن و مرد از طریق مرزهای بین‌المللی قاچاق می‌شوند. در میان جرایم فراملی قاچاق انسان بیشترین افزایش را داشته است و در سال ۲۰۱۲ دست کم ۱۲۷ کشور را در معرض آسیب قرار داده است. (UNODC، ۲۰۱۲، Trafficking in person report) این تجارت پس از قاچاق مواد مخدر و اسلحه سومین جرم سودآور سازمان یافته است و چه بسا منفعت مادی حاصل از آن بیش از دو جرم نامبرده دیگر باشد، زیرا یک قاچاقچی می‌تواند اسلحه و مواد مخدر را تنها یک بار به فروش برساند اما این قربانیان از این قابلیت برخوردار هستند تا به دفعات بی‌شمار در معرض خرید و فروش قرار گیرند. در پیدایش و تداوم این پدیده عوامل بسیاری از جمله فقر، بیکاری، کم‌سواد، مهاجرت، ازدواج در سن کم، کودکی و بی‌توجهی دولت‌مردان نقش مهمی دارند. باور به برقراری ارتباط جنسی ایمن و عاری از خطر ابتلا به ایدز با کودکان نیز به این موضوع دامن زده است. (McIntosh، ۱۹۹۵: ۴۶) قربانیان این جرم عمدتاً متعلق به کشورهای فقیر، توسعه نیافته و در حال توسعه می‌باشند و مقصد، کشورهای دارای صنعت پررونق توریسم، ایالات متحده آمریکا و یا کشورهای ثروتمند همسایه می‌باشد. (Sanyal، ۲۰۰۳: ۱۰۴) قاچاقچیان زنان، کودکان و یا خانواده‌های آن‌ها را با وعده زندگی بهتر، کار و درآمد سرشار می‌فریبند. برای شکارچیان کودک، هندوستان گذرگاه امن قاچاق برای فحشا، کار با دستمزد ناچیز و یا تکدی‌گری به حساب می‌آید. هنوز بسیاری از زنان و دختران در کشورهایی

مانند هند، پاکستان، بنگلادش و نپال در فقر به سر می‌برند و از فرصت‌های برابر تحصیلی و اشتغال بهره‌مند نمی‌شوند. کشورهای بلژیک، آلمان، یونان، ایتالیا، بوسنی و هرزگوین، جمهوری چک، دانمارک، فرانسه، کوزوو، هلند، اسپانیا، سوئیس و بریتانیا عمده‌ترین مقاصد قاچاقچیان انسان در سال ۲۰۰۶ بوده‌اند. (Deb, ۲۰۰۵: ۱۲۰) یکی از اهداف عمده قاچاق کودک، استثمار اقتصادی و جنسی به صورت بیگاری و کار اجباری، تکدی‌گری، پورنوگرافی، توریسیم جنسی، فحشا، شرکت در مسابقات شترسواری، برداشتن اعضا و جوارح، شرکت در جنگ‌ها و مناقشات مسلحانه و یا فرزندخواندگی است. (Scarpa, ۲۰۰۸: ۱۰) شرکت کنندگان در این جرم متعلق به طبقات مختلف جامعه هستند. در برخی از موارد کودکان قربانی به وسیله کودکان همسن و یا بزرگ‌تر از خود فریب خورده و در دام قاچاقچیان اسیر می‌شوند. پدیده قاچاق انسان به انگیزه بهره‌کشی جنسی و یا بردگی و یا کار اجباری و یا برداشتن اعضا و جوارح، امروزه به یک معضل جهانی تبدیل شده و این قضیه باعث شده که اکثر کشورهای جهان اقدام به تصویب قوانین و اتخاذ تدابیری در زمینه جرم‌انگاری پدیده قاچاق انسان نمایند به طوری که اکثر کشورها به خاطر ارتباطی که این مسئله با کشورهای دیگر دارد با تشکیل کنفرانس‌ها و گردهمایی‌ها و با تصویب جلوگیری از جرم قاچاق انسان پرداخته‌اند. تا جایی که حتی سازمان ملل را مجبور به اتخاذ تدابیری در این مورد نموده در کنوانسیون‌های مختلف برای کاهش و یا جلوگیری از این اعمال زشت اقداماتی انجام شده است. ایران نیز که یک کشور اسلامی است بیش از پیش در معرفی معضلات ناشی از این جرم قرار گرفته از آنجا که ما مدعی اسلام و جامعه‌ای اسلامی هستیم بیشتر زیر ذره‌بین رسانه‌های خبری دنیا هستیم و در این مسئله نیز باید کوشاتر باشیم هرچند این مسئله در ایران جنبه تاریخی دارد چند سال اخیر به علت رشد فقر بیش از اندازه و رشد سایبری و فضای اینترنتی و وجود ماهواره و از بین رفتن حرمت‌های دینی در برخی خانواده‌ها و همچنین فضای کاذبی که توسط فیلم‌های شبکه‌های ماهواره به نمایش گذاشته می‌شود باعث شده عده‌ای بر این باور بیفتند که در کشورهای اروپایی

بررسی پیشگیری وضعی از قاچاق زنان و کودکان در اسناد بین‌المللی در مقایسه با حقوق جمهوری اسلامی ایران ◇ ۹۷

و آمریکایی زندگی مرفه راحت‌تر به دست می‌آید لذا در خانواده‌های از هم گسیخته و یا خانواده‌هایی با والدین معتاد و پرخاشگر باعث فرار دختران از خانه و یا فروش دختران توسط سرپرست خانواده آنها باعث گسترش زمینه‌های قاچاق و سودآور بودن آن برای قاچاقچیان بیشتر از گذشته، قاچاق دختران، زنان و پسران به انگیزه‌های مختلف را باعث شده است و در طول چند سال اخیر خبرهایی که دل هر انسانی را به درد می‌آورد. (وجدانی فر، ۱۴۰۰: ۱۲۲).

به خاطر اهمیت این موضوع و ضرورت اندیشیدن تدابیری فوری برای جلوگیری از پدیده قاچاق انسان لازم است که پژوهش‌هایی در این زمینه انجام شود تا با روشن کردن ابعاد فاجعه، راهکارهایی ارائه داده شود تا مسئولین در کاهش زمینه‌های به وجود آورنده این جرم اقدامات لازم را انجام دهند.

۱. واژه‌شناسی

۱-۱. تعریف قاچاق انسان

واژه قاچاق در لغت به معنی تردستی و کاری است که به طور پنهانی انجام می‌شود. این عبارت برگرفته از کلمه قامچاق به معنای فراری (ایمانی، ۱۳۸۶: ۴۰۱) در فرهنگ معین به معنای خرید و فروش غیر قانونی اجناس آمده است. هم‌اکنون عبارت "قاچاق انسان" در ادبیات حقوقی به معنای داد و ستد انسان مورد پذیرش قرار گرفته است. برخی با توجه به معنای لغوی استفاده از عبارت "سوداگری انسان" را مناسب‌تر می‌دانند، اما با توجه به ماهیت جرم و این واقعیت که انسان به عنوان کالا مورد خرید و فروش واقع می‌شود، به‌کارگیری کلمه قاچاق مناسب‌تر است و این جرم را در لفافه‌ای از الفاظ پنهان نمی‌کند. قانون مبارزه با قاچاق انسان مصوب ۱۳۸۳ ه. ش. مجلس شورای اسلامی جمهوری اسلامی ایران، قاچاق انسان را خارج یا وارد ساختن و یا ترانزیت مجاز یا غیرمجاز فرد یا افراد از مرزهای کشور با اجبار و اکراه یا تهدید یا خدعه و نیرنگ و یا با سوء استفاده از قدرت یا موقعیت خود یا سوء استفاده از وضعیت

فرد یا افراد یاد شده با هدف فحشا یا برداشت اعضا و جوارح، بردگی و ازدواج تعریف کرده است. تحویل گرفتن یا انتقال دادن یا مخفی نمودن یا فراهم ساختن موجبات اختفای فرد یا افراد مذکور پس از عبور از مرز با اهداف نامبرده نیز در این تعریف قرار می‌گیرد. متأسفانه این قانون تعریف جامعی از قاچاق انسان ارائه نداده است و آن را منحصر به مرزهای جغرافیایی کشور دانسته و قاچاق انسان از یک کشور به کشور دیگر را مورد بی‌توجهی قرار داده است. (نگهی مخلص آبادی، ۱۳۹۱: ۸۸). مجمع عمومی سازمان ملل متحد در سال ۱۹۹۴ م. قاچاق انسان را حرکت دادن و انتقال غیرقانونی و مخفیانه اشخاص در مرزهای ملی و بیشتر از کشورهای در حال توسعه و دارای اقتصاد در حال گذار با هدف غایی اجبار زنان و دختران به استثمار جنسی و اقتصادی و منتفع شدن قاچاقچیان و سندیکاهای جنایتکار و یا اهداف کار خانگی اجباری، ازدواج دروغین، استخدام پنهانی و فرزندخواندگی دروغین تعریف کرده است. بر اساس ماده سوم پروتکل پیشگیری، سرکوب و مجازات قاچاق اشخاص بویژه زنان و کودکان، سال ۲۰۰۰ م. (پروتکل پالمو، ۲۰۰۰) قاچاق انسان عبارت است از: استخدام، حمل و نقل، پناه دادن یا تحویل گرفتن اشخاص با هدف بهره‌کشی و به وسیله تهدید یا استفاده از زور یا دیگر اشکال اجبار و تحمیل، آدم ربایی، تقلب، فریب، سوء استفاده از قدرت یا تطمیع فردی که بر شخص دیگر کنترل دارد. بهره‌کشی می‌تواند به صورت بهره‌کشی جنسی، کار یا ارائه خدمات اجباری، بردگی یا رویه‌های مشابه بردگی، بیگاری یا برداشتن اندام‌های بدن باشد. کنوانسیون مشارکت منطقه‌ای اتحادیه جنوب آسیا (سارک) در سال ۱۹۹۷ میلادی قاچاق انسان را جرم شناخته، عنصر رضایت بزه دیده را منتفی دانسته و قاچاق زنان و کودکان را حرکت دادن و نقل و انتقال، خرید یا فروش زنان و کودکان برای فحشا در داخل و یا خارج از کشور می‌داند که با هدف به دست آوردن پول و یا عوض دیگر صورت می‌گیرد. (South Asian Association

for regional Cooperation (SAARC)، ۱۹۹۷)

۲-۱. تاریخچه وضع قوانین جهانی برای مبارزه با قاچاق زنان

نخستین سند بین‌المللی برای مقابله با قاچاق زنان مقاله نامه ۱۸ مه ۱۹۰۴ است، ولی از آن جا که در آن زمان هنوز برده داری به طور پراکنده وجود داشت، این مقاله نامه خالی از تعصبات نژادپرستانه نیست. عنوان کامل این مقاله نامه چنین است: «مقاله نامه بین‌المللی امضا شده در پاریس مورخ ۱۸ مه ۱۹۰۴ راجع به تأمین یک حمایت مؤثر علیه معاملات جنایات کارانه موسوم به خرید و فروش سفید پوستان». یکی از موضوع‌های جالب در این مقاله نامه، پرداختن به مسئله بازگرداندن زنان قاچاق شده به میهن است؛ به گونه‌ای که مواد ۳، ۴، ۵ از این مقاله نامه ۹ ماده‌ای به این موضوع اختصاص یافته است. از نکات جالب دیگر در این مقاله نامه این است که بازگرداندن زنان قاچاق شده یا فروخته شده، الزاماً با میل و خواست خود آنان باید صورت بگیرد و نمی‌توان این زنان را به اجبار از کشور مقصد اخراج کرد؛ در حالی که این ماده مترقیانه در سال ۱۹۰۴ در این کنوانسیون تصویب شده بود، رویه بسیاری از دولت‌ها حتی در حال حاضر خلاف آن است که همین خود یکی از موانع عمده معرفی داوطلبانه این زنان به نیروهای پلیس و دیگر نیروهای مجری قانون به شمار می‌رود. هم‌چنین در ماده ششم مفاد پیش‌گیرانه‌ای مطرح می‌شود تا اساساً قاچاق و خرید و فروش زنان رخ ندهد. براساس این ماده دولت‌های متعاقد در حدود قانونی تعهد می‌کنند که تا حدی که ممکن است مواظب ادارات و آژانس‌های مسافرتی و بنگاه‌های کاریابی که برای زنان و دختران در خارج کار پیدا می‌کنند، باشند. بیشتر عاملان قاچاق را همین بنگاه‌ها و آژانس‌هایی تشکیل می‌دهند که با وعده یافتن کار و شغل مناسب برای زنان در دیگر کشورها، عملاً آنان را به صورت برده خرید و فروش کنند.

این مقاله نامه نقص‌هایی داشت که برای رفع این نقص‌ها شش سال بعد، در ۴ مه سال ۱۹۱۰ قرارداد بین‌المللی دیگری تصویب کردند. مهم‌ترین نقطه ضعفی که در مقاله نامه پیشین وجود داشت، موضوع تعیین نشدن مقررات و مفاد مربوط به مجرمان قاچاق و خرید و

فروش زنان بود. همین امر موجبات عدم سرکوب این جرم را کاملاً فراهم آورد. برای رفع این نقص، در قرارداد جدید مقرر گردید که:

«هر کسی برای انجام هوی و هوس دیگری، زنی را ولو با رضایت خودش باشد یا دختر صغیری را برای فسق اجیر و جلب و یا از راه عفت منحرف سازد، ولو این که عملیات مختلف که مبانی جرم محسوب می‌شود در ممالک مختلف صورت گرفته باشد، باید مجازات شود.»

یکی از مهم‌ترین کمبودهای قرارداد دوم این بود که قاچاق‌زانی که برای کار اجباری و کار سخت یا ازدواج اجباری صورت می‌گرفت، از گستره این قرارداد خارج بود و از همه مهم‌تر این که وقوع جنگ جهانی اول تردیدهای جدی درباره اعتبار اسناد بین‌المللی که پیش از آن وجود داشت ایجاد کرد. از این رو، دولت‌ها تصمیم گرفتند تا در ۳۰ سپتامبر سال ۱۹۲۱ موادی را به قراردادهای گذشته ضمیمه سازند.

دو نکته جالب در این قرارداد وجود دارد: نخست این که بیشتر کشورهای مستقل جهان از جمله ایران، این قرار داد را امضا کردند و دوم این که در این سند، موضوع قاچاق منحصر به زنان سفید پوست نمی‌شد. سند بعدی که دوازده سال بعد از سوی دولت‌ها تصویب شد، قرارداد ۱۱ اکتبر ۱۹۳۳ بود. این قرارداد در ایران در تاریخ ۲۰ دی ۱۳۱۳ به تصویب رسید که «قرارداد بین‌المللی راجع به جلوگیری از این معامله نسوان کبیره» نامیده شد. علت تصویب این قرارداد این بود که در آن زمان، تجارت و قاچاق زنان در سطح جهانی چنان گسترده شده بود که جامعه ملل لازم دید تا سند دیگری تصویب و کمیته‌ای را به نام کمیته «معامله نسوان و اطفال» مأمور رسیدگی به این کار کند. با شروع جنگ جهانی دوم، بار دیگر تردیدهای جدی درباره اعتبار حقوقی اسناد بین‌المللی موجود صورت گرفت. این بار سازمان ملل متحد کوشید تا بار دیگر به وسیله پروتکل اصلاحی سال ۱۹۴۹، چهار سند پیشین را اعتبار ببخشد. در هفتمین نشست شورای اقتصادی - اجتماعی سازمان ملل متحد، شورا از دبیر کل درخواست کرد تا پیش نویس یک کنوانسیون جدید و فراگیر را برای سرکوب قاچاق زنان و کودکان و پیشگیری از روسپیگری

بررسی پیشگیری وضعی از قاچاق زنان و کودکان در اسناد بین‌المللی در مقایسه با حقوق جمهوری اسلامی ایران > ۱۰۱

تهیه کند تا چهار سند موجود (سابق الذکر) را برای سرکوب قاچاق زنان و کودکان یکپارچه سازد. سرانجام متن پیش نویس توسط شورای اجتماعی و اقتصادی به مجمع عمومی ارائه شد و مجمع آن را به تصویب رساند. اشکال این کنوانسیون این بود که برخلاف بسیاری از کنوانسیون‌های بعدی ملل متحد، تعریفی از واژه‌های کلیدی مثل «روسیگری» و «قاچاق اشخاص» ارائه نشده است. (رمضان نرگسی، ۱۳۸۳). معاهده مبارزه با جرایم سازمان یافته فراملی و ۲ پروتکل ضمیمه آن، یعنی پروتکل قاچاق انسان و پروتکل انتقال غیرقانونی مهاجران، در سال ۲۰۰۰ تدوین شد و به امضای حدود ۱۳۲ کشور رسید ولی تاکنون تنها در ۳ کشور تصویب شده است. این معاهده، تنها زمانی قدرت اجرایی خواهد یافت که دست کم در ۴۰ کشور تصویب شود.

۳-۱. تحلیل بزه‌دیدة شناختی قاچاق زنان و کودکان

قاچاق انسان یکی از جرم‌های سازمان یافته فراملی است که بیشترین بزه‌دیدگان آن را زنان و کودکان تشکیل می‌دهند. مهم‌ترین شاخص بزه‌دیدگی زنان و کودکان در قاچاق انسان، آسیب‌پذیر بودن این اشخاص، به اعتبار معیار جنسیت و سن است. پروتکل یکم کنوانسیون پالمو نیز از همان عنوان خود، بر همین اساس، ضمن جرم‌انگاری قاچاق انسان، بر سوژه‌های ویژه و اصلی بزه‌دیدگی این جرم (یعنی زنان و کودکان) تصریح و تأکید می‌کند. قانون مبارزه با قاچاق انسان در ایران، در این میان، ضمن شناسایی مطلق بزه‌دیدگان این جرم، تنها بر حمایت کیفری از آنان بسنده کرده و دیگر جنبه‌های مهم حمایتی را نادیده گرفته است. هر انحراف یا رفتاری که ارزش‌ها و هنجارهای یک گروه اجتماعی را تهدید کند، با واکنش اعضاء آن گروه مواجه می‌شود. از منظر جرم‌شناسی و بزه‌دیدة شناسی، بدون شناخت عوامل جرم‌زا و بررسی علل بزه‌دیدگی و عوامل آسیب‌پذیری، نمی‌توان به یافته‌ها و نتایج قابل قبولی در زمینه پیشگیری از بزهکاری و بزه‌دیدگی دست یافت. برای نمونه، می‌توان با شناسایی بزه‌دیدگان آسیب‌پذیر و

عوامل آسیب‌پذیری آنان، فرایند گذار از قصد به رفتار مجرمانه را با خنثی‌سازی یا کاهش زمینه‌های آسیب‌زا و عوامل آسیب‌پذیری، دشوارتر ساخت. در آسیب‌پذیر بودن زنان و کودکان در برابر قاچاق عوامل مختلفی مؤثر است. این عوامل، به دلیل ارتباط با ویژگی‌های زیستی- فیزیولوژیکی زنان و کودکان، به این دو گروه اختصاص دارد و علاوه بر جرم قاچاق، آنان را در برابر بسیاری از جرایم دیگر نیز آسیب‌پذیر می‌سازد. مطالعات گوناگون نشان می‌دهد که مبارزه مؤثر با قاچاق انسان، به‌ویژه زنان و کودکان، نیازمند یک رویکرد فراگیر و دربرگیرنده اقداماتی برای حمایت از بزه‌دیدگان این جرم است. این رویکرد فراگیر، که بر خلاف حقوق ایران، در پروتکل یکم کنوانسیون پالمو، پذیرفته شده است، افزون بر جنبه حمایت کیفری، باید دیگر جنبه‌های حمایتی (از جمله حمایت‌های پزشکی، عاطفی - حیثیتی و اجتماعی) را نیز دربرگیرد. اما در خصوص پروتکل اشاره به نکات زیر ضروری است. (رایجیان اصلی و ابراهیمی سنو، ۱۳۹۱: ۶۲). این پروتکل اگرچه یک سند حقوق بشری نیست، ولی با معیارهای حقوق بشر سازگار و هماهنگ است و اصول و ملاک‌های بین‌المللی در این زمینه را تأیید می‌کند. دوم، گسترش تعریف‌های پذیرفته شده در پروتکل، پیشرفت درستی است. بر این اساس، دولت‌ها با فهم درست از مفهوم تجارت در پرتو این کنوانسیون و پروتکل آن مؤثرتر از قبل می‌توانند در راستای مقابله با قاچاق انسان به‌ویژه قاچاق زنان و کودکان اقدام و همکاری کنند. با وجود این، یکی از کاستی‌های این پروتکل، فقدان ضمانت اجرا برای موارد حمایت از بزه‌دیدگان قاچاق انسان است. در واقع، این پروتکل بیشترین آزادی عمل را به دولت‌ها داده است و فاقد ضمانت اجرای مشخص برای حمایت از این بزه‌دیدگان است. ضعف دیگر پروتکل این است که راهکارهایی برای نحوه اعتراض و پیگیری بزه‌دیدگان در خصوص بزه‌دیدگی و بهره‌مندی از حمایت‌های پیش‌بینی شده ارائه نمی‌کند. به رغم این مسائل، باید گفت که پروتکل یکم پالمو توصیه‌های به نسبت جامعی برای حمایت از بزه‌دیدگان قاچاق انسان مطرح می‌کند که می‌تواند گام مثبتی و امیدوارکننده‌ای برای آینده‌ای بهتر به منظور حمایت از این بزه‌دیدگان باشد. در

بررسی پیشگیری وضعی از قاچاق زنان و کودکان در اسناد بین‌المللی در مقایسه با حقوق جمهوری اسلامی ایران ◇ ۱۰۳

قوانین ملی و فراملی، با تأثیر از تحولات بزه‌دیده‌شناسی، ملاحظاتی به منظور احقاق حق و تثبیت موقعیت بزه‌دیدگان و جبران خسارات و ترمیم عاطفی - روانی آنان در نظر گرفته شده است. در مورد زنان و کودکان بزه‌دیده قاچاق نیز در کنوانسیون مبارزه با جرایم سازمان یافته فراملی و پروتکل یکم الحاقی آن، مقرراتی برای حمایت از این بزه‌دیدگان پیش‌بینی شده است. علاوه بر این، در سطح منطقه‌ای نیز برخی از اقدامات در راستای حمایت از بزه‌دیدگان قاچاق زنان و کودکان به چشم می‌خورد. در ایران، تصویب قانون مبارزه با قاچاق انسان (۱۳۸۳) هر چند گام مؤثری در جهت حمایت از بزه‌دیدگان قاچاق انسان به شمار می‌رود. اما متأسفانه تمام جنبه‌های حمایت را مدنظر قرار نداده است و در واقع بیشتر بر حمایت کیفری مبتنی بر سزادهی تکیه کرده تا به دیگر جنبه‌های حمایتی.

۴-۱. پیشگیری وضعی از قاچاق انسان در ایران و اسناد بین‌المللی

در مقررات ایران، قانون مبارزه با قاچاق انسان به عنوان قانون خاص، متعرض پیشگیری وضعی از قاچاق انسان نشده، لیکن بر پایه عمومات و اطلاعات قوانینی چون ماده ۱ قانون پیشگیری از وقوع جرم، ماده ۱۱ قانون تأسیس وزارت اطلاعات، ماده ۱ قانون راجع به تعیین وظایف و تشکیلات شورای امنیت کشور، مواد ۵ - ۴ لایحه قانونی اختیارات استانداران، ماده ۴ قانون نیروی انتظامی، لایحه قانونی راجع به تشکیل سازمان بهزیستی کشور، مواد ۱، ۴، ۹ و ۱۳ قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی و هر شش قانون برنامه توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، می‌توان به این نوع از پیشگیری در حوزه قاچاق انسان پایبند شده و سازوکارهای آن را عملیاتی و اجرایی کرد. سیاست جنایی پیشگیرانه سازمان ملل و نهادهای وابسته به آن در قبال قاچاق انسان را می‌توان از کلیات و عمومات کنوانسیون الغای کار اجباری (۱۹۵۷)، کنوانسیون منع هرگونه تبعیض علیه زنان (۱۹۷۹)، کنوانسیون حقوق کودک (۱۹۸۹)، کنوانسیون مقابله با سوءاستفاده جنسی تجاری از کودکان (۱۹۹۶)، کنوانسیون منع و ضرورت

اقدام فوری جهت الغای بدترین اشکال کار کودکان (۱۹۹۹)، پروتکل اختیاری کنوانسیون حذف کلیه اشکال تبعیض علیه زنان (۱۹۹۹)، پروتکل اختیاری منظم به کنوانسیون حقوق کودک در مورد فروش، فحشا و پورنوگرافی کودکان (۲۰۰۰) و کنوانسیون بین المللی یوکوهاما در دومین کنگره جهانی مقابله با توريسم جنسی کودکان (۲۰۰۱)، برداشت کرد. کنوانسیون پالمو (۲۰۰۰)، رویکرد دوگانه‌ای را در ارتباط با شیوه مبارزه با جنایات سازمان یافته از جمله قاچاق انسان اتخاذ کرده که در کنار دیدگاه سرکوبگری، پاسخ افتراقی پیشگیرانه و توجه کافی به مبحث پیشگیری از این جنایات کرده است تا جایی که برابر بند الف ماده ۲ پروتکل نخست این کنوانسیون، پیشگیری از قاچاق انسان، به صراحت به عنوان یکی از اهداف اصلی آن قید شده است. (بیگی، ۱۳۹۷: ۹۶). در کنوانسیون ملل متحد علیه جنایت سازمان یافته فراملی، به پاسخ افتراقی پیشگیرانه اجتماعی و سازوکارهای پیشگیری وضعی از این جنایات هم در کنار رویکرد سرکوبگری توجه شده است. اهمیت پیشگیری در پروتکل پیشگیری، سرکوب و مجازات قاچاق اشخاص به ویژه زنان و کودکان تا جایی است که برابر بند الف ماده ۲، پیشگیری از قاچاق انسان، به صراحت یکی از اهداف اصلی آن قید شده است. این پروتکل از بخش‌های متعددی تشکیل شده که هر یک به موضوعی خاص می‌پردازد که بخش سوم آن تحت عنوان «پیشگیری، همکاری و دیگر مقررات» به شرح مواد ۹ الی ۱۳ به این موضوع مهم می‌پردازد. تخصیص پنج ماده از مجموعه بیست ماده‌ای، مبین جایگاه خاص پیشگیری و به ویژه تدابیر پیشگیرانه وضعی در سیاست جنایی سازمان ملل متحد است که در این پروتکل، به طور اختصاصی برای قاچاق انسان در نظر گرفته شده است. هرچند برخلاف کنوانسیون پالمو و پروتکل اول الحاقی آن، قانون مبارزه با قاچاق انسان به عنوان قانون خاص متعرض پیشگیری وضعی و سازوکارهای آن نشده، اما از عمومات و اطلاعات بند ۵ اصل ۱۵۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و قوانین عادی چون قانون پیشگیری از وقوع جرم، قانون تأسیس وزارت اطلاعات، قانون راجع به تعیین وظایف و تشکیلات شورای امنیت کشور، لایحه قانونی

بررسی پیشگیری وضعی از قاچاق زنان و کودکان در اسناد بین‌المللی در مقایسه با حقوق جمهوری اسلامی ایران ◇ ۱۰۵

اختیارات استانداران، قانون نیروی انتظامی، لایحه قانونی راجع به تشکیل سازمان بهزیستی کشور، قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی و هر شش قانون برنامه توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران می‌توان این نوع از پیشگیری را برداشت کرد و با تکیه بر آن مقررات، آموزه‌های جرم‌شناسی ناظر بر پیشگیری وضعی را نسبت به قاچاق انسان هم اعمال و اجرا کرد. (بیگی، ۱۳۹۷: ۹۷).

۵-۱. تأثیر جهانی شدن قاچاق انسان بر سیاست جنایی تقنینی ایران

اقدامات بین‌المللی صورت گرفته در مقابله با قاچاق انسان و امضا و تصویب آن به وسیله کشورهای جهان و جرم‌انگاری این پدیده با توجه به مندرجات اساسنامه دیوان بین‌المللی کفیری دلایلی محکم بر جهانی شدن این مقابله است. روند جهانی شدن بدون توجه به تمایل یا عدم تمایل دولت‌ها، بر وضعیت حقوقی و سیاسی کشورها تأثیر خواهد گذاشت. این تأثیر بر سیاست جنایی تقنینی ایران چه بوده است؟ در این جا هدف تنها بررسی تأثیرات جهانی شدن مقابله با قاچاق انسان بر قوانین جزایی است و بسط و توضیح قوانین در این مدخل نمی‌گنجد. سیاست جنایی هر کشور نمایانگر ارزش‌های مورد حمایت جامعه و راه‌های صیانت از آن است و قانون مجازات مصداق بارز و عملی آن است. مراجعه به این قانون در دهه‌های اخیر حاکی از این است که مسئله قاچاق انسان در قالب استعمار جنسی از مدت‌ها پیش متاثر از جامعه جهانی، مورد توجه قانون‌گذار بوده است. ایران همگام با جامعه جهانی اسناد ۱۹۰۴، ۱۹۱۰، ۱۹۲۱ و ۱۹۳۳ میلادی سازمان ملل متحد را در دوران پیش از انقلاب اسلامی به تصویب رسانید و در راستای اجرای آن‌ها نیز قوانینی وضع کرد. از آن جمله می‌توان به برخی از مواد قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ اشاره کرد. بر اساس ماده ۲۰۹ این قانون، ربودن و یا مخفی کردن کودکان ۱۵ ساله و یا کمتر از ۱۵ سال برای عمل منافی عفت و یا ازدواج جرم و قابل مجازات اعلام کرد و رضایت بزه‌دیده را در تحقق این جرم فاقد تأثیر دانست. در قسمتی دیگر از

این ماده آمده است هر کس به عنف یا تهدید و یا حيله اطفال کمتر از ۱۸ سال را برای عمل منافی عفت یا برای وادار کردن به عمل مزبور بر باید و یا مخفی نماید به ۵ سال حبس محکوم خواهد شد. به موجب بند ب همین ماده نیز هر کس به عنف یا تهدید و یا حيله شخصاً و یا به وسیله دیگری اطفال اناث کمتر از ۱۸ سال تمام را برای ازدواج با آنها بر باید یا مخفی کند به حبس تأدیبی سه سال محکوم خواهد شد. (نگهی مخلص آبادی، ۱۳۹۱: ۱۱۵). قانون گذار چند سال پس از توصیه کمیته شورای جامعه ملل مبنی بر وضع قوانینی با هدف جرم‌انگاری تسهیل فحشا زنان و قوادی، ماده ۲۱۱ قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۲ را تصویب کرد و به این ترتیب قوادی، واسطه‌گری در فحشا و دایر نمودن روسپی‌خانه را جرم و قابل مجازات اعلام نمود. بر اساس این ماده کسی که عادتاً افراد کمتر از ۱۸ سال را به فساد اخلاق و شهوت‌رانی تشویق کرده و یا آن را تسهیل کند، برای شهوت‌رانی غیر ببرد و یا او را وادار به رفتن کند و یا او را برای این مقصد اجیر کند و یا افراد ذکور و اناث را به اعمال منافی عفت وادار یا وسایل ارتکاب آن را فراهم سازد، قوادی کند، فاحشه‌خانه‌ای را دایر کند و یا زنی را برای شهوت‌رانی غیر اجیر نماید به حبس تأدیبی از ۶ ماه تا ۳ سال و به تأدیه غرامت از ۲۵۰ تا ۵۰۰۰ ریال محکوم می‌شود. این ماده به مفاد کنوانسیون ۱۹۴۹ میلادی سازمان ملل متحد پاسخ مثبت داده است و کلیه مفاد آن از جمله مقابله با بهره‌کشی از روسپی‌گری دیگران و قاچاق زنان به خارج از کشور با هدف استثمار جنسی را پوشش می‌دهد، اما در عمل هرگز به اجرا درنیامد (اشتری، ۱۳۸۵: ۲۰۷). بر اساس ماده ۲۱۳ این قانون هرکس درآمد حاصل از فحشای زنی را وسیله تمام یا قسمتی از معیشت خود قرار دهد به حبس تأدیبی از ۶ ماه تا ۳ سال محکوم خواهند شد. هرکس زنی را با علم به این که آن زن در خارج از کشور به شغل فاحشگی مشغول خواهد شد، برای رفتن به خارج تشویق کند و یا مسافرت او را تسهیل کند و یا او را با رضایت خودش به خارج از کشور ببرد و یا برای رفتن اجیر کند نیز به حبس تأدیبی از یک تا سه سال محکوم خواهد شد. این ماده قوادی، واسطه‌گری در فحشا و دایر نمودن روسپی‌خانه را جرم و قابل مجازات اعلام

بررسی پیشگیری وضعی از قاچاق زنان و کودکان در اسناد بین‌المللی در مقایسه با حقوق جمهوری اسلامی ایران ◇ ۱۰۷

کرد. این مواد صراحتاً به مسئله قاچاق انسان نپرداخته‌اند، اما متن آن حکایت از موضوع قاچاق انسان با هدف بهره‌کشی جنسی دارد. در این ماده به مسئله فراملی بودن نقل و انتقال قربانیان قاچاق و بی‌تأثیر بودن رضایت بزه‌دیده در تحقق جرم اشاره شده است که کنوانسیون پالمو که سال‌ها بعد منعقد شد، شباهت‌هایی با آن دارد. قانون تشدید مجازات ربایندگان اشخاص مصوب اسفند ماه سال ۱۳۵۳ از دیگر اقدامات قانون‌گذار است که در زمینه قاچاق انسان نیز قابل استناد است. این قانون یکی از کامل‌ترین قوانین در زمینه حمایت تشدید از اطفال در قوانین پیش از انقلاب است که در راستای اقدامات هماهنگ با جامعه بین‌الملل صورت گرفت. این قانون کودکان را با دسته‌بندی به اطفال کمتر از ۱۲ سال تمام، اطفال بین ۱۲ و ۱۵ سال تمام، اطفال کمتر از ۱۵ سال تمام و اطفال ۱۵ سال تمام مورد حمایت تشدید قرار داده است. این قانون ربودن افراد با هدف اخذ وجه، مال، انتقام و یا هر قصد سوء دیگر جرم شناخته شده و مستوجب مجازات اعلام کرده است. قانون‌گذار سن مجنی‌علیه را از عوامل تشدید مجازات دانسته است و در صورتی که سن مجنی‌علیه کمتر از ۱۵ سال تمام باشد، مجازات مرتکب را از حبس جنایی درجه ۲ از ۲ تا ۱۰ سال به حبس جنایی درجه ۱ از ۳ تا ۱۵ سال افزایش داده است. هتک ناموس و ایراد صدمات حیثیتی به کودکان نیز جرم شناخته می‌شود. (توحیدی فرد، ۱۳۸۰: ۴۳). پس از انقلاب اسلامی قانون مجازات اسلامی جایگزین قانون مجازات عمومی گردید. قانون‌گذار به جرایم و مجازات‌ها از زاویه‌ای دیگر نگرست و با توجه به حرمت جرایم جنسی، بدون تصریح به قاچاق انسان و فارغ از توجه به جنبه‌های گوناگون آن صرفاً مقابله با استثمار جنسی را مورد توجه قرار داد. از آن جمله می‌توان به ماده ۶۳۹ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۵ اشاره کرد. افرادی که مرکز فساد یا فحشا دایر یا اداره کنند، مردم را به فساد یا فحشا تشویق نموده یا موجبات آن را فراهم نمایند، به حبس از ۱ تا ۱۰ سال محکوم می‌شوند. این ماده تنها در مورد قاچاق انسان با هدف استثمار جنسی قابل اعمال است و مصادیق دیگر استثمار

اقتصادی از جمله کار اجباری، کار سخت خانگی، تکدی‌گری، قاچاق اعضا بدن و سایر اهداف غیر اخلاقی و مجرمانه را در برنمی‌گیرد.

ایران با پیوستن به کنوانسیون حقوق کودک در سال ۱۳۷۲ و به موجب ماده ۳۴ خود را متعهد کرد تا برای حمایت از کودکان در برابر انواع استثمار جنسی و اقتصادی، اقدامات ملی و دو یا چند جانبه اتخاذ نماید. هم چنین، یک بار دیگر متأثر از اقدامات بین‌المللی در مقابله با قاچاق کودکان هم جهت شد و قانون تصویب کنوانسیون ممنوعیت و اقدام فوری برای محو بدترین اشکال کار کودک و توصیه‌های مکمل آن را در سال ۱۳۸۰ تصویب و بدترین اشکال کار کودک را مواردی از جمله بردگی، خرید و فروش و قاچاق کودک، استفاده از کودک برای فحشا معرفی کرد. قانون‌گذار با الهام از کنوانسیون حقوق کودک و محو بدترین اشکال کودک، قانون حمایت از کودکان و نوجوانان را وضع کرد. به موجب ماده ۳ این قانون هرگونه خرید و فروش، بهره‌کشی و به کارگیری کودکان به منظور ارتکاب اعمال خلاف از قبیل قاچاق ممنوع و مرتکب حسب مورد علاوه بر جبران خسارات وارده به ۶ ماه تا ۱ سال زندان و یا به جزای نقدی از ۱۰ میلیون ریال تا ۲۰ میلیون ریال محکوم خواهند شد. با توجه به آثار زیانبار و در بسیاری از موارد جبران‌ناپذیر این جرم بر قربانی قاچاق و جامعه، مجازات پیش‌بینی شده شدت لازم را ندارد. افزایش قاچاق انسان در جهان منجر به نگرانی بیشتر جامعه بین‌المللی و اتخاذ اقدامات ملی و فراملی گوناگونی شد. مجلس شورای اسلامی نیز متأثر از نگرانی‌ها و تلاش‌های بین‌المللی و در کنار گزارش چندین مورد قاچاق انسان در ایران، در سال ۱۳۸۳ قانون هشت ماده‌ای "مبارزه با قاچاق انسان" را تصویب کرد. اگر چه ایران تا آگوست سال ۲۰۱۲ م. پروتکل پیشگیری، سرکوب و مجازات قاچاق اشخاص و بویژه زنان و کودکان سال ۲۰۰۰ م. سازمان ملل متحد را امضا و تصویب نکرد اما قانون‌گذار با الهام از پروتکل نامبرده و تحت تأثیر آن قاچاق انسان را خارج یا وارد ساختن و یا ترانزیت مجاز یا غیرمجاز فرد یا افراد از مرزهای کشور به اجبار و اکراه یا تهدید یا خدعه و نیرنگ و یا با سوء استفاده از قدرت یا موقعیت خود یا سوء

بررسی پیشگیری وضعی از قاچاق زنان و کودکان در اسناد بین‌المللی در مقایسه با حقوق جمهوری اسلامی ایران ◇ ۱۰۹

استفاده از وضعیت فرد یا افراد یاد شده با هدف فحشا یا برداشت اعضا و جوارح، بردگی و ازدواج تعریف کرد. تحویل گرفتن یا انتقال دادن یا مخفی نمودن یا فراهم ساختن موجبات اختفای فرد یا افراد مذکور پس از عبور از مرز با اهداف نامبرده نیز در این تعریف قرار می‌گیرد. با وجود این که قانون مذکور در مقایسه با مقررات و قوانین پیشین نگاهی جامع‌تر دارد و دربرگیرنده مصادیق قاچاق با هدف استثمار اقتصادی و جنسی و مقاصد غیرجنسی از جمله ازدواج و قاچاق اعضای بدن نیز می‌باشد، اما مصادیق دیگر از جمله قاچاق با هدف فرزندخواندگی و یا شرکت کودکان در جنگ و درگیری‌های مسلحانه را دربر نمی‌گیرد. این قانون باز هم متأثر از پروتکل قاچاق سال ۲۰۰۰ پالمو تنها قاچاق انسان را در مرزهای فراملی مورد توجه قرار داده و تنها موارد قاچاق انسان را که با عبور از مرز (به صورت خروج از مرز و یا ورود به آن) صورت می‌گیرد، پوشش می‌دهد و به مواردی که این جرم درون مرز کشور و از یک منطقه به منطقه دیگر صورت می‌گیرد، بی‌توجهی کرده است. اگر چه قانون قاچاق انسان مصوب سال ۱۳۸۳ ه. ش. در زمینه مبارزه با قاچاق انسان و بویژه کودکان، گامی به جلو است اما در این قانون علاوه بر ایرادات بالا، خلأهایی به چشم می‌خورد که قابل اغماض نمی‌باشد. قانون‌گذار در سال ۱۳۸۶ نیز به منظور همراهی با جامعه بین‌المللی قانون الحاق دولت ایران به پروتکل اختیاری کنوانسیون حقوق کودک در خصوص فروش، فحشا و هرزه‌نگاری کودکان (۲۰۰۰ م.) را به تصویب رسانید و موارد گوناگونی از جمله استثمار جنسی و فروش کودک برای بهره‌برداری جنسی، کار اجباری و برداشتن اندام‌ها را ممنوع اعلام کرد. برای بررسی میزان تأثیر گذاری پروتکل پیشگیری و سرکوب قاچاق پالمو بر قانون مبارزه با قاچاق انسان به عنوان قانون مرجع در جرم قاچاق انسان در ایران به بررسی ارکان مادی و روانی این جرم پرداخته می‌شود. (نگهی مخلص آبادی، ۱۳۹۱: ۱۱۸).

۱-۶. حقوق زنان و کودکان بزه‌دیده قاچاق در فرایند عدالت جنایی

با پذیرش این واقعیت که بزه‌دیده کنش‌پذیر اصلی پدیده مجرمانه تلقی می‌شود و قبول این مسأله که این پدیده، گذشته از اخلال در نظم عمومی، در بسیاری از موارد، حقوق بزه‌دیده را نیز تضییع می‌نماید، متولیان سیاست جنایی ناگزیر باید بزه‌دیده را در روند عدالت جنایی به منظور جهت‌دهی دادرسی کیفری در راستای احقاق حقوق مداخله دهند.

مهم‌ترین حقوق زنان و کودکان بزه‌دیده قاچاق در فرایند دادرسی را می‌توان به شرح زیر بررسی کرد.

۱-۶-۱. ارائه دیدگاه‌ها و نگرانی‌های بزه‌دیدگان

یکی از ابتدایی‌ترین حقوق بزه‌دیدگان که می‌تواند زمینه را برای تحقق سایر حقوق‌شان نیز فراهم کند، حق آنان برای مطالبه کلیه خسارات (اعم از مادی، معنوی، عاطفی - حیثیتی...) و نگرانی‌هایی است که به بزه‌دیده وارد شده یا شاید در آینده وارد شود. زنان و کودکان بزه‌دیده قاچاق باید حق داشته باشند تا دیدگاه‌ها و نگرانی‌های خود را در مرحله‌های گوناگون فرایند دادرسی به‌ویژه درباره آثار جرم بر خود و زمانی که در منافع شخصی‌اش مؤثر است، بیان کند. این امر باعث می‌شود که مساعدت‌های مؤثرتری، با توجه به میزان آسیب‌هایی که به بزه‌دیدگان وارد شده است، نسبت به آنان اعمال شود. پروتکل یکم پالمو نیز در این زمینه پیش‌بینی می‌کند که: «هر دولت طرف پروتکل تضمین خواهد کرد که نظام حقوقی یا اداری داخلی خود تدابیری را در برداشته باشد که در موارد مقتضی به بزه‌دیدگان قاچاق اشخاص راهکارهایی را ارائه کند». کمک برای این که نظرات و نگرانی‌ها ارائه شود و در مراحل مناسب رسیدگی‌های کیفری در مقابل بزهکاران به گونه‌ای که به حقوق دفاعی آنان خدشه‌ای نزنند، مورد ملاحظه قرار گیرد.

(Palermo Protocol, ۲۰۰۲ Art ۶/B)

بررسی پیشگیری وضعی از قاچاق زنان و کودکان در اسناد بین‌المللی در مقایسه با حقوق جمهوری اسلامی ایران > ۱۱۱

آنچه که در مورد ارائه دیدگاه‌های بزه‌دیدگان قاچاق انسان، با توجه به پروتکل، اهمیت دارد این است که ابراز دیدگاه‌ها و نظرات بزه‌دیدگان نباید به حق متهمان در دفاع از خود خدشه‌ای وارد کند. از این اصل می‌توان به مثابه هم‌ترازی حقوق بزه‌دیدگان و متهمان در دادرسی عادلانه یاد کرد. (رایجیان اصلی، ۱۳۹۰: ۲۸۱).

۲-۶-۱. تأمین امنیت زنان و کودکان بزه‌دیده قاچاق

حمایت از بزه‌دیدگان قاچاق زنان و کودکان در برابر تهدیدها و اقدام‌های تلافی‌جویانه قاچاقچیان، یکی دیگر از حقوق مهم آنان است. از آنجا که این تهدیدها یا اقدامات تلافی‌جویانه در بزه‌دیدگان و خانواده‌شان احساس ناامنی ایجاد می‌کند و بزه‌دیدگان به دلیل ترس ممکن است اقدام به اقامه دعوا نکنند، ضابطان دادگستری موظف‌اند همه تدابیر لازم را برای ایجاد احساس امنیت در بزه‌دیدگان و خانواده آنان در برابر متهم و وابستگان او به کار بندند. یکی از جنبه‌های تأمین امنیت بزه‌دیدگان قاچاق، تأمین امنیت فیزیکی آنان است. این موضوع به صراحت در پروتکل یکم پالرمو پیش‌بینی شده است. طبق بند ۵ ماده ۶ این پروتکل: «هر دولت طرف پروتکل باید تلاش کند تا زمانی که بزه‌دیدگان قاچاق در قلمرو آن دولت حضور دارند، امنیت فیزیکی آنان را تأمین کند». در این بند، تأمین امنیت فیزیکی بزه‌دیدگان قاچاق به عهده همه دولت‌های متعهد گذاشته شده است و از این رو می‌تواند دولت ترانزیت طرف پروتکل را نیز در بر بگیرد. (Interpretive Notes، ۲۰۰۰: ۱۳) نابرابری بزه‌دیدگان قاچاق انسان و باندهای قاچاق، از حیث امکانات و قدرت، و همچنین موقعیت آسیب‌پذیر این بزه‌دیدگان ضرورت تأمین امنیت آنان را از طریق نهادهای دولتی در جایگاه ویژه‌ای قرار می‌دهد. تأمین امنیت این بزه‌دیدگان در برابر انتقام‌جویی‌های قاچاقچیان باعث می‌شود که بزه‌دیدگان در همکاری با مراجع تعقیب و رسیدگی هیچ تردیدی به خود راه ندهند.

۳-۶-۱. آگاه سازی بزه دیدگان قاچاق انسان از حقوق خود

آگاه سازی یا اطلاع رسانی یکی از آشکارترین حقوق عینی مادی بزه دیده و یکی از مهمترین راه‌های پاسخگویی به نیازهای وی تلقی می‌شود. بی‌گمان، شناساختن بزه‌دیدگان با حقوق قانونی خود، در بازیابی موقعیت اجتماعی آنان مؤثر است و می‌تواند از تکرار بزه‌دیدگی آنان جلوگیری کند. بر اساس نظریه فرصت جرم، بزه‌کاران، اغلب به شکار طعمه‌هایی می‌پردازند که خطرپذیری کمتری داشته باشند. به همین جهت، انسان‌های کم سواد و ناتوان و ناآشنا به قانون بیش از بقیه، آماج گزینش بزه‌کاران قرار می‌گیرند. در زمینه اطلاع رسانی به زنان و کودکان بزه دیده قاچاق، بند (ب) ۳ ماده ۶ پروتکل یکم پالمو، یکی از تدابیری را که دولت‌ها برای کمک مادی، روانی و اجتماعی به بزه دیدگان قاچاق باید اتخاذ کنند، اطلاع‌رسانی به بزه‌دیدگان به ویژه در خصوص حقوق قانونی خود دانسته است. در این راستا، دیگر سازمان‌های غیردولتی و بخش‌های جامعه مدنی نیز باید برای خدمات رسانی به بزه‌دیدگان مشارکت کنند. نکته دیگر این است که مشاوره و اطلاعات در خصوص حقوق قانونی بزه‌دیدگان قاچاق در دولت‌های پذیرنده باید به زبان قابل فهم خود بزه‌دیدگان ارائه گردد. زیرا مشکل عدم آشنایی قربانیان قاچاق به زبان کشور پذیرنده موجب می‌شود که آنها نتوانند از حقوق قانونی خویش به خوبی دفاع نمایند. همچنین، زنان و کودکان بزه‌دیده قاچاق فشار روانی زیادی را تحمل می‌کنند. بنابراین دادن اطلاعات و مشاوره به این بزه‌دیدگان در خصوص حقوق قانونی‌شان این اطمینان خاطر را به آنان خواهد داد که نیازهایشان شناسایی و جبران خواهد شد. (رایجیان اصلی و ابراهیمی سنو، ۱۳۹۱: ۵۳).

۴-۶-۱. فراهم کردن سازوکارهای جبران برای زنان و کودکان بزه‌دیده قاچاق

بزه‌دیدگی، اغلب با ورود ضرر و زیان به بزه‌دیده ملازمه دارد. اگرچه در برخی از جرایم ضررهای وارد شده بر بزه‌دیده از نوع معنوی است، ولی در بسیاری از موارد، بزه‌دیدگان به

بررسی پیشگیری وضعی از قاچاق زنان و کودکان در اسناد بین‌المللی در مقایسه با حقوق جمهوری اسلامی ایران ◇ ۱۱۳

صورت مستقیم و غیرمستقیم، متحمل ضرر و زیان مادی می‌شوند. ضررهای وارد بر بزه‌دیده، شامل مجموعه خسارت‌هایی است که از زمان رخداد جرم تا زمان رفع نسبی آثار آن، متوجه وی می‌گردد (توجهی، ۱۳۷۷: ۱۹۰). زنان و کودکان بزه‌دیده قاچاق نیز از نظر اقتصادی در وضعیت نابسامانی قرار دارند و همین نابسامانی اقتصادی در بسیاری از موارد آنان را به دام قاچاقچیان انسان می‌اندازد. همچنین، آنان ممکن است توسط قاچاقچیان مورد اغفال و کلاهبرداری واقع شده و دارایی خود را از دست بدهند. پس، با توجه به این که بزه‌دیدگان قاچاق انسان در صورت عدم تمکین از خواسته‌های قاچاقچیان هیچ‌گونه منبع درآمدی ندارند، حمایت مالی از ایشان ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است. در قسمت ج از بند ۳ ماده ۶ پروتکل الحاقی، «دولت‌های طرف پروتکل متعهد شده‌اند تا اجرای تدابیری را مورد ملاحظه قرار دهند که کمک مادی، روانی و اجتماعی به بزه‌دیدگان قاچاق انسان را فراهم سازد و در موارد مقتضی، سازمان‌های غیردولتی و دیگر نهادهای جامعه مدنی، نیز در این کمک مشارکت جویند»

۵-۶-۱. وظیفه کمیساریای عالی سازمان ملل متحد در امور پناهندگان و قاچاق انسان

وظیفه کمیساریای این است که تحت مأموریتی که توسط مجمع عمومی ملل متحد به کمیساریا واگذار شده، حفاظت بین‌المللی را برای پناهندگان فراهم کند و راه‌حل‌های دائمی را برای مشکلات آنها بیابد. براساس برخی از قراردادهای مجمع عمومی سازمان ملل متحد، مأموریت کمیساریا به مسائل مربوط به پناهندگان، پناهجویان، بی‌وطنان، پناهندگان بازگشت‌کننده و افراد بیجا شده داخلی بسط داده شده است. براساس دستورالعمل‌های کمیساریا درباره حفاظت بین‌المللی، «مشارکت این سازمان در این زمینه به طور اساسی دارای دو جنبه می‌باشد. اولاً، این دفتر مسئولیت دارد که از قربانی شدن پناهندگان، پناهجویان، بیجا شدگان داخلی، اشخاص بی‌وطن و سایر افراد به دست قاچاقچیان انسان جلوگیری کند. ثانیاً، این دفتر مسئولیت دارد که افرادی که قربانی قاچاق شده‌اند و همچنین این نگرانی را دارند که در صورت بازگشت

به کشور مبدأ خود تحت ستم قرار بگیرند یا افرادی که نگران قربانی شدن به دست قاچاقچیان هستند و درخواست بین‌المللی آنها تحت مفهوم پناهندگی تعریف شده در کنوانسیون ۱۹۵۱ و/یا پروتکل ۱۹۶۷ مربوط به وضعیت پناهندگان است، به عنوان پناهنده تشخیص داده شده محافظت بین‌المللی مربوطه را دریافت کنند. علاوه بر این، در خصوص دستورالعمل مربوط به افراد بی‌تابعیت، کمیساریا ممکن است قربانیان قاچاق را که بدون اسناد هویتی هستند در روند بررسی وضعیت تابعیتی شان حمایت کند، تا از احتمال بی‌تابعیتی آنها جلوگیری شود».

نتیجه‌گیری

اقدامات بین‌المللی بسیاری در زمینه مبارزه با قاچاق انسان، به ویژه زنان و کودکان در سطح بین‌المللی صورت گرفته است و از آن جمله می‌توان به کنوانسیون بین‌المللی ممانعت از قاچاق بردگان سفیدپوست (۴ مه ۱۹۱۰ م.)، قرارداد بین‌المللی الغای خرید و فروش زنان و کودکان (۱۹۲۱ م.)، قرارداد مربوط به بردگی و کار اجباری (۱۹۲۶ م.) در ژنو، کنوانسیون بین‌المللی جلوگیری از قاچاق زنان کبیر (۱۹۳۳ م.)، کنوانسیون ممانعت از قاچاق اشخاص و بهره‌کشی از روسپی‌گری دیگران (۱۹۴۹ م.)، کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان (۱۹۷۹ م.)، پروتکل الحاقی کنوانسیون مبارزه با جرایم سازمان یافته فراملی در زمینه پیشگیری، سرکوب و مجازات قاچاق اشخاص بویژه زنان و کودکان (پالرمو ۲۰۰۰) اشاره نمود. تشکیل دادگاه‌های بین‌المللی موردی و دیوان بین‌المللی کیفری و پذیرش اساسنامه آن توسط بسیاری از کشورها روند جهانی شدن حقوق کیفری را تحکیم بخشید. جنایات بین‌المللی بسیاری در قالب چهار دسته در صلاحیت رسیدگی این مرجع قضایی قرار گرفت که "جنایت علیه انسانیت" یکی از آنها می‌باشد. این جنایت به اشکال گوناگونی از جمله به بردگی کشاندن، برده‌داری جنسی، فحشا اجباری، هتک ناموس به عنف، خشونت‌های جنسی، زجر و آزار و دیگر اعمال غیرانسانی صورت می‌گیرد که در بسیاری از موارد اعمال همراه با قاچاق انسان از مصادیق بارز آن به شمار می‌آید. قاچاق انسان توسط دیوان بین‌المللی کیفری جرم انگاری شده و سه رکن قانونی، مادی و روانی سازنده آن بر اساس ارکان جرم جنایت بر ضد انسانیت قابلیت تشکیل دارد. به این ترتیب می‌توان ادعا کرد مقابله با قاچاق انسان جهانی شده است. سیاست جنایی تقنینی ایران نیز با پیوستن به برخی معاهدات و اقدامات جهانی و الحاق، تصویب و پذیرش آن‌ها از یک سو و تصویب قوانین و مقررات در راستای عملی ساختن تعهدات ناشی

از آن از سوی دیگر متأثر از جهانی شدن این مقابله بوده است. اسناد ۱۹۰۴، ۱۹۱۰، ۱۹۲۱ و ۱۹۳۳ و ۱۹۴۹ م. سازمان ملل متحد در دوران پیش از انقلاب اسلامی در ایران به تصویب رسید و قوانینی در راستای اجرای آن‌ها تهیه و تصویب شد. ایران با پیوستن به کنوانسیون حقوق کودک در سال ۱۳۷۲ و به موجب ماده ۳۴ خود را متعهد کرد تا برای حمایت از کودکان در برابر انواع استثمار جنسی و اقتصادی، اقدامات مدّی و دو یا چند جانبه اتخاذ نماید. هم چنین، یک بار دیگر متأثر از اقدامات بین‌المللی در مقابله با قاچاق کودکان هم جهت شد و قانون تصویب کنوانسیون ممنوعیت و اقدام فوری برای محو بدترین اشکال کار کودک و توصیه‌های مکمل آن را در سال ۱۳۸۰ تصویب و بدترین اشکال کار کودک را مواردی از جمله بردگی، خرید و فروش و قاچاق کودک، استفاده از کودک برای فحشا معرفی کرد. قانون‌گذار با الهام از کنوانسیون حقوق کودک و محو بدترین اشکال کودک، قانون حمایت از کودکان و نوجوانان را وضع کرد و متأثر از نگرانی‌ها و تلاش‌های بین‌المللی در سال ۱۳۸۳ قانون ۸ ماده‌ای "مبارزه با قاچاق انسان" را تصویب کرد. اگر چه ایران تا آگوست سال ۲۰۱۲ م. پروتکل پیشگیری، سرکوب و مجازات قاچاق اشخاص و بویژه زنان و کودکان سال ۲۰۰۰ م. سازمان ملل متحد را امضا و تصویب نکرد اما قانون‌گذار با الهام از پروتکل نامبرده و تحت تأثیر آن به تعریف قاچاق انسان پرداخت و تنها موارد قاچاق انسان را که با عبور از مرز صورت می‌گیرد، پوشش داد و به مواردی که این جرم درون مرز کشور و از یک منطقه به منطقه دیگر صورت می‌گیرد، بی‌توجهی کرد. ایران به اساسنامه دیوان ملحق نشده است و به این ترتیب یکی از واقعیت‌های حقوق بین‌الملل را نادیده گرفته است. به این ترتیب در این مبارزه بین‌المللی خود را از همکاری مرجع کیفری بین‌المللی محروم ساخته و جایگاه حقوقی خود را در جامعه بین‌الملل تضعیف کرده است.

می‌توان نتیجه گرفت، تهیه و تصویب اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای و پذیرش آن‌ها در سطح بین‌المللی از یک سو و تلاش دولت‌ها در جهت اجرای تعهدات ناشی از الحاق به اسناد و ورود

بررسی پیشگیری وضعی از قاچاق زنان و کودکان در اسناد بین‌المللی در مقایسه با حقوق جمهوری اسلامی ایران ◇ ۱۱۷

اصول و مواد پذیرفته شده به قوانین داخلی از سوی دیگر و جرم‌انگاری اعمال همراه با قاچاق انسان توسط یک مرجع قضایی بین‌المللی بیانگر جهانی شدن مبارزه با قاچاق انسان است. متأسفانه برخلاف وجود همکاری‌های بین‌المللی و اقدامات دولت‌ها در سطح ملی، قاچاق انسان رشد فزاینده، سود سرشار و متقاضیان بسیار دارد و هم‌چنان موجب نگرانی جامعه بین‌المللی است.

منابع

۱. اشتری، بهناز. (۱۳۹۰). قاچاق زنان، بردگی معاصر، تهران، نشر میزان، چاپ دوم.
۲. ایمانی، عباس. (۱۳۸۶). فرهنگ اصطلاحات حقوق کیفری، تهران، انتشارات نامه هستی، چاپ دوم.
۳. بیگی، جمال. (۱۳۹۷). پیشگیری وضعی از قاچاق انسان در ایران و اسناد بین المللی، فصلنامه پژوهش‌های اطلاعاتی و جنایی، سال ۱۳، شماره ۲، ۱۰۲-۷۷.
۴. بیگی، جمال. (۱۴۰۱). جرم قاچاق انسان؛ انقباض و انبساط مفهومی با تأکید بر نظام بین‌المللی حقوق بشر، مجله مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، دوره: ۱۳، شماره: ۲۶.
۵. توجهی، عبدالعلی. (۱۳۷۷). جایگاه بزه‌دیده در سیاست جنایی ایران، رساله دوره دکتری، رشته حقوق کیفری و جرم‌شناسی، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه تربیت مدرس.
۶. توحیدی فرد، محمد. (۱۳۸۰). فرآیند جهانی شدن حقوق کیفری، مجله مدرس علوم انسانی، شماره ۲۱، ۵۸-۳۷.
۷. رایجیان اصلی، مهرداد. (۱۳۹۰). بزه‌دیده‌شناسی، تحولات بزه‌دیده‌شناسی و علوم جنایی، تهران، انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، جلد ۱.
۸. رایجیان اصلی، مهرداد؛ ابراهیمی سنو، مجتبی. (۱۳۹۱). تحلیل بزه دیده شناختی قاچاق زنان و کودکان: با نگاهی به ملاک‌های بین‌المللی و مقررات ایران، دوفصلنامه دانش و پژوهش حقوقی، دوره اول، شماره ۱، ۶۶-۳۵.
۹. رمضان نرگسی، رضا. (۱۳۸۳). بررسی پدیده قاچاق زنان، مرکز پژوهش‌های صدا و سیما، چاپ اول.

بررسی پیشگیری وضعی از قاچاق زنان و کودکان در اسناد بین‌المللی در مقایسه با حقوق جمهوری اسلامی ایران ◇ ۱۱۹

۱۰. موثقی، احمد؛ اسفندیاری، گلپر. (۱۳۸۷). قاچاق انسان، بردگی جدید، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۷، ۳۱۲-۲۸۷.

۱۱. مهتدی، علی. (۱۳۹۶). پروتکل پالمو؛ تلاشی برای مهار قاچاق انسان، ماهنامه حقوق بشر، سال ۵، شماره ۱۵، ۲۹-۲۸.

۱۲. نگهی مخلص آبادی، مرجان. (۱۳۹۱). جهانی شدن مقابله با قاچاق انسان و تأثیر آن بر سیاست جنایی تقنینی ایران، فصلنامه مطالعات راهبردی سیاستگذاری عمومی، دوره ۳، شماره ۹، ۱۲۴-۸۷.

۱۳. وجدانی فخر، فاطمه. (۱۴۰۰). بررسی جرم شناختی قاچاق انسان (مطالعه موردی روسپی گری)، نشریه حقوق و مطالعات سیاسی، دوره ۱، شماره ۲، ۱۳۳-۱۲۰.

14. Beigi, Jamal (Fall 2017). Criminalization of Human Trafficking upon the Basis of International Criminal Court Constitution and its Related Challenges, *International Studies Journal*, 14(2), 33-47. Retrieved from: <http://isjq.net/fa/>

15. Deb, Sibnath. (June 2005). Child trafficking in South Asia: Dimensions, roots, facts and intervention, *Journal of social changes*, Vol 35, No 2.

16. Deb, Sibnath. (June 2005). process of child trafficking in West Bengal: A qualitative study, *Juornal of social Changes*, VOL.35, No.2, p.119.

17. Interpretive Notes for the Official Records (Travaux Preparatoires) of the Negotiation of the Protocol, United Nations General Assembly, 3 November 2000, available at:

http://www.unodc.org/pdf/crime/final_instruments/383a1e.pdf.

18. McIntosh, A. (1995). Asian child prostitution on rise despite New Laws, Journal of International association of Physicians.AIDS Care I(10): 46.
19. Protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children, supplementing to united nations convention against transnational organized crime, (Palermo 2000)
20. SAARC convention on preventing and combating trafficking in women and children for prostitution 1997.
21. Sanyal.S. (May-Aug 2003). Measures to prevent trafficking of women and children in South East Asia, Indian Journal of Criminology & Criminalistics, Vol, XXIV, No. 2.
22. Scarpa, Silvia. (2008). Trafficking in Human Being: Modern Slavery, Oxford University Press.
23. South Asian Association for regional Cooperation (SAARC) convention on preventing and combating trafficking in women and children for prostitution 1997.
24. Trafficking in women and children: Mekong sub-Region, p.2, produced by UNIFEM.

تحلیل قضاوت زنان در فقه اسلامی



فائزه محمدی^۱

چکیده

اشتغال یکی از حقوق فردی انسان‌ها است که در کشور ایران اصل بیست و هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران این موضوع را ذکر کرده است. منصب قضاوت یکی از ابعاد ولایت بوده و بنابر شریعت اسلامی از شئون فقیه است و قاضی باید اجتهاد داشته باشد و به همین سبب یکی از مناصب سیاسی نیز به شمار می‌آید. برای حضور زنان در این شغل بین فقهای اسلام اختلاف است و قضاوت زنان یکی از موضوعات فقهی است که اغلب فقها قائل به حکم عدم جواز آن هستند و منشا آن را سیره یا روایات ذکر می‌کنند، با این حال در عصر حاضر دیدگاه برخی فقها درباره قضاوت زنان تغییر داشته و معتقدند زمانی که رجال متخصص در جامعه حضور ندارند، به دلیل استناد برخی آیات قرآن از زنان متخصص واجد شرایط در زمینه قضاوت می‌توان بهره برد و قائل به حکم جواز قضاوت زنان شده‌اند. در این تحقیق به مباحثی چون

۱. faeze.mohammadi.id@gmail.com

دانشجو کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران؛ فائزه محمدی؛ دانش آموخته رشته حقوق و سطح ۲ (کارشناسی) حوزه علمیه

قضاوت زنان در فقه اسلامی، دلایل جواز و عدم جواز قضاوت زنان و نقد آن دلایل وهمچنین حق زنان در قضاوت اشاره شده است و نتیجه آن سلب عدم جواز قطعی قضاوت زنان از آیات قرآن کریم و روایات ذکر شده است. روش گردآوری اطلاعات این تحقیق، روش کتابخانه‌ای است، به طوری که با استفاده از کتب و مقالات به بررسی این موضوع پرداخته شده است و شیوه آن توصیفی است.

واژگان کلیدی: فقها، فقهای شیعه، قرآن، قضاوت، قضاوت زنان

مقدمه و بیان مسأله

در شروط ذکر شده قوانین انتخاب قاضی کشور جمهوری اسلامی ایران مصوب مجلس شورای اسلامی در اردیبهشت سال ۱۳۶۱ بیان شده که قاضی باید واجد شرایط ایمان، عدالت، تعهد عملی به موازین اسلام، وفاداری به نظام جمهوری اسلامی ایران، طهارت مولد، تابعیت ایرانی، عدم اعتیاد به مواد مخدر و دارا بودن اجتهاد یا اجازه از سوی شورای عالی قضایی و از میان مردان واجد شرایط انتخاب شود. به سبب این مصوبه اگر زنی واجد شروط ذکر شده فوق باشد نمی‌تواند قضاوت نماید زیرا شرط ذکوریت قاضی برگرفته از قول مشهور فقهاست که زن را شایسته قضاوت کردن ندانسته و برای اثبات نظرشان به ادله‌ای از کتاب (قرآن)، سنت، روایات، عقل و اجماع تمسک نموده‌اند و از طرفی فقهای هستند که با رأی مشهور فقها مبنی بر مخالفت با قضاوت بانوان، مخالفت کرده‌اند. همانطور که ملاحظه گردید در شروط تصویب شده قانون جمهوری اسلامی ایران در خصوص قضاوت اجازه به قاضی غیر مجتهد از سوی شورای عالی قضایی داده شده و این قانون برگرفته شده از دستور امام خمینی علیه السلام بنیانگذار نظام مقدس جمهوری اسلامی ایران می‌باشد که فرموده: «هر یک از اشخاصی که متصدی هستند اگر مجتهد عادل باشند، مستقلاً می‌توانند و چنانچه مجتهد نباشند، آن‌ها به تعیین مجتهد در یک زمانی که ما فاقد هستیم، افرادی که تمام جهات را مستجمع باشند، با تعیین مجتهد تصدی می‌کنند.»

باتوجه به اینکه در میان فقها شرط ذکوریت قاضی مورد اختلاف واقع شده و برخی در آن تشکیک داشته، برخی آن را رد می‌کنند و برخی دیگر آن را در کتب خود ذکر نکرده‌اند، لذا در جهت پاسخ به پرسش‌های مربوط به قضاوت و ورود زنان به این شغل، در این تحقیق به بررسی مبانی فقهی موافقان و مخالفان قضاوت زنان پرداخته شده که در این خصوص آیات مورد اختلاف، همچنین ادله مطرح شده از روایات، سنت، اجماع و عقل نیز مورد بررسی قرار گرفته

تا با نظر به نیازها، ویژگی‌های فقهی مطالب، سیر تاریخی نظرات، امکان تجدید نظر و بیان راه حل، بر مبنای علمی و مستند ارائه شود. لیکن باید گفت که با عنایت به گستردگی جوامع و حضور گسترده زنان در امور اجتماعی و اخذ پست و مناصب حساس از جمله نمایندگی مجلس، ریاست وزارت خانه‌ها و ادارت و...، همچنین رویارویی کشور با مجامع بین‌المللی چون سازمان ملل متحد و تأکید این سازمان‌ها بر ممنوعیت به کارگیری هر تبعیضی در اعطای پست‌های اداری و قضایی به اشخاص و پذیرش و تعهد این مبانی توسط کشور ایران در سال ۱۳۴۳، همچنان سال‌هاست که مسئله تبعیض شغل در ایران براساس جنس و مذهب مطرح بوده و این بیانگر آن است که حضور زنان در جوامع امروزی فعال‌تر از گذشته شده و این موضوع به صورت بین‌المللی هم مورد پذیرش بوده است. به همین سبب از لحاظ شرایط با آنچه در گذشته با آن مواجه بوده‌اند تفاوت‌های قابل‌بیانی دارد، لذا بایستی تدبیری اندیشه شود تا با داشتن راه‌حل‌های مؤثر از چنین تضادهایی کاسته شده و راه‌حل‌های ارائه شده نیز هم از لحاظ فقهی و هم از لحاظ اجتماعی مورد تأیید و سودمند باشد.

در زمینه قضاوت، آثار متعددی به زبان‌های فارسی و عربی نگاشته شده که بیشتر به جنبه حقوقی مسئله توجه دارد. بسیاری از این آثار، پایان‌نامه‌های دانشجویان است که تاکنون چاپ نشده‌اند. البته آثاری که چاپ شده، با توجه به رسالت خود با رویکرد خاصی، به این مسئله نگریسته‌اند.

در این باره کتاب «قضاوت و شهادت زن در مکاتب فقهی و حقوقی» به تالیف «محمد بهرامی خوشکار» به بررسی و مقایسه مکاتب فقهی درباره مبانی فقهی قضاوت زنان و شهادت زنان پرداخته است.

کتاب «قضاوت زن در مذاهب خمسسه» نوشته «فرشته خالص رنجبر» به بررسی اقوال مخالف از فقهای مذاهب اهل سنت و شیعه اثنی عشری درباره قضاوت زنان پرداخته است.

مقاله «قضاوت زن در فقه و قانون مدنی» به قلم «زهرا غفوری طالقانی» و «عاطفه لرجوری» به بررسی قضاوت زنان در قانون مدنی ایران پرداخته است.

مقاله «بررسی شرایط قاضی در فقه و حقوق اسلامی ایران» نوشته «بابک قربانی کله سر»، «علی غفاری» و «احمد شفایی مهر» شرایط کلی قاضی را مورد بررسی قرار داده است.

در مقاله «زنان و قضاوت» از «لیلا سادات اسدی» به طور مختصر مباحثی همچون پیشینه تاریخی قضاوت زنان و قضاوت زنان در حقوق مورد بحث و بررسی قرار گرفته است.

در این تحقیق نیز امید است با ارائه پژوهش‌های یافت شده در حوزه قضاوت زنان در فقه اسلامی گامی در جهت توسعه حضور ثمربخش بانوان مسلمان در عرصه‌های اجتماعی برداشته شود.

۱. مفهوم‌شناسی

۱-۱. مفهوم‌شناسی لغوی

کلمه قضا از ریشه قضی در لغت به معانی گوناگونی بیان شده، رأی، حکم، اراده و الزام و در زبان فارسی معنی مصدری این کلمه یعنی قضاوت مورد استفاده قرار می‌گیرد.

کلمه قضا در لسان العرب با معنای حکم ذکر شده و اصل آن قضای بوده که «ی» تبدیل به همزه شده است. قضاء، در لغت به معنای فیصله دادن است (ابن منظور ۱۴۱۴: ج ۱۵، ص ۱۸۶).

در اقرب الموارد به معنی فصل و حکم (شرتونی اللبنانی ۱۳۷۷: ج ۲، ص ۱۰۱۰) آمده است.

همچنین کلمه قضا در قاموس المحيط به معنی حکم کردن، پرداختن، پروا کردن، حجامت، قرض را دادن ذکر شده و قضاوت به معنی حکم کردن بین دو نفر یا بیشتر آمده است (فیروز آبادی، بی تا، ج ۴، ص ۳۷۸).

۱-۲. مفهوم‌شناسی اصطلاحی

قضاوت زنان را می‌توان طبق تعریف عام «قضاء» که در کتاب‌های فقهی بیان شده، به داوری کردن زنان میان مردم و صدور حکم برای رفع خصومت و اجرای عدالت و دفع ظلم توسط کسی که ولایت و اهلیت بر حکم را داشته باشد، تعریف کرد (انصاری ۱۴۱: ص ۲۲۷؛ نجفی ۱۴۰۴: ج ۴۰، ص ۸؛ خمینی ۱۳۷۹: ج ۲، ص ۴۰۴).

قضاوت زنان در قرآن کریم

یکی از پرسش‌های مهم حوزه قضاوت این است که اگر به طور مثال زنی واجد همه شرایط ضروری برای قضاوت باشد به طوری که از لحاظ علم و دانش و تقوا و درایت و دقت نظر از مردان حاضر بهتر و بالاتر و یا حداقل در درجه مساوی باشد، آیا به علت زن بودن به عهده گرفتن منصب قضاوت برای او حرام و غیر نافذ می‌شود؟

به نظر می‌رسد عده‌ای که چنین عقیده‌ای را بیان می‌کنند مخالف عقل و حکمت و عدل اظهار نظر می‌کنند و در دین مبین اسلام قانون مخالف عقل و حکمت پذیرفته نخواهد شد چرا که چنین امری عقلاً ظلم محسوب می‌شود. حضرت علی علیه السلام درباره موضوع فوق بیان می‌دارند: «احق الناس بهذا الامر اقواهم علیه و اعلمهم بالله امر فیه» (نهج البلاغه، مکارم، ۱۳۸۴: خطبه ۱۷۳، ص ۳۸۰).

یعنی شایسته‌ترین مردم برای زمامداری کسی است که برای اداره امور از همه تواناتر و به دستور خدا در این باره آگاه‌تر باشد. این امر اصلی عقلی و طبیعی و مطابق فطرت است که حضرت آن را ذکر کرده‌اند و نه تعبد و نه تخصیص در آن وارد نمی‌شود و در هیچ جایی به اصل کلی و فطری استثنا وارد نمی‌شود. این نکته حائز اهمیت است که طبق آیه شریفه «قل الروح من امر ربی...» (اسراء: ۸۵) روح انسان اصل و حقیقت اوست و روح ذکورت و انوشت ندارد

(جوادی آملی، ۱۳۸۲: ص ۷۶ و ۸۶) و تفاوت‌های طبیعی بین زن و مرد در اصل خلقت و جسم و حالات متفاوت روحی و جسمی طبق حکمت الهی است.

پس اگر زنی از مردان حاضر برای تصدی منصب قضاوت شایسته‌تر یا مساوی باشد و بتواند با حفظ حجاب و عفاف عمل کند، اگر بیان شود که او فقط به دلیل انوثن قضاوتش نامشروع و غیر نافذ است، نباید آن را به دین مبین اسلام که دینی مطابق فطرت بوده نسبت داد.

با این حال در قرآن کریم آیاتی که اشاره صریح به تصدی منصب قضاوت زنان و حکم جواز یا عدم جواز آن داشته باشد، وجود ندارد اما آیاتی که برخی فقها و صاحب نظران برای این موضوع به آن اشاره کرده‌اند عبارتند از:

۱. آیه ۳۴ سوره مبارکه نساء

«الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنِ اطَّعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا» (نساء/۳۴)

یعنی مردان سرپرستان زنانند به سبب اینکه: خدا آنان را بر زنان برتری داده است و دیگر اینکه مردان به زنان مهر می‌دهند و هزینه زندگی آنان را پرداخت می‌کنند. برخی از جمله مرحوم گلپایگانی برای حکم عدم جواز و منع قضاوت زنان به این آیه استناد کرده (گلپایگانی، بی تا، ج ۱، ص ۴۴) و بیان کرده‌اند: طبق عبارت «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ» سرپرستی و زمام امور اجتماعی چون قضاوت به قدرت عقل نیازمند بوده که این ویژگی مربوط به مردان است و قضاوت زنان غیر مشروع و غیر نافذ است (طباطبایی، ۱۳۶۱: ج ۴، ص ۳۶۵).

همچنین عده‌ای معتقدند آیه شریفه به ضمیمه قاعده اولویت دلیلی بر مشروع نبودن قضاوت زنان است؛ زیرا همانگونه که زن شایستگی تصدی سرپرستی محیط کوچک و محدود

خانواده را ندارد پس به طریق اولی شایستگی تصدی ولایت عامه و امور اجتماعی چون قضاوت را هم ندارد.

در پاسخ به این استدلال بیان می‌شود که اولاً آیه فوق به قرینه تعلیل دوم آن اختصاص به مبحث خانواده و زندگی زناشویی دارد (مطهری، ۱۳۹۱: ص ۷۶، ۷۷) نه حوزه اجتماع و مسأله زمامداری و قضاوت، زیرا طبق قواعد اصولی جمله «الرجال قوامون على النساء» اگر به تنهایی ملاحظه شود اطلاق و عمومیت دارد ولی دو موضوع انفاق و نشوز که در ادامه آن مطرح شده ظهور در عموم را سست نموده و اصطلاحاً باید آن را مصداق ما یصلح للقرینه دانست به طوری که تخصیص آن ثابت نیست اما احتمال مخصص بودن آن ظهور آیه در عمومیت را سست می‌کند و همچنین بیان اولویت ظنی فاقد اعتبار بوده و قطعی نمی‌باشد زیرا ممکن است در خصوص زندگی زناشویی مصالحی مطرح باشد که سرپرستی مرد در محیط خانواده را اقتضا کند اما درباره ولایت عامه و اموری چون قضاوت این مصالح در میان نباشد (کلپایگانی، بی تا، ج ۱ ص ۴۴).

فضل نیز در این آیه به معنای فزونی می‌باشد که به نظر می‌رسد به وجود برخی تفاوت‌های طبیعی میان زن و مرد مانند برتری مردان در قدرت بدنی یا امتیازهای حقوقی مردان مثل حق طلاق و فزونی سهم ارث می‌باشد (بستان و دهقان نژاد، ۱۴۰۰: ص ۹۳) و همچنین بیان این نکته نیز حائز اهمیت است که مقصود از «بعض» در بعضهم مردان هستند که خداوند به مردان در آفرینش توانایی‌های بیشتر روحی و جسمی عطا کرده تا سرپرستی زنان به عهده مردان باشد و مهر زنان را پردازند و هزینه زندگی آنان را به عهده بگیرند.

ثانیاً عبارت «وَمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ» در آیه شریفه به هزینه زندگی زن که همسر آن را پرداخت می‌کند، اشاره دارد و این موضوع ارتباطی به بحث ولایت عامه و امور سیاسی و قضاوت و نداشته و استدلال به آیه ذکر شده برای منع و عدم جواز قضاوت زنان مورد پذیرش نخواهد بود.

۲. آیه ۲۲۸ سوره مبارکه بقره

«... لِهِنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ...» (بقره/۲۲۸)

یعنی برای زنان به عهده مردان است مثل آنچه به عهده زنان برای مردان است و برای مردان بر زنان برتری هست. برخی ادعا کرده‌اند که عبارت «وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ» اطلاق و عمومیت دارد و برتری ذکر شده را به موضوع ولایت و قضاوت مرد ربط می‌دهند و قضاوت را برای زنان حرام و غیر نافذ تلقی می‌کنند. این استدلال نیز مردود به شمار می‌آید چون این آیه به زندگی زناشویی بین زن و مرد و حقوق آن دو نسبت به دیگری اختصاص دارد و بیان می‌دارد زن و مرد در حقوق نسبت به یکدیگر یکسانند اما مرد نوعی برتری نسبت به زن دارد که مقصود از آن برتری توانایی‌های متفاوت روحی و جسمی است که خداوند در آفرینش به مردان بیش از زنان عطا کرده است به طوری که زنان از نظر عاطفی بر مردان برتری دارند و مردان از نظر تفکر برتری دارند و به همین سبب وظایف اجتماعی را که نیازمند تفکر بیشتر و دوری از عواطف و احساسات است به عهده مرد گذاشته می‌شود (مروتی و زرگوش نسب، ۱۳۸۷: ص ۹) اما این موضوع اشاره به حکم شرعی نیست بلکه اشاره به امری تکوینی است. پس از آیه مذکور هم حکم به عدم مشروعیت قضاوت زن استنباط نمی‌شود.

۳. آیه ۳۳ سوره مبارکه احزاب

«وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى...» (احزاب/۳۳)

یعنی ای همسران رسول خدا ﷺ شما در خانه‌های خود بمانید و مانند زنان عصر جاهلیت خود را در اجتماعات ظاهر نسازید و به نمایش دادن خود نپردازید. برخی بر این باورند که چون طبق آیه مذکور به همسران پیامبر اسلام ﷺ دستور داده شده که مانند زنان عصر جاهلی، در جامعه ظاهر نشوند، پس نتیجه گرفته می‌شود که نباید زن در جامعه حضور داشته باشد و اگر زنی به تصدی منصب قضا رسد، مجبور است با مردان ارتباط و معاشرت داشته باشد و در

جامعه حضور یابد که شارع مقدس از این امر رضایت نداشته، پس زن نباید عهده‌دار منصب قضاوت شود. اما این استدلال هم فاقد اعتبار و صحت است زیرا این آیه به نهی از حضور همراه با حرکات خلاف عفت و حیا و اخلاق در جامعه‌ای چون عصر جاهلی پرداخته است و این بر منع قضاوت زن دارای شروط قضاوت با رعایت عفاف و حجاب دلالتی ندارد (صالحی نجف آبادی، ۱۳۸۳: ص ۲۳).

۴. سوره مبارکه زخرف/ ۱۸

«أَوْمَنْ يُنْشَأُ فِي الْحَلِيَّةِ وَهُوَ فِي الْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ»

یعنی آیا کسی را [شریک خدا قرار داده‌اند] که در زر و زیور پرورش یافته است و [هنگام] مجادله و بحث بیانش روشن نیست؟

برخی برای منع قضاوت زنان به آیه فوق استناد نموده‌اند که این آیه نیز دلالت قطعی بر ممنوعیت قضاوت زنان ندارد با این حال می‌تواند قول ممنوعیت را در حد شاهد تقویت کند (علاسوند، ۱۳۹۹: ص ۳۷).

۲. دیدگاه‌های فقها در باب قضاوت زنان

در باب حکم مشروعیت و جواز قضاوت زنان در بین فقهای شیعه اختلاف نظر وجود دارد؛ فقهای گذشته چون شیخ مفید و شیخ طوسی و ابن ادریس حلی در شروط قضاوت به شرط ذکوریت اشاره‌ای نکرده‌اند که می‌توان تصور کرد یا شرط مرد بودن در ذهن آنان ملغی بوده و یا مسلم بوده و به همین دلیل اشاره‌ای به آن نکرده‌اند (همان، ص ۳۷۲) از این میان امام خمینی (خمینی، ۱۳۷۹: ج ۲، ص ۶) آیت الله خویی (خویی، ۱۴۱۰: ج ۲، ص ۶) و صاحب جواهر (النجفی، ۱۴۰۴: ج ۴، ص ۱۲) به شرط ذکوریت تصریح کرده و قضاوت زنان را جایز نمی‌دانند و در ذکر شروط قضاوت علاوه بر بلوغ، عقل، ایمان، عدالت، اجتهاد، طهارت مولد و شروط دیگر، شرط ذکوریت را هم بیان کرده‌اند. از سوی دیگر، نعمت‌الله صالحی نجف‌آبادی، از پژوهشگران

تشیع، در کتاب قضاوت زن در اسلام، با خدشه در ادله مخالفان قضاوت زنان، معتقد به جواز و مشروعیت قضاوت زنان شده است (صالحی نجف‌آبادی، ۱۳۸۳: ص ۲۱-۵۱).

ملا احمد مقدس اردبیلی نیز از قضاوت زنان در بعضی موارد سخن گفته و بیان داشته‌اند که منع از قضاوت زنان در همه موارد دلیل واضحی ندارد، مگر اینکه اجماعی صورت گرفته باشد (الاردبیلی، مجمع الفائده و البرهان، ج ۲، ص ۱).

۲-۱. دلایل مخالفت فقها با قضاوت زنان

تعداد زیادی از فقهای شیعه و اهل تسنن، مخالفت خود را در باب قضاوت زنان مطرح نموده‌اند و دلایل خود را بعضی آیات قرآن کریم، روایات و احادیث، اجماع و اصل عدم ولایت دانسته که بعضی از آنان خواهیم پرداخت (موسوی اردبیلی، ۱۳۸۱: ج ۱، ص ۹۳-۹۵؛ مهرپور، ۱۳۷۹: ص ۲۲).

۱. آیات قرآن: افرادی از فقهای شیعه و مفسران با ذکر برخی آیات همچون آیه ۳۴ سوره نساء به حکم عدم جواز قضاوت زنان اعتقاد دارند. به طور مثال علامه طباطبایی، در تفسیر المیزان (طباطبایی، ۱۳۶۱: ص ۳۴۳) در تفسیر آیه فوق بیان داشته که سرپرستی و ولایت مرد بر زن تا دامنه حوزه اجتماعی هم کشیده شده و به خانواده اختصاص ندارد و اموری چون حکومت و قضاوت، باید به مردان سپرده شود (گلپایگانی، بی تا، ج ۱، ص ۴۴؛ شمس الدین، ۱۴۱۹: ج ۲، ص ۲۵۶).

۲. روایات: فقها به روایات متعددی استناد کرده‌اند که به ذکر برخی آنان بسنده می‌کنیم:

پیامبر اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «يَا عَلِيُّ لَيْسَ عَلَى النِّسَاءِ جُمُعَةٌ وَلَا جَمَاعَةٌ... وَلَا تَوَكَّلِي الْقَضَاءَ وَلَا تُسْتَشَارِي...» بر زنان نماز جمعه و جماعت واجب نیست... و قضاوت برای آن‌ها روا نیست و مورد مشورت قرار نمی‌گیرند (ابن بابویه، ۱۴۱۳: ج ۴، ص ۳۶۴)...

در روایت دیگری آمده «إِيَّاكَ وَ مُشَاوَرَةَ النِّسَاءِ إِلَّا مَنْ جَرَّبَتْ بِكَمَالِ عَقْلِ فَإِنَّ رَأْيَهُنَّ يَجْرُؤُ إِلَى النَّافِنِ وَ عَزْمُهُنَّ إِلَى وَهْنٍ...» یعنی از مشورت با زنان غیر از مواردی که به کمال

عقل آزمایش شده‌اند بپرهیزکه رأیشان ناقص و تصمیم آنان سست است.» (مکارم شیرازی، ۱۳۸۴: ص ۶۳۰).

در روایتی ذکر شده «... وَلَا تُطِيعُوهُنَّ فِي الْمَعْرُوفِ حَتَّىٰ لَا يَطْمَعْنَ فِي الْمُنْكَرِ» در خواسته‌های نیکو، همواره فرمانبردارشان نباشید، تا در انجام منکرات طمع ورزند (کلینی، ۱۳۶۷: ج ۵، ص ۵۱۷).

۳. **اجماع:** بعضی فقها اجماع را علتی برای مخالفت با قضاوت زنان مطرح نموده‌اند؛ (گلپایگانی، بی تا، ج ۱، ص ۴۴) به طور مثال شیخ مرتضی انصاری، فقیه و مرجع تقلید شیعه در قرن سیزدهم هجری، بیان نموده که اجماع دلیلی اساسی برای شرط ذکوریت قاضی است.

۴. **اصل عدم ولایت:** برخی از فقها به اصل عدم ولایت استناد برده و عدم جواز قضاوت زنان را برداشت کرده‌اند. یعنی معتقدند قضاوت یکی از شؤون ولایت به شمار می‌آید شخصی می‌تواند متصدی این شغل شود که از معصومین عَلَيْهِمُ السَّلَامُ اذن داشته باشد و در موارد تشکیک اعتبار قضاوت زنان به اصل عدم استناد کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۴۰، ص ۱۴-۱۵؛ موسوی اردبیلی، ۱۳۸۱: ج ۱، ص ۹۸).

۵. **عدم مناسبت تصدی منصب قضا با اشتغال زنان:** این شغل برای زنان شایسته نیست به دلیل اینکه شغل قضاوت نیاز به گفت‌وگو و صحبت کردن با مردان دارد، پس زنان نباید متصدی مقام قضاوت شوند.

۶. **تفاوت طبیعی زن و مرد:** زن و مرد همانگونه در تفاوت روحی با هم هستند، تفاوت جسمی هم دارند به طوری که جسم زن با توجه به مسؤولیت‌های اجتماعی و خانوادگی با جسم مرد تفاوت دارد. مغز و قلب آنان متفاوت است. مغز و قلب مرد حجم و وزن بیشتری دارد و در ریه نیز فرق دارند. زن طبیعتی غیر خشن داشته و در قیاس با مرد مقاومت کمتری دارد. برخی صاحب نظران معتقدند که همین تفاوت‌های جسمانی نیز و ضعیف‌تر بودن جسم دلیلی بر منع زن از مناصب سنگینی چون قضاوت است (مرتضوی، ۱۳۷۵: قسمت دوم).

۲-۲. نقد دلایل مخالفت فقها با قضاوت زنان

برخی صاحب نظران شیعی نظرات مخالفت قضاوت زن، مورد انتقاد قرار داده‌اند همانند محمدتقی مجلسی (مجلسی، ۱۴۰۶: ج ۱۲، ص ۱۹۱)، شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۱۵: ص ۲۲۹)، مقدس اردبیلی (اردبیلی، بی تا، ج ۱۲، ص ۱۵)، میرزای قمی (قمی، بی تا، ج ۲، ص ۵۹۸) و حسین علی منتظری (منتظری، ۱۴۱۵: ج ۱، ص ۳۳۹) به طور مثال آیه ۳۴ سوره نسا با توجه به دو موضوع انفاق و نشوز که در پی این آیه مطرح شده است را مصداق ما یصلح للقرینیه دانسته و احتمال مخصوص بودن آن را برای جلوگیری از ظهور آیه در عموم مکفی می‌دانند (بستان و دهقان نژاد، ۱۴۰۰: ص ۹۳).

عبدالله جوادی آملی، از فقهای شیعه، بیان می‌دارد که برهان قطعی برای شرط ذکوریت قضای بیان نشده و استناد به اجماع، با در نظر گرفتن استناد به چند صورت دیگر در این موضوع حجیت ندارد و همینطور استنادشان به روایت پیامبر اسلام ﷺ نیز با ضعف سندی مورد خدشه قرار می‌گیرد (جوادی آملی، ۱۳۸۲: ص ۳۴۸-۳۴۹) به طوری که اگر زن شروط لازم در قضاوت را مانند علم و عدالت به دست آورد، مطابق عقیده بزرگانی چون مقدس اردبیلی و میرزای قمی منعی برای قضاوت او نیست، مگر آنکه نیازمند عذری چون تماس با نامحرم لازم آید که در این صورت جوازی ادعا نمی‌شود (همان، ص ۳۵۲).

روایات زیادی از روایات وارده مورد استناد برای عدم مشروعیت نیز فاقد حجیت لازم بوده و به سبب اشکال‌های سندی و مناقشه‌های ذکر شده در دلالت آن‌ها قضاوت زنان را ثابت نمی‌کند. همچنین چنانچه اشاره شد موضوع ممنوعیت قضاوت زنان در متون فقهی گذشتگان نیامده و ممکن است ادعا شود که این حکم چنان نزد آنان روشن و واضح بوده که به آن تصریح نکرده‌اند و قید ذکوریت را ذکر نکرده‌اند اما گذشته از آن اگر در سخنان گذشتگان بر حکمی اتفاق نباشد، اجماع معتبری نزد فقها درباره آن صورت نگرفته است و اجماعی که در بعضی سخنان به آن پرداخته‌اند مدرکی است و به منزله دلیل مستقل اعتبار ندارد. بعضی از علمای معاصر پس از بیان اقوال مختلف فقها و نقد شهرت و اجماع یا نقد ادله روایی از نظر سندی و

دلالتی بیان می‌دارند که اگر اجماع قطعی در کار باشد، تصدی منصب قضا بر زنان ممنوع و اگر از تصدی زنان مفسده اخلاقی لازم آید، باز هم این منصب برای زنان ممنوع بوده وگرنه همه ادله اشتراط ذکوریت در قضا خدشه‌پذیر هستند (همان ص ۳۰۳-۳۰۴).

۳. موارد جواز تصدی منصب قضا توسط زنان

علی‌رغم رواج نظر عدم مشروعیت قضاوت زنان در بین مردم، امروزه حضور و فعالیت برخی زنان در مسئولیت‌های قضایی مشاهده می‌شود که به طور مثال در کشورهای اسلامی و غیر اسلامی چون پاکستان و افغانستان و اردن قضاوت زن به تصدی منصب قضا پرداخته و احکام ایشان نیز نافذ است. در ایران نیز بانوان، مناصبی چون قاضی تحکیم، دادیاری، قاضی مأذون و مشاور قضایی، که جمعی از صاحب نظران و فقها نظر به جواز فعالیت زنان در این عرصه‌ها داده‌اند را اشغال نموده و مشغول به خدمت می‌باشند (موسوی، بی تا، ص ۱۰۶-۱۱۰).

به طور مثال قاضی تحکیم شخصی است که از طرف امام معصوم علیه السلام به اذن عام منصوب نیست، ولی طرفین دعوا رضایت به قضاوت او دارند و بدون اجبار به حکم وی گردن می‌نهند (عمید زنجانی، ۱۳۷۷: ج ۳، ص ۵۲۹) با این حال افرادی چون جعفر سبحانی و مقدس اردبیلی عقیده دارند که تمامی شروط قضاوت در منصب قضاوت تحکیم هم لازم الاجراست (سبحانی، بی تا، ص ۱۱۰) اما در نظر مخالف آنان افرادی چون صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۴۰، ص ۲۷-۲۸) و شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۱۵: ص ۴۷) فقط شروط عام قضاوت یعنی بلوغ، عقل، اسلام و ایمان را در قضاوت تحکیم لازم الاجرا می‌دانند و شهید ثانی احتمال عدم شرطیت ذکوریت را مطرح نموده (جبعی عاملی، ۱۳۸۶-۱۳۹۸: ج ۳، ص ۷۰) و موسوی اردبیلی صراحتاً به عدم شرط ذکوریت در قضاوت تحکیم اشاره کرده‌اند (موسوی اردبیلی، ۱۳۸۱: ج ۱، ص ۱۲۷) و از دیگر موارد جواز، قضاوت مأذون زنان به معنای نصب زنان از طرف ولی فقیه با در نظر گرفتن مصلحت یا ترجیح اهم بر مهم است. (موسوی، بی تا، ص ۱۰۷) بعضی فقها نیز معتقدند، نایب امام معصوم و حتی خود معصوم

قادرند کسی را به تصدی منصب قضا درآورند که بعضی از شروط را ندارد (مقدس اردبیلی، بی تا، ج ۱۲، ص ۲۲-۲۳؛ انصاری، ۱۴۱۵: ص ۵۹).

۴. حق زن در قضاوت

سید محمد حسین فضل الله از علمای برجسته دین و از بزرگترین فقهای شیعه زن را از دیدگاه دین مبین اسلام در کتاب دنیای زن از ابعاد مختلفی تکمیل کرده و زن را در انسانیت کمتر از مرد ندانسته است. او با استناد به آیات قرآن کریم چون آیه ۳۲ سوره مبارکه نمل که قرآن کریم از ملکه سبا (بلقیس) سخن گفته و او را زنی می داند که در توازن عقل و خرد، قدرت برنامه ریزی و خردگرایی بالاتر از مردان بوده است (فضل الله، ۱۳۸۹).

زمانی که نامه حضرت سلیمان به ملکه سبا رسید، او گفت: «قالت یا ایها الملائة أفتونی فی امری... ما کنتم قاطعه أمرنا حتی تشهدون»

ای سران در کارم به من نظر دهید،... که بی حضور شما [تابه حال] کاری رافیصله نداده ام (نمل/۳۲)

ملکه خواهان مشورت با دیگران شد تا تصمیم صحیح تری اتخاذ کند و برای او روشن شود که آیا نامه از پادشاهی است که برای فساد در زمین آمده یا پیامبری است که آمده تا به حق دعوت کند؟

قرآن کریم ویژگی های مثبتی برای بلقیس به عنوان فرمانروا و زمامدار حکومت بیان نموده و موضعی منفی نسبت به اصل حکومت داری او یا شیوه آن اتخاذ ننموده است، پس آیا می توان گفت که زن به طبیعت خود، نمی تواند فرمان روایی و مدیریت اجتماع را در اختیار داشته باشد و از نظر عقلی کاستی دارد؟

واقعیت نیز نشان می‌دهد که گاهی زن از مرد، خردمندتر بوده و در علم و دانش، بر او برتری دارد. به طوری که زن همانند مرد می‌تواند به تربیت و تقویت عواطف و احساسات پرداخته و این امر با تمرین و اراده قوی، ممکن است.

همچنین معتقد است که همانطور که حضرت فاطمه زهرا علیها السلام در مسجد پیامبر صلی الله علیه و آله طی سخنرانی کوبنده‌ای، از اهداف اساسی اسلام دفاع کرد و به خانۀ مهاجران و انصار مراجعه می‌کرد تا شایسته‌تر بودن علی علیه السلام را برای خلافت ثابت کند و با خلیفۀ اول و دوم، ملاقات می‌کرده است، جایز است مردم در احکام شرعی خود به زن مجتهد جامع‌الشرایط رجوع کنند و چنین مطلبی روشن می‌کند که زن با رعایت ضوابط اخلاقی، می‌تواند در مسئولیت‌های اجتماعی و فرهنگی ورود نموده و مانعی وجود ندارد اما شرط آن این است که شایستگی بیشتری از مردان داشته باشد. پس نظر قاطعانه‌ای در خصوص قضاوت زن در فقه اسلامی بیان نشده است.

پس واضح است که دلیل قاطعی بر حرمت قضاوت زنان موجود نبوده و با در نظر گرفتن ضعف‌ها و اشکال‌های وارد شده به ادله قائلان به عدم جواز قضاوت زن می‌توان اظهار نمود که این برداشت عده‌ای از فقهای اسلام است و سبب می‌شود دانشمندان بی طرف خارج از محیط اسلام، حقوق دانان و بانوان مسلمان را نسبت به اسلام بدبین کند. پس می‌توان گفت دلیل علمی قانع‌کننده‌ای در مورد عدم جواز قضاوت برای بانوان ندارند زیرا ممنوعیت قضاوت برای بانوان از مسلمات اسلام نیست و بین فقهای اسلام در این مسأله اختلاف وجود دارد.

به حکم دلیل‌هایی که گفته شد انتخاب احسن این است که هر عالم آگاه از مبانی اجتهاد، چه مرد و چه زن می‌تواند در این مسأله اجتهاد کرده و به رأی خود عمل نماید. بنابراین اگر بانوانی در این باره اجتهاد کردند و به این نتیجه رسیدند که در اسلام قضاوت برای بانوان جایز و نافذ است می‌توانند، بلکه لازم است به رأی خود عمل کنند و در این مورد نمی‌توانند از فقهای که قائل به عدم جواز قضاوت زن هستند تقلید نمایند.

تصویب مشاورت قضایی برای بانوان مجلس شورای اسلامی در ۱۳۷۳/۲/۴ کلیات لایحه‌ای را تصویب کرد که تصدی پست‌های مشاورت قضایی را در همه دستگاه‌هایی که پست قضایی دارند با پایه قضایی برای بانوان تجویز می‌کنند.

اینکه مشاورت قضایی را برای بانوان تجویز کرده‌اند برای این است که دلیل شرعی بر منع آن وجود ندارد و اینکه قضاوت و انشاء حکم را برای بانوان تاکنون تجویز نکرده‌اند بدین علت بوده که تصور شده است ممنوعیت قضا از مسلمات فقه است ولی اگر نمایندگان مجلس و نیز فقهای شورای نگهبان بپذیرند و قانع شوند که دلیل قاطعی بر ممنوعیت قضاوت برای بانوان وجود ندارد و اجماعی که در اینجا ادعا شده حجت شرعی نیست. در این صورت انتظار می‌رود در آینده هم مجلس و هم شورای نگهبان رأی به جواز تصدی قضاوت و انشاء حکم قضایی برای بانوان واجد شرایط صادر فرمایند (روزنامه جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۳: ص ۱۴).

اگر بانویی که واجد شرایط قضاوت است و می‌تواند همه این مشکلات را تحمل کند و به خوبی از عهده قضاوت برمی‌آید و می‌خواهد داوطلبانه شغل قضاوت را انتخاب کند، نباید گفت عمل قضاوت برای او هم حرام است و هم غیرنافذ. زیرا دلیل شرعی قاطعی بر حرمت قضاوت زن وجود ندارد و از طرفی نسبت دادن حرمت قضاوت زن به شرع مقدس، عوارض منفی و مخرب در دیدگاه‌ها خواهد داشت، پس بهتر است پیشنهاد شود که شغل قضاوت برای بانوان شرعاً بلا مانع است و حرمتی برای آن به طور صریح ذکر نگردیده است.

نتیجه گیری

استدلال‌های برگرفته از آیات قرآن کریم و دیگر دلایل چون روایات معصومین (علیهم السلام) که برای اثبات منع قضاوت زنان مطرح شده، نمی‌تواند به طور قطعی دال بر عدم مشروعیت قضاوت زنان باشد.

همانگونه که اشاره شد اجماع مطرح شده از جانب بعضی فقهای شیعه درباره منع زنان از منصب قضا، اجماع مدرکی بوده و دلیل مستقلی به شمار نیامده همچنین کاشف رأی معصوم نیست، فاقد حجیت است و قابلیت استناد ندارد. پس با استناد به حکم اصالة الجواز، دلیل مقبولی بر ممنوعیت قضاوت بانوان وجود نداشته و بانوانی که در شروط قضا در مرتبه مساوی یا بیش از مردان هستند، جایز است متصدی منصب قضا شده و حکم عدم مشروعیت قضاوت زنان منتفی بوده و حکم صادره از آنان مشروع و لازم الاجرا خواهد بود. لذا نظریه عدم مشروعیت قضاوت زن دلیل قطعی در آیات و روایات نداشته و حکم به عدم جواز قضاوت زن صحیح نمی‌باشد.

منابع

۱. قرآن کریم
۲. نهج البلاغه با ترجمه فارسی روان، مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۴ هـ ش)، قم: انتشارات مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).
۳. ابن بابویه، محمد علی (۱۴۱۳ هـ ق) من لا یحضره الفقیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
۴. ابن منظور، جمال الدین (۱۴۱۴ هـ ق) لسان العرب، بیروت: دار صادر.
۵. اردبیلی، احمد بن محمد (بی تا) مجمع الفائده و البرهان، بی جا، بی نا.
۶. انصاری، مرتضی (۱۱۴۱۵ هـ ق) القضاء و الشهادات، قم، بی نا، چاپ اول.
۷. بستان، حسین، دهقان نژاد رضا (۱۴۰۰ هـ ش) زن در قرآن، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ سوم.
۸. جبعی عاملی، زین الدین (۱۳۸۶-۱۳۹۸) الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، بی جا، بی نا.
۹. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۲ هـ ش) زن در آینه جلال و جمال، اسراء.
۱۰. خمینی، روح الله (۱۳۷۹ هـ ش) تحریر الوسیله، قم: مطبوعات دار العلم.
۱۱. خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۰ هـ ق) تکلمه منهاج الصالحین، قم: مدینه العلم، چاپ بیست و هشتم.
۱۲. روزنامه جمهوری اسلامی ایران، ۱۵ اردیبهشت ۱۳۷۳.
۱۳. سبحانی، جعفر (بی تا) نظام القضاء و الشهادة، مؤسسه الإمام الصادق.
۱۴. شرتونی، سعید (۱۳۷۷ هـ ش) اقرب الموارد، اداره کل حج و اوقاف و امور خیریه.
۱۵. شمس الدین، محمد حسین (۱۴۱۹ هـ ق) تفسیر القرآن العظیم، بیروت: منشورات محمد علی بیضون.
۱۶. شیخ کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۶۷ هـ ش)، فروع الکافی، تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۱۷. صالحی نجف آبادی، نعمت الله (۱۳۸۳ هـ ش) قضاوت زن در فقه اسلامی، تهران: ناشر امید فردا.
۱۸. طباطبایی، سید محمد حسین (۱۳۶۱ هـ ش) المیزان، ترجمه: سید محمد باقر موسوی همدانی، تهران: انتشارات محمدی.

۱۹. علاسوند فریبا، (۱۳۹۹ هـ ش) زن در اسلام، قم: نشرهاجر، چاپ هشتم.
۲۰. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۷۷ هـ ش) فقه سیاسی، مؤسسه انتشارات کبیر.
۲۱. فضل الله، محمدحسین (۱۳۸۹ هـ ش) دنیای زن، تهران: واحد ترجمه دفتر پژوهش و نشر سهروردی.
۲۲. فیروز آبادی، محمد بن یعقوب (بی تا) القاموس المحيط، بیروت: دار العلم.
۲۳. قمی، میرزا ابوالقاسم (بی تا) رسائل المیرزا القمی، بی جا، بی نا.
۲۴. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۶۷) الفروع من الکافی، تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۲۵. گلپایگانی، محمدرضا (بی تا) کتاب القضاء، ج ۱، بی جا، بی نا.
۲۶. مجلسی، محمدتقی (۱۴۰۶ق) روضة المتقین، قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور، چاپ دوم.
۲۷. مرتضوی، سید ضیا (۱۳۷۵ هـ ش) «محقق اردبیلی و جواز قضاوت زن»، مجله پیام زن، شماره ۶۰.
۲۸. مروتی، سهراب، زرگوش نسب، عبدالجبار (۱۳۸۷ هـ ش) «قضاوت زنان در قرآن و سنت»، زن در توسعه و سیاست، شماره دو.
۲۹. مطهری، مرتضی (۱۳۹۱) زن و مسایل قضایی و سیاسی، تهران: صدرا.
۳۰. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۴ هـ ش) نهج البلاغه با ترجمه فارسی روان، قم: انتشارات مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۳۱. منتظری، حسین علی (۱۴۱۵ هـ ق) دراسات فی ولایة الفقیه، قم: نشر تفکر، چاپ دوم.
۳۲. موسوی اردبیلی، عبد الکریم (۱۳۸۱ هـ ش) فقه القضاء، قم: مؤسسه النشر لجامعه المفید علیه السلام، چاپ دوم.
۳۳. موسوی، محمد (بی تا) «قضاوت زن از دیدگاه فقه شیعه» بی نا.
۳۴. مهرپور، حسین (۱۳۷۹ هـ ش) مباحثی از حقوق زن، تهران: انتشارات اطلاعات.
۳۵. _____، «بحثی پیرامون قضاوت زن» مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۵-۲۶.
۳۶. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ هـ ق) جواهر الکلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم.

مصلحت‌ورزی و امکان تضعیف قانون اساسی و حاکمیت قانون



محمدامین تاشک^۱

چکیده:

در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران از یک طرف با حاکمیت قوانین و از طرفی دیگر با نهاد مصلحت‌رو برو هستیم. گاه مصلحت وارد دامنه قوانین می‌شود و حاکمیت قانون را تحت تأثیر قرار می‌دهد و گاه چهارچوب‌های قانونی از تأثیرگذاری مصلحت جلوگیری می‌کند و خود به نقش‌آفرینی می‌پردازد. باید به این مسئله نیز توجه داشت که مصلحت و حاکمیت قانون در واقع روبروی هم قرار ندارند و این دو نهاد در کنار هم برای رسیدن به غایت جامعه با یکدیگر همکاری می‌کنند. اما عدم تبیین دقیق نهاد مصلحت و همچنین قانون و حاکمیت قانون گاه زمینه سواستفاده از این دو واژه مهم را پدید می‌آورد. اهمیت طرح این مقاله در این مطلب است که گاه در تقابل مصلحت‌گرایی و لزوم پایبندی به نص مقررات و حاکمیت قانون، گاه واژه مصلحت در حاله‌ای از ابهام تفسیر می‌شود و گاه قانون تلاش می‌کند تا سلطه خود را بر مصلحت‌گرایی مستقر نماید.

واژگان کلیدی: مصلحت، حاکمیت قانون، مجمع تشخیص مصلحت نظام، تضعیف قوانین، قانون.

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی. پردیس فارابی دانشگاه تهران.

مقدمه و بیان مسأله

انسان‌ها همیشه سعی دارند که ارزش کارهای خود چه فردی و چه اجتماعی را از دریچه مصلحت بسنجند. مصلحت سنجی مختص به دین یا نظام حقوقی خاصی نیست و بنظر می‌رسد همه ادیات و مکاتب بدنبال تحقق مصالح انسان‌ها بوده‌اند. به تعبیر ویلیام جیمز فیلسوف پراگماتیست: مصلحت گرایی نامی است نو برای پاره‌ای از شیوه‌های کهن اندیشه. با توجه به اهمیت موضوعی مصلحت و مصلحت سنجی این واژه از دیرباز مورد توجه اسلام و بالتبع مورد توجه فقهای مسلمان نیز بوده است و یکی از عناصری که برای پاسخگویی به نیازهای فردی و اجتماعی انسان در اسلام پیش بینی شده است عنصر مصلحت می‌باشد. رفته رفته عنصر مصلحت بخصوص پس از پیروزی انقلاب اسلامی وارد ادبیات حقوقی ایران شد تا حدی که قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۱۱۲ صراحتاً از واژه مصلحت نام برد و نهاد مجمع تشخیص مصلحت نظام را ایجاد کرد. از طرفی دیگر دولت زمانی انتظام می‌یابد و مصالح جمعی ملت تأمین و حقوق فردی و اجتماعی آنها تضمین می‌شود که قانون، محور قرار گیرد. اهمیت قانون بقدریست که گزاف نیست اگر بگوییم علت تامه پیدایش حکومت، قانون است به گفته ارسطو: آنجا که قانون معتبر نباشد، نشانی از حکومت نیست چون در هر حکومتی قانون باید حاکم باشد پیش بینی نظام قانونگذاری در قوانین اساسی در راستای انحصاری کردن مراجع قانونگذاری است و اگر این نظام قانونگذاری خدشه دار شود شاهد تصویب قوانین معارض، موازی و متضاد و در نتیجه شاهد تضعیف قوانین خواهیم بود. همچنین یکی از اصول مهم حقوق عمومی، اصل حاکمیت قانون است که یکی از اندیشه‌های حاکم در حقوق اساسی مدون است که تقریباً تمام اندیشمندان حقوق و علوم سیاسی بر اصل وجود آن اجماع دارند. بنابراین ما در این مقاله از طرفی با مفهوم مصلحت که امریست بسیار مهم و اساسی و از طرف دیگر با مفهوم حاکمیت قانون و سلسله مراتب قوانین روبرو هستیم و در پی آنیم تا امکان اثرگذاری این دو مفهوم بر یکدیگر را بیابیم و مشخص کنیم:

اولاً: جایگاه مصلحت در نظام حقوقی ما کجاست؟

ثانیاً: آیا مصالح بر قوانین ترجیح دارند یا قوانین بر مصالح؟

ثالثاً: آیا با بکارگیری مصلحت قوانین تضعیف میشوند یا قوانین ابزار است برای تقویت مصالح؟

در این مقاله ضمن تبیین واژه مصلحت در فقه و نظام حقوقی ایران و همچنین تبیین واژه حاکمیت قانون، به بررسی روابط این دو نهاد با توجه به کارکرد مجمع تشخیص مصلحت نظام و جایگاه حقوقی آن در نظام جمهوری اسلامی ایران پرداخته خواهد شد و حدود و ثغور مصلحت اندیشی و همچنین امکان تضعیف قوانین توسط نهاد مصلحت بررسی خواهد شد. در این مقاله پس از اشاره‌ای به پیشینه ورود مصلحت به فقه و نهادهای حقوقی جمهوری اسلامی ایران با بررسی و پژوهش در قوانین بالادستی و سایر قوانین و همچنین باتوجه به فقه اسلامی، با تبیین واژه مصلحت به بررسی امکان یا عدم امکان تضعیف قوانین پرداخته‌ایم.

۱. واژه شناسی

۱-۱. معنای لغوی و اصطلاحی مصلحت

مصلحت بر وزن «مفعله» همان صلاح است که در نقطه مقابل فساد قرار دارد (ابن منظور، ۱۴۰۸ق. ج ۷. ص ۳۸۴). همچنین کتاب محیط المحيط مصلحت را به معنای «منفعت» دانسته است (بطرس البساطانی، ۱۹۷۷م. ص ۵۱۵). بنظر می‌رسد مصلحت از مفاهیمی است که نزد اهل عرف معنای روشنی دارد، لذا گاهی به منفعت معنا می‌گردد و گاهی در مقابل مفسده دانسته می‌شود (ارسطا، ۱۳۸۸. ص ۸۷). در هر حال مهم، تعریف شرعی مصلحت است. ابواسحاق شاطبی در تعریف مصالح دنیوی گفته است: مصالح دنیوی مایه قوام زندگی انسان و فراهم بودن وسایل رفاه و رسیدن به تمامی خواست‌های اوصاف شهوانی و عقلانی او (غرایز نفسانی و عقلانی) است، به گونه‌ای که شخص کاملاً مرفه (برخوردار از نعمت) گردد (ابواسحاق شاطبی، ۱۹۷۷م. ج ۲. صص ۱۶ و ۱۷). تعریف مصلحت از دیدگاه شرعی بدین

جهت دارای اهمیت است که شرع هر مصلحتی را معتبر نشمارده است. به عنوان مثال بسیاری از عقلا ربا را مصلحت آمیز دانسته و بانکداری را مبتنی بر آن می‌دانند، در حالی که شریعت مقدس اسلام، چنین مصلحتی را کاملاً مردود دانسته است (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا). بنابراین به این اعتبار مصلحت را به ۳ دسته تقسیم کرده‌اند: ۱) مصلح معتبر ۲) مصلح الغا شده ۳) مصلح مرسله. مصلح معتبر به این معناست که دلایلی بر اعتبار آن وجود دارد و شارع آن را معتبر دانسته است مثل مصلحت حد سرقت که مصلحت آن محافظت از مال مردم است. مصلح الغا شده یعنی دلیل بر الغای آن در شرع وجود دارد مثل ربا که ذکر شد. مصلح مرسله، مصلح رهاشده از نظر اعتبارند که شارع نه مصلحت آن را معتبر دانسته و نه الغای آن را اعلام کرده است بر این اساس در تعریف مصلح مرسله گفته‌اند: مصلحی است که با مقاصد شارع مقدس اسلام هماهنگ می‌باشد، ولی اصل خاصی بر اعتبار یا الغای آن دلالت ندارد (محمدابوزهره. ۱۳۷۷ق. ص ۲۶۱). در تعریف مصلحت شرعی نوشته‌اند: مصلحتی است که به حفظ دین، نفس، عقل، نسل و مال برگردد. زیرا این امور پنج‌گانه مایه قوام زندگی دنیایی انسان است و بدون آنها حیاتی که سزاوار انسان است، امکان ندارد (همان. ص ۲۵۹).

۲-۱. مصلحت در فقه اسلامی

مصلح مرسله را اکثر علمای اهل سنت به رسمیت شناخته‌اند و حتی برخی از اندیشمندان معاصر اهل سنت، حجیت مصلح مرسله را مورد اتفاق مذاهب اهل سنت دانسته‌اند. به نوشته اینان: اگرچه بسیاری گمان کرده‌اند که تنها امام مالک طرفدار مصلح مرسله می‌باشد، ولی اگر کسی کتاب‌های فقهی سه مذهب دیگر را مطالعه کند در می‌یابد که تمامی آنان در بسیاری از موارد، احکام اجتهادی را بر اساس مصلح مرسله استنباط می‌کنند.

نهایت اینکه به اسم مصلحت مرسله تصریح نکرده و آن را از مصادیق قیاس یا استحسان دانسته‌اند. بنابراین باید گفت مصلح مرسله یکی از منابع فقه نزد مذاهب چهارگانه اهل سنت

می‌باشد، مادامی که با تصرفات شرع، هماهنگ باشد. یعنی بدون اینکه دلیل معینی بر اعتبارش موجود باشد، شرع جنس آن را مصلحت معتبر شناخته باشد. البته امام مالک بیش از ائمه دیگر مذاهب به مصالح مرسله استدلال نموده است تا جایی که حجیت مصالح مرسله را به وی منصوب می‌کنند (احمد فراج حسین. ۱۹۹۰ م. ص ۱۳۶). اما در فقه امامیه بر خلاف تصور عموم که گمان می‌کنند مصلحت چندان شناخته شده نیست و یا حتی به غلط می‌پندارند که واژه مصلحت اولین بار توسط امام خمینی وارد ادبیات فقهی شیعه شد و گروهی را برای تشخیص مصلحت و جعل حکم بر اساس آن تعیین کرد (ر.ک: جهانگیر صلح پور. فرآیند عرفی شدن فقه شیعی. مجله کیان. ش ۲۴. ص ۲۱).

باید بیان داشت که این تصور صحیح نیست و مصلحت در فقه شیعه نیز سابقه‌ای نسبتاً طولانی دارد چنانکه شهید اول که از بزرگترین فقهای امامیه می‌باشد در کتاب گرانقدر القواعد و الفوائد در موارد متعددی به مصلحت و اقسام و اعتبار شرعی آن اشاره کرده است (ر.ک: شهید اول. القواعد و الفوائد. ج ۱. صص ۲۱۸ و ۲۲۰ و ۲۸۸ و ج ۲. ص ۱۲۸). همچنین رد پای مصلحت را می‌توان در قاعده «تقدیم اهم بر مهم» جست و جو کرد. بر اساس این قاعده، هنگام تزامن دو حکم شرعی که یکی دارای اهمیتی بیشتر از دیگری باشد، حکم اهم بر مهم مقدم می‌شود. در واقع به حکمی عمل می‌کنیم که مصلحت مهم‌تری از مصالح شارع را تأمین کند. اما با اینکه برخی از فقها به بیان جایگاه فقهی مصالح مرسله پرداخته‌اند و آن را حجت دانسته‌اند به عنوان نمونه علامه سید محمدتقی حکیم، مصالح مرسله را به سنت و دلیل و عقل ارجاع داده است (الاصول العامه للفقهاء المقارن. ص ۴۰۳) و سید محمدحسن مرعشی، مصالح مرسله را معتبر شناخته (مصلحت و پایه‌های فقهی آن. مجله حقوقی و قضایی دادگستری. ش ۶. زمستان ۱۳۷۱. صص ۳۸ و ۱۱)) بنظر برخی از فقها اشکالاتی بر مصالح مرسله وارد است که به این اشکالات نیز پاسخ داده شده است (ر.ک: ارسطا. همان. ص ۱۰۸) که با توجه به اینکه موضوع بحث ما امر دیگریست به این مسئله نمی‌پردازیم. اکنون لازم است کمی به مسئله قانون

و اصل حاکمیت قانون و پس از آن به رابطه مصلحت و قانون و امکان یا عدم امکان تضعیف قوانین توسط واژه مصلحت پردازیم.

۳-۱. مفهوم قانون و اصل حاکمیت قوانین

مفهوم قانون، قدمتی به درازای تفکر بشر دارد و عموماً قانون چونان احکام الزام آوری که برای تنظیم و سامان حیات جمعی وضع شده‌اند تعریف می‌شود (ابن خلدون. مقدمه).

اما در تعاریف جدیدتر قانون معمولاً به عنوان سیستمی از احکام شناخته می‌شود که از طریق مؤسسات اجتماعی یا دولتی ایجاد و الزام می‌شود تا رفتارها را تنظیم کند (Robertson. 90 Crimes against humanity) با این حال تعریف قانون یک بحث مفصل و طولانی است که اندیشمندان نظرات مختلفی در باب ارائه مفهوم قانون بیان کرده‌اند. اما از مهم‌ترین دستاوردهای حقوق عمومی نوین، ایده حاکمیت قانون است که هدف آن ضابطه مند نمودن نهاد حاکمیت و نهادینه شدن مجاری اعمال قدرت حکومت بر شهروندان است. در حال حاضر حاکمیت قانون یکی از مهم‌ترین مفاهیم مطرح شده در حوزه حقوق عمومی به‌ویژه حقوق اساسی شناخته شده و ارزشی جهان شمول دارد و حتی یکی از محک‌های ارزیابی نظام‌های حقوقی و سیاسی است (مرکز مالگیری. ۱۳۸۵. ص ۷). بطوری که هر نظام سیاسی و حقوقی در زمینه اوصاف حاکمیت قانون در مقام پاسخگویی و ارزیابی قرار گرفته است. بی شک اصل حاکمیت قانون، سنگ زیرین روابط بین دولت و ملت بشمار می‌آید به گونه‌ای که این اصل، الهام بخش مفاهیم و اصول دیگری از قبیل قانون اساسی گرایی (The Rule of law)، قانونیت (Concept) صلاحیت (Constitutionalism)، مسئولیت (Legality)، پاسخگویی (Jurisdiction)، کنترل قضایی (Responsibility) و تفکیک قوا و دیگر اصول و مفاهیم مرتبط است که به نوبه خود، بنیان حقوق اساسی و حقوق اداری و به تعبیری کلیه گرایش‌های حقوق عمومی را شکل می‌دهد. از سوی دیگر، از آنجا که مهم‌ترین کارکرد قانون، تنظیم روابط میان

دولت و مردم از طرفی و مردم با یکدیگر است، با پیچیده‌تر شدن دو نوع تعامل یاد شده، نقش قانون و بالتبع مفهوم حاکمیت قانون برجسته‌تر و قابل ملاحظه شده است.

۲. حاکمیت قانون و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

حاکمیت قانون در مضیق‌ترین حالت آن، تحدید قدرت و اختیارات زمامداران در چارچوب قوانین و مسئولیت آنها در صورت تخطی از این مقررات تعریف شده است که از لوازم آن تساوی همگان در برابر قانون می‌باشد که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز بر این مبنا تأکید شده است. اصل سوم ق. ا یکی از تکالیف اصلی دولت جمهوری اسلامی را محو هرگونه استبداد و خودکامگی و انحصارطلبی می‌داند و با وضع اصل ۱۰۷ با تبیین تساوی بالاترین مقام اجرایی کشور با دیگران، اصل حاکمیت قانون به وضوح مطرح شده است. اصول مختلفی در قانون اساسی، مبین وظایف و اختیارات مسئولین نظام است که می‌توان آنها را از جمله اصول مربوط به حاکمیت قانون دانست از جمله اصل ۱۱۰ و همچنین اصولی مثل ۷۱، ۷۲، ۱۱۳، ۱۲۵، ۱۲۸، ۱۳۳، ۱۳۸، ۱۴۰، ۱۵۶، ۱۷۰ و ۱۷۳ محدود و وظایف و اختیارات کارگزاران نظام اسلامی را تعریف کرده است. از جمله مبانی حاکمیت قانون، شناخت مسئولیت زمامداران در صورت تخطی از قوانین می‌باشد که در اصول متعددی از جمله اصل ۱۱۱، ۸۸، ۸۹، ۱۲۲، ۱۳۴، ۱۳۷ و ۱۴۰ بیان شده است. همچنین بارها بنیان‌گذار انقلاب اسلامی، امام خمینی و رهبر انقلاب اسلامی، آیت‌الله خامنه‌ای بر اصل حاکمیت قانون تأکید داشته‌اند.

از جمله فرمایشات رهبر انقلاب در این باره عبارت است از:

همه باید در چارچوب قانون حرکت نمایند. نه مجلس شورای اسلامی، نه شورای نگهبان، نه مجمع تشخیص مصلحت، نه رئیس‌جمهور، نه رهبری هیچ‌کدام حق ندارند از چارچوب قانون تخطی نمایند (۱۳۸۲/۵/۱۵). همچنین با دقت در منابع شرعی نیز میتوانیم اصل حاکمیت قانون را استنباط کنیم به عنوان مثال در روایتی نقل شده است که شخصی که

می‌خواست مسلمان شود خدمت پیامبر گرامی اسلام رسید و تقاضا کرد چون با احکام اسلام آشنا نیست تا مدتی از نماز خواندن معاف شود. پیامبر در پاسخ به این فرد فرمودند: «لک ما للمسلمین و علیک ما علی المسلمین» یعنی هرچه مسلمانان دارند تو نیز داری و هر تکلیفی که بر مسلمانان بار می‌شود بر تو نیز بار می‌شود. از این روایت دو امر قابل استنباط است. اول اینکه مجاز به نماز نخواندن نیستی و دومین مسئله که فهمیده می‌شود اصل حاکمیت قانون می‌باشد (ر.ک: مناقب آل ابی طالب، ابن شهر آشوب، ج. ۱، ص. ۵۷). به هر حال اختلافی در اینکه حاکمیت قانون در نظام حقوقی ما پذیرفته شده وجود ندارد اما این مسئله که آیا حاکمیت قانون محدود بر حاکمیت قانون اساسی و مصوبات پارلمان است یا اینکه حاکمیت قانون مفهومی وسیع‌تر دارد محل پرسش و مذاقه می‌باشد که محل بحث ما نیست اما بنظر می‌رسد حاکمیت قانون حاکمیت تمام مقرراتی که به شیوه‌های قانونی به تصویب رسیده‌اند از جمله مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام را شامل می‌شود به این دلیل که این اختیار توسط قانون اساسی به مجمع تشخیص مصلحت نظام داده شده است زیرا یک حکومت برای اداره جامعه به نحو احسن نیازمند اختیارات فوق‌العاده است لذا قانون اساسی برای برون رفت از معضلاتی که قابل حل به شیوه‌های عادی نمی‌باشد این اختیار را به مجمع تشخیص مصلحت نظام داده است. بنابراین اکنون پس از بررسی دو واژه قانون و مصلحت به سراغ اولین پرسش مطرح شده خواهیم رفت که عبارت است از اینکه: جایگاه مصلحت در نظام حقوقی ما کجاست؟

۳. جایگاه مصلحت در نظام حقوقی ایران

مهم‌ترین منبع حقوقی که از آن به میثاق ملی نیز تعبیر می‌شود قانون اساسی هر کشور است. لذا برای پیگیری این مسئله که جایگاه مصلحت در نظام حقوقی ایران کجاست ابتدا باید سراغ قانون اساسی برویم. از سیاق قانون اساسی چنانکه در مقدمه قانون اساسی ذیل عنوان شیوه حکومت در اسلام بیان شده است «رسالت قانون اساسی این است زمینه‌های اعتقادی نهضت

را اعتقاد ببخشند و شرایطی بوجود آورد که در آن انسان با ارزش‌های والا و جهان شمول اسلامی پرورش یابد» می‌توان نتیجه گرفت که منبع تشخیص مصالح، متون دینی (کتاب و سنت معصومین) معرفی شده است. اما در اصل دوم قانون اساسی هنگامی که «ایمان به کرامت و ارزش والای انسان و آزادی توأم با مسئولیت او در برابر خدا» را مطرح می‌کند، راه بدست آوردن آن را در: الف) اجتهاد مستمر فقهای جامع شرایط بر اساس کتاب و سنت معصومان، ب) استفاده از علوم و فنون و تجارب پیشرفته بشری و تلاش در پیشبرد آنها، ج) نفی هرگونه ستمگری و ستمکشی و سلطه‌گری و همچنین نفی هرگونه ستمگری و... سلطه‌پذیری می‌داند بنابراین این اصل در کنار «کتاب و سنت» به استفاده از علوم و فنون و... اشاره شده است. نفی هرگونه ستم‌کشی و... از اصول عقلانی می‌باشد، اما در فصل کتاب و سنت از منابع قانونگذاری، به اصولی برمیخوریم که مطابق آنها کتاب و سنت جزو منابع قانونگذاری نمی‌باشند بلکه در ضوابط تشخیص مصلحت باید به آنها رجوع کنیم زیرا در این اصول مجلس فقط وظیفه دارد قوانین را به نحوی وضع کند که مغایرت با شرع نداشته باشد. همچنین شیوه عملی قانونگذاری در مجلس نیز مبین این موضوع می‌باشد. لذا بطور کلی منابع مصلحت در قانون اساسی شامل «کتاب و سنت»، «عرف»، «بنای عقلا»، «توجه به دانش و آگاهی بشری» است. اما قبل از بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، در هیچ یک از اصول این قانون نامی از مصلحت نظام برده نشده بود چرا که تفکر غالب این بود که هرچه که به مصلحت نظام و مردم باشد در احکام اسلامی پیش بینی شده و در نتیجه نیازی به مصلحت اندیشی نداریم. اما نخستین مشکل زمانی خودنمایی کرد که نمایندگان مجلس در عمل مشاهده نمودند برخی از مسائل را نمی‌توان فقط از طریق احکام اولیه حل کرد و همین مسئله زمینه‌های بروز اختلاف بین مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان را ایجاد کرد که یکی از اولین مسائل مطرح شده راجع به قانون اراضی شهری بود که با فتوای امام خمینی تا حدودی حل و فصل شد (ر.ک: ارسطا. همان. ص ۲۰). اما اختلافات بین مجلس و شورای نگهبان همچنان ادامه داشت

و بنظر می‌رسد این وضعیت ناشی از آن بود که مجلس شورای اسلامی بدلیل ارتباط بیشتری که با معضلات نظام و مشکلات مردم داشت، ضرورت‌هایی را در جامعه احساس که از طرفی به حد ضرورت شرعی برای رجوع به حکم ثانویه و چشم پوشی از حکم اولیه نمی‌رسید. در همین اختلافات بود که برای نمایندگان مجلس این سؤال مطرح شد که در دو راهی مصلحت جامعه و مصلحت مراعات احکام اسلامی کدام یک بر دیگری مقدم می‌شود؟

در پاسخ به این پرسش اگر فقط از دیدگاه حقوقی در پی پاسخ باشیم باید چنین اختیاری را برای یک حکومت به رسمیت بشناسیم. چرا که حکومت موظف است تا جایی که می‌تواند مصالح افراد و جامعه را تأمین نماید و بی‌شک رسیدن به این هدف جز با اختیار وضع قوانین الزامی و ایجاد محدودیت‌هایی در مواقع لازم، امکان‌پذیر نیست و یک حکومت برای اداره جامعه به نحو احسن، نیاز به اختیارات فوق العاده دارد. اما از دیدگاه اسلامی حل مسئله به این سادگی نیست. زیرا حکومت اسلامی نمی‌تواند با نادیده گرفتن دین، همچون دیگر حکومت‌ها هرچه را به نظر خود مطابق مصلحت می‌داند به مرحله اجرا بگذارد و موظف به رعایت احکام شرعی می‌باشد. برای این حل مشکل اعضای قوه مجریه و مجلس شورای اسلامی تصمیم گرفتند که مسئله را از طریق شرط ضمن عقد حل بکنند. به این نحو که برای مشروع بودن الزامات قانونی دولت بر افراد حقیقی و حقوقی، الزامات مزبور را در قبال خدماتی قرار دهند که دولت به آنها ارائه می‌دهد که در این مسیر نیز به بن بست خوردند (پیشین. صص ۲۷-۳۴) تا در نهایت رئیس جمهور، رئیس دیوان عالی کشور، نخست وزیر و حجت الاسلام سید احمد خمینی در نامه‌ای (مجموعه قوانین و مقررات مربوط به مجمع تشخیص مصلحت نظام. صص ۱-۳) خطاب به امام خمینی درخواست کردند برای حل عملی مسائل، مرجعی را تعیین کنند که با تشخیص آن مرجع، اختلافات مرتفع و معضلات حل شود. نهایتاً امام خمینی در تاریخ ۶۶/۱۱/۱۱ در پاسخ به نامه پیشین، فرمان تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام را صادر نمود که عباراتی از این نامه (موسوی. خمینی. ۱۳۷۸. ج ۲۰. ص ۱۷۶) بدین شرح است:

«گرچه به نظر اینجانب پس از طی این مراحل زیرنظر کارشناسان که در تشخیص این امور مرجع هستند احتیاج به این مرحله نیست لکن برای غایت احتیاط، در صورتی که بین مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان شرعا و قانونا توافق حاصل نشد مجمعی مرکب از... برای تشخیص مصلحت نظام تشکیل می‌شود» و در ادامه نامه این چنین فرمودند: «حضرت آقایان توجه داشته باشند که مصلحت نظام از امور مهمه‌ای است که گاهی غفلت از آن موجب شکست اسلام عزیز می‌شود و...».

بدین ترتیب نهاد جدیدی در نظام قانون‌گذاری کشور پیش‌بینی شد که تا آن زمان وجود نداشت. اختیارات مجمع، در ابتدا رفع اختلاف بین مجلس و شورای نگهبان بود اما پس از طرح موضوع در شورای بازنگری قانون اساسی، حدود اختیارات مجمع گسترش یافت و شامل موارد زیر گردید.

- ۱) حل اختلاف مجلس و شورای نگهبان (اصل ۱۱۲ قانون اساسی)
- ۲) همکاری با رهبر در حل معضلات نظام که از طریق عادی قابل حل نیست (بند ۸ اصل ۱۱۰)
- ۳) مشاوره با رهبری (اصل ۱۱۲): موارد مشاوره که قانون اساسی به آنها تصریح نموده است بدین شرح است: الف) تعیین سیاست‌های کلی نظام (بند ۱ اصل ۱۱۰) ب) مقام رهبری پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام طی حکمی خطاب به رئیس جمهور موارد اصلاح یا متمیم قانون اساسی را به شورای بازنگری قانون اساسی پیشنهاد می‌نماید (اصل ۱۷۷)
- ۴) سایر وظایف مانند: الف) انتخاب یکی از فقهای شورای نگهبان برای شرکت در شورای موقت رهبری (اصل ۱۱۱). ب) شورای موقت رهبری در خصوص وظایف بندهای ۱ و ۳ و ۵ و ۱۰ و قسمت‌های (د) و (ه) و (و) بند ۶ اصل ۱۱۰ پس از تصویب سه چهارم اعضای مجمع تشخیص مصلحت نظام اقدام می‌کند (اصل ۱۱۱) ج) اعضای ثابت مجمع تشخیص مصلحت نظام در شورای بازنگری قانون اساسی عضویت دارند (اصل ۱۷۷). اکنون پس از تبیین اجمالی راهی که مصلحت در نظام حقوقی ما پیموده است و جایگاه مصلحت و مصلحت‌اندیشی در نظام

حقوقی کنونی ایران در پی پاسخی مناسب برای پرسش دوم این مقاله هستیم که آیا مصالح بر قوانین ترجیح دارند یا قوانین بر مصالح؟

۴. بررسی رابطه حفظ مصلحت و پابندی به قوانین

سؤالی که اکنون به آن میپردازیم این است که آیا مصلحت نظام که مورد توجه و رعایت مجمع قرار می‌گیرد، در چهارچوب قانون اساسی است یا اینکه می‌تواند از اصول قانون اساسی فراتر فرود و در جایی مادون قانون اساسی به تشخیص مصالح بپردازد؟ آنچه مسلم است این مطلب است که چنانچه مصلحتی مخالف شرع باشد، از دیدگاه قانون اساسی نیز معتبر نخواهد بود. اصل چهارم قانون اساسی نیز موید این مطلب می‌باشد. احکام شرع نیز اعم از قانون اساسی است. یعنی هرچه در قانون اساسی آمده باید شرعی باشد اما لزومی ندارد هرچه در شرع آمده، در قانون اساسی نیز بیاید. در نتیجه مصلحتی که مجمع ملزم به رعایت آن می‌باشد، تا زمانی که در چهارچوب موازین شرعی باشد می‌تواند از حدود قانون اساسی فراتر رود و همین اندازه که مصالح تشخیص داده شده مغایرتی با موازین شرعی نداشته باشد کافی است و می‌تواند منشأ صدور حکم قرار گیرد. اکنون پرسش سوم مقاله مطرح می‌شود بدین شرح که در صورت پذیرش فراتر رفتن مصلحت از قانون اساسی، این امر موجب تضعیف قوانین بویژه قانون اساسی به عنوان یک سند قانونی که انتظام بخش کلیه امور و شئون کشور و تعیین‌کننده روابط متعادل زمامداران و فرمانبرداران جامعه می‌باشد. از طرفی این سند حقوقی اولین وسیله‌ای است که چهره قانونی کشورها را مشخص می‌کند (مدنی، ۱۳۷۰، ص ۲۳). از این رو ثبات نظام سیاسی هرکشور وابسته به ثبات قانون اساسی هرکشور است که از آن به عنوان میثاق ملی نیز یاد می‌شود. حال اگر ما مصلحت را بر قانون اساسی مقدم نماییم این اشکال پدید می‌آید که در صورت پذیرش فرض بالا ارزش قانون اساسی از حد یک قانون عادی نیز پایین‌تر می‌آید و تدوین آن بیهوده می‌شود. زیرا وقتی ملاک عمل به موازین اسلامی باشد دیگر چه نیازیست به

تدوین قانون اساسی؟ از همان ابتدا بگوئیم ملاک اصلی، موازین اسلامی است و تشخیص آن نیز بر عهده فقهای شورای نگهبان می‌باشد. در پاسخ به این پرسش باید بیان داشت که هر نظام سیاسی مبتنی بر سلسله عقاید و اصول اعتقادی و فرهنگی است که قانون اساسی وظیفه حفظ و صیانت از این ارزش‌ها را برعهده دارد. هر قانونگذار هنگام وضع قوانین سعی می‌کند با رعایت و نگاهی بر مقتضیات زمان و مکان اقدام به قانونگذاری نماید. لذا پس از تغییر مقتضیات زمان و مکان و با تغییر شرایط، دست به تغییر و اصلاح قانون اساسی می‌زنند و حتی در قانون نیز اصولاً سازوکار بازنگری قانون پیش بینی می‌شود چنانچه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز در فصل چهاردهم قانون اساسی به این امر پرداخته است و هیچ قانون اساسی‌ای در دنیا وجود ندارد که ادعای جاودانگی داشته باشد. هر نظام سیاسی، چه ملتزم به ایدئولوژی خاصی باشد یا نباشد در اجرای حاکمیت خود اهداف کلی و چهارچوب مشخصی را دنبال می‌کند. هدف مهم در تمام نظام‌های سیاسی حداقل در سخن رسیدن به کمال و بهروزی می‌باشد. اما مصادیق این کمال در هر نظام سیاسی با توجه به نوع نگاه آن نظام به هستی و جامعه و با در نظر گرفتن مقتضیات زمان متفاوت می‌باشد. به عنوان مثال کمال در یک نظام سیاسی درگیر جنگ و تنش ایجاد امنیت است اما اگر نظامی دور از فضای پرتنش باشد چشم بر اهدافی دیگر مثل تأمین نیازهای همگانی دارد که باز این نیازهای همگانی در هر کشور متفاوت است. در قانون اساسی ایران شکی نیست که اصول زیربنایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، موازین موازین و ضوابط اسلامی می‌باشد و به این مسئله در مقدمه قانون اساسی با این عبارات تصریح شده است: قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مبین نهادهای فرهنگی، اجتماعی، سیاسی و اقتصادی جامعه ایران بر اساس اصول و ضوابط اسلامی است که انعکاس خواست قلبی امت اسلامی می‌باشد... ویژگی بنیادی این انقلاب نسبت به دیگر نهضت‌های ایران در سده اخیر، مکتبی و اسلامی بودن آن است. همچنین در اصول متعددی از جمله اصل ۲، اصل ۸۲، اصل ۵۸، اصل ۹۱، اصل ۹۴، اصل ۹۶ و اصل ۱۰۵ به این ضابطه اشاره شده و چنانچه بیان شد در

اصل ۴ قانون اساسی کلیه مقررات و قوانین را مبتنی بر تطبیق با شرع به رسمیت شناخته است و در ذیل اصل ۱۷۷ محتوای اصل ۴ قانون اساسی را غیر قابل تغییر دانسته است. بنابراین قانونگذار از طرفی سعی نموده است که از احکام اسلامی صیانت نماید همچنین از احتمال تغییر مقتضیات زمان و پیدایش روش‌های مناسب‌تر برای اجرای موازین اسلامی و در نتیجه ناهماهنگی برخی اصول قانون اساسی با ضوابط شرعی غفلت نکرده است. لذا نه تنها به پیش‌بینی راهی برای تجدیدنظر در قانون اساسی اقدام نموده، بلکه با تدوین اصل ۴ قانون اساسی، احتمال هرگونه مغایرت اصول موجود در قانون اساسی با موازین اسلامی را منتفی کرده است. علاوه بر این، قانونگذار پیش‌بینی کرده است که اگر بعضی از اصول قانون اساسی در نقطه مقابل مصلحت قرار گیرد با در نظر گرفتن ضوابطی که به آن اشاره خواهیم کرد بنا به ضرورت سرعت بدون ارجاع مسئله به شورای بازنگری در قانون اساسی، مصلحت نظام تشخیص داده شده و ملاک عمل و تصویب قوانین جدید قرار می‌گیرد. این امر طبق اصل ۱۱۲ قانون اساسی بر عهده مجمع تشخیص مصلحت نظام قرار دارد. بنابراین تدوین قانون اساسی لغو نمی‌باشد. به این علت که قانونگذار لازم است که اهداف و موازین شریعت را در قالب‌هایی متناسب نیاز روز تنظیم نماید که در عین قابلیت برای اجرا به گونه‌ای تدوین شده باشند که در دراز مدت تحول نپذیرند و ثابت بمانند (مصباح، ۱۳۹۲، ص ۱۰۲-۱۰۵). اما از طرفی دیگر عدم پیش‌بینی بازنگری در قانون اساسی نوعی بی‌توجهی به مقتضیات زمان و بی‌تدبیری است اما قانونگذار به این مقدار بسنده نکرده است و با تدوین بند ۸ اصل ۱۱۰ قانون اساسی امکان ارائه راه حل‌های مقطعی را برای مواقعی که نظام با بن بست جدی مواجه می‌شود، در نظر گرفته است. ارائه این راه حل‌ها که در حادثترین شکل میتوان آن‌ها را نوعی تجدیدنظر مقطعی در قانون اساسی دانست، باتوجه به بند ۸ اصل ۱۱۰ از اختیارات رهبر است که از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام اعمال می‌گردد. همچنین از نظر منطقی نیز وجود چنین نهادی ضروری است چرا که قانون اساسی نباید دائم دستخوش تغییرات قرار گیرد از طرفی پروسه بازنگری قانون

اساسی، پروسه‌ای نسبتاً طولانی و زمانبر است اما ماهیت مصلحت سرعت را ایجاب می‌کند. همچنین اصل ۱۱۲ که بیان می‌دارد:

مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت در مواردی که مصوبه مجلس شورای اسلامی را شورای نگهبان خلاف موازین شرع و یا قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام نظر شورای نگهبان را تأمین نکند... تشکیل می‌شود. بنابراین قانونگذار فرضی را پیش بینی کرده است که مصلحت نظام در نقطه مقابل موازین شرع یا قانون اساسی قرار می‌گیرد. در حقیقت فلسفه وجودی مجمع، عدول از قانون اساسی در مواردی خاص بوده و اختیار نوعی تجدیدنظر در قانون اساسی بر پایه رعایت مصلحت نظام به مجمع تشخیص مصلحت، واگذار شده است. اکنون پس از بررسی رابطه مصلحت و قانون لازم است به رابطه مصلحت و احکام شرعی بپردازیم.

۵. مصلحت نظام و رعایت احکام شرعی

پرسشی که هم اکنون لازم است بدنبال پاسخی برای این باشیم این است که آیا مجمع تشخیص مصلحت نظام می‌تواند در جهت رعایت مصلحت نظام، احکام شرع را نادیده بگیرد؟ با تاملی در فقه اعم از فقه شیعه و سنی توجه شارع مقدس به مصالح به وضوح قابل استنباط است. تبعیت احکام از مصالح و مفاسد از مباحث مهمی است که در فقه به آن عنایت شده است. منظور از مصالح و مفاسد عبارت از چیزی است که بود و نبود حکم شرعی به آن بستگی دارد و از آن به «مناطات احکام»، «ملاکات احکام» یا «علل و مقتضیات احکام» یاد می‌شود. نظر مشهور می‌گوید قبل از تعلق حکم شارع، افعال و اشیا دارای مصالح و مفاسد هستند و این امر، موجب جعل حکم مناسب با آن شده است و در اینباره به آیات و روایات متعددی استناد شده که به عنوان نمونه چند مورد از موارد متعدد را ذکر می‌کنیم. این آیات فلسفه پاره‌ای از احکام را مصالح و مفاسدی می‌داند که در افعال آن وجود دارند، از قبیل آیه ۱۴ سوره طاهّا «اقم الصلاة

لذکری»، یا آیه ۴۵ سوره عنکبوت «ان الصلاة تنهى عن الفحشاء و المنکر» یا آیه ۱۸۳ سوره بقره «کتب علیکم الصیام... لعلکم تتقون» یا آیه ۳۲ سوره اسرا که می‌فرماید «و لا تقربوا الزنا انه کان فاحشة و ساء سبیلاً» یا آیات متعدد دیگری که به نحو عموم دلالت می‌کند که دستورات و آموزه‌های دینی باعث سعادت و خوشبختی انسان می‌شود. همچنین در روایات متعددی که از پیامبر گرامی اسلام و اهل بیت نقل شده است به مسئله مصلحت در احکام پرداخته شده که به عنوان نمونه به چند مورد می‌پردازیم. پیامبر گرامی اسلام فرمودند: «ای مردم شما را از هر آنچه به بهشت نزدیک و از جهنم دور می‌سازد، امر کردم و از هر آنچه که شما را به آتش جهنم نزدیک و از بهشت دور می‌سازد نهی کردم» (حر عاملی، ۱۱۰۴ق.ص ۴۵) محقق نائینی معتقد است این حدیث شریف، صراحت در آن دارد که احکام شرعی از مصالح و مفاسد در متعلقات (افعال) سرچشمه می‌گیرد (نائینی، ۱۳۷۶.ص ۳۶-۳۷). در روایتی دیگر از امام باقر سؤال شد: چرا خداوند متعال مردار، خون، گوشت خوک و شراب را حرام کرده است؟ حضرت در پاسخ فرمودند: حرام نمودن و حلال شدن بعضی از امور از این جهت نبوده که خداوند نسبت به امور محرمة بی‌رغبت و بی‌میل بوده و نسبت به امور حلال رغبت و میل داشته است. بلکه خداوند که انسان‌ها را آفرید، نسبت به نیازهای ضروری بدن او و آنچه که برای او نفع و مصلحت دارد آگاه بوده است، در نتیجه آنها را بر وی مباح و حلال کرد و نسبت به آنچه که باعث ضرر و زیان اوست نیز آگاه بوده، در نتیجه آنها را بر وی حرام ساخته است (صدوق، ۱۳۹۷.ج ۲.ص ۱۹۶). در این حدیث به وضوح احکام شرعی تابع مصالح و مفاسد در افعال دانسته شده است.

نمونه‌هایی از توجه به مصلحت در آیات و روایات ذکر شد تا به این مسئله توجه شود که مصلحت در نهاد شرعی مورد توجه قرار گرفته است. اما پرسش دیگری که در این مرحله مطرح می‌گردد این است که با این تفاسیر آیا مجمع تشخیص مصلحت نظام می‌تواند در جهت رعایت مصلحت نظام با توجه به اینکه احکام نیز مبتنی بر مصلحتی وضع شده‌اند، احکام شرع

را نادیده بگیرد؟ اگر به ظاهر اصول قانون اساسی اکتفا کنیم اصل ۱۱۲ قانون اساسی به این پرسش پاسخ مثبت می‌دهد زیرا یکی از موارد اختلاف نظر بین مجلس و شورای نگهبان را جایی می‌داند که شورای نگهبان مصوبه مجلس را خلاف موازین شرعی می‌داند و مجلس نیز از طرفی با در نظر گرفتن مصلحت نظام نظر شورای نگهبان را نپذیرد. از تقابل مصلحت نظام و موازین شرعی و موظف بودن مجمع به رعایت مصلحت نظام، فهمیده می‌شود که از دیدگاه قانونگذار، مصلحت نظام حتی بر رعایت موازین شرعی نیز تقدم دارد. ولی به نظر می‌رسد این نتیجه‌گیری با صریح اصل چهارم قانون اساسی منافات دارد. زیرا اصل مزبور بیان می‌دارد: کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است. بدیهی است که مراد قانونگذار از «موازین اسلامی» در اصل ۴ و اصل «موازین شرع» در اصل ۱۱۲ به یک معناست. پس اگر لازم است تمام قوانین و مقررات جمهوری اسلامی ایران بر اساس موازین اسلامی باشد، قانوناً مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز نباید خلاف شرع باشد. اکنون در تعارض اصل ۴ و اصل ۱۱۲ باید کدام یک را ترجیح داد؟ ممکن است گفته شود در این تعارض اصل ۱۱۲ مقدم می‌شود زیرا این اصل در سال ۱۳۶۸ در جریان بازنگری قانون اساسی به تصویب رسیده، در حالی که اصل چهارم مصوب سال ۱۳۵۸ می‌باشد. از این رو آخرین رویکرد قانونگذار در اصل ۱۱۲ مشخص شده است. در این نظریه قانونگذار با وضع اصل ۱۱۲ خواسته تا اصل ۴ قانون اساسی را تخصیص بزند و مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام را از تحت شمول آن اصل خارج سازد. ولی آیا میتوان اصل ۴ قانون اساسی را که یکی از زیربنایی‌ترین اصول قانون اساسی است، خصوصاً با تأکیدهای متعددی که در اصل مزبور به صراحت موجود است، به این آسانی تخصیص زد؟ توضیح آنکه اصل چهارم قانون اساسی با عبارت «کلیه قوانین» شروع می‌شود که عام است و بدنبال آن کلمه «مقررات» اضافه شده است تا احکام لازم الاجرائی را هم که نام قانون به معنای

خاص کلمه بر آنها صدق نمی‌کند نیز شامل می‌شود. به عبارت دیگر، اگرچه قانون به معنای عام شامل مقررات نیز می‌گردد، قانونگذار برای جلوگیری از هرگونه تفسیر ناصحیح، کلمه مقررات را نیز اضافه نموده است. پس از آن به ذکر انواع قوانین و مقررات در زمینه‌های گوناگون مدنی، جزایی، مالی و... پرداخته و در پایان عبارت «و غیر اینها» را افزوده است تا اینکه هیچ موضوعی از موضوعات قانونگذاری خارج از شمول اصل ۴ باقی نماند. همچنین قانونگذار در ذیل اصل ۱۷۷ گفته است: محتوای اصول مربوط به اسلامی بودن نظام و ابتنای کلیه قوانین و مقررات بر اساس موازین اسلامی و پایه‌های ایمانی و... تغییرناپذیر است. بدین ترتیب، ظاهر اصل ۱۱۲ از یک طرف و صراحت اصل ۴ و ۱۷۷ که مورد تأیید روح حاکم بر قانون اساسی نیز می‌باشد، از طرف دیگر، در مقابل هم قرار گرفته‌اند و بدیهی است که در تعارض بدوی نص و ظاهر، تقدم با نص است. حتی اگر نص بودن اصل ۴ و ۱۷۷ را نپذیریم، شکی نیست که این دو اصل در بیان مقصود خود اظهر از اصل ۱۱۲ می‌باشند و اظهر بر ظاهر مقدم است. پس در هر حال باید از ظهور اصل ۱۱۲ در اینکه مصلحت مورد تشخیص مجمع می‌تواند با موازین شرعی مخالفت داشته باشد دست برداشت. اما ممکن است گفته شود که در این صورت به وجود مجمع تشخیص مصلحت نیازی نیست زیرا شورای نگهبان نیز همین کار را انجام می‌دهد. به عبارت دیگر اگر وظیفه مجمع، تشخیص مصلحت نظام در چهارچوب موازین شرعی باشد، ضرورت وجودی آن زیر سؤال خواهد رفت. زیرا اینکار دقیقاً جزو وظایف شورای نگهبان است. پاسخ اینکه در واقع تفاوت نگرش مجمع تشخیص مصلحت نظام و شورای نگهبان به مصوبه مرود اختلاف باعث شده است مجمع تشخیص مصلحت نظام تأسیس گردد. با دقت در عملکرد شورای نگهبان از آغاز تا کنون معلوم می‌شود که این شورا در بررسی‌های خود فقط به احکام اولیه نظر دارد و به احکام ثانویه و حکومتی توجهی ندارد. البته اینکار شورا پشتوانه قانونی ندارد حتی با برخی از اصول قانون اساسی نیز از جمله اصل ۹۱ که هدف شورا را پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی دانسته نیز مخالف است و روشن است که احکام

اسلام تنها منحصر در احکام اولیه نیست و شامل احکام ثانویه و حکومتی نیز می‌شود اما به هر حال شیوه شورای نگهبان اکتفا به حکم اولیه بوده است. شاهد این مدعا، اعطای اختیار وضع احکام ثانویه در سال ۱۳۶۰ از سوی امام خمینی به مجلس شورای اسلامی است و در مورد احکام حکومتی نیز، تأسیس مجمع تشخیص مصلحت نظام بهترین دلیل است. خلاصه اینکه زاویه دید شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت نظام باهم فرق دارد و توجه به همین فرق است که هر دو نظریه می‌تواند در چهارچوب موازین شرعی باشد بنابراین مصلحت‌اندیشی‌های مجمع می‌بایست در چهارچوب موازین شرعی باشد و بدین ترتیب اختلافی بین اصل ۱۱۲ و اصول ۴ و ۱۷۷ باقی نخواهد ماند.

۶. مجمع تشخیص مصلحت نظام و قانونگذاری بدوی

در آخر لازم است به این مسئله پردازیم که آیا مجمع تشخیص مصلحت نظام حق قانونگذاری بدوی دارد یا خیر؟ برخی به این سؤال پاسخ مثبت داده‌اند چرا که بند ۸ اصل ۱۱۰ قانون اساسی به این سؤال پاسخ مثبت داده است زیرا در این بند اگر در هر زمینه‌ای معضلی پیش بیاید که از طریق عادی قابل حل نیست رهبر می‌تواند با استفاده از اختیارات فوق‌العاده خود از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام به حل معضل مزبور بپردازد. علاوه بر این چنین اطلاقی متناسب با اطلاق ولایت فقیه می‌باشد که در اصل ۵۷ قانون اساسی به آن تصریح شده است. همچنین می‌توان گفت پذیرش ولایت مطلقه فقیه منتهی به قبول اطلاق بند ۸ اصل ۱۱۰ خواهد شد. البته باید توجه کرد چنانکه خود امام خمینی نیز تصریح کرده این اطلاق تنها در محدوده امور عمومی و با شرط مراعات مصلحت عمومی می‌باشد. اما بنظر می‌رسد با توجه به فلسفه وجودی مجمع بر خلاف رویه جاری که مجمع دست به وضع قانون می‌زند پذیرش چنین امری محل تردید است زیرا اصل ۵۷ قانون اساسی، قوای حاکم در کشور را به سه قوه مجریه، مقننه و قضائیه تقسیم کرده است. اصل ۵۸ قانون اساسی، اعمال قوه مقننه را از طریق مجلس شورای

اسلامی اعلام می‌دارد و اصل ۵۹ نیز پیش بینی می‌کند که در مسائل بسیار مهم اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و فرهنگی با تصویب دو سوم مجموع نمایندگان ممکن است اعمال قوه مقننه از راه همه پرسی و مراجعه به آرای عمومی صورت می‌گیرد. در قانون اساسی به جز این دو مرجع دیگری برای اعمال قوه مقننه پیش بینی نشده است.

دوم اینکه اصل ۱۲۳ قانون اساسی مقرر می‌دارد: رئیس جمهور موظف است مصوبات مجلس یا نتیجه همه پرسی را پس از طی مراحل قانونی و ابلاغ به وی امضا کند و برای اجرا در اختیار مسئولان بگذارد. اگر از نظر قانون اساسی مجمع تشخیص نیز صلاحیت قانونگذاری داشت، باید در این اصل از آن نام برده می‌شد. سوم اینکه اصل ۱۱۲ قانون اساسی نیز اشاره‌ای به وظیفه قانونگذاری مجمع نکرده است و اساس تأسیس و تشکیل آن را برای تشخیص مصلحت نظام در مورد اختلاف بین شورای نگهبان و مجلس بیان داشته است. چهارم نیز اینکه بند ۸ اصل ۱۱۰ قانون اساسی یک امر استثنایی و نادرالوقوع است که امکان دارد در یک موقع خاص بحرانی موضوعی پیش آید و مشکل لاینحل نظام بوده و از راه‌های معمولی قابل حل نباشد. در اینجا مطابق قانون اساسی رهبر مختار است تصمیم لازم را بگیرد و اینکار را از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام انجام دهد که این امر قانونگذاری است. از طرف دیگر تعدد مراجع قانونگذاری در کشور از مهم‌ترین عوامل تضعیف قانون و حاکمیت قانون است چرا که تعدد مراجع، تشتت آرا را در پی دارد لذا انسجام قوانین در کشور مستلزم انسجام مرجع قانونگذاری در کشور است لذا وضع قانون در مجمع تشخیص مصلحت نظام به مصلحت نظام نیست و قانونگذاری باید در مجلس شورای اسلامی و همه پرسی متمرکز شود.

نتیجه‌گیری

با بررسی واژه مصلحت و پس از آن بررسی جایگاه آن در فقه و سپس نظام حقوقی ما و همچنین توجه به اصل حاکمیت قانون باید بیان داشت که مصلحت برای انجام شدن هر چه بهتر امور نقش ایفا می‌کند اما واژه مصلحت همچون تیغی دولبه در صورتی که در جای مناسب خود و رعایت نکردن ضوابط و قواعدی که برای آن در صیانت از قانون اساسی و شرع مقدس پیش بینی شده نقش ایفا کند موجب تضعیف حاکمیت قانون و رفته رفته باعث از دست رفتن اعتماد عمومی و ملی می‌شود که جبران آن سخت است. همچنان که در عمل نیز نهادهایی هم عرض مجلس شورای اسلامی از جمله شورای عالی انقلاب فرهنگی، شورای عالی فضای مجازی، شورای عالی امنیت ملی، مجلس خبرگان رهبری، فرامین رهبری و مجمع تشخیص مصلحت نیز قانونگذاری می‌کنند و در عمل تعدد مراجع قانونگذاری منجر به تضعیف قوانین و روبرو بودن با قوانین متعدد و متعارض می‌باشد. لذا شایسته است برای حفظ حاکمیت قانون، حدود و ثغور این نهادها از جمله مجمع تشخیص مصلحت نظام چنانکه در مقاله به آن اشاره شد به وضوح در قوانین و مقررات آورده شد تا از سواستفاده‌های احتمالی از این واژه مهم گرفته شود و از طرفی با برداشت‌های سلیقه‌ای حاکمیت قانون و شرع مقدس مخدوش نگردد.

منابع

الف) کتب

۱. قرآن کریم
۲. ارسطا. محمدجواد. (۱۳۸۸). تشخیص مصلحت نظام از دیدگاه فقهی - حقوقی
۳. ارسطو؛ عنایت. حمید. (۱۳۸۴). سیاست. انتشارات علمی و فرهنگی
۴. ابن منظور. (۱۴۰۸ق). لسان العرب. دار احیا التراث العربی. چاپ بیروت
۵. ابواسحاق شاطبی. (۱۹۹۷م). الموافقات فی اصول الشریعة. دار ابن عفان. چاپ عربستان - خبیر.
۶. احمد فراج. حسین. (۱۹۹۰م). اصول فقه الاسلامی. مؤسسه الثقافة الجامعیة.
۷. ابن خلدون. (۱۳۹۱). مقدمه. شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.
۸. ابی عبدالله محمد بن مکی العاملی. شهید اول. (۱۳۹۸). القواعد و الفوائد. مجمع ذخائر اسلامی.
۹. ابن شهر آشوب. (۱۳۷۶ق). مناقب آل ابی طالب. مؤسسه انتشارات علامه. چاپ قم.
۱۰. بطرس البسطانی. (۱۹۷۷م). محیط المحيط، قاموس مطول للغة العربية. مكتبة لبنان. چاپ بیروت.
۱۱. حر عاملی. (۱۱۰۴ق). وسائل الشیعه. مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیا التراث-قم
۱۲. شیخ صدوق. (۱۳۹۷). علل الشرائع. نشر علوین، مومنین
۱۳. مرکز المامیری. (۱۳۸۵). حاکمیت قانون: مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی
۱۴. موسوی خمینی. سید روح الله. (۱۳۷۸). مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی

مصلحت‌ورزی و امکان تضعیف قانون اساسی و حاکمیت قانون ◇ ۱۶۳

۱۵. مدنی. سیدجلال‌الدین. (۱۳۷۰). حقوق اساسی و نهادهای سیاسی جمهوری اسلامی ایران. نشر همراه
۱۶. مصباح. محمدتقی. (۱۳۹۲). بحثی ساده و کوتاه پیرامون: حکومت اسلامی و ولایت فقیه. شرکت چاپ و نشر بین‌الملل
۱۷. محمدبن حسن حرعاملی. (۱۳۸۶). وسائل الشیعه. نشر کتابچی
۱۸. نائینی. محمدعلی. (۱۳۷۶). فوائد الاصول. جامعة المدرسين فی الحوزة العلمیه بقم، مؤسسه النشر الاسلامی. چاپ قم.

مقالات

۱۹. اصلانی. فیروز؛ کاظمینی. سیدمحمدحسین. (۱۳۹۰). مفهوم حاکمیت قانون و برداشت از آن با تأکید بر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. فصلنامه علمی پژوهشی مطالعات انقلابی اسلامی ایران. ش ۲۶
۲۰. ارسطا. محمدجواد. (۱۳۹۶). گستره نظارت شرعی شورای نگهبان در اصل چهارم قانون اساسی. مجله حقوق اساسی. ش ۵۵
۲۱. ابریشمی‌راد. محمدامین؛ راجی. سیدمحمدهادی. (۱۳۹۷). تاملی بر حدود صلاحیت مجمع تشخیص مصلحت نظام در تأیید مصوبات مغایر با قانون اساسی. فصلنامه مطالعات حقوق عمومی. ش ۳
۲۲. پشت‌دار. حسین. تقوی‌فردود. زین‌العابدین. تقوی‌فردود. مریم. تقوی‌فردود. محمد. (۱۴۰۲). حاکمیت قانون در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران. فصلنامه علمی پژوهشی حقوق عمومی. ش ۷۸
۲۳. توکلی‌کرمان. سعید. (۱۳۷۹). مجمع تشخیص مصلحت نظام و جایگاه حقوقی آن. مجله دادرسی. ش ۲۲

۲۴. راسخ. محمد؛ بیات کمیتکی. مهناز. (۱۳۹۰). مفهوم مصلحت عمومی. نشریه تحقیقات حقوقی. ش ۵۶.

۲۵. رحیمی روشن. حسن؛ سوگلی زاده. ترلان. (۱۴۰۰). بررسی تحول مفهوم مصلحت در فقه سیاسی معاصر شیعه با تأکید بر امام خمینی. نشریه پژوهشنامه متین. ش ۹۱.

۲۶. مشایخی پور. محمدعلی. (۱۳۸۸). جایگاه مصلحت در سیره و سخن امام علی. نشریه انسان پژوهشی دینی. ش ۲۱ و ۲۲.

۲۷. هاشمی. سیدحسین. (۱۳۸۴). حقوق؛ مصلحت در فقه شیعه. نشریه صباح. ش ۱۷ و