

پژوهش

مجله حقوقی

سال هفتاد و هشتم / شماره هشتاد و هشتم / زمستان ۱۳۹۳

به موجب مجوز شماره ۳/۱۱۱۹۷ مورخ ۱۳۸۹/۱۲/۲۴ صادره از کمیسیون بررسی نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فن آوری، مجله حقوقی دادگستری دارای امتیاز علمی پژوهشی می باشد.

صاحب امتیاز: قوه قضاییه

مدیرمسئول: علیرضا امینی

سردبیر: حسین میرمحمد صادقی

مدیر اجرایی: مهدی صبوری پور

اعضاء هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

محمد آشوری / محمدعلی اردبیلی / ربیعا اسکینی / نجادعلی الماسی / محمدجواد جاوید /

سام سوادکوهی فر / جعفر کوشا / علی حسین نجفی ابرندآبادی

قیمت: ۵۰۰۰۰ ریال

شمارگان: ۴۵۰۰

نشانی: تهران، بزرگراه شهید چمران، بزرگراه یادگار امام (ره)، بعد از خروجی اوین درکه، پژوهشگاه

قوه قضاییه، دفتر مجله حقوقی دادگستری.

صندوق پستی: ۳۵۱۵-۱۱۱۵۵

تلفکس: ۰۲۱-۲۲۰۹۱۸۶۹

نشانی پست الکترونیک: Majaleh_hoghooghi@jpri.ir

وب سایت: WWW.JLJ.IR

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

راهنمای تدوین مقالات

- مقاله نباید بیش از بیست و پنج یا کمتر از ده صفحه باشد.
- مقاله باید تایپ شده و شامل موارد زیر باشد:
- ❖ چکیده فارسی در ابتدا و چکیده انگلیسی در انتهای مقاله.
- ❖ کلید واژگان.
- ❖ نام و نام خانوادگی نویسنده، نویسنده مسئول، میزان تحصیلات، رتبه علمی و دانشگاهی (فارسی و انگلیسی)، نشانی، کدپستی، شماره تلفن و نمابر و نشانی پست الکترونیک.
- ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خارجی در پانویس هر صفحه.
- ذکر منابع و ارجاعات در پانویس.
- ❖ در منابع فارسی، ذکر نام خانوادگی، نام، نام اثر، نام مترجم (در صورت ترجمه بودن)، نام ناشر، نوبت چاپ، سال چاپ، شماره صفحه.
- ❖ در صورت تکرار منبع بلافاصله پس از ذکر اولیۀ آن، ذکر کلمه همان، اگر مطلب در همان صفحه باشد، به همین اکتفا و در غیر این صورت، پس از ذکر کلمه همان، درج صفحه.
- ❖ در صورت تکرار منبع پس از منابع دیگر، فقط ذکر نام خانوادگی صاحب اثر و ذکر کلمه پیشین و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
- ❖ - در منابع لاتین، ذکر نام نام خانوادگی، نام کتاب، شماره چاپ، محل نشر، ناشر، سال چاپ و شماره صفحه.
- ❖ در صورت تکرار بلافاصله منبع، ذکر کلمه *Ibid.* و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
- ❖ در صورت تکرار منبع پس از منابع دیگر، ذکر نام خانوادگی نویسنده و سپس ذکر کلمه *op.cit.* و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
- ذکر کلیه منابع در انتهای مقاله، ابتدا منابع فارسی و سپس لاتین.
- مقاله نباید در جای دیگر چاپ شده یا در دست بررسی باشد.
- مقاله ترجمه شده پذیرفته نمی شود.
- مسئولیت صحت مطالب مقاله، به عهده نویسنده مسئول است.
- مجله در ویرایش مقالات، آزاد است، مقاله، بازگردانده نمی شود.

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
چینش مقالات در این شماره براساس حرف نخست نام خانوادگی نویسنده مسئول می باشد.	
♦ حق دسترسی به غذا در مخاصمات از منظر موازین حقوق بین الملل..... ۷	چنگیز اسفندیاری / سیدباقر میرعباسی
♦ نحوه اعمال صلاحیت دادگاه‌ها در رسیدگی به جرایم فضای مجازی..... ۳۷	گودرز افتخارچهرمی / ابراهیم اسلامی
♦ بررسی تطبیقی نظریه نمایندگی ظاهری..... ۶۳	منصور امینی / مونا عبدی
♦ بررسی امکان تلقی باندهای تبهکاری سازمان یافته به عنوان گروه‌های مسلح معارض..... ۹۱	همایون حبیبی / کیوان اقبالی
♦ صلاحیت مجلس شورای اسلامی در تأسیس شوراهای عالی اجرایی «استقلال قوا یا تحدید صلاحیت‌های قوه مجریه»..... ۱۱۵	علیرضا دبیرنیا
♦ تحریم اشخاص حقیقی از منظر حقوق بین الملل با تأکید بر تحریم برخی اتباع ایرانی..... ۱۴۵	سیدياسر ضیایی / علیرضا محمدی مطلق
♦ از مادر معتاد تا فرزند بزهکار «الگوی رشد مجرمانه مبتنی بر بزه دیده شناسی ثانویه»..... ۱۷۹	شادی عظیم زاده / گلاویژ شیخ الاسلامی
♦ خسارت زدایی از مظنونان، متهمان و محکومان بی گناه؛ جایگاه حقوقی، فرایند عملی..... ۲۰۵	باقر شاملو / مجید مرادی

حق دسترسی به غذا در مخاصمات از منظر موازین حقوق بین‌الملل

چنگیز اسفندیاری*

سیدباقر میرعباسی**

چکیده

حق دسترسی به غذا و رهایی از گرسنگی، جزء حقوق بنیادین بشری محسوب می‌شود و تحت هیچ شرایطی حتی در مخاصمات نیز قابل تعلیق نیست زیرا هرگونه تعدی به حق غذا می‌تواند موجب مرگ شود. این حق در اسناد مختلف بین‌المللی، منطقه‌ای و ملی به رسمیت شناخته شده است. با توجه به نقش غذا و رساندن آن به افراد نیازمند در شرایط اضطراری به‌ویژه در مخاصمات مسلحانه داخلی و بین‌المللی و با توجه به آنکه در این وضعیت‌ها، هم حقوق بین‌الملل بشر و هم حقوق بین‌الملل بشردوستانه حاکم است لذا حقوق بین‌الملل تا آن حد پیش رفته که استفاده از ابزار گرسنگی، نابودکردن یا غیرقابل استفاده کردن اموال برای حیات جمعیت غیرنظامی، ممانعت از دریافت کمک‌های بشردوستانه و... در مخاصمات مسلحانه را به منزله جنایات جنگی، جنایات نسل‌زدایی و جنایات علیه بشریت قلمداد می‌کند و حق دادخواهی درباره نقض حق غذا را از طریق نهادهای مختلف بین‌المللی از قبیل دیوان کیفری بین‌المللی، شورای امنیت و ... به رسمیت می‌شناسد.

واژگان کلیدی: حق غذا، امنیت غذایی، تعهد به احترام، تعهد به حمایت، تعهد به ایفاء.

* عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران (نویسنده مسئول)

Changiz.esfandyari@gmail.com

mirabbassi@parsilo.com

** استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

مقدمه

با توجه به اینکه در نظام حقوق بین الملل بهره‌مندی انسان‌ها از حق بر غذا و آب در همه وضعیت‌ها از جمله مواردی است که حتی در طول درگیری مسلحانه نیز جاری باید رعایت شود این حقوق مبتنی بر تعهدات و الزاماتی آمره یا همگانی (ارگاومنس) هستند که در همه حالت‌ها و برای همه بازیگران بین‌المللی الزام‌آورند. از آنجاکه هنگام مخاصمات هم حقوق بشر و هم حقوق بشردوستانه قابل اعمال است، یک عمل واحد می‌تواند در هر دو نظام حقوقی، نقض یا تخلف محسوب شود. این نوشتار به حق دسترسی به غذا در مخاصمات از منظر موازن حقوق بین الملل (حقوق بشر و حقوق بشردوستانه)، مبانی تعهدات حق غذا، نقض آن در مخاصمات مسلحانه و ... می‌پردازد.

۱. حق دسترسی به غذا در نظام حقوق بین الملل بشر

حق بر غذا به عنوان یک حق بشری از حقوقی است که در مجموعه حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی طبقه‌بندی می‌شود. به موجب میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، «حق بر غذا» حق بر رهایی از گرسنگی و دسترسی پایدار به غذا با کیفیت و کمیتی است که پاسخ‌گوی نیازهای غذایی و فرهنگی باشد.^۱ حق غذا برای نخستین بار در مقیاس جهانی در ماده ۲۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر، مبنی بر اینکه هر کس حق دارد که سطح (مطلوب) زندگی، سلامت و رفاه خود و خانواده‌اش را از حیث غذا، مسکن و مراقبت‌های پزشکی و خدمات لازم اجتماعی تأمین کند شناسایی شد.^۲ پس از آن در مواد ۱ و ۶ در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی به ترتیب با این بیان که هیچ ملتی را نمی‌توان از وسایل معاش خود محروم کرد^۳ و همچنین حق حیات از حقوق ذاتی شخص انسانی است تأکید شد. سپس در ماده ۱۱ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی این حق از حق کلی‌تر «سطح مناسب (امکانات) زندگی نشأت گرفته» و جزئی از آن را تشکیل داده است.^۴ به‌طوری‌که ماده ۱۱ بیان می‌کند: «کشورهای طرف این میثاق، حق هر کس را به داشتن سطح مناسب زندگی برای خود و خانواده‌اش شامل غذا، پوشاک، مسکن کافی و

۱. ابراهیم گل، علیرضا، «حق غذا: پیش‌شرط تحقق سایر حقوق»، مجله حقوقی بین‌المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۹، ۱۳۷۸، صص. ۲۴۳-۲۲۱.

2. Office United Nation Human Right (OUNHR/FAO), 2010 "The Right to Adequate Food", Fact sheet. p.7, No.34.

۳. کمالان، مهدی، منشور سازمان ملل متحد، چاپ دوم، کمالان، ۱۳۸۸، ص. ۳۵۸.

۴. کریون، میتوسی، چشم‌اندازی به توسعه میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، ترجمه محمد حبیبی، چاپ اول، سازمان انتشارات دانشگاه مفید، ۱۳۸۷، ص. ۳۸۴.

همچنین بهبود شرایط زندگی به رسمیت می‌شناسد. در کنوانسیون محو کلیه اشکال تبعیض علیه زنان نیز دول عضو در بند ۲ و ۱۲ متعهد شدند تغذیه کافی برای زنان در دوران خاص زندگی‌شان را تضمین کنند. در کنوانسیون حقوق کودک نیز کشورهای عضو در ماده ۲۴ متعهد شدند روش‌های مناسب برای مقابله با بیماری‌های ناشی از سوءتغذیه، فراهم‌آوردن مواد غذایی متعدد و آب آشامیدنی سالم اتخاذ کنند و همچنین در ماده ۲۷ نیز حق تمام کودکان برای برخورداری از استانداردهای مناسب زندگی از قبیل غذای کافی را به رسمیت شناختند.

همچنین در ماده ۲۸ کنوانسیون اشخاص ناتوان و مواد ۱۴ و ۱۹ کنوانسیون مردمان بومی به حق برخورداری از استانداردهای مناسب زندگی اشاره شده است.^۱ به‌غیر از کنوانسیون‌ها و میثاق‌های مذکور، حق غذا در اسناد مختلف از قبیل کنوانسیون اشخاص بی‌تابعیت و کنوانسیون مربوط به وضعیت پناهندگان، کنوانسیون بین‌المللی جلوگیری از کشتار جمعی، کنوانسیون بین‌المللی سرکوب و مجازات جنایات، اعلامیه جهانی تغذیه و قطعنامه‌های اجلاس جهانی غذا، اعلامیه اهداف توسعه هزاره، اساسنامه‌های WHO و FAO، قطعنامه‌های نهادهای مختلف سازمان ملل از جمله شورای امنیت، مجمع عمومی سازمان ملل متحد، شورای اقتصادی، اجتماعی، شورای حقوق بشر آمده^۲ و نیز این حق در اسناد مختلف منطقه‌ای از قبیل منشور اجتماعی اروپا، پروتکل الحاقی بر کنوانسیون‌های آمریکایی حقوق بشر، پروتکل سان‌سالوادور، منشور آفریقا در مورد حقوق و رفاه کودکان، پروتکل منشور آفریقا در مورد حقوق زنان، کنوانسیون آفریقایی حقوق بشر و اقوام و پروتکل منضم به آن، اعلامیه آمریکایی حقوق و تعهدات فرد و منشور سازمان دولت‌های آمریکایی شناسایی شده است.^۳

حق غذا در میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مستقل بیان نشده و در بند ۱ ماده ۱۱ با عنوان استاندارد مناسب زندگی آمده است. ماده ۱۱ میثاق بیان می‌دارد: «کشورهای طرف این میثاق، حق هرکس را به برخورداری از حداقل معیشت برای خود و خانواده‌اش شامل غذا، پوشاک و مسکن کافی و همچنین بهبود شرایط زندگی به رسمیت می‌شناسد.»

1 . Christophe Golay, and Melik Ozden, "The Right to Food: A fundamental human right affirmed by the United Nations and recognized in regional treaties and numerous national constitutions", p13. Available at: www.cetim.ch/en/documents/Br-alim-A4-ang.pdf.

۲ . ابراهیم گل، پیشین، ص. ۲۲۲.

۳ . ابراهیم گل، همان.

کشورهای طرف این میثاق به منظور تأمین این حق، تدابیر مقتضی اتخاذ خواهند کرد و در این جهت به اهمیت اساسی همکاری بین‌المللی مبنی بر رضایت آزاد اذعان دارند. کشورهای طرف این میثاق با اذعان به حق بنیادین هرکس به رهایی از گرسنگی از طریق همکاری بین‌المللی، تدابیر لازم از جمله برنامه‌های مشخص را به قرار ذیل اتخاذ خواهند کرد: الف) بهبود روش‌های تولید، حفظ و توزیع غذا با بهره‌گیری کامل از معلومات فنی و علمی با اشاعه اصول آموزش و تغذیه توسعه یا اصلاح نظام زراعی به نحوی که حداکثر توسعه مؤثر و استفاده از منابع طبیعی را تأمین کند. ب) تأمین و توزیع منصفانه ذخایر (منابع) غذایی جهان برحسب نیازها با توجه به مسائل مبتلابه کشورهای صادرکننده و واردکننده غذا.^۱ کمیته اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی میثاق در سال‌های اخیر برای روشن شدن تعهدات دولت‌ها بر اساس میثاق، یکسری تفاسیر کلی تصویب کرده است. این کمیته در تفسیر عمومی شماره ۱۲ درباره حق بر تغذیه و غذای مناسب، چنین بیان کرد: «حق بر غذای مناسب، زمانی محقق می‌شود که هر مرد، زن و کودکی به تنهایی در اجتماع با دیگران، در همه زمان‌ها از نظر فیزیکی و اقتصادی به تغذیه مناسب یا وسایل تأمین آن دسترسی داشته باشد. حق بر غذای مناسب، متضمن در دسترس بودن غذا در کمیت و کیفیتی است که بتواند نیازهای رژیم غذایی افراد را برآورده سازد. غذا باید عاری از مواد مضر و زیان‌آور بوده و در یک فرهنگ معین، قابل قبول باشد. مضاف بر این، غذا باید به شیوه‌ای پایدار دست‌یافتنی باشد. از منظر گزارشگر ویژه حق غذا در سازمان ملل متحد، حق غذا به معنی دسترسی مستمر، پایدار و بدون محدودیت است و مستقیم یا غیرمستقیم به غذایی گفته می‌شود که از نظر کیفیت و کمیت، مناسب و مطابق با شرایط فرهنگی جامعه فرد مصرف‌کننده است به نحوی که کیفیت زندگی او را در بُعد روانی و جسمانی و سطوح فردی و جمعی تضمین کند و تأمین آن به میزان کافی، مناسب و بی‌دغدغه باشد.»^۲

حق غذا در بردارنده حق یاری‌رساندن به فردی است که نمی‌تواند از خویش مراقبت کند. البته این نکته درباره حق غذا اهمیت بیشتری دارد زیرا حق غذا حقی است که بر اساس آن، هر فرد بتواند تغذیه درخور نیازهای خویش داشته باشد. این حق، همچنین شامل دسترسی به منابع و ابزار تأمین معیشت هر فرد نیز هست.

1 . Amrei Muller, "Limitations and Derogations from Economic, Social and Cultural Rights", Human Rights Law Review, Vol. 9, 2011, p.557.

2 . Commission on Human Right (CHR), "The Right to Food", Report by the Special Reporter on the right to food, 2001, available at: www.CHR.org.

دسترسی به زمین، امنیت و رفاه، دسترسی به آب و بذر، اعتبارات، فناوری و بازارهای محلی و منطقه‌ای به ویژه برای اقشار آسیب‌پذیر و در معرض تبعیض، دسترسی به مناطق قدیمی ماهی‌گیری برای جوامع ماهی‌گیر که به این مناطق برای تأمین معاش خویش وابسته‌اند، دسترسی به سطحی از درآمد کافی برای کارگران شهری و روستایی که بتوانند علاوه بر دسترسی به امنیت اجتماعی و کمک‌های اجتماعی برای افراد بسیار محروم، زندگی در شأن خود داشته باشند نیز شامل حق غذا می‌شود.

یعنی اجزای حق غذا شامل الف- فراهم‌بودن یا تأمین غذای کافی؛ ب- ثبات غذا و دسترسی به آن در هر زمان؛ ج- قابلیت دسترسی اقتصادی و فیزیکی؛ و د- قابل استفاده و سالم بودن می‌شود. حق غذا دارای دو حق متمایز است: الف) حق امنیت غذایی از طریق خودکفایی در تولید محصولات غذایی و درآمد کافی ب) حق بنیادین رهایی از گرسنگی. حق رهایی از گرسنگی، ناشی از حق حیات، یک محتوای حداقلی از حق غذا و هسته سخت یا حداقل استاندارد در رابطه با حق غذاست و به معنی حق دسترسی به حداقل غذای اساسی برای اطمینان هرکس برای رهایی از گرسنگی و مرگ.^۱ دولت‌ها تعهد فوری برای اطمینان از حق بنیادین رهایی از گرسنگی دارند و امنیت غذایی نیز موضوع یک پروسه و اهداف طولانی‌مدت و تدریجی در سطح ملی و بین‌المللی است. حق رهایی از گرسنگی، جزء حقوق بنیادین محسوب می‌شود و تحت هر شرایطی حتی در بلایای طبیعی، غیرقابل‌عدول است. در تفسیر کلی مصوبه شماره ۱۲ اجلاس بیستم کمیته اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی درباره حق برخورداری از غذای مناسب به این مسئله نیز اشاره شده که احتمال دارد دولت‌ها یا دیگر نهادها این حق را به اشکال گوناگون از جمله جلوگیری از دسترسی به کمک غذایی بشردوستانه در درگیری‌های داخلی یا دیگر وضعیت‌های اضطراری لغو کنند و گفته شده در چنین اوضاعی دولت‌ها مسئولیت دارند بسته به میزان توانایی خود برای فراهم‌آوردن امداد مربوط به حوادث و کمک‌های بشردوستانه همکاری کنند.^۲

۱-۱. رابطه حق غذا با سایر حقوق بشری

با توجه به آنکه اعلامیه کنوانسیون جهانی حقوق بشر ۱۹۹۳ مقرر می‌دارد تمامی حقوق بشر، جهانی، غیرقابل تفکیک، مرتبط و وابسته به یکدیگرند لذا حق غذا نیز از این

۱. Golay and Ozden, op.cit, p.14.

۲. مصفا، نسرین، بهرام مستقیمی و همکاران، «چالش‌های کمک‌های بشردوستانه در خاورمیانه»، چاپ اول، انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۸۶، صص. ۲۰-۲۱.

قاعده مستثنا نیست^۱ و با سایر حقوق بشر از جمله حق سلامت، حق حیات، حق آموزش، حق کار، حق بر آزادی عقیده بیان و اطلاعات، حق تشکیل اجتماعات و انجمن‌ها، حق بر عدم تبعیض، حق مسکن و حق منع شکنجه در ارتباط است.^۲ در ارتباط با پیوند بین حق غذا و حق حیات می‌توان گفت حق غذا در هر وضعیتی اعتبار دارد و قابل تعلیق نیست زیرا هرگونه تعدی به حق غذا می‌تواند منجر به مرگ ناشی از گرسنگی شود. همان طور که کمیته حقوق بشر می‌گوید: «حقی عالی است که تعلیق آن حتی در اوضاع اضطرار عمومی که حیات ملت در معرض خطر قرار دارد مجاز نباشد.» کمیته مزبور در بند ۵ تفسیر کلی شماره ۱۶ اجلاس شانزدهم خود درباره ماده ۶ دامنه شمول حق حیات را گسترش داده به نحوی که اقدام در جهت محو سوء تغذیه و بیماری‌های همه‌گیر را نیز در بر می‌گیرد.^۳ مطابق نظر گزارشگر کمیسیون حقوق بشر در حق غذا، اصطلاح غذا نه فقط غذای جامد بلکه جنبه‌های تغذیه‌ای آب آشامیدنی را نیز شامل می‌شود.^۴ بند اول ماده ۱۱ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، تعدادی از موارد مربوط به حق داشتن سطح مناسب زندگی را برشمرده که شامل خوراک، پوشاک و مسکن می‌شود. از متن ماده برمی‌آید که این حق، منحصر به موارد مذکور نیست و حق آب نیز قطعاً یکی از موارد مهم برای برخورداری از سطح زندگی کافی لازم است. این امر از سوی کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در تفسیر عام شماره ۱۵ به تفصیل مطرح شده است.^۵ اگر مردم به آب کافی و سالم دسترسی نداشته باشند حق غذا محقق نخواهد شد. حق بشری بر آب به هرکس استحقاق می‌دهد که آب کافی، سالم، قابل دسترسی فیزیکی با هزینه معقول برای مصارف شخصی و خانگی باشد. کفایت آب سالم برای پیشگیری از مرگ ناشی از بی‌آبی، کاهش خطر بیماری مرتبط با آب و تأمین آب برای مصرف، پخت‌وپز، بهداشت شخصی و خانگی از ضروریات است. حق بر آب، جزء تضمین‌های لازم برای تأمین سطح کافی زندگی مندرج در بند ۱ ماده ۱۱ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی قرار می‌گیرد؛ به‌ویژه آنکه

۱. ابراهیم گل، پیشین، ص. ۲۳۱.

2. OUNHR.op.cit, pp. 5-6.

۳. مصفا و همکاران، پیشین، ص. ۲۰.

4. Golay and Ozden, op.cit, p.10.

۵. حسینی اکبرنژاد، حوریه، «جنگ علیه حقوق جنگ: نقض تعهد رعایت حقوق بشر در جنگ ۲۲ روزه غزه»، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی، سال ۲۸، شماره ۴۰، ۱۳۸۸، صص. ۹۹-۱۲۵.

آب یکی از بنیادترین ضروریات بقا و ادامه حیات است. حق بر آب، ارتباط ناگسستنی با حق بر بالاترین سطح قابل وصول سلامت (بند ۱ ماده ۱۲) و حق بر غذای کافی (بند ۲ ماده ۱۱) دارد. همچنین این حق را باید در ارتباط با سایر حق‌های بشری مندرج در منشور بین‌الملل حقوق بشر و از همه مهم‌تر، حق بر حیات و کرامت انسانی مورد توجه قرار داد.

۲. حق دسترسی به غذا در نظام حقوق بین‌الملل بشردوستانه

حقوق بشردوستانه، به عنوان شاخه‌ای از حقوق بین‌الملل بر مخاصمات مسلحانه و سایر اوضاع از جمله وضعیت اشغال حاکم است و رفتار متخاصمین در طول جنگ را تنظیم می‌کند و مجموعه‌ای از قواعد قراردادی یا عرفی بین‌المللی است که مشخصاً ناظر به رفتار قوای متخاصم در منازعات مسلحانه بین‌المللی یا غیربین‌المللی^۱ و به‌منزله بخشی از موازین ناظر بر درگیری‌های مسلحانه با تحمیل تعهداتی بر طرف‌های متخاصم و همچنین جامعه بین‌المللی تلاش می‌کند تا درگیری‌های مسلحانه را انسانی کند و از سطح خشونت‌های ناشی از عملیات نظامی بکاهد.

آنچه امروز تحت عنوان حقوق بشردوستانه بین‌المللی شناخته می‌شود شامل دو شاخه حقوق قابل اعمال در مخاصمات مسلحانه یعنی حقوق لاهه و حقوق ژنو است. حقوق لاهه به‌ویژه مقررات مربوط به قواعد و آداب جنگ زمینی، حقوق و وظایف متخاصمان را در عملیات نظامی تعیین و حقوق ژنو از قربانیان جنگ حمایت می‌کند. در حقوق بشردوستانه، دواصل جنبه محوری دارند و اصول بنیادی دیگر حقوق بشردوستانه، ذیل این دواصل قرار می‌گیرد: ۱- اصل حمایت از کسانی که مستقیم یا غیرمستقیم، قربانی جنگ و آثار آن می‌شوند. ۲- اصل محدودیت یعنی محدودیت ابزارها و شیوه‌های جنگ. چهار کنوانسیون معروف به کنوانسیون‌های چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو و دو پروتکل الحاقی به این کنوانسیون‌ها منبع اصلی حقوق بشردوستانه هستند. این چهار کنوانسیون که بعضی از آن‌ها بسیار مفصل و بالغ بر ۱۵۰ ماده و تعدادی ضمیمه است، جملگی در تاریخ ۱۲ اوت ۱۹۴۹ به تصویب حاضران در کنفرانسی که به‌منظور تصویب کنوانسیون‌های بین‌المللی برای حمایت از قربانیان جنگ از ۲ آوریل تا ۱۲ اوت ۱۹۴۹ در ژنو تشکیل شد مصوب و در ۲۱ اکتبر ۱۹۵۰ لازم‌الاجرا شد. دو پروتکل الحاقی به این کنوانسیون‌ها نیز مربوط به حمایت از قربانیان منازعات مسلحانه بین‌المللی و

۱. قربان‌نیا، ناصر، حقوق بشر و حقوق بشردوستانه، چاپ اول، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۷، ص. ۴۰.

حمایت از قربانیان منازعات مسلحانه غیربین‌المللی است. دو پروتکل مذکور ۸ ژوئن ۱۹۷۷ به تصویب کنفرانس دیپلماتیک ژنو درمورد تأیید مجدد توسعه قوانین بین‌المللی بشردوستانه قابل اجرا در منازعات مسلحانه رسیدند و ۷ دسامبر ۱۹۷۸ لازم‌الاجرا شدند.

۱-۲. حق غذا در مفاد کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو

حق غذا در ماده ۳۲ کنوانسیون شماره یک در مواد ۱۸، ۲۰، ۲۶، ۳۱، ۴۵، ۴۶، ۷۲، ۵۱ و ۷۶ کنوانسیون شماره ۳ ذکر شده است. در کنوانسیون شماره چهارم نیز حق دسترسی به غذا در مواد مختلف بیان شده است. در اینجا به برخی مواد مهم مرتبط با حق غذا در کنوانسیون‌های مذکور اشاره می‌شود. در ماده ۳۲ کنوانسیون شماره ۱ بیان شده است که اشخاص کشور بی‌طرف که به دست طرف متخاصم می‌افتد قابل بازداشت نیستند و در مدتی که این اشخاص در اختیار دولت متخاصمند غذایشان باید از نظر کمی و کیفی و تنوع، کافی باشد طوری که سلامت طبیعی آن‌ها را تأمین کند.

در ماده ۲۰ کنوانسیون شماره ۳ نیز آمده است که دولت بازداشت‌کننده برای اسیران جنگی که تخلیه می‌شوند آب آشامیدنی و مواد غذایی به مقدار کافی تأمین خواهد کرد. در ماده ۲۶ بر جیره غذایی اصلی روزانه اسرا از لحاظ کیفیت و تنوع کافی اشاره شده، طوری که مواد غذایی باید سلامت کامل آن‌ها را تأمین کند و در تغذیه آن‌ها باید رژیم غذایی عادی آنان در نظر گرفته شود و همچنین غذای اضافی لازم برای اسیران جنگی که مشغول کار هستند مهیا باشد.

در ماده ۲۳ کنوانسیون چهارم ژنو که به کنوانسیون حقوق اشغال معروف است، به تعهد دولت متعهد به آزادی عبور کلیه محموله‌های غذایی اساسی و مواد مغذی کودکان زیر ۱۵ سال و زنان باردار اشاره و در ماده ۵۵ آن، دولت‌اشغالگر، در حد امکانات خود یا تا حد ممکن، مکلف است احتیاجات مردم تحت اشغال را از نظر مواد غذایی و پزشکی تأمین کند و باید مواد غذایی و ... هرگونه لوازم دیگر را هنگامی که منابع اراضی اشغال‌شده کافی نباشد از خارج وارد کند. دولت اشغال‌کننده نباید مواد غذایی در اراضی اشغالی را مصادره کند مگر برای نیروها و دستگاه اداری اشغال‌کننده. دول حامی می‌توانند هر زمان بدون هیچ محدودیتی به وضعیت غذا و دارو در اراضی اشغال‌شده با توجه به محدودیت‌های موقت که به علت الزامات الزامی نظامی ایجاد شده رسیدگی کنند. همچنین در ماده ۵۹ کنوانسیون مذکور به طرح‌ها و کمک‌های بشردوستانه به شرح ذیل اشاره شده است: «هرگاه ذخایر سرزمین اشغال‌شده ناکافی باشد، دولت اشغال‌کننده باید به نیابت از جمعیت مذکور با طرح‌های بشردوستانه موافقت و با هر وسیله ممکن و در اختیار، ورود آن‌ها را تسهیل کند. اقدامات مزبور که

ممکن است توسط دولت‌ها یا کمیته بین‌المللی صلیب سرخ به عمل آید بیشتر عبارتند از ارسال مواد غذایی و کلیه دول متعاهد کنوانسیون ۱۹۴۹ باید عبور آزادانه این محموله‌ها را تضمین و حمایت کنند.^۱ در ماده ۶۰ نیز آمده است که دولت اشغال‌کننده حق ندارد محموله‌های کمکی را به هیچ‌وجه از مصرف معین منحرف سازد مگر در صورت ضرورت فوری که به نفع اهالی سرزمین اشغالی و با موافقت دولت حامی انجام گیرد و نیز در ماده ۶۱ بیان شده است که از محموله‌های کمکی مزبور، در اراضی اشغال‌شده هیچ مالیات و عوارض گمرکی دریافت نخواهد شد و دولت اشغالگر باید تقسیم سریع محموله‌های مزبور را تسهیل کند و کلیه دول متعاهد تلاش خواهند کرد ترانزیت و حمل محموله‌های کمکی به مقصد اراضی اشغال‌شده رایگان انجام گیرد.^۲ بر اساس ماده ۲۳ کنوانسیون چهارم ژنو و پروتکل اول الحاقی ۱۹۷۷ کشورها نیز تعهداتی در زمینه حق غذا دارند. هر دولت متعاهد به کلیه محموله‌های دارویی و نیز به هرگونه مواد غذایی ارسالی ... و مواد مقوی برای کودکان کمتر از ۱۵ سال و زنان باردار، آزادی عبور خواهد داد؛ حتی اگر چنین کمک‌هایی برای سکنه غیرنظامی طرف مخالف در نظر گرفته شود.^۳ ماده ۷۰ پروتکل الحاقی شماره یک این تعهدات کشورها را به‌طور جامع بیان می‌کند و مقرر می‌دارد که هریک از طرف‌های معظم متعاهد باید عبور سریع و بی‌وقفه کلیه محموله‌ها، تجهیزات و نیروی انسانی موردنظر تدارک دیده شده به‌موجب این بخش را اجازه داده و تسهیل کند؛ حتی اگر چنین کمک‌هایی برای افراد غیرنظامی مخالف در نظر گرفته شده باشد.

۲-۲. پروتکل‌های الحاقی به کنوانسیون چهارگانه ژنو مصوب ۱۹۴۹

دو پروتکل الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو ۸ ژوئن سال ۱۹۷۷ به‌منظور توسعه و تکمیل مقررات بشردوستانه در ارتباط با مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و غیربین‌المللی تصویب و هر دو در ۷ دسامبر ۱۹۷۸ لازم‌الاجرا شدند. پروتکل شماره یک، نسبتاً مفصل و مشتمل بر یک مقدمه و ۱۰۲ ماده است. پروتکل شماره ۲ کوتاه‌تر از پروتکل یک، مشتمل بر ۲۸ ماده در ارتباط با مخاصمات داخلی و تبیین و توسعه ماده ۳ مشترک بین

1. Randle Defalco, "The Right to Food in Gaze: Israel's Obligations under International Law", The Internet Journal of Rutgers School of Law, Vol.35, 2009, pp. 11-22.
2. Jelena Pejic, "The Right to Food in Situations of Armed Conflict: The Legal Framework", International Review of the Red Cross, vol. 83, No. 844, 2001, pp. 1097-1109.
3. Defalco, op.cit, p.14.

کنوانسیون‌های ژنو تدوین شده است.^۱ مواد مختلف در ارتباط با حق دسترسی به غذا در پروتکل شماره یک که در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی کاربرد دارد به کار رفته است که در این بخش به برخی از مهم‌ترین آن‌ها اشاره می‌شود. در بند ۱ ماده ۵۴ بر ممنوعیت گرسنه‌نگه‌داشتن غیرنظامیان به‌عنوان روش جنگی اشاره شده که اکنون، به‌عنوان قاعده محکم و ریشه‌دار در قوانین و عرف بین‌المللی جای خود را باز کرده است.^۲ منع به‌قحطی کشاندن غیرنظامیان و ممنوعیت گرسنگی دادن هم در مواردی که قحطی و نبود غذا یا دسترسی به مواد غذایی منجر به سلب حیات افراد شود و هم در شرایطی که درد و رنج و گرسنگی بر مردم تحمیل شود مصداق خواهد یافت.^۳ قواعدی از قبیل حمله به اموال ضروری برای بقای جمعیت غیرنظامی، ممانعت از ارسال کمک‌های بشردوستانه و تحدید آزادی حرکت نیروهای بشردوستانه، از زیرمجموعه‌های قاعده منع گرسنگی دادن به غیرنظامیان در مخاصمه است. این اصول، ناظر بر این نکات هستند: حمله به اموال ضروری برای بقای جمعیت غیرنظامی و ممانعت از کمک‌رسانی بشردوستانه از سوی نیروهای امدادی سازمان‌های بشردوستانه به غیرنظامیان یا تحدید آزادی حرکت نیروهای امداد بشردوستانه، همگی نقض ممنوعیت گرسنگی است. رویه‌های ناظر بر این قواعد، بیش از پیش ماهیت این قاعده عرفی را مشخص می‌کند.^۴ همچنین بر اساس بند ۲ ماده ۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، ایجاد شرایط قحطی برای غیرنظامیان به‌عنوان روش جنگی از طریق محروم کردن آن‌ها از کالاهای اساسی و ضروری برای بقا، جنایت جنگی تلقی می‌شود. مبنای این ممنوعیت، حقوق بشری و بنیادین غیرنظامیان برای ادامه حیات و مصون ماندن از آثار درگیری است. اگر آن‌ها از آب و غذا و بهداشت محروم شوند و حق دسترسی به خدمات عمومی نداشته باشند چه‌بسا بسیار بیش از رزمندگان از جنگ متأثر شوند. حقوق بشردوستانه، این افراد را غیرنظامی واجد حق شرکت در رزم با دشمن نمی‌داند. در مقابل، حق می‌دهد که مایحتاج لازم برای زندگی‌شان از گزند دشمن دور بماند. پس دشمن نمی‌تواند به‌عنوان اقدام و با انگیزه نظامی، اموالی را هدف یا تضییق یا حتی اقدام تلافی‌جویانه قرار دهد که برای زندگی و بقای جمعیت غیرنظامی ساکن منطقه درگیری لازم است تا در

۱. مهرپور، حسین، نظام بین‌المللی حقوق بشر، انتشارات اطلاعات، ۱۳۷۷، ص. ۲۶۳.

۲. هنکرتز، ژان ماری، و لوئیس دوسوالدیک، حقوق بین‌المللی بشردوستانه عرفی، ترجمه دفتر امور بین الملل قوه قضائیه جمهوری اسلامی ایران و کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، مجد، ۱۳۸۷، ص. ۳۰۱.

۳. ساعد، نادر، فلسطین و حقوق بین‌الملل معاصر، چاپ اول، مجد، ۱۳۸۹، ص. ۹۱.

۴. هنکرتز، و دوسوالدیک، پیشین، ص. ۳۰۵.

نتیجه آن، اطراف مقابل درگیری در معرض فشار واقع شوند.^۱ در بند ۲ ماده ۵۴ این پروتکل، حمله، تخریب، انتقال یا غیرقابل استفاده کردن اموالی که برای بقای سکنه غیرنظامی ضروری است نظیر مواد غذایی، نواحی کشاورزی برای تولید مواد غذایی، محصولات کشاورزی، دامی، تأسیسات و ذخایر آب آشامیدنی، سیستم‌های آبرسانی به‌ویژه به این منظور که امکان استفاده از آن‌ها برای سکنه غیرنظامی یا طرف مخالف سلب شود و این عمل با هر انگیزه‌ای خواه برای اینکه غیرنظامیان از گرسنگی از پا درآیند، خواه مجبور به انتقال به جای دیگر شوند یا هر انگیزه دیگر، ممنوع است.

در ماده ۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز تحمیل عمدی گرسنگی بر غیرنظامیان از طریق محروم ساختن آنان از ملزومات بقا به‌عنوان روش جنگی در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی، جنایت جنگی به شمار می‌رود. در بسیاری از دستورالعمل‌های نظامی جهان نیز این موضوع بدین شکل بیان شده است که تعرض به ضروریات حیات و بقای غیرنظامیان ممنوع است و در قوانین برخی کشورها نیز عدول از این قاعده، جرم است.^۲ به‌طور کلی، اموالی که برای حیات و بقای غیرنظامیان کشور ضرورت دارد اموال غیرنظامی است که باید از حمله مصون بماند و یکی از زیرمجموعه‌های قاعده منع گرسنگی به غیرنظامیان در جنگ به شمار می‌رود. در تفاسیر پروتکل الحاقی نیز طرق مختلفی که شرایط گرسنگی دادن به غیرنظامیان را فراهم می‌کند مشخص و منع شده است. ماده ۷۰ پروتکل نیز به حق دریافت کمک‌های بشردوستانه، آزادی حرکت نیروهای بشردوستانه، توزیع کمک‌های بشردوستانه و .. تأکید می‌کند.^۳

هدف از کمک‌های انسان‌دوستانه، حفظ حق زندگی آدمیان از خطر گرسنگی و مرگ است؛ همان حقی که ماده ۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر، همه انسان‌ها را برخوردار از آن دانسته است و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز از آن صیانت می‌کنند. بند ۲ ماده یک مشترک در هر دو میثاق با صلابت و صراحت خاص مقرر می‌کند: «در هیچ مورد نمی‌توان ملتی را از وسایل بقای خود محروم کرد.» حق حیات که کمک انسان‌دوستانه جز ضامن برای آن نیست و خود منتج از آن است، به قطع و یقین و بی‌هیچ گفت‌وگو حقی است از

۱. ساعد، پیشین، ص. ۹۲.

۲. هنکرتز، و دوسوالدیک، پیشین، ص. ۳۰۷.

3. Jelena Pejic, "The Right to Food in Situations of Armed Conflict: The Legal Framework", International Review of the Red Cross, Vol. 83, No. 844, 2001, pp. 1097-1109.

همان دسته از حقوق بشر که دیوان بین المللی دادگستری در قضیه *بارسلونا تراکشن*، حقوق بنیادین خوانده است.^۱ عبارت امداد بشردوستانه شامل تدارک مواد غذایی ضروری، آب آشامیدنی، لباس و حداقل امکانات مسکونی و برخی تجهیزات پزشکی و داروهای اساسی است و خدمات اساسی از قبیل خدمات پزشکی درمانی و دفاع غیرنظامی را در بر می گیرد.^۲

در پروتکل اول الحاقی در ماده ۷۰ اعلام شده برای رساندن کمک های لازم اعلام رضایت طرف های درگیری ضروری است و همچنین در عین حال که طرف های درگیر، ملزم به اعلام چنین رضایتی هستند، بر اساس ماده ۲۳ کنوانسیون چهارم ژنو و ماده ۷۰ پروتکل الحاقی شماره ۱ حق کنترل از آن ها سلب نمی شود. ضمناً نیروهای بشردوستانه باید بر اساس ماده ۷۱(۴) پروتکل الحاقی ۱ به قوانین و مقررات سرزمینی که در آن عمل می کنند احترام بگذارند. در رابطه با سرزمین های تحت اشغال، کنوانسیون چهارم ژنو قوای اشغالگر را موظف کرده است تا همه توان خود را برای تسهیل در رسیدن کمک های بشردوستانه به غیرنظامیان به کار برند در واقع قوای اشغالگر باید از اینکه کلیه نیروی انسانی غیرنظامی تحت اشغال او در حد کافی از چنین کمک هایی بهره مند هستند اطمینان حاصل و در موارد لزوم، درخواست کمک کند و طرف های درگیر نباید عمداً مانع رساندن کمک های بشردوستانه به جمعیت غیرنظامی نیازمند شوند. ممانعت عمدی از کمک رسانی بشردوستانه - که خود زیرمجموعه گرسنگی دادن جمعیت غیرنظامی به عنوان روش جنگی است - در مخاصمات مسلحانه بین المللی، جنایت جنگی به شمار می رود.^۳ چنین عملی بر اساس قوانین داخلی بسیاری از کشورها نیز جرم محسوب می شود. در ماده ۷۰ (۲) پروتکل اول الحاقی آمده است که طرفین درگیر و هریک از طرف های معظم متعاقد باید سریع و بی وقفه، عبور کلیه محموله را اجازه دهند و تسهیل کنند و قطعنامه های متعددی از سوی سازمان ملل متحد، به ویژه شورای امنیت و کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل متحد در این مورد صادر شده است. ارسال کمک بشردوستانه به غیرنظامیان در مخاصمات مسلحانه بین المللی در ماده ۲۳ کنوانسیون چهارم ژنو ۱۹۴۹ بدین شکل

۱. ممتاز، جمشید، و امیرحسین رنجبران، حقوق بین الملل بشردوستانه، مخاصمات مسلحانه داخلی، میزان، ۱۳۸۴، ص. ۱۴۲۰.

۲. اخوان خزاریان، مهناز، «اعمال حقوق بین الملل بشردوستانه در مخاصمه اخیر نوار غزه»، مجله حقوقی بین المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین المللی، سال ۲۸، شماره ۴۰، ۱۳۸۸، صص. ۶۹-۴۱.

۳. خرازیان، همان، ص. ۵۲.

بیان شده است که هر دولت متعهد به کلیه محمولات دارویی ... که باید به غیرنظامیان برسد اجازه عبور دهد و عبور آنها را تسهیل کند و همچنین عبور آزاد و بلا مانع محموله‌های مواد اصلی غذایی، پوشاک و دارویی تقویتی برای کودکان زیر ۱۵ سال و بانوان باردار و موارد مرتبط با زنان را اجازه دهد و تسهیل کنند.^۱ بر اساس تفسیر ماده ۲۳ کنوانسیون چهارم، نان، آرد، شکر، روغن و نمک از جمله مواد ضروری‌اند.^۲ این تعهد در ماده ۷۰(۲) در پروتکل الحاقی اول به شکل موسع‌تری بدین شرح بیان شده است: طرفین درگیر و هریک از طرف‌های معظم متعهد باید عبور سریع و بی‌وقفه کلیه محموله‌ها، تجهیزات و پرسنل تدارک‌دیده به‌موجب این بخش را اجازه داده و تسهیل کنند حتی اگر چنین کمک‌هایی برای سکنه غیرنظامی طرف مخالف در نظر گرفته شده باشد یعنی دولت‌های طرف مخالف را متعهد کرده که نه تنها از مانع‌تراشی در مسیر غیرنظامیان به این کمک‌های بشردوستانه خودداری ورزند (تعهد سبلی) بلکه روند دسترسی‌های مذکور را تسهیل کنند (تعهد ایجابی).^۳ این تفسیر موسع توسط همگان و از جمله کشورهایی که به پروتکل مذکور نپیوسته‌اند پذیرفته شده است.^۴

دریافت کمک‌های بشردوستانه برای بقا و حیات جمعیت غیرنظامی نیازمند، ضروری و مطابق حقوق بین‌الملل بشردوستانه، حق چنین جمعیتی است و کنوانسیون چهارم ژنو در ماده ۳۰ خود به این مسئله اشاره کرده است که غیرنظامیان برخوردار از این حق می‌توانند از قدرت‌های حامی و کمیته بین‌المللی صلیب سرخ و هر سازمان دیگری که توان و امکان کمک داشته باشد درخواست کمک کنند و پروتکل اول الحاقی نیز چنین حقی را در ماده ۷۰(۱) برای جمعیت غیرنظامی به رسمیت شناخته است.

شورای امنیت، مجمع عمومی سازمان ملل متحد و کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل نیز بر مواردی که جمعیت غیرنظامی نیازمند، محق دریافت کمک‌های بشردوستانه هستند تأکید ورزیده‌اند که قواعد پروتکل الحاقی درمورد کمک‌های بشردوستانه در پرتو و همگام با منع استفاده جنگی از قحطی‌دادن غیرنظامیان تفسیر شود. در این صورت، مداخله‌های غیرانسانی در دسترسی و توزیع کمک‌های بشردوستانه به غیرنظامیان در صورتی که با هدف به قحطی‌کشاندن غیرنظامیان باشد مصداقی از نقض

۱. هنکرتز، و دوسوالدیک، پیشین، ص. ۳۱۵.

۲. ممتاز، و رنجبران، پیشین، ص. ۱۳۹.

۳. ساعد، پیشین، ص. ۹۲.

۴. هنکرتز، پیشین، ص. ۳۱۲.

این ممنوعیت تلقی خواهد شد. نهایتاً ایجاد شرایط قحطی عمدی از جمله مداخله در ارسال کمک‌های بشردوستانه، مصداق جنایات جنگی است.^۱

الزام به تأمین آزادی تردد و عمل برای رساندن کمک‌های بشردوستانه مجاز به جمعیت غیرنظامی نیازمند در پروتکل اول الحاقی در ماده ۷۱ (۳) بیان شده است. نیاز گروه‌های مسئول رساندن کمک‌های بشردوستانه به آزادی در امنیت حرکت و عمل، در رویه ناظر بر درگیری‌های مسلحانه بین‌المللی و غیربین‌المللی صراحت دارد و تخطی از چنین قاعده‌ای موضوع محکومیت قرار گرفته و ممنوع اعلام شده است. به‌ویژه سازمان ملل، بیانیه‌های و قطعنامه‌های زیادی در این ارتباط صادر کرده است.

یکی از مشخصات عمده تنظیم حقوقی منازعات داخلی طبق پروتکل الحاقی شماره ۲ به کنوانسیون چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ این است که برخلاف منازعات بین‌المللی، رابطه بین متخاصمین، اساساً رابطه بین دولت-کشور مربوطه و اتباع آن است لذا تعهدات دولت متخاصم، طبق حقوق بشردوستانه در قبال طرف متخاصم دیگر، تعهداتی در قبال اتباع خود آن دولت محسوب می‌شود؛ درست همان‌طور که حقوق بشر، تعهداتی را بر دولت در قبال اتباعش تحمیل کرده است. در اینجا تفاوت در شرایط خاص منازعه مسلحانه نهفته که اعمال نوع خاص قواعد را ایجاب می‌کند. درارتباط با مخاصمات غیربین‌المللی نیز چند ماده مرتبط با حق غذاست که می‌توان به ماده ۵ مبنی بر مهیاکردن غذا و آب آشامیدنی برای اشخاصی که به دلایل مربوط به جنگ مسلحانه از آزادی محرومند و ماده ۱۴ مبنی بر ممنوعیت ایجاد قحطی بین جمعیت غیرنظامی به‌عنوان روش جنگی و همچنین حمله، تخریب، جابه‌جایی یا انتقال بی‌فایده اموال ضروری برای بقای جمعیت غیرنظامی مانند مواد غذایی، محصولات خام کشاورزی و دامی اشاره کرد. در ماده ۱۸ نیز آمده است اگر جمعیت غیرنظامی در معرض سختی، بی‌دلیل از ملزومات و لوازم اصلی برای بقای خود از قبیل مواد غذایی، امکانات پزشکی محروم شوند عملیات امدادی انجام و کمک‌های بشردوستانه ارائه خواهد شد.^۲

ماده ۱۴ پروتکل مذکور، مانند ماده ۵۴ پروتکل اول، گرسنه‌نگه‌داشتن غیرنظامیان را به‌عنوان روش جنگی ممنوع می‌کند. بنابراین بستن راه‌ها و ممانعت از رسیدن غذا به‌منظور ایجاد قحطی ممنوع است. هم بدین منظور، حمله، انهدام، برداشتن یا از حیث استفاده‌انداختن اموال ضروری برای حیات سکنه غیرنظامی در ماده

۱. ساعد، پیشین.

2. Pejic, op.cit, p.4.

۱۴ پروتکل منع شده است؛ اموالی مانند مواد غذایی و اراضی زیر کشت برای تولید این مواد، محصولات کشاورزی، احشام، تأسیسات و ذخایر آب آشامیدنی و تأسیسات و لوازم آبرسانی، ممنوعیت ایجاد قحطی برای از پای درآوردن غیرنظامیان، آن طور که ماده ۱۴ پروتکل دوم مقرر می‌دارد، هیچ استثنایی بر نمی‌دارد.

در کنفرانس دیپلماتیک مزبور، پیشنهادی مطرح شد به این مضمون که طرف‌های متخاصم، مجازند در صورت اقتضای حتمی ضرورت‌های نظامی، از این روش یعنی ایجاد قحطی استفاده کنند اما این پیشنهاد هیچ رأیی نیاورد. بند ۲ ماده ۱۸ پروتکل دوم، مربوط به فعالیت‌های امداد رسانی بین‌المللی ضمن تکمیل مقررات ماده ۱۴ نحوه انجام امور امدادی را بیان می‌کند. طبق این بند: «اگر سکنه غیرنظامی به سبب فقدان ملزومات ضروری برای زیست دچار مشقات زیاده از حد شود عملیات کمک‌رسانی انجام خواهد شد. عملیات امداد رسانی باید منحصراً ویژگی بی‌طرفانه و انسان‌دوستانه داشته باشد.» بنا به تفسیر کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، جنبه انسان‌دوستانه فعالیت امداد رسانی مفروض و آن هنگامی است که هدف، کمک به غیرنظامی‌ها و فعالیت بی‌طرفانه باشد؛ اگر هیچ تمایزی بر اساس معیارهای شخصی بین افراد کمک‌گیرنده در کار نیاید و عاری از هرگونه هدف سیاسی جانب‌دارانه باشد.^۱ متأسفانه در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نقض ماده ۱۴ پروتکل دوم که در حقوق بین‌المللی عرفی مبنایی محکم دارد در ردیف جنایات جنگی مشمول صلاحیت دیوان قرار نگرفت. این ماده، استفاده از سلاح گرسنگی و حمله به اموال ضروری جمعیت غیرنظامی را منع می‌کند. ضعف مشهود اساسنامه در این زمینه، به‌ویژه کوتاهی در جرم‌انگاری استفاده از سلاح گرسنگی و ایجاد قحطی بین غیرنظامیان حین مخاصمات داخلی، بسیار ناگوار است زیرا به‌کارگیری این روش توسط یکی از طرف‌های متخاصم بر ضد هموطنان خویش در این دسته از مخاصمات، کاملاً رایج است. به همین دلیل ارتکاب این عمل غیرانسانی در مخاصمه‌ای داخلی بیش از مخاصمه بین‌المللی سزاوار سرزنش و تقبیح است. جرم‌انگاری این ماده از پروتکل دوم الحاقی می‌توانست جنبه بازدارنده داشته باشد که در این نوع مخاصمات، خیلی رواج دارد.^۲ قاعده لزوم تسریع در رساندن کمک‌های بشردوستانه به غیرنظامیان در پیش‌نویس پروتکل الحاقی دوم قید شد و کمیته دوم کنفرانس دیپلماتیک که در آن پروتکل‌های الحاقی به تصویب رسید مورد پذیرش قرار گرفت لیکن در لحظات آخر به دلیل تصویب متنی ساده‌تر از آن حذف

۱. ممتاز، و رنجبران، پیشین، صص. ۱۴۱-۱۴۰.

۲. رضانی، پیشین، ص. ۱۲۹.

شد. به علاوه این قاعده در مدارک دیگری که مربوط به درگیری‌های مسلحانه غیربین‌المللی نیز می‌شود، ملحوظ شده است. کمک‌رسانی انسان‌دوستانه به غیرنظامیان، از مفاهیم نسبتاً جدید حقوق بین‌المللی به شمار می‌رود و هنوز معاهده‌ای خاص آن به تصویب نرسیده است. با این حال، عناصر این مفهوم در اسناد حقوق بشردوستانه، به ویژه پروتکل الحاقی دوم موجود است. هدف از کمک‌رسانی به انسان، رها کردن انسان‌ها از دام گرسنگی یا مرگ، از طریق رساندن غذا، دارو و امداد پزشکی به آنان است. درست است که کمک‌رسانی باید با رضایت دولت مربوط انجام شود ولی آنجاکه که مقامات آن دولت با هیچ دلیل قانع‌کننده‌ای به دریافت کمک‌ها رضایت نمی‌دهند مرتکب نقض تعهدات بین‌المللی می‌شوند یعنی تعهدات مربوط به رعایت حقوق بنیادین شهروندان خویش. در چنین موقعیتی است که اهمیت ماده ۱۴ پروتکل الحاقی دوم نمایان و استناد به آن ممکن می‌شود که به گرسنگی‌کشاندن غیرنظامیان را منع می‌کند. همان طور که رویه بین‌المللی نشان می‌دهد استفاده از سلاح گرسنگی، ایجاد قحطی و ممانعت از رسیدن ملزومات اصلی برای بقای غیرنظامیان، محکوم و مسئولیت‌آور است. امروزه حق دریافت کمک‌های انسان‌دوستانه، یکی از حقوق بشر به شمار می‌رود و در وهله اول، دولت مربوطه باید این حق را ادا کند و شهروندان خویش را در پناه خود گیرد اما اگر چنین نشد، غیرنظامیان گرسنه در مانده را نمی‌توان به همان حال رها کرد. اینان در مقام استیفای حق طبیعی خود و برای بقا و حیات می‌توانند خواستار دریافت کمک‌های انسان‌دوستانه از خارج شوند. اقدامات شورای امنیت درباره بسیاری از مخاصمات داخلی، گواهی بر عینیت این حق است.^۱

قاعده لزوم تسریع در رساندن کمک‌های بشردوستانه به غیرنظامیان در مخاصمات مسلحانه داخلی در بند ۲ ماده ۱۸ با عبارتی ساده‌تر بیان شده است و بیشتر بر لزوم ساماندهی کمک‌های بشردوستانه به غیرنظامیان تأکید شده ولی فاقد تسریع درباره دسترسی به چنین کمک‌هایی است. این امر در دستورالعمل‌های نظامی و نیز بیانیه‌های مرتبط با درگیری‌های غیربین‌المللی غیرنظامی نیز آمده و در پروتکل الحاقی دوم نیز اعلام رضایت طرف‌های دیگر برای کمک‌رسانی، مطابق ماده ۱۸(۲) الزامی است. ممانعت از کمک‌رسانی بشردوستانه بر اساس قوانین داخلی بسیاری از کشورها جرم محسوب می‌شود. در پروتکل دوم الحاقی برخلاف پروتکل اول الحاقی به دسترسی کمک‌های بشردوستانه از طریق کشور ثالث اشاره‌ای نشده است و اعضای پروتکل، مکلف

۱. ممتاز، و رنجبران، پیشین، ص. ۱۶۵.

به تسهیل ارائه کمک‌های بشردوستانه نیستند.^۱ کمیته بین‌المللی صلیب سرخ در تفسیری، امدادرسانی به غیرنظامیان را الزامی می‌داند. برای اثبات اینکه عملیات امداد در این قبیل موارد، الزام می‌یابد، کمیته بین‌المللی صلیب سرخ به این نکته اشاره می‌کند که در متن بند ۲ ماده ۱۸ پروتکل دوم، فعل در زمان آینده به کار رفته است. در واقع عبارت "عملیات کمک‌رسانی انجام خواهد شد" افاده الزام می‌کند و دربردارنده تعهد به انجام این عملیات است. با این استدلال، کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، بدون کسب موافقت حکومتی که همچنان نماینده کلیت دولت در عرصه بین‌المللی است، حق ورود به سرزمین آن دولت و انجام عملیات امدادرسانی را به خود نمی‌دهد.^۲ با این همه باید به خاطر داشت امتناع مستمر دولت مربوط از عبور آزادانه محموله‌های شامل کمک‌های انسان‌دوستانه، به‌هیچ‌روی موجبی برای به‌کارگیری زور به‌منظور رساندن این کمک‌ها نیست. استفاده از زور برای کمک‌رسانی، ناقض حقوق بین‌الملل و در نتیجه محکوم است؛ همان‌طور که عملیات هوایی نیروهای مسلح هند در سال ۱۹۸۷ برای رساندن آذوقه و دارو به شورشیان تامین بدون اجازه حکومت سری‌لانکا، مداخله‌ای نامشروع به حساب آمد و در نتیجه محکوم شد. پس از این عملیات کمک‌های انسان‌دوستانه تحت محافظت حکومت سری‌لانکا و با مساعدت کمیته بین‌المللی صلیب سرخ به مناطق تحت کنترل شورشیان ارسال شد. بنابراین در صورتی که دولت مربوط با عبور آزادانه محموله‌ها مستمر مخالفت کند و اجازه رسیدن کمک‌ها به غیرنظامیان درمانده را ندهد، اختیار توسل به قوه قهریه برای امدادرسانی، فقط با شورای امنیت است. به گفته دیگر، تنها شورای امنیت است که برای رفع خطر از غیرنظامیان و جلوگیری از فجایع انسانی، امر به کمک‌رسانی می‌کند.^۳

۳. ماهیت تعهدات ناشی از حق بر غذا از منظر حقوق بین‌الملل بشر

محتوای تعهدات و سازوکارهای تضمینی حق بر غذا، تابع محتوا و سازوکارهای تضمین حقوق مندرج در میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است. تعهدات دولت‌های عضو میثاق به این شرح است:^۴ هر دولت عضو میثاق حاضر متعهد می‌شود اقداماتی مستقل و همچنین از طریق مساعدت و همکاری بین‌المللی به‌ویژه اقتصادی و فنی، با استفاده از حداکثر منابع در اختیار، به‌منظور دستیابی به تحقق

۱. هنکرتز، و دوسوالدیک، پیشین، ص. ۳۱۷.

۲. ممتاز، و رنجبران، پیشین، ص. ۱۴۴.

۳. همان، ص. ۱۴۵.

۴. ابراهیم‌گل، پیشین، ص. ۲۲۷.

کامل تدریجی حق‌های شناخته‌شده در این میثاق با همه وسائل مناسب از جمله به‌طور خاص، اتخاذ اقدامات تضمینی، معمول دارد. تعهدات در میثاق، دونوع تدریجی و فوری است که تعهدات تدریجی در ماده ۲ میثاق تصریح شده است.^۱ تعهدات فوری نیز شامل حذف تبعیض در دسترسی به غذاست که در تفسیر کلی شماره ۲۰ به صراحت به این مسئله اشاره شده است: تعهد به انجام اقدامات لازم و عدم برخورد منفعلانه با حق غذا، تعهد به منع اقدامات پس‌رونده و حمایت از حداقل تأمین نیاز اساسی به غذا.^۲ در ارتباط با اهمیت این ماده، کمیته اقتصادی - اجتماعی و فرهنگی در تفسیر کلی شماره ۳ خود درباره ماهیت تعهدات دولت‌های عضو میثاق می‌گوید: «ماده ۲ برای درک کامل میثاق، اهمیت اساسی دارد و باید بین آن و سایر موارد میثاق، رابطه‌ای پویا برقرار کرد. این ماده، ماهیت تعهدات قانونی دولت‌ها به‌موجب میثاق را شرح می‌دهد.»^۳ بند ۱ ماده ۲ را می‌توان رکن اصلی میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی توصیف کرد. این بند به وصف تعهدات دولت‌های عضو در تحقق حق‌های مندرج در میثاق می‌پردازد که فهم و شناخت آن، اهمیتی حیاتی برای محتوا و نیز اجرای میثاق به‌مثابه یک کل دارد.^۴

کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در تفسیر کلی شماره ۱۲ اعلام کرد با توجه به روح حاکم بر ماده ۵۶ منشور ملل متحد و مقررات خاص مواد (۲) و ۲۳ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی «دولت‌های عضو باید نقش اساسی همکاری بین‌المللی را به رسمیت بشناسند و مطابق تعهداتشان نسبت به انجام اقدامات مشترک و مجزا برای دستیابی به تحقق کامل حق بر غذای مناسب عمل کنند. آنان باید هر زمان از تحریم‌های غذایی یا اقدامات مشابه که شرایط تهیه غذا و دسترسی به غذاهای دیگر کشورها را به خطر می‌اندازد اجتناب ورزند و غذا نباید به‌هیچ‌وجه به‌عنوان وسیله فشار اقتصادی و سیاسی استفاده شود.»^۵

1. Sylvain Vite, "The Interrelation of the Law of Occupation and Economic, Social and Cultural Rights: The Examples of Food, Health and Property", International Review of the Red Cross, Vol. 9. No. 871, 2008, p.632.

۲. کریون، پیشین، ص. ۱۴۹.

۳. ابراهیم‌گل، پیشین، ص. ۲۲۸.

۴. کریون، پیشین، ص. ۱۴۹.

5. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), Relationship between Economic Sanctions and Respect for Economic, Social and Cultural Rights. General Comment No. 8, 1997, Para. 2.

کمیته اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی دو روش خاص در ارتباط با ماهیت کلی تعهدات در چارچوب میثاق اتخاذ کرده است: الف) شیوه متمرکز بر تعهدات به وسیله و تعهدات به نتیجه ب) شیوه متمرکز بر تعهدات به احترام، حمایت و ایفاء.^۱

۳-۱. تعهد به وسیله و نتیجه

تعهد به وسیله آن است که متعهد و مکلف در حد امکانات موجود و در حقیقت در حد توان، به تدارک حق ذی حق متعهد خواهد شد اما در تعهد به نتیجه، متعهد مکلف به تدارک حق ذی حق است. این تکلیف و تعهد، قطعی است و به امکانات موجود تقید ندارد. در مفهوم تعهد به نتیجه، سخن از مطلق بودن حق در مقایسه با امکانات موجود است؛ یعنی برخلاف «تعهد به وسیله»، این حق ها باید بدون لحاظ قید «امکانات موجود» تضمین شوند.^۲

۳-۲. تعهد به احترام، حمایت و ایفاء

دومین شیوه تحلیل که اعضای کمیته اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی برگزیدند نگرستن به تعهدات در قالب گونه شناسی سه وجهی است. مطابق این شیوه، تمام حق های بشری متضمن سه شکل از تعهد برای دولت ها است یعنی تعهد به احترام، تعهد به حمایت و تعهد به ایفاء. در تعهد به احترام، دولت به اجتناب از مداخله در آزادی شهروندان موظف می شود. حال آنکه در تعهد به حمایت، مکلف به بازداشتن دیگران در مداخله و در تعهد به ایفاء، ملزم به انجام اقدامات ضروری در تأمین محتوای حق است.^۳ تعهد به ایفاء یا اجرا نیز متشکل از تعهد به تسهیل و تعهد به فراهم کردن یا تأمین است.^۴ نظر کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در تفسیر شماره ۱۲ در بند ۱۵ در این خصوص به شرح زیر اعلام شده است: «تعهد به رعایت برای دسترسی به غذای کافی مستلزم آن است که دولت های عضو از هرگونه اقدامی که به جلوگیری از دسترسی بینجامد احتراز کنند.» تعهد به حمایت، مستلزم اتخاذ تدابیری است که

۱. کریون، پیشین، ص. ۱۵۰.

۲. قاری سیدفاطمی، سیدمحمد، «حقوق بشر در جهان معاصر»، دفتر دوم، جستارهایی تحلیلی از حق ها و آزادی ها، شهردانش، ۱۳۸۸، ص. ۳۲.

۳. قاری سید فاطمی، پیشین، ص. ۲۵۷.

۴. ایده، اسیبورن، کاتارینا کراوزه و اسن روساس، حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، ترجمه اردشیر امیرارجمند با همکاری گروه مترجمان، چاپ اول، ۱۳۸۹، مجد، ص. ۱۴۳.

تضمين مى کند اشخاص و شرکت ها، ديگر افراد را از دسترسى به غذاى كافى محروم نمى کنند. تعهد به ايفا بدین معنى است که اولاً دولت عضو بايد به طور خودجوش، فعالانه در اقداماتى مشارکت کند که هدف از آنها تقويت دسترسى اشخاص و بهره مندى از منابع و وسائل برای تضمين امرار معاش همچون امنيت غذايى است. ثانياً هنگامی که شخص یا گروهی به دلایل خارج از کنترل ایشان، قادر به بهره مندى از حق خویش بر غذاى كافى یا وسائل موجود در اختيارشان نباشد، دولت ها ملزمند که آن حق را مستقيم تأمین کنند. این تعهد نسبت به قربانیان بلایای طبیعی یا سایر حوادث اعمال مى شود.^۱

۴. ماهيت تعهدات ناشی از حق بر غذا از منظر حقوق بين الملل بشردوستانه

حق رهاى از گرسنگى جزو حقوق بنیادین و تحت هر شرايطى حتى در بلایای طبیعی غيرقابل عدول است. این تعهدات سه وجهی حق غذا در حقوق بشردوستانه بين المللی نیز به شرح ذیل است:

۴-۱. تعهد به احترام به حق غذا

بر تعهد به احترام در حق غذا در مخاصمات مسلحانه به وسیله مقررات حقوق بشردوستانه بين المللی از جمله منع استفاده از گرسنگى به عنوان روش جنگی تأکید شده است.

به علاوه محرومیت عمدی از غذا، تحت شرايطى خاص، جنایات تحت حقوق کیفری بين المللی را تشکیل می دهد (نسل زدایی، جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی) جلوگیری از کمک های غذایی، استفاده از مین های زمینی که منجر به عدم تولید مواد غذایی و ناتوانی در ارسال کمک های بشردوستانه می شوند و همچنین به کارگیری تحریم ها علیه دولت دیگر، همگی از مصادیق بارز نقض حق تحقق غذا هستند.

۴-۲. تعهد به حمایت از حق غذا

در مخاصمات مسلحانه، تعهد به حمایت، مستلزم آن است که دولت ها باید اقداماتی مناسب برای جلوگیری از غارت مواد غذایی و محروم کردن شهروندان از دسترسى به غذا توسط گروه های مسلح و سایر بازیگران غیردولتی به کار بندند. عدم اقدام مناسب، تخطی از تعهد به حمایت محسوب می شود.

۱. ابراهیم گل، پیشین، ص. ۲۳۳.

۴-۳. تعهد به تسهیل حق غذا

تعهد به تسهیل هم در شرایط اضطراری و هم در شرایط طبیعی به کار می‌رود. به‌عنوان مثال، بر اساس کنوانسیون چهارم ژنو ماده ۷۰ (۲) پروتکل اول الحاقی و ماده ۱۸ پروتکل دوم الحاقی با در نظر گرفتن تسهیلات عبور محموله‌های بشردوستانه در مخاصمات مسلحانه حقوق بشردوستانه بین‌المللی تعهد دولت‌ها به اجازه عبور آزادانه کمک‌های بشردوستانه و تسهیل کار نهادهای بشردوستانه و توزیع کمک‌های غذایی صراحتاً به رسمیت شناخته شده است. تخطی از این مواد، نقض حق غذا و تخلف از تعهد به تسهیل اعمال حق غذا محسوب می‌شود.

۴-۴. تعهد به فراهم کردن حق غذا

این تعهد برای شرایط اشغال در ماده ۵۵ کنوانسیون چهارم ژنو مفصل بیان شده است. در ماده ۶۹ پروتکل اول الحاقی نیز این حق به تفصیل بیان و نیز تعهدات خاصی برای فراهم کردن غذای گروه‌های خاص به‌ویژه زندانیان جنگی در مواد ۲۰، ۲۶، ۲۸ و ۴۶ در کنوانسیون سوم ژنو و افراد بازداشتی در مواد ۸۷ و ۸۹ کنوانسیون چهارم بیان شده است. در تعهد به فراهم کردن، زمانی که دولتی از اجرای تعهدات خود (تهیه غذا) ناتوان است کنوانسیون به آن دولت اجازه می‌دهد از جامعه بین‌المللی کمک بخواهد.

۵. نقض حق بر غذا

نقض حق بر غذا به طرق مختلف رخ می‌دهد. یک حالت، قصور دولت عضو در تضمین بهره‌مندی از حداقل سطحی لازم برای رهایی از گرسنگی است. حالت دوم، اعمال تبعیض در دسترسی به غذا و وسائل بهره‌مندی از آن بر اساس نژاد، رنگ، جنس، زبان، سن، عقیده سیاسی، منشأ نژادی یا اجتماعی، ثروت، تولد یا دیگر وضعیت‌هاست. حالت سوم، چند زیرمجموعه را در بر می‌گیرد: نقض حق بر غذا با تعلیق یا لغو رسمی قوانین لازم برای تحقق مستمر حق غذا، تصویب قوانین یا اتخاذ سیاست‌هایی که آشکارا با تعهدات از پیش موجود قانون یک دولت در ارتباط با حق غذا مغایر باشد، حضور در تنظیم فعالیت‌های اشخاص یا گروه‌هایی که مانع نقض حق بر غذای دیگران می‌شوند و حضور یک دولت در عدم توجه به تعهدات بین‌المللی در ارتباط با حق بر غذا هنگام انعقاد معاهدات با دیگر دولت‌ها یا سازمان‌های بین‌المللی از طریق اقدام مستقیم دولت‌ها یا دیگر نهادهای تحت کنترل دولت.^۱ همچنین در پروتکل اختیاری به میثاق

۱. ابراهیم گل، پیشین، صص. ۲۳۱-۲۳۰.

بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی که سال ۲۰۰۸ در مجمع عمومی سازمان ملل تصویب شد، حق دادخواهی در صورت نقض تعهدات مندرج در آن به رسمیت شناخته شده است. در حقوق بین‌الملل بشر، همچنین تعهدات مشخص و روشن برای تحقیقات مناسب و تعقیب ادعاهای تخلفات جدی به وسیله نیروی نظامی هم در مخاصمات مسلحانه و در شرایط غیرمخاصمه بر عهده دولت‌ها گذاشته شده است. تعهدات در مواد ۲ و ۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و ماده ۶ کنوانسیون ضد شکنجه بیان شده است. تعهد به تعقیب ارتکاب جنایات جنگی یا سایر جنایات ارتكابی به وسیله نیروهای مسلح در سرزمین‌شان امروزه حقوق بین‌المللی عرفی است. به موجب بند ۱۰ تفسیر کلی شماره ۳ مصوب اجلاس پنجم (۱۹۹۰) کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی درباره ماهیت تعهدات دولت‌های عضو میثاق مربوطه، کمیته معتقد است که هر دولت عضو، تعهد قانونی اولیه برای تضمین حداقل سطح اساسی هریک از حقوق مندرج در سند را دارد. برای مثال، دولت عضوی که در سرزمین آن، افراد زیادی از مواد غذایی اساسی، بهداشتی، اولیه و ... محروم باشند در نظر اول از اجرای تعهدات خود بر اساس میثاق قصور ورزیده است. اگر قرار باشد این سند به گونه‌ای قرائت شود که تعهد قانونی اولیه را تثبیت نکند تا حد زیادی علت وجودی خود را از دست می‌دهد.^۱

نقض حق بر غذا از منظر اصول و قواعد حقوق بشردوستانه به طرقی مختلف رخ می‌دهد که به برخی از مهم‌ترین آنها از قبیل به‌قحطی‌کشاندن غیرنظامیان، نابودکردن یا غیرقابل‌استفاده کردن اموال برای حیات جمعیت غیرنظامی، نقض حق دریافت کمک‌های بشردوستانه، نقض آزادی حرکت کارکنان بشردوستانه و... می‌توان اشاره کرد.

۶. امکان رسیدگی به جنایات ارتكابی از نقض حق غذا

حقوق بین‌الملل کیفری از جمله ابزارهای حمایت از حقوق بشر و حقوق بشردوستانه است و به نقض‌های جدی و گسترده حقوق اساسی بشر واکنش نشان می‌دهد. حقوق بین‌الملل کیفری شامل مسئولیت کیفری افراد به دلیل فعل یا ترک فعل‌هایی است که منجر به نقض جدی حقوق بین‌الملل می‌شود. ارتباطی نزدیک و متقابل میان حقوق بین‌الملل کیفری و حقوق بین‌الملل بشر و حقوق بین‌الملل بشردوستانه وجود دارد و حقوق بین‌الملل کیفری با جرم‌انگاری قطعی و جدی در حوزه نقض حقوق بشر و

۱. مصفا و همکاران، پیشین، ص. ۲۰.

بشردوستانه، تعقیب کیفری ناقضان آنها را مطالبه می‌کند.^۱ انکار غذا و ممانعت از دسترسی به غذا تحت شرایطی خاص در حقوق بین‌الملل کیفری، جنایات علیه بشریت، جنایات جنگی و نسل‌کشی را تشکیل می‌دهد و امکان رسیدگی به جنایات ارتكابی حاصل از نقض حق غذا در هریک از نهادهای زیر وجود دارد.

۶-۱. دیوان کیفری بین‌المللی

دیوان کیفری بین‌المللی مهم‌ترین نهادی است که در حوزه تخصصی تعقیب، محاکمه و مجازات مرتکبان جنایات بزرگ بین‌المللی پیش‌بینی و فعالیت رسمی آن از سال ۲۰۰۲ آغاز شده است. این دیوان که در پی تحولات پس از تشکیل دادگاه‌های کیفری نورنبرگ، توکیو و یوگسلاوی سابق به شکل امروزی آن به وجود آمده، به‌طور تخصصی به جرایم نسل‌کشی، جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی رسیدگی می‌کند و به نحو دقیقی جرایم مزبور و نحوه تحقق و اثبات آنها را در اساسنامه خود (اساسنامه رم) تعریف کرده است.^۲ مواد ۶، ۷ و ۸ اساسنامه رم به مسأله حق غذا پرداخته است. در ماده ۶ قرارداد عمده‌ی یک گروه در معرض وضعیت زندگی نامناسب که منتهی به زوال قوای جسمی کلی یا جزئی آن گروه شود از مصادیق نسل‌کشی برشمرده شده است. درباره قرارداد اعضا یک گروه در شرایط نامساعد زندگی، کمیسیون مقدماتی سازمان ملل برای دیوان کیفری بین‌المللی معتقد است که این طبقه‌بندی امکان دارد شامل محرومیت عمده از منابع لاینفک بقا از قبیل غذا و خدمات پزشکی یا اخراج اجباری از خانه یا کاشانه باشد. ماده ۷ نیز مصادیق مختلف جنایات علیه بشریت را تشکیل می‌دهد که یکی از این اعمال، ریشه‌کنی یعنی برنامه‌ریزی برای تحمیل عمده وضعیت خاص از زندگی از جمله محروم کردن از دسترسی به غذا و دارو به‌منظور معدوم کردن بخشی از یک جمعیت است. در ماده ۸ نیز تحمیل گرسنگی به غیرنظامیان به‌عنوان روش جنگی یا محروم کردن آنان از موادی که برای بقایشان ضروری است از جمله جلوگیری خودسرانه از رسیدن کمک‌های بشردوستانه پیش‌بینی شده در کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو جنایات جنگی نامیده می‌شود. در صورت ارتکاب هریک از جنایات مذکور در ارتباط با حق غذا این دیوان می‌تواند بر

۱. حسینی اکبرنژاد، هاله، «جنگ علیه حقوق انسان‌ها: نقض تعهد رعایت حقوق بشر در جنگ ۲۲ روزه غزه»، مجله حقوقی بین‌المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی، سال ۲۸، شماره ۴۰، ۱۳۸۸، صص. ۴۵-۱۳.

۲. عمرانی، سلمان، «جنایات اسرائیل در غزه در مصاف با حقوق کیفری بین‌المللی بررسی راهکارهای محاکمه جانیان»، فصلنامه حقوقی گواه، شماره ۱۴، ۱۳۸۸، صص. ۹۲-۸۷.

اساس اساسنامه آیین دادرسی خود، از طریق یکی از موارد زیر موضوع را پیگیری کند: الف) ارجاع وضعیت از سوی شورای امنیت به دیوان (ماده ۱۳ اساسنامه، دیوان) بر اساس ماده ۱۳ اساسنامه «دیوان می تواند صلاحیت خود را درباره جرایم مندرج در ماده ۵ اساسنامه در موارد زیر اعمال کند...» و... ب) موقعیتی که یک یا چند جرم از جرایم مطروحه ارتکاب یافته باشند و موضوع بر اساس فصل هفتم توسط شورای امنیت به دیوان ارجاع شود. در این زمینه دو موضوع مورد توجه قرار می گیرد: ۱- تشخیص یک موقعیت توسط شورا ۲- ارجاع آن به دیوان.^۱ بنابراین شورای امنیت می تواند در چارچوب فصل ۷ منشور سازمان ملل و در راستای حفظ صلح و امنیت بین المللی یک وضعیت را به دیوان ارجاع دهد هر چند جرم توسط اعضای دول عضو یا در قلمرو دول عضو ارتکاب نیافته باشد. ج) انجام تحقیقات مقدماتی توسط دادستان (مواد ۱۲ و ۱۳ اساسنامه دیوان) بر اساس ماده ۱۲ اساسنامه کشوری که عضو اساسنامه دیوان نیست می تواند با ثبت بیانیه ای نزد ثبات دیوان، صلاحیت این مرجع را در موضوعی خاص بپذیرد و براساس ماده ۱۳ اساسنامه دیوان «دیوان می تواند صلاحیت خود را درباره جرایم مندرج در ماده ۵ اساسنامه خود در موارد زیر اعمال کند... ج) دادستان ابتدا تحقیقاتی درباره جرایم و بر اساس اختیارات ماده ۱۵ انجام دهد. این موضوع نیز به خواست دادستان باز می شود. اگر دادستان به انجام تحقیقات مقدماتی تمایل داشت، می تواند با وجود اسناد و مدارک به این کار دست زند. د) ماده ۸۶ آیین دادرسی دیوان به سازمان های غیردولتی مجوز می دهد تا با ارائه دادخواست خواستار تحقیق و پیگیری موضوع توسط دادستان دیوان کیفری بین المللی شوند. دادخواستی که از سوی سازمان های غیردولتی ارائه می شود فقط برای آغاز تحقیقات مقدماتی است و نمی تواند منجر به رسیدگی شود. البته انجام تحقیقات مقدماتی که دادستان با آن موافقت کرده با ماده ۱۲ و ۱۳ اساسنامه تفاوت دارد زیرا این تحقیقات به تبع دادخواست انجام می شود در حالی که انجام تحقیقات مقدماتی ناشی از اعمال مواد ۱۲ و ۱۳ اساسنامه مستقل است.^۲

۲-۶. رسیدگی در مراجع ملی سایر کشورها

تعهد به مجازات جنایتکاران جنگی که حین مخاصمات بین المللی مرتکب نقض حقوق بشردوستانه شده اند، هر دولت عضو کنوانسیون را ملزم به تعقیب این افراد

۱. اخوان فرد، مسعود، و سیدمهدی چهل تنی، «جنگ غزه و عملکرد نهادهای حقوق بین الملل»، فصلنامه حقوقی گواه، شماره ۱۴، ۱۳۸۸، صص. ۱۰۴-۱۰۲.
۲. عمرانی، پیشین، ص. ۹۰.

می‌کند. تعقیب و مجازات جنایتکاران جنگی، نه فقط حق، بلکه تکلیف دولت‌های عضو کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو است و دول عضو را بدون در نظر گرفتن تابعیت جانی یا بزه‌دیده یا حتی محل وقوع جنایت جنگی به محاکمه جنایتکاران جنگی یا استرداد این افراد به دولتی دیگر مکلف می‌کند که خواهان محاکمه آنان باشد. این نوع صلاحیت رسیدگی به جنایات جنگی را «صلاحیت جهانی» می‌نامند و هدف از آن، تأمین مصالح و منافع جهانی است و از طریق مجازات کسانی تأمین می‌شود که ارزش‌های جهانی متبلور در کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو را زیر پا می‌گذارند.^۱ در واقع جنایات موضوع این صلاحیت، جنایاتی هستند که تنها به منافع یک دولت صدمه نمی‌زنند بلکه وجدان جهانی را جریحه‌دار می‌کنند.^۲

دولت‌ها درباره نقض‌های عمدی کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو (۱۹۴۹) و پروتکل الحاقی اول (۱۹۷۷) و در مورد شکنجه و سایر جرایم به رسمیت شناخته شده در حقوق بین‌الملل، مجاز به اعمال صلاحیت جهانی هستند. صلاحیت جهانی به منظور جلوگیری از بی‌کیفر ماندن مرتکبان جرایمی است که به «منافع اساسی بشریت» آسیب رسانده‌اند.^۳ البته اصل اعمال صلاحیت جهانی در رویه بین‌الملل، عمدتاً منوط به حضور متهم در دادگاه داخلی ذی‌ربط شده‌است تا از تعارض تصمیمات و تداخل صلاحیت‌ها جلوگیری شود. با این حال کنوانسیون ۱۹۴۹ ژنو و پروتکل الحاقی ۱۹۷۷ در این مورد، هیچ مانعی برای اعمال صلاحیت دولت‌ها و رسیدگی غیابی ایجاد نکرده است.^۴ به رغم وجود مبانی بین‌المللی و ملی برای اعمال صلاحیت نسبت به جنایات بین‌المللی به لحاظ فنی، اقدام قضائی برای رسیدگی به این جنایات که در سرزمین‌های خارج از حوزه قضایی دادگاه ارتکاب یافته‌اند، با موانع و مشکلات عملی مواجه است. به طور مثال، اقدام دادگاه‌های ملی سایر کشورها مستلزم گذشت زمان است. از یک سو افراد مسئول پیگیری این جنایات مانند قضات و دادستان‌ها، نیازمند وقت و زمان زیاد برای جمع‌آوری ادله و مدارک ارتکاب جنایات هستند. از سوی دیگر موضوع تعارض

۱. حسینی اکبرنژاد، پیشین، صص. ۱۲۵-۹۹.

۲. ممتاز، و رنجبران، پیشین، ص. ۲۰۱.

۳. حسینی اکبرنژاد، پیشین، ص. ۱۲۴.

۴. زمانی، قاسم، «ظرفیت نظام حقوق بین‌الملل در مقابله با جنایات رژیم صهیونیستی در غزه»، در: غزه و حقوق بین‌الملل، انتشارات مجمع جهانی صلح اسلامی، ۱۳۸۹.

صلاحیت‌ها و اولویت صلاحیت دادگاه محل وقوع جرم نیز مطرح است لذا محاکم ملی سایر کشورها صرفاً زمانی می‌توانند اقدامات قضایی تکمیلی انجام دهند که کوتاهی یا عدم استقلال در دستگاه قضایی کشور محل ارتکاب جنایت مطرح یا رسیدگی‌های پیشین صوری باشد. همچنین بعضاً مسائل تدارکاتی مانند هزینه‌های مالی ناشی از انجام تحقیقات نیز مطرح است.

۳-۶. تشکیل دادگاه کیفری بین‌المللی ویژه توسط شورای امنیت

تشکیل دادگاه‌های کیفری ویژه توسط شورای امنیت برای تعقیب، محاکمه و مجازات جنایتکاران بین‌المللی از جمله اقدامات مهم جامعه بین‌المللی در مقابله با نقض‌های شدید حقوق بشر و حقوق بشر دوستانه قلمداد می‌شود.^۱ تشکیل چنین دادگاه‌هایی بی‌تردید عاملی مؤثر در تحول حقوق بین‌الملل محسوب می‌شود.

۴-۶. دیوان دادگستری بین‌المللی

طبق اصول حقوق بین‌الملل، مجمع عمومی سازمان ملل صلاحیت تقاضای صدور رأی مشورتی از دیوان بین‌المللی دادگستری را بر اساس اصول و قواعد حاکم در حقوق بین‌المللی از جمله قطعنامه‌های شورای امنیت و مجمع عمومی دارد. همچنین امکان دادخواهی و جبران خسارات در دیوان بین‌المللی دادگستری بر اساس ماده ۹ کنوانسیون نسل‌زدایی و نیز درخواست دادخواست در حضور دیوان بین‌المللی دادگستری بر اساس سایر معاهدات با توجه به تعهدات عام‌الشمول (ارگامنس) به دلیل نقض بارز تخلفات بین‌المللی از قبیل جنایات جنگی، جنایات علیه بشریت و نسل‌کشی وجود دارد.

۱. حسینی اکبرنژاد، پیشین، ص. ۳۶.

نتیجه

با توجه به نقش غذا در سلامت و رساندن آن به افراد نیازمند در شرایط اضطراری به‌ویژه در مخاصمات مسلحانه داخلی و بین‌المللی و با توجه به آنکه در این نوع وضعیت‌ها، هم حقوق بین‌الملل بشر و هم حقوق بین‌الملل بشردوستانه حاکم است لذا از منظر حقوق بین‌الملل بشر، میثاق‌ها، کنوانسیون‌ها، پروتکل‌های مربوطه و... ضمن شناسایی حق بر غذا به‌عنوان حق بشری، تبیین و تفسیر اجزای این حق و تعهدات کشورها در زمان صلح و مخاصمات، گام اساسی در این راستا برداشته ولی در اجرای این حق با توجه به نقض گسترده آن، با مشکلاتی مواجه بوده است.

از منظر حقوق بین‌الملل بشردوستانه نیز کنوانسیون‌ها و پروتکل‌های مربوطه، با ایجاد تعهدات الزام‌آور در زمان مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و شرایط اشغال در زمینه حق غذا از قبیل منع به قحطی کشاندن غیرنظامیان، عدم تخریب محصولات کشاورزی و غذایی، حق دریافت کمک‌های بشردوستانه و آزادی حرکت کارکنان سازمان‌های بشردوستانه، تا آن حد پیش رفته‌اند که استفاده از ابزار گرسنگی در این مخاصمات را به‌منزله جنایات جنگی، جنایات نسل‌زدایی و جنایات علیه بشریت قلمداد کنند و حق دادخواهی درمورد نقض حق غذا را از طریق نهادهای مختلف بین‌المللی از قبیل دیوان کیفری بین‌المللی، شورای امنیت و ... به رسمیت شناخته‌اند ولی حقوق بین‌الملل بشردوستانه، در مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی، گرچه حق غذا را به‌خوبی تبیین کرده، تعهداتی الزام‌آور در زمینه حق غذا و کمک‌رسانی غذا به غیرنظامیان ایجاد نکرده و فقط بر لزوم سازماندهی کمک‌های بشردوستانه به غیرنظامیان تأکید شده و فاقد قوانین مربوط به تسریع دسترسی به چنین کمک‌هایی است.

منابع:

- اخوان فرد، مسعود، و سید مهدی چهل تنی، «جنگ غزه و عملکرد نهادهای حقوق بین الملل»، فصلنامه حقوقی گواه، شماره ۱۴، ۱۳۸۸.
- امیرارجمند، اردشیر، مجموعه اسناد بین المللی حقوق بشر، جلد اول، قسمت اول، اسناد جهانی، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۱.
- ابراهیم گل، علیرضا، «حق غذا: پیش شرط تحقق سایر حقوق»، مجله حقوقی بین المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین المللی، سال ۲۵، شماره ۳۹، ۱۳۸۷.
- ایده، اسیبورن، کاتارینا کراوزه، و اسن روساس، حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، ترجمه اردشیر امیرارجمند با همکاری گروه مترجمان، چاپ اول، مجد، ۱۳۸۹.
- حسینی اکبرنژاد، حوریه، «جنگ علیه حقوق انسان‌ها: نقض تعهد رعایت حقوق بشر در جنگ ۲۲ روزه غزه»، مجله حقوقی بین المللی، نشریه مرکز امور حقوقی، سال ۲۸، شماره ۴۰، ۱۳۸۸.
- کریون، میتوسی، «چشم اندازی به توسعه میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی»، ترجمه محمد حبیبی، چاپ اول، سازمان انتشارات دانشگاه مفید، ۱۳۸۷.
- اخوان خزاریان، مهناز، «اعمال حقوق بین الملل بشردوستانه در مخاصمه اخیر نوار غزه»، مجله حقوقی بین المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین المللی، سال ۲۸، شماره ۴۰، ۱۳۸۸.
- رضانی قوام آبادی، محمدحسین، نقش کمیته بین المللی صلیب سرخ در تدوین و اجرای حقوق مخاصمات مسلحانه غیربین المللی، خردسندی، ۱۳۸۹.
- زمانی، قاسم، «ظرفیت نظام حقوق بین الملل در مقابله با جنایات رژیم صهیونیستی در غزه»، در: غزه و حقوق بین الملل، انتشارات مجمع جهانی صلح اسلامی، ۱۳۸۹.
- ساعد، نادر، فلسطین و حقوق بین الملل معاصر، چاپ اول، مجد، ۱۳۸۹.
- ممتاز، جمشید، و امیرحسین رنجبران، حقوق بین الملل بشردوستانه: مخاصمات مسلحانه داخلی، میزان، ۱۳۸۴.
- مهرپور، حسین، نظام بین المللی حقوق بشر، اطلاعات، ۱۳۷۷.
- عمرانی، سلمان، «جنایات اسرائیل در غزه در مصاف با حقوق کیفری بین المللی بررسی راهکارهای محاکمه جانیان»، فصلنامه حقوقی گواه، شماره ۱۴، ۱۳۸۸.
- قربان نیا، ناصر، حقوق بشر و حقوق بشردوستانه، نشر سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۷.

- قاری سیدفاطمی، سیدمحمد، حقوق بشر در جهان معاصر، دفتر دوم، جستارهایی تحلیلی از حق‌ها و آزادی‌ها، شهر دانش، ۱۳۸۸.
- کمالان، مهدی، منشور سازمان ملل متحد، چاپ دوم، کمالان، ۱۳۸۸.
- مصفا، نسرين، بهرام مستقیمی، و همکاران، چالش‌های کمک‌های بشردوستانه در خاورمیانه، چاپ اول، انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۸۶.
- وارنر، دانیل، حقوق بشر و حقوق بشردوستانه، کنکاشی برای جهانی‌شدن، ترجمه سلاله حبیبی امین، انتشارات دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۸۲.
- هنکرتز، ژان ماری، و لوئیس دوسوالدیک، حقوق بین‌المللی بشردوستانه عرفی، ترجمه دفتر امور بین الملل قوه قضائیه جمهوری اسلامی ایران و کمیته بین المللی صلیب سرخ، مجد، ۱۳۸۷.
- Amrei Muller, "Limitations and Derogations from Economic, Social and Cultural Rights", Human Rights Law Review, Vol. 9, 2011.
- Christophe Golay, and Melik Ozden, "The Right to Food: A fundamental human right affirmed by the United Nations and recognized in regional treaties and numerous national constitutions". Available at: www.cetim.ch/en/documents/Br-alim-A4-ang.pdf.
- Commission on Human Right (CHR), "The Right to Food", Report by the Special Reporter on the right to food, 2001, available at: www.CHR.org.
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), Relationship between Economic Sanctions and Respect for Economic, Social and Cultural Rights. General Comment No. 8, 1997.
- Jelena Pejic, "The Right to Food in Situations of Armed Conflict: The Legal Framework", International Review of the Red Cross, vol. 83, No. 844, 2001.
- Office United Nation Human Rights (OUNHR/FAO), 2010 "The Right to Adequate Food", Fact sheet. p.7, No. 34.
- Randle Defalco, "The Right to Food in Gaze: Israel's Obligations under International Law", The Internet Journal of Rutgers School of Law, Vol.35, 2009.
- Sylvain Vite, "The Interrelation of the Law of Occupation and Economic, Social and Cultural Rights: The Examples of Food, Health and Property", International Review of the Red Cross, Vol. 9. No. 871, 2008.

نحوه اعمال صلاحیت دادگاه‌ها در رسیدگی به جرایم فضای مجازی

گودرز افتخار جهرمی*

ابراهیم اسلامی*

چکیده:

با پیشرفت فناوری اطلاعات و ارتباطات، تحولاتی اساسی در زیست انسانی صورت گرفته است. آن دسته از رفتارهای انسانی که به شکل سنتی جرم تلقی می‌شد، امروز به شکل ترجمه ایده‌های مجرمانه به زبان خاص رایانه و یا از طریق فضای مجازی تحقق می‌یابد. به این ترتیب، فضای جدیدی به نام فضای سایبر ایجاد شده است که در آن مرز و محدوده به شکل سنتی معنی ندارد. یکی از مهم‌ترین پرسشها در این قلمرو آن است که در هنگام ارتکاب یک جرم سایبری صلاحیت محکمه رسیدگی کننده را با استناد به کدام یک از اصول حقوقی آیین دادرسی می‌توان شناخت. اقدامات مجرمانه در این فضا اصول و قواعد صلاحیتی سنتی را به چالش کشیده است. پرسش اصلی این مقاله آن است که در صورت وقوع یک جرم سایبری چگونه و تا چه حد دادگاه‌های یک کشور می‌توانند اعمال صلاحیت نمایند. همچنین در صورتی که میان صلاحیت‌های متفاوت نسبت به یک جرم سایبری تعارض حاصل شود، برای رفع آن بر اساس کدام یک از اصول حاکم بر صلاحیت دادگاه‌ها باید عمل کرد. پاسخ به این پرسش‌ها نیازمند موشکافی دقیق موازین بین‌المللی ناظر بر صلاحیت محاکم و رویه بین‌المللی کشورهای پیشرو در زمینه مبارزه با جرایم سایبری است که در این مقاله به بازخوانی این مقررات و مطالعه این دست رویه‌ها و در پایان به ارائه راه‌حل پیشنهادی در حل تعارض صلاحیت‌های دادگاه‌ها پرداخته خواهد شد.

واژگان کلیدی: جرم سایبری، صلاحیت، عنصر خارجی، دادگاه صالح، تعارض صلاحیت.

G_Eftekhari@sbu.ac.ir

* استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

* دانشجوی دکتری حقوق بین الملل دانشگاه شهید بهشتی، عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد رودهن و
دانشجوی دکتری حقوق بین الملل دانشگاه شهید بهشتی، عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد رودهن و

دانشجوی دکتری حقوق بین الملل دانشگاه شهید بهشتی، عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد رودهن و

eeslami56@yahoo.com

مقدمه

با پیشرفت فناوری اطلاعات و ارتباطات، تحولاتی اساسی در زیست انسانی صورت گرفته است. آن دسته از رفتارهای انسانی که به شکل سنتی جرم تلقی می‌شد، امروز به شکل ترجمه ایده‌های مجرمانه به زبان خاص رایانه و یا از طریق فضای سایبری تحقق می‌یابد. به این ترتیب، فضای جدیدی به نام فضای سایبر^۱ ایجاد شده است که در آن مرز و محدوده به شکل سنتی معنی ندارد. چه بسا جرایمی در هزاران کیلومتر دورتر از محل اقامت قربانیان علیه ایشان طراحی و اجرا می‌شود یا آنکه ابزارهای عادی زندگی روزمره وسیله اقدامات مجرمانه علیه اشخاص قرار می‌گیرد. بررسی مسأله چگونگی و مبنای اعمال صلاحیت محاکم بر جرایم سایبری و نیز تعارض در صلاحیت محاکم از اهمیت بسزایی برخوردار است. در این مقاله امکان حل چنین تعارضی با اتکاء به اصول سنتی حل تعارض یا شکل‌گیری اصول نوین بر پایه موازین بین‌المللی مورد ارزیابی قرار خواهد گرفت.

جامعه بین‌المللی هموار تلاش کرده است تا به واسطه انعقاد معاهدات دو یا چند جانبه زمینه همکاری در رسیدگی به جرایم سایبری را فراهم نماید. بنابراین می‌توان گفت که نظام کنونی حاکم بر جرایم سایبری تا حدود زیادی متکی بر همکاری بین‌المللی است. با وجود این، این انتقاد نیز مطرح شده است که «یک نظام حقوقی کارآمد جهت رسیدگی به جرایم سایبری نباید تا بدین حد متکی به همکاری باشد. زیرا همیشه تضمین وجود ندارد که فارغ از اعمال قدرت قاهره قضایی، تعقیب و رسیدگی فرامرزی به جرایم سایبری مفید اثری واقعی باشد».^۲ از این رو، این پرسش اساسی قابل طرح است که یک کشور تا چه حد می‌تواند مدعی اعمال صلاحیت بر جرایم سایبری باشد؟

برخی از جرایم وجود دارند که از نگاه یک دولت در قلمروی حاکمیت آن دولت اتفاق افتاده‌اند در حالی که بخشی از عناصر مادی این جرایم عملاً در کشور دیگری ارتکاب یافته است. از این رو، دست‌کم ممکن است دو دولت مدعی اعمال صلاحیت

۱. فضای سایبر یا فضای مجازی یا فضای رایانه‌ای عبارت از مجموعه محیط‌هایی، همچون اینترنت است که اشخاص در آنها بدون حضور فیزیکی در کنار یک دیگر، از طریق رایانه‌ها یا دیگر وسایل ارتباطی، ارتباط برقرار می‌کنند. در خصوص مفهوم فضای سایبر؛ بنگرید به: هیأت مولفان و ویراستاران مایکروسافت، فرهنگ تشریحی کاربران کامپیوتر انتشارات مایکروسافت، ترجمه فرهاد قلی‌زاده نوری، تهران، نشر علوم روز، ۱۳۸۰، ص. ۸۶.

2. Bert-Japp Koops, and Susan Brenner, *Cybercrime and Jurisdiction: A Global Survey*, T.M.C. Asser Press, 2006, p. 2.

باشند. بر این اساس، پرسش اصلی مقاله حاضر آن است که اگر جرمی سایبری به صورت کلی یا جزئی در قلمرو کشوری دیگر ارتکاب یافته باشد، محدودیت‌های مربوط به ادعای اعمال صلاحیت محاکم کدامند و کدام اصول در تعیین و تشخیص صلاحیت و نیز حل تعارض صلاحیت‌ها قابل اعمال است؟

در این مقاله، پس از بررسی کلیات صلاحیت محاکم در جرایم سایبری و مفهوم جرم سایبری با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی، به بررسی قابلیت اعمال اصول صلاحیت به طور سنتی در مورد جرایم سایبری پرداخته خواهد شد. در نهایت بحث تعارض‌های صلاحیتی نیز مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. چستی و چگونگی صلاحیت محاکم در جرایم سایبری

هیأت عمومی دیوان عالی کشور در تاریخ ۱۳۹۱/۱۲/۱ با صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۲۹ اعلام داشت: «نظر به اینکه در صلاحیت محلی، اصل صلاحیت دادگاه محل وقوع جرم است و این اصل در قانون جرایم رایانه‌ای نیز مستفاده از ماده ۲۹ مورد تأیید قانون‌گذار قرار گرفته، بنابراین در جرم کلاهبرداری مرتبط با رایانه، هرگاه تمهید مقدمات و نتیجه حاصل از آن در حوزه‌های قضایی مختلف صورت گرفته باشد، دادگاهی که بانک افتتاح‌کننده حساب زیان‌دیده از بزه که پول به طور متقلبانه از آن برداشته شده در حوزه آن قرار دارد، صالح به رسیدگی است». همانطور که ملاحظه می‌شود تعیین صلاحیت محکمه در پرونده‌هایی که هر دو طرف دعوی در یک کشور هستند، در رویه قضایی کشور ما نیز ایجاد اختلاف نظر کرده است و به طریق اولی هنگامی که یک عنصر خارجی در معادله حقوقی وارد می‌شود حل مسأله دادگاه صالح به مراتب پیچیده‌تر می‌شود. در رویه محاکم سایر کشورها، به ویژه کشورهایی که طلایه‌دار تکنولوژی فناوری ارتباطات هستند نیز همین موضوع به صورتی بسیار پیچیده‌تر مطرح شده است. جهت ورود به اصل موضوع دو نمونه از رویه دولت‌ها را مورد بررسی قرار خواهیم داد. در پرونده «لکسی/یونوف و وسیلی گورشکوف»^۱، دو هکر تبعه روسیه، از چند شرکت آمریکایی اخاذی کرده بودند. این پرونده نمونه بارزی است که ضرورت بحث پیرامون تعیین دادگاه صالح و اعمال صلاحیت بر جرایم سایبری را روشن می‌کند. در این پرونده، پلیس فدرال آمریکا جهت تأمین دلیل و دستگیری مظنونین از شیوه بدیعی استفاده کرد که پیش از این در سایر کشورها مورد استفاده قرار نگرفته بود. مأموران امریکایی خود را به عنوان تاجر به هکرها معرفی کرده و آنها را

به بهانه انجام مصاحبه در خصوص کار در یک شرکت امنیت شبکه به شهر سیاتل^۱ دعوت کردند. سپس در محل مصاحبه از آنها خواسته شد تا مهارت خود در مقابله با حملات جاسوسی به سیستم‌های رایانه‌ای به نمایش بگذارند. این امر مستلزم استفاده هکرها از رمز ورود به رایانه‌های شخصی شان بود. با تدابیر فنی که از قبل پیش‌بینی شده بود، رمز ورود آنها به دست آمد. با به دست آمدن رمز ورود، مأمورین فدرال از طریق شبکه اینترنت وارد رایانه شخصی این دو متهم شده و جهت تأمین دلیل و ایراد اتهام علیه آنها نسخه‌ای از اطلاعات موجود در رایانه‌ایشان را تهیه نمودند.^۲ متعاقب پیگیری مقامات قضایی و طرح پرونده علیه آنها و ایراد اتهام، دادگاه هر دو متهم را به دلیل نقض قوانین داخلی روسیه مجرم شناخت. در واکنش به این اقدام ایالات متحده، مقامات دولت روسیه مدعی شدند که اول- مدارک و ادله اثبات جرم به صورت غیرقانونی تحصیل شده و دوم و مهم‌تر اینکه، مقامات قضایی آمریکایی با چنین اقدامی در واقع مرزهای صلاحیتی را نادیده گرفته‌اند. افزون بر این، مقامات روس با طرح اتهام هک علیه مأمورین آمریکایی نیز مخالفت خود را با اقدام آنان ابراز کردند که این امر نیز به نوبه خود مسأله اعمال صلاحیت و رسیدگی به این موضوع را به میان آورد.^۳ این پرونده به خوبی نشان می‌دهد که نه تنها پدیده مرز در مفهوم سنتی کمرنگ شده است بلکه نظریه‌های سنتی صلاحیت و اصول حاکم بر آن نیز تا حدودی به چالش کشیده شده است. بنابراین، باید دید مبانی صلاحیتی رسیدگی به جرایم سایبری و اصول حاکم بر آن چیست. از این گذشته، با اعمال نظریه‌ها و نیز اصول سنتی صلاحیت بر جرایم سایبری فرامرزی، امکان دارد که اختیار اعمال صلاحیت توسط کشوری که به واقع مستحق و ذینفع اعمال صلاحیت است، سلب شود و در مقابل، کشور دیگری با اتکاء به مبانی غیرواقعی اعمال صلاحیت کند.

در رویه بین‌المللی کشورها پرونده مشهور دیگری نیز قابل ذکر است. پرونده شرکت ارائه خدمات اینترنتی «کامپیوسرو»^۴ از نمونه‌هایی است که اختلاف صلاحیت محاکم در آن به خوبی مشاهده می‌شود.^۵ در این پرونده نماینده دادستان شهر مونیخ

1. Seattle

2. Jody Westby, International Guide to Combating Cybercrime, American Bar Association Publishing, 2003, p. 115.

3. Koops and Brenner, Op. cit., pp.322-323.

4. Compu Serve

۵. شرکت کامپیوسرو در شهر کلمبوس، در ایالت اوهایو آمریکا، قرار دارد و تأمین‌کننده خدمات اینترنتی است. این شرکت نخستین شرکتی بود که خدمات تجاری اینترنتی را در ایالات متحده آمریکا ارائه می‌کرد.

اتهاماتی را علیه «فلیکس سام»^۱، مدیر اجرایی این شرکت طرح کرد در حالی که هم متهم و هم شرکت تبعه ایالات متحده بودند. این شرکت متهم به انتشار پورنوگرافی کودکان و مطالبی در زمینه بنیادگرایی بود. دادستان مدعی بود که این شرکت باید دسترسی به چنین مطالبی را مسدود می کرد. لیکن محتوای تارنما لزوماً از سوی خود شرکت در صفحات قرار نمی گرفت بلکه کاربران نیز می توانستند مطالبی را در این صفحات بارگذاری کنند. دادگاه بدوی فلیکس سام را مجرم تشخیص داده و وی را به دوسال حبس تعلیقی محکوم کرد. لیکن با درخواست تجدیدنظر و پس از یک سال، تبرئه شد.^۲

در این پرونده، رسیدگی به اتهام مدیر یک شرکت اینترنتی آمریکایی در آلمان در واقع این رویه را ایجاد کرد که امکان اعمال صلاحیت کیفری محاکم یک کشور بر اتباع کشور دیگر بر اساس مبانی غیرواقعی صلاحیت وجود دارد. مسلم است آثار چنین رویه‌ای خطرناک است زیرا تأمین کنندگان خدمات اینترنتی و حتی کاربران آنها را در قبال اعمالی که در یک حوزه حاکمیتی و تحت شمول قوانین یک کشور ارتکاب یافته، با خطر محاکمه در دادگاه‌های تمامی کشورهای جهان مواجه می‌شوند.

این دو رویه قضایی از جانب پرچمداران تکنولوژی ارتباطات یعنی ایالات متحده و آلمان، مؤید آن است که اتکاء به اصول سنتی حاکم بر اعمال صلاحیت در تشخیص دادگاه صالح تردید ایجاد کرده است و حتی به احتمال زیاد موجب تضییع حقوق متهم می‌شود. لیکن باید توجه داشت که عدم تبعیت از چنین اصولی نیز مشکلات خاص خود را دارد. از جمله تأثیر بر روابط بین‌المللی دولت‌ها به دلیل عدم تبعیت از اصول سنتی اعمال صلاحیت بر جرایم فرامرزی. دو اصل کلاسیک حقوق بین‌الملل که در این ارتباط مطرح می‌شود اصل برابری حاکمیت دولت‌ها و اصل استقلال حاکمیت در حقوق بین‌الملل است. یکی از مهم‌ترین تجلی‌های این دو اصل، استقلال قضایی و صلاحیت تشخیص اعمال صلاحیت قضایی توسط محاکم ملی کشورهاست. از دیگر سو به سبب ذات جرایم سایبری و ماهیت فراملی آنها اختلاف در تشخیص صلاحیت می‌تواند به روابط بین‌المللی دولت‌ها خدشه وارد سازد. از دیگر سو، برخی جرایم سایبری از حد جرایم داخلی با ماهیت فراملی فراتر رفته و با خدشه به نظم عمومی بین‌المللی فی‌نفسه جنایتی بین‌المللی را شکل می‌دهند. پدیده اخیر را می‌توان در تروریسم سایبری به

1. Felix Somm

2. Akdeniz, Yaman, Internet Child Pornography and the Law: National and International Responses, Ashgate, 2008, pp. 229-231.

روشنی ملاحظه کرد. تروریسم سایبری با تهدید حاکمیت کشور یا تعدادی کشورها، صلح و امنیت بین‌المللی را تهدید کرده و مقابله با آن نیازمند همکاری و تعامل جهانی است. از این رو لازم است انواع صلاحیت و مبانی اعمال صلاحیت ملی و بین‌المللی در جرایم سایبری را با دقتی دو چندان مورد مذاقه و بررسی قرار داد.

۱-۱. مفهوم صلاحیت دادگاه‌ها و سیر تکامل آن

نقطه شروع اعمال صلاحیت قضایی و به ویژه اعمال صلاحیت کیفری بر جرایم فرامرزی «اصل برابری حاکمیت دولت‌ها» است که در موازین بین‌المللی تأکید فراوانی بر آن شده است. همانطور که گفته شد، این اصل قدیمی‌ترین و بنیادی‌ترین اصل حقوق بین‌الملل است که سابقه آن به لحاظ تاریخی به ابتدایی‌ترین دوره روابط میان جوامع سازمان‌یافته در تاریخ باز می‌گردد. به لحاظ سنتی، حضور فیزیکی مأموران یک کشور در سرزمین کشور دیگر، به جهت انجام عملیات در سرزمین کشور اخیر ممنوع است. رأی صادره از دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده کانال کورفو (۱۹۴۹) که بیان‌کننده قواعد ناشی از عرف بین‌المللی است، مؤید این ادعاست. دیوان در رأی خود، ورود کشتی‌های جنگی دولت انگلستان به سرزمین آلبانی به منظور بازرسی و پاک‌سازی کانال کورفو از مین‌های دریایی را مصداقی از مداخله قلمداد کرد و آن را مجاز ندانست.^۱ بنابراین، دولت‌ها نباید «به هیچ شکل یا دلیلی در امور داخلی و خارجی دولت‌های دیگر مداخله نمایند»،^۲ حتی اگر خسارتی هم در بر نداشته باشد. در این پرونده اساساً خسارتی به دولت آلبانی وارد نشده بود لیکن دیوان استدلال کرد که دولت انگلستان با این اقدام، حاکمیت دولت آلبانی را نقض کرده است.

از دیرباز، واژه «صلاحیت» دربرگیرنده سه اختیار اصلی حاکمیتی در هر کشور بوده و در این سه معنی استعمال شده است. این سه اختیار عبارتند از: صلاحیت قانون‌گذاری، صلاحیت قضایی و صلاحیت اجرای قهری قوانین و احکام قضایی. صلاحیت قانون‌گذاری به اختیار کشور در وضع قوانین و مقررات در خصوص فعل یا ترک فعل، وضعیت یا روابط اشخاص، اعمال اداری، مقررات اداری یا احکام دادگاه‌ها

۱. Corfu Channel Case, ICJ Reports, 1949, pp. 34-35.

۲. همچنین بنگرید به:

Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States, annex to GA resolution A/RES/20/2131 (XX), 21 December 1965; See also the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case, ICJ Reports 1986, p. 202.

اشاره دارد. در حقیقت می‌توان آن را «حق هر کشور نسبت به وضع قانون»^۱ توصیف کرد که بر رفتارها، روابط و وضعیت یا منافع اشخاص نسبت به اشیاء قابل اعمال است. صلاحیت قضایی عبارت است از اختیار کشور بر این که «اشخاص حقیقی و حقوقی را تابع فرایند دادگاه‌ها یا محاکم اداری خود کند»^۲ به این ترتیب دولت می‌تواند اشخاص را تحت تعقیب قرار داده یا آنان را محاکمه نماید. صلاحیت اجرای قهری قوانین عبارت است از اختیار کشورها برای تشویق یا اجبار به اجرای قوانین و مقررات و یا مجازات اشخاص در صورت عدم اجرای قوانین یا مقررات، خواه از طریق دادگاه‌ها یا به وسیله اقدامات اجرایی، اداری، انتظامی یا هرگونه اقدام غیرقضایی.^۳ موضوعات مرتبط با اجرای قهری قانون و عدالت کیفری در چارچوب این بعد از اختیارات انحصاری دولت قرار می‌گیرند. از نظر سنتی، بنا بر اصل صلاحیت سرزمینی کشورها، صلاحیت کیفری همواره با قلمرو جغرافیایی گره خورده است. بنابراین، کشورها مکلف‌اند از اعمال قهری قوانین و مقررات خود در سایر کشورها خودداری نمایند.^۴ به موجب اصول مسلم و مستقر حقوق بین‌الملل از جمله برابری حاکمیت کشورها و استقلال حاکمیت هیچ کشوری مجاز نیست در قلمرو کشور دیگر مبادرت به اقداماتی از جمله دستگیری افراد، ابلاغ احضاریه، تحقیقات پلیسی یا وصول مالیات کند مگر با رضایت دولتی که این اعمال در سرزمین آن انجام می‌شود.^۵ موضوع اعمال فراسرزمینی قوانین و مقررات توسط ایالات متحده همواره مورد اعتراض کشورها به ویژه کشورهای اروپایی بوده است. می‌توان گفت که بدون اعمال صلاحیت قضایی یا اجرای قهری قوانین، صلاحیت قانون‌گذاری یا تجویزی کمابیش یک مفهوم نظری و بلااثر در عرصه اجتماعی است و از سوی دیگر، بدون اعمال صلاحیت قانون‌گذاری، اعمال صلاحیت‌های دیگر امکان‌پذیر

1. Boleslaw Boczek, *International Law: A Dictionary*, Scarecrow Press, 2005, p.77.

2. Cedric Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, 2008, p.10.

3. Uta Kohl, *Jurisdiction and the Internet: Regulatory Competence over Online Activity*, Cambridge University Press, 2007, p.18.

۴. حتی برای مثال، در جایی که اتباع یک دولت در خارج از قلمرو آن محاکمه می‌شوند، اصل بنیادین این است که این کشور نمی‌تواند در رسیدگی‌های قضایی کشور حاکم دیگر به نیابت از تبعه خود مداخله نماید. همین‌طور، کشورها نمی‌توانند در قلمرو کشور دیگر از طریق اجرای قهری قوانین ملی خود بدون رضایت این دولت اقدامی را انجام دهند. بنگرید به:

Antonio Cassese, *International Law*, Oxford University Press, 2005, p. 53.

5. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 6th ed., 2003, p.306.

نیست. با وجود این باید یادآور شد که، ادعای مشروع تجویز صلاحیت محاکم نمی‌تواند دلیل کافی برای اعمال صلاحیت قضایی یا اجرای قهری قوانین و مقررات باشد. در طول تاریخ حقوق بین‌الملل، هر سه چهره صلاحیت عمدتاً مبتنی بر مرزهای سرزمینی بوده است. به عبارت دیگر، کشورها قوانینی را وضع می‌کردند که حوزه شمول جغرافیایی آن قواعد محدود به اعمالی می‌شد که در قلمرو سرزمین تحت حاکمیت‌شان رخ داده است یا اعمالی که به نحوی از انحاء به سرزمین یک کشور تسری پیدا می‌کرد. بنابراین، کشورها نمی‌توانند قوانین کیفری خود را نسبت به بزه‌ی اعمال نمایند که خارج از قلمرو سرزمینی آنها رخ داده است.^۱ ریشه‌های چنین رویکردی را می‌توان در گذشته‌های دور جستجو کرد. قبل از پیشرفت‌های شگرف قرن بیستم در حوزه فناوری، «... جرم از حیث مقیاس کوچک بوده و شامل اقدامات خلاف قانونی بود که به وسیله یک شخص یا اشخاصی که با هم مرتبط بودند علیه یک یا چند قربانی صورت می‌گرفت.»^۲ این رویکرد ساده‌انگارانه و محلی به ماهیت جرم، رسیدگی به جرایم برای مقامات محلی را ساده کرده بود زیرا انگیزه‌ها و انواع جرایم محدود و معلوم بود. پیدایش فناوری حمل و نقل و ارتباطات راه دور در قرن گذشته و توسعه روابط انسانی ورای مرزهای کشورها، منجر به وقوع انواع جدیدی از جرایم شد که نیازمند واکنش نظام‌های حقوقی در قبال آنها بود. این فرایند موجب تکامل اصول سنتی حاکم بر صلاحیت در قوانین داخلی کشورها و در نتیجه بالا رفتن توانایی این اصول در مواجهه با جرایم جدید شد. به دیگر سخن با توسعه حمل و نقل و ارتباطات بین‌المللی، افراد می‌توانستند بعد از ارتکاب جرم در یک کشور با استفاده از این فناوری‌ها به سرعت از کشور محل ارتکاب جرم بگریزند و یا اینکه فناوری‌های جدید این امکان را به وجود آورد که مجرم بدون این که کشور محل اقامت و سکونت خود را ترک نماید جرم یا جرایمی را علیه قربانیانی مرتکب شود که در کشوری دیگر سکونت دارند.

این تحولات باعث شد تا اصول نوینی در قوانین ناظر بر صلاحیت محاکم در کشورها پدیدار شوند تا دولت‌ها با استعانت از این اصول بتوانند مدعی صلاحیت فراسرزمینی شده و به وظیفه ذاتی خود که حمایت از شهروندان در برابر جرایم است، جامه عمل بپوشانند. این اصول بر اساس ماهیت پیوند بین جرم و کشور مورد بحث شکل گرفته و اعمال می‌شوند. امروزه، چهار اصل شناخته‌شده وجود دارد که دولت‌ها بر

1. Koops and Brenner, Op. cit., p. 4.

2. Marc Goodman, and Susan Brenner, "The Emerging Consensus on Criminal Conduct in Cyberspace", International Journal of Law and Information Technology, Vol. 10, No.2, 2002, p.157.

اساس آن مدعی صلاحیت فراسرزمینی در مورد اعمال مجرمانه با وصف بین‌المللی شده و چنین صلاحیتی را اعمال می‌کنند.^۱ اصل بنیادین در تشخیص این نوع از صلاحیت آن است که جرایم صرفاً در حوزه شمول صلاحیت سرزمینی یک کشور رخ نمی‌دهد. گاهی جرم، و در بحث ما جرم سایبری، جنبه فراسرزمینی دارد. در چنین مواردی، حقوق بین‌الملل برخی مبانی صلاحیت فراسرزمینی در موضوعات کیفری را پذیرفته است. مبنای مشترکی که در حقوق داخلی و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی می‌توان یافت، شرط «ارتباط کافی» یا «پیوند واقعی» بین جرم و دولت مدعی صلاحیت است.

به طور خلاصه و با عنایت به قوانین مدرن کشورها از جمله قوانین کیفری ایران، می‌توان گفت که اعمال صلاحیت فراسرزمینی تابع اصول زیر است: اصل تابعیت فعال، اصل تابعیت منفعل، اصل صلاحیت جهانی و اصل حمایتی. ذکر این نکته لازم است که استناد به این اصول و صلاحیت فراسرزمینی از سوی کشورها - خواه بر مبنای حقوق داخلی یا موافقت‌نامه‌های بین‌المللی - به خودی خود بر اعتبار اصل استقلال حاکمیت و اصل عدم مداخله تاثیرگذار نیست. انجام تحقیقات کیفری در قلمرو کشور دیگر (به موجب اصل حمایتی یا اصل تابعیت منفعل) مستلزم رضایت کشور ذیربط است.^۲ بنابراین، ادعای اعمال صلاحیت فراسرزمینی توسط کشور ذینفع هرچند با اصل عدم مداخله و استقلال حاکمیت ارتباط دارد لیکن به هیچ عنوان ناقض این دو اصل بنیادین حقوق بین‌الملل نیست و با مراعات این دو اصل از مجرای جلب رضایت کشورهاست که قابلیت اعمال پیدا می‌کند. از سوی دیگر، اصل حاکمیت سرزمینی قوانین کماکان برای رسیدگی به غالب جرایم مورد استناد قرار می‌گیرد.^۳ در این مقاله تلاش می‌کنیم تا همه اصول حاکم بر اعمال صلاحیت در مورد جرایم سایبری و میزان موفقیت آنها در مقابله با این جرایم مورد بررسی قرار دهیم، لیکن بدیهی است قبل از آن لازم است تا مفهوم جرم سایبری به مثابه جرمی فراملی و فراسرزمینی مورد توجه قرار گیرد.

۱-۲. جرم سایبری به مثابه جرم فراملی

جرم سایبری به خودی خود نمی‌تواند فراملی باشد زیرا امکان دارد تمام عناصر جرم و آثار آن محدود به قلمرو یک کشور معین باشد. در این صورت جرم محصور در محدوده ملی یک کشور خاص است. اما در مواردی ممکن است یک یا چند عنصر از

1. Ian Walden, Computer Crimes and Digital Investigations, Oxford University Press, 2007, p. 304.
2. Ian Brownlie, Op. cit., p. 306.
3. Goodman and Brenner, Op. cit., pp. 19-20.

جرم، مربوط به دو یا چند کشور باشد و یا اینکه آثار جرم به یک کشور خاص محدود نشود. در این گونه موارد لازم است بحث صلاحیت فراملی مطرح و اصول حاکم بر اعمال آن بررسی شود. جرم سایبری مفهومی است که تعاریف متفاوتی از آن ارایه شده است. جرم سایبری، از نظر لغوی، عبارت است از جرمی که به فضای سایبر، رایانه‌ها، شبکه‌های مجازی و اینترنت پیوند می‌خورد. به طور کلی، می‌توان حوزه‌های وقوع جرایم سایبری را به ترتیب زیر طبقه‌بندی کرد:

(الف) هرزنامه‌ها، انتشار بیش از حد ایمیل، افترا، اظهارات تنفرآمیز و نقض قوانین کپی رایت؛

(ب) دسترسی غیرمجاز، سرقت داده‌ها، هک کردن رایانه، قطع خدمات، و حملاتی که از کدهای نادرست استفاده می‌کنند؛

(ج) کلاهبرداری مالی؛

(د) تسهیل ارتکاب جرایم سنتی از جمله پورنوگرافی آنلاین کودکان، قماربازی آنلاین، جاسوسی^۱ و تروریسم.^۲

در صورتی که جرم سایبری در قلمرو یک کشور ارتکاب یابد و هیچ عنصر خارجی در آن دخیل نباشد و هیچ اثر فرامرزی نداشته باشد، طبیعتاً از حیث اعمال صلاحیت مشکلی وجود ندارد. اما مشکل آنجاست که جرم، جنبه فراملی دارد. در حقیقت «در دنیای سایبر، هیچ قلمرو یا مرز مشخصی وجود ندارد.»^۳ فاصله مرتکب با تمام دنیا فقط به اندازه فشار دادن سرانگشت بر یک کلید است. «حدود ۸۰ درصد جرایم سایبری که ماموران داخلی کشف می‌کنند مربوط به بیش از یک کشور است.»^۴ از نظر برخی، اکثر قربانیان مرتکبان جرایم سایبری در قلمرو «خارج از مرزهای ملی» هستند. در برخی کشورها، بیشترین جرایم سایبری گزارش شده ابتدا خارج از قلمرو سرزمینی شروع شده است. در عین حال برخی معتقدند در اکثر موارد کشورها به عنوان مجرا یا کانال سایبری ارتکاب جرم عمل می‌کنند و از این طریق درگیر یک جرم سایبری می‌شوند. از

۱. در این خصوص بنگرید به:

میرمحمد صادقی، حسین، «جرم جاسوسی»، ماهنامه دادرسی، شماره ۱۸، اسفند ۱۳۷۸، صص. ۵۵-۵۲.

2. Adel Azzam Saqf Al Hait, "Jurisdiction in Cybercrimes: A Comparative Study", Journal of Law, Policy and Globalization, Vol. 22, 2014, p. 75.

3. Laura Barnett, International Dimensions of Domestic Criminal Law: Extraterritoriality and Extradition, Canada Library of Parliament, 2008, p.1. available at:

<http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/prb0117-e.htm>

4. United Nations Office on Drugs and Crime, Comprehensive Study on Cybercrime, United Nations, Vienna, 2013, p.184.

نظر کشورها، استفاده از سامانه‌های خدمات‌رسانی اینترنتی و تاثیر فزاینده رسانه‌های اجتماعی، از جمله عوامل افزایش شمار جرایم سایبری فراملی است. حتی از نظر برخی کشورها، مرتکبان کاملاً از مسایل صلاحیتی آگاه هستند و برای اخفای ادله مربوط به اعمال غیرقانونی خود عمداً از منابع اینترنتی، مثل خدمات ایمیل، که در خارج واقع شده‌اند، استفاده می‌کنند. اما ذکر این نکته لازم است که کشورها ارزیابی یکسانی در خصوص جرایم سایبری ندارند. برای نمونه از نظر یک کشور از آمریکای جنوبی بخش قابل توجهی از جرایم سایبری گزارش شده جرایم فراملی دارای منشاء داخلی بودند.^۱ بنابراین، برای درک اینکه در چه مواردی جرم سایبری دارای جنبه فراملی است، باید در خصوص مفهوم فراملی بودن جرم بحث شود.

به موجب حقوق موضوعه بین‌المللی مندرج در کنوانسیون ملل متحد در مورد جرم سازمان‌یافته، یک جرم در صورتی ماهیتاً فراملی است که: (الف) در بیش از یک کشور ارتکاب یابد؛ (ب) در یک کشور به وقوع بپیوندد اما بخش قابل توجه برنامه‌ریزی یا کنترل آن در کشور دیگری انجام شود؛ (ج) جرم در یک کشور ارتکاب یابد اما مربوط به یک گروه مجرمانه سازمان‌یافته باشد که در بیش از یک کشور به اقدامات مجرمانه مبادرت می‌کنند؛ یا (د) جرم در یک کشور ارتکاب یابد اما در کشور دیگر آثار چشمگیری داشته باشد.^۲ جنبه فراملی زمانی بیشتر معنا پیدا می‌کند که رسیدگی به جرم با توجه به ملاحظات صلاحیت و ادله کیفری بررسی شود.^۳ بدین ترتیب هر گاه یک یا چند عنصر از عناصر فوق وجود داشته باشند، یا ارتکاب جرم در کشوری دیگر آثار چشمگیری به همراه داشته باشد، یک جنبه فراملی وجود خواهد داشت. جنبه‌های فرامرزی ادله از دو جهت قابل بررسی است: (الف) نقش فزاینده ادله الکترونیکی در تمامی جرایم و نه فقط جرایمی که در مقوله جرایم سایبری جای می‌گیرند؛ و (ب) استفاده روز افزون از محاسبات توده‌ای متضمن ذخیره داده‌های موازی و مخدوش. به‌ویژه، جابه‌جایی پویای داده‌ها به صورت خودکار در مراکز خدمات داده‌های متمرکز که از نظر فیزیکی در کشورهای متفاوتی قرار دارند، می‌تواند در تشخیص محل داده‌ها، چالش‌هایی را ایجاد کند.^۴ بنابراین، این مسأله که ادله فراسرزمینی را چگونه می‌توان از اشخاص و تأمین‌کنندگان خدمات به دست آورد، باید مورد بررسی قرار گیرد.

1. Ibid.

2. Article 3(2) of United Nations Convention against Transnational Organized Crime, Signed 15 November 2000, entered into force on 29 September 2003.

3. United Nations Office on Drugs and Crime, Op. cit., p. 188.

4. United Nations Office on Drugs and Crime, Op. cit., p. 188.

۲. اصول حاکم بر اعمال صلاحیت دادگاه‌ها در رسیدگی به جرایم سایبری

براساس یافته‌های تحقیقات سازمان ملل متحد در خصوص اعمال صلاحیت و رسیدگی به جرایم سایبری در نظام‌های حقوقی داخلی، حدود یک‌سوم کشورهای پاسخ‌دهنده، چارچوب حقوقی داخلی خود برای جرایم ارتكابی خارج از کشور را کارآمد دانسته‌اند، ۴۰ درصد دیگر آن را تاحدودی کارآمد ارزیابی کرده و ۲۵ درصد معتقد به ناکارآمدی آن بوده‌اند. در منطقه آمریکا، چارچوب‌های حقوقی داخلی ناکافی ارزیابی شد. در مقایسه با ۶۷ درصد کشورها در آفریقا، آسیا و اقیانوسیه، در منطقه آمریکا تنها ۴۰ درصد کشورها گزارش دادند که چارچوب حقوقی داخلی‌شان کارآمد یا تا حدودی کارآمد است. همه کشورهای منطقه اروپا معتقد بودند که قوانین داخلی‌شان کارآمد یا تا حدودی کارآمد است.^۱ کشورهایی که قوانین داخلی خود را برای جرایم سایبری فرامرزی کارآمد نمی‌دانستند، دلایلی را مطرح می‌کردند. خلاءهای مشترک شامل نقص مقررات کیفری در خصوص اقدامات ارتكابی خارج از حوزه صلاحیت سرزمینی و همچنین در برخی موارد عدم قابلیت اجرای قوانین استرداد^۲ و معاضدت قضایی متقابل نسبت به جرایم سایبری بود.^۳ کشورهایی که به پرسش‌نامه پاسخ دادند، اعلام داشتند که مبنای صلاحیت در خصوص جرایم سایبری فرامرزی اساساً مبتنی بر اصولی از قبیل سرزمینی بودن و تابعیت مرتکب است. بنابراین، از نظر کشورها لازم است که اقدام سایبری دارای آثار داخلی، از قبیل بزه‌دیدگی اتباع یا آثار یا خسارتی درون قلمروی سرزمینی ایشان باشد. از نظر برخی کشورها اگر جرم کاملاً خارج از قلمرو سرزمینی ارتکاب یابد و هیچ اثری درون سرزمین ایشان نداشته باشد، جرم‌انگاری و تعقیب می‌تواند چالش‌برانگیز باشد. رویکرد اسناد جهانی و منطقه‌ای در مورد اعمال صلاحیت بر جرایم سایبری شایسته مذاقه و بررسی است. این اسناد از جمله «کنوانسیون شورای اروپا در مورد جرایم سایبری»^۴ معمولاً تصریح می‌کنند که کشورهای عضو این معاهده باید اقدامات قانون‌گذاری و تدابیر دیگری را اتخاذ کنند تا برای جرایمی که بر طبق این سند پیش‌بینی شده است، اشکال معینی از صلاحیت را اعمال نمایند.

1. Ibid, pp. 190-191.

۲. در مورد استرداد به طور کلی بنگرید به: آزمایش، علی، تقریرات درس حقوق بین‌الملل کیفری دوره کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، نیمسال اول، سال تحصیلی ۱۳۸۲-۱۳۸۳؛ و آخوندی، محمود، «استرداد بزه‌کاران»، مجله حقوقی و قضائی دادگستری، سال سوم، شماره هشتم، پائیز ۱۳۷۲، صص ۹۳-۱۱.

3. United Nations Office on Drugs and Crime, Op. cit., p.190.

4. Council of Europe Cybercrime Convention

۲-۱. اصل صلاحیت سرزمینی

بر اساس این اصل، یک کشور باید اقدامات مجرمانه‌ای را که در قلمرو سرزمینی‌اش رخ داده تحت تعقیب قرار دهد، حتی در مواردی که مرتکب جرم یک تبعه خارجی است. افزون بر این، صلاحیت سرزمینی شامل مواردی است که یکی از عناصر تشکیل‌دهنده جرم، و به ویژه آثار آن، در درون قلمرو سرزمینی رخ می‌دهد. بنابراین نه تنها کشوری که عمل مجرمانه در آن آغاز شده است، بلکه کشوری که جرم در آن پایان یافته نیز می‌تواند به اعمال صلاحیت قضایی و محاکمه مرتکب بپردازد.^۱

۲-۱-۱. اسناد بین‌المللی ناظر بر صلاحیت سرزمینی

تمام اسناد بین‌المللی یا منطقه‌ای راجع به جرم سایبری که متضمن شرط صلاحیت می‌باشند، اصل صلاحیت سرزمینی را به رسمیت شناخته و کشورهای عضو را ملزم می‌نمایند تا صلاحیت خود را نسبت به جرایم برشمرده‌شده در این اسناد که در قلمرو جغرافیایی آن کشور ارتکاب یافته است، اعمال نمایند. فعالیت‌های مجرمانه در کشتی‌ها و هواپیماها نیز تابع یک سلسله اسناد الزام‌آور و غیرالزام‌آور است. بر اساس اصل صلاحیت سرزمینی، بسیاری از اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای که بر جرم‌انگاری اعمال مجرمانه پرداخته‌اند، مقرر داشته‌اند که لازم نیست تمام عناصر جرم در درون قلمرو کشور عضو به وقوع پیوندد تا صلاحیت سرزمینی کشور عضو اعمال شود. گزارش تفسیری کنوانسیون شورای اروپا در مورد جرم سایبری تصریح دارد که به موجب اصل سرزمینی بودن، یک کشور عضو در صورتی صلاحیت سرزمینی خود را اعمال می‌کند که هم شخصی که به یک سیستم رایانه‌ای حمله می‌کند و هم سیستم قربانی در درون قلمرو آن کشور قرار دارند و سیستم رایانه‌ای که مورد حمله قرار گرفته در درون قلمرواش قرار داشته باشد ولو این که حمله‌کننده خارج از قلمرو آن کشور عضو باشد.^۲ همچنین، قسمت سوم از بند چهارم ماده ۴۰ پیش‌نویس سند امنیت سایبری بازار مشترک کشورهای شرق و جنوب آفریقا مقرر می‌نماید: «جرم در جایی وقوع یافته است که عنصر مادی جرایمی که بر طبق این قانون جرم‌انگاری شده است ... به وقوع پیوسته است.»^۳

1. Lotus case, PCIJ, Series A, No. 10, 1927, p. 23-30.
2. Council of Europe Explanatory Report to Convention on Cybercrime, Council of Europe Treaty Series Explanatory Reports (CETSER), 2001, 23 November 2001, Para. 223.
3. COMESA Draft Model Bill, Article, 40(f) (iii).

بر اساس دستور العمل اتحادیه اروپا در مورد استثمار کودکان، اعمال صلاحیت نسبت به جرایمی که تمام یا بخشی از آن در قلمرو اتحادیه اروپا رخ دهد، الزامی است. این دستور العمل تصریح دارد که این روش اعمال صلاحیت شامل مواردی است که جرم به وسیله فناوری اطلاعات و ارتباطات ارتکاب یافته باشد، منصرف از این که ابزارهای مربوط به فناوری مورد استفاده در کشور عضو مستقر باشد یا بیرون از اتحادیه باشد.^۱ تصمیم اتحادیه اروپا در مورد حمله علیه سیستم‌های اطلاعاتی، شامل حملات فیزیکی در قلمرو یک دولت (اعم از این که علیه سیستم اطلاعاتی در همان قلمرو باشد یا خیر) و نیز حملات علیه سیستم‌های اطلاعاتی در آن قلمرو خواهد بود، خواه مرتکب به‌طور فیزیکی در آن قلمرو حضور داشته باشد یا نباشد.^۲

۲-۱-۲. قوانین و مقررات ملی ناظر بر صلاحیت سرزمینی

رویکردهای نوین قانون‌گذاری داخلی بر اسناد منطقه‌ای و بین‌المللی نیز تأثیر داشته است. در بسیاری از کشورها مقرراتی وجود دارد با این نگرش که لازم نیست کل جرم در قلمرو کشور ارتکاب یابد تا صلاحیت سرزمینی اعمال شود. با وجود این، برای تعیین و شناسایی وجود پیوند یا رابطه سرزمینی، سازوکارها و معیارهای قانونی در کشورها متفاوت است. در برخی از کشورها، بر «فعل یا ترک فعل»^۳ تأکید شده است که لزوماً باید در سرزمین ارتکاب یافته باشد. در برخی موارد دیگر، بر محل «سیستم‌های رایانه‌ای و داده‌ها» تمرکز و تأکید شده است.^۳ از نظر برخی از کشورها، صلاحیت سرزمینی شامل جرایمی می‌شود که در جایی دیگری شروع شده، ادامه پیدا کرده یا کامل شده است، اما به طور جزئی یا کلی علیه اموالی است که درون سرزمین آن دولت قرار دارد یا سبب صدمه به شخص یا اشخاصی شده است که درون قلمرو آن دولت حضور دارند. به زعم قوانین برخی دیگر از کشورها، صلاحیت در جایی اعمال می‌شود که «سرور یا سخت‌افزار به کار گرفته شده برای ارتکاب جرم» خارج از قلمرو آن کشور واقع شده است، اما نوعی اثر در آن کشور داشته است یا عنصری داخلی در ارتکاب جرم

1. Directive of the European Parliament and of the Council on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography, and replacing Council Framework Decision 2004/68/JHA (EU Directive on Child Exploitation), 2011/92/EU, 23 November 2001, Article 17.

2. European Union Council Framework Decision on attacks against information systems (EU Decision on Attacks against Information Systems), 2005/222/JHA, 24 February 2005, Article 10.

3. United Nations Office on Drugs and Crime, Op. Cit., p.192.

وجود دارد.^۱ رویه قضایی کشورها نیز نشان می‌دهد که دادگاه‌های ملی در مواردی مدعی اعمال صلاحیت شده‌اند که عناصر جرم، به جز نتیجه آن، در درون قلمرو است. در مقابل، کیفرخواست‌هایی نیز در مواردی صادر شده است که نتیجه جرم داخل قلمرو دولت بوده، اما فعل یا ترک فعل مجرمانه و محل مرتکبان در خارج از کشور بوده است.^۲ این موارد در خصوص پرونده‌های قماربازی اینترنتی و پورنوگرافی کودکان به وفور مشاهده می‌شود.

ذکر این نکته نیز لازم است که بر اساس تحقیق سازمان ملل متحد، شمار اندکی از کشورهای منطقه اروپا و آمریکا گزارش دادند که قوانین داخلی در خصوص برخی از جرایم سایبری ارتكابی خارج از کشور، از قبیل قطع خدمات، ارسال هرزنامه و فیشینگ^۳ یا جعل عنوان الکترونیک^۴، کافی نبوده‌اند. در نهایت، اصل تابعیت ممکن است بر اصل سرزمینی بودن محدودیت‌هایی وارد کند. حتی در مواردی که امکان اعمال صلاحیت سرزمینی وجود دارد- مثلاً زمانی که فعل یا ترک فعل مجرمانه فرامرزی لیکن دارای آثاری در سرزمین کشور متبوع بزه‌دیده باشد- از نظر برخی از کشورها اگر مرتکب تبعه خارجی باشد، وضعیت مبهم خواهد بود. در این موارد قوانین دادرسی برخی از کشورها رسیدگی را تنها زمانی مجاز دانسته‌اند که شرایطی دیگر (پیوندهای دیگری میان سرزمین و مرتکبین) وجود داشته باشد. از نظر برخی از کشورها جرم‌انگاری و تعقیب مظنونین خارجی منوط به آن است که جرم بر منافع و امنیت داخلی لطمه ملموسی وارد کرده باشد. در این دست جرایم، قاطبه کشورها قائل به اعمال صلاحیت سرزمینی هستند زیرا امنیت و منافع ملی ایشان دچار خطر شده است.^۵ قوانین برخی دیگر از کشورها منصرف از محل وقوع جرم، اعمال صلاحیت بر مرتکبین با هر تابعیتی را امکان‌پذیر می‌دانند - البته مادام که بتوان رابطه‌ای، همچون حضور متهم، ابزار یا داده‌هایی که در جرم مورد استفاده قرار گرفته یا ایراد خسارت در درون قلمروشان را احراز کرد.^۶ در باب حضور متهم در سرزمین باید به قاعده عرفی

1. Ibid.

2. US v. Tsatsin et al, United States District Court, Southern District of New York, No. S2. 11 Cr. 878, 1 March 2001.

3. phishing

۴. فیشینگ عبارتست از از اقدام بزهکار سایبری در معرفی خود به عنوان یک مرجع معتبر عموماً مالی جهت کسب اطلاعات و کدهای ارتباطی کاربر با بانک یا مؤسسات مالی به هدف بردن اموال کاربر.

5. United Nations Office on Drugs and Crime, Op. cit., pp.192-193.

۶. در این خصوص برای نمونه بنگرید به:

«محاكمه كن يا مسترد كن» اشاره كرد. بنا بر این قاعده، دولت‌ها در صورت وقوع یک جرم دارای ابعاد بین‌المللی مکلف هستند متهم را محاكمه کنند و در غیر این صورت مکلف به استرداد متهم به کشوری هستند که زیان‌دیده از جرم در آن حضور دارد.

در قانون داخلی ایران در رسیدگی به جرائم سایبری اصل صلاحیت سرزمینی در بندهای (الف) و (ب) ماده ۲۸ قانون جرائم رایانه‌ای به رغم وجود مقررات عام راجع به صلاحیت سرزمینی (ماده ۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲)، به صلاحیت مذکور اشاره شده است. بر اساس بند (الف) ماده ۲۸ می‌توان گفت مراکز داده‌ای که در قلمرو حاکمیت زمینی، دریایی و هوایی ایران به ارائه خدمات می‌پردازند، جزء قلمروی حاکمیتی ایران محسوب می‌شوند. مطابق بند ۱ ماده ۱ آئین‌نامه مرکز خدمات اینترنتی مصوب ۱۳۸۳ کمیسیون تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی، مرکز خدمات داده اینترنتی مجتمع ایمن و مقاوم در برابر تهدید و خطا و دارای ارتباطات پرسرعت و پایدار به منظور میزبانی تجهیزات، سرویس‌ها و کاربردهای اطلاعاتی است. بند (ب) ماده ۲۸ نیز وبسایت‌های دارای نام دامنه مرتبه‌بالای کد کشوری را در حکم قلمروی ایران دانسته است. قانون جرائم رایانه‌ای برای تعیین محل وقوع جرائم سایبری ضابطه دقیق و شفافی ارائه نداده است اما برای تعیین دقیق محل وقوع جرم در فضای سایبر معیارهایی وجود دارد که از آن جمله نظریه محل استقرار سیستم‌های رایانه‌ای است که مطابق آن کشوری صالح به رسیدگی به جرم سایبری است که سیستم‌های رایانه‌ای در قلمرو حاکمیتی آن استقرار دارد. منظور از سیستم‌های رایانه‌ای، هر نوع دستگاه یا مجموعه‌ای از دستگاه‌های متصل سخت‌افزاری - نرم‌افزاری است که از طریق اجرای برنامه‌های پردازش خودکار داده‌پیام عمل می‌کند (بند «و» ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲).^۱

۲-۲. اعمال صلاحیت بر مبنای اصل تابعیت

یکی از مبانی اعمال صلاحیت تابعیت متهم است.^۲ بر اساس این نظریه دولت‌ها بر اتباع خود اعمال صلاحیت می‌کنند. در اعمال اصل تابعیت، اصولاً دو جنبه تابعیت فعال و منفعل مورد توجه رویه قضایی بوده است. تابعیت فعال، به اعمال صلاحیت بر مبنای تابعیت مرتکب، منصرف از محل وقوع جرم، اشاره دارد. تابعیت منفعل، زمانی

Computer Crimes Act of Malaysia, (1997), Article 9; Computer Misuse Act of Singapore (Revised, 2007), Article 11; Computer Misuse Act of Trinidad and Tobago (2000), Article 12.

۱. البوعلی، امیر، صلاحیت محاکم در جرائم سایبری، انتشارات جنگل، ۱۳۹۲، ص. ۵۶.

2. Malcolm Shaw, International Law, Cambridge, 2003, p.579.

موجد صلاحیت می‌شود که کشور بر مبنای تابعیت بزه‌دیده، منصرف از محل وقوع جرم، صلاحیت می‌یابد. در حقیقت، در صلاحیت بر مبنای تابعیت، کشور متبوع مرتکب یا بزه‌دیده است که مدعی اعمال صلاحیت می‌شود. افزون بر آن، گاهی صلاحیت بر مبنای محل اقامت عادی مجرم تعیین می‌شود. برای درک موازین بین‌المللی حاکم بر اعمال صلاحیت بر مبنای تابعیت ضرورت دارد که ابتدا رویکرد اسناد بین‌المللی مورد مطالعه قرار گیرد.

۲-۱. اسناد بین‌المللی مرتبط با اعمال صلاحیت بر مبنای تابعیت

در مواردی که اسناد بین‌المللی یا منطقه‌ای راجع به جرم سایبری، اصل سرزمینی بودن را مورد شناسایی قرار داده‌اند به کرات اصل تابعیت فعال را نیز متذکر شده‌اند. به موجب این اصل، در صورت وقوع جرم توسط اتباع در سرزمین بیگانه، کشور متبوع فرد مکلف به تضمین اعمال صلاحیت است. بر اساس برخی از اسناد بین‌المللی، لازم است که رفتار تبعه در کشوری که عمل ارتکاب یافته نیز جرم‌انگاری شده باشد.^۱ در مقابل، تنها شمار محدودی از اسناد، عمدتاً اسناد مربوط به حقوق کودک، صلاحیت بر مبنای اصل تابعیت منفعل را پیش‌بینی کرده‌اند. دستورالعمل اتحادیه اروپا در مورد استثمار کودکان و برخی از اسناد ملل متحد دولت‌ها را ملزم می‌نمایند تا نسبت به جرم ارتكابی خارج از قلمرو، علیه اتباع خود یا شخصی که در این کشورها اقامتگاه عادی دارد، اعمال صلاحیت کنند.^۲ کنوانسیون شورای اروپا در خصوص حمایت از کودک مقرر می‌دارد که کشورهای عضو معاهده باید تلاش کنند تا چنین صلاحیتی را اعمال نمایند.^۳ این دسته از مقررات، اختیار صلاحیتی را به کشورها می‌دهند تا حمایت از کودکان متبوع خود در خارج را تضمین نمایند. ریشه این نوع صلاحیت به مبانی حقوق بشری حمایت از حقوق کودک به عنوان اعضاء آسیب‌پذیر یک کشور باز می‌گردد.

۲-۲. رویکرد قوانین و مقررات داخلی به اعمال صلاحیت بر مبنای تابعیت

برخی از کشورها به استفاده از اصل تابعیت فعال برای اعمال صلاحیت نسبت به جرایم ارتكابی اتباع خود، منصرف از محل ارتكاب، اشاره دارند. از نظر برخی از کشورها، برای اعمال اصل تابعیت فعال، لازم است که عمل در کشور محل ارتكاب نیز جرم تلقی

1. COMESA Draft Model Bill, Art.40(c); Commonwealth Model Law, Art. 4(d); Council of Europe Cybercrime Convention, Art. 22(1)(d); and League of Arab States Model Law 2004, Article 30(1)(d).

2. EU Directive on Child Exploitation, Article 17(2) (a).

3. Council of Europe Child Protection Convention, Article 25(2).

شود.^۱ برخی از کشورها نیز بر مبنای اصل صلاحیت منفعل نسبت به جرایمی که به اتباعشان لطمه می‌زنند، منصرف از محل وقوع آن، اعمال صلاحیت می‌کنند. در تحقیق سازمان ملل متحد در مورد جرایم سایبری به این نکته اشاره شده است که یکی از کشورهای اروپایی گزارش کرده است که بسیاری از پرونده‌های مربوط به جرایم سایبری در آن کشور دارای عناصر فرامرزی است و در برخی از پرونده‌ها، بزه‌دیدگانی که تابعیت این کشور را داشتند در خارج بودند. برخی کشورها نیز برای کاهش مشکلات صلاحیتی قانونی کیفری را تصویب کرده‌اند که متضمن اصل تابعیت منفعل در مواردی است که مرتکب تبعه خارجی است که در خارج مرتکب جرمی شده که به یک تبعه خارج از آن قلمرو صدمه می‌زند.^۲

ماده ۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ چنین صلاحیتی را به صراحت به رسمیت شناخته است. در خصوص اصل صلاحیت شخصی دادگاه‌های ایران مقرره‌ای وجود ندارد اما نظر به صدر ماده ۲۸ قانون جرائم رایانه‌ای که صلاحیت پیش‌بینی شده در دیگر قوانین را پذیرفته است (قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲)، برای تعیین مواردی که دادگاه‌های ایران به موجب اصل صلاحیت شخصی صلاحیت رسیدگی به جرائم سایبری را دارند باید به مقررات عام موجود در این خصوص توجه نمود.^۳

۲-۳. سایر مبانی اعمال صلاحیت

افزون بر دو مورد پیشین، موارد دیگری نیز وجود دارد که منجر به اعمال صلاحیت دادگاه‌ها می‌شوند. گاهی کشور بر مبنای «اصل حمایت» اعمال صلاحیت می‌کند. بر اساس این اصل، صلاحیت در جایی ایجاد می‌شود که عمل مجرمانه ارتكابی در خارج از قلمرو کشور مدعی صلاحیت، به امنیت کشور ذینفع یا منافع حیاتی آن لطمه می‌زند.^۴ بنابراین، به موجب این اصل دولت‌ها بر کسانی اعمال صلاحیت می‌کنند که اقدامات‌شان، امنیت یا منافع حیاتی کشور را تهدید می‌کند، منصرف از این که عمل مجرمانه در کجا صورت گرفته است. این قسم از صلاحیت کیفری به ویژه پس از

1. United Nations Office on Drugs and Crime, Op. Cit., p.193.

2. Ibid.

۳. زبیر، اولریش، جرائم رایانه‌ای، ترجمه محمدعلی نوری و همکاران، چاپ دوم، گنج دانش، ۱۳۹۰، ص. ۴۵.

4. Bruno Simma, and Andreas Mueller, Exercise and the Limits of Jurisdiction, In: James Crawford, and Martin Koskeniemi, The Cambridge Companion to International Law, Cambridge University Press, 2012, pp.134- 143.

عملیات ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ توسط ایالات متحده مورد استناد قرار گرفته و در قلمرو جرایم تروریستی با اقبال کشورها مواجه شده است. بدین ترتیب در موارد متعددی ایالات متحده با استناد به اصل حمایت از منافع ملی اقدام به اعمال صلاحیت کرده و متهمینی که مظنون به ارتکاب جرایم تروریستی سایبری یا راهاندازی سایت‌های حامی فعالیت‌های تروریستی بوده‌اند را صرف‌نظر از محل اقامت یا تابعیت‌شان تحت تعقیب قرار داده است.

همچنین گاهی، یک کشور با توسل به «دکترین آثار جرم» مدعی اعمال صلاحیت می‌شود. صلاحیت نسبت به یک رفتار صورت گرفته در خارج از قلمرو زمانی ایجاد می‌شود که آثار چشمگیری در درون قلمرو ایجاد کند.^۱

در نهایت، گاهی نیز کشورها با استناد به «اصل صلاحیت جهانی»، مدعی اعمال صلاحیت می‌شوند. صلاحیت بر هر شخص متهم به ارتکاب برخی از جنایات بین‌المللی، از قبیل دزدی دریایی، جنایات جنگی و نقض‌های شدید کنوانسیون‌های ژنو، منصرف از قلمرو یا تابعیت اشخاص مرتبط، ایجاد می‌شود.^۲ این اصل معمولاً به وضعیت‌هایی محدود می‌شود که کشور صالح به رسیدگی نمی‌خواهد یا نمی‌تواند جرم یا جرایم ارتكابی را تحت تعقیب قرار دهد.

اصل حمایتی، در برخی کنوانسیون‌های بین‌المللی از جمله کنوانسیون جامعه کشورهای عربی، پیش‌بینی شده است. برای نمونه این کنوانسیون تصریح می‌نماید که کشورهای طرف باید صلاحیت خود را نسبت به جرایمی تسری دهند که بر منافع مهم آن کشور تاثیر می‌گذارد.^۳ اسناد بین‌المللی موجود در اروپا، از جمله تصمیم شورای اروپا در مورد حملات علیه سیستم‌های اطلاعاتی، متضمن مبنای صلاحیتی دیگری نیز هستند که جرایمی را در بر می‌گیرد که به نفع یک شخص حقوقی ارتکاب یافته که دفتر مرکزی‌اش در آن قلمرو واقع شده است.^۴ در نهایت، بنا بر اصل «مسترد کن یا

1. Thomas Schultz, "Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface", European Journal of International Law, Vol. 19, No.4, 2008, p.812.

2. Cassese, Op. cit. pp. 451-452.

3. League of Arab States Convention, Article 30 (1) (e).

4. European Union Council Framework Decision on attacks against information systems (EU Decision on Attacks against Information Systems), 2005/222/JHA, 24 February 2005, Article 10(1)(c); EU Directive on Child Exploitation, Article 17(2)(b); European Union Council Framework Decision combating fraud and counterfeiting of non-cash means of payment (EU Decision on Fraud and counterfeiting) 2001/413/JHA, 28 May 2001, Article

محاکمه کن»، برخی از اسناد، صلاحیت را در مواردی پیش‌بینی کرده‌اند که مرتکب در قلمرو آن کشور حضور دارد و پس از درخواست استرداد، دولت مرتکب را، صرفاً بر مبنای تابعیتش، به کشور دیگری مسترد نمی‌کند.^۱

در مورد سایر مبانی صلاحیتی، از قبیل صلاحیت جهانی، برخی از کشورها به وضعیت‌هایی اشاره می‌کنند که شخص خارجی مرتکب جرمی شود که در قلمرو کشور خودش کشف شده، اما هیچ درخواستی برای استرداد وی نشده است. از نظر برخی از کشورها صلاحیت جهانی به جنایات بین‌المللی محدود می‌شود و جرایم سایبری را در بر نمی‌گیرد. با این حال، برخی دیگر نیز بر این باورند که جرایم شدید سایبری، از قبیل پورنوگرافی کودکان، به طور مسلم می‌تواند مشمول صلاحیت جهانی قرار گیرد.^۲

در قانون داخلی کشور ایران در راستای اصل حمایت مقرره‌هایی پیش‌بینی شده است که توجه به آنها واجد اهمیت می‌باشد. به عنوان مثال قانون‌گذار با توجه به مشکلاتی که در زمینه اعمال اصل صلاحیت سرزمینی وجود داشت، برای تکمیل اصل صلاحیت سرزمینی و جلوگیری از بی‌کیفر ماندن کسانی که در خارج از قلمرو ملی مرتکب جرم سایبری می‌شوند اصول دیگری را در قانون جرائم رایانه‌ای مطرح نمود که جنبه فرا سرزمینی دارد و شامل صلاحیت واقعی و صلاحیت جهانی می‌گردد.^۳

اصل صلاحیت واقعی به معنای توسعه صلاحیت تقنینی و قضایی یک کشور نسبت به جرائمی است که در خارج از قلمرو حاکمیت آن کشور واقع شده و به منافع اساسی آن کشور صدمه وارد می‌کند. در بند (ج) ماده ۲۸ قانون جرائم رایانه‌ای ایران به اصل مذکور اشاره شده است. براساس این بند علاوه بر موارد پیش‌بینی‌شده در دیگر قوانین، دادگاه‌های ایران در موارد زیر نیز صالح به رسیدگی خواهند بود: ... (ج) جرم توسط هر ایرانی یا غیر ایرانی در خارج از ایران علیه سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی و تارنماهای مورد استفاده یا تحت کنترل قوای سه گانه یا نهاد رهبری یا نمایندگی‌های

9(1)(c); and EU Directive Proposal on Attacks against Information Systems, Article 13(1)(c).

1. COMESA Draft Model Bill, Art. 40(d); Council of Europe Cybercrime Convention, Article 22(3); Council of Europe Child Protection Convention, Article 25(7); EU Decision on Attacks against Information Systems, Article 10(3); EU Decision on Fraud and Counterfeiting, Article 10(1) and League of Arab States Convention, Article 30(2).

2. United Nations Office on Drugs and Crime, Op. cit., pp.194-195.

۳. پوریافرانی، حسن، «تحول اصل صلاحیت واقعی در لایحه جدید مجازات اسلامی با نگاهی تطبیقی».

فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵۸، تابستان ۹۱، ص ۸۶.

رسمی دولت یا هر نهاد و موسسه‌ای که خدمات عمومی ارائه می‌دهد یا علیه تارنماهای دارای دامنه مرتبه‌بالای کد کشوری ایران در سطح گسترده ارتکاب یافته باشد ...^۱

در خصوص اصل صلاحیت واقعی، قانون جرائم رایانه‌ای به صرف بیان منافع مورد حمایت در فضای سایبر اکتفا کرده و به شرط خاصی اشاره ننموده است. این درحالی است که قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ شروطی از قبیل حصری بودن جرائم موضوع اصل صلاحیت واقعی و رعایت قاعده احتساب مجازات‌های قبلی در جرائم تعزیری موضوع این اصل را پذیرفته که قواعد راجع به صلاحیت واقعی در حقوق ایران را به قواعد پذیرفته شده در حقوق بین الملل نزدیک‌تر کرده است.^۲

راجع به اصل صلاحیت جهانی قابل ذکر است که علاوه بر جرائمی که نظم عمومی داخلی کشورها را مختل می‌کند، جرائمی وجود دارد که به نظم جهانی خدشه وارد می‌کند و جامعه جهانی در پی محاکمه مرتکبان این جرائم می‌باشد. از این رو جرائم مذکور را جرائم بین‌المللی می‌نامند. برای رسیدگی به این جرائم، اصل صلاحیت جهانی وضع شده است که جرائم سایبری هم از همین خصیصه برخوردار می‌باشد.^۳ قانون‌گذار ایران در بند (د) ماده ۲۸ قانون جرائم رایانه‌ای، جرائم رایانه‌ای متضمن سوء استفاده از اشخاص کمتر از ۱۸ سال را موضوع اصل صلاحیت جهانی قرار داده است. به موجب این بند، دادگاه‌های ایران در «جرائم رایانه‌ای متضمن سوء استفاده از اشخاص کمتر از ۱۸ سال، اعم از آنکه مرتکب یا بزه دیده ایرانی یا غیرایرانی باشد»، صالح به رسیدگی هستند. قانون‌گذار ایران برای تأکید بر اصل صلاحیت جهانی و تقویت این اصل در حقوق ایران هر گونه پیوند میان ایران و جرم موضوع اصل صلاحیت جهانی، از قبیل تابعیت مرتکب یا بزه دیده را نادیده گرفته است. بند مذکور، جرم رایانه‌ای متضمن سوء استفاده از اشخاص کمتر از ۱۸ سال را موضوع اصل صلاحیت جهانی قرار داده است، اما به شرط دیگری برای اعمال این اصل که همان رعایت قاعده منع محاکمه مجدد است، اشاره ننموده است. چه بسا که جرائم سایبری دیگری نظیر انتشار ویروس نیز قابلیت آن را دارد که موضوع اصل صلاحیت جهانی قرار گیرد که مورد توجه قرار نگرفته است.^۴

۱. جلالی فراهانی، امیرحسین، درآمدی بر آئین دادرسی کیفری جرائم سایبری، تهران، خورسندی، ۱۳۸۹، ص. ۹۲.
 ۲. جلالی فراهانی، امیرحسین، صلاحیت کیفری سایبری در پرتو قوانین داخلی، در: حقوق فن آوری اطلاعات و ارتباطات (مجموعه مقالات)، انتشارات روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، چاپ نخست، ۱۳۸۸، ص. ۵۳.
 ۳. خالقی، علی، آئین دادرسی کیفری، چاپ نوزدهم، موسسه مطالعات و پژوهش‌های شهر دانش، ۱۳۹۱، ص. ۶۶.
 ۴. فروغی، فضل‌اله، و امیر البوعلی، «صلاحیت کیفری مراجع قضایی در فضای سایبر»، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۵۸، تابستان ۹۱، ص. ۸۵.

۳. تعارض صلاحیت‌ها در رسیدگی به جرایم سایبری

تعارض صلاحیت موضوعی است که هم اسناد بین‌المللی و هم قوانین داخلی به آن پرداخته‌اند. در این قسمت به بررسی تعارض‌های صلاحیتی و نحوه رفع تعارض‌ها پرداخته می‌شود. در برخی موارد دولت‌های متعدد با استناد به طیف زیادی از منابع صلاحیتی نسبت به یک جرم سایبری خاص اعمال صلاحیت می‌کنند. برخی از اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای چالش صلاحیت «متقارن» را مورد توجه قرار داده‌اند. برای نمونه، برخی از این اسناد تصریح می‌کنند که اگر جرمی تحت صلاحیت بیش از یک دولت باشد و هنگامی که هر یک از دولت‌های مربوطه بتواند به طور معتبر بر مبنای کشف وقایع و ادله وقوع جرم، آن جرم را تحت تعقیب قرار دهد، کشورها باید به منظور تصمیم‌گیری در خصوص صلاحیت مناسب برای تعقیب و رسیدگی با هم همکاری و مشورت نمایند.^۱ به ویژه هدف اسناد اروپایی «متمرکز کردن رسیدگی‌ها در یک کشور واحد» است.^۲ کنوانسیون اتحادیه عرب شیوه مفصلی را به صورت سلسله مراتبی در خصوص برتری ادعاهای صلاحیتی متعارض به شرح زیر بیان می‌دارد:

(الف) کشوری که امنیت یا منافع‌شان به وسیله جرم مختل شده است؛

(ب) کشوری که جرم در قلمروی آن ارتکاب یافته است؛

(ج) کشور متبوع مرتکب.

در صورتی که بر اساس این ترتیب، نتوان راه‌حلی را پیدا کرد، اولویت با کشوری است که زودتر درخواست کرده است.^۳ کشورها، به طور کلی، قانون مشخصی ندارند که تعارض صلاحیتی در پرونده‌های جرایم سایبری را حل کند.^۴ با وجود این، برخی از کشورها برنامه‌هایی را در خصوص تعارضات احتمالی صلاحیت در قوانین خاص جرایم سایبری پیش‌بینی کرده‌اند. با وجود این، در مطالعه میدانی سازمان ملل متحد روشن شده است که به نظر برخی از کشورها در جرایم سایبری فرامرزی «طیف گسترده جرایم سایبری و شیوه‌های توسعه قواعد حقوقی صلاحیت، پذیرش انحصاری بودن صلاحیت را دشوار کرده است.»^۵

1. Council of Europe Child Protection Convention, Article 25(8); Council of Europe Cybercrime Convention, Article 22(5); EU Decision on Attacks against Information Systems, Article 10(4) and COMESA Draft Model Bill, Article 40(e).

2. EU Decision on Attacks against Information Systems, Article 10(4).

3. League of Arab States Convention, Article 30(3).

4. United Nations Office on Drugs and Crime, Op. cit., p. 195.

5. Ibid.

برخی از کشورها به منظور اجتناب از تحقیقات مضاعف و تعارض‌های صلاحیتی، تلاش می‌کنند تا اختلافات صلاحیتی را با استناد به مشاوره‌های رسمی و غیررسمی با دیگر کشورها حل کنند. از نظر یکی از کشورهای اروپایی «اکثر مواقع می‌توان از طریق مشاوره‌های قبلی غیررسمی یا مبادله همزمان اطلاعات از وقوع تعارض صلاحیت‌ها جلوگیری کرد. همچنین عملیات(های) تحقیقاتی مشترک می‌تواند مؤثر باشد ...»^۱ مکاتبات به طور دوجانبه یا از طریق کانال‌هایی که نهادهایی از قبیل اینترپل، یوروپل و یورو جاست فراهم می‌کنند، انجام می‌شود. از نظر برخی از کشورها، به‌ویژه در قاره آمریکا، از آن‌جا که رسیدگی به این جرایم بسیار دشوار است، لذا رسیدگی‌ها اساساً تنها زمانی شروع می‌شوند که ادله قوی وجود داشته باشد که یا مجرم یا بزه‌دیده، تبعه کشور اعمال‌کننده صلاحیت است. تمام دیگر موارد از طریق اینترپل به کشورهای منشاء وقوع جرم گزارش می‌شوند.^۲ افزون بر این، یادآوری اصل منع محاکمه مجدد در این خصوص حایز اهمیت است و رسیدگی‌ها تنها در صورتی شروع می‌شوند که هیچ رسیدگی در کشور محل وقوع جرم صورت نگرفته باشد. برخی از کشورها قبل از این که از ادعای صلاحیت خود منصرف شوند تضمیناتی را لازم می‌دانند، مبنی بر این که دیگر کشور مدعی صلاحیت در خلال تحقیقات و رسیدگی به معیارهای حقوق بشری پایبند باشد.^۳

در کشور ایران در خصوص تعارض صلاحیت‌ها راجع به جرایم سایبری، قانون جرائم رایانه ای و دیگر مقررات جاری ایران در مورد حالتی که چند کشور به دنبال اعمال صلاحیت نسبت به یک جرم سایبری باشند، راه حلی ارائه نداده‌اند که از این حیث باید به راه‌حل‌های پیشنهادی در بخش نتیجه‌گیری توجه گردد.^۴

1. Ibid.
2. Ibid.
3. Ibid.

۴. جلالی فراهانی، امیرحسین، درآمدی بر آئین دادرسی کیفری جرائم سایبری، خورسندی، ۱۳۸۹، ص. ۹۳.

نتیجه

تحلیل مقررات اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای و قوانین و رویه کشورها حاکی از آن است که چالش‌های صلاحیتی در خصوص جرایم سایبری با تضمین صراحت و اجرای ابتکاری اصول موجود قابل حل است. از نظر برخی از صاحب‌نظران «اقدامات و مبادلات در فضای سایبری از یک سو مستلزم رعایت اصل صلاحیت سرزمینی در خصوص بزه ارتكابی در قلمرو داخلی یک کشور و از سوی دیگر متضمن آن است که اگر مجرمین به فعالیتی در یک کشور مبادرت می‌نمایند که سبب آثار فراملی در کشور دیگر شده است، کشور اخیر نیز حق اعمال صلاحیت دارد.^۱ در نتیجه، دو دسته صلاحیت سرزمینی و صلاحیت مبتنی بر تابعیت تقریباً همواره قابلیت تضمین اعمال صلاحیت کیفری را فراهم می‌نمایند زیرا رابطه کافی یا پیوند واقعی بین جرم سایبری و دست کم یک دولت قابل احراز است. بنابراین، به نظر می‌رسد با عنایت به رویه بین‌المللی دولت‌ها در حال حاضر نیازی به نوع دیگری از صلاحیت نسبت به «فضای سایبری» نیست. اکثریت قابل توجهی از جرایم سایبری مشمول صلاحیت سرزمینی یا صلاحیت مبتنی بر تابعیت هستند و بنابراین به طور واقعی با کشورهای مشخصی مرتبط هستند. نکته قابل توجه آن است که در دنیای امروز، داده‌ها به طور فزاینده‌ای در جریان هستند و از طریق مراکز جهانی داده‌ها پخش می‌شوند، و لذا این واقعیت در حال حاضر بیشتر چالشی برای گردآوری ادله ایجاد کرده است تا برای ایجاد و اعمال صلاحیت.

از منظر حقوق بین‌المللی بشر، موضوع صلاحیت فراسرزمینی می‌تواند به چندگانگی محتوای اینترنت مربوط باشد. در دل مباحث صلاحیتی، تفسیر محل عناصر جرم و آثار جرم در چارچوب مرزهای جغرافیایی وجود دارد. این که آیا باید این موضوع از منظر «اعمال»، «رفتار»، «وضع و احوال»، «داده‌ها» یا «سیستم‌های رایانه‌ای» بررسی کرد، دارای اهمیت فراوان است.

در نهایت می‌توان این طور نتیجه گرفت که برای حل تعارض‌های صلاحیتی در جرایم سایبری باید به اصول مطلوب و قابل‌قبولی در ایجاد یک «پیوند واقعی» میان جرم، مجرم، بزه‌دیده و حسب مورد ابزار جرم با کشور مدعی اعمال صلاحیت استناد شود و یا با فراهم شدن الحاق کشورها به کنوانسیون جرایم سایبری به رفع تعارض‌ها در زمینه صلاحیت اقدام گردد.

1. David Post, "Against Cyber anarchy", Berkeley Technology Law Journal, Vol. 17, 2002, pp. 1365-1387.

منابع

- آخوندی، محمود، «استرداد بزهکاران»، مجله حقوقی و قضائی دادگستری، سال سوم، شماره هشتم، پائیز ۱۳۷۲.
- آزمایش، علی، «تقریرات درس حقوق بین‌الملل کیفری دوره کارشناسی ارشد»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، نیمسال اول، سال تحصیلی ۱۳۸۳-۱۳۸۲.
- البوعلی، امیر، صلاحیت محاکم در جرائم سایبری، انتشارات جنگل، ۱۳۹۲.
- پوربافرانی، حسن، تحول اصل صلاحیت واقعی در لایحه جدید مجازات اسلامی با نگاهی تطبیقی، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵۸، تابستان ۹۱.
- جلالی فراهانی، امیرحسین، درآمدی بر آئین دادرسی کیفری جرائم سایبری، خورسندی، ۱۳۸۹.
- _____، «صلاحیت کیفری سایبری در پرتو قوانین داخلی»، در: حقوق فن آوری اطلاعات و ارتباطات (مجموعه مقالات)، انتشارات روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۸.
- خالقی، علی، آئین دادرسی کیفری، موسسه مطالعات و پژوهش‌های شهر دانش، چاپ ۱۹، ۱۳۹۱.
- زیبر، اولریش، جرائم رایانه‌ای، ترجمه محمدعلی نوری، و دیگران، گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۰.
- فروغی، فضل‌اله، و امیر البوعلی، «صلاحیت کیفری مراجع قضایی در فضای سایبر»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۸، تابستان ۹۱.
- میرمحمد صادقی، حسین، «جرم جاسوسی»، ماهنامه دادرسی، اسفند ۱۳۷۸.
- هیأت مولفان و ویراستاران میکروسافت، فرهنگ تشریحی کاربران کامپیوتر انتشارات میکروسافت، ترجمه فرهاد قلی‌زاده نوری، نشر علوم روز، ۱۳۸۰.
- Adel Azzam Saqf Al Hait, "Jurisdiction in Cybercrimes: A Comparative Study", Journal of Law, Policy and Globalization, Vol. 22, 2014.
- Ahlstrom and Others v. Commission of European Communities, ECR 5193, 1988, Case 131/85.
- Antonio Cassese, International Law, Oxford University Press, 2005.
- Bert-Japp Koops, and Susan Brenner, Cybercrime and Jurisdiction: A Global Survey, T.M.C. Asser Press, 2006.

-
- Bruno Simma, and Andreas Mueller, Exercise and the Limits of Jurisdiction, In: James Crawford, and Martin Koskeniemi (eds), The Cambridge Companion to International Law, Cambridge University Press, 2012.
 - Council of Europe Explanatory Report to Convention on Cybercrime, Council of Europe Treaty Series Explanatory Reports (CETSER), 2001, 23 November 2001.
 - David Post, “Against Cyber anarchy”, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 17, 2002.
 - Ian Brownlie, Principles of Public International Law, Oxford University Press, 6th ed., 2003.
 - Ian Walden, Computer Crimes and Digital Investigations, Oxford University Press, 2007.
 - Malcolm Shaw, International Law, Cambridge, 2003.
 - Marc Goodman, and Susan Brenner, ”The Emerging Consensus on Criminal Conduct in Cyberspace”, International Journal of Law and Information Technology, Vol. 10, No.2, 2002.
 - Restatement of Foreign Relations Law of the United States the Third, 1987.
 - US v. Tsastsin et al, United States District Court, Southern District of New York, No. S2. 11 Cr. 878, 1 March 2001.

بررسی تطبیقی نظریه نمایندگی ظاهری

منصور امینی*

مونا عبدی**

چکیده

با توسعه تجارت و سرعت زیاد مبادلات تجاری، تخصصی شدن امور، پدید آمدن نیازهای متنوع و رو به رشد، شکل گیری اشخاص حقوقی و همچنین شکل گیری اقتصاد جهانی و بسیاری عوامل دیگر، افراد، کمتر به طور مستقیم و به مباشرت، همه اعمال حقوقی را انجام می دهند. این عوامل، اهمیت و ضرورت توجه به نهاد نمایندگی را قوت بخشیده است.

میان اقسام مختلف نمایندگی، نمایندگی ظاهری یکی از جدیدترین، مهم ترین و کاربردی ترین اقسام نمایندگی هاست که ترکیبی از دونظریه - نظریه نمایندگی و نظریه ظاهر - است. نمایندگی ظاهری، استثنائی بر این قاعده عمومی حوزه نمایندگی محسوب می شود که نماینده غیرمجاز و فاقد اختیار نمی تواند اصل خود را به قرارداد با ثالث ملزم کند. به رغم استثنائی بودن این نظریه، در هر دو نظام حقوقی (حقوق نوشته و حقوق کامن لا و حتی نظام های حقوقی مختلط) و همچنین در میان کشورهای مختلف - صرف نظر از درجه پیشرفت و توسعه - مفهومی شناخته شده است و مورد پذیرش بیشتر نظام های حقوقی قرار گرفته و قلمروها و کاربردهای جدیدی دارد که البته در نظام حقوقی ایران مورد توجه قانونگذاران، قضات و نویسندگان حقوقی قرار نگرفته است. در این نوشتار به معرفی این کاربردها که در چند سال اخیر مورد استفاده کشورها به ویژه در نظام های دارای حقوق عرفی (کامن لا) قرار گرفته است می پردازیم و همچنین از چند مدل قانونگذاری در ارتباط با ورود این نظریه به قوانین کشورهای دارای حقوق نوشته سخن خواهیم گفت.

واژگان کلیدی: نمایندگی، ظاهر، کامن لا، حقوق نوشته، مدل قانون گذاری.

*دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

aminimansour@yahoo.fr

monaabdi7@yahoo.com

**کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی

نماینده‌گی ظاهری^۱ که به‌عنوان «مسئله‌ای عمده و مهم» در حوزه حقوق نمایندگی از آن یاد می‌شود^۲ یکی از اقسام نمایندگی‌هاست و عمدتاً در برابر نمایندگی واقعی به کار برده می‌شود. منظور از آن، نمایندگی یا اختیاری است که در آن، اصیل ظاهری با لفظ، فعل یا ترک فعل، اعم از عمدی یا غیرعمدی، ظاهری را ایجاد می‌کند یا اجازه می‌دهد چنین ظاهری ایجاد شود که نوعاً در وجود یک رابطه نمایندگی میان اصیل و نماینده ظاهری ظهور دارد درحالی که چنین رابطه‌ای واقعاً وجود ندارد. در چنین شرایطی با توجه به اینکه اصیل از فقدان رابطه نمایندگی آگاه است و می‌داند یا احتمال می‌دهد رفتار او ممکن است بر اشخاص ثالث اثر بگذارد، چنانچه شخص متعارف با حسن نیت، یعنی عدم علم به واقع و عدم تقصیر و قصور در تحصیل علم، به ظاهر ایجادشده اعتماد و بر مبنای آن اقدام کند، اصیل ظاهری مسئول اجرای تعهداتی خواهد شد که نماینده از جانب او پذیرفته است البته تا حدودی که وانمود شده نماینده

۱. در فرهنگ‌ها و همچنین آثار نویسندگان حقوقی از عناوین متعدد در برابر اصطلاح نمایندگی ظاهری سخن به میان آمده است که عمدتاً این موارد، ناظر به یک مفهوم هستند و مترادفند. برخی از این اصطلاحات عبارت‌اند از:

Apparent authority, Apparent agency, Ostensible authority, Ostensible agency, Authority by estoppel, Agency by estoppel, Intervening agency, Agency by operation of law, Doctrine of holding out.

واژه "Agency" معادل مفهوم نمایندگی و واژه "Authority" معادل مفهوم اختیار تعریف شده است.

برخی نویسندگان حقوقی بین این دو مفهوم، قائل به تفکیک شده‌اند و معتقدند واژه Agency (نماینده‌گی) به رابطه داخلی یا قرارداد اصلی میان اصیل و نماینده اشاره می‌کند و واژه Authority (اختیار) رابطه خارجی میان نماینده و شخص ثالث را نشان می‌دهد. معذک این دو واژه تقریباً معادل یکدیگر به کار می‌روند.

Edwin. R. Holmes, "Apparent Authority and Undisclosed Principal under German Law", California Western International Law Journal, Vol. 4, 1974, p. 344.

همچنین عبارت "Ostensible Authority" بیشتر درباره اشخاص حقوقی به کار می‌رود و اصطلاح "Apparent Authority" عمدتاً در ارتباط با اشخاص حقیقی رایج است. هرچند باید توجه داشت اصطلاح دوم، عام‌تر است اما تنها به دلیل کاربرد گسترده نمایندگی ظاهری در مورد شرکت‌هاست که عنوانی خاص درباره آن‌ها به کار برده می‌شود. ن. ک:

ایزائلو، محسن، و عباس میرشکاری، «عزل وکیل»، مجله معارف اسلامی و حقوق، شماره دوم، پیاپی ۳۰، سال ۱۳۸۸، ص. ۶۳.

2. S. J. Stoljar, The Law of Agency, Sweet & Maxwell, 1961, p.20.

ظاهری، نماینده اصیل است. نویسندگان در ارتباط با شرایط لازم برای تحقق نمایندگی ظاهری، تعبیری مختلف ارائه کرده‌اند که به نظر می‌رسد وقوع چهار شرط برای تحقق آن ضروری باشد: ۱- فقدان رابطه نمایندگی حقیقی میان اصیل و نماینده ظاهری ۲- وجود ظاهر متعارف و منسوب به اصیل ۳- آگاهی اصیل از اینکه رابطه حقیقی نمایندگی میان او و نماینده وجود ندارد و اینکه اصیل بداند یا حداقل این احتمال را بدهد که رفتار او ممکن است بر اشخاص ثالث اثر بگذارد. ۴- اعتماد معقول و منطقی شخص ثالث با حسن نیت به ظاهر و اقدام بر مبنای آن.

همچنین نمایندگی ظاهری دارای چهار قلمرو اصلی است که برخی از آن‌ها رایج و برخی دیگر ناشناخته مانده است: ۱- استفاده از نمایندگی ظاهری به منظور ایجاد اختیار برای نماینده پس از خاتمه رابطه نمایندگی ۲- استفاده از نمایندگی ظاهری به منظور ایجاد اختیار در جایی که سابقاً اختیار واقعی وجود داشت اما اصیل، محدودیت یا محدودیت‌هایی ایجاد کرده است که اشخاص ثالث از آن آگاهی ندارند. ۳- استفاده از نمایندگی ظاهری برای ایجاد اختیار در جایی که اختیار سابق وجود ندارد. ۴- استفاده از نمایندگی ظاهری به منظور گسترش و توسعه اختیارات.^۱

به رغم اینکه نمایندگی ظاهری، یکی از اقسام نمایندگی‌های معرفی شده است و هر جا بتوان از نمایندگی سخن گفت با تحقق شرایط لازم برای نمایندگی ظاهری، می‌توان از این نظریه هم سخن گفت اما این نظریه در چند سال اخیر در شش کاربرد اصلی- یعنی در ارتباط با اشخاص حقوقی اعم از حقوق عمومی و خصوصی، روابط استخدامی جدید، مسئولیت بیمارستان‌ها، کارت‌های بانکی، قراردادهای سرمایه‌گذاری مشترک و همچنین در تحقیقات پلیس- مورد استفاده قرار گرفته و گسترش یافته است که درک کاربردهای جدید آن در نظام حقوقی ایران، با توجه به فقدان مقررات صریح در این حوزه و نبود بررسی و تحلیل‌های خاص درباره کاربردهای آن، نیازمند بررسی‌های تطبیقی است. این بررسی‌ها امکان آشنایی جامع‌تر و دقیق‌تر درباره کلیه مباحث این حوزه را مهیا کرده و زمینه ورود مباحث نوین حقوقی، وضع قوانین جدید یا اصلاح قوانین موجود همگام با نیازهای رو به رشد جامعه را فراهم می‌آورد و نهایتاً به هماهنگی بیشتر نظام حقوقی ایران با سایر نظام‌های حقوقی و همچنین اسناد بین‌المللی منتهی خواهد شد. در این نوشتار، صرف‌نظر از مواردی چون مفهوم نمایندگی ظاهری و ویژگی‌های آن، شرایط، قلمرو، مبانی، آثار و ... که دیگر نویسندگان حقوقی به

1. L.S. Sealy, and R.J.A. Hooley, Commercial Law, Text, Cases and Material, 4th edition, Oxford university, 2009, p. 121.

آن پرداخته‌اند، صرفاً به بررسی کاربردهای جدید این نظریه در میان کشورهای دارای حقوق عرفی (کامن‌لا) و جایگاه آن در میان برخی کشورهای دارای حقوق نوشته و مدل قانونگذاری آنان در این حوزه می‌پردازیم.

۱. بررسی نظریه نمایندگی ظاهری در نظام‌های کامن‌لا

نمایندگی ظاهری یکی از اقسام نمایندگی‌هاست که ابتدا در نظام‌های حقوق کامن‌لا^۱ (به‌ویژه حقوق انگلستان و ایالات متحده آمریکا) مطرح شد و توسعه یافت و سپس در دیگر کشورها پذیرفته شد. بنابراین شایسته است ابتدا به بررسی اجمالی کاربردهای این نظریه در نظام حقوقی آمریکا و انگلستان بپردازیم.

۱-۱. آمریکا

نمایندگی ظاهری ازجمله مباحث مورد توجه نویسندگان حقوقی و قضات دادگاه‌ها در ایالات متحده آمریکا در سال‌های اخیر است. آمریکا ازجمله کشورهایی است که دکتترین نمایندگی ظاهری را صریحاً در نظام حقوقی خود پذیرفته است و تمامی موارد قلمرو این نظریه و همچنین اکثریت موارد کاربرد آن را اعمال می‌کند و آرای بسیاری در این خصوص صادر کرده است.

در دومین *restatement* ایالات متحده آمریکا راجع به نمایندگی در سال ۱۹۵۸ نمایندگی ظاهری این‌گونه تعریف شده است: «نمایندگی ظاهری، توانایی و اختیار تغییر روابط حقوقی شخص دیگر (اصیل) است به‌وسیله انجام معاملات با اشخاص ثالث به‌عنوان نماینده دیگری که از تظاهر اصیل در برابر اشخاص ثالث ناشی می‌شود و مبتنی بر آن است.»^۲

روابط میان شرکت‌ها و بنگاه‌های اقتصادی با پیمانکاران مستقل است یکی از موارد کاربرد نظریه نمایندگی ظاهری در ایالات متحده آمریکاست. در اقتصاد نوین امروز، هر روزه خدمات بیشتر و متنوع‌تری به بازارها عرضه می‌شود. در این میان شرکت‌ها و بنگاه‌های اقتصادی جدید برای ارائه خدمات با کیفیت تر در حال به‌کارگیری پیمانکاران مستقل به‌جای استخدام کارگران سنتی هستند. حقوق کامن‌لا

۱. دمرچیلی، محمد، علی حاتمی و محسن قرائی، قانون تجارت در نظم حقوق کنونی، چاپ چهارم، انتشارات میثاق عدالت، ۱۳۸۴، ص. ۲۰۲.

2. Apparent authority is the power to affect the legal relations of another person by transactions with third persons, professedly as agent for the other, arising from and in accordance with the other's manifestations to such third persons. (Chapter 1, Topic 1, s.8 *restatement of the law* (second) agency, 1958.)

نظریه نمایندگی ظاهری را به منظور ایجاد حلقه ارتباطی میان افزایش کارایی اقتصادی و پاسخ‌گویی و مسئولیت اجتماعی به کار می‌برد و از مفاهیمی جدید تحت عنوان کارمند (کارگر) ظاهری سخن می‌گوید. این مفهوم به حقوق کامن‌لا اجازه می‌دهد به تغییرات و واقعیات اقتصادی پاسخ مناسب گوید. این جهش و انعطاف حقوق کامن‌لا تا اندازه‌ای از اصول مسلم تغییر اوضاع و احوال می‌آید.^۱ سه نوع رابطه را می‌توان در این خصوص تصور کرد:

۱- در ساختار اول، ارائه‌کننده خدمت مستقیم، ظاهراً به عنوان مستخدم (کارمند) یک شرکت یا بنگاه تجاری در حال اقدام است.

۲- در ساختار دوم، ارائه‌کننده خدمت مستقیم، به عنوان پیمانکار مستقل که هیچ رابطه استخدای با شرکت یا بنگاه تجاری ندارد، در حال اقدام است.

۳- در ساختار سوم، شرکت یا بنگاه تجاری صرفاً به عنوان واسطه یا میانجی برای ایجاد ارتباط میان مشتری و ارائه‌کننده خدمت مستقیم عمل می‌کند.

در این سه ساختار، شرکت یا بنگاه تجاری تحت عناوینی چون «خواستن مسئولیت از آمر»^۲ قرار نمی‌گیرد و مسئول تقصیرات ارائه‌کننده خدمت نخواهد شد اما در مورد ساختار اول، جایی که اشخاص ثالث از حقیقت امر یعنی فقدان رابطه استخدای میان بنگاه اقتصادی و پیمانکار مستقل، ناآگاه هستند، نظریه نمایندگی ظاهری به عنوان ابزار کارآمد می‌تواند شرکت یا بنگاه اقتصادی را مسئول تقصیرات پیمانکاران مستقل قرار دهد.^۳ در restatement ایالات متحده آمریکا در ارتباط با نمایندگی، این جنبه از نمایندگی ظاهری در بخش ۲۶۷ ظاهر می‌شود. در این بخش می‌خوانیم: «شخصی که وانمود می‌کند دیگری کارمند، مستخدم یا نماینده دیگر اوست و به این وسیله سبب می‌شود که شخص ثالثی منطقاً به مهارت این نماینده ظاهری اعتماد کند، مسئول خسارات وارده به این شخص ثالث است که به سبب فقدان مهارت یا مراقبت نماینده او ایجاد شده است، گواهی که خود او این کار را انجام داده است.»^۴

در همین راستا یکی از مهم‌ترین و کلیدی‌ترین کاربردهای نظریه نمایندگی ظاهری که در سال‌های اخیر مورد توجه بسیاری از نویسندگان حقوقی و قضات

1. Daniel Kleinberger, and Peter Knapp, "Apparent Servants and Making Appearances Matter: A Critique of Bagot V. Airport & Airline Taxi Cab Corporation", William Mitchell Law Review, Vol. 28, No. 4, 2002, p. 1538.

2. Respondent Superior

3. Ibid, pp. 1530-1531.

4. Ibid, p. 1533.

دادگاه‌ها قرار گرفته و آرای متعددی در خصوص آن صادر شده است، مسئول دانستن بیمارستان‌ها نسبت به تخلفات و تقصیرات پزشکان و پیراپزشکان مستقر در آنهاست که با بیمارستان، رابطه استخدامی ندارند و مستقل عمل می‌کنند اما وانمود می‌شود در استخدام بیمارستان هستند.^۱ بیمارستان‌ها مسئول تقصیرات کارمندانشان از جمله پزشکی هستند که از سوی بیمارستان استخدام شده‌اند. سؤال این است که آیا بیمارستان‌ها برای تقصیرات پزشکان و پیراپزشکان مستقل مستقر در بیمارستان‌ها که در استخدام نیستند، مانند برخی پزشکان متخصص، دندانپزشکان، داروسازان، رادیولوژیست‌ها، پاتولوژیست‌ها، متخصصین بی‌هوشی و ... هم مسئول هستند یا خیر؟ از دیدگاه بیماران، این متخصصین توسط بیمارستان تعیین و انتخاب می‌شوند.^۲ در اکثر آرای دادگاه‌ها مقرر شده است که بیمارستان برای تقصیرات پزشکانش مسئول است؛ حتی اگر به آن‌ها به‌عنوان کارمند بیمارستان، چیزی پرداخت نشود. نباید هزینه‌هایی به دلیل فقدان رابطه استخدامی میان پزشکان و بیمارستان‌ها بر بیماران

1. Drew Britcher, and Abbotts Brown, "Professional Malpractice: The Doctrine of Apparent Employment," New Jersey Law Journal, Vol. CXCIV, No.3, Index 136, 2009, pp. 1-2.

۲. مطابق یک دیدگاه، شرط لازم برای اعمال دکترین نمایندگی ظاهری در حوزه مسئولیت بیمارستان‌ها این است که بیماران این موضوع را بپذیرند که خدمات را از جانب بیمارستان و پزشک مورد اعتماد آن دریافت می‌کنند. در غیراین صورت اگر به دنبال پزشکی خاص به بیمارستان مراجعه کنند و آن پزشک، رابطه استخدامی با آن بیمارستان نداشته باشد، پزشک مربوطه شخصاً مسئول است و بیمارستان، مسئولیتی ندارد. از جمله آرای معروفی که در تأیید این نظر صادر شده قضیه *Burke Medical group v. Lamb-Rosenfeldt* در سال ۲۰۱۲ است. در این قضیه دکتر *Burke* اقدام به درمان سرطان ریه *Lamb* کرد اما پس از مدتی سلول‌های سرطانی دوباره فعال شدند اما دکتر *Burke* به علائم بازگشت سرطان از قبیل کاهش وزن، سرفه‌های متوالی، بلعیدن دشوار، خستگی و ... توجه نکرد. نهایتاً *Lamb* در نتیجه عدم تشخیص بازگشت سرطان درگذشت. دختر متوفی علیه دکتر *Burke* و بیمارستان *St. James* اقامه دعوا کرد. دادگاه بدوی با احراز تقصیر دکتر *Burke* او را مسئول دانست اما بیمارستان را مسئول ندانست. دادگاه تجدیدنظر *Illinois* نیز ادعای خواهان مبنی بر مسئول دانستن بیمارستان به واسطه دکترین نمایندگی ظاهری را نپذیرفت به این دلیل که *Lamb* قبلاً تحت نظارت پزشک دیگری بوده است و زمانی که تصمیم به درمان تحت نظارت دکتر *Burke* گرفت به رابطه استخدامی دکتر *Burke* با بیمارستان *St. James* توجه و اتکا نکرده و به دنبال یک پزشک خاص به این بیمارستان مراجعه کرده بود.

(Robert Kreisman, Hospital not liable on theory of apparent agency, 2012, p.1. available at: <http://www.chicago medical mal practice attorney-blog.com/2012/03/Hospital-not-liable-on-theory-of-apparent-agency-Rosenfeldt-V-Burke-Medical-group.html>.)

تحمیل شود. بیماران به محدودیت‌های پنهان در قراردادهای خصوصی میان پزشکان و بیمارستان‌ها ملزم نخواهند شد.^۱

ازجمله کاربردهای رایج دیگر نظریه نمایندگی ظاهری در ایالات متحده امریکا، بحث کارت‌های بانکی بخصوص کارت‌های اعتباری است. یکی از روش‌های پرداخت الکترونیک که امروزه در اکثر کشورهای دنیا مورد استفاده قرار می‌گیرد، استفاده از کارت‌های بانکی است. استفاده از این کارت‌ها برای هر سه‌طرف درگیر در آن -یعنی صادرکننده، دارنده و پذیرنده کارت- اهمیت و فواید بسیاری دارد و در نهایت سرعت، دقت، امنیت، صرفه‌جویی در زمان و سهولت در پرداخت‌ها را برای سیستم‌های نوین بانکی به ارمغان می‌آورد.

جایی که شخصی با اراده و اختیار، کارت بانکی خود را برای استفاده در اختیار شخصی دیگر (همسر، فرزند، پدر یا مادر، دوست و ...) قرار می‌دهد، به‌نوعی او را نماینده خود در استفاده از کارت اعلام می‌کند. در چنین شرایطی اگر استفاده‌کننده، بیش از میزان تعیین‌شده از کارت استفاده کند (سوءاستفاده از کارت بانکی دیگری) تقریباً می‌توان گفت که بیشتر نویسندگان حقوقی و قضات دادگاه‌ها^۲ اتفاق نظر دارند که صرف‌نظر از اینکه صاحب کارت، احتمال سوءاستفاده از کارت را به بانک اعلام کرده یا خیر، صاحب کارت، مسئول پرداخت کلیه هزینه‌ها و مخارجی است که توسط استفاده‌کننده ایجاد شده و او برای این استفاده، مازاد بر میزان تعیین‌شده، دارای اختیارات ظاهری است.

دو دلیل عمده برای این ادعا مطرح شده است:

۱- مطابق قانون 1968 Trust-In-Lending Act (TILA) در ایالات متحده امریکا، مسئولیت صاحب کارت برای استفاده غیرمجاز دیگران از کارت‌ش، محدود به پنجاه دلار است و صاحب کارت، نسبت به بیش از آن، مسئولیتی ندارد. مطابق همین قانون، استفاده غیرمجاز، استفاده‌ای است که به‌وسیله شخصی صورت می‌گیرد که اختیارات صریح یا ضمنی یا ظاهری ندارد.

1. Drew Britcher, and Abbotts Brown, "The Doctrine Of Apparent Authority In Medical Malpractice Cases," New Jersey Law Journal, Vol. CXIV, No. 4, Index 438, 2008, pp.1-2.

۲. از جمله این آرا می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

- American Express Travel Related Services Co.Inc v.WEB Inc. (1991)
- Tower World Airways v. PHH Aviation Systems. (1991)
- Master Card v.Tower of Newport. (1986)
- Standard Oil Company v.Steele. (1985)
- Michigan National Bank v.Olson (1986)

بسیاری از دادگاه‌ها در ایالات متحده آمریکا این گونه تصمیم گرفته‌اند که با اعطای اختیارات واقعی (اعم از صریح یا ضمنی) به دیگری برای استفاده از کارت، درحقیقت صاحب کارت، اختیار ظاهری برای استفاده بیش از حد تعیین شده را هم به این شخص اعطا کرده‌است و این استفاده اضافی، استفاده غیرمجاز تلقی نمی‌شود و موضوع محدودیت پنجاه دلار TILA نیز قرار نمی‌گیرد. در نتیجه صاحب کارت، مسئول پرداخت کلیه هزینه‌های انجام شده است.^۱

۲- در بسیاری از پرونده‌ها بر اساس نظریه تقصیر، به وجود اختیارات ظاهری برای کسی حکم شده که از حدود اختیاراتش تجاوز می‌کند. طبق نظر برخی دادگاه‌ها، عدم بررسی صورت حساب کارت اعتباری که ممکن است استفاده متقلبانه و بیش از حد را آشکار کند، تقصیری است که باعث می‌شود اختیارات ظاهری برای استفاده کننده محقق شود. به علاوه در این موارد دادگاه‌ها به یک وظیفه مشتری اشاره می‌کنند که در ماده ۴ قانون U.C.C.^۲ ذکر شده است. در این ماده به وظیفه مشتری برای بررسی معقول و منطقی صورت حساب‌ها به منظور کشف امضاهای غیرمجاز و... اشاره شده است. وقتی شخصی حساب مربوط به کارت اعتباری افتتاح می‌کند، در جایگاه و موقعیتی برتر قرار می‌گیرد که بدون صرف وقت و هزینه زیاد، هزینه‌های منعکس شده در صورت حساب‌های دوره‌ای را بررسی و صحت یا عدم صحت آن‌ها را اعلام کند. عدم رعایت این وظیفه، تقصیری تلقی می‌شود که اعمال نظریه نمایندگی ظاهری را در موارد سوءاستفاده از کارت بانکی دیگری توجیه می‌کند. مشابه وظیفه مقرر در ماده ۴ قانون U.C.C. در مقررات بانکی بسیاری از ایالات آمریکا نیز وجود دارد.^۳ اعمال نظریه نمایندگی ظاهری در بحث کارت‌های بانکی به واسطه اینکه مسئول دانستن دارنده کارت به دلیل موقعیت برتر نسبت به سایرین، کم هزینه‌ترین و آسان‌ترین راه پیشگیری از سوءاستفاده از کارت‌های بانکی و یکی از رایج‌ترین موارد کاربرد این نظریه است. از جمله دیگر کاربردهای نظریه نمایندگی ظاهری در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا، اعمال آن در بحث قراردادهای سرمایه‌گذاری مشترک^۴ است. در خصوص اعمال نظریه نمایندگی ظاهری در این گونه قراردادهای سه دیدگاه عمده توسط نویسندگان حقوقی مطرح شده است:

1. Mbaonline.com/user files/file/Unauthorized use of Credit Card Memorandum.Pdf, pp.1-2.
2. Uniform Commercial Code
3. Mbaonline.com/userfiles/file/unauthorized use of credit card Memorandum.pdf, pp.4-5.
4. Joint Venture

۱- عدم اعمال نمایندگی ظاهری در قراردادهای سرمایه‌گذاری مشترک

طرفداران این دیدگاه معتقدند در قراردادهای سرمایه‌گذاری مشترک، صرفاً باید به اختیارات صریح یا ضمنی شرکا در قرارداد توجه کرد و نمی‌توان از اختیارات ظاهری در این حوزه سخن گفت. از دیدگاه طرفداران این‌نظر، نپذیرفتن اعمال نظریه نمایندگی ظاهری در این‌گونه قراردادهای سبب می‌شود شرکا از خطر مسئولیت قراردادی غیرمنتظره که توسط سایر شرکا و بدون رضایت آن‌ها ممکن است ایجاد شود، رها شوند.^۱

۲- اعمال نظریه نمایندگی ظاهری بر اساس قواعد حقوق کامن‌لا

برای تحقق نمایندگی ظاهری در حقوق کامن‌لا تحقق سه شرط ضروری است. اول اینکه اصیل باید در برابر اشخاص ثالث تظاهر کند اختیاراتی را به نماینده اعطا کرده‌است. دوم اینکه شخص ثالث باید با حسن‌نیت عمل کند. بدین معنا که منطقاً گمان کند نماینده دارای اختیار واقعی برای اقدام از جانب اصیل است و سوم اینکه شخص ثالث باید واقعاً فریب بخورد و به تظاهر اصیل اعتماد کند.^۲

۳- اعمال نظریه نمایندگی ظاهری براساس قواعد U.P.A^۳

مطابق بند ۱ از بخش ۹ قواعد U.P.A هر شریک، نماینده شرکت برای هدف تجاری‌ای است که برای نیل به آن هدف تشکیل شده‌است و اقدام یک‌شریک، چنانچه با روش معمول و متعارف برای تجارت انجام شود، شرکت را ملزم خواهد کرد. درحقیقت مطابق قواعد U.P.A برای اینکه شخص ثالث، تحت نظریه نمایندگی ظاهری مورد حمایت قانونی قرارگیرد صرفاً لازم است ثابت کند عمل انجام‌شده مطابق روش متعارف و معمول تجارت مورد شراکت است. بنابراین U.P.A بر رفتار اصیل یا اعتقاد شخص ثالث تأکید نمی‌کند بلکه بر ویژگی قرارداد منعقدشده یا اقدام صورت‌گرفته تأکید می‌کند. بر اساس اصول U.P.A دادگاه‌ها باید تجزیه و تحلیل کنند که آیا قرارداد یا اقدام غیرمجاز برای تکمیل پروژه تجاری مشترک ضروری بوده یا خیر. اگر ضروری بوده باشد، همه شرکا، صرف‌نظر از هر نوع توافق درباره محدودیت مسئولیت، مسئول تلقی می‌شوند مگر آنکه شخص ثالث از محدودیت‌ها آگاه باشد.^۴

1. James. F. Brelsford, "Apparent Authority and the Joint Venture: Narrowing The Scope Agency Between Business Associates", University of California, Vol. 13, 1980, pp. 842-843.

2. Ibid, pp.846-847.

۳. U.P.A مخفف اصطلاح Uniform Partnership Act است. این قانون، نخستین بار در سال ۱۹۱۴ تدوین و چند بار اصلاح شد که آخرین اصلاحات آن در سال ۱۹۹۷ بود.

4. Ibid, pp.849-850.

آخرین کاربردی که برای نظریه نمایندگی ظاهری ذکر شده است، اعمال آن در بحث تحقیقات پلیس است؛ زمانی که دو یا چند شخص در یک محل سکونت مشترک با هم زندگی می‌کنند یا بر مالی اعم از منقول یا غیرمنقول، مالکیت، تصرف یا کنترل مشترک دارند. این کاربرد، عمدتاً توسط نظریه پردازان نظام حقوقی کامن‌لا امریکا مطرح شده است. از سال ۱۹۸۰ به بعد، به دلایلی از جمله وقوع بحران‌های شدید اقتصادی بخصوص از سال ۲۰۰۸ به بعد، کاهش میزان زاد و ولد، افزایش میزان بیکاری، افزایش هزینه‌های درمان و... بسیاری از فرزندان نزد والدین خود برگشتند یا والدین همراه فرزندان خود زندگی می‌کنند. درحقیقت یک‌ساختار چند نسلی^۱ در خانواده‌ها ایجاد شده است.^۲ همگام با این تغییر ساختار خانواده‌ها، دادگاه‌ها، با این مسئله بسیار مواجه بوده‌اند که آیا زمانی که پلیس در شرایط اضطراری بخواهد از یک آپارتمان یا یک مال مورد استفاده مشترک دو یا چند شخص تحقیقات لازم را به عمل بیاورد، درحالی‌که برخی به انجام تحقیقات توسط پلیس راضی هستند و برخی دیگر امتناع می‌کنند، تحقیقات انجام‌شده توسط پلیس با رضایت برخی از مالکین یا متصرفین صحیح و قانونی است یا خیر؟

در ارتباط با وجود اختیار برای والدین برای رضایت‌دادن به تحقیقات از اتاق و اموال فرزندان صغیر تردیدی وجود ندارد. چیزی که بیشتر مورد سؤال قرار می‌گیرد این است که آیا والدین می‌توانند به نمایندگی از فرزندان بالغ خود که با آنها زندگی می‌کنند به تحقیقات پلیس از اتاق و اموال آنان رضایت دهند یا خیر؟

در این خصوص نظریات مختلف توسط دادگاه‌ها مطرح شده است. برخی محاکم معتقدند باید میان قسمت‌های عمومی و خصوصی یک آپارتمان، قائل به تفکیک شد. درباره قسمت‌هایی که مورد استفاده انحصاری فرزند قرار می‌گیرد رضایت والدین نامعتبر است چرا که فرزندان از حق داشتن حریم خصوصی برخوردارند اما در قسمت‌های مشترک از قبیل آشپزخانه، راهروها و ... این رضایت اعتبار دارد. برخی دیگر از محاکم معتقدند اگر در اتاق قفل نباشد، والدین این اختیار را دارند که به تحقیقات پلیس رضایت دهند اما پلیس نمی‌تواند محتوای وسایل بسته‌بندی‌شده را بررسی کند. به عقیده برخی دیگر از محاکم، این رضایت به کلی نامعتبر است و النهایه مطابق نظری

1. Multi generation

2. Hillary Farber, "A Parent's Apparent Authority: why Intergenerational Co-residence Requires a Reassessment of Parental Consent to Search Adult Children's Bedrooms," Cornell Journal of Law and Public Policy, Vol. 21, 2011, p. 57.

دیگر، اختیار والدین، مقدم بر اختیار فرزندان تلقی می‌شود. به علاوه والدین همیشه دارای یک اماره کنترل بر فرزندانشان هستند. بنابراین می‌توان قائل به این شد که حتی اگر اختیارات واقعی وجود نداشته باشد، می‌توان اختیارات ظاهری تصور کرد.^۱ گرچه این پرسش عمدتاً در روابط میان والدین و فرزندان آن‌ها مطرح شده است، می‌توان آن را در هر مورد دیگری که مالی میان دو یا چند شخص مشترک است یا دو یا چند شخص دارای حقوق یا تصرف یا کنترل مشترک بر مالی هستند، مطرح ساخت.^۲ دودلیل عمده برای این ادعا ذکر شده است: اول اینکه زمانی که دو یا چند شخص مالک، متصرف یا دارنده مشترک حقی بر مالی اعم از منقول یا غیرمنقول هستند، هریک از آن‌ها می‌تواند به عنوان مالک یا متصرف در حیطه حق خود^۳ به تحقیقات از آن مال توسط پلیس رضایت دهد چرا که او نیز یکی از مالکین یا استفاده‌کنندگان است.

دوم اینکه وقتی شخصی شراکت با دیگری را می‌پذیرد، خود را در معرض این ریسک (خطر) قرار می‌دهد که دیگری ممکن است به تحقیق از آن مال رضایت دهد پس با آگاهی و پیش‌بینی این احتمال، شراکت را می‌پذیرد.^۴

با اینکه اعمال نظریه نمایندگی ظاهری در حوزه تحقیقات پلیس، هنوز کامل پذیرفته نشده است، به نظر می‌رسد بتوان آن را به عنوان یک راه حل مناسب، در شرایطی مطرح ساخت که انجام تحقیقات پلیسی، واجد اهمیت و اخذ مجوز قانونی نیازمند صرف وقت و انجام تشریفات زیاد است که امکان دارد دلایل از بین برود.

۱-۲. انگلیس

نظریه نمایندگی ظاهری ابتدا در رویه قضائی انگلیس مطرح شد و سپس مورد استقبال قضات دیگر کشورها قرار گرفت. در نظام حقوقی انگلیس، نمایندگی ظاهری

1. Jason Miller, "When Is a Parent's Authority Apparent? Reconsidering Third Party Consent Searches of an Adult Child's Private Bedroom and Property", Criminal Justice, Vol. 24, 2010, pp. 34-35.

۲. به عنوان نمونه در قضیه Chapman v. United states در سال ۱۹۶۱ مأموران پلیس بدون اخذ مجوز قانونی برای تحقیقات با اتکا به رضایت موجر وارد خانه‌ای شدند که به شخصی به نام Chapman اجازه داده شده بود. یا در قضیه Stoner v. California در سال ۱۹۶۴ مأموران پلیس با اتکا به رضایت کارمند هتل، بدون اخذ مجوز وارد اتاق stoner فرد مظنون به سرقت مسلحانه شدند. همین‌طور در قضیه Fraizer v. Cupp مأموران پلیس، یک چمدان مشترک میان دو شخص به نام‌های Fraizer و پسرعمویش Rawls را بر اساس رضایت Rawls مورد بررسی و تحقیق قرار دادند.

3. In his own right

4. Ibid, p.49.

صراحتاً به عنوان یکی از اقسام نمایندگی‌ها در آثار نویسندگان حقوقی مورد اشاره قرار گرفته^۱ و تمامی حوزه‌های این نظریه^۲ و همچنین عمده کاربردهای آن پذیرفته شده است.

در حقوق انگلیس، نمایندگی ظاهری، زاده اجازه اصیل است هرچند اعطای این نمایندگی فقط ظاهری باشد. این نظریه در سال ۱۹۶۰ میلادی و بعد از آن، همواره در برخی دعاوی توسط قضات، پذیرفته یا رد شده است.^۳ علت، دونکته است. نکته اول به شرایط ظاهر و ظهور آن در نمایندگی مربوط می‌شود و نکته دوم ناظر به نحوه اعتماد شخص ثالث به ظاهر است. هریک از این دونکته در موقعیت‌های مختلف، وضعیت خاص و مباحث متفاوت را مطرح می‌کند که لازم است با شرایط نمایندگی ظاهری تطبیق داده شود.^۴

در نظام حقوقی انگلیس، مسئولیت شرکت در مقابل اشخاص ثالث در مواردی مشابه مواد ۱۱۸ و ۱۳۵ لایحه اصلاح قسمتی از مواد قانون تجارت، بر مبنای نمایندگی ظاهری، صحیح دانسته شده است.^۵ با توجه به قانون شرکت‌های تجاری جدید مصوب ۲۰۰۶ که قانون ۱۹۵۸ و اصلاحات آن را نسخ کرده، دیگر محدودیت‌های مربوط به اهلیت شرکت و اختیار هیئت‌مدیره برای اعطای نمایندگی باقی نمانده و نظریه نمایندگی ظاهری در ارتباط با اقدامات خارج از حدود اختیارات مدیران اعمال می‌شود.

در بخش ۳۹ بند ۱ این قانون مقرر شده است: «اعتبار اقدام شرکت، نباید بر اساس ادعای فقدان اهلیت، مورد تردید واقع شود صرفاً به این دلیل که در اساسنامه شرکت، چیزی در این رابطه وجود ندارد.»

این مقرر به نحوی مؤثر نظریه اقدامات خارج از حدود اختیارات^۶ را از بین می‌برد. در بخش ۴۰ بند ۱ این قانون نیز ذکر شده است: «در ارتباط با شرکت، اختیار مدیران به نفع اشخاص ثالث با حسن نیت، شرکت را ملزم می‌کند، صرف‌نظر از هر نوع

1. William Anson, Principles of The English Law of Contract and of Agency In Its Relation to Contract, Oxford, 22nd edition, 1964, p. 525.

2. Sealy and Hooley, op.cit, p. 121.

3. Anson. op.cit, p. 434.

۴. پورارشاد، نادر، نمایندگی ظاهری در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس و فرانسه، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران، سال ۱۳۹۰ ص. ۱۷۰.

۵. تفرشی، محمدعیسی، مباحثی تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری، جلد دوم، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه تربیت مدرس، سال ۱۳۸۶، ص. ۱۲۰.

6. Ultra vires

محدودیتی که در اساسنامه شرکت مقرر شده باشد.» در بخش ۴۰ بند ۲ قسمت (b)(i) آمده است که «شخص ثالث ملزم نیست تحقیق کند آیا محدودیتی در اختیار مدیران برای الزام شرکت یا واگذاری اختیار به دیگران برای انجام آن، وجود دارد یا خیر.» در همین بخش در بند ۲ قسمت (b)(ii) «فرض می‌شود که شخص ثالث با حسن نیت رفتار کرده است مگر خلاف آن ثابت شود.» در بند ۲ قسمت (b)(iii) از همین بخش نیز آمده است: «نباید فرض شود که شخص ثالث با سوءنیت عمل کرده، صرفاً به این دلیل که واقعاً می‌دانست معامله خارج از اختیار مدیران، براساس اساسنامه شرکت انجام شده است.»^۱

یکی دیگر از موارد مشخص نفوذ نمایندگی ظاهری در حقوق انگلیس، قانون عاملان سال ۱۸۸۹ است. نکته قابل توجه این است که امکان دارد عامل، کالای اصیل را خلاف دستور او و بدون اختیارات قانونی انتقال دهد و چنین انتقالی نیز معتبر تلقی شود زیرا اگر این معامله را به دلیل فقدان اختیار، بی‌اعتبار تلقی کنیم، معاملات تجاری دچار تزلزل شدید می‌شود به‌ویژه اینکه این نمایندگان، اغلب صلاحیت نیابتی خود را افشا نمی‌کنند و شخص ثالث، راهی برای کشف توافق بین اصیل و نماینده ندارد. هدف قانون عاملان ۱۸۸۹ حمایت از اشخاص ثالثی است که با حسن نیت با نماینده معامله می‌کنند. البته این در صورتی است که شخص ثالث از فقدان اختیارات نماینده بی‌اطلاع باشد.^۲ قانون بیع کالا مصوب ۱۸۹۳ نیز به همین ترتیب از نظریه نمایندگی ظاهری تأثیر پذیرفته است. بند ۱ ماده ۲۲ این قانون، چنین مقرر می‌دارد: «جایی که کالا در بازار عمومی، مطابق عرف بازار فروخته شده است، خریدار دارای مالکیت بلامعارض است مشروط بر اینکه خریدار دارای حسن نیت بوده و متوجه نقض یا فقدان صحت از طرف فروشنده نشده باشد.»

بنابراین اگر کالایی در بازار عمومی فروخته شود و فروشنده، سمت وکالت نداشته یا اختیارات لازم برای فروش فلان کالا را نداشته باشد، آن معامله فضولی محسوب نمی‌شود مگر اینکه خریدار، سوءنیت داشته باشد و از فقدان سمت فروشنده آگاهی داشته باشد.^۳

۲. بررسی نظریه نمایندگی ظاهری در نظام‌های حقوق نوشته

نظریه نمایندگی ظاهری در قوانین، آرای قضائی و نظریات نویسندگان حقوقی کشورهای دارای نظام حقوق نوشته نیز مورد توجه قرار گرفته است. این میان، گروهی از

1. Sealy and Hooley, op.cit, p. 122.

۲. قنواتی، جلیل، و محمدعیسی تفرشی، «رابطه نهاد نمایندگی با نهادهای حق‌العمل‌کاری، عاملی و دلالتی»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، شماره ۱۱، ۱۳۸۰، ص. ۶۵.

۳. پورارشد، پیشین، ص. ۱۷۱.

کشورها، نمایندگی ظاهری را به عنوان قاعده عمومی در حوزه نمایندگی صراحتاً پذیرفتند. گروهی دیگر از کشورها، مصادیقی از کاربردها و قلمروهای آن را به طور استثنائی پذیرفتند. در نهایت، برخی دیگر از کشورها نیز گرچه از نمایندگی ظاهری به عنوان مفهومی مستقل و جداگانه نام نمی‌برند، ایده‌ها و مفاهیمی مشابه را در نظام حقوقی خود پذیرفته‌اند که هم‌راستا با قواعد مربوط به نمایندگی ظاهری در نظام‌های حقوق عرفی (کامن‌لا) است. در میان کشورهای دارای حقوق نوشته، نخست از نظام حقوقی آلمان به عنوان یکی از ارکان اصلی نظام رومی-ژرمنی که دارای قواعد مخصوص به خود در این حوزه است، بحث می‌کنیم. در ادامه از نظام حقوقی چین به عنوان یک کشور توسعه‌یافته اقتصادی که گسترده از انواع مختلف نمایندگی‌ها در روابط تجاری خود به طور گسترده استفاده می‌کند و نیز کشور لیتوانی به عنوان نمونه‌ای از کشورهای کمتر توسعه‌یافته یا توسعه‌نیافته اقتصادی که دارای مقرراتی اصلاح‌شده در خصوص نمایندگی ظاهری است، خواهیم نوشت و سپس نظام حقوقی روسیه را بررسی می‌کنیم که نمونه‌ای از کشورهایی است که این نظریه را صراحتاً پذیرفته‌اند اما به دلیل نیاز به قلمروها و کاربردهای آن، سعی کرده‌اند از مفاهیمی مشابه -همچون تعهد به اطلاع‌رسانی و منع سوءاستفاده از حق- استفاده کنند. در نهایت به بررسی این نظریه در نظام حقوقی ایران خواهیم پرداخت.

۲-۱. آلمان

آلمان کشوری است که نمایندگی ظاهری را به عنوان یکی از اقسام نمایندگی‌های قانونی مطرح می‌کند. دومنبع اصلی حقوقی، قانون و عرف است. حقوق نمایندگی آلمان، عمدتاً طبق قانون مدنی اداره می‌شود. اختیاراتی که به نماینده داده می‌شود یا صراحتاً توسط اصیل داده می‌شود یا به مثابه امر قانونی به نماینده اعطا می‌شود. اختیارات قانونی اصولاً برای حمایت از اشخاص ثالثی است که گمان می‌کردند نماینده دارای اختیار است؛ حتی اگر اختیاری صریح توسط اصیل به نماینده اعطا نشده باشد و در تمامی آن‌ها رفتار اصیل، عامل کلیدی است که تعیین می‌کند آیا نماینده دارای اختیار (قانونی) هست یا خیر و اگر هست، نوع این اختیار چیست. اختیارات قانونی در نظام حقوقی آلمان به سه دسته عمده تقسیم می‌شود: ۱- اختیار ضمنی ۲- اختیار تحمل شده (قابل قبول) ۳- اختیار ظاهری

اختیار (نمایندگی) ضمنی زمانی ایجاد می‌شود که اصیل، رفتاری نشان می‌دهد که می‌تواند به عنوان اعطای اختیار به نماینده تفسیر شود. این امر بر مبنای خواست اصیل به انجام معامله است.

اختیار (نماینده‌گی) تحمل شده یا قابل قبول، بیانی ساکت از قصد است توسط شخصی که از رفتار نماینده آگاهی دارد و رضایت خود را با انجام‌دادن کاری که از ظهور وجود اختیار در نماینده جلوگیری کند، نشان می‌دهد.

در نهایت اختیار (نماینده‌گی) ظاهری شکلی دیگر از اختیار اعطاشده توسط قانون است و زمانی ایجاد می‌شود که شخص، ظهور قانونی اختیار را به دست می‌آورد گرچه در واقع او یک شخص غیرمجاز است. این نوع اختیار به منظور الزام اصیل به اقدامات نماینده خود اعطا می‌شود ولو اینکه ثابت نشود اصیل، قصد اعطای اختیار به او را داشته است. در حقیقت زمانی که رفتار اصیل سبب شود شخص ثالث محتاط و با حسن نیتی گمان کند که نماینده دارای اختیار است دادگاه‌ها از این طریق، اصیل را از اینکه انکار کند اختیار انجام یک اقدام خاص را به نماینده داده است، منع می‌کنند.

دادگاه‌ها عموماً از الگویی پیروی می‌کنند که ابتدا به دنبال وجود نماینده‌گی ضمنی و نماینده‌گی تحمل شده یا قابل قبول است. اگر چنین نماینده‌گی‌هایی را در هر قضیه نیافتند به دنبال پاسخ این پرسش خواهند رفت که آیا نماینده‌گی ظاهری می‌تواند به عنوان ابزار حمایت از شخص ثالث بی‌گناه در اعتماد به رفتار نماینده اعمال شود یا خیر.^۱

در خصوص رفتار اصیل در نظام حقوقی آلمان، از سال ۱۹۷۰ ایده اقدام یا رفتار اصیل^۲ از سوی نویسندگان متعدد مورد انتقاد واقع شد که شروع آن توسط schoordijk بود که از نظریه نماینده‌گی ظاهری انگلیسی-امریکایی الهام گرفت. از این سال به بعد در نظام حقوقی آلمان به جای اصل اقدام یا رفتار اصیل، از اصلی دیگر تحت عنوان اصل ریسک^۳ یاد شد.

به تدریج روند تصمیمات دادگاه‌ها هم به سمت تأکید بیشتر بر کسی پیش رفت که متحمل ریسک شده و عقیده و گمان وجود رابطه نماینده‌گی را ایجاد کرده است. مطابق این اصل، لازم نیست ظاهر، حتماً در نتیجه فعل یا ترک فعل اصیل ظاهری ایجاد شده باشد بلکه اگر ظاهر در محدوده ریسک‌های اصیل ایجاد شده باشد، برای انتساب به او کافی است. یکی از پرونده‌های شاخص در این رابطه قضیه Felix v. Aruba در سال ۱۹۹۲ است.

در ارتباط با پذیرش اصل ریسک، دیدگاه‌های موافق و مخالف مطرح شده است. موافقان معتقدند پذیرش این اصل به دادگاه‌ها امکان می‌دهد بیشتر بر مسئولیت اصیل

1. Holmes, op.cit, pp.347-351.

2. The Principal's own doing

3. The risk principle

تأکید داشته باشند اما مخالفان، این گونه استدلال می کنند که اعمال این اصل، مسئولیت مدیریت نشده و کنترل نشده‌ای بر اصیل ظاهری تحمیل می کند.^۱

همچنین دادگاه‌ها در تصمیم به اینکه اصیل تحت نظریه نمایندگی ظاهری، مسئول اقدامات نماینده‌اش است یا خیر، خود را صرفاً به موشکافی رفتار اصیل محدود نکرده‌اند و رفتار شخص ثالث را نیز بررسی می کنند. بنابراین دادگاه‌ها برای انجام وظیفه در ترکیب قانون با انصاف، قبل از تصمیم‌گیری درباره اینکه نمایندگی ظاهری قابل اعمال هست یا خیر، منافع اصیل و شخص ثالث را توأم در نظر می گیرند و اگر منافع هر دو دارای ارزش و وزن یکسان باشد، به شرایط و اوضاع و احوال هر قضیه توجه می کنند. به علاوه شخص ثالث نیز نه تنها باید در دادگاه ثابت کند که با حسن نیت عمل کرده بلکه باید ثابت کند اعتماد او به ظاهر موجود، موجه بوده است.

اگر اصیل با اعمال مراقبت‌ها و کنترل‌های منطقی نتواند اقدام غیرمجاز نماینده را کشف و از آن جلوگیری کند در برابر شخص ثالث مسئول نیست. همچنین اگر شخص ثالث در عدم تشخیص سوءاستفاده نماینده از اختیارش مرتکب تقصیر شده باشد. اینکه آیا شخص ثالث در اعتماد به اختیار نماینده مقصر بوده است یا خیر، بستگی به نوع قرارداد و شرایط و اوضاع و احوال هر قضیه دارد.^۲

نکته دیگری که در حقوق آلمان مورد توجه قرار می گیرد، جلوگیری از وقوع مسئولیت مضاعف است. این مسئولیت در مواردی ایجاد می شود که مسئولیت اصیل و نماینده غیرمجاز به اثبات رسیده است. اگر شخص ثالث، ابتدا دعوایی را علیه نماینده غیرمجاز اقامه کند، حتی اگر مسئولیت اصیل نیز تحت عنوان نمایندگی ظاهری به اثبات رسیده باشد، دادگاه فقط نماینده را مسئول می داند همچنین است اگر مسئولیت اصیل، تحت عنوان نمایندگی ظاهری به اثبات رسیده باشد که در این صورت، دادگاه مسئولیت نماینده را مستثنا می کند تا از وقوع مسئولیت مضاعف پیشگیری شود. در واقع، شخص ثالث به حمایت بیشتر نیاز ندارد و طرح دعوا علیه اصیل از دارا شدن غیرعادلانه ناشی از مسئولیت مضاعف جلوگیری می کند. اصیل نیز می تواند خسارات خود را از نماینده مطالبه کند.^۳

۲-۲. چین

نخستین قانون نویسی در نظام حقوقی چین، سال ۱۹۰۰ صورت گرفت و شش قانون در روزهای اولیه شکل گیری جمهوری چین وضع شد. اولین حقوق قراردادهای جامع و یکپارچه چین در ۱۵ مارس ۱۹۹۹ به تصویب رسید که سندی قانونی است که

1. Danny Busch, and Laura Macgregor, " Apparent Authority in Scots Law, Some International Perspective," *Edinburgh Law Review*, Vol. 11, 2007, p.371.

2. Holmes, op.cit, pp. 355-358.

3. Ibid, pp.359-360.

از بسیاری از سنت‌های تاریخی قبلی منحرف و در آن از نقاط برجسته منابع داخلی و خارجی و نظام‌های حقوق نوشته و حقوق آنگلو ساکسون و همچنین برخی کنوانسیون‌های بین‌المللی استفاده شده است.

قبل از وضع مقررات مربوط به حقوق جدید قراردادهای، مباحث مربوط به نمایندگی در سایر قوانین و مقررات و به نحو پراکنده مورد اشاره قرار می‌گرفت. قانون قراردادهای اقتصادی مصوب ۱۹۸۱ نیز دربردارنده موادی بسیار محدود در ارتباط با اعطای نمایندگی از طریق عقد وکالت بود.

(بند ۳ ماده ۷ و ماده ۱۰) در سال ۱۹۸۶ یعنی زمان انتشار قواعد عمومی حقوق مدنی (GRCL)^۱ قواعد نمایندگی برای نخستین بار در این کشور تأسیس شد. فصل چهارم^۲ این قانون (GRCL) - مجموعه‌ای از مقررات نمایندگی را درباره مباحثی چون نمایندگی از طریق اعطای وکالت، نمایندگی ناشی از تنفیذ، طبقه‌بندی نمایندگی (نمایندگی قراردادی، قانونی یا قضایی)، خاتمه نمایندگی و نمایندگی فرعی مقرر می‌کرد.

از زمان ورود اصلاحات و سیاست‌های درهای باز در اقتصاد چین، واسطه‌ها بیشتر و متنوع‌تر شدند. بنابراین گرچه قواعد حقوق مدنی (GRCL) برخی بنیادهای حقوقی را در ارتباط با نمایندگی در نظام حقوقی چین ایجاد کرد، روشی مناسب و کافی برای پوشش نیازهای حوزه تجارت، به ویژه معاملات تجاری بین‌المللی نبود.

در قانون جدید ۱۹۹۹ انواع نمایندگی‌ها از جمله نمایندگی ناشی از تنفیذ، نمایندگی ظاهری، حق‌العمل‌کاری، اصیل افشانده و اصیل کمی افشانده مورد توجه قرار گرفته است. مواد ۴۹ و ۵۰ این قانون به بحث نمایندگی ظاهری اختصاص دارد. ماده ۴۹ با عنوان اختیار ظاهری یک‌طرف قرارداد برای اقدام به‌عنوان نماینده (نمایندگی ظاهری) بیان می‌کند: «جایی که یک طرف، قراردادی را به نام اصیل، بدون اختیار، خارج از حدود اختیار یا پس از انقضای مدت اختیار منعقد می‌کند، طرف مقابل حق دارد گمان کند این شخص دارای اختیار اقدام از جانب اصیل، است، پس اقدام انجام‌شده باید تحت عنوان نمایندگی، مؤثر واقع شود.»

در ماده ۵۰ همین قانون با عنوان قرارداد اجرا شده توسط نماینده قانونی نیز می‌خوانیم: «در مواردی که نماینده قانونی یا شخصی به‌جای یک‌شخص حقوقی یا یک

1. General Rules of Civil Law (GRCL)
2. Civil Legal Acts and Agency

سازمان، قراردادی را خارج از حدود اختیارش منعقد می‌کند، اقدام انجام‌شده باید تحت عنوان نمایندگی مؤثر باشد مگر آنکه طرف مقابل آگاه باشد یا باید آگاه باشد که از حدود اختیارات تجاوز شده است.»

ماده ۱۱۰ قانون مدنی ژاپن نیز مشابه ماده ۴۹ قانون مدنی چین است.^۱ به نظر می‌رسد ماده ۴۹ به قلمرو نمایندگی ظاهری درباره اشخاص حقیقی و ماده ۵۰ به قلمرو نمایندگی ظاهری در مورد اشخاص حقوقی اشاره می‌کند. باین حال می‌توان گفت در هر دو مورد، نظام حقوقی چین از جمله نظام‌های حقوقی است که تمامی حوزه‌های مربوط به قلمرو نمایندگی ظاهری را پذیرفته است چراکه وجه مشترک هر چهار حوزه اصلی نمایندگی ظاهری این است که نماینده، خارج از حدود اختیاراتش عمل کند که این مورد اصلی در هر دو ماده ۴۹ و ۵۰ قانون مدنی جدید چین پذیرفته شده است.

به‌طور کلی حقوق جدید قراردادهای چین در سال ۱۹۹۹ یک‌بنیان حقوقی برای گسترش نمایندگی در امور تجاری مقرر کرده است و به نظر می‌رسد حقوق و تعهدات طرفین را منطقی‌تر، متعادل‌تر و عادلانه‌تر حمایت می‌کند.

۲-۳. لیتوانی

جمهوری لیتوانی نیز گرچه کشوری توسعه‌یافته نیست، قانون مدنی جدیدی را در ۱۸ ژوئیه ۲۰۰۰ پذیرفت که بیشتر قسمت‌های آن در اول ژوئیه ۲۰۰۱ به اجرا درآمد و مابقی قسمت‌های آن نیز یک‌سال بعد لازم‌الاجرا شد. این قانون جدید، جزئیات بیشتری را در ارتباط با قواعد مربوط به نمایندگی نسبت به مقررات قبلی بیان می‌کند. در این قانون جدید، مقرراتی هم در ارتباط با نمایندگی ظاهری پذیرفته شده است که در این مورد، شبیه مقررات قانون مدنی کِیک در ماده ۲۱۶۳ است. بخش سوم این قانون، تحت عنوان نمایندگی آمده است. در این بخش مواردی وجود دارد که به برخی موارد قلمرو نمایندگی ظاهری اشاره کرده‌اند.

در بند ۲ ماده ۲۰۱۲۵ با عنوان "تأثیر قراردادی که توسط نماینده ایجاد می‌شود" نمایندگی ظاهری صراحتاً پذیرفته شده است. در این ماده می‌خوانیم: «کسی که باعث می‌شود شخص ثالثی این اعتقاد را پیدا کند که دیگری نماینده اوست، در برابر شخص ثالثی که قرارداد را با نماینده مورد قبول او منعقد کرده است، ملزم می‌شود.»

1. Yuqing, Zhang, "Agency Under The New Contract Law Of The People's Republic of China," Uniform Law Review, Vol. 5, 2000, pp.446-447.

این ماده دقیقاً مشابه مواد ۳۰۲۱ قانون مدنی *لوتویانا* و ۲۱۶۳ قانون مدنی کبک است و نمایندگی ظاهری را در نظام حقوقی جمهوری لیتوانی پذیرفته است. به علاوه در بند ۹ همین ماده (۲۰۱۲۵) نیز به یکی از موارد قلمرو نمایندگی ظاهری - جایی که نماینده از حدود اختیاراتش تجاوز می کند - اشاره دارد. در این بند آمده است: «اگر اقدام نماینده از حدود اختیارش متجاوز باشد اما با روشی که شخص ثالث بر اساس تصور منطقی گمان ببرد که او قرارداد را با نماینده مجاز (دارای اختیار) منعقد می کند، این قرارداد، برای اصیل الزام آور است مگر در مواردی که طرف دیگر قرارداد می دانسته یا باید می دانسته که نماینده، خارج از حدود اختیارش عمل کرده است.»^۱ علاوه بر این مورد، مواد ۲۰۱۳۹ و ۲۰۱۴۰ نیز به یکی دیگر از موارد قلمرو نمایندگی ظاهری - استفاده از نمایندگی ظاهری پس از انحلال رابطه نمایندگی - اشاره دارند. در ماده ۲۰۱۳۹ با عنوان خاتمه رابطه نمایندگی می خوانیم: «نماینده در موارد زیر خاتمه می یابد: ۱- با انقضای مدت آن ۲- با فسخ آن توسط اصیل ۳- با استعفای نماینده ۴- با انحلال شخص حقوقی اعطاکننده نمایندگی ۵- با انحلال شخص حقوقی ای که نمایندگی به آن اعطا شده بود. ۶- با فوت اصیل یا اعلام قضایی عدم اهلیت یا مفقودشدن او ۷- با فوت نماینده یا اعلام قضایی عدم اهلیت یا مفقودشدن او. بند ۳: خاتمه نمایندگی نمی تواند علیه اشخاص ثالث متعارف مورد استفاده قرار گیرد مگر آنکه آنان باید از خاتمه رابطه نمایندگی آگاهی داشته باشند اما به دلیل بی توجهی آگاه نشده باشند.»

همچنین در بند ۲ ماده ۲۰۱۴۰ می خوانیم: «حقوق و تعهدات ناشی از اقدامات نماینده، قبل از زمانی که نماینده از خاتمه نمایندگی آگاهی داشته یا باید آگاهی داشته باشد، اصیل و قائم مقام او را در ارتباط با اشخاص ثالث ملزم می کند. این قاعده در مواردی که اشخاص ثالث از خاتمه نمایندگی آگاهی داشته یا باید آگاهی داشته باشند، قابل اعمال نیست.»^۲

بنابراین قانون مدنی جدید جمهوری لیتوانی در خصوص نمایندگی ظاهری مقررات بیشتری نسبت به قوانین قبلی دارد و نمایندگی ظاهری و قلمروهای اصلی آن را صراحتاً پذیرفته است که نشان از نیاز این کشور به برخی موارد قلمروها و کاربردهای آن دارد و به حمایت از حقوق اشخاص ثالث، توجه بیشتری نشان داده است.

۲-۴. روسیه

در نظام حقوقی روسیه مفهوم نمایندگی عموماً مضیق تر از حقوق کشورهای چوچن ایالات متحده امریکا است و نمایندگی ظاهری یا نمایندگی به موجب قاعده

1. Tadas Klimas, New Agency Rules In Lithuania: Translation and Commentary, Teises Apzvalga, No.5, September 2001, pp. 1-4.
2. Ibid, pp. 11-12.

"استاپل" به عنوان دکترین حقوقی جداگانه‌ای وجود ندارند. با وجود این، مقررات خاصی در حقوق روسیه مشاهده می‌شود که هم‌راستا با مقررات مربوط به نمایندگی ظاهری در نظام حقوق کامن‌لاست.^۱

روسیه کشوری تابع حقوق نوشته است و همه قوانین با تصویب مجلس ایجاد می‌شوند. مهم‌ترین قواعد حقوق خصوصی آن نیز در قانون مدنی فدرال روسیه درج شده‌است. با مروری بر این قانون، با چهار فصل در ارتباط با مباحث نمایندگی مواجه می‌شویم. فصل ۵۲ با عنوان Awkard-معادل واژه Agency در نظام حقوقی کامن‌لا- به قراردادهای نمایندگی اشاره می‌کند. عنوان فصل ۴۹ وکالت و عنوان فصل ۵۱ حق‌العمل کاری است. در فصول مذکور -۴۹ و ۵۱- به روابط میان اصیل و نماینده در حوزه‌هایی چون جبران خسارت، ارائه گزارش کار و ... پرداخته شده‌است. به‌رغم وجود این موارد، فصل ۱۰ فصلی مهم‌تر است که به‌طور عام به مباحث نمایندگی می‌پردازد.

در این فصل گرچه صراحتاً از نمایندگی ظاهری یا نمایندگی به‌موجب قاعده استاپل به عنوان نهاد حقوقی، به‌طور جداگانه نامی برده نمی‌شود، ضمن برخی از مواد این قانون می‌توان آثار و نتایج نمایندگی ظاهری را مشاهده کرد.

در نظام حقوقی روسیه از آنجا که اعطای اختیارات به وکیل یا نماینده همیشه باید کتبی انجام گیرد، جایی برای طرح مباحثی چون نمایندگی ظاهری نمی‌ماند. اگر نماینده از حدود اختیاراتش تجاوز کند عموماً معامله برای کسی که او را به‌عنوان نماینده انتخاب کرده، الزام‌آور نیست اما اصیل می‌تواند اقدام نماینده را بعداً تنفیذ کند. البته استثنائاتی نیز وجود دارد به ویژه در فرضی که اصیل از اختیارات اعطاشده رجوع کند و نماینده سابق، با شخص ثالث ناآگاه، قراردادی برای اصیل منعقد کند که در این فرض، نتیجه‌ای مشابه نظریه نمایندگی ظاهری پذیرفته شده است.

در ماده ۱۸۹ قانون مدنی روسیه با عنوان نتایج و آثار خاتمه رابطه نمایندگی می‌خوانیم: «شخصی که اعطای اختیار می‌کند، سپس قرارداد نمایندگی را فسخ می‌کند (از آن رجوع می‌کند) ملزم است به شخصی که به او اختیار را اعطا کرده و همچنین به اشخاص ثالثی که می‌دانستند سابقاً به این نماینده، اختیاری اعطا شده، اطلاع دهد.» چنانچه اصیل به چنین تعهدی عمل نکند، مسئول کلیه خساراتی است که به‌عنوان نتیجه عمل او به اشخاص ثالث وارد شده‌است.

ماده ۱۰ قانون مدنی این کشور که به‌طور کلی، سوءاستفاده از حق، در آن منع شده یکی از مواد دیگری است که می‌توان در بحث نمایندگی ظاهری از آن استفاده

1. Sergey Budylin, "A Comparative Study in the Law of Ostensible: Apparent Agency In The U.S and Russia," International Trade Law Journal, Vol. 16, No. 1, 2007, p. 63.

کرد. در این ماده آمده است: «در شرایط سوءاستفاده از حق، دادگاه ممکن است حمایت از حق شخص سوءاستفاده‌کننده را انکار کند.» بنابراین گرچه مفاهیمی همچون استاپل یا نمایندگی ظاهری در نظام حقوقی روسیه وجود ندارد، مفاهیم یا ایده‌های مشابه (مانند تعهد به اطلاع‌رسانی و منع سوءاستفاده از حق) در قوانین این کشور قابل مشاهده است که گاه به نحوی مؤثر نتیجه آن، مشابه نهادهایی چون نمایندگی ظاهری خواهد شد.^۱

علاوه بر قوانین، در آرای قضائی^۲ این کشور نیز می‌توان نمونه‌هایی یافت که به‌نوعی به نمایندگی ظاهری اشاره دارند.

۲-۵. ایران

در ارتباط با جایگاه نظریه نمایندگی ظاهری در نظام حقوقی ایران باید گفت با توجه به اینکه نظام حقوقی ایران، فاقد مقررات کلی در خصوص نمایندگی به‌طور عام و نمایندگی ظاهری به‌طور خاص است و صرفاً به برخی مصادیق آن پرداخته است و از طرف دیگر با توجه به اینکه این نظریه، خلاف اصولی چون اصل حاکمیت اراده و اصل عدم ولایت بر دیگری است و جنبه استثنائی دارد، نیازمند تصریح قانونگذار در قوانین و مقررات و تفسیری مضیق است و هنوز تردیدهایی در خصوص پذیرش یا عدم‌پذیرش این نظریه بین نویسندگان حقوقی وجود دارد؛ هرچند برخی معتقدند این نظریه، حداقل در برخی موارد و به‌طور استثنائی و عمدتاً از طریق اقتباس از سایر نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است.^۳ از دیدگاه این گروه، موارد بسیاری از مواد قانونی در قوانین مختلف

1. Ibid, pp. 65-67.

۲. یک نمونه از این آرا در دیوان فدرال روسیه در حوزه قضائی مسکو به شرح زیر صادر شده است:
در پرونده اول، یک شرکت خارجی درمورد خاتمه یک قرارداد سرمایه‌گذاری مشترک و تقسیم اموال علیه یک شرکت روسی اقامه دعوا و دادگاه بدوی ادعای این شرکت خارجی را رد کرد. شرکت خارجی تجدیدنظرخواست با این استدلال که شخصی که دادخواست را از جانب این شرکت ارائه کرده، دارای اختیار نبوده و وکالت‌نامه او، قبل از ارائه دادخواست فسخ شده است. دادگاه تجدیدنظر این استدلال را پذیرفت و دادخواست اول را بدون رسیدگی کنار گذاشت و به این شرکت خارجی اجازه داد دادخواست مجدد ارائه کند. شرکت روسی در حوزه قضائی مسکو از این تصمیم تجدیدنظرخواست. دادگاه مسکو تصمیم دادگاه مرحله قبل را نقض کرد با این استدلال که اولاً این شرکت خارجی به‌وسیله نماینده‌ای که معرفی کرده بود، به نحوی مؤثر در جریان دادرسی شرکت کرده بود (مالیات دولت را پرداخته بود، اسناد مختلفی را از طرف مقابل مطالبه کرده بود و ...) ثانیاً فسخ وکالت‌نامه را به‌موقع به اطلاع دادگاه (شخص ثالث) نرسانده بود. بنابراین به تکلیف مقرر در بند ۱ ماده ۱۸۹ قانون مدنی عمل نکرده و به‌جای آن، پس از اینکه حکم دادگاه علیه او صادر شده بود، اعلام کرد که نماینده اختیار نداشته است. (Ibid, p. 68)

۳. دمرچیلی، محمد، علی حاتمی و محسن قرائی، همان، ص. ۲۰۲. امیری قائم‌مقامی، عبدالمجید، «انقضای نمایندگی ارادی و مسئله وکالت غیرقابل عزل»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه

هست ازجمله ماده ۶۸۰ قانون مدنی، ماده ۳۷ قانون آیین دادرسی مدنی، مواد ۱۰۵، ۳۹۶، ۳۹۷ و ۳۹۹ قانون تجارت، مواد ۱۱۸ و ۱۳۵ لایحه اصلاح قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، ماده ۹۲ قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۶۶، ماده ۳ قانون کار مصوب ۱۳۶۹ و بند ۲ ماده ۲ قانون تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴^۱ که قابلیت تحلیل و تفسیر بر اساس نظریه نمایندگی ظاهری را دارند.

علاوه بر قوانینی که تاکنون مورد اشاره نویسندگان حقوقی قرار گرفته است، می‌توان به مواد دیگری از اساسنامه شرکت‌های^۲ گوناگون که در موضوعات متفاوت و طی سال‌های مختلف به تصویب مجلس شورای اسلامی یا هیأت وزیران رسیده است، اشاره کرد و در تمامی آن‌ها می‌توان موادی را یافت که به بارزترین قلمروهای نظریه نمایندگی ظاهری-یعنی ادامه اختیارات مدیر یا مدیران پس از خاتمه رابطه نمایندگی- اشاره دارند. علاوه بر قوانین و مقررات، در قراردادهای خصوصی منعقد شده میان اشخاص نیز می‌توان مصادیقی از همین قلمروهای اصلی این نظریه را مشاهده کرد. به‌عنوان مثال، در بندهای ۱۱، ۱۴ و ۱۷^۳ از مقررات و شرایط عمومی حساب سپرده

تهران، شماره ۱۲، ۱۳۵۱، ص. ۴۹. اسکینی، ربیعا، و نادر پورارشاد، «نظریه نمایندگی ظاهری در حقوق ایران با رویکرد تطبیقی به حقوق خارجی»، مجله نامه مفید، شماره ۸۲، ۱۳۸۹، ص. ۲۲.
۱. اسکینی و پورارشاد، پیشین، صص. ۲۰-۱۵.
۲. به‌عنوان نمونه در بند ۴ ماده ۱۰ قانون (اساسنامه) شرکت بیمه اتکایی اکو مصوب ۱۳۹۰/۳/۲۴ مجلس شورای اسلامی می‌خوانیم: «دوره خدمت هر مدیر، چهار سال خواهد بود مشروط بر اینکه بعد از انقضاء این مدت تا زمان تعیین جانشین، در پست خود باقی بماند.»
یا در تبصره ۲ ماده ۱۸ اساسنامه شرکت عمران شهرهای جدید مصوب ۱۳۸۸/۹/۲۹ هیئت وزیران آمده است: «در صورت انقضاء مدت مدیریت مدیر عامل، اقدامات وی تا تعیین مدیرعامل جدید، نافذ و معتبر بوده و قدرت اجرائی خواهد داشت.»
مشابه همین موارد را می‌توان در مواد زیر یافت.

- ماده ۲۷ اساسنامه شرکت سهامی آب منطقه‌ای البرز مصوب ۱۳۹۰/۳/۸ هیئت وزیران.
- ماده ۲۵ اساسنامه شرکت فناوری اطلاعات ایران مصوب ۱۳۸۸/۱۰/۴ هیئت وزیران.
- ماده ۱۴ اساسنامه شرکت مادر تخصصی دارویی و تجهیزات پزشکی مصوب ۱۳۸۶/۷/۱ هیئت وزیران.
- ماده ۲۵ اساسنامه شرکت مادر تخصصی قطار شهری کشور مصوب ۱۳۸۵/۱۰/۶ هیئت وزیران.
- ماده ۲۵ اساسنامه شرکت پسمانداری صنعت هسته‌ای ایران مصوب ۱۳۸۵/۹/۵ هیئت وزیران.
- ماده ۱۳ قانون (اساسنامه) شرکت پست جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۵/۲/۴ مجلس شورای اسلامی.

۳. بند ۱۱: درمورد عزل یا تغییر اختیارات وکیلی که به‌موجب وکالت نامه ثبتی یا تنظیم شده در بانک، به وکالت از طرف دارنده حساب، تعیین و معرفی شده و به‌موجب آن، وکیل مجاز گردیده است به نام دارنده حساب با بانک، معاملاتی انجام داده و از وجوه دارنده حساب استفاده نماید، دارنده حساب باید عزل یا تغییر اختیارات را کتباً (با اخذ رسید) به شعبه مربوط اطلاع دهد و مادام که اطلاعات کتبی

قرض الحسنه جاری بانک ملی ایران که به امضای مشتریان می‌رسد نیز ذکر شده است که به‌رغم عزل یا تغییر اختیارات وکیل یا فوت صاحب حساب یا سلب سمت امضاکنندگان، تا زمانی که انحلال رابطه، اعم از عزل و سلب سمت یا فوت به اطلاع بانک نرسد، رابطه نمایندگی، باقی فرض می‌شود. در آرای قضایی نیز مواردی وجود دارد که بتوان بر اساس این نظریه تحلیل کرد هرچند که در آنها صراحتاً نامی از این نظریه برده نشده است.^۳ شاید بتوان گفت مجموع این موارد، به‌نوعی نشان از نیاز نظام حقوقی ایران به پذیرش صریح این نظریه یا حداقل پذیرش برخی موارد قلمرو و کاربردهای آن دارد. همان‌طور که در بررسی‌های تطبیقی ذکر شد بسیاری از کشورهای حقوق نوشته به‌واسطه نیازی که به قلمروهای اصلی این نظریه داشتند به‌جای تکرار آن‌ها در قوانین و مقررات متعدد، در قوانین جدید خود صراحتاً موادی از قواعد نمایندگی را به این‌نوع نمایندگی و قلمروهای اصلی آن اختصاص داده‌اند. از میان کاربردهای مختلف که بر این نظریه متصور است و مورد اشاره قرار گرفت—مانند کاربرد آن در بحث اشخاص حقوقی، روابط استخدامی جدید، مسئولیت بیمارستان‌ها، کارت‌های بانکی، قراردادهای سرمایه

دارنده حساب به شعبه بانک نرسیده است، بانک وکالت‌نامه را معتبر خواهد دانست ولو اینکه فسخ یا تغییر شرایط آن در دفاتر اسناد رسمی به ثبت رسیده باشد.

۱. بند ۱۴: چنانچه صاحب حساب و درمورد حساب‌های مشترک، یکی از صاحبان حساب فوت نماید، مادام که اطلاع کتبی به شعبه بانک نرسیده باشد و چک‌های صادره عهده حساب مزبور پرداخت شود، هیچ‌گونه مسئولیتی متوجه بانک نخواهد بود. پس از اطلاع از فوت دارنده حساب نیز چک‌هایی را که تاریخ صدور آن مقدم به تاریخ فوت باشد با احراز سایر شرایط پرداخت خواهد نمود.

۲. بند ۱۷: درمورد حساب جاری اشخاص حقوقی، ادعای عدم دخالت و یا سلب بعدی سمت و اختیارات از امضاکننده یا امضاکنندگان حساب درمورد چک‌هایی که عدم پرداخت آن‌ها مستند به عمل وی یا آنان باشد، مؤثر نیست ...

۳. ازجمله آرای قدیمی‌تر صادره در خصوص یکی از موارد قلمرو نمایندگی ظاهری یعنی مصداق بارز آن در ماده ۶۸۰ قانون مدنی، رأی شماره ۶۲۹۴- مورخ ۱۳۰۹/۹/۸ است که در آن حکم شده که اقدام وکیل معزول، مادامی که عزل به او اعلام نشده به موکل تعلق خواهد گرفت. بروجردی عبده، محمد، اصول قضائی (حقوقی)، قسمت اول از سنه ۱۲۹۲ الی آخر اسفند ۱۳۱۰، ص. ۱۹۵ به نقل از نیکفر، مهدی، قانون مدنی در آراء دیوان عالی کشور، چاپ دوم، کیهان، ۱۳۷۲، ص. ۱۴۰.

رأی اصراری شماره ۱۰/۵۲ - ۱۳۷۲/۶/۲ نیز بر اساس ماده ۶۸۰ قانون مدنی صادر شده است. بازگیر، یدالله، قانون مدنی در آینه آراء دیوان عالی کشور، وکالت و عقد ضمان و احکام راجع به آن‌ها، چاپ اول، فردوسی، ۱۳۷۹، صص. ۲۰۱-۲۰۰.

رای اصراری حقوقی دیگری نیز به شماره ۱۳۷۴/۷/۱۱-۲۲ با این عنوان که عدم رعایت اساسنامه در فروش مال غیرمنقول شرکت سهامی موجب عدم نفوذ معامله در برابر اشخاص ثالث نیست، صادر شده است. مذاکرات و آراء هیئت عمومی دیوان عالی کشور، چاپ اول، دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور، ۱۳۷۶، صص. ۴۰۲-۳۸۹.

گذاری مشترک و اعمال این نظریه در بحث تحقیقات پلیس - به نظر می‌رسد در نظام حقوقی ایران، صرفاً کاربرد این نظریه در بحث اشخاص حقوقی (غالباً شرکت‌ها و در بحث حدود اختیارات مدیران) و در پاره‌ای موارد در بحث عزل وکیل، مورد اشاره نویسندگان حقوقی قرار گرفته است که حتی در این گونه موارد نیز اتفاق نظر بر این نظریه وجود ندارد و برخی نویسندگان، این موارد را به گونه‌ای دیگر تحلیل می‌کنند. دیگر کاربردهای این نظریه، در قوانین و مقررات، آرای قضائی و در آثار نویسندگان حقوقی ایران ذکر نشده است. همچنین در میان چهار حوزه اصلی قلمروهای این نظریه، صرفاً مواردی از دو مورد اول - یعنی استفاده از نمایندگی ظاهری به منظور ایجاد اختیار برای نماینده پس از خاتمه رابطه نمایندگی و استفاده از نمایندگی ظاهری به منظور ایجاد اختیار در جایی که سابقاً اختیار واقعی وجود داشته اما اصیل، محدودیت یا محدودیت‌هایی ایجاد کرده که اشخاص ثالث از آن آگاهی ندارند، در برخی موارد یافت می‌شود و دو مورد دیگر این نظریه، یعنی استفاده از نمایندگی ظاهری برای ایجاد اختیار در جایی که اختیار سابق وجود ندارد و در نهایت، استفاده از نمایندگی ظاهری به منظور گسترش و توسعه اختیارات، چندان شناخته شده نیست.

نتیجه

بررسی‌های تطبیقی نشان می‌دهد نمایندگی‌ظاهری یکی از جدیدترین و کاربردی‌ترین اقسام شناخته‌شده نمایندگی‌هاست با شرایط و آثار و احکام ویژه در هر دو نظام اصلی حقوقی (حقوق کامن‌لا و حقوق نوشته) و حتی نظام‌های حقوقی مختلط و در میان کشورهای با درجه متفاوت توسعه اقتصادی مفهومی شناخته شده‌است. بااینکه نمایندگی‌ظاهری یکی از اقسام نمایندگی‌هاست و هرچا بتوان از رابطه نمایندگی سخن گفت در صورت وجود شرایط لازم برای تحقق آن، می‌توان از نمایندگی‌ظاهری هم سخن گفت اما به واسطه نیازهای جدید و روزافزون، این نظریه در حقوق ایالات متحده امریکا در حوزه‌هایی چون اشخاص حقوقی، روابط استخدای، مسئولیت بیمارستان‌ها، کارت‌های بانکی، قراردادهای سرمایه‌گذاری مشترک و در تحقیقات پلیس به کار گرفته شد و توسعه پیدا کرد. پس از آن، با توجه به اهمیت و کاربردهای فراوان این نظریه، در نظام‌های حقوق نوشته نیز وارد شد، تا حدی که امروزه در قوانین اکثر قریب به اتفاق کشورهای دارای حقوق نوشته می‌توان قلمروهای اصلی آن یا حداقل مصادیقی از کاربردهای آن را ولو استثنائی یافت. این در حالی است که در نظام حقوقی ایران، هنوز در ارتباط با پذیرش این نظریه و کاربردهای آن، تردیدهایی وجود دارد اما درعین حال موارد بسیاری را می‌توان در قوانین و مقررات نظام حقوقی ایران یافت که قابلیت تحلیل و تفسیر بر مبنای این نظریه را دارند. همان طور که اشاره شد، نظام حقوقی ایران، برخلاف دیگر کشورها، فاقد مقررات کلی در ارتباط با نمایندگی است. لذا اولاً ضروری به نظر می‌رسد که بابت عنوان نمایندگی در یکی از قوانین وضع شود که دربردارنده احکام و قواعد کلی و مشترک میان اقسام و مصادیق مختلف نمایندگی‌ها باشد و از تکرار برخی قواعد در میان مصادیق جلوگیری به عمل آید. ثانیاً امروزه نمایندگی‌ظاهری، یکی از اقسام به رسمیت شناخته‌شده نمایندگی میان اکثریت کشورها و همچنین اسناد بین‌المللی است که می‌تواند کاربردهایی فراوان در حوزه نمایندگی داشته باشد. لذا پذیرش صریح آن در نظام حقوقی ایران، همگام با سایر نظام‌ها و اسناد بین‌المللی، ضرورتی انکارناپذیر است. بنابراین توصیه می‌شود موادی از قوانین حوزه نمایندگی، صراحتاً به بیان این قسم از نمایندگی و شرایط و آثار و احکام آن پردازد؛ همان طور که بسیاری از کشورها شروع به اصلاح قوانین خود در حوزه نمایندگی کرده‌اند. به عنوان نمونه می‌توان پیشنهاد کرد ماده‌ای به شرح زیر به مقررات نمایندگی اضافه شود:

«شخصی که به دیگری نمایندگی اعطا می‌کند، موظف است کلیه تغییرات مربوط حدود اختیارات نماینده و همچنین انحلال رابطه نمایندگی را به شخص نماینده و اشخاص ثالثی که از اعطای اختیار به نماینده آگاهی داشته‌اند، اطلاع دهد. درغیراین صورت، چنانچه نماینده بدون اختیار، خارج از حدود اختیار یا پس از انقضای مدت اختیارش، تعهداتی را از جانب اصیل در برابر شخص ثالث با حسن نیت برعهده گیرد، اصیل ظاهری ملزم به آن خواهد شد مگر در مواردی که اشخاص ثالث می‌دانستند یا باید می‌دانستند که نماینده از حدود اختیاراتش تجاوز کرده یا رابطه نمایندگی منحل شده است.»

منابع:

- اسکینی، ربیعا، و نادر پورارشاد، «نظریه نمایندگی ظاهری در حقوق ایران با رویکرد تطبیقی به حقوق خارجی»، مجله نامه مفید، شماره ۸۲، ۱۳۸۹.
- امیری قائم مقامی، عبدالمجید، «انقضای نمایندگی ارادی و مسئله وکالت غیرقابل عزل»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۱۲، ۱۳۵۱.
- ایزانلو، محسن، و عباس میرشکاری، «عزل وکیل»، مجله معارف اسلامی و حقوق، شماره دوم، پیاپی ۳۰، ۱۳۸۸.
- بازگیر، یدالله، قانون مدنی در آینه آراء دیوان عالی کشور (وکالت و عقد ضمان و احکام راجع به آنها)، چاپ اول، فردوسی، ۱۳۷۹.
- پورارشاد، نادر، نمایندگی ظاهری در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس و فرانسه، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران، سال تحصیلی ۹۰-۱۳۸۹.
- دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور، مذاکرات و آراء هیئت عمومی دیوان عالی کشور، چاپ اول، دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور، ۱۳۷۶.
- دمرچیلی، محمد، علی حاتمی و محسن قرائی، قانون تجارت در نظم حقوق کنونی، چاپ چهارم، میثاق عدالت، ۱۳۸۴.
- عیسایی تفرشی، محمد، مباحثی تحلیلی از حقوق شرکت های تجاری، جلد دوم، چاپ اول، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۶.
- قنواتی، جلیل، و محمدعیسی تفرشی، «رابطه نهاد نمایندگی با نهادهای حق العمل کاری، عاملی و دلالی»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، شماره ۱۱، ۱۳۸۰.
- نیکفر، مهدی، قانون مدنی در آراء دیوان عالی کشور، چاپ دوم، کیهان، ۱۳۷۲.
- Daniel Kleinberger, and Peter Knapp, "Apparent Servants and Making Appearances Matter: A Critique of Bagot v. Airport & Airline Taxi Cab Corporation," William Mitchell Law Review, Vol. 28, No. 4, 2002.
- Danny Busch, and Laura Macgregor, "Apparent Authority In Scots Law, Some International Perspective," Edinburgh law Review, Vol. 11, 2007.

-
- Drew Britcher, and Abbotts Brown, "Professional Malpractice: The Doctrine of Apparent Employment," New Jersey Law Journal, Vol .CXCIV, No.3, Index 136, 2009.
 - _____, "The Doctrine of Apparent Authority in Medical Malpractice Cases," New Jersey Law Journal, Vol. CXCIV, No. 4, Index 438, 2008.
 - Edwin. R. Holmes, "Apparent Authority and Undisclosed Principal under German Law," California Western International Law Journal, Vol. 4, 1974.
 - Hillary. B. Farber, "A Parent's Apparent Authority: Why Intergenerational Coresidence Requires a Reassessment of Parental Consent to Search Adult Children's Bedrooms," Cornell Journal of Law and Public Policy, Vol. 21, 2011.
 - James Brelsford, , "Apparent Authority and the Joint Venture: Narrowing the Scope Agency Between Business associates," University of California, Vol. 13, 1980.
 - Jason. C. Miller, When Is a Parent's Authority Apparent? Reconsidering Third Party Consent Searches of an Adult Child's Private Bedroom and Property, Criminal Justice, Vol. 24, 2010.
 - Klimas Tadas, New Agency Rules In Lithuania: Translation and Commentary, Teises Apzvalga, No.5, 2001.
 - Len .S. Sealy, and Richard Hooley, Commercial Law, Text, Cases and Material, Oxford University Press, 4th edition, 2009.
 - Samuel. J. Stoljar, The Law of Agency, Sweet & Maxwell, 1961.
 - Sergey Budylin, "A Comparative Study In The Law Of Ostensible: Apparent Agency In The U.S and Russia," International Trade law journal, Vol .16, No.1 , 2007.
 - William Anson, Principles of The English Law of Contract and of Agency In Its Relation to Contract, Oxford, 22nd edition, 1964.
 - Zhang Yuqing, "Agency Under The New Contract Law Of The People's Republic of China," Uniform Law Review, Vol. 5, 2000.

بررسی امکان تلقی باندهای تبهکاری سازمان یافته به عنوان گروه‌های مسلح معارض

همایون حبیبی *

کیوان اقبالی **

چکیده

باندهای تبهکار سازمان یافته همواره تهدید امنیت در جوامع انسانی محسوب شده‌اند اما امروزه ظهور نسلی جدید از آن‌ها، باعث شده نگرانی‌هایی جدی در ارتباط با تبدیل این گروه‌ها به گونه‌ای جدید از شورشیان و به تبع آن، واهمه از تهدیدی جدی علیه حاکمیت دولت‌ها از جانب ایشان به وجود آید. درواقع، تمایل باندهای تبهکاری نسل جدید به کنترل بخش‌هایی از سرزمین یک‌دولت، سازماندهی بالای آن‌ها و توسل گسترده ایشان به خشونت، آن‌ها را چنان به گروه‌های شورشی مشابه کرده که برخی صاحب‌نظران، باندهای تبهکاری نسل جدید را گونه‌ای جدید از گروه‌های مسلح معارض تلقی می‌کنند و عملیات دولت‌ها علیه ایشان را مخاصمه مسلحانه داخلی اعلام می‌دانند. اما بررسی‌های دقیق‌تر، نشان می‌دهد این گروه‌ها همچنان در زمینه نیت و اهداف، همچنین ساختار و تشکیلات با شورشیان تفاوت‌های عمده دارند و در نتیجه باید مفاهیمی جداگانه محسوب شوند.

واژگان کلیدی: باندهای تبهکار سازمان یافته، گروه‌های مسلح معارض، مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی، کنترل بر سرزمین، میزان بالای سازماندهی.

* استادیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل دانشگاه علامه طباطبایی (نویسنده مسئول)

homayounhabibi@gmail.com

** دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومی دانشگاه علامه طباطبایی

keivan_eghbali@yahoo.com

مقدمه

پدیده باندهای تبهکاری سازمان یافته، مدت مدیدی است به عنوان منشأ بسیاری از خشونت‌ها و ناامنی‌ها محسوب می‌شود و به صورت روزافزونی در حال تبدیل به تهدیدی جدی علیه حاکمیت دولت‌ها نیز هست چراکه به نظر می‌رسد جرائم باندهای تبهکار، در کنار ایجاد نوعی بی‌ثباتی برای دولت‌ها، موجب تهدید امنیتی جدی و معضلی حاکمیتی در بسیاری از نقاط جهان شده است. در مقابله با این تهدید، دولت‌ها بیشتر اوقات چاره‌ای جز استفاده از نیروهای مسلح ندارند و مبارزه با این گروه‌ها به سطحی رسیده که برخی صاحب‌نظران از تبدیل باندهای تبهکاری سازمان یافته به گونه‌ای جدید از گروه‌های مسلح معارض و در نتیجه به وجود آمدن نسل جدیدی از مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی، سخن به میان می‌آورند.

این محققان به رغم تأیید وجود پاره‌ای تفاوت‌ها بین گروه‌های شورشی و باندهای تبهکاری سازمان یافته، از منظر انگیزه‌ها و روش‌های عملیات، نسل جدید از باندهای تبهکاری سازمان یافته را صرفاً شکل تغییر یافته‌ای از گروه‌های شورشی تلقی می‌کنند چرا که از دید ایشان، این باندها نیز همچون گروه‌های مسلح معارض سنتی، برای تضمین آزادی عمل در کسب و کار خویش، دنبال کسب قدرت سیاسی و تسلط بر سرزمین دولت موردنظر خود هستند.^۱

به عبارت بهتر، از دیدگاه آنان، نسل جدید باندهای تبهکار و گروه‌های مسلح معارض، دارای وجه مشترک میل و خواست هر دودسته برای ساقط کردن یا کنترل دولت کشور موردنظر ایشان است.^۲

به رغم پاره‌ای شباهت‌ها بین باندهای تبهکار سازمان یافته و گروه‌های مسلح معارض، در زمینه نیت و اهداف، روش‌های عملیاتی و همچنین ساختار و تشکیلات، تفاوت‌های محسوس و چشمگیری بین این دو مفهوم وجود دارد. مسائلی که به نظر می‌رسد برخلاف دیدگاه صاحب‌نظران فوق، تلقی باندهای تبهکار به عنوان گونه‌ای جدید از گروه‌های مسلح معارض را با موانع جدی روبه‌رو و در نتیجه، چنین برداشتی را نیازمند بررسی دقیق و حساب‌شده‌تری می‌کند. هدف این مقاله نیز بررسی امکان تلقی باندهای مسلح تبهکار به عنوان گروه مسلح معارض است. برای نیل به این مقصود و با هدف دستیابی به برداشتی درست از مسئله، ابتدا مفهوم گروه مسلح معارض، پس از

1. Max G. Manwaring, Street Gangs: The New Urban Insurgency, Carlisle, Strategic Studies Institute, US Army War College, 2005, p.2.

2. Ibid.

آن، نقاط اشتراک نسل جدید باندهای تبهکاری با گروه‌های مسلح معارض و در پایان تفاوت‌های باندهای تبهکاری با گروه‌های مسلح معارض در مفهوم سنتی آن بررسی خواهد شد.

۱. مفهوم گروه مسلح معارض در مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی

واژه گروه مسلح معارض، پیوندی ناگسستنی با وضعیتی با عنوان مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی دارد چرا که بدون شناخت مفهوم مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی، امکان بررسی وضعیت گروه‌های مسلح درگیر در چنین مخاصمه‌ای به درستی فراهم نخواهد شد. امروزه موج گسترده‌ای از مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی وجود دارد. درواقع، افزایش تعداد مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی تا به آنجا پیش رفته که طبق آمارهای موجود پس از جنگ دوم جهانی، تاکنون، هشتاد درصد قربانیان مخاصمات مسلحانه، ناشی از این گونه مخاصمات بوده‌است. به عبارت بهتر، واقعیت حاکی از آن است که مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی بیش از چهار برابر مخاصمات مسلحانه بین‌المللی قربانی گرفته‌اند.^۱

به رغم گسترش روزافزون مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی، تاکنون تعریف دقیق و جامعی از آن، از منظر حقوق بشردوستانه ارائه نشده‌است. دلیل این کم‌توجهی به ارائه تعریفی جامع از مفهوم مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی را می‌توان ناشی از این واقعیت تلقی کرد که اصولاً نظام حقوق بشردوستانه با هدف اجرا در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی طراحی و اندیشیده شده و این در حالی است که این گونه مخاصمات، مبنایی کاملاً متفاوت با مخاصمات داخلی دارند.^۲ درحقیقت، ترس دولت‌ها از مداخله در امور داخلی خود، تاکنون مانع ارائه تعریف دقیق و جامع از مفهوم مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی شده‌است چرا که دولت‌ها همواره خواهان برخورداری از قدرت کامل و حداکثری در برخورد با مخالفان خویش و عدم دخالت هر نوع عامل خارجی در این زمینه هستند. حتی در جریان تصویب کنوانسیون‌های ژنو که ماده ۳ مشترک بین کنوانسیون‌های آن به مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی اختصاص یافته نیز از ارائه هرگونه تعریف از مفهوم مخاصمات مسلحانه داخلی خودداری شده‌است.^۳ تعریف ارائه‌شده در ماده ۱ پروتکل

۱. هنجی، سیدعلی و نگین شفیعی‌بافتی، ابعاد حقوقی بین‌المللی مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی، چاپ اول، میزان، ۱۳۹۲، ص. ۱۴.

۲. ساندروز، ایو، اجرای حقوق بشر دوستانه بین‌المللی، حقوق جنگ، گردآوری و ترجمه: حسین شریفی طرازکوهی، چاپ اول، انتشارات دانشگاه امام حسین، ۱۳۷۵، ص. ۹۸.

۳. ممتاز، جمشید و امیرحسین رنجبریان، حقوق بین‌الملل بشردوستانه مخاصمات مسلحانه داخلی، چاپ اول، میزان، ۱۳۸۶، صص. ۳۸-۳۹.

دوم الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو در سال ۱۹۷۷ که به‌طور اختصاصی به مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی اختصاص یافته نیز بنا به صلاحدید سیاسی، تنها مخاصمات مسلحانه با شدت بسیار بالا را در نظر می‌گیرد، نمی‌تواند تعریفی جامع از مفهوم مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی محسوب شود.^۱ چنین وضعیتی، یعنی نبود تعریف جامع از مخاصمات مسلحانه داخلی، اجرای مقررات حقوق بشردوستانه در درگیری‌های داخلی را با مشکل مواجه کرده است. به همین سبب، وجود معیارهای دقیق برای ارائه تعریف مشخص از مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی که مانع خودداری طرفین متخاصم از اجرای مقررات حقوق بشردوستانه لازم‌الاجرا شود، ضروری است. بررسی اسناد بین‌المللی مرتبط با مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی و سپس رویه قضایی بین‌المللی موجود در این خصوص، می‌تواند در تشخیص چنین معیارهایی راهگشا باشد که در این بخش به بررسی آن‌ها پرداخته خواهد شد.

۱-۱. ماده سه مشترک کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو

این ماده را باید اولین مقرره‌ای در حقوق بشردوستانه بین‌المللی دانست که به‌طور خاص به بحث مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی اختصاص یافته است. به موجب این ماده: «چنانچه مخاصمه جنبه بین‌المللی نداشته و در خاک یکی از دولت‌های معظم متعاهد روی دهد، هریک از طرف‌های مخاصمه مکلف است تا لاقل مقررات زیر را اجرا کند...» بدین ترتیب، ماده ۳ مشترک، دو نوع جنگ را مورد شناسایی قرار داده است: مخاصمه دارای ویژگی بین‌المللی و مخاصمه بدون ویژگی بین‌المللی. در واقع در این ماده، نه از واژه جنگ داخلی استفاده شده و نه از واژه مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی بلکه تنها به مفهومی با عنوان مخاصمه مسلحانه‌ای که ویژگی بین‌المللی ندارد، اشاره شده است. در رابطه با مطابقت مفهوم مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی و جنگ داخلی، حقوقدانان نظریات مختلفی ارائه کرده‌اند که در بیشتر آن‌ها، این دو مفهوم به جای یکدیگر مورد استفاده قرار گرفته‌اند.^۲ آنچه از بررسی متن ماده سه مشترک بر می‌آید این است که مقررات این ماده، تنها در آن دسته از مخاصماتی قابل اجرا است که: ۱- در قلمرو یکی از متعاهدین کنوانسیون رخ دهد ۲- حداقل یک بازیگر غیردولتی نیز طرف مخاصمه قرار گرفته باشد.

به نظر می‌رسد بر مبنای این ماده نمی‌توان به معیار دقیقی برای روشن کردن مفهوم مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی دست یافت. در نتیجه ناگزیر از مراجعه به تعاریف موجود از مخاصمه داخلی در سایر اسناد بین‌المللی بشردوستانه هستیم.

۱. همان، ص. ۸۳.

2. Anton Schogel, "Geneva Red Cross Conventions and Protocols," Encyclopedia of Public International Law, Vol. 3, 1992, p.188.

۲-۱. پروتکل دوم الحاقی ۱۹۷۷ به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو

پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیون‌های ژنو را باید نخستین سند بین‌المللی دانست که به‌طور کامل به مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی اختصاص یافته است.

ماده ۱ پروتکل دوم برای اولین بار، به ارائه تعریف مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی مبادرت کرده است. به موجب این ماده، مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی عبارتند از: «مخاصماتی که در سرزمین یکی از دولت‌های متعهد و بین نیروهای نظامی آن دولت و نیروهای مسلح مخالف یا دیگر گروه‌های مسلح سازمان یافته که تحت فرماندهی مسئول هستند و دارای چنان کنترلی بر قلمرو خویش باشند روی دهد که آن‌ها را قادر به اجرای عملیات نظامی منسجم و در مطابقت با مقررات این پروتکل می‌کند.» این تعریف، دو وضعیت را خارج از شمول خود قرار داده است: الف- همه مخاصمات مسلحانه‌ای که تحت پوشش ماده ۱ پروتکل اول الحاقی هستند، به ویژه جنگ‌های آزادی‌بخش که توسط نهضت‌های آزادی‌بخش صورت می‌گیرند. ب- آشوب‌های داخلی.

با توجه به قرار گرفتن جنگ‌های آزادی‌بخش در چارچوب مفهوم مخاصمات بین‌المللی، به منظور شناخت بهتر از مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی، لازم است وجه تمایز این گونه مخاصمات از آشوب‌های داخلی مشخص شود.

در حقوق بین‌الملل به دلیل آنچه می‌توان حساسیت دولت‌ها از مداخله در امور داخلی خود خواند، مفهوم آشوب داخلی هم تاکنون مورد توجه چندانی قرار نگرفته و از این رو تعریف خاصی از آن ارائه نشده است.^۱ البته از لحاظ کاربردی نیز ارائه تعریف دقیق از مفهوم فوق، چندان مفید به نظر نمی‌رسد زیرا به علت پیچیدگی‌ها و ماهیت گوناگون این دسته از اغتشاشات و تمایل نسبی دولت‌ها به عدم اجرای قواعد حقوق بشردوستانه در قلمرو خویش، در صورت ارائه تعریف رسمی از این مفهوم، همواره این امکان برای دولت‌ها وجود دارد که با ادعای عدم شمول این تعریف بر اغتشاشات موجود در سرزمین خود، آن را بی‌اثر و بی‌فایده کنند.^۲

حال با توجه به نبود تعریف جامع از آشوب داخلی، شایسته است تا دیگر اسناد حقوق بشردوستانه مرتبط با مخاصمات مسلحانه بررسی شود.

۱. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین‌الملل بشردوستانه، چاپ اول، گنج دانش، ۱۳۹۲، ص. ۵۵.

2. Theodor Meron, Human Rights in International Strife: Their International Protection, Cambridge, Grotius Publications, 1987, p.71.

بر این مبنا می‌توان گفت که هرگاه اشخاص یا گروه‌های انسانی، به‌صورت دسته‌جمعی و صرف‌نظر از هدفی که دارند، علیه حکومت قانونی بپا خیزند و با تظاهرات و راهپیمایی مخالفت خود را با حکومت اعلام کنند و موجب برهم خوردن نظم و امنیت عمومی شوند و در مقابل نیز با اقدامات سرکوب‌گرانه نیروهای انتظامی مواجه شوند، آشوب داخلی تحقق یافته است.^۱

سطح خشونت در این‌گونه آشوب‌ها کمتر از سطح خشونت در جنگ‌های داخلی است و معمولاً پلیس به سلاح گرم متصل نمی‌شود و صرفاً با ابزاری چون گاز اشک‌آور یا ماشین‌های آب‌پاش به مقابله با شورشیان می‌پردازد.^۲

بنابراین، تعریف ارائه شده از مخاصمات مسلحانه داخلی در پروتکل الحاقی دوم را می‌توان متضمن معیارهای تشخیص مخاصمات غیربین‌المللی دانست: این مخاصمات طبق ماده ۱ پروتکل باید دارای دوش شرط یک‌جا و هم‌زمان باشند. این دوش شرط عبارت‌اند از:

- نیروی مخالف باید بخشی از سرزمین دولت متخاصم را تحت کنترل درآورده باشد.
- نیروی مخالف باید دارای فرماندهی و توانایی انجام مداوم و مستمر عملیات باشد.
- الف. تسلط نیروی مخالف بر بخشی از سرزمین
- تا پیش از تصویب پروتکل دوم الحاقی، تنها عاملی که امکان اجرای مقررات بشردوستانه در جریان جنگ‌های داخلی را فراهم می‌کرد، شناسایی نیروهای شورشی از جانب دولت طرف مخاصمه یا دست‌کم دولت‌های خارجی بود.

به عبارت بهتر، قواعد بشردوستانه تنها زمانی در جریان یک مخاصمه مسلحانه داخلی قابلیت اعمال می‌یافت که دولت‌ها به این اطمینان می‌رسیدند که عناصر تشکیل‌دهنده یک دولت، نزد شورشیان به وجود آمده و ایشان قابلیت ایجاد دولتی جدید دارند.^۳

تا پیش از تدوین ماده ۳ مشترک در کنوانسیون‌های ژنو، برای دستیابی به چنین اطمینانی، دولت‌ها از معیار تسلط شورشیان بر بخشی از قلمرو استفاده می‌کردند. به عبارت دیگر، کنترل شورشیان بر بخشی از سرزمین به عنوان ملاکی در تشخیص

۱. ضیایی بیگدلی، همان.

۲. کشاورز، شهربانو بهارک، مداخله و کمک‌های بشردوستانه در شورش‌ها و جنگ‌های داخلی، چاپ اول، کشاورز، ۱۳۸۰، ص. ۴۱.

۳. ممتاز و رنجبریان، پیشین، ص. ۸۴.

توانایی شورشیان برای تشکیل یک شبه‌دولت که آن را مستحق شناسایی می‌کرد، تلقی می‌شد.^۱

معیار کنترل بر سرزمین در ماده ۱ پروتکل الحاقی دوم نیز همچنان تکرار شد. در حقیقت، هدف ماده ۱ پروتکل از ضروری دانستن تسلط شورشیان بر بخشی از سرزمین، نه ایجاد اطمینان از توانایی شورشیان در ایجاد ارکان شبه‌دولتی بلکه اثبات قابلیت شورشیان در اجرای مقررات پروتکل است. از منظر پروتکل «لازم نیست شورشیان، دستگاه‌های اداری ایجاد کرده باشند، همانند آنچه به‌طور معمول دولت‌ها ایجاد می‌کنند.»^۲ به عبارت دیگر، صرف کنترل بخشی از سرزمین مهم است و نه اداره امور، همان‌گونه که دولت‌ها این کار را می‌کنند.

در نظر گرفتن تسلط نیروی مخالف بر بخشی از یک سرزمین، معیاری برای تلقی یک وضعیت با عنوان مخاصمه غیربین‌المللی و در نتیجه، تلقی گروه مخالف درگیر در وضعیت فوق به عنوان گروه مسلح مخالف درگیر در مخاصمات داخلی، معیاری دست بالا محسوب می‌شود.^۳ زیرا در اکثر موارد، شورشیان از چندان کارآزمودگی و توان مقاومتی در برابر قوای حکومتی برخوردار نیستند که بتوانند چنین معیاری را بر آورده سازند.^۴

ب. داشتن فرماندهی و انجام عملیات مستمر و منسجم

معیار دیگر در پروتکل دوم، برخورداری شورشیان از فرماندهی مسئول و توانایی ایشان در انجام عملیات جنگی مداوم و منسجم زیر نظر آن فرماندهی است. به نظر می‌رسد هدف پروتکل از در نظر گرفتن این شرط نیز اطمینان از توانایی شورشیان برای اجرای مقررات حقوق بشردوستانه مندرج در پروتکل است.

در ارتباط با احراز معیار وجود سازمان‌دهی، همچنین می‌توان به رأی دادگاه بین‌المللی کیفری برای یوگسلاوی سابق در قضیه "لیماچ" اشاره کرد که در آن، پشتیبانی احزاب سیاسی،^۵ نمایندگی از جامعه مدنی،^۱ رهبری قابل‌شناسایی،^۲

۱. علی‌پور، محمدرضا، مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی و مسئولیت بین‌المللی دولت، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۵، ص. ۸.

۲. ممتاز و رنجبریان، پیشین.

3. Patrick Gallahue, "Mexico's War on Drugs- Real or Rhetorical Armed Conflict?," Humanitares Volkerrecht - Informationsschriften /Journal of International Law of Peace and Armed Conflict, Vol.24, 2011, p. 40.

۴. هنجنی، پیشین، ص. ۲۵.

5. Prosecutor v. Fatmir Limaj, ICTY, Trial Chamber Judgment, 3 November 2005, para.41.

گسترده‌بودن مراکز فرماندهی در مناطق مختلف^۳ و نهایتاً وجود سلسله‌مراتب فرماندهی^۴ به کار گرفته شده است. می‌توان گفت طبق آنچه ماده ۱ پروتکل مقرر کرده، هنگامی می‌توان یک گروه مسلح را به‌عنوان گروه مسلح معارض درگیر مخاصمه داخلی محسوب کرد که گروه، دارای سازمان‌دهی و سلسله‌مراتب فرماندهی و عملیات به‌صورت مستمر باشد و آنچنان تسلطی بر بخشی از قلمرو دولت طرف مخاصمه بیابد که امکان اعمال قواعد بشردوستانه مربوطه را به دست آورد.

۳-۱. تعریف ارائه‌شده از سوی دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق در ارتباط با مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی

ماده ۱ پروتکل دوم الحاقی به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو، در مقام ارائه تعریف از مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی، دوش شرط قرار داده است اما به نظر می‌رسد استفاده از این معیارها نیز به‌منظور شناسایی عناصر تشکیل‌دهنده گروه مسلح معارض کافی نیست زیرا پروتکل دوم با محدود کردن تعریف خود به این دومعیار، بسیاری از مخاصمات داخلی فاقد دوش شرط فوق را از شمول خود خارج کرده و در نتیجه گروه‌های مخالف درگیر چنین مخاصماتی را نیز فاقد وصف گروه معارض مسلح درگیر در مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی می‌داند. این مسئله از دید دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق نیز پنهان نماند و موجب شد تا دادگاه فوق، تعریف دیگری برای توصیف این مخاصمات به کار گیرد.

به‌موجب رأی شعبه فرجام دادگاه یوگسلاوی سابق در قضیه "تادیچ" «هرگاه توسل به زور مسلحانه بین دولت‌ها یا یک‌خسونت مسلحانه بلندمدت بین نهادهای دولتی و گروه‌های مسلح سازمان‌یافته یا بین چنین گروه‌هایی درون قلمرو یک‌دولت وجود داشته باشد، مخاصمه مسلحانه وجود دارد.»^۵ بنابراین از دیدگاه دادگاه یوگسلاوی، هرگونه خسونت بین نیروهای دولتی و گروه‌های مسلح یا بین این گروه‌ها، در صورت سازمان‌یافته‌بودن گروه‌های مسلح و بلندمدت‌بودن زمان ارتکاب خسونت‌ها، مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی تلقی می‌شود.^۶

1. Ibid, para.45.

2. Ibid, para. 97 .

3. Ibid, para.104 .

4. Ibid, para.112 .

5. Prosecutor v. Dusko Tadic, ICTY, Appeal on Jurisdiction, 2 octobre 1995, para. 70 .

6. Gallahue, op.cit, 41.

هرچند این تعریف تا حدی نقص موجود در تعریف مخاصمانه غیربین‌المللی مقرر در پروتکل دوم را جبران کرده، خود نیز دارای اشکال است.

به عبارت بهتر، معیار طولانی بودن مدت، نسبی است زیرا به آسانی نمی‌توان مدت زمانی که مخاصمه باید به طول انجامد تا آن را طولانی مدت نامید، مشخص کرد.^۱ البته دادگاه یوگسلاوی، بعدها در قضیه "لیماج" نقص فوق در ارتباط با طولانی مدت بودن توسل به خشونت را رفع کرد. در رأی فوق، از منظر دادگاه، تعیین وجود مخاصمه مسلحانه، صرفاً بر مبنای وجود دومعیار است: شدت خشونت و سازمان یافته بودن طرفین. دادگاه همچنین بر این نکته تأکید می‌کند که هدف نیروهای مسلح برای مبادرت به خشونت، در اینجا بی‌ربط و فاقد اهمیت است.^۲

در ارتباط با معیار خشونت نیز دادگاه یوگسلاوی در پرونده "میلوسویچ" راهنمایی‌های بیشتری در رابطه با آستانه خشونت به دست داده و معیارهایی از قبیل گسترش درگیری‌ها در بخش گسترده‌ای از یک قلمرو، افزایش حضور نیروهای دولتی و نوع سلاح‌های به کاررفته توسط طرفین را ارائه می‌کند.^۳

تعریف دادگاه از مخاصمه مسلحانه داخلی را در راستای ارائه تعریف از مفهوم گروه معارض مخالف در مخاصمه غیربین‌المللی نیز می‌توان به کار گرفت. به عبارت بهتر، بر این مبنا چنانچه یک گروه دارای حداقل سازمان‌دهی باشد و در جریان رویارویی با طرف دیگر درگیری، اعم از نیروهای مسلح یک دولت یا گروه سازمان یافته دیگر، متوسل به زور یا اعمال خشونت‌بار شود که از لحاظ زمانی بتوان آن را بلندمدت محسوب کرد، گروه فوق را می‌توان واجد عنوان گروه مسلح غیردولتی درگیر در یک مخاصمه داخلی محسوب کرد.

در نهایت می‌توان گفت که با توجه به تعاریف موجود در اسناد بین‌المللی از جمله پروتکل دوم الحاقی و همچنین تصمیمات دادگاه یوگسلاوی سابق در ارتباط با تعریف مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی، یک گروه را زمانی می‌توان واجد عنوان گروه معارض مسلح در جریان مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی محسوب کرد که گروه فوق نخست، نوعی سازمان‌دهی و سلسله‌مراتب فرماندهی داشته باشد و بعد بر بخشی از قلمرو یک دولت نیز تسلط پیدا کرده یا در مدت زمانی که بتوان آن را به صورت نسبی

۱. علی پور، پیشین، ص. ۱۳.

2. Prosecutor v. Fatmir Limaj, op.cit, para. 170.

3. Prosecutor v. Milosevic, ICTY, Decision on Motion for Judgement of Acquittal, 16 June 2004, para. 26.

بلندمدت محسوب کرد، به صورت منسجم و مسلحانه در مقابل نیروهای دولتی مقاومت کرده باشد.^۱

۲. باندهای تبهکاری سازمان یافته و گروه‌های مسلح معارض

برای شناخت بهتر مناسبات بین باندهای تبهکاری سازمان یافته و گروه‌های مسلح معارض، باید ابتدا خود مفهوم پدیده گروه‌های تبهکار در کلیت آن را بررسی کرد تا بر مبنای آن بتوان به شناخت بهتری از مفهوم باندهای تبهکاری سازمان یافته دست یافت. در این چارچوب می‌توان پاره‌ای از ویژگی‌های مشترک بین گروه‌های تبهکار در معنای کلی آن را چنین بر شمرد: محل فعالیت این گروه‌ها به طور عمده، شهرهای بزرگ است. هرچند ممکن است در شهرهای کوچک‌تر و حتی نواحی غیرشهری نیز فعالیت کنند. به طور معمول، اعضای این گروه‌ها تمایل زیادی به کناره‌گیری از زندگی رایج و عادی جامعه دارند و به صورت سنتی، متعلق به یک گروه قومی یا فرهنگی هستند هرچند معمولاً قومیت را نمی‌توان از عناصر تشکیل دهنده گروه تبهکار محسوب کرد. همچنین، اعضای این گروه‌ها معمولاً جوان و اغلب در محدوده سنی ۱۲ تا ۳۰ هستند. علاوه بر این، اکثریت این گروه‌ها، تمایل به ارتکاب جرم خاص دارند و به ندرت مرتکب دیگر انواع جرائم می‌شوند.^۲

دیدگاه اولیه مبتنی بر مطالعات نخستین صورت گرفته در ارتباط با باندهای تبهکاری، نشان دهنده آن بوده که عمر چنین تشکیلاتی معمولاً با افزایش سن اعضا به پایان خواهد رسید و در نتیجه به دلیل کوتاه مدت بودن پدیده مزبور، نمی‌توان آن را به عنوان تهدیدی بلندمدت برای نظم و قانون در نظر گرفت اما این دیدگاه با پیدایش گونه‌ای جدید از باندهای تبهکار سازمان یافته در دهه هشتاد میلادی به چالش کشیده شد چرا که ظهور این گونه جدید از باندهای تبهکاری نشان دهنده آن بود که باندهای

۱. همچنین اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری نیز به مسأله مخصصات مسلحانه غیربین‌المللی توجه و بند C از ماده ۸ این اساسنامه در ارتباط با جنایات جنگی به این گونه مخصصات اشاره کرده است. به موجب این بند، هرگونه نقض مفاد ماده ۳ مشترک بین کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ در جریان این گونه مخصصات، جنایت جنگی محسوب می‌شود. در این زمینه و برای توضیحات بیشتر، ن.ک: ممتاز، جمشید، «صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی در محاکمه افراد متهم به ارتکاب جنایت جنگی»، در مجموعه مقالات همایش دیوان کیفری بین‌المللی و جمهوری اسلامی ایران، گردآوری توسط اسحاق آل حبیب، انتشارات قوه قضاییه، تهران، ۱۳۷۷.

2. Jennifer M. Hazen, "Understanding Gangs as Armed Groups," International Review of the Red Cross Review, Vol. 92, No. 878, 2010, pp.375-376.

عادی و کم‌دوام تبهکار نیز قابلیت تبدیل شدن به سازمان‌های حرفه‌ای جنایت کار را دارند. توانایی این گروه‌های جنایت کار سازمان یافته برای حفظ بقای بلندمدت، همچنین حوزه وسیع فعالیت‌های جنایت کارانه و توسل گسترده به خشونت از جانب آن‌ها، لزوم توجه بیشتر محققان و دولتمردان به این گروه‌ها را ضروری می‌ساخت.^۱

باندهای سازمان یافته تبهکاری در قیاس با باندهای تبهکار عادی، از دو ویژگی متمایزکننده دوام و ثبات برخوردارند. عنصر دوام، مربوط به توانایی گروه در پایدار نگاه داشتن خود در طول زمان است و ثبات را می‌توان تبدیل گروه تبهکار سازمان یافته به عنصری پایدار از منطقه فعالیت خود دانست. درحقیقت آنچه در ارتباط با گروه‌های تبهکار سازمان یافته از اهمیت بسیار برخوردار است، توانایی گروه در پایدار نگاه داشتن خویش به‌رغم خروج اعضا از گروه است.^۲

به‌منظور بررسی امکان تلقی باندهای تبهکاری سازمان یافته به‌عنوان گروه مسلح معارض، باید تاریخچه تکامل باندهای تبهکاری سازمان یافته را بررسی کرد. بررسی‌های صورت گرفته در ارتباط با این گروه‌ها نشان‌دهنده آن است که در سیر تکاملی آن‌ها، دست کم می‌توان قائل به سه مرحله متفاوت شد.

نسل اول باندهای تبهکار سازمان یافته، به‌طور معمول دارای سازمان‌دهی و سلسله مراتب ضعیفی بودند و تلاش آن‌ها به‌صورت عمده، صرفاً تأمین فضا برای انجام فعالیت‌های تبهکارانه کم‌سود و کوچک و همچنین حفاظت از محدوده فعالیت خویش بود که غالباً به محله‌ها و قسمت‌های محدودی از یک شهر محدود می‌شد.^۳

نسل دوم این باندها، معمولاً بر قاچاق مواد مخدر متمرکز و از سازمان‌دهی و ساختار سلسله‌مراتبی منسجم‌تری برخوردار است. همچنین حوزه فعالیت این باندها نیز وسیع‌تر است و می‌تواند دربرگیرنده چندین شهر یا حتی کل قلمرو یک یا چند کشور باشد.^۴

این نسل از تبهکاران، از خشونت به‌عنوان ابزاری متداول برای خنثی کردن تلاش‌های نهادهای انتظامی در سرکوب خویش استفاده می‌کند و درحالی که در تلاش

1. Ibid, p. 376.

2. Ibid, p. 377.

3. John P. Sullivan, and Robert J. Bunker, Drug Cartels, Street Gangs, and Warlords, in: Non-State Threats and Future Wars, Edited by Robert J. Bunker, London, Frank Cass, 2003, pp.48-49.

4. Ibid.

برای تضعیف دستگاه‌های امنیتی یک کشور است، بخش‌های آسیب‌پذیرتر زندگی جامعه موردنظر خود را در مناطقی از قلمرو یک‌دولت، کنترل می‌کند.^۱

نسل سوم گروه‌های تبهکار سازمان‌یافته، نسبت به اسلاف خویش، به‌مراتب خطرناک‌تر است. این نسل از تبهکاران همچنان که ادامه‌دهنده فعالیت‌های نسل اول و دوم است، حوزه فعالیت و گستره جغرافیایی بسیار وسیع‌تری دارد. همین نسل از باندهای تبهکار موردنظر ماست.

۱-۲. باندهای تبهکاری سازمان‌یافته و شباهت‌های آن‌ها با گروه‌های

مسلح معارض

نسل جدید گروه‌های تبهکار، نسبت به اسلاف خویش، ساختاری سازمان‌یافته‌تر و قلمرو فعالیت وسیع‌تری دارد. به نظر می‌رسد این دسته‌های تبهکار، اندک‌اندک درصدد تسلط بر بخشی از قلمرو یک‌دولت برآمده‌اند که از آن به‌عنوان فضای بدون دولت (Ungoverned Space) یاد می‌شود. هدف از این تسلط، چیزی جز تأمین آزادی و امنیت برای انجام فعالیت‌های اقتصادی نامشروع این گروه‌ها نیست. همین تلاش برای تسلط بر بخشی از سرزمین یک‌دولت بوده که سبب شباهت تبهکاران به گروه‌های مسلح معارض می‌شود چرا که تلاش آن‌ها برای کنترل بر سرزمین یک‌دولت، می‌تواند ایشان را نیز مانند گروه‌های شورشی، به تهدیدی مستقیم علیه حاکمیت دولت تبدیل کند.^۲

به‌عبارت بهتر، به‌رغم وجود تفاوت‌های آشکار بین باندهای تبهکار نسل سوم و گروه‌های مسلح معارض، وجود هدف مشترک برای هر دودسته، تلاش برای تسلط بر سرزمین یک‌دولت و با نیت سرنگونی یا اعمال کنترل بر دولت موردنظر شباهت عمده این دو گروه است.^۳ البته باید به شباهت فوق، میزان سازمان‌دهی قابل‌توجه باندهای تبهکار نسل سوم و مقیاس خشونت اعمال‌شده در درگیری‌ها با یکدیگر و با نیروهای دولتی را نیز افزود. در واقع، توسل باندهای تبهکار نسل سوم به خشونت که با هدف ایجاد رعب و وحشت و ازمیان‌برداشتن مخالفان صورت می‌گیرد، به‌مراتب بیش از خشونتی است که تبهکاران نسل اول و دوم به آن متوسل می‌شدند.

کارتل‌های موادمخدر مکزیکی را می‌توان مصداقی مناسب از نسل سوم باندهای تبهکار سازمان‌یافته محسوب کرد. ظرف هشت سال گذشته، دولت مکزیکی درگیر چنان

1. Ibid.

2. Manwaring, op.cit, p.10.

3. Ibid, p. 11.

نبردی با گروهی از باندهای سازمان یافته و خشن قاچاق موادمخدر در سرتاسر قلمرو مکزیک بوده که از وضعیت فوق با عنوان جنگ موادمخدر مکزیکی (Mexican Drug War) نام برده می شود. شدت خشونت ناشی از این درگیری ها به حدی است که بنا به گزارش های موجود، تنها از سال ۲۰۰۶ تا سال ۲۰۱۱ بیش از سی هزار نفر در درگیری ها بین کارتل های موادمخدر با یکدیگر یا با دولت مکزیکی کشته شده و هرج و مرج ناشی از چنین وضعیتی، سبب شده تا کارتل های فوق به صورت روزافزون بر قلمرو گسترده تری از مکزیکی تسلط پیدا کنند.^۱ درواقع تهدید کارتل ها برای مکزیکی به حدی بوده که دولت را نه تنها وادار به استفاده از پنج هزار مأمور فدرال پلیس بلکه احضار چهل و پنج هزار سرباز ارتش خویش نیز کرده است.^۲

باوجوداین، شواهد، حاکی از کنترل کارتل های موادمخدر بر بخش های بیشتری از قلمرو مکزیکی است، به گونه ای که تا سال ۲۰۰۹ گزارش ها حاکی از تسلط کارتل های فوق بر بخشی وسیع از قلمرو مرزی مکزیکی با آمریکا بوده است.^۳

گذشته از این، اطلاعات موجود در ارتباط با این کارتل ها نشان دهنده سازمان دهی دقیق و پیچیده در آن ها و برخورداری ایشان از نوعی سلسله مراتب فرماندهی است. این کارتل ها دارای شورای اجرایی مرکب از رهبران هر کارتل هستند که با رهبران میانی که به نوبه خود سازمان دهنده فعالیت های تبهکاران رده پایین تر محسوب می شوند، در ارتباط مستقیمند.^۴

همچنین باید به قدرت رزمی باندهای فوق نیز اشاره کرد که نه تنها مشتمل بر زرادخانه ای از پیشرفته ترین جنگ افزارهای سبک و نیمه سنگین است^۵ بلکه تخمین های موجود نشان دهنده وجود نیرویی انسانی بالغ بر حدود صد هزار عضو در این کارتل ها یعنی به صورت تقریبی، معادل با کل سربازان ارتش مکزیکی با سیزده هزار عضو است.^۶ موفقیت نسل سوم باندهای تبهکاری در اقدامات خویش، یا منجر به اعمال کنترل از سوی آن ها بر تمام یا بخشی از قلمرو یک دولت یا تسلط غیرمستقیم ایشان بر دولت فوق و تبدیل آن دولت به دولت موادمخدر^۷ خواهد شد. نکته مهم آنکه حتی در صورت

1. Carina Bergal, "The Mexican Drug War: The Case for a Non-International Armed Conflict Classification," Fordham International Law Journal, Vol. 34, 2011, p. 1044.

2. Ibid, p. 1046.

3. Ibid, p. 1070.

4. Ibid, p. 1081.

5. Ibid.

6. Ibid, p. 1066.

7. Narco State

عدم موفقیت باندهای تبهکار در اقدامات خویش، اعمال آن‌ها می‌تواند در نهایت به تضعیف حاکمیت دولت و بی‌ثباتی آن منجر شود.^۱

امروزه برخی باندهای تبهکاری سازمان‌یافته به اندازه‌ای قدرتمند شده‌اند که می‌توانند دولت‌ها و جوامع موردنظر خود را با چالش و خطرات جدی مواجه کنند؛^۲ مسئله‌ای که می‌تواند همچون تهدید ایجادشده از سوی شورشیان، اعمال حاکمیت مؤثر از جانب یک دولت را با مخاطرات جدی روبه‌رو سازد.

همان‌گونه که اشاره شد، هدف باندهای تبهکار سازمان‌یافته نسل سوم از ایجاد ناامنی و تضعیف نهادهای دولتی در تأمین امنیت، چیزی نیست جز تأمین و تضمین آزادی در اعمال خلاف خویش. در این راستا، معمولاً اعمال زیر از جانب این گروه‌ها صورت خواهد گرفت: ۱- تلاش برای کنترل نواحی فاقد اعمال حاکمیت مؤثر از جانب دولت ۲- تلاش برای نفوذ در ارگان‌های دولتی به منظور تطمیع افراد مسئول ۳- توسل به خشونت مستقیم علیه نیروهای امنیتی دولتی و مردم با هدف ایجاد سردرگمی و جو ارباب که نهایتاً سبب انفعال دولت در اتخاذ واکنش مناسب شود.^۳

وجود همین شباهت بین گروه‌های مسلح معارض و باندهای تبهکاری سازمان‌یافته نسل سوم در تلاش برای تهدید حاکمیت دولت موردنظر- که در هر دو مورد از طریق میزان بالایی از خشونت و تلاش برای کنترل سرزمین دولت فوق صورت می‌گیرد- در کنار میزان بالای سازمان‌دهی و وجود سلسله‌مراتب فرماندهی در هر دودسته، موجب شده برخی صاحب‌نظران از لزوم تلقی باندهای تبهکاری سازمان‌یافته نسل سوم به‌عنوان گونه جدید گروه‌های مسلح معارض، سخن به میان آورند.^۴

براین مبنا و از دید این افراد، مبارزه با این نسل از باندهای تبهکاری سازمان‌یافته، دیگر به‌عنوان مسئله‌ای صرفاً مرتبط با نیروهای انتظامی و برقراری امنیت مطرح نیست و به‌کارگیری تمام گزینه‌ها و از آن جمله، توسل به نیروهای نظامی در رویارویی با تبهکاران نیاز است.^۵

از دید اینان، تلقی باندهای سازمان‌یافته تبهکاری نظیر کارتل‌های موادمخدر مکزیکی به‌عنوان گروه‌های مسلح معارض و در نتیجه مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی خواندن منازعه بین دولت و چنین باندهایی، از این‌میزت برخوردار است که به میزان

1 . Manwaring, op.cit, p.12.

2 . Ibid, p.21.

3 . Ibid,p.28.

4 . Ibid, p. 2.

5. Ibid, p. 22 .

قابل توجه، دست دولت را برای مبارزه با گروه‌های تبهکار فوق با استفاده از سطحی از نیروی نظامی که تنها در زمان وقوع مخاصمات مسلحانه داخلی مجاز است، باز خواهد گذاشت.^۱

علاوه بر این، طرفداران تلقی باندهای سازمان یافته تبهکار به عنوان گروه‌های مسلح معارض و محسوب کردن منازعه بین دولت و چنین باندهایی به عنوان مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی، مدعی وجود منافع بشردوستانه در چارچوب دیدگاه خود نیز هستند و معتقدند در صورت تلقی چنین وضعیت‌هایی به عنوان مخاصمه مسلحانه غیربین‌المللی و اعمال قواعد مرتبط با چنین مخاصماتی در آن‌ها، امکان تعقیب گسترده‌تر مسببان نقض حقوق بشر در وضعیت‌های فوق نزد دادگاه‌های بین‌المللی و همچنین تسهیل بیشتر فرایند تبدیل قواعد حقوق بشردوستانه مرتبط با چنین مخاصماتی به عرف‌های بین‌المللی بشردوستانه، فراهم خواهد شد.^۲

دست کم برخی دولت‌های درگیر با معضل باندهای تبهکار نسل سوم، به ویژه برخی دولت‌های آمریکای لاتین نیز از چنین دیدگاهی استقبال کرده‌اند. به عنوان نمونه می‌توان به دیدگاه دولت مکزیک اشاره کرد. به عبارت بهتر، به دنبال افزایش فعالیت‌های کارتل‌های موادمخدر در مکزیک و عواقب خشونت‌بار ناشی از آن، به کارگیری گزینه‌های خشن‌تر و توسل به نیروی نظامی در رویارویی با کارتل‌های موادمخدر، توسط برخی دولتمردان این کشور و از آن جمله "فلیپه کالدرون"^۳ رئیس‌جمهور اسبق مکزیک مورد توجه قرار گرفته است. اعمال سیاست خشن‌تر علیه کارتل‌های موادمخدر، یکی از شعارهای انتخاباتی وی بود که پس از پیروزی در انتخابات سال ۲۰۰۶ به اعزام ارتش به خیابان‌ها برای نبرد با کارتل‌ها منجر شد.^۴ این حضور تاکنون در شهرهای مختلف مکزیک ادامه یافته است. کالدرون در توجیه اقدامات دولت خویش در مبارزه با کارتل‌های موادمخدر، وضعیت موجود بین دولت مکزیک و کارتل‌های موادمخدر این کشور را نوعی جنگ تمام‌عیار توصیف کرد.^۵

علاوه بر این، باید به سیاست‌های برخی دولت‌های آمریکای مرکزی در نبرد با باندهای تبهکار سازمان یافته فعال در این کشورها، موسوم به *ماراس*^۶ اشاره کرد که به رغم عدم اعلام رسمی از جانب این دولت‌ها، شواهد حاکی از گرایش ایشان به تلقی

- 1 . Bergal, op.cit, p.1042.
- 2 . Ibid, p. 1087.
- 3 . Felipe Calderon
- 4 . Ibid, p.1073.
- 5 . Gallahue, op.cit, p.39.
- 6 . Maras

وضعیت موجود در قلمرو خویش به‌عنوان وضعیتی در سطح مخاصمات مسلحانه داخلی است.

در این چارچوب، می‌توان به سیاست هندوراس موسوم به «تحمل در حد صفر»^۱ اشاره کرد که دولت این کشور، اجرای آن را از سال ۲۰۰۳ اعلام کرده است. در اجرای این سیاست، علاوه بر اصلاحات سخت‌گیرانه در قوانین جزایی، از قبیل حبس‌های بلندمدت برای اعضای باندهای تبهکار سازمان یافته، مجوز ورود ارتش به خیابان‌ها به منظور برخورد با باندهای تبهکار و همکاری با پلیس در سرکوب ایشان نیز صادر شده است.^۲

همچنین باید به سیاست گواتمالا موسوم به «عملیات جارو»^۳ با هدف سرکوبی و مبارزه با باندهای تبهکار سازمان یافته اشاره کرد که از ژانویه ۲۰۰۴ آغاز شده و در جریان آن، سربازان ارتش به مناطق محل فعالیت این باندها اعزام شده‌اند.^۴ در مجموع به نظر می‌رسد تلقی باندهای تبهکار نسل سوم به‌عنوان گروه مسلح معارض و در نتیجه محسوب کردن مبارزه با ایشان به‌عنوان نوعی از مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی، دست کم مورد توجه و استقبال برخی دولت‌های درگیر با این معضل قرار گرفته است چرا که از دید ایشان، تلقی این وضعیت‌ها به‌عنوان مخاصمه مسلحانه داخلی، دست ایشان را در مبارزه با جنایت سازمان یافته و سرکوبی تبهکاری سازمان یافته، بیشتر باز خواهد گذاشت.

۲-۲. باندهای تبهکاری سازمان یافته و تفاوت‌های آنها با گروه‌های مسلح

معارض

برخی صاحب‌نظران، به لزوم تلقی نسل سوم باندهای تبهکاری سازمان یافته به‌عنوان شورش یا گروه مسلح معارض و محسوب کردن رویارویی دولت‌ها با آن‌ها به‌عنوان نوعی جدید از مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی معتقدند. پاره‌ای از دولت‌ها نیز از این دیدگاه استقبال کرده‌اند. در گفتار نخست، دلایل و استدالات طرفداران چنین رهیافتی بررسی شد. اکنون به بررسی دیدگاه مخالف این نظریه پرداخته می‌شود که همچنان به ضرورت تفاوت قائل شدن بین باندهای تبهکار سازمان یافته و گروه‌های مسلح سازمان یافته معتقد است.

همچنان پرسش مهم این است که چگونه می‌توان گروه‌های تبهکاری سازمان یافته را با گروه‌های مسلح معارض مرتبط دانست؟ در دید کلی و همان گونه که

1. Cero Tolerancia

2. Dennis Rodgers, and Robert Muggah, "Gangs as Non-State Armed Group: the Central American case," Contemporary Security Policy, Vol. 30, No.2.2009, p.308.

3. Plan Escoba

4. Ibid.

از نام گروه‌های مسلح معارض برمی‌آید، یکی از ویژگی‌های اصلی این گروه‌ها، مخالفت و مقاومت مسلحانه در مقابل دولت است.^۱

در ارتباط با همین مسئله، یکی از مهم‌ترین تفاوت‌های گروه‌های تبهکاری سازمان‌یافته با گروه‌های مسلح معارض، خود را نمایان می‌سازد. باندهای تبهکار، یکی از مهم‌ترین اهداف شورشیان، یعنی کسب حاکمیت و جایگزینی در قدرت سیاسی را تعقیب نکرده و به دنبال سرنگونی دولت نیستند. درحقیقت، این باندها بیشتر مواقع دنبال عدم‌روپارویی با ارگان‌های دولتی، نهادهای نظامی و انتظامی هستند تا به این وسیله از نابودی خویش جلوگیری و بقا و تداوم فعالیت‌های تبهکارانه خویش را بهتر تضمین کنند.^۲

وضعیت باندهای تبهکاری در ارتباط با فضای بدون دولت را می‌توان مصداقی از این تفاوت دانست. اصطلاح فضای بدون دولت، برای اشاره به فقدان حضور یا عدم حضور مؤثر دولت در منطقه یا شهری خاص به کار گرفته می‌شود. اعمال ضعیف صلاحیت دولت، عدم برقراری کافی امنیت توسط دولت، همچنین عدم حمایت مناسب وی از شهروندان در برابر خشونت، ساختار سیاسی ضعیف و ناتوانی در برقراری نوعی تمرکز قانونی در قدرت، از خصوصیات عمده فضای بدون حکومت است. چنین فضاهایی، تهدیدی جدی برای دولت به شمار می‌رود چرا که فرصت مناسب برای بنیان‌گذاری و توسعه قدرت گروه‌های مسلح، از قبیل گروه‌های مسلح معارض یا باندهای تبهکار سازمان‌یافته، آزادی عمل در فعالیت‌ها و توسل به فعالیت‌های غیرقانونی که اغلب با هدف تضمین پشتیبانی و دوام گروه صورت می‌گیرد فراهم می‌کند. البته نمود چنین خصوصیاتی در کشورها و نواحی گوناگون متفاوت است.^۳

بین باندهای تبهکار و شورشیان، تفاوت عمده‌ای در ارتباط با چگونگی فعالیت در فضای بدون حکومت وجود دارد. باندهای تبهکار سازمان‌یافته، مانند گروه‌های مسلح معارض از وجود چنین فضایی بهره‌برداری می‌کنند اما برخلاف گروه‌های مسلح معارض، بسیار غیرمحمول است که این تبهکاران به دنبال حکومت بر چنین فضایی باشند.^۴

درواقع تنها گروه‌های مسلح معارض هستند که دنبال سرنگونی دولت یا جداکردن بخشی از سرزمین و در نتیجه خواهان نابودی دولت مربوطه یا تغییرات اساسی در آن هستند و از چنین فضاهایی برای تسلط بر سرزمین و ریشه‌کنی حاکمیت

1. M. Hazen, op.cit, p.374.

2. Ibid, p.378.

3. Ibid, p.379.

4. Ibid, p.381.

دولت مورد نظر خود استفاده می‌کنند اما باندهای تبهکار، هیچ سودی از هرج و مرج یا نبود کامل حکومت نمی‌برند و در عوض، بیشتر خواهان ادامه بقا در سایه یک حکومت، و دست کم، تضمین وجود یک سیستم اقتصادی پایدار و حداقلی از امنیت هستند که با فعالیت‌های نامشروعشان تداخل نداشته باشد^۱ زیرا در صورت فروپاشی کامل دولت، تأمین این حداقل‌های مورد نیاز برای تأمین ادامه فعالیت‌های گروه، بر عهده خود گروه قرار خواهد گرفت. در واقع در شرایط فروپاشی کامل دولت، تداوم فعالیت‌ها برای باندهای تبهکار نیز بسیار سخت می‌شود^۲ چرا که خود باند تبهکار باید حکومت کند.

در واقع دغدغه اصلی گروه‌های تبهکار، برخلاف گروه‌های مسلح معارض، سرنگونی یا جایگزینی حکومت نیست بلکه چگونگی حکومت کردن دولت مربوطه مهم است.^۳ به عبارت بهتر، برای باندهای تبهکار، وجود یک دولت ضعیف و ناتوان از اعمال حاکمیت مؤثر اما تضمین‌کننده حداقلی از امنیت و اقتدارات حکومتی و جلوگیری‌کننده از هرج و مرج، بهتر از نابودی یا تغییرات بنیادین در چنین دولتی است. بنابراین، اقدامات باندهای تبهکار در اعمال اقتدار بر بخشی از قلمرو یک دولت را نباید تلاش برای کنترل آن قلمرو و ریشه‌کنی حاکمیت دولت قلمداد کرد بلکه این تلاش صرفاً به منظور ایجاد فضایی مناسب‌تر برای تداوم و تسهیل ارتکاب اعمال نامشروع گروه صورت می‌گیرد.

به عبارت بهتر، ناامنی ناشی از فعالیت‌های تبهکاران نسل سوم و بی‌ثباتی همراه با آن، ناگزیر به تضعیف قدرت دولت مربوطه در کنترل قلمرو خویش و در نتیجه، کاهش میزان محبوبیت و مشروعیت آن در نزد افکار عمومی جامعه خویش منتهی خواهد شد چرا که اساساً هدف گروه‌های فوق نیز ایجاد ناامنی، خشونت و عدم کفایت در نهادهای دولتی برای تأمین امنیت است تا از این طریق بتوانند آزادی در انجام اعمال خلاف خویش را تضمین کنند.^۴ اما تهدید ناشی از چنین اقداماتی با ماهیت تهدید ناشی از گروه‌های شورشی تفاوت دارد چرا که برخلاف اعمال گروه‌های شورشی، این اقدامات صرفاً دربردارنده نوعی تهدید غیرمستقیم برای دولت است.

حتی در مواردی که باندهای تبهکار، نوعی تشکیلات در زمینه حل و فصل اختلافات و انجام برخی وظایف حکمرانی ایجاد می‌کنند، گرچه چنین اقداماتی می‌تواند ظرفیت دولت برای عمل در نواحی مربوطه را تضعیف کند، به ندرت منجر به تهدید

1. Jessica Piombo, "Growing wild? Ungoverned spaces and terrorist proliferation in Africa," paper presented at the American Political Science Association annual meeting, Chicago, 30 August–2 September, 2007.

2. M. Hazen, op.cit, p.380.

3. Ibid.

4. Manwaring, op.cit, p. 20.

مستقیم دولت می‌شود. درواقع، برخلاف گروه‌های مسلح معارض در مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی، نوع تهدید ناشی از باندهای تبهکار برای دولت، متفاوت است چراکه این گروه‌ها به دنبال تغییر حاکمیت نیستند.^۱

گذشته از آن، برخلاف گروه‌های مسلح معارض، باندهای تبهکار، به‌ندرت با نیروهای دولتی، درگیری مسلحانه تهاجمی پیدا می‌کنند. درواقع آن‌ها تنها زمانی با نیروهای نظامی و انتظامی دولت درگیر می‌شوند که دولت، خود به‌منظور برچیدن فعالیت‌های غیرقانونی آن‌ها به مقابله با ایشان برخاسته باشد. حتی در صورت مبادرت چنین گروه‌هایی به اعمال اقتدار بر قسمتی از سرزمین یک دولت، به‌منظور تسهیل در فعالیت‌های غیرقانونی خویش، باز هم، چنین اعمالی به‌ندرت منجر به عدم دسترسی کامل دولت به قلمرو مورد نظر می‌شود.^۲

در ارتباط با مسئله سازمان‌دهی باندهای تبهکاری سازمان‌یافته و شباهت آن با گروه‌های مسلح معارض، این‌ادعا که باندهای تبهکار سازمان‌یافته نسل‌سوم از منظر سازمان‌یافتگی، به سطح گروه‌های مسلح معارض ارتقا یافته‌اند تا حد زیادی اغراق‌آمیز است. به عبارت بهتر، شواهد مرتبط با باندهای تبهکار سازمان‌یافته حاکی از آن است که چنین گروه‌هایی به‌ندرت دارای سلسله‌مراتب فرماندهی با فرماندهی مسئول در شکل نظامی آن هستند. درواقع، سازمان‌یافتگی در باندهای مزبور بیش از آنکه یادآور سازمان‌دهی به معنای وجود سیستم سلسله‌مراتبی و زنجیره فرماندهی باشد، صرفاً اشاره به شبکه‌ای از افراد و محافل مرتبط با یکدیگر است.^۳

وضعیت کارتل‌های موادمخدر مکزیکی، مصداقی مناسب از وضعیت سازمان‌یافتگی در این‌گونه باندهای تبهکار محسوب می‌شود. این کارتل‌ها بیش از آنکه دارای نوعی سیستم فرماندهی یکپارچه باشند، مشابه شبکه‌ای درهم‌تنیده از سندیکاهای بزرگ هستند که از باندهای تبهکار، آدم‌کشان حرفه‌ای و جنایتکاران اجیرشده تشکیل شده‌اند. حتی بسیاری از کارشناسان، اطلاق واژه کارتل بر این گروه‌ها را به سبب ماهیت ازهم‌گسیخته آن‌ها نادرست می‌دانند.^۴ درحقیقت گروه‌های شورشی در قیاس با باندهای موادمخدر مکزیکی، کنترل بسیار بیشتری بر اعضای خود دارند.^۵

اساساً تلقی باندهای تبهکار به‌عنوان گروه شورشی و تلقی وضعیت به‌عنوان مخاصمه مسلحانه داخلی، فواید چندانی هم در بر نخواهد داشت. به عبارت بهتر، شواهد حاکی از آن است که محسوب کردن وضعیت‌های فوق به‌عنوان مخاصمه مسلحانه و به‌کارگیری نیروهای نظامی و روش‌های خشن‌تر در برخورد با این گروه‌ها، نه‌تنها منجر

1 . M.Hazen, op.cit, p. 381.

2 . Ibid, p.382.

3 . Ibid, pp.376-377.

4 . Gallahue, op.cit, p.43.

5 . Ibid, p.45.

به آرام شدن اوضاع و فیصله مشکلات نشده بلکه معمولاً به خشن تر شدن باندهای تبهکار و بدتر شدن اوضاع منتهی شده است.

سیاست‌های نظامی در برخی کشورهای آمریکای مرکزی از قبیل السالوادور، هندوراس و گواتمالا در برخورد با باندهای تبهکار سازمان یافته، می‌تواند مثال‌هایی مناسب در این زمینه باشد. در چنین کشورهایی، اعمال تاکتیک‌های خشن و به کارگیری نیروهای نظامی در برخورد با باندهای تبهکار سازمان یافته، به واکنش خشن تر این باندها و اعمال تلافی جویانه آن‌ها به منظور وادار کردن دولت به رها کردن روش‌های فوق منجر شده است.^۱ همین نگرانی در ارتباط با خشن تر شدن باندهای تبهکار، در رابطه با رفتار کارتل‌های موادمخدر مکزیکی و در صورت تلقی وضعیت موجود به عنوان مخاصمه مسلحانه داخلی و اعمال روش‌های متناسب با چنین وضعیتی در آن نیز وجود دارد.^۲

همچنین باید به عواقب منفی تلقی وضعیت رویارویی دولت با باندهای تبهکار به عنوان مخاصمه مسلحانه و اعمال حقوق بشردوستانه در چنین وضعیت‌هایی اشاره کرد. به عبارت بهتر، واژگانی چون اهداف نظامی و ضرورت نظامی در چنین وضعیت‌هایی و در ارتباط با اعمال خشونت بار باندهای تبهکار سازمان یافته در جریان برخورد با نیروهای انتظامی و نظامی دولتی، معنا نخواهند داشت.^۳ همچنین باید به خاطر داشت که مداخله نیروهای مسلح برای مقابله با برخی وضعیت‌ها به طور خودکار، آن وضعیت‌ها را به مخاصمه مسلحانه تبدیل نمی‌کند و جز در مواردی که حقوق داخلی چنین مقرر داشته باشد، ورود ارتش برای کنترل برخی مسائل، مستلزم پذیرش وضعیت مخاصمه مسلحانه نیست؛ کما اینکه در شورش‌های خیابانی گسترده که مقامات انتظامی قادر به کنترل آن نیستند، امکان ورود نیروی نظامی منتفی نیست. بنابراین تصور کسانی که تنها برای به میدان آوردن ارتش، خواستار مخاصمه خواندن جریان مبارزه با تبهکاری سازمان یافته هستند، تصویری نادرست است.

النهایه، قراردادن رویارویی باندهای تبهکاری سازمان یافته با دولت، به عنوان نوعی از مخاصمات مسلحانه داخلی و حاکم کردن حقوق بشردوستانه بر آن، نوعی افراط در رابطه با چنین وضعیت‌هایی محسوب می‌شود و اعمال حقوق بشردوستانه در مواردی است که برای آن طراحی نشده است.^۴ این تغییر وضعیت، منجر به محرومیت افراد از حمایت مناسب‌تری خواهد شد که به موجب حقوق زمان صلح در ارتباط با جلوگیری از توسل به زور و محرومیت از آزادی، از آن برخوردار می‌شوند.^۵

1 . Rodgers, op.cit, p.309.

2 . Bergal, op.cit, p.1074.

3 . Gallahue, op.cit, p.45.

4 . Marco Sassoli, "The Implementation of International Humanitarian Law: Current and Inherent Challenge", Yearbook of International Humanitarian Law, Vol. 10, 2007, p.51.

5 . Ibid.

نتیجه

درمجموع سخن از تبدیل باندهای تبهکاری سازمان‌یافته به گونه‌ای جدید از گروه‌های مسلح معارض و به‌وجودآمدن نسل جدیدی از مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی، چندان قابل قبول نیست زیرا به‌رغم وجود پاره‌ای شباهت‌ها بین باندهای تبهکاری سازمان‌یافته و گروه‌های مسلح معارض، تفاوت‌های محسوس و چشمگیری بین این دو در زمینه نیت و اهداف، همچنین ساختار و تشکیلات وجود دارد که تلقی باندهای تبهکار به‌عنوان گونه‌ای جدید از گروه‌های مسلح معارض را با موانع جدی روبه‌رو می‌کند.

درواقع، تنها گروه‌های مسلح معارضند که دنبال سرنگونی یا تجزیه دولت یا خواهان تغییرات اساسی در آن و بنابراین به دنبال تسلط بر سرزمین به‌منظور تغییر حاکمیت در آن هستند و گروه‌های تبهکار، چنین دعوای ندارند. به‌رغم تلاش باندهای تبهکار برای اعمال تسلط بر سرزمین دولت موردنظر در راستای تأمین آزادی عمل برای خود، آن‌ها سود چندانی از هرج‌ومرج مطلق یا نبود حکومت نبرده و درعوض، بیشتر خواهان ادامه بقا، زیر سایه حکومتی هستند که یک سیستم اقتصادی و حداقلی از امنیت، مشروط به عدم‌تداخل با فعالیت‌های نامشروعشان را فراهم کند. در شرایط کامل فروپاشی کامل دولت، تداوم فعالیت‌ها برای باندهای تبهکار نیز بسیار سخت خواهد شد. بنابراین تمامی اعمال ایشان به‌منظور یافتن کنترل بر بخشی از قلمرو یک‌دولت نیز صرفاً برای تسهیل آزادی و تداوم فعالیت‌های غیرقانونی گروه است و هرگز با هدف ازبیدن بردن دسترسی دولت به سرزمین خود صورت نمی‌گیرد.

شباهت ادعایی سازمان‌دهی باندهای تبهکاری با گروه‌های مسلح معارض، تا حد زیادی اغراق‌آمیز است. گروه‌های تبهکار به‌ندرت دارای سلسله‌مراتب فرماندهی با یک فرمانده مسئول در شکل نظامی آن هستند. از طرف دیگر، باید به این مسئله توجه داشت که اساساً تلقی باندهای تبهکار به‌عنوان گروه مسلح معارض، نه لازم است و نه عواقبی مثبت دارد زیرا حتی اگر در سرکوب آنان، نیاز به ارتش نیز احساس شود، این لزوماً به معنای تلقی وضعیت به‌عنوان مخاصمه نیست و تجربه نیز نشان داده که به‌کارگیری نیروهای نظامی و روش‌های خشن‌تر در برخورد با این گروه‌ها، می‌تواند به خشن‌ترشدن باندهای تبهکار و وخیم‌تر اوضاع منتهی شود.

علاوه‌برآن، در ارتباط با تلقی گروه‌های تبهکار به‌عنوان شورشی، نگرانی‌هایی در رابطه با نوعی مشروعیت‌بخشی به فعالیت گروه‌هایی که اعمال آن‌ها از قبیل قاچاق

مواد مخدر یا سرقت، از دیدگاه اعضای جامعه بین‌المللی، جرائم عادی محسوب می‌شود نیز وجود دارد.

التهایه ممکن است اعلام وضعیت به‌عنوان مخاصمه مسلحانه، دولت را از اجرای برخی تعهدات حقوق بشری که تنها در زمان صلح مجری است معاف‌کند و این مغایر نیت کسانی است که مایل به تسری حقوق بشردوستانه بر این‌درگیری‌ها به‌منظور حمایت بین‌المللی از افراد درگیر این مناقشات هستند.

درمجموع به نظر می‌رسد هرچند شباهت‌هایی بین باندهای تبهکاری سازمان‌یافته و گروه‌های مسلح معارض وجود دارد، تفاوت در ماهیت، اهداف و فعالیت‌های این دوگروه، چنان چشمگیر است که تلقی باندهای تبهکاری سازمان‌یافته به‌عنوان گروه‌های مسلح معارض، چندان شایسته نیست و همچنان باید حکم به جدایی این دودسته از یکدیگر و حاکم‌بودن قواعد حقوق بشر در وضعیت‌های مرتبط با دسته نخست و قواعد بشردوستانه در ارتباط با دسته دوم داد.

منابع:

- ساندرز، ایو، اجرای حقوق بشردوستانه بین‌المللی، مجموعه مقالات حقوق جنگ، گردآوری و ترجمه: حسین شریفی طرازکوهی، انتشارات دانشگاه امام حسین، ۱۳۷۵.
- ضیایی‌بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین‌الملل بشردوستانه، چاپ دوم، گنج دانش، ۱۳۹۲.
- علی‌پور، محمدرضا، «مخاصمات مسلحانه غیربین‌المللی و مسئولیت بین‌المللی دولت»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۵.
- کشاورز، شهربانو بهارک، مداخله و کمک‌های بشردوستانه در شورش‌ها و جنگ‌های داخلی، کشاورز، ۱۳۸۰.
- ممتاز، جمشید و امیرحسین رنجبریان، حقوق بین‌الملل بشردوستانه مخاصمات مسلحانه داخلی، چاپ پنجم، میزان، ۱۳۸۶.
- هنجنی، سیدعلی، و نگین شفیعی بافتی، ابعاد حقوقی بین‌المللی مخاصمه مسلحانه غیر بین‌المللی، میزان، ۱۳۹۲.

• Books and articles:

- Anton Schogel, "Geneva Red Cross Conventions and Protocols", Encyclopedia of Public International Law, Vol. 3, 1992, pp.180-190.
- Carina Bergal, "The Mexican Drug War: The Case for a Non-International Armed Conflict Classification", Fordham International Law Journal, Vol. 34, 2011, pp.1042-1088.
- Dennis Rodgers, and Robert Muggah, "Gangs as Non-State Armed Group: the Central American case", Contemporary Security Policy, Vol. 30, No. 2. 2009, pp.301-317.
- Jennifer M. Hazen, "Understanding Gangs as Armed Groups." International Review of the Red Cross, Vol. 92, No.878, 2010, pp.369-386.
- Jessica Piombo, "Growing Wild? Ungoverned Spaces and Terrorist Proliferation in Africa", paper presented at the American Political Science Association annual meeting, Chicago, 30 August-2 September, 2007.

- John P. Sullivan, and Robert J. Bunker, Drug Cartels, Street Gangs, and Warlords, in: Non-State Threats and Future Wars, Edited by Robert J. Bunker, First Edition, London, Frank Cass, 2003.

- Marco Sassoli, "The Implementation of International Humanitarian Law: Current and Inherent Challenge", Yearbook of International Humanitarian Law, Vol. 10, 2007, pp.45-73.

- Patrick Gallahue, "Mexico's War on Drugs- Real or Rhetorical Armed Conflict?", Humanitäres Völkerrecht - Informationsschriften /Journal of International Law of Peace and Armed Conflict, Vol. 24, 2011, pp. 39-45.

- Theodor Meron, Human Rights in International Strife: Their International Protection, First Edition, Cambridge, Grotius Publications, 1987.

• **Cases:**

-Prosecutor vs. Dusko Tadic, ICTY, Appeal on Jurisdiction, 2 octobre 1995.

-Prosecutor Vs. Fatmir Limaj, ICTY, Trial Chamber Judgment, 3 November 2005.

- Prosecutor vs. Milosevic, ICTY, Decision on Motion for Judgement of Acquittal, 16 June 2004.

• **Report:**

- Max. G. Manwaring, "Street Gangs: The New Urban Insurgency", Carlisle, Strategic Studies Institute, US Army War College, March 2005.

صلاحیت مجلس شورای اسلامی در تأسیس شوراهای عالی اجرایی

«استقلال قوا یا تحدید صلاحیت‌های قوه مجریه»

علیرضا دبیرنیا*

چکیده

وجود شوراهای عالی اجرایی متعدد در نظام حقوقی ایران و استقلال نسبی آن‌ها از ساختار قوه مجریه، ابهاماتی را در خصوص جایگاه و صلاحیت‌های این دسته از شوراهای مطرح کرده است، به نحوی که اقدام پارلمان در تأسیس شوراهای عالی اجرایی می‌تواند به تحدید صلاحیت‌های یک قوه و توسعه اختیارات قوه دیگر منجر شود. بر همین اساس، در مواردی که پارلمان شوراهای عالی در ساختار قوه مجریه تأسیس کرده است از یک سو مباحثی تحت عنوان تداخل وظایف و صلاحیت‌ها میان قوای مقننه و مجریه مطرح می‌شود و از سوی دیگر، ساختاری جدید در چرخه قدرت سیاسی-اداری کشور شکل گرفته است که ابزاری مؤثر برای پاسخگویی آن‌ها پیش‌بینی نشده است.

در فصل پنجم قانون اساسی به «قوای ناشی از حق حاکمیت مردم» تصریح شده است و اِعمال حق حاکمیت، صرفاً از طریق قوای سه‌گانه - بدون توجه به برتری یا ویژگی منحصربه‌فرد قوه دیگر - مورد تأکید قرار گرفته است و بر همین اساس، دخالت هریک از قوا در حوزه صلاحیت قوه دیگر به «اصل حق حاکمیت مردم و قوای ناشی از آن» خدشه وارد خواهد کرد؛ ضمن اینکه «اصل عدم صلاحیت» در حقوق عمومی به هیچ قوه‌ای اجازه نمی‌دهد تا نسبت به توسعه اختیارات خود، بدون تصریح قانون اساسی اقدام کند. بنابراین هرگونه تغییر در نحوه توزیع قدرت سیاسی از سوی هریک از قوا در تعارض با اراده مردم است و به‌منزله نقض حق حاکمیت ملت تلقی می‌شود.

واژگان کلیدی: قانون اساسی، شوراهای عالی، استقلال قوا، دولت، نظارت.

* استادیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل دانشکده حقوق دانشگاه قم

مقدمه:

صرف‌نظر از اینکه در زمان نگارش این پژوهش، تعدادی از شوراهای عالی دچار تغییر یا تجمیع شده‌اند، نکته قابل توجه این است که از یکسو کثرت این شوراهای در نظام اجرایی کشور می‌تواند به پراکندگی و تعارض تصمیم‌گیری در قوه مجریه، تداخل در وظایف قوه مجریه و شوراهای عالی، ایجاد حق و تکلیف برای شهروندان بدون توجه به ساختارهای نظام نمایندگی، تشکیل مراجع متعدد تصمیم‌گیری و تضعیف قوه مجریه منجر شود. از سوی دیگر، وجود نهادهای متعدد تصمیم‌ساز در درون قوه مجریه از این قابلیت برخوردار است تا اداره بخشی از امور اجرایی در صلاحیت قوه مجریه - منتخب مردم - را خارج کند و در مقابل مردم، پاسخگو نباشند.

شوراهای عالی از عالی‌ترین نهادهای تصمیم‌ساز و اجرایی و از صلاحیت‌های تقنینی و اجرایی برخوردار است اما به دلیل عدم تفکیک دقیق حوزه‌های اجرایی از تقنینی، در مواردی، در صلاحیت‌های اجرایی و تقنینی تعارض دیده می‌شود. با توجه به حوزه عملکرد شوراهای عالی، مسائلی از قبیل جایگاه شوراهای عالی در قانون اساسی و ارتباط آن با حقوق ملت، چگونگی انطباق عملکرد شوراهای با قانون اساسی و نحوه نظارت بر عملکرد آن‌ها از مواردی است که بررسی ماهیت‌شان را ضرورت می‌بخشد.

با گذشت بیش از ۳۰ سال از تصویب قانون اساسی، هنوز درباره راهکارهای اجرایی برخی اصول آن به‌عنوان یک ضرورت، پژوهش نشده است به‌نحوی که گاه در صلاحیت‌های هریک از قوا تعارض وجود دارد. عدم تفکیک حوزه‌های اجرایی از تقنینی در حالی به‌عنوان چالش مطرح است که عملکرد برخی شوراهای عالی بر پیچیدگی مسئله می‌افزاید به‌نحوی که شوراهای عالی در مواردی از صلاحیت‌هایی مشابه با اختیارات هیئت دولت در موارد معین برخوردارند. این پژوهش، قصد دارد برخی زوایا و حوزه‌های کارکردی شوراهای عالی را در قانون اساسی بررسی کند و به این سؤال پاسخ دهد که جایگاه و صلاحیت شوراهای عالی در قانون اساسی چیست و چگونه می‌توان از تداخل وظایف قوا جلوگیری کرد.

۱. شوراهای عالی و ساختار قوه مجریه

در این پژوهش، شوراهای عالی مرتبط با قوه مجریه به‌عنوان محور تحقیق در نظر گرفته شده است که می‌توان از شوراهایی مانند شورای عالی اداری، شورای اقتصاد، شورای عالی علوم، تحقیقات و فناوری، شورای عالی آموزش و پرورش، شورای گسترش آموزش عالی کشور، شورای فرهنگ عمومی کشور و شورای عالی بیمه نام برد.

۱-۱. قانون اساسی و تعریف دولت در مفاهیم مختلف

قانون اساسی، دولت را در مفاهیم مختلف به کار برده اما غالباً آن را در معنای قوه مجریه مدنظر دارد و در مواردی، عناوین دولت و حکومت را جابه‌جا عنوان کرده یا حتی تفاوتی میان مفاهیم متعدد آن قائل نشده و به مفهوم همانی دولت و حکومت توجه کرده است. برای نمونه می‌توان به موارد زیر اشاره کرد: ابتدا کلیت نظام سیاسی را در قالب «حکومت» تعریف کرده^۱ و در جای دیگر، از آن تحت عنوان «نظام» نام برده است.^۲ در اصل ۳ از واژه «دولت» استفاده کرده است اما مفاد و تکالیف احصا شده در این اصل نمی‌تواند به قوه مجریه محدود شود بلکه مجموعه نظام سیاسی را در بر می‌گیرد. در اصل ۶ شکل و محتوای نظام سیاسی را به عنوان کلیت نظام مطرح کرده است. در اصل ۲۱ واژه دولت را در معنای عام آورده است و در اصل ۱۳۸ این واژه را به معنای هیأت وزیران آورده است. بدیهی است اصل حاکمیت مردم بر سرنوشت سیاسی و اجتماعی این مفهوم را دارد که فرمانروایان، صرفاً نمایندگانی موقت و منتخب مردم هستند تا در راستای منافع عمومی فعالیت کنند و این نمایندگی تا زمانی ادامه خواهد داشت که حاکمان در چارچوب خواست عمومی و منافع مردم حرکت کنند و حاکمان، هیچ جایگاهی غیر از نمایندگی مردم نداشته و قدرتشان، صرفاً قدرت برآمده از مردم است.^۳ با توجه به اینکه قوانین اساسی، موجب محدودیت اعمال دولت در اداره کشور می‌شود به نحوی که تمامی امور دولت - آنچه مکلف به انجام آن است یا از انجام آن منع شده - در چارچوب قوانین صورت می‌گیرد، بر همین اساس، ممکن است این محدودیت به وسیله تعریف یا اعطای انحصاری بخشی از قدرت عمومی انجام شود.^۴ در اصطلاح حقوق اساسی، واژه دولت به معانی مختلف مطرح شده است که از یک‌سو در مفهوم اقتدار سیاسی یا حکومت تعبیر شده است که بخشی از بدنه نظام سیاسی است و سازمان‌ها و دستگاه‌های سیاسی و همچنین کارگزاران سیاسی را شامل می‌شود و از سوی دیگر، در مفهوم خاص قوه مجریه مطرح شده است.^۵ بر همین اساس، مفهوم حاکمیت ملت با مفهوم دولت پیوند خورده است زیرا این اعتقاد را پرورش می‌دهد که

۱. اصل ۱.

۲. اصل ۲.

3. Rein Mullerson, International Law, Rights & Politics, London, Routledge, 1994, p. 63.

4. Larry Alexander, Constitutionalism: Philosophical Foundations, Cambridge University Press, United Kingdom, 2001, p.16

۵. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اساسی، میزان، ۱۳۸۶، صص. ۲۱-۲۲.

هیچ قدرت برتری غیر از دولت ملی وجود ندارد و به بی اعتباری هر نوع قدرت برتر منجر می شود به استثنای قدرتی که به اتکای رضایت مردم تشکیل یافته باشد. بدیهی است در نظام های دموکراتیک قدرت قانونگذاری باید انعکاسی از قدرت عالی ملت باشد و نمی تواند محدودیتی بر اراده مردم تحمیل کند.^۱

۲-۱. قانون اساسی و تشکیل قوه مجریه غیرمتمرکز

نظام سیاسی ایران در چگونگی تقسیم وظایف و صلاحیت ها در مجموعه اداره کشور از سیستم تک ساخت یا یکپارچه تبعیت می کند اما این پیروی به مفهوم انطباق کامل با این سیستم نیست. «سیستم تک ساخت به دولت - کشورهایی اطلاق می شود که دارای یک مرکز واحد عملکرد سیاسی هستند. قدرت سیاسی در حاکمیت و مجموع اختیارات و وظایف خویش، توسط یک شخصیت واحد حقوقی که همانا دولت - کشور بسیط است اعمال می شود و کلیه افراد از یک اقتدار سیاسی تبعیت می کنند و بافت قدرت، غیرقابل تفکیک و تجزیه ناپذیر است.»^۲ بنابراین رئیس جمهوری یا هیأت وزیران مانند نظام های پارلمانی یا ریاستی رایج در سایر کشورها از اختیارات گسترده برخوردار نیست و به تبع آن، لازم است حدود اختیارات و وظایف مجریه در سازماندهی و مدیریت نظام سیاسی و اداری کشور تعیین شود تا از تعارض در وظایف سایر قوا و نهادها جلوگیری به عمل آید.

۳-۱. اختیارات رئیس جمهوری در اداره قوه مجریه از طریق شوراهای

عالی

اصل بر این است که کلیه امور مربوط به حوزه اجرایی کشور، صرفاً از طریق رئیس جمهوری و وزرا قابل انجام است و این حوزه از اختیارات انحصاری و ذاتی رئیس جمهوری و وزرا محسوب می شود. بنابراین کلیه بخش های اجرایی کشور و هرچه به حوزه اجرا مربوط است صرفاً در صلاحیت رئیس جمهوری و وزرا و شناسایی اختیارات و وظایف مرتبط با امور قوه مجریه، مستلزم شناسایی ابزارهای موردنیاز برای تحقق وظایف اجرایی است.

اصل ۶۰ قانون اساسی مجموعه اعمال قوه مجریه را بر عهده رئیس جمهوری و وزرا و مدیریت کلان قوه مجریه را بدون قید خاص در حوزه اختیارات رئیس جمهوری و وزرا قرارداده و محدودیتی نیز در نظر نگرفته است. عبارت پردازی موجود در اصل ۶۰ حوزه اختیارات و صلاحیت های قوه مجریه را مطلق مطرح کرده و تنها در صورت

1. P. A. Passavant, We Should Be Liberals at least, Sage Press, 2009, p. 17.

۲. قاضی شریعت پناهی، سیدابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ یازدهم، میزان، ۱۳۸۳، ص. ۲۲۴.

صراحت در سایر اصول می‌توان محدودیت‌های این قوه را شناسایی کرد. از سوی دیگر، مسئولیت اجرای قانون اساسی بر عهده رئیس‌جمهوری قرار گرفته^۱ که مستلزم برخورداری از اختیارات و صلاحیت کافی در اجرای اصول قانون اساسی است. اطلاق مندرج در اصل مذکور نیز گویای این است که رئیس‌جمهوری، هیچ محدودیتی برای اجرای قانون اساسی نخواهد داشت و ظاهر و سیاق این اصل، رئیس‌جمهوری را دارای اختیارات فراقوه‌ای در حوزه اجرای مجموعه قانون اساسی دانسته است. با استناد به این اصل، رئیس‌جمهوری می‌تواند و بلکه مکلف است نسبت به اجرای اصول قانون اساسی در تمامی مجموعه نظام سیاسی اقدام کند.

اختیارات رئیس‌جمهوری در برخی اصول قانون اساسی در سطح رئیس‌کشور مطرح شده است به‌نحوی که نظام برنامه‌ریزی و اداری کشور در اختیار این مقام قرار داده شده است.^۲ انتخاب کلمه امور در سیستم برنامه‌ریزی و اداری کشور در قانون اساسی به‌گونه‌ای است که مجموعه برنامه‌ریزی و سیستم اداری کشور را شامل می‌شود و به همین دلیل، رئیس‌جمهوری را در موقعیتی ویژه قرار داده است. مطابق این اصل، برنامه‌ریزی و هدایت امور اداری کشور از اختیارات وسیعی است که به‌طور انحصاری و ذاتی بر عهده رئیس‌جمهوری قرار داده شده است. ویژگی قوه مجریه در چگونگی مدیریت و اداره سیستم اجرایی و اداری کشور از یک‌سو و اجرای سیاست‌ها و قوانین کلان کشور از سوی دیگر، این قوه را در جایگاه ویژه‌ای نسبت به سایر قوا قرار داده است. اختیار رئیس‌جمهوری در تأسیس نهادی در قالب «تمایندگی ویژه» برای اداره کشور می‌تواند به‌عنوان صلاحیت ویژه تلقی شود تا رئیس‌جمهوری در این چارچوب، قادر به تشکیل مراجعی باشد که اختیارات خاص و معینی را به بخش‌های کوچک‌تر منتقل کند. بدیهی است آنچه که در این اصل، مهم است اختیار و صلاحیت نمایندگی‌های ویژه از نظر ماهوی و در چارچوب اختیارات هیأت وزیران است و عنوان نمایندگی از چنان قابلیت‌برخوردار است که می‌تواند تحت قالب‌های مختلف، ازجمله کمیسیون، شورا، نهاد و هیأت تشکیل شود.

قانون اساسی هیچ محدودیتی را برای رئیس‌جمهوری، چه در حوزه انتخاب اشخاصی که در ترکیب نمایندگی ویژه قرار می‌گیرند و چه درمورد کیفیت موارد ارجاعی به نمایندگی‌ها تعیین نکرده است. بنابراین رئیس‌جمهوری می‌تواند با تأیید هیأت وزیران از ترکیب وزرا یا غیر وزرا در ارجاع برخی از امور اقدام کند. به‌عبارت دقیق‌تر، این اقدام از مصادیق تفویض بخشی از اختیار و صلاحیت‌های دولت به فرد یا اشخاصی در قالب نمایندگی ویژه است. تشخیص مواردی از قبیل ضرورت، موارد خاص یا اختیارات مشخص، داخل در صلاحیت رئیس‌جمهوری و هیأت وزیران است و قانون

۱. اصل ۱۱۳.

۲. اصل ۱۲۶.

اساسی هیچ محدودیتی برای چگونگی تشکیل نمایندگی ویژه یا اختیارات و کیفیت موارد قابل تفویض مطرح نکرده است و صرفاً کافی است تا موارد خاص، ضروری و میزان اختیارات (کم یا زیاد) - در چارچوب قانون اساسی - تعیین و ابلاغ شود. این اصل، چنان موسع تدوین شده است که هیأت وزیران مکلف نشده است تا دلیل ارجاع برخی از امور به نمایندگی‌های ویژه را توجیه کند. وسعت اختیار قوه مجریه در چگونگی اداره کشور می‌تواند به‌عنوان یکی از مصادیق استقلال قوا در نظر گرفته شود تا جایی که شناسایی ابتکار عمل برای قوه مجریه از توابع مسئولیت‌های قوه مجریه در اداره کشور محسوب می‌شود. قانون اساسی در موارد متعدد به صلاحیت‌های انحصاری قوه مجریه در برنامه‌ریزی و اجرای قوانین و مقررات تصریح کرده است. رئیس‌جمهوری با همکاری وزرا نسبت به تعیین برنامه و خط‌مشی دولت و اجرای قوانین اقدام می‌کند^۱ و بر همین اساس، تعیین خط‌مشی، سیاست‌ها و برنامه‌ریزی قوه مجریه در راستای اهداف آن از صلاحیت‌های ذاتی قوه مجریه محسوب می‌شود و این تصریح به‌منزله برخورداری از تمامی اختیارات لازم در اداره قوه مجریه تلقی می‌شود مگر اینکه در سایر اصول، صراحتاً محدودیتی برای اقدامات مجریه و آن هم صریح پیش‌بینی شده باشد. یکی دیگر از اختیارات مهم هیأت وزیران، تشکیل کمیسیون‌های متنوع و متشکل از چند وزیر است و این قابلیت وجود دارد تا برخی از وظایف دولت به کمیسیون‌ها واگذار شود که با تأیید رئیس‌جمهوری، مصوبات این کمیسیون‌ها لازم‌الاجرا می‌شود.^۲ مطابق مفاد اصل ۱۳۸ قانون اساسی، دولت نمی‌تواند تمام وظایف خود را به کمیسیون‌ها واگذار کند بلکه تنها مجاز است تا نسبت به ارجاع برخی از وظایف خود اقدام کند اما تعیین برخی وظایف یا میزان و کیفیت امور ارجاعی در اختیار دولت است.^۳ بنابراین اگر دولت از نظر ماهوی دارای اختیار تفویض برخی از صلاحیت‌های خود به تعدادی از وزرا باشد، قدر متیقن این است که تعیین قالب شکلی آن از اهمیت قابل‌توجهی برخوردار نخواهد بود و مهم این است که اولاً ترکیب اعضای کمیسیون، سازمان، نهاد یا عنوانین مشابه از وزرا باشد. ثانیاً دولت قادر است هر اختیار و صلاحیتی - در چارچوب صلاحیت خویش - را با هر کیفیتی واگذار کند. ثالثاً تنها محدودیت این تفویض اختیار، این است که دولت نمی‌تواند تمام اختیارات خود را واگذار کند. رابعاً مصوبات کمیسیون‌ها باید به تأیید رئیس‌جمهوری برسد و در چارچوب قوانین باشد. بنابراین تنظیم و اداره قوه مجریه از صلاحیت‌ها و اختیارات رئیس‌جمهوری است که غالباً از طریق هیأت وزیران انجام می‌شود اما دولت می‌تواند اداره مجریه، اعم از تصمیم‌گیری، سیاست‌گذاری و وضع مقررات را در قالب کمیسیون‌ها تفویض نماید. با توجه به اینکه دولت اختیار دارد

۱. اصل ۱۳۴.

۲. اصل ۱۳۸.

۳. واژه «دولت» مسامحتاً به‌عنوان قوه مجریه استفاده شده و همان دولت در مفهوم خاص است.

تا بخشی از صلاحیت ذاتی خود را واگذار نماید می‌تواند شکل و قالب آن را نیز تعیین کند. به عبارت دیگر، انتخاب نام برای تشکیلات جدید در قالب هیأت‌تہیات، سازمان، کمیسیون، گروه و شوراها مانند شوراهای عالی از توابع اختیارات قوه مجریه در واگذاری بخشی از صلاحیت خویش محسوب می‌شود. موضوع استقلال مجریه در اداره کشور به قدری اهمیت دارد که نویسندگان اعلامیه حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹ آن را از الزام‌آورترین اصول حقوق اساسی دانسته‌اند. در اصل ۱۶ اعلامیه مذکور آمده است، در جامعه‌ای که حقوق افراد، تضمین و تفکیک قوا برقرار نشده باشد، قانون اساسی وجود ندارد.^۱ بنابراین یکی از مهم‌ترین اهداف قانون اساسی، استقلال قوا و تضمین حقوق مردم است تا از تمرکز صلاحیت‌ها و قدرت در یک قوه که موجب فساد می‌شود جلوگیری کند.

۴-۱. انواع شوراهای تحت ریاست و نظارت رئیس‌جمهوری

قوه مجریه از معاضدت و همکاری تعداد قابل‌توجهی از شوراها در اداره کشور برخوردار است که در اکثر موارد، قانون مصوب پارلمان، منشأ تأسیس آن‌ها بوده است که می‌توان به شوراهایی مانند شورای عالی اداری، شورای عالی آموزش و پرورش، شورای اقتصاد، شورای پول و اعتبار و شورای عالی اشتغال اشاره کرد. شورای عالی اداری در تاریخ ۱۳۸۶/۴/۱۸ برخی از شوراهای عالی را ادغام کرد که در ۱۳۸۶/۴/۲۴ به تأیید رئیس‌جمهوری رسید و مجلس شورای اسلامی در مورخ ۱۳۸۷/۱/۲۰ مجدداً از طریق وضع قانون جدید، شوراهای مذکور را احیا کرد.^۲

تعدادی از شوراها با مصوبه دولت تشکیل شده است که می‌توان به شوراهایی از قبیل شورای عالی میراث فرهنگی و گردشگری، شورای اطلاع‌رسانی دولت و شورای عالی اشتغال مناطق جنگ‌زده کشور اشاره کرد. صرف‌نظر از اینکه منشأ و مبنای تأسیس شوراها با استناد به قانون پارلمان یا مصوبه دولت باشد، این شوراها در چارچوب وظایف و اختیارات دولت قرار می‌گیرند و به همین جهت باید مدیریت، برنامه‌ریزی و اجرای وظایف و صلاحیت‌های شوراها در اختیار قوه مجریه قرار گیرد. رئیس‌جمهوری، معاونین رئیس‌جمهوری، وزرا و سایر کارگزاران دولت به تناسب در رأس مدیریت شوراهای عالی و همچنین مجموعه شوراهای مستقر در بدنه اجرایی کشور قرار دارند و در هر صورت، ظاهر در این است که شوراهای مذکور در مجموعه ساختار و

۱. قاضی شریعت‌پناهی، سید ابوالفضل، بایسته‌های حقوق اساسی، چاپ دوم، دادگستر، ۱۳۷۵، ص. ۱۷۵.
۲. قانون تعیین وضعیت شوراهای عالی مصوب ۱۳۸۷/۱/۲۰ مجلس شورای اسلامی که در تاریخ ۱۳۸۷/۷/۶ در مجمع تشخیص مصلحت نظام، موافق با مصلحت نظام تشخیص داده شد.

تشکیلات دولت قرار دارند. در برخی از شوراهای به جهت اهمیت موضوع، رئیس‌جمهوری، شخصاً ریاست بر شوراهای را برعهده دارد و در سایر موارد، وزرا و معاونین و سایر دست‌اندرکاران دولت، شوراهای را اداره می‌کنند و ریاست و نظارت رئیس‌جمهوری در جایگاه رئیس دولت، همچنان بر مجموعه شوراهای عالی اعمال می‌شود. در این میان، نهاد ریاست جمهوری و واحدهای تابع آن، عملاً وظایف ستاد مرکزی دولت را انجام می‌دهند و برخی از سازمان‌ها به دلیل اهمیت و نقش راهبردی آن به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم، تحت مدیریت رئیس‌جمهوری یا نهاد ریاست جمهوری قرار دارند.^۱ سازمان‌هایی از قبیل انرژی اتمی، حفاظت محیط‌زیست و مدیریت و برنامه‌ریزی کشور، به‌عنوان معاونین رئیس‌جمهوری فعالیت می‌کنند و سازمان اخیر به معاونت‌های تخصصی رئیس‌جمهوری، تغییر وضعیت داده‌اند.^۲ این تصمیم به دنبال سیاست اجرایی دولت در اعطای اختیارات به مسئولین واحدهای استانی موضوع مصوبه مورخ ۱۳۸۳/۱۲/۲۴ شورای عالی اداری اتخاذ شده است.^۳

۲. شوراهای عالی و استقلال قوا

شوراهای عالی به‌عنوان اجزای مجریه با ابهاماتی مواجهند که بررسی می‌شود.

۲-۱. نظام استقلال قوا و شوراهای عالی اجرایی

قانون اساسی از یک‌سو و در نگاه کلی، ظرفی از اصول بنیادین است که دولت‌ها در چارچوب آن اعمال حاکمیت می‌کنند و این قانون، انعکاسی از آرمان‌های هر نسل است که در گذر تاریخ، توسعه یافته و حقوق و آزادی‌های شهروندان، تضمین شده است.^۴

از سوی دیگر، قدرت سیاسی در نظام دموکراتیک، مبتنی بر نمایندگی از مجرای انتخابات شکل می‌گیرد و تضمین آن از طریق شناسایی ابزار نظارت مردمی است تا

۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، چاپ یازدهم، سمت، ۱۳۸۴، ص. ۳۳.

۲. مطابق مصوبه مورخ ۱۳۷۸/۱۲/۱۱ شورای عالی اداری با ادغام سازمان‌های برنامه و بودجه و امور اداری و استخدامی کشور، سازمانی تحت عنوان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور تأسیس و با مصوبه مورخ ۱۳۸۶/۴/۱۸ شورای عالی اداری، سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور منحل شد و وظایف آن را به دو معاونت ریاست‌جمهوری تحت عنوان معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس‌جمهوری و معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی محول کردند.

۳. با دستورالعمل مورخ ۱۳۸۵/۷/۲۴ رئیس‌جمهوری، وظایف سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی استان‌ها به استانداری‌های سراسر کشور منتقل و زمینه لازم برای انحلال سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور فراهم شد.

4. J. T. Levy, Constitutions without Social Contract, Sage Press, 2009, p.195.

منافع موردنظر شهروندان تأمین شود.^۱ به عبارت دیگر، سؤال اصلی در دموکراسی این نیست که چه کسی قدرت فرمانروایی را به دست می آورد بلکه این است که چه تمایز و ارتباطی میان «تشکیل مردم» و «تأسیس حکومت» وجود دارد؟^۲ قانون اساسی در اصل ۵۷ به اهمیت استقلال قوا تصریح کرده ولی به مصادیق اجرایی و تقنینی اشاره‌ای نشده اما در شرح وظایف هریک از قوا مهم‌ترین صلاحیت‌ها را تبیین کرده است. با توجه به اصل عدم صلاحیت در حقوق عمومی، نمی‌توان پذیرفت که صلاحیت‌های قوا در قانون اساسی بیش از آن چیزی است که به آن تصریح شده و اگر این ادعا پذیرفته شود، دیگر مفهوم استقلال قوا از درون تهی خواهد شد و هریک از قوا به فراخور نیاز و قدرت خویش، همواره در راستای افزایش اختیارات خود و کاهش صلاحیت دیگری اقدام خواهد کرد. شناسایی تعادل و استقلال در وظایف و صلاحیت‌های هریک از قوا، منوط به پیش‌بینی ابزارهای قانونی مؤثر است تا اراده مقنن اساسی در تعادل قوا تضمین شود. به عبارت دیگر، برای جلوگیری از تعارض در صلاحیت‌ها و اختیارات هریک از قوا ضرورت دارد تا اعمال هریک از قوا مستند به اصول مصرح در قانون اساسی باشد. از یک‌سو شناسایی صلاحیت‌های قوا از سوی یکدیگر می‌تواند ابزاری مؤثر در تضمین اجرای قانون اساسی تلقی شود و از سوی دیگر، تعرض هریک از قوا به اختیارات دیگری یا عدم شناسایی حوزه اختیارات آن‌ها توسط سایر ارکان قدرت سیاسی، حاکمیت قانون را با تزلزل جدی مواجه خواهد کرد و از اعتماد مردم به سازمان‌های اعمال‌کننده حاکمیت و قدرتی که خواهد ساختارهای قدرت سیاسی، از حاکمیت قانون، تمکین مؤثر نکنند، دیری نخواهد پایید تا تفسیر هر دستگاه یا شهروند از قانون، شخصی و سلیقه‌ای شود.

حاکمیت قانون به مفهوم احترام به اصول قانون اساسی از سوی هریک از قوا است به نحوی که هیچ‌یک از نتواند به تفسیر و توسعه صلاحیت‌های خویش بپردازد و صرفاً موارد مصرح در قانون اساسی را به عنوان معیار تمیز و تفکیک صلاحیت‌ها قرار دهند. از یک‌سو قانونیت از لحاظ نظری به این مفهوم است که «حاکمیت قانون، مبنای موقعیتی است که در آن، شهروندان و مقامات، رفتار خود را با قواعد شناخته‌شده عمومی که پذیرفته شده و بر همگان الزام‌آور است تنظیم و کنترل می‌کنند»^۳ و از سوی دیگر، حاکمیت قانون در عمل و به‌طور مؤثر، با میزان اطمینان و باور شهروندان نسبت به دموکراتیک‌بودن فرآیند قانونگذاری مرتبط است.

1 . J. M. Moncrieffe, Accountability: Ideals, Constraints, Routledge Press, 2010, p.26.

2 . S. Nasstrom, The Legitimacy of the People, Sage Publication, 2007, p.626.

۳. مرکز مالمری، احمد، حاکمیت قانون، چاپ اول، نشر مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۸۵، صص. ۱۹۲-۱۹۱.

به نظر می‌رسد انتشار و عدم تمرکز قدرت و مشارکت در تصمیم‌گیری‌های حکومتی از ملزومات حاکمیت قانون محسوب می‌شود. برای جلوگیری از تمرکز قدرت و نفی قدرت نامحدود از چارچوب تقسیم قوا و تنوع‌بخشی به قدرت سیاسی استفاده می‌شود. حاکمیت قانون در حوزه حقوق، ناظر بر روابط افراد با یکدیگر و قوانین و در حوزه سیاست، ناظر به تحدید قدرت است. به عبارت دیگر، حاکمیت قانون، دارای دو وجه حقوقی و سیاسی است.^۱ در این رویکرد، چارچوب شکلی حاکمیت قانون، مورد توجه قرار گرفته است در حالی که ممکن است تمامی فرآیند شکلی مورد توجه قرار گیرد اما باور عمومی نسبت به درستی قوانین و مقررات با ابهام‌های اساسی مواجه باشد. تقسیم قوا و وظایف به‌تنهایی نمی‌تواند به‌عنوان عامل تعیین‌کننده و تضمینی مفید برای حاکمیت قانون باشد؛ در جایی که اراده مردم به‌طور ابتکاری و مؤثر در تصویب قوانین و مقررات لحاظ نشود.

۲-۲. تعادل قوا در قانون اساسی

در بسیاری از کشورها فرآیند قانونگذاری مبتنی بر چارچوب حقوقی است که در بستر نظام دموکراتیک صورت می‌گیرد و معمولاً به تأسیس قانونی مشروع منجر خواهد شد. بر همین مبنا فرآیند دموکراتیک در نظام سیاسی، همان عامل مشروعیت‌بخشی به مجموعه نهادها و قوانین تأسیس شده است.^۲ بر اساس اصول بنیادین دموکراسی، یکی از کارکردهای قانون اساسی، تعیین، تخصیص و توزیع قدرت میان نهادهای دولتی و کارگزاران سیاسی است. قانون اساسی در این کارکرد، نوعی تقسیم‌کار میان دستگاه‌ها و سیاستمداران ایجاد می‌کند که موجب استقرار نظام دموکراتیک می‌شود. بدیهی است تعارض و اختلاف بنیادین میان قانون اساسی و حقوق مردم به این مفهوم است که تخصیص و توزیع قدرت در قانون اساسی به‌طور کامل مورد پذیرش مردم یا بازیگران سیاسی قرار نگرفته است و با فقدان مشروعیت سیاسی مواجه است.^۳

از یک سو تأمین مشروعیت سیاسی به‌عنوان یکی از اهداف اصلی قانون اساسی است و قانون اساسی، منبعی برای توصیف و عینیت‌بخشی به ساختارهای جامعه سیاسی است که از این رهگذر، پیوندی میان نظام حقوقی و مجموعه قدرت سیاسی برقرار می‌شود به‌نحوی که قوانین اساسی به‌عنوان ترتیبات حقوقی در نظر گرفته می‌شوند

۱. زارعی، محمدحسین، «حاکمیت قانون در اندیشه‌های سیاسی و حقوقی»، نامه مفید، شماره ۲۶، ۱۳۸۰، صص. ۶۵-۶۶.

۲. T. Hedrick, Coping with Constitutional Indeterminacy: Jhon Rawls & Jurgen Habermas, Sage Publication Com, 2010, p.184.

۳. J. Raadt, Contested Constitution- Legitimacy of Constitution Making & Constitutional Conflict in Central Europe, Sage Publication, 2009, p.318.

که نظام سیاسی-حقوقی و مشروعیت مجموعه قدرت سیاسی را تولید می‌کنند. قانون اساسی اجازه می‌دهد قدرت در جامعه و ساختارهای سیاسی و حقوقی به‌عنوان عینیت موجه منتقل و از ضمانت اجرا برخوردار شود.^۱ از سوی دیگر، اساس برابری و آزادی، به چارچوب حقوقی و قالب نهادی نیاز دارد که معمولاً خطوط اصلی آن در قانون اساسی و نظریه نظارت و تعادل قوا مورد تأکید قرار می‌گیرد.^۲

عنوان فصل پنجم قانون اساسی به «حق حاکمیت ملت و قوای ناشی از آن» اختصاص یافته است و قانون اساسی قوای حاکم بر نظام سیاسی را ناشی از حق حاکمیت ملت اعلام کرده است. به عبارت دیگر، مفروض قانون اساسی این است که منشأ اقتدار و اعمال حاکمیت تمامی قوای حاکم در نظام جمهوری اسلامی ایران، مردم به‌عنوان اصیل و صاحبان قدرت هستند. این عبارت‌پردازی دقیقاً به مفهوم تفویض اختیار اداره کشور از سوی مردم به قوای حاکم در نظام سیاسی است. فصل پنجم قانون اساسی به ساختار قوای حاکم در نظام سیاسی و وظایف اصلی هریک از قوا پرداخته است.^۳ قانون ابزار اداره امور کشور در هر جامعه‌ای است و قدرت سیاسی برای تنظیم روابط در جامعه از قانون بهره می‌گیرد. بنابراین تحقق اهداف نظام اجتماعی و سیاسی به این است که جامعه سیاسی، قدرت عالی و تنها یک مرجع قانونگذاری وجود داشته باشد.^۴ در برداشت کلی از هر نظام سیاسی، آنچه به‌عنوان ضرورت در روابط میان مقننه و مجریه اهمیت دارد این نیست که آیا قوه مجریه بر قوه مقننه برتری دارد (یا بالعکس) بلکه باید بر تعاملات و خط‌مشی‌هایی که به‌وسیله قوا ارائه می‌شود تمرکز شود و درنهایت، ضرورتی برای تبیین برتری شکلی خاص از رابطه قوای مقننه و مجریه به نظر نمی‌رسد.^۵

به‌منظور اجرای قوانین و اداره مطلوب کشور، قوه مجریه از صلاحیت تصویب مقررات و آیین‌نامه‌ها برخوردار است و بهره‌مندی از اختیارات و صلاحیت تقنینی در سطح مقررات، جایگاه مهمی برای دولت به وجود می‌آورد. شناسایی صلاحیت تقنینی

1 . C. Thornhill, Niklas Luhmann & the Sociology of Constitution, Sage Press, 2010, p.326.

2 . H. Brunkhorst, Democratic Solidarity Under Pressure of Global Forces: Religion, Capitalism & - Public Power, Routledge Press, 2011, p.168.

۳. اصل ۵۸.

۴. راسخ، محمد، بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری، چاپ اول، انتشارات مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۴، ص. ۱۳۰.

۵. مزی، مایکل، «روابط قوای مقننه و مجریه»، ترجمه حسن وکیلان، مجلس و پژوهش، شماره ۵۲، ۱۳۸۵، ص ۲۱۴.

برای قوه مجریه این امکان را برای دولت به وجود آورده تا از ابتکار لازم در حوزه‌های سیاست‌گذاری، برنامه‌ریزی و مدیریت کلان کشور برخوردار شود و بدون نیاز به گذر از مراحل پیچیده و طولانی تصویب قوانین در پارلمان، مستقلاً مقررات مورد نیاز را تأمین کند. شناسایی قوه مجریه به‌عنوان مرجع اختصاصی و انحصاری در تصویب مقررات به‌عنوان ضرورت و استثنا مورد توجه قانون اساسی قرار گرفته است.

۲-۳. هماهنگی، تفکیک یا تداخل اختیارات قوای مقننه و مجریه

منظور از استقلال قوا این است که هیچ‌یک از قوا نتوانند مستقیم و رأساً در امور دیگری دخالت کنند. بدیهی است در مقایسه میزان اقتدار و حاکمیت در میان قوای سه‌گانه، قوه مقننه از قدرت و ابزار قانونگذاری و به تبع آن، نسبت به سایر قوا اقتدار بیشتری دارد؛ ضمن اینکه فاقد هرگونه مسئولیت سیاسی در برابر قوای مجریه و قضاییه است.^۱ این بدان معنا نیست که قوه ظاهراً برتر بتواند وارد حوزه اختیارات ذاتی و اختصاصی قوه دیگر شود. برخورداری از قدرت نظارت مقننه بر مجریه نمی‌تواند مجوزی قانونی برای دخالت یک قوه در امور قوه دیگر شود و مفهوم استقلال قوا با عنایت به تفاوت در جایگاه‌ها و صلاحیت‌ها مورد توجه قانون اساسی است.

دولت در مفهوم حقوقی، نهادی است که اداره کشور را طبق قانون برعهده دارد و این اصل، نه‌تنها ناظر بر قواعدی است که از خارج به محدودیت دولت توجه می‌کند بلکه شامل قواعدی هم می‌شود که دولت وضع کرده. قانون اساسی در رأس هرم حقوقی کشور، مهم‌ترین و بالاترین قانونی است که از خارج بر دولت حکومت دارد و اعمال همه قوای سه‌گانه- حتی قوه قانونگذاری- را هدایت می‌کند. پاسداری از قانون اساسی در واقع حمایت از دولت حقوقی در برابر دولت سیاسی و دولت خودکامه است^۲ و به همین دلیل است که کلیه مراجع قدرت- از جمله قوای سه‌گانه- باید در چارچوب اختیارات تفویضی مردم در قانون اساسی اعمال حاکمیت کنند و از این لحاظ، تفاوتی میان قوا وجود ندارد و قوه مقننه نیز باید متعهد به اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات کشور باشد. با توجه به شناسایی اصل عدم‌صلاحیت کارگزاران سیاسی و مراجع اعمال قدرت در حقوق عمومی، اصل بر این است که مراجع و ارکان قدرت و کارگزاران نظام، فاقد هرگونه صلاحیت در اداره امور کشور هستند مگر اینکه قانون اساسی به صلاحیت آنها تصریح کرده باشد و این اصل، یکی از ابزارهای مهم ضمانت اجرای تحقق حق حاکمیت

۱. عمید زنجانی، عباسعلی، حقوق اساسی ایران، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵، صص. ۲۷۵-۲۷۲.

۲. کاتوزیان، ناصر، مبانی حقوق عمومی، چاپ دوم، میزان، ۱۳۸۳، صص. ۱۲۲-۱۲۱.

مردم در فصل پنجم قانون اساسی است. بنابراین بدون تصریح مقنن اساسی، هیچ صلاحیت اضافی، تکمیلی، تفسیری یا تبعی برای مراجع قدرت، قابل شناسایی نیست. بدیهی است اصل قانونیت، مستلزم وضع قوانین در چارچوب صلاحیت‌های تفویضی است. از آنجاکه قانون اساسی در تبیین اختیارات سازمان‌ها و تشکیلات اساسی نقش انحصاری و تعیین‌کننده دارد، برای حفظ نظم و تنظیم روابط میان قوای حکومتی، هیچ‌یک از قوا و مراجع قدرت بر این مبنا که فرع نباید از اصل تجاوز کند، نباید به قانون مؤسس خود تجاوز کنند.^۱ بدیهی است قوای تأسیسی، صلاحیت و اعتبار ساختارهای قدرت را از قوه مؤسس کسب می‌کنند و به تبع آن، میزان مشروعیت اعمال قوا با اصول موردنظر قوه مؤسس سنجیده می‌شود. بنابراین بدون تطبیق اعمال هریک از قوا با اصول قانون اساسی، مشروعیتی برای اعمال حاکمیت آنان به وجود نخواهد آمد. بدیهی است هیچ نهاد و مرجعی - با برخورداری از هر میزان قدرت سیاسی - حق ورود به حوزه صلاحیت تقنینی پارلمان را ندارد و این ممنوعیت، مستند به لزوم رعایت اصل استقلال قوا و پاسداری از حق حاکمیت مردم در نحوه توزیع قدرت سیاسی است. این برداشت از اصل حق حاکمیت مردم در فصل پنجم قانون اساسی قابل تفسیر به حوزه صلاحیت‌های قوه مجریه نیز هست. به عبارت دیگر، هیچ‌یک از قوا و مراجع اعمال قدرت، حق ورود به حوزه صلاحیت‌های مجریه را ندارد و بر همین مبنا، مقنن اساسی به برخی اختیارات قاعده‌گذاری در قوه مجریه تصریح کرده است و قوه مقننه نمی‌تواند این صلاحیت را نادیده بگیرد یا آنکه به شوراها یا عالی اعطا شود به نحوی که موجب محرومیت یا محدودیت صلاحیت‌های مصرح در قانون اساسی برای قوه مجریه شود.

از نظر قوه مؤسس، پارلمان در جایگاه برترین یا مهم‌ترین قوه قرار داده نشده و تفوق هیچ‌یک از قوا بر دیگری مورد نظر مقنن اساسی نبوده است، بلکه تفاوت کارکردها موجب شده تا صلاحیت‌های متنوع و مختلف برای هریک از قوا در نظر گرفته شود. در فصل پنجم قانون اساسی به وضوح به قوای ناشی از حق حاکمیت مردم تصریح شده است و اعمال حق حاکمیت، صرفاً از طریق قوای سه‌گانه - بدون توجه به برتری یا ویژگی منحصر به فرد قوه دیگر - تأکید شده است. قدر متیقن این است که تعدی هریک از قوا در حوزه صلاحیت قوه دیگر، به «اصل حق حاکمیت مردم و قوای ناشی از آن» خدشه وارد خواهد کرد. اعمال حق حاکمیت مردم از نظر مقنن اساسی به این مفهوم است که حاکمیت مردم کامل و دقیق از سوی مجموعه قوای حاکم اعمال شود.

۱. راسخ، پیشین، صص. ۱۵۰-۱۴۹.

بنابراین هر اقدامی تحت عنوان دخالت قوا در امور یکدیگر، تحدید وظایف، تعرض به صلاحیت قوه دیگر یا ایجاد مانع برای اعمال حق حاکمیت کامل قوه دیگر، از مصادیق بارز نقض حق حاکمیت مردم محسوب می‌شود. حق حاکمیت مردم، قابل تجزیه و تفکیک از نیست و تفویض اختیار به قوای حاکم، صرفاً از باب تقسیم وظایف بوده است. در جایی که قوه‌ای با بهره‌مندی از توسعه یا تفسیر قدرت سیاسی خویش نسبت به اعمال محدودیت بر صلاحیت‌های قوه دیگر اقدام کند یا وارد حوزه صلاحیت‌های دیگری شود و در عمل، قوه‌ای را در موضع ضعف قرار دهد، این اقدام، قابلیت استناد به اراده قوه مؤسس را ندارد و در این خصوص، تضمینی مؤثر برای اعمال حق حاکمیت مردم وجود نخواهد داشت. بر همین اساس، اختیارات قوه مجریه در حوزه قاعده‌گذاری مورد توجه قانون اساسی قرار گرفته‌است و هیأت وزیران یا هریک از وزرا - به تناسب نظر پارلمان - از صلاحیت قانونی در وضع مقررات و آیین‌نامه‌های اجرایی برخوردارند. بدیهی است هیأت وزیران حق دارد تا در راستای تنظیم و مدیریت سازمان‌های اداری، انجام وظایف اداری یا تأمین اجرای قوانین از سازوکار وضع تصویب‌نامه یا آیین‌نامه برخوردار شود. مطابق اصول ۱۵۷ و ۱۵۸ قانون اساسی، صلاحیت دولت در حوزه تنظیم و مدیریت سازمان‌های اداری یا تأمین اجرای قوانین، مستلزم شناسایی اختیار لازم برای تحقق اهداف قانون اساسی است و در راستای انجام وظایف مربوط به قوه مجریه دولت، در تدوین و تصویب مقررات صلاحیت ذاتی دارد.^۱

استقلال قوا به‌طور مؤثر، مستلزم پابندی به اصل وحدت مقنن است و ضرورت دارد تا هیچ‌یک از قوا و مراجع قدرت نتوانند به حریم ذاتی و اختصاصی قوه دیگر تعدی کنند. بنابراین همان‌گونه که دولت، حق ورود به حوزه وضع قوانین را ندارد، قوه مقننه نیز نمی‌تواند صلاحیت‌های قاعده‌گذاری قوه مجریه را با تشکیل شوراهای عالی محدود کند. به عبارت بهتر، وضع مقررات و آیین‌نامه‌ها در نظام حقوقی ایران - به عنوان مرجعی عمومی در وضع مقررات با گستردگی حوزه کشوری - مختص قوه مجریه است و نباید این حق، حتی از طریق وضع قوانین توسط پارلمان محدود شود یا مانعی در راه ابتکار عمل یا در مسیر اعمال حاکمیت اختصاصی مجریه ایجاد کند. بنابراین پارلمان

۱. این فرض هم قابل تصور است که قانون اساسی، قصد اعطای صلاحیت انحصاری در تصویب مقررات به دولت را نداشته و به‌طور مثال، اجرای برخی از صلاحیت‌های اداری و اجرایی رئیس قوه قضاییه، مستلزم شناسایی حق وضع آیین‌نامه‌های اداری، اجرایی و مالی است و این امکان وجود دارد تا از مجموعه اصول مربوط به فصل یازدهم قانون اساسی استنباط شود که قوه قضاییه نیز قادر به تنظیم آیین‌نامه است.

نمی‌تواند ابتکار عمل قوه مجریه در چگونگی مدیریت و کیفیت اداره کشور را به دست گیرد یا محدودیتی بر آن ایجاد کند. یکی از مهم‌ترین ابتکارات قوه مجریه در اداره کشور، امکان بهره‌مندی کامل از وضع مقررات و آیین‌نامه در تنظیم و اداره امور اداری، اقتصادی، فرهنگی، اجتماعی و سیاسی است. قانون اساسی به پارلمان این اختیار را نداده است تا در نحوه مدیریت مجریه دخالت کند، در حوزه صلاحیت‌های دولت تغییر دهد یا دیدگاه استصوابی خود را اعمال کند و در غیر این صورت، باید در اصول مرتبط از جمله اصول مربوط به فصل ششم قانون اساسی یعنی قوه مقننه یا در فصل نهم یعنی قوه مجریه، به این اختیار ویژه تصریح می‌کرد و پارلمان را به دخالت در امور قاعده‌گذاری مربوط به مجریه - از طریق وضع قوانین - مجاز می‌دانست اما صلاحیت‌های پارلمان، به «حدود مقرر در قانون اساسی» محدود شده و صلاحیت نامحدود تقنینی برای مجلس در نظر گرفته نشده است.^۱ از سوی دیگر، می‌توان به محدودیت موجود در اصل ۵۷ قانون اساسی به‌عنوان لزوم رعایت استقلال قوا از یکدیگر و همچنین به محدودیت شرعی موجود در اصل چهارم قانون اساسی به‌عنوان مهم‌ترین خطوط اصلی در محدودیت اعمال تقنینی پارلمان اشاره کرد.

در مواردی که پارلمان، مستقلاً شوراهای عالی مرتبط با امور مجریه تأسیس کند، ظاهر در این است که مقنن، قصد شناسایی صلاحیت تقنینی و سیاست‌گذاری برای شوراهای عالی را داشته است. این قانونگذاری به این معنا تلقی می‌شود که تشکیل شورا از سوی پارلمان، مسقط حق دولت در تأسیس همان شورا و با همان کیفیت و صلاحیت نخواهد شد و به همین دلیل است که مقنن در تأسیس این شوراها، ریاست دولت بر شوراها را شناسایی کرده است. قدر متیقن این است که دولت، اختیار خود را به این دسته از شوراهای عالی تفویض نکرده و پارلمان نیز فاقد صلاحیت در تأسیس قدرتی هم‌عرض با اختیارات مجریه است. این احتمال وجود دارد که مبنای تأسیس شوراهای عالی که توسط پارلمان و برای امور مستقل و مرتبط با قوه مجریه تشکیل یافته است انتقال اختیار از مجریه به نهاد جدید و مستقلاً به نام شوراهای عالی باشد. در این صورت، معلوم نیست پارلمان مطابق با کدام‌یک از اصول قانون اساسی از اختیارات دولت کاسته است.

قوه مقننه برای تعداد قابل توجهی از شوراهای عالی کشور، صلاحیت‌های سیاست‌گذاری و تقنینی قرار داده و عملاً در قوه مجریه، تحولی تحت عنوان «تغییر تعادل در نظام سلسله‌مراتب اداری و سیاسی» به وجود آورده است. این تحول بدان

۱. اصل ۷۱.

معناست که قبل از تأسیس شوراهای عالی توسط قوه مقننه، قدرت سیاسی مرتبط با مجموعه قوه مجریه، تحت نظر رئیس جمهوری در دولت متمرکز بود و از آنجا مطابق نظام سلسله مراتب اداری و سیاسی به بخش‌ها و تشکیلات مورد نظر رئیس جمهوری و هیأت وزیران تفویض می‌شد اما کماکان قدرت سیاسی و اداری از هیأت وزیران و رئیس جمهوری ناشی می‌شد و نظارت سلسله مراتبی نیز بر واحدهای زیرمجموعه دولت اعمال می‌شد.

ظاهر در این است که عملاً با انتقال اختیار مجریه به مرجعی ثالث با عنوان شورای عالی مواجهیم. در تفویض اختیار، امکان عدول از تفویض برای مرجع تفویض کننده صلاحیت وجود دارد و در واقع، منشأ اعطای حق، همواره این اختیار را خواهد داشت تا از اختیار تفویضی خود به مرجع دیگر، صرف نظر و آن را مسترد کند اما درباره دولت، چنین اختیاری، حداقل در شوراهای عالی که مجلس به تأسیس آن‌ها همت کرده وجود ندارد. بدیهی است قدرت سیاسی مستقل و جداگانه‌ای وجود نداشته تا مجلس بتواند آن را در اختیار تشکیلاتی تحت عنوان شوراهای عالی قرار دهد بلکه این قدرت سیاسی به صورت ذاتی متعلق به مجریه است اما پارلمان، اختیارات دولت را محدود و در آن نقص ایجاد کرده و بر قدرت سیاسی خود افزوده است.

به عبارت دیگر، پارلمان پس از تعیین حوزه‌های سیاست‌گذاری متنوع و تخصصی و انتزاع آن از حدود صلاحیت دولت، عملاً هیأت وزیران را در موقعیتی ضعیف قرار داده است. از سوی دیگر، هیأت وزیرانی متعدد با منشأ قدرتی غیرمرتبط با قوه مجریه به وجود آمده است که ابتکار و اختیار دولت را در وضع مقررات محدود کرده و در نتیجه، تعادل و استقلال قوا مخدوش و این تحول، موجب افزایش قدرت سیاسی یک قوه و کاهش قدرت قوه دیگر شده است. شوراهای عالی، واجد جایگاه سیاسی و اداری مستقل از دولت است و به تبع آن، از قدرت سیاسی مستقل در سیاست‌گذاری و امور تقنینی نیز بهره می‌جوید.

بنابراین با انتزاع بخشی از قدرت سیاسی قوه مجریه مواجهیم که این قدرت به شوراهای عالی واگذار شده است. با توجه به تحلیل جایگاه و اختیارات هریک از قوا به نظر می‌رسد اقدام پارلمان در ایجاد شوراهای عالی اجرایی برای مجریه و تعیین چارچوب و اختیارات شوراها، دخالت آشکار پارلمان در نحوه مدیریت مجریه محسوب می‌شود و به همین دلیل با هیچ‌یک از اصول مرتبط در قانون اساسی مطابقت ندارد.

۲-۴. لزوم تفکیک صلاحیت‌های وزرا از سایر اشخاص در ترکیب شوراهای عالی اجرایی

در رویه نظام حقوقی ایران، ظاهراً شوراهای عالی، بخشی از قوه مجریه است و عمدتاً در قالب شوراهای اجرایی از آن‌ها نام برده می‌شود. حضور رئیس‌جمهوری یا برخی موارد، وزرا و رؤسای دستگاه‌های اجرایی کشور در رأس شوراهای عالی و همچنین لزوم تأیید مصوبات شوراها از سوی رئیس‌جمهوری، جملگی نمی‌تواند انتساب آن‌ها را به دولت احراز کند، ضمن اینکه اجرایی‌بودن شوراها به‌عنوان مهم‌ترین کارکرد آنها موردنظر مقنن نبوده بلکه جایگاه تقنینی آن‌ها از اهمیت بیشتری برخوردار است به‌نحوی که در عمل می‌توان آن‌ها را کنار مراجع تقنینی کشور قرار داد.

وضعیت فعلی شوراها و مخصوصاً شوراهایی که به اراده پارلمان تأسیس می‌شوند و دولت، نقشی در حیات حقوقی‌شان نداشته گویای این حقیقت است که آن‌ها نمی‌توانند در طبقه‌بندی اجزای دولت قرار گیرند و قدر متیقن این است که ارتباطی با زیرمجموعه‌های دولت در ساختار مجریه ندارند. اعطای شخصیت حقوقی مستقل از دولت به شوراهای عالی توسط پارلمان، مهم‌ترین دلیل استقلال آن‌ها از بدنه دولت است. با توجه به اینکه حیات حقوقی این دسته از شوراهای عالی از پارلمان نشأت گرفته و انحلال‌شان نیز در اختیار دولت نیست و از سوی دیگر، شوراها در سلسله‌مراتب سیاسی و اداری دولت نیز قرار نمی‌گیرند بنابراین معلوم نیست که به چه استنادی می‌توان آن‌ها را بخشی از مجریه یا دولت تلقی کرد. این شوراها از جنس کمیسیون‌های مرکب از چند وزیر هم نیستند تا دولت بتواند در موارد نیاز از تفویض اختیار خویش بازگردد و اداره مؤثر آنها را در دست گیرد، بلکه دولت صرفاً در ترکیب اعضای شوراها حضور دارد و تنها امضای مصوبات شوراها توسط رئیس‌جمهوری به مفهوم نظارت بر مصوبات آن‌هاست و در سلسله‌مراتب اداری شوراهای عالی به زیرمجموعه دولت ختم نمی‌شوند.

در فرض مذکور، ظاهراً باید این استنباط از اصول قانون اساسی به عمل آید که تأثیر اقتدار پارلمان بر مجریه به نحوی است که این اختیار را به پارلمان می‌دهد تا با ابزار وضع قانون، بخشی از ابتکارات مجریه در اداره کشور را سلب و به نهادی دیگر تفویض کند. به عبارت دیگر، پارلمان واجد چنان صلاحیتی است که می‌تواند نسبت به تکثیر و توزیع اقتدار سیاسی در حوزه دولت اقدام کند و این اختیار در عمل از توابع صلاحیت‌های ذاتی پارلمان در نظر گرفته شده است. تفسیر موسع از اختیارات پارلمان

و تجویز دخالت مجلس در مدیریت بخشی از صلاحیت‌های مجریه، به مفهوم تولید و بازتولید قدرت سیاسی و اداری در قالب شوراهای عالی از سوی پارلمان است و در نتیجه به تورم قدرت در یک‌قوه منجر خواهد شد و در طرف مقابل تحلیل و تضعیف اختیارات ذاتی و سازمانی قوه دیگر دیده می‌شود. اگر فرض مذکور را نتوان با اصول قانون اساسی تطبیق داد، چالش و ابهام در اعتبار اعمال قدرت سیاسی توسط شوراهای عالی پیش خواهد آمد. تردیدی وجود ندارد که استناد به اصول قانون اساسی و به‌منظور اعتبار بخشی به اقدام پارلمان در مدیریت قسمتی از مجریه، محل مناقشه است اما قدر متیقن این است که دولت به‌عنوان مرجع قانونی وضع مقررات عام، در قانون اساسی شناسایی شده و اثری از جواز دخالت مجلس در مدیریت بخشی از صلاحیت‌های دولت مشاهده نمی‌شود.

از سوی دیگر، دولت به‌عنوان مرجع اختصاصی در وضع مقررات عام، از اختیاری نامحدود در حوزه قاعده‌گذاری برخوردار نیست. قاعده لازم‌الاتباع این است که تنها در چارچوب اشخاص موردنظر مقنن اساسی یعنی وزیر، تعدادی از وزرا و هیأت وزیران، امکان وضع مقررات وجود دارد. از تأکید قانون اساسی، قید حصری بودن اشخاص مذکور برای وضع مقررات استنباط می‌شود و این تأکید تا جایی است که معاون اول رئیس‌جمهوری نیز صرفاً در غیاب رئیس‌جمهوری از حق رأی در تصمیم‌گیری‌های دولت و از جمله تصویب مقررات برخوردار است و در زمان حضور رئیس‌جمهوری، نقشی در تصویب مقررات نخواهد داشت. قانون اساسی تا آنجا پیش رفته است که اختیاری برای رئیس‌جمهوری در وضع مقررات، نشناخته است، بلکه رئیس‌جمهوری صرفاً در ترکیب هیأت وزیران می‌تواند از صلاحیت تقنینی برخوردار شود. با توجه به این حساسیت قانون اساسی این قاعده استخراج می‌شود که صرفاً وزیر یا ترکیبی از وزرا حق وضع مقررات در کشور را دارند. بنابراین تنها وزرا می‌توانند به‌عنوان واضع مقررات در ترکیب شوراهای عالی حضور داشته باشند و سایر اشخاص نمی‌توانند از حق رأی در تصمیم‌گیری شوراها برخوردار شوند. این قاعده به‌قدری در قانون اساسی واضح است که حتی قوانین عادی نیز نمی‌توانند بر آرای اشخاص غیر وزیر تأثیر قانونی داشته باشد. بنابراین تعیین هرگونه اثر قانونی بر آرای غیر وزرا در ترکیب شوراهای عالی با مفاد و روح اصول قانون اساسی ناسازگار است.

با پذیرش این قاعده، تنها مصوباتی قانونی تلقی می‌شود که صرفاً از آرای وزرا ناشی شده باشد. در این صورت، شأن مصوبات شوراهای عالی، همسان با مصوبات هیأت وزیران می‌شود، در جایگاه مقررات کشور قرار می‌گیرد و از شأنی مادون قانون برخوردار

خواهد شد. بنابراین در سلسله مراتب منابع حقوقی ایران، پس از قانون اساسی و قوانین عادی می‌توان از مجموعه مقررات کشور نام برد و به همین دلیل لازم است مصوبات شوراهای عالی با قوانین مجلس شورای اسلامی مغایرت نباشد. در صورتی که آرای کلیه اعضای شوراهای عالی، اعم از وزرا و اشخاص عادی به عنوان معیار در تصویب مقررات شوراهای عالی تلقی شود نمی‌توان با اطمینان کامل از قانونی بودن مصوبات شوراهای عالی سخن گفت و احتمال انحراف از مقصود مقنن اساسی به ذهن متبادر می‌شود. این انحراف، وقتی پررنگ می‌شود که هنوز نهاد مفسر قانون اساسی، آرای غیر وزرا را قانونی اعلام نکرده است. لذا جایگاه این دسته از مصوبات در سلسله منابع حقوقی ایران با ابهام مواجه است.

۳. نظارت بر عملکرد شوراهای عالی اجرایی

از یک سو قانون اساسی باید تضمیناتی بیندیشد که کسی یارای تجاوز به آن اصول را نداشته باشد. قانون اساسی در تارک هرم نظام قانونی در هر کشور است و باید آن را در مقابل تجاوزهای احتمالی قوه مجریه، مقننه و قضاییه حفظ کرد.^۱ از سوی دیگر، بازبینی اجزای حکومتی بر یکدیگر، عنصری ضروری است که در تکمیل دو عنصر دیگر یعنی حاکمیت قانون و تفکیک قوا قرار می‌گیرد. این سه در کنار یکدیگر، شرط لازم برای ایجاد زمینه‌های برقراری نظام عادلانه را فراهم می‌آورند.^۲

۳-۱. ماهیت شوراهای عالی اجرایی

شوراهای عالی مستقر در قوه مجریه با هر منشأ تأسیسی از صلاحیت قاعده‌گذاری معین، قدرت تصمیم‌گیری و سیاست‌گذاری برخوردارند. بنابراین شوراها با ماهیتی سیاسی-اداری صلاحیت‌های معین و محدود در حوزه‌های سیاست‌گذاری و قاعده‌گذاری دارند. شناسایی صلاحیت‌های عام در حوزه‌های تخصصی و معین، عملاً شوراها را در جایگاه واضع مقررات با صلاحیت عام و با حوزه‌های مشخص و تخصصی قرار داده است. بدیهی است مصوبات شوراها در حوزه عمومی برای مردم، حق و تکلیف ایجاد می‌کند و این نهادها از ویژگی یک مرجع عالی و انحصاری در حوزه سیاست‌گذاری و قاعده‌گذاری برخوردارند. شوراهای عالی، بخشی از قوه مجریه هستند که در نگاه کلی و برخلاف اصل استقلال قوا به امور سیاست‌گذاری و قاعده‌گذاری در موارد خاص می‌پردازند اما این صلاحیت به عنوان اختیار فرعی، استثنایی و تبعی مورد

۱. کاتوزیان، ناصر، مبانی حقوق عمومی، چاپ دوم، میزان، ۱۳۸۳، صص. ۱۲۵-۱۲۴.

۲. راسخ، محمد، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، چاپ نخست، دراک، ۱۳۸۸، ص. ۲۶.

توجه مقنن است. شوراهای عالی در نظام حقوقی ایران از صلاحیت قاعده‌گذاری و سیاست‌گذاری برخوردارند به‌نحوی که هدف از تأسیس این شوراهای، پرداختن به حوزه‌های سیاست‌گذاری و وضع مقررات در موارد معین و مرتبط با وظایف قوه مجریه است. در مواردی که دولت رأساً شوراهای عالی تشکیل دهد به نظر می‌رسد مقصود دولت، تنها در قالب تأسیس حقوقی تفویض اختیار، محقق می‌شود.

۳-۲. فعالیت‌های تخصصی و اداری شوراهای عالی اجرایی

در راستای تخصصی‌کردن امور سیاست‌گذاری، مراجعی تحت عنوان شوراهای عالی اجرایی تشکیل شده که از صلاحیت وضع مقررات برخوردارند. از سوی دیگر، برخورداری از تشکیلات مستقل اداری لازمه امور تصمیم‌گیری و قاعده‌گذاری است تا نسبت به انجام اقدامات اداری لازم برای پیگیری مصوبات اقدام شود و به همین منظور، شوراهای عالی، معمولاً از دبیرخانه مستقل در ساختار خویش برخوردارند.

به‌عنوان نمونه شورای عالی آموزش و پرورش، یکی از شوراهای مهم حوزه آموزشی است که مرجع سیاست‌گذاری در حوزه وظایف آموزش عمومی و متوسطه در چارچوب سیاست‌های کلی نظام و قوانین و مقررات موضوعه به شمار می‌رود و سازمان اداری آن با بودجه و تشکیلات مستقل، زیر نظر شورای عالی آموزش و پرورش فعالیت می‌کند. ریاست شورای عالی آموزش و پرورش با رئیس‌جمهوری و در غیاب وی با وزیر آموزش و پرورش است. سازمان اداری شورای عالی آموزش و پرورش، دارای دبیرکل هم‌ردیف معاون وزیر است که سمت دبیری شورا را بر عهده دارد. مصوبات این شورا در حدود اختیارات قانونی برای مؤسسات ذی‌ربط لازم‌الاجراست و مصوبات شورا پس از تأیید رئیس شورا توسط دبیرکل به مؤسسات مربوطه ابلاغ خواهد شد. هرگونه اصلاح یا تغییر در مفاد و ساختار شورا با موافقت دوسوم اعضای شورا و تصویب نهایی پارلمان ممکن است.^۱

شورای عالی آموزش و پرورش به‌عنوان مرجع اختصاصی در سیاست‌گذاری آموزشی و پرورشی کشور و مرجع تصویب تمام مقررات آموزشی و پرورشی کشور، شناخته شده و عملاً از صلاحیت‌های هیأت وزیران یا وزیر آموزش و پرورش در تنظیم مقررات آموزشی و پرورشی کشور برخوردار است. مطابق قانون مذکور، چنانچه دولت، قصد ورود به حوزه اختصاصی شورای عالی آموزش و پرورش را داشته باشد باید قبلاً

۱. قانون تشکیل شورای عالی آموزش و پرورش مصوب جلسات مورخ ۱۳۵۸/۱۱/۲۷ و ۱۳۵۹/۲/۱۰ شورای انقلاب اسلامی ایران و جلسات - مورخ ۱۳۶۵/۹/۲۵ و ۱۳۸۱/۷/۲۹ مجلس شورای اسلامی.

طرح موردنظر را به تصویب شورای عالی آموزش و پرورش برساند. شناسایی صلاحیت‌های سیاست‌گذاری و تنظیم و تصویب مقررات معین در حوزه آموزش و پرورش از سوی قوه مقننه برای یک شورای عالی مستقل می‌تواند به منزله دخالت قوه مقننه در وظایف اختصاصی و ساختار قوه مجریه تلقی شود؛ به نحوی که عملاً تشکیلات شوراهای عالی در طول قوه مجریه قرار ندارد بلکه در عرض قوه مجریه قرار داده شده است.

ملاحظه شرح وظایف و اختیارات شورای عالی آموزش و پرورش، مؤید شناسایی صلاحیت‌های قاعده‌گذاری و سیاست‌گذاری از سوی پارلمان برای این شورا است و در راستای انجام وظایف محوله از تمامی اختیارات اداری لازم برای ابلاغ، پیگیری و نظارت بر اجرای مصوبات خود برخوردار است و عملاً استقلال اداری دارد. ترکیب شورای عالی آموزش و پرورش نیز قابل توجه است. اعضای اصلی شورا شامل رئیس‌جمهوری، شش وزیر، ۱۵ نفر شامل معاون رئیس‌جمهوری، دبیرکل شورای عالی آموزش و پرورش، نماینده حوزه علمیه، رئیس سازمان آموزش فنی و حرفه‌ای کشور، سه صاحب‌نظر در رشته‌های مختلف درسی، سه عضو هیأت علمی دانشگاه‌ها، سه نماینده از سوی معلمان و مدیران مدارس، رئیس پژوهشکده تعلیم و تربیت آموزش و پرورش و یکی از مدیران کل آموزش و پرورش استان‌هاست که جملگی دارای حق رأی برابر هستند. تشکیل کمیسیون‌های تخصصی ذیل شورای عالی آموزش و پرورش و اختیارات وسیع دبیرخانه شورا در حوزه‌های اداری و تأمین پرسنل موردنیاز برای دبیرخانه از دیگر اختیارات شورای مذکور محسوب می‌شود.

صرف‌نظر از ابهام صلاحیت پارلمان در تأسیس شوراهای عالی اجرایی که به محدودیت صلاحیت‌های ذاتی مجریه منتهی می‌شود، قدر متیقن این است که شوراهای عالی اجرایی در عمل نیز با مشکلات و چالش‌های متعدد مواجه هستند زیرا تأسیس و تشکیل نهادهای تصمیم‌گیر جمعی در ایران بدون هماهنگی و توجه به رویکردهای فرابخشی و بین‌بخشی صورت گرفته که به تداخل وظایف و صلاحیت‌ها منجر شده است به نحوی که نهادها و مراجع تصمیم‌گیر جمعی در حوزه‌های مشابه وجود دارد. برای نمونه می‌توان در حوزه فرهنگ به صلاحیت‌های موازی شورای عالی

میراث فرهنگی، شورای فرهنگ عمومی، شورای عالی انقلاب فرهنگی و شورای عالی فرهنگ و آموزش عالی اشاره کرد.^۱

شوراهای عالی مرتبط با قوه مجریه از ویژگی‌های مشترک و نزدیک به شورای عالی آموزش و پرورش برخوردارند و تفاوتشان در حوزه وظایف و صلاحیت تخصصی یا ترکیب شورا با حضور رئیس‌جمهوری و در مواردی بدون حضور رئیس‌دولت است که با بهره‌مندی از وزرا و رؤسای دستگاه‌های تخصصی اداره می‌شوند. وجود صلاحیت‌های لازم برای سیاست‌گذاری و تصویب مقررات در حوزه‌های معین و همچنین حضور تعداد قابل‌توجهی از اشخاص غیر وزیر در ترکیب شوراها از نقاط مشترک شوراهای عالی محسوب می‌شود.

۳-۳. نظارت مراجع صلاحیت‌دار بر مصوبات قوه مجریه

مطابق قانون اساسی، مفاد مقررات دولت نباید با متن و روح قوانین مخالف باشد و به همین منظور، تصویب‌نامه‌های دولت و مصوبات کمیسیون‌های دولت، ضمن ابلاغ برای اجرا به اطلاع رئیس مجلس می‌رسد تا در صورتی که آنها را خلاف قوانین بیابد با ذکر دلیل برای تجدیدنظر به هیأت وزیران بفرستد.^۲ مصوبات دولت و کمیسیون‌های مربوطه باید ظرف یک‌هفته از تاریخ تصویب به اطلاع رئیس مجلس برسد. در صورتی که مصوبات دولت، مغایر قانون تشخیص داده شود حسب مورد، هیأت وزیران یا کمیسیون مربوطه مکلف است ظرف یک هفته پس از اعلام‌نظر رئیس مجلس به اصلاح آن اقدام و دستور فوری توقف اجرای مصوبه را صادر کند.^۳ این نوع نظارت-که از آن به‌عنوان نظارت اطلاعاتی نام برده می‌شود- در کنار سایر نظارت‌های پارلمان، جایگاه خاصی برای قوه مقننه در مقابل سایر قوا ایجاد کرده است اما باید توجه داشت سیطره سیاسی و نظارتی مجلس، یک‌طرفه و مطلق نیست بلکه قانون اساسی، نوعی توازن متقابل پیش‌بینی کرده است که با توجه به اصول ۸۶ و ۱۱۳ قانون اساسی ایران می‌توان به این توازن پی‌برد.^۴

۱. مشهدی، علی، و مسعود فریادی، حقوق شوراهای اداری، معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ۱۳۸۹، ص. ۱۶۹.

۲. اصول ۸۵ و ۱۳۸.

۳. قانون نحوه اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی، مصوب ۱۳۶۸/۱۰/۲۶ مجلس شورای اسلامی و اصلاحی ۱۳۸۸/۲/۹.

۴. زارعی، محمدحسین، «جایگاه نظارتی مجلس و اصول حاکم بر آن»، مجلس و پژوهش، شماره ۴۸، ۱۳۸۴، صص. ۲۸۰-۲۸۱.

۳-۴. عدم نظارت مؤثر بر مصوبات شوراهای عالی اجرایی

نظارت مؤثر به این معناست که ضرورت دارد مجموعه‌ای از عناصر و اصول سازنده نظام حقوق اساسی به‌عنوان مقدمه لازم فراهم شود تا نظارت در معنای مدرن پا به عرصه وجود گذارد و کارکرد موردنظر را محقق کند. در همین راستا حداقل می‌توان به دو عنصر مؤلف پیش از نظارت در نظام حقوق اساسی یعنی حاکمیت قانون و تفکیک قوا اشاره کرد که وجود یکی از آنها بدون دیگری، موجب نقص و ناکارآمدی نظام سیاسی و حقوقی می‌شود.^۱

ظاهر این است که شوراهای عالی در ارسال مصوبات خود به پارلمان تکلیفی ندارند و، قدرت قانونی و اجرایی لازم را با تأیید رئیس‌جمهوری کسب می‌کنند. بنابراین در مرحله اول، رئیس‌جمهوری مرجع نظارتی، حاکم بر مصوبات شوراهای عالی نظارت محسوب می‌شود. از سوی دیگر، مطابق اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی و همچنین قانون دیوان عدالت اداری، کلیه مصوبات و مقررات دولت، تحت نظارت قضایی دیوان عدالت اداری قرار می‌گیرد و در صورتی که مخالفتی با قانون داشته باشند ابطال خواهد شدند. هر شخص می‌تواند ابطال مصوبات خلاف قانون را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند و قضات دادگاه‌ها نیز از اجرای مقررات مخالف با قوانین خودداری خواهند کرد. مطابق این قاعده، کلیه مصوبات شوراهای عالی نیز در دیوان عدالت اداری قابل ابطال است.

کیفیت و نحوه نظارت بر عملکرد شوراهای عالی در مصوبات مجلس شورای اسلامی مشاهده نمی‌شود و نظر به استقلال شوراها از بدنه دولت، نظارت دولت نیز محدود بر تأیید مصوبات شوراها خواهد شد. بخش‌های تخصصی مربوط به صلاحیت شوراهای عالی کشور از مهم‌ترین حوزه‌های تخصصی در اداره مجریه محسوب می‌شوند و به این دلیل، ایجاد وقفه در روند فعالیت آن‌ها و تحت عنوان نظارت دولت بر شوراهای عالی، عملاً و به‌طور مؤثر، مقدور نیست و به عملکرد مجموعه دولت آسیب خواهد رساند. بنابراین نظارت شکلی رئیس‌جمهوری در تأیید مصوبات شوراهای عالی نمی‌تواند عامل تعیین‌کننده در نظارت بر عملکرد آن‌ها تلقی شود. ممکن است مصوبات شوراهای عالی با سیاست‌ها و مصوبات هیأت وزیران منطبق نباشد و از این جهت، ابزار قانونی مناسبی برای رفع تعارض آن‌ها پیش‌بینی نشده است. پارلمان، شوراهای عالی را مکلف به تبعیت از دیدگاه‌ها و آیین‌نامه‌های مصوب دولت نکرده بلکه نهادی تخصصی و مستقل

۱. راسخ، محمد، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، چاپ اول، دراک، ۱۳۸۸، ص. ۲۲.

در عرض هیأت وزیران ایجاد شده و به همین دلیل، نظارت دولت بر عملکرد شوراهای عالی، محل تردید است. تعدد مراجع تقنینی و سیاست‌گذاری مرتبط با قوه مجریه که اختیار و مدیریت آنها از دولت سلب شده باشد به تعارض و ناهماهنگی میان مراجع واضح مقررات منجر می‌شود و این میان، کیفیت تحقق حقوق و تکالیف شهروندان نیز با ابهام مواجه خواهد شد.

با وجود خلأ نظارتی مؤثر بر عملکرد شوراهای عالی، دیوان عدالت اداری تنها مرجعی است که می‌تواند بر بخشی از تصمیم‌گیری‌های شوراهای عالی اداری - در حوزه تصویب مقررات - اقدام کند. دیوان به دو طریق بر آیین‌نامه‌ها، مصوبات و مجموعه نظامات و مقررات دولتی از جمله مصوبات شوراهای عالی نظارت می‌کند. نخست، دیوان زمانی مجاز به رسیدگی و ابطال مقررات شوراهای عالی است که اشخاصی ابطال آن را به دلیل مغایرت با قانون یا شرع درخواست کرده باشند و طریق دوم اینکه چنانچه رئیس قوه قضاییه یا رئیس دیوان، به هر نحو از مغایرت یک مصوبه با شرع یا قانون یا خروج آن از اختیارات مقام تصویب‌کننده مطلع شوند موظفند موضوع را در هیأت عمومی دیوان مطرح و ابطال مصوبه را درخواست کنند. بنابراین نظارت بر مصوبات شوراهای عالی اداری به صورت فراگیر یا منظم به عمل نمی‌آید بلکه به صورت موردی اجرا می‌شود. با وجود تراکم و تورم در وضع مقررات و آیین‌نامه‌های دولتی، امکان نظارت مؤثر از طریق دیوان عدالت اداری ممکن به نظر نمی‌رسد و به همین دلیل لازم است کلیه مصوبات شوراهای عالی برای تطبیق با قوانین به اطلاع رئیس مجلس برسد تا در صورت تشخیص مغایرت آن‌ها با قوانین نسبت به اعمال نظارت پارلمانی - همانند مصوبات دولت - اقدام کند. در این میان، لازم است که نظارت دولت بر مصوبات شوراهای عالی نظام‌مند و مؤثر باشد و صرفاً به لزوم تأیید مصوبات توسط رئیس‌جمهوری بسنده نشود. در قوانین مربوط به شوراهای عالی پیش‌بینی نشده چنانچه آرای مجموع اعضای دولت در ترکیب شوراها - که در موارد متعدد کمتر از اعضای غیردولتی است - برخلاف آرای کثیر اعضای غیروزیر باشد آیا رئیس‌جمهوری، همواره می‌تواند از ابزار عدم تأیید مصوبات شوراها برای حاکمیت دیدگاه‌های دولت استفاده کند؟ اگر پاسخ به این سؤال مثبت باشد تأثیر حضور اشخاص غیر وزیر و آرای آنان در ترکیب شوراهای عالی بی‌معنا می‌شود و اصولاً تأسیس شوراهای عالی از سوی مقنن نیز اقدامی عبث جلوه خواهد کرد. در صورتی که آرای اشخاص غیروزیر معیار تصمیم‌گیری مورد توجه قرار گیرد - همان‌گونه که در قوانین مربوط به شوراها وجود دارد - چگونه می‌توان بین دیدگاه‌های دولت و اکثریت اعضای غیروزیر هماهنگی ایجاد

کرد تا به تداخل یا تعارض سیاست‌های دولت و شوراهای عالی منجر نشود که البته مقنن از نکته غفلت کرده است. از سوی دیگر، مصوبات شوراهای عالی، توسط دبیرخانه شورای مربوطه به دستگاه‌های مجری ابلاغ می‌شود و در این میان، چالشی تحت عنوان نحوه تطبیق این مصوبات با سیاست‌های کلی نظام یا قوانین برنامه پنج‌ساله نیز وجود دارد که در این تحقیق مجال پرداختن به آن نیست.

نتیجه

مسائل و ابهام موجود در جایگاه شوراهای عالی و تصمیم پارلمان به مدیریت بخشی از دولت در قالب تأسیس شوراهای عالی و با بهره‌مندی از ابزار وضع قوانین، جملگی از ابهام در تشخیص امور تقنینی از امور اجرایی نشأت می‌گیرد. توجه به اصل استقلال قوا به‌عنوان یکی از مهم‌ترین ابزارهای حفاظت از حقوق اساسی و حاکمیت قانون مورد توجه و تأکید قانون اساسی قرار گرفته است به‌نحوی که با ابزار قانون نیز نمی‌توان محدودیت یا تعرضی بر شیوه حاکمیت مردم - مطابق با آنچه خود تبیین کرده‌اند - ایجاد کرد و تعرض هریک از قوا به حوزه اختیارات قوه دیگر به‌منزله تضعیف حاکمیت مردم و قوای ناشی از آن محسوب می‌شود. تضعیف یک‌قوه توسط قوه دیگر، به‌منزله تقابل با اصول مندرج در فصل پنجم قانون اساسی است. تنظیم و تصویب برخی اصول قانون اساسی و پیش‌بینی جزئیات و نحوه اعمال قدرت سیاسی از طریق استقلال قوا بر این فرض اجماعی استوار است که این‌روش به بهترین صورت، منافع و حاکمیت مردم را تأمین می‌کند. بنابراین تعیین اقتدار عالی برای یک‌قوه و تحلیل قوه دیگر نسبت به سایر قوا مطلقاً مورد نظر قانون اساسی نیست. مهم‌ترین کارکرد قانون اساسی، تنظیم روابط قدرت و ساختارهای ناشی از آن و همچنین تضمین حقوق مردم از جمله حاکمیت قانون است و اصول قانون اساسی وقتی به مرحله عمل درخواهد آمد که ابتدا محدودیت‌های قانونی در حوزه اختیارات قوا مشخص شود.

هیچ‌یک از قوا به دلیل انتساب به آرای مردم نمی‌تواند از روش و مجرای تعیین‌شده در راستای اعمال قدرت سیاسی عدول کند یا حوزه صلاحیت خود را توسعه دهد یا تغییری در آن ایجاد کند که مورد نظر قوه مؤسس نبوده است. بنابراین در موارد تشکیک میان اختیارات یک قوه که در قانون اساسی به آن پرداخته نشده، اصل بر فقدان هرگونه اختیار اضافی است. بدیهی است که به قطع نمی‌توان فهرستی کامل از مصادیق امر قانونگذاری و اجرایی احصا کرد اما اصول حقوقی می‌تواند راهنمای پارلمان و قوه مجریه باشد تا قوا با تبیین و احصای اعمال قانونگذاری از اجرایی، به اصل حاکمیت قانون متعهد شوند.

به نظر می‌رسد اختیارات رئیس‌جمهوری در قانون اساسی با آنچه در افکار عمومی به‌عنوان دومین مقام عالی کشور و ریاست بر نظام جمهوری مطرح می‌شود قابل انطباق نیست و به همین دلیل، اختیارات رئیس‌جمهوری در مقایسه با پارلمان یا برخی ساختارهای قدرت، مرتبه‌ای نازل‌تر دارد. لازم است قوه مقننه با همکاری قوه مجریه و با

نظارت شورای نگهبان، راهکارهای تشخیص امور تقنینی از اجرایی را تعیین کنند و به مصادیق اعمال تقنینی و اجرایی مندرج در قانون اساسی محدود نشود. نهاد مفسر قانون اساسی نیز می‌تواند از طریق تفسیر قانون اساسی به اشکالات موجود در اختلاط برخی حوزه‌های تقنینی و اجرایی پایان دهد. مجلس نیز می‌تواند از طریق بررسی و تصویب قانون نحوه اجرای اصل ۷۱ قانون اساسی به حل این مشکل اهتمام ورزد.

منابع :

- راسخ، محمد، بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری، چاپ اول، مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۸۴.
- _____، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، چاپ اول، دراک، ۱۳۸۸.
- زارعی، محمدحسین، «جایگاه نظارتی مجلس و اصول حاکم بر آن»، مجلس و پژوهش، شماره ۴۸، ۱۳۸۴.
- _____، «حاکمیت قانون در اندیشه‌های سیاسی و حقوقی»، نامه مفید، شماره ۲۶، ۱۳۸۰.
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، چاپ یازدهم، سمت، ۱۳۸۴.
- _____، حقوق اساسی، میزان، ۱۳۸۶.
- عمیدزنجانی، عباسعلی، حقوق اساسی ایران، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.
- قاضی شریعت‌پناهی، سیدابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ یازدهم، میزان، ۱۳۸۳.
- _____، بایسته‌های حقوق اساسی، چاپ دوم، دادگستر، ۱۳۷۵.
- کاتوزیان، ناصر، مبانی حقوق عمومی، چاپ دوم، میزان، ۱۳۸۳.
- مشهدی، علی، و مسعود فریادی، حقوق شوراها، اداری، معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ۱۳۸۹.
- مرکز مالگیری، احمد، حاکمیت قانون، چاپ اول، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۵.
- مزی، مایکل، «روابط قوای مقننه و مجریه»، ترجمه: حسن وکیلان، مجلس و پژوهش، شماره ۵۲، ۱۳۸۵.
- Chris Thornhill, Niklas Luhmann & the Sociology of Constitution, Sage Press, 2010.
- Carolyn Evans, Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, New York, 2001.
- Costas Douzinas, Human Rights & Empire, Routledge Cavendish, New York, 2007.
- Hauke Brunkhorst, Democratic Solidarity Under Pressure of Global Forces: Religion, Capitalism & Public Power, Routledge Press, 2011.

-
- Jasper Raadt, Contested Constitution- Legitimacy of Constitution Making & Constitutional Conflict in Central Europe, Sage Publication, 2009.
 - Joy Moncrieffe, Accountability: Ideals and Constraints, Routledge Press, 2010.
 - Jacob Levy, Constitutions Without Social Contract, Sage Press, 2009.
 - Paul Passavant, We Should Be Liberals at least, Sage Press, 2009.
 - Rein Mullerson , International Law, Rights & Politics, London , Routledge, 1994.
 - Sofia Nasstrom, The Legitimacy of the People, Sage Publication, 2007.
 - Todd Hedrick, Coping with Constitutional Indeterminacy: Jhon Rawls & Jurgen Habermas, Sage Publication, 2010.
 - Ulrich Preuss, Constitutional Revolution, Translated by Deborah Lucas Schneider, Humanities Press, New Jersey, 1995.
 - William Mackenzi, Free Election , London, Ruskin House, 1967.

تحریم اشخاص حقیقی از منظر حقوق بین الملل با تأکید بر تحریم برخی اتباع ایرانی

سید یاسر ضیایی *

علیرضا محمدی مطلق **

چکیده

در روابط بین الملل، ابزار تحریم برای الزام دولت متخلف به رعایت تعهدات بین المللی پیش‌بینی شده است. تحریم که از منظر حقوق بین الملل، نوعی اقدام متقابل محسوب می‌شود، تا پیش از این صرفاً علیه دولت در تمامیت آن اعمال می‌شد. ظهور تروریسم بین المللی و ایراداتی که متوجه تحریم‌های سنتی بود موجب شد نسل جدیدی از تحریم‌های بین المللی موسوم به "تحریم هوشمند" پدیدار شود. در یکی از اشکال این نوع تحریم، تنها بازیگران غیردولتی که مسئول اصلی تخلفات بین المللی هستند تحریم می‌شوند. یکی از اشکال تحریم هوشمند، تحریم اشخاص حقیقی است که مسائل نوینی را مطرح کرده است. هرچند این تحریم‌ها به دلیل تخلفات بین المللی برخی اشخاص اعمال می‌شود، خود می‌تواند با نقض برخی اصول حقوق بین الملل همراه باشد.

تحریم برخی اتباع ایرانی که در سال‌های اخیر به استناد فعالیت در برنامه‌های هسته‌ای، موشک‌های بالستیک و نقض حقوق بشر اعمال شده است می‌تواند با اصولی چون اصل مصونیت اموال دولتی، اصل مصونیت دیپلماتیک و کنسولی، تعهدات دولت میزبان طبق موافقت‌نامه مقر، حق بر رفت و آمد، حق بر مالکیت خصوصی و حق بر دسترسی به عدالت در تعارض باشد. رویه قضایی ملی و منطقه‌ای نشان داده است که این اصول می‌تواند موجب بی‌اعتباری قطعنامه‌های شورای امنیت یا مصادیق مورد نظر کمیته تحریم شورای امنیت شود.

واژگان کلیدی: تحریم، تحریم هوشمند، تحریم اشخاص حقیقی، تحریم اتباع ایرانی.

* استادیار گروه حقوق بین الملل دانشگاه قم (نویسنده مسئول) yaserziaee@gmail.com

** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین الملل دانشگاه قم international_law91@yahoo.com

مقدمه

تحریم بین‌المللی یکی از کارآمدترین روش‌های الزام دولت مورد تحریم به انجام منویات جامعه بین‌المللی یا دولت تحریم‌کننده است. صرف‌نظر از اینکه این تحریم‌ها در مواقعی با زیاده‌خواهی و مطالبات سیاسی تعداد اندکی از دولت‌ها همراه می‌شود، تحریم به‌عنوان ابزاری برای تشویق دولت‌ها به انجام تعهدات سازمانی خود در سازمان‌های بین‌المللی مهمی نظیر سازمان ملل متحد، اتحادیه اروپا، صندوق بین‌المللی پول و سازمان تجارت جهانی پیش‌بینی شده است. تحریم، خصمانه‌ترین گزینه غیرنظامی در روابط بین‌المللی تلقی می‌شود چنان‌که تحریم در منشور ملل متحد، به‌عنوان آخرین روش پیش از توسل به زور از سوی شورای امنیت در فصل هفتم منشور ملل متحد (ماده ۴۱) در نظر گرفته شده است.

نقطه اشتراک همه تحریم‌ها این است که تمام آن‌ها علیه «دولت» به کار برده شده‌اند. تمام تلاش حقوق بین‌الملل این بوده تا این تحریم‌ها صرفاً دولت مسئول را هدف قرار دهد و به اهداف ثالث، از جمله شهروندان آن دولت لطمه‌ای وارد نیاید. تاریخ روابط بین‌الملل نشان داده تحریم‌های سنتی دولت مورد تحریم را کاملاً تحت فشار قرار نمی‌دهد بلکه موجب فشار به شهروندان و گروه‌های غیردولتی می‌شود. برای جلوگیری از این آسیب، مفهوم «تحریم هوشمند»^۱ ابداع شد که طبق آن، تحریم، صرفاً بر موضوع تحریم اعمال می‌شود و فشار بر شهروندان عادی کاهش می‌یابد.^۲

یکی از نتایج تأسیس حقوقی تحریم هوشمند، شکل‌گیری مفهومی جدید در حقوق بین‌الملل، تحت عنوان «تحریم اشخاص حقیقی» است. در این نوع تحریم، تحریم «مسئولین دولت» جایگزین «تحریم دولت مسئول» می‌شود تا از این طریق، ریسک آسیب‌پذیری شهروندان کاهش یابد. تحریم اشخاص حقیقی، نخستین بار با تحریم افراد و گروه‌های متهم به تروریسم بین‌المللی شکل گرفت^۳ و بعداً به استناد

1. Smart sanctions or targeted sanctions

See: August Reinisch, "Targeted Sanctions and the Fight against Terrorism: Developments and Procedural Reforms," Seminar Paper in University of Vienna, 2012, available at:

http://ils.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/legal_studies/student_paper/Martino_Targeted_sanctions_paper.pdf

2. Gabriele Porretto, The European Union, Counter-Terrorism Sanctions

Against Individuals and Human Rights Protection, available at: **Transitional Justice Institute Research Paper No. 09-08**, 2009, note 15.p. 239.

³. Miša Zgonec-Rožej, "Freezing Assets of 'Terrorists' – How Fair is the UN Sanctions Committee?," 2009, available at: <http://www.lawgazette.co.uk/in->

برخی فعالیت‌های نظامی و نقض حقوق بشر توسط برخی مسئولین ادامه یافت. موضوع این تحریم‌ها شامل تحریم‌های مالی، مسافرتی، تحصیلی و غیره می‌شود. تحریم اشخاص حقیقی که در حقوق بین‌الملل پدیده‌ای نوظهور است، در وسیع‌ترین شکل خود علیه جمهوری اسلامی ایران به کار گرفته شد. این سازوکار به دو شکل یک‌جانبه و چندجانبه، برخی مسئولین ایران را که ادعا می‌شود با فعالیت‌های موشک بالستیک یا فناوری هسته‌ای در ارتباط هستند هدف قرار داده است. اکنون سطوح مختلفی از مسئولین کشوری و لشکری ایران و همچنین قشری از شهروندان ایران (مانند برخی کارمندان، دانشمندان و دانشجویان) چندجانبه از سوی شورای امنیت و اتحادیه اروپا و یک‌جانبه از سوی آمریکا و متحدینش مورد تحریم مسافرتی و مالی قرار گرفته‌اند.

ارزیابی مشروعیت تحریم اشخاص حقیقی از منظر حقوق بین‌الملل، می‌تواند حدود مشروعیت قطعنامه‌های شورای امنیت را از یک‌سو و مسئولیت بین‌المللی دولت‌های اعمال‌کننده تحریم‌های جدید را از سوی دیگر مشخص سازد. برای ارزیابی این نسل از تحریم‌های بین‌المللی لازم است میان تحریم اشخاص حقیقی با سمت‌های دولتی و اشخاص حقیقی بدون سمت‌های دولتی تفکیک کرد. پیش از آن مناسب است تا جایگاه تحریم اشخاص حقیقی در حقوق بین‌الملل و پیشینه آن مطرح شود.

۱. جایگاه تحریم اشخاص حقیقی در حقوق بین‌الملل

هرچند در متون قدیمی حقوق بین‌الملل، اصطلاح «تحریم»^۱ معادل «ضمانت اجرا» در نظر گرفته می‌شد،^۲ امروزه اصطلاح تحریم، صرفاً ناظر بر محدودیت‌های بین‌المللی علیه یک‌دولت یا محرومیت یک‌دولت از حقوق خود است.^۳ ممکن است کشوری به دنبال نقض یکی از قواعد روابط بین‌الملل یا حقوق بین‌الملل توسط کشور

practice/practice-points/freezing-assets-terrorists-how-fair-un-sanctions-committee

1. Sanction

2. Jean Combacau, "Sanctions", in: Rudolf Bernhardt, Encyclopedia of Public International Law, Vol. 9, 1981, p. 337.

۳. تحریم بین‌المللی در دوران معاصر، عمری بیش از ۲ قرن دارد و از سال ۱۷۹۴ که ایالات متحده آمریکا در جنگ میان انگلستان و فرانسه، تحریم‌های اقتصادی علیه انگلستان وضع کرد، وجود داشته است.

See: Arthur B. Culvahouse Jr, "A Practical Guide To International Sanctions Law And Lore: Mamas, Don't Let Your Children Grow Up To Be Sanctions Lawyers," Houston Journal Of International Law, Vol. 32, No. 3, 2010, p. 589.

دیگری متضرر شده و به این دلیل به مجازات آن کشور در قالب تحریم دست زند. در غیراین صورت اگر کشور تحریم کننده، فقط قصد اجبار و سوق دادن کشور تحریم شونده به سیاستی خاص را داشته باشد، تحریم، صرفاً جنبه سیاسی می گیرد و از جوانب حقوقی خالی خواهد شد.^۱ در مجموع، تحریم برای نشان دادن نارضایتی از اقدامات یک دولت یا وادار کردن آن برای تغییر برخی سیاست ها و اقدامات یا حتی تغییر ساختار دولتی است.^۲

تحریم های بین المللی به دو نوع چندجانبه و یک جانبه تقسیم می شود. مراد از تحریم های چندجانبه، اقداماتی جمعی است که کشورها در راستای رسیدن به اهداف خود برای تنبیه یا اجبار یک دولت برای همکاری یا همسو کردن سیاست های خود با دولت های تحریم کننده اعمال می کنند.^۳ گرچه منعی وجود ندارد که این اقدامات در قالب توافقات چندجانبه کشورها صورت پذیرد، غالب آن ها در چارچوب تصمیمات سازمان های بین المللی از جمله سازمان ملل متحد و اتحادیه اروپا اعمال می شود.^۴ تحریم های یک جانبه، مجموعه اقداماتی است که به صورت کاملاً یک جانبه و خارج از هر سازمان یا توافق بین المللی از سوی یک دولت علیه دولتی دیگر اتخاذ می شود. غالباً این اقدامات برای اجرای بهتر قطعنامه های ذیل فصل هفتم شورای امنیت و با عنوان «اقدامات اضافی»^۵ اعمال می شوند.

در حقوق بین الملل، هدف از تحریم، الزام دولت متخلف به رعایت تعهدات بین المللی است.^۶ به همین دلیل، این هدف جز از طریق تحریم سازوکارهای دولتی ممکن نیست. تحریم دولت، اشکال مختلف نظامی، دیپلماتیک، اقتصادی، تجاری، ارتباطی و غیره دارد که تحریم های اقتصادی، پرکاربردترین آن ها است.^۷ با این حال در

1. See: D. W. Bawett, "International Law and Economic Coercion," Virginia Journal of International Law, No. 16, 1976, p. 86.

2. Barry E. Carter, "International Economic Sanctions: Improving the Haphazard U.S. Legal Regime," California Law Review, No. 75, 1987, p. 1166.

3. Rennie Atterbury, "Unilateral Sanctions: Relearning Forgotten," American Society of International Law Proceeding, Vol. 91, 1997, p. 338.

4. Navin A. Bapat, and Clifton Morgan, "Multilateral Versus Unilateral Sanctions Reconsidered: A Test Using New Data," International Studies Quarterly, Vol. 53, 2009, p. 1075.

5. Additional measures

6. Lance Davis, and Stanley Engerman, "History Lessons Sanctions: Neither War nor Peace," Journal of Economic Perspectives, Vol. 17, No. 2, 2003, p. 187.

۷. محدودیت های تجاری در چارچوب سیاست های تجاری یک دولت است، در حالی که تحریم اقتصادی چون ابزاری برای نیل به اهداف سیاست خارجی است. ن. ک. ضیایی، سیدناصر، تحریم جمهوری

سال‌های اخیر به دلیل شکل‌گیری گروه‌های شبه‌دولتی نظیر القاعده و همچنین نقش‌آفرینی اشخاص در اقدامات بین‌المللی، سازمان ملل متحد، اشخاص حقیقی را موضوع تحریم خود قرار داد که اقدامی بی‌سابقه در تاریخ تحریم‌های سازمان ملل متحد بوده است.^۱ تحریم اشخاص حقیقی در حوزه امور مالی، مسافرتی و تحصیلی قرار می‌گیرد. تحریم مالی و مسافرتی تعدادی از اتباع کشورهای مختلف به اتهام فعالیت در تروریسم بین‌المللی، نقش‌آفرینی در نقض حقوق بشر و مشارکت در برنامه‌های موشکی و هسته‌ای صورت گرفته است. تحریم اشخاص حقیقی از سوی سازمان ملل با تحریم سایر سازمان‌های بین‌المللی نظیر اتحادیه اروپا و دولت‌ها نظیر آمریکا و انگلستان همراه بوده است.

تحریم مسئولین دولتی از سوی یک سازمان بین‌المللی یا یک دولت، می‌تواند به دو صورت اعمال شود. گاه هدف این تحریم، جایگاه حقوقی شخص است که در این حالت با پایان دوران خدمت، تحریم اعمال شده نسبت به فرد نیز بلاموضوع می‌شود. گاه این تحریم علیه شخصیت حقیقی چنین شخصی است که در این حالت، تحریم، صرف‌نظر از جایگاه شخص مورد تحریم در یک دولت اعمال می‌شود. نمونه این تحریم را می‌توان در قطعنامه ۱۷۳۷ شورای امنیت علیه ایران ملاحظه کرد. طبق بند ۱۲ این قطعنامه، کشورهای عضو سازمان ملل، متعهدند حساب‌های مالی و سایر منابع اقتصادی متعلق یا تحت کنترل اشخاص موردنظر را توقیف کنند. این حساب‌های بانکی، شامل حساب‌های شخصی و دولتی می‌شود که می‌تواند زندگی مالی شخص، حتی بعد از پایان دوران خدمت را نیز تحت تأثیر قرار دهد. در مقابل ممکن است که تحریم علیه اشخاص حقیقی به سمت سیاسی شخص مورد تحریم وابسته یا همچون تحریم دولت‌ها مقید به زمان باشد (مانند برخی تحریم‌های علیه اتباع ایرانی).^۲

یک مسأله وجود دارد و آن اینکه آیا تحریم اشخاص حقیقی با سمت رسمی در حکم تحریم دولت تلقی می‌شود یا اینکه تحریم اشخاص حقیقی، امری مستقل از تحریم دولت است؟ با توجه به نظریه شخصیت فرضی دولت، ساختار حکومت، چیزی جز کارکنان آن نیست لذا در جایی که این افراد در چارچوب اختیارات خود عمل کرده

اسلامی ایران از منظر حقوق بین‌الملل عمومی، گزارش راهبردی مرکز تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام، ۱۳۹۱.

1. See: Johannes Reich, "Due Process and Sanctions Targeted against Individuals Pursuant to Resolution 1267 (1999)," Yale Journal of International Law, No. 33, 2008, p. 505.
2. United Nations Security Council Resolution (Hereafter UNSCR) 2105, 2013, para. 1.

باشند، عمل حاکمیتی تلقی می‌شود.^۱ و در صورتی که اقدام متخلفانه در چارچوب اختیارات کارگزار دولتی باشد که واجد یک جایگاه رسمی در دولت باشد، در انتساب این عمل به دولت، تردید وجود نخواهد داشت. باین حال در تخلفات بین‌المللی دولت که همیشه از سوی کارگزاران دولتی ارتکاب می‌یابد، اقدام متقابل علیه «دولت» اعمال می‌شود که سازوکارهای مختص خود را دارد. به‌طور مثال، تحریم تجارت با دولت، آثاری متفاوت از تحریم تجارت با یک شخص دارد. بالعکس، تحریم یک شخص حقیقی نیز لزوماً به معنای تحریم دولت نیست مگر آنکه آن شخص از ظرفیت‌های حقوقی خود، صرفاً برای امور حاکمیتی استفاده کند. به‌طور مثال، چنانچه یک فرمانده نظامی، یکی از شماره‌های حساب بانکی خود را به تبادل سلاح‌های غیرقانونی اختصاص داده باشد، توقیف این شماره حساب بانکی، بخشی از تحریم دولتی محسوب خواهد شد.^۲ اما مشکل آنجاست که اصولاً امور مالی شخص، به‌طور کلی تحریم می‌شود و میان امور مالی شخصی و حاکمیتی وی تفکیک صورت نمی‌گیرد. درباره تحریم مسافرتی اشخاص با سیمت دولتی نیز این مطلب صادق است.

حال که تحریم دولت، با تحریم اشخاص حقیقی تفاوت دارد، این پرسش مطرح می‌شود که آیا تخلف یک مقام رسمی منتسب به دولت صرفاً مجوزی برای تحریم دولت است یا اینکه خود متخلف نیز می‌تواند تحریم شود؟ در حقوق بین‌الملل، اثبات انتساب عمل متخلفانه بازیگر غیردولتی، به دولت، مجوز اقدام علیه دولت خواهد شد^۳ و مجازات شخص خاطی به نظام‌های حقوق ملی سپرده می‌شود. باین حال در سال‌های اخیر، این مبانی در حقوق بین‌المللی کیفری تغییر کرده است و شخص متخلف نیز در شرایطی مستقیماً مورد تعقیب بین‌المللی قرار می‌گیرد. هرچند اعمال ضمانت اجرا علیه اشخاص حقیقی در حقوق بین‌الملل، صرفاً در چارچوب جرایم بین‌المللی و آن هم در نهادهای

۱. ماده ۴ طرح پیش نویس کنوانسیون مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها مورخ ۲۰۰۱ بیان می‌دارد: «عمل ارکان دولتی طبق حقوق بین‌الملل عمل دولت تلقی می‌شوند در جایی که عمل قانونگذاری، قضایی و اجرایی یا دیگر اقداماتی که در ساختار دولت وجود دارد ارتکاب یافته باشد... ارکان دولت شامل شخص یا نهادهای که طبق حقوق داخلی دولت چنین جایگاهی دارد می‌شود.»

۲. این امر مطابق با ماده ۵ پیش‌نویس مواد مسئولیت بین‌المللی دولت‌هاست که بیان می‌کند: «رفتار شخص یا نهادهای که ارکان دولتی در مفهوم ماده ۴ (همان پیش‌نویس) نمی‌گنجد اما به‌موجب قانون آن دولت، مجاز به اعمال اقتدارات دولتی هستند، به‌موجب حقوق بین‌الملل، عمل آن دولت محسوب می‌شوند...»

۳. ن. ک: حدادی، مهدی، «تحریم‌های بین‌المللی: ابزار سیاست ملی یا ضمانت اجرایی بین‌المللی»، فصلنامه حقوق خصوصی، سال اول، شماره ۱، ۱۳۸۴.

کیفری بین‌المللی به رسمیت شناخته شده است، تحریم اشخاص حقیقی، شکل جدید و جسورانه‌ای از اعمال ضمانت اجرای کیفری در قبال تخلفات بین‌المللی این اشخاص تلقی می‌شود.

۲. پیشنهاد تحریم اشخاص حقیقی در حقوق بین‌الملل

هرچند تحریم‌های یک‌جانبه و چندجانبه اقتصادی و غیراقتصادی، در روابط بین‌الملل سابقه‌ای طولانی دارد،^۱ این میان تحریم اشخاص حقیقی نوپاست. تحریم اشخاص حقیقی که در ظاهر، مغایر با کارکرد اصلی نظام حقوقی اقدام متقابل به‌طور عام و تحریم به‌طور خاص است، هم از سوی سازمان‌های بین‌المللی و هم از سوی دولت‌ها اعمال شده است. سابقه تحریم اشخاص حقیقی از سوی سازمان ملل متحد، اتحادیه اروپا و دولت‌ها به‌طور مجزا مطرح می‌شود.

۲-۱. سازمان ملل متحد

طبق فصل هفتم منشور ملل متحد، شورای امنیت می‌تواند برای حفظ یا اعاده صلح و امنیت بین‌المللی، تدابیر الزام‌آور اتخاذ کند. هرچند اولین قطعنامه شورای امنیت، ذیل این فصل از منشور ملل متحد، علیه حکومت غیرقانونی رودزای جنوبی در ۲۹ مه ۱۹۴۸ صادر شد، تحریم‌های شورای امنیت علیه یک گروه غیردولتی، اولین بار در سال ۱۹۹۳ در رابطه با «اتحادیه ملی برای استقلال کامل آنگولا» صادر شد که این گروه و اعضای مرتبط با آن، مورد تحریم شورای امنیت قرار گرفتند.^۲

شورای امنیت از سال ۱۹۹۲ که اولین تحریم‌های خود را علیه سومالی اعمال کرد، کمیته‌های تحریم در رابطه با قطعنامه‌های تحریم تشکیل داد. تاکنون ۱۴ کمیته برای کشورها و گروه‌های مختلف تشکیل شده است. یکی از وظایف مهم این کمیته، تعیین نام افراد یا حذف آن‌ها از لیست تحریم است.

اولین قطعنامه‌ای که در آن، مشخصاً نام یک فرد حقیقی برده شد، قطعنامه ۱۲۶۷ در سال ۱۹۹۹ علیه القاعده و اشخاص مرتبط با آن بود که نام «سامه بن لادن» به‌عنوان رئیس این گروه در آن ذکر شد.^۳ در این قطعنامه و دیگر قطعنامه‌ها علیه گروه القاعده و دولت طالبان،^۴ شورای امنیت از کشورها خواسته است که با شناسایی

۱. ن. ک: زهرانی، مصطفی، نظریه‌های تحریم اقتصادی، نشر وزارت امور خارجه، ۱۳۷۶. و همچنین ن. ک:

Lance Davis, and Stanley Engerman, op.cit. pp. 188-190.

2. UNSCR 864, September 15, 1993.

3. UNSCR 1267, October 15, 1999

۴. بیش از ۲۰ قطعنامه در شورای امنیت علیه این گروه صادر شده است. ن. ک.

<http://www.un.org/sc/committees/1267/resolutions.shtml>

اعضای القاعده و افراد مرتبط با آن در اجرای تحریم‌ها همکاری کنند. شورای امنیت بعداً در قطعنامه‌ای علیه لیبیا، کشورها را ملزم به تحریم مسافرتی برخی لیبیایی‌های تهدیدکننده صلح و امنیت و اشخاص مرتبط با رئیس‌جمهور لیبیا کرد.^۱ در گام بعدی، شورای امنیت مشخصاً رئیس‌جمهور سابق این کشور، "چارلز تیلور"^۲ و چند تن از نزدیکان او را تحریم اقتصادی کرد.^۳ نهایتاً در بحران لیبی در سال ۲۰۱۱ شورای امنیت در قطعنامه ۱۹۷۰ "معمرفذافی" و خانواده وی به همراه ۱۱ نفر از نزدیکان او را تحریم مالی و مسافرتی کرد.^۴

اما می‌توان رویکرد متمایز شورای امنیت در تحریم اشخاص حقیقی را در تحریم‌های این نهاد بین‌المللی علیه برخی اتباع جمهوری اسلامی ایران در قطعنامه‌های ذیل فصل هفتم دید. در ضمائم این قطعنامه‌ها نام اشخاص حقیقی ایرانی در کنار نام مؤسسات و شرکت‌ها به اتهام مشارکت در فعالیت‌های هسته‌ای و موشک‌های بالستیک ذکر شده‌است. شورای امنیت در نخستین اقدام، چند دانشمند ایرانی همراه دیگر افراد مرتبط با این فعالیت‌ها را تحریم کرد.^۵ طبق بند ۱۲ قطعنامه ۱۷۳۷ کشورها موظفند حساب‌های مالی و سایر منابع اقتصادی متعلق یا تحت کنترل این اشخاص را توقیف کنند و همچنین عبور این افراد از سرزمینشان را در صورتی که فرد موردنظر، تابعیت آن‌ها را نداشته باشد محدود سازند.^۶ بعد از این قطعنامه، ۵ قطعنامه دیگر علیه ایران صادر شد که در این میان، تنها سه قطعنامه دیگر، نام اشخاص جدیدی را به لیست تحریم‌های قطعنامه ۱۷۳۷ اضافه کرده‌اند.^۷ کمیته تحریم ایران نیز این فهرست را

1. UNSCR 1531, December 21, 2003

2. Charles Taylor

در قطعنامه‌ها علیه لیبیا مکرراً نام این فرد ذکر شده. حتی در آخرین قطعنامه تحریم علیه این فرد با شماره ۲۰۷۹ در تاریخ ۱۲ دسامبر ۲۰۱۲ نیز ارزیابی تأثیر قطعنامه ۱۵۰۳ بر روی دارایی چارلز تیلور مورد توجه قرار گرفته است.

3. UNSCR 1532, March 12, 2004

۴. لازم به ذکر است که درباره القاعده، طالبان، لیبیا، لیبی، ایران و گینه بیسائو، نام اشخاص تحریم‌شده، در متن قطعنامه شورای امنیت ذکر شده در حالی که در سایر موارد، نام افراد با مجوز شورای امنیت از سوی کمیته تحریم مربوطه اعلام شده است.

5. UNSCR 1737, December 20, 2006

۶. در ضمیمه این قطعنامه، سه گروه از افراد حقیقی ایرانی تحریم شده‌اند: ۱- افراد فعال در برنامه هسته‌ای (۷ نفر). ۲- افراد فعال در برنامه موشک‌های بالستیک (۴ نفر). ۳- افراد فعال در هر دو برنامه موشکی و هسته‌ای (۱ نفر).

7. UNSCR 1747, March 24, 2007/UNSCR 1803, March 3, 2008/UNSCR 1929, June 9, 2010.

تکمیل می‌کند.^۱ هرچند قطعنامه شماره ۲۱۰۵ مورخ ۵ ژوئن ۲۰۱۳ علیه ایران، شخصی را به لیست تحریم‌ها اضافه نکرد، به این دلیل که تاریخ معینی را برای انقضای تحریم دانشمندان ایرانی معین کرده، حائز اهمیت است.^۲

پس از تحریم اتباع ایرانی، شورای امنیت در سال ۲۰۱۲ برخی اتباع گینه بیسائو را تحریم کرد.^۳ در این قطعنامه، پنج فرمانده نظامی که در کودتای ۱۲ آوریل ۲۰۱۲ این کشور نقش داشتند، به استناد تهدید صلح و امنیت داخلی توسط نیروی نظامی و نقض قانون اساسی و دخالت در روند انتخابات ریاست جمهوری، تحریم مسافرتی شده‌اند.^۴ تازه‌ترین اقدام شورای امنیت در راستای تحریم اشخاص حقیقی، صدور قطعنامه ۲۱۲۷ است که در واپسین روزهای سال ۲۰۱۳ صادر شده است.^۵ مصادیق مورد تحریم در این قطعنامه، همچون قطعنامه‌ها علیه القاعده مبهم است. در این قطعنامه، تمام افرادی که موجب نقض امنیت بین‌المللی در آفریقای مرکزی شده‌اند تحریم مسافرتی و مالی شده‌اند.^۶

برخلاف تحریم اعضای القاعده و طالبان و اتباع لیبیا، گینه بیسائو و جمهوری آفریقای مرکزی، زمان انقضای تحریم برخی اتباع ایرانی در قطعنامه شورای امنیت ذکر و در بند ۱ قطعنامه ۲۱۰۵ مهلت انقضای تحریم دانشمندان ایرانی تا ۴ مارس ۲۰۱۴ تعیین شده است. با این حال در این قطعنامه، هیچ صحبتی از تاریخ انقضای تحریم دیگر اشخاص مندرج در لیست تحریم‌ها مانند فرماندهان نظامی و سایر مسئولین نشده است بلکه در بند ۵ آن، به لزوم استمرار تحریم‌های پیشین تأکید شده است.^۷

1. <http://www.un.org/sc/committees/1737/pdf/1737ConsolidatedList.pdf>

2. UNSCR 2105, June 5, 2013, para. 1.

3. UNSCR 2048, May 18, 2012.

۴. این کودتا در فاصله دو هفته تا برگزاری دور دوم انتخابات ریاست جمهوری در این کشور به دست نیروهای نظامی صورت گرفت.

۵. در قطعنامه تحریم آفریقای مرکزی تأکید شده است که این کشور، صلح و امنیت بین‌المللی را تهدید می‌کند.

UNSCR 2127, December 5, 2013, p.3.

6. Ibid, December 5, 2013, para 56.

در این بند آمده، افراد مشمول این تحریم‌ها افرادی هستند که مرتکب این اعمال شده‌اند: «به‌خطرانداختن صلح، ثبات و امنیت، ازجمله از طریق درگیرشدن در اعمالی که تهدید یا نقض موافقت‌نامه‌های انتقالی باشد، حمایت از اقداماتی که تهدیدکننده یا مانع سازوکار سیاسی است ازجمله موارد نقض حقوق بشر و حقوق بشردوستانه بین‌المللی، استفاده از کودکان در درگیری‌های مسلحانه در نقض قابل‌اجرای قوانین بین‌المللی، خشونت جنسی یا حمایت از گروه‌های مسلح غیرقانونی و جنایی شبکه از طریق بهره‌برداری غیرقانونی از منابع طبیعی».

۷. کمیته تحریم ۱۷۳۷ در رابطه با ایران، گاه اتباع ایرانی مورد تحریم را به‌روزرسانی کرده و نام افرادی را حذف یا اضافه می‌کند.

۲-۲. اتحادیه اروپا

اولین تحریم اتحادیه اروپا علیه اشخاص حقیقی با عنوان "تدابیر خاص محدودکننده علیه اشخاص و مؤسسات معین با نظر مبارزه با تروریسم" است.^۱ این تصمیم در اصل علیه گروه تروریستی القاعده اتخاذ و در آن تدابیری برای محدودکردن این اشخاص در نظر گرفته شده است. بعد از این، مقرر دیگری با عنوان "تدابیر اتخاذی برای محدودکردن افراد و مؤسسات وابسته به اسامه بن لادن و القاعده و طالبان" اتخاذ شده است^۲ که در ضمیمه ۱ این مقرر، نام قریب به ۱۰۰ شخص حقیقی مرتبط با این گروه ذکر شده است.^۳ نکته قابل توجه در این تحریم‌ها آن بود که تحریم اعضای القاعده، طیف گسترده‌ای از اتباع دولت‌های اروپایی و دول دیگر را در بر می‌گرفت.^۴

تحریم‌های اتحادیه اروپا عمدتاً در راستای اجرای تحریم‌های سازمان ملل متحد اعمال می‌شود و به همین دلیل از زمان تصویب قطعنامه‌های ذیل فصل هفتم منشور ملل متحد علیه ایران، این اتحادیه نیز تحریم‌های متعددی علیه ایران اعمال کرده است. با این حال اتحادیه اروپا در اعمال تحریم‌های خود، صرفاً محدود به قطعنامه‌های شورای امنیت نبوده و در مواردی تحریم‌هایی فراتر از آنچه شورای امنیت مقرر داشته اعمال کرده است. هرچند تحریم‌های این اتحادیه علیه جمهوری اسلامی ایران از سال ۲۰۰۷ صورت گرفته، اولین گامی که اتحادیه اروپا برای تحریم برخی اتباع ایرانی برداشت مقرر مورخ ۲۶ ژوئیه ۲۰۱۰ است.^۵ در ماده ۱۹ این تصمیم بر تحریم تمامی اشخاصی که در قطعنامه‌های شورای امنیت علیه ایران نام برده شده‌اند، تأکید شده است. با این حال در بند ۷ این ماده، تحریم مسافرتی مقرر در قطعنامه‌های شورای امنیت در سه مورد استثنا شده است: (۱) در رابطه با نیازهای ضروری انسان از جمله رسومات

See: <http://www.un.org/sc/committees/1737/pdf/1737ConsolidatedList.pdf>

1. Council Regulation (Ec) No 2580/2001, December 27, 2001.

2. Council Regulation (EC) No 881/2002, May 27, 2002.

3. See: Takis Tridimas, "EU Law, International Law and Economic Sanctions Against Terrorism: The Judiciary in Distress?," Fordham International Law Journal, Vol. 32, 2009, see also Christina Eckes, "Sanctions Sanctions Against Individuals – Fighting Terrorism Within the European Legal Order," European Constitutional Law Review, Vol. 4, Issue 2, pp. 205-224, June 2008, pp. 205-224.

4. Christina Eckes, Ibid, p.205.

5. See: Council Decision, Concerning Restrictive Measures Against Iran And Repealing Common Position 2007/140/CFSP, July 26, 2010.

مذهبی ۲) برای شرکت در نشست‌های بین‌المللی که توسط اتحادیه اروپا یا به میزبانی یک کشور در خصوص گفت‌وگوهای سیاسی مرتبط با ترویج دموکراسی، حقوق بشر و حاکمیت قانون در ایران در دفتر سازمان امنیت و همکاری اروپا برگزار می‌شود ۳) در جهت تحقق اهداف موردنظر قطعنامه ۱۷۳۷ و قطعنامه ۱۹۲۹ از جمله مصونیت‌هایی که در ماده ۱۵ اساسنامه آژانس بین‌المللی انرژی اتمی^۱ ذکر شده است.^۲ همچنین در ماده ۲۰ این تصمیم، اتحادیه اروپا نام ۱۷ نفر را به اشخاص تحت تحریم مالی قطعنامه‌های شورای امنیت افزوده است. بعداً ماده ۱۶ مقرر شماره ۹۶۱/۲۰۱۰ اتحادیه اروپا، دستور توقیف اموال و منابع اقتصادی و تحریم مسافرتی افراد مذکور در ضمیمه هفتم و هشتم را صادر کرد.^۳ در مقرر بعدی سال ۲۰۱۱ نام پنج نفر به این فهرست افزوده و نام ۱۶ نفر از افراد تحریم‌شده قبلی حذف شد.^۴ در مقرر بعدی، نام ۲۹ نفر به

۱. ماده ۱۵ اساسنامه آژانس بین‌المللی انرژی هسته‌ای بیان می‌دارد: «در امتیازات و مصونیت‌ها الف - مؤسسه در قلمرو هریک از اعضای خود از شخصیت حقوقی و امتیازات و مصونیت‌هایی که برای انجام وظایف آن لازم باشد برخوردار خواهد شد. ب- نمایندگان اعضا و همچنین اعضای علی‌البدل و مشاورین آنان و کسانی که به عضویت هیئت مدیره منصوب می‌شوند و اعضای علی‌البدل و مشاورین آنان و مدیرکل و کارمندان مؤسسه از امتیازات و مصونیت‌هایی بهره‌مند خواهند بود که برای آزادی آنان درعمل، جهت انجام وظایف مربوط مؤسسه لازم باشد. ج- شخصیت حقوقی و امتیازات و مصونیت‌هایی که در این ماده بدان اشاره شد به‌موجب قرارداد یا قراردادهای جداگانه‌ای که در انعقاد آن، مدیرکل به نمایندگی از مؤسسه و طبق تعلیمات هیئت‌مدیره اقدام خواهد کرد بین مؤسسه و اعضا تعیین خواهد شد.»

۲. این مسئله که آیا اتحادیه اروپا حق مقیدکردن قطعنامه‌های شورای امنیت را دارد یا خیر، موضوعی مستقل است که در پرونده کادی و البرکات نزد دیوان دادگستری اروپایی (ECJ) مطرح بود. ن. ک: Miša Zgonec-Rozej, Kadi & Al Barakaat v. Council of the EU & EC Commission: European Court of Justice Quashes a Council of the EU Regulation Implementing UN Security Council Resolutions, American Society of International Law, Vol. 12, Issue 22, 2008.

۳. در ضمیمه هفتم، افراد ذکرشده، همان ۷۱ نفری هستند که شورای امنیت نیز تحریم‌شان کرده است. اما ضمیمه هشتم، نام ۳۰ نفر را به لیست تحریم‌های شورای امنیت افزوده و آن‌ها را از دریافت بیمه سلامت و بیمه مسافرتی محروم کرده است.

See: Council Regulation (EU) No 961/2010, On Restrictive Measures Against Iran And Repealing Regulation (EC) No 423/2007, October 25, 2010.

4. See: Council Implementing Regulation (EU) No 503/2011, Implementing Regulation (EU) No 961/2010 On Restrictive Measures Against Iran, May 23, 2011, article (1) and article (2).

لیست تحریم اتباع ایرانی افزوده^۱ و در آخرین اقدام در سال ۲۰۱۳ نام ۹ نفر از جمله مدیران شبکه پرس تی وی به لیست تحریم اتحادیه اروپا اضافه شد.^۲

۲-۳. دولتها

شاید بتوان اولین نوع تحریم‌های یک‌جانبه علیه اشخاص حقیقی را تحریم‌های ایالات متحده آمریکا علیه اتباع آمریکایی برای سفر به کوبا دانست که به دنبال تحریم وسیع این کشور در سال ۱۹۶۳ صورت گرفت.^۳ بعد از آن در راستای اجرای قطعنامه‌های ضد تروریستی شورای امنیت سازمان ملل متحد علیه گروه القاعده، آمریکا، دستور توقیف اموال اشخاص حقیقی را که مرتکب اقدامات تروریستی یا تهدید به آن شده بودند صادر کرد.^۴ برخی دولت‌های عضو اتحادیه اروپا نیز قوانین مربوط به تحریم اشخاص متهم به تروریسم بین‌المللی را تصویب کرده‌اند.^۵

در رابطه با جمهوری اسلامی ایران، برای نخستین بار، آمریکا در تاریخ ۲۵ اکتبر ۲۰۰۷ لیست خود برای تحریم برخی اتباع ایرانی را منتشر کرد. این لیست که تحت فرمان شماره ۱۳۳۸۲ دولت آمریکا صادر شده است^۶ با تعیین مصادیق فرمان مزبور،

1. See: Council Implement Regulation (EU) No 1002/2011, implementing Article 12(1) of Regulation (EU) No 359/2011 concerning restrictive measures directed against certain persons, entities and bodies in view of the situation in Iran, October 10, 2011.

2. See: Council Implementing Regulation (EU) No 206/2013, implementing Article 12(1) of Regulation (EU) No 359/2011 concerning restrictive measures directed against certain persons, entities and bodies in view of the situation in Iran, March 11, 2013.

3. See: The Cuban Assets Control Regulations, 31 CFR Part 515 (the "Regulations"), were issued by the U.S. Government on July 8, 1963, available at:

www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/cuba_tr_app.pdf

این تحریم بیشتر یک ممنوعیت قانونی محسوب می‌شود چرا که توسط یک دولت در رابطه با اتباع خود اعمال شده است. اما از آنجاکه این ممنوعیت به دنبال تحریم اقتصادی کوبا اعمال شده، از آن به تحریم یاد می‌کنند.

4. Executive order 13224, September 25, 2001.

از نظر دولت آمریکا تحریم اشخاص متهم به تروریسم لزوماً به معنای شناسایی سازمان تروریستی یا دولت متبوع آنها نیست.

Sean D. Murphy, "International Law, the United States, and the Non-military War against Terrorism," *European Journal of International Law*, Vol. 14, No. 2, 2003, p. 348.

5. See: http://www.coe.int/t/dlapil/cahdi/un_sanctions.asp

۶. این فرمان را جورج بوش در ۲۸ ژوئیه ۲۰۰۵ امضا کرده که شامل دستور تحریم نظامی و مالی ادوات تکثیر سلاح‌های جمعی و حمایت‌کنندگان آن می‌شود.

پنج نفر از فرماندهان نظامی و سه نفر از مرتبطين با فعاليت‌های برنامه موشک‌های بالستیک را تحریم کرد که شورای امنیت قبلاً همگی را تحریم کرده بود. چند سال بعد، رئیس جمهوری آمریکا، "باراک اوباما"، در هفتم مهر ۱۳۹۰ در بیانیه‌ای خطاب به کنگره این کشور، هشت مقام ایرانی را به دلیل "نقض جدی و مداوم حقوق بشر" تحریم کرد. این تحریم، دارایی‌های این هشت ایرانی را داخل آمریکا دربرمی‌گیرد و شهروندان آمریکایی را از هرگونه معامله تجاری با آنان منع می‌کند.

آخرین مورد تحریم‌های یک‌جانبه علیه اشخاص حقیقی، تحریم مسافرتی ۱۸ تبعه روسیه به اتهام نقض حقوق بشر بوده است.^۱ تحریم یک‌جانبه اشخاص حقیقی در حقوق بین‌الملل، توسط دولت‌های دیگر نیز دنبال شده که البته عمدتاً در راستای اجرای قطعنامه‌های شورای امنیت بوده است. ازجمله می‌توان به تحریم‌های مالی انگلستان علیه القاعده^۲ و تحریم‌های مسافرتی انگلستان^۳ و استرالیا^۴ علیه اتباع کره شمالی اشاره کرد.

۳. مشروعیت تحریم اشخاص حقیقی از منظر حقوق بین‌الملل

درباره مشروعیت تحریم‌های چندجانبه باید به این نکته توجه داشت که مشروعیت اقدام سازمانی از یک‌سو، مبتنی بر حقوق بین‌الملل عمومی و از سوی دیگر، مبتنی بر صلاحیت‌ها و اختیارات آن سازمان بین‌المللی طبق اساسنامه آن است. ماده ۴۱ منشور ملل متحد، تحریم اشخاص حقیقی را در راستای حفظ یا اجرای صلح و امنیت بین‌المللی منع نکرده است. با این حال اشاره منشور به قطع روابط نظامی، اقتصادی و ارتباطی نشان می‌دهد تدوین‌کنندگان منشور، با نظر به تحریم دولت، آن را نگاشته‌اند و گرنه باید از مواردی چون تحریم مالی و مسافرتی نیز نام برده می‌شد. برخی معتقدند موارد مذکور در این ماده، احصایی نیست بلکه تمثیلی است و شورای امنیت برای رسیدن به هدف مذکور در ماده ۳۹ می‌تواند از هر روشی استفاده کند. با این حال، این اختیار به اصولی چون حسن‌نیت، عدم سوءاستفاده از حق و رعایت قواعد آمره محدود خواهد شد.^۵

1. Executive order 13617, April 12, 2013.

2. Council Common Position of 15 November 1999 Concerning Restrictive Measures against the Taliban (1999/727/CFSP).

3. See: <https://www.gov.uk/arms-embargo-on-democratic-peoples-republic-of-korea-north-korea>

4. See: <http://www.dfat.gov.au/un/unsanctions/north-korea-bilat.html>

5. Bjorn Elberling, "The Ultra Vires Character of Legislative Action by Security Council is Unbound by Law," Leiden Journal of International Law, Vol. 12, 1999, p. 346.

در رابطه با اتحادیه اروپا صرفاً به تحریم کشورهای ثالث اشاره کرده و در خصوص تحریم افراد، به‌ویژه در مواردی که پیوندی با دولت نداشته باشند، اشاره صریح نداشته‌است. با این حال دیوان داگستری اروپا در قضیه "کادی و البرکات" با تفسیری کارکردی، اعمال تحریم علیه اشخاص حقیقی را در صلاحیت جامعه اروپا دانست.^۱ به همین دلیل بعداً مقرراتی مستقل برای تحریم اشخاص حقیقی در نظام اتحادیه اروپا به تصویب رسید^۲ لذا برخلاف منشور ملل متحد، مقررات اتحادیه اروپا، تحریم اشخاص حقیقی را صریحاً در صلاحیت خود قرار داده است.

حقوق حاکم بر تحریم‌های یک‌جانبه، قواعد مربوط به اشخاص حقیقی، حقوق بین‌الملل عمومی و حقوق بین‌الملل بشر است. در این خصوص نیز باید بررسی کرد تحریم اشخاص حقیقی، چه اصولی از حقوق بین‌الملل را نقض کرده است. از آنجاکه اصول ناظر بر تحریم اشخاص حقیقی دولتی و غیردولتی متفاوت است در این پژوهش، تحریم‌ها علیه این اشخاص، جداگانه بررسی می‌شود.

۳-۱. تحریم اشخاص حقیقی با سمت‌های دولتی

برخی اشخاص مورد تحریم سازمان‌ها یا کشورها سمت‌های دولتی دارند. این تحریم در مواردی با نقض اصولی از حقوق بین‌الملل عمومی همراه است.

۳-۱-۱. اصل مصونیت اموال دولتی

برخی تحریم‌ها علیه اشخاص حقیقی با هدف توقیف اموال و دارایی‌های دولتی اعمال می‌شود. به‌طور مثال در قطعنامه‌های شورای امنیت علیه ایران، بر توقیف حساب‌های مالی و سایر منابع اقتصادی تحت کنترل اشخاص دولتی دستور داده شده است.^۳ باید به تفاوت تحریم و مصادره اموال توجه داشت. درحالی‌که مصادره، سلب مالکیت از دولت یا شخص تعریف می‌شود، تحریم، صرفاً تعلیق مالکیت است. هر دو

1. The Court dismisses the appeals against the General Court's 'Kadi II' judgment, Press release No. 93/13, Luxembourg, 18 July 2013, p.2. available at:

<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-07/cp130093en.pdf>

۲. به‌طور مثال می‌توان به این مقررات در اتحادیه اروپا که اعمال تحریم علیه اشخاص و گروه‌های مرتبط با تروریسم بین‌المللی را جایز دانسته است، اشاره کرد:

Council Of The European Union 15579/03 (2003); Guidelines on implementation and evaluation of restrictive measures (sanctions) in the framework of the EU Common Foreign and Security Policy (2005); Council Of The European Union 10826/1/07 REV 1 (2007).

3. UNSCR1737, 20 December 2006, para. 12.

شکل مصادره و تحریم اموال دولتی فی نفسه مغایر با اصل مصونیت اموال دولتی به شمار می‌رود.

به نظر می‌رسد با توجه به ماده ۱۰۳ منشور، نقض اصل مصونیت اموال دولتی توسط شورای امنیت در قالب فصل هفتم منشور ملل متحد جایز باشد. در واقع ماده ۴۲ منشور، صریحاً از امکان توسل شورای امنیت به تحریم‌های اقتصادی سخن گفته و رعایت هرگونه اصلی از اصول حقوق بین‌الملل، فرع بر آن است. هرچند به نظر می‌رسد صلاحیت شورای امنیت در توسل به فصل هفتم منشور ملل متحد، مقید به رعایت قواعد آمره و اصول منشور ملل متحد است،^۱ اصل مصونیت اموال دولتی در زمره قواعد آمره و اصول منشور ملل متحد قرار نمی‌گیرد. باین حال چنانچه اصل مصونیت اموال دولتی از جمله اصول حقوق بین‌الملل عرفی تلقی شود می‌توان گفت این اصل، خارج از دایره تعهدات قطعنامه‌های شورای امنیت قرار می‌گیرد، چه آنکه ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد، صرفاً به تفوق تعهدات ناشی از منشور بر سایر «تعهدات قراردادی» اشاره دارد. همان طور که کمیسیون حقوق بین‌الملل در شرح ماده ۳ پیش‌نویس کنوانسیون مواد مصونیت قضایی دولت و اموال آن مورخ ۱۹۹۱ به احتمال عرفی بودن سایر اشکال مصونیت دولتی (غیر از مصونیت دیپلماتیک) اشاره کرده است.^۲

تحریم یک‌جانبه اموال دولتی در ظاهر، مغایر با مفاده ماده ۱۹ طرح پیش‌نویس این کنوانسیون است که توقیف اموال دولتی را ممنوع می‌داند. اما مصادیق اموال دولتی که در این ماده ذکر شده مواردی است که اصولاً نمی‌تواند در اختیار اشخاص حقیقی باشد. این موارد شامل اموال بانکی برای امور دیپلماتیک، اموال بانک مرکزی، اموال نظامی و اموال فرهنگی است. باین حال اموال بانکی برای امور دیپلماتیک و اموالی که

۱. در قضیه بوسنی، قاضی لاتریاخت در نظر جداگانه خود در خصوص ماده ۱۰۳ منشور بیان کرد: «هرچند ماده ۱۰۳ می‌تواند به شورای امنیت در موارد تعارض تصمیماتش با تعهدات اجرایی یک معاهده باری می‌رساند، نمی‌تواند به تعارض بین این تصمیمات و قواعد آمره کمکی کند.»

Lauterpakht seprate opinion, ICJ Report, 1993, pp. 325-440

برای مطالعه بیشتر، ن.ک: دارانی، علی‌اکبر، تحریم اقتصادی در چارچوب منشور سازمان ملل متحد، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۷۳. در خصوص محدودیت‌های شورای امنیت در اعمال اختیارات، ن.ک: شایگان، فریده، شورای امنیت و مفهوم صلح و امنیت بین‌المللی، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۰، صص. ۸۲-۴۵.

2. Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries, 1999, p. 21.

ماده ۳ بیان می‌دارد: «این مواد به مزایا و مصونیت‌های دولتی طبق حقوق بین‌الملل لطمه‌ای نمی‌زنند...»

برای مقاصد نظامی در نظر گرفته شده‌اند می‌تواند به نام شخص حقیقی دارای سمت دولتی باشد. به‌طور مثال برخی تحریم‌های مالی آمریکا علیه فرماندهان نظامی ایران با هدف جلوگیری از معاملات نظامی است که با ظاهر بند (ب) ماده ۱۹ مغایرت دارد. در هر صورت، این کنوانسیون اکنون لازم‌الاجرا نشده و برخی از دولت‌ها آن را امضا نکرده‌اند. در مقابل، برخی کشورها همچون ایالات متحده، کانادا، انگلستان و استرالیا، قانونی با عنوان مصونیت دولت‌های خارجی^۱ به تصویب رسانده‌اند که اعمال صلاحیت نسبت به اموال دولت‌های خارجی را منع می‌کند. با این حال، دولت ایالات متحده در قانون خود، سازمان‌ها و افراد حامی تروریسم بین‌المللی را از مصونیت قضایی مستثنا کرده است.^۲ در هر صورت، تحریم مالی برخی مسئولان ایرانی، نه به استناد حمایت از تروریسم بین‌المللی بلکه به استناد فعالیت‌های هسته‌ای است که نمی‌تواند در چارچوب حقوق داخلی آمریکا توجیه شود.

۳-۱-۲. اصل مصونیت دیپلماتیک و کنسولی

مصونیت‌های دیپلماتیک و کنسولی در کنوانسیون وین راجع به روابط دیپلماتیک مورخ ۱۹۶۱ و کنوانسیون راجع به حقوق و مزایای روابط کنسولی مورخ ۱۹۶۳ به رسمیت شناخته شده است. این مصونیت، شامل مصونیت از تعرض (آزادی رفت‌وآمد)، مصونیت از بازداشت و مصونیت اموال‌شان می‌شود. با توجه به مصونیت‌های مأمورین دیپلماتیک و کنسولی در این معاهدات، تحریم اشخاص حقیقی به‌صورت یک‌جانبه یا چندجانبه ممکن است در جنبه‌های مختلف با این تعهدات تعارض یابد. به‌عنوان مثال درباره تحریم اتحادیه اروپا علیه اشخاص ایرانی که مشمول تحریم‌های شورای امنیت نیستند آمده است که باید حساب‌ها، منابع مالی و اقتصادی تحت کنترل ایشان توقیف شود.^۳ چنانچه این افراد اکنون از اعضای هیئت دیپلماتیک باشند یا بعد از پایان دوران خدمت به‌عنوان سفیر یا اعضای هیئت دیپلماتیک به کشورهای خارجی معرفی شوند تعارض این اقدامات یک‌جانبه با اصل مصونیت دیپلماتیک و کنسولی مشخص خواهد شد. لازم به ذکر است این مصونیت، صرفاً محدود به اعضای دیپلماتیک نیست بلکه سران کشورها و دولت‌ها و نمایندگان‌شان نیز طبق حقوق بین‌الملل عرفی از مصونیت

1. Foreign Sovereign Immunities Act

2. See: Crowell & Moring attorneys, "The Foreign Sovereign Immunities Act 2010 Year in Review," 2011, p. 27, available at: <http://www.crowell.com/files/the-foreign-sovereign-immunities-act-2010-year-in-review.pdf>.

3. See: Council Regulation (EU) No 961/2010, Article 16(2)

برخوردارند^۱ لذا جلوگیری از مسافرت این افراد یا توقیف اموالشان به استناد تحریم یک‌جانبه، مغایر تعهدات بین‌المللی دولت در ارتباط با مصونیت از تعرض و مصونیت از رسیدگی و اجرا خواهد شد.^۲

در رویه بین‌المللی نیز به مصونیت اموال و حساب‌های دیپلماتیک توجه شده است. مجلس اعیان انگلستان در پرونده شرکت / لکوم علیه جمهوری کلمبیا^۳ چنین اذعان کرد که طبق قانون مصونیت دولت انگلستان ۱۹۷۸^۴ حساب جاری در بانک تجاری برای مأموریت دیپلماتیک، مصونیت دارد تا زمانی که کشور خارجی برای ایفای تعهدات تجاری از این حساب استفاده کند.^۵ به نظر می‌رسد کشور پذیرنده از پذیرش کسانی که در فهرست تحریم هستند به‌عنوان سفیر و کارکنان سفارت، خودداری کند و لذا تعارض اصل مصونیت دیپلماتیک و کنسولی با تحریم مسافرتی اشخاص حقیقی، عملاً زمانی اتفاق می‌افتد که شخص پیش از تحریم، در سمت دیپلماتیک یا کنسولی مشغول فعالیت بوده است.

۳-۱-۳. تعهدات ناشی از موافقت‌نامه مقرر

موافقت‌نامه مقرر، موافقت‌نامه‌ای دوجانبه است که حقوق و تعهدات دولت میزبان و سازمان بین‌المللی در ارتباط با اماکن سازمان و گاهی در خصوص اموال، آرشیو و پرسنل آن را دربرمی‌گیرد.^۶ ماهیت این موافقت‌نامه، تسهیل انجام امور سازمان‌های بین‌المللی و اعطای یک‌سری حقوق و امتیازات برای این سازمان‌ها ازجمله اجازه ورود افراد تبعه کشورهای عضو سازمان‌های بین‌المللی به مقرر این سازمان‌هاست.^۷ به‌عنوان

1. See: Dapo Akande, and Sangeeta Shah, "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts," European Journal OF International Law, Vol. 21, No. 4, 2010, pp. 815-852.

۲. در سال‌های اخیر، این عرف بین‌المللی در حال شکل‌گیری است که مصونیت دیپلماتیک و کنسولی در رابطه با جرایم بین‌المللی جایگاهی ندارد. لذا توقیف اموال و تحریم مسافرتی اشخاص متهم به تروریسم بین‌المللی با استناد به این موضوع صورت می‌گیرد. باید توجه داشت که در اینکه تروریسم بین‌المللی، جرم بین‌المللی است یا خیر، تردید وجود دارد:

Rene Vark, "Personal Inviolability and Diplomatic Immunity in Respect of Serious Crimes," Juridica International, Vol. VIII, 2003, p. 110.

3. Alcom Ltd v. Republic of Colombia

4. The State Immunity Act 1978.

5. Malcom Shaw, Public International Law, Cambridge Press, Sixth Edition, 2008, p. 761.

۶. بیگزاده، ابراهیم، حقوق سازمان‌های بین‌المللی، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۹۱، ص. ۲۲۷.

۷. موسی زاده، رضا، سازمان‌های بین‌المللی، نشر میزان، چاپ چهاردهم، ۱۳۸۸، ص. ۴۵.

مثال در مواد ۱۱ و ۱۳ موافقت‌نامه مقرر بین ایالات متحده و سازمان ملل متحد، این کشور متعهد شده است که به هیئت‌های نمایندگی کشورها نزد سازمان ملل برای انجام وظایف رسمی خود، کارکنان و نمایندگان رسمی سازمان ملل یا سازمان‌های تخصصی وابسته به آن، مشاوران تخصصی و اشخاصی که به فراخور از سوی سازمان دعوت می‌شوند، اجازه ورود و ماندن در قلمرو خود را بدهد. با توجه به این مواد، این نتیجه به دست می‌آید که این کشور، حتی اگر افراد و گروه‌هایی را که از سوی سازمان ملل دعوت یا استخدام می‌شوند تحریم کرده باشد یا حتی کشور متبوعشان را به رسمیت نشناسد، نمی‌تواند مانع ورود آنان به مقرر سازمان ملل شود.^۱

این مسئله در بیانیه سخنگوی دبیرکل در ۲۲ اکتبر ۱۹۸۸ نیز ذکر شده است.^۲ تحریم‌های مسافرتی شورای امنیت علیه اشخاص، می‌تواند در تعارض با مزایا و مصونیت‌هایی باشد که در موافقت‌نامه‌های مقرر در نظر گرفته شده است.^۳ باید توجه داشت تحریم اشخاصی که متصدی سمت‌های دولتی هستند، صرفاً ناظر به شخص ایشان است، نه سمتی خاص که بر عهده دارند و با پایان دوران خدمت رسمی، تحریم به شخص بعدی که متصدی سمت می‌شود منتقل نمی‌شود. به نظر می‌رسد تحریم شورای امنیت علیه اشخاص حقیقی ایرانی، ناظر به شخصیت حقیقی این افراد است.^۴ چرا که جز در خصوص برخی دانشمندان هسته‌ای، شورای امنیت تاریخی را برای انقضای

۱. ن. ک. نظر مشورتی مورخ ۲۶ آوریل ۱۹۸۸ در قابلیت اجرای تعهد به داوری بر اساس بخش ۲۱ موافقت‌نامه ۲۶ ژوئن ۱۹۴۷ مقرر سازمان ملل متحد در خصوص کارکنان دفتر سازمان ساف (سازمان آزادی‌بخش فلسطین) در آرا و دیوان بین‌المللی دادگستری، نظریات مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری، ترجمه محمد رضا ضیایی بیگدلی و همکاران، چاپ اول، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۸، جلد دوم، ص. ۲۳.

۲. سخنگوی دبیرکل در ۲۲ اکتبر، بیانیه‌ای به این مضمون صادر کرد که بخش‌های ۱۱-۱۳ موافقت‌نامه مقرر، تعهد قراردادی برای ایالات متحده ایجاد می‌کند تا به کارکنان هیئت نمایندگی کشورها نزد سازمان ملل اجازه دهد به‌منظور انجام وظایف رسمی خود، وارد ایالات متحده شوند و در این کشور بمانند. همان، ص. ۲۳.

3. UN Security Council Resolution 1521, para. 4 (a) against Ex-president of Liberia and UN Security Council

Resolution 1803 para. 5, UN Security Council Resolution 1929, para 10, against Iran and UN Security Council Resolution 2048 against Gina-Bissau

۴. همان طور که در ضمیمه‌های قطعنامه‌های ۸۰۳ و ۱۹۲۹ نام اشخاص ذکر شده است و این تحریم‌ها بر خود اشخاص بار شده نه بر سمت آنان (گرچه سمت آنان در ضمیمه‌ها اشاره شده). این نکته زمانی پذیرفتنی می‌شود که توجه کنیم کمیته‌های تحریم شورای امنیت از اصطلاح «individuals» در معرفی این افراد استفاده می‌کنند.

مدت تحریم این اشخاص مشخص نکرده است. حال اگر یکی از این اشخاص تحریم شده همچون رئیس سابق سازمان انرژی هسته‌ای ایران که در لیست تحریم‌های چندجانبه و یک‌جانبه قرار دارد، سمتی بین‌المللی بر عهده بگیرد، احتمال تعارض میان اصول وجود خواهد داشت.

تعهدات موافقت‌نامه مقرر، ناشی از ماده ۱۰۵ منشور است و لذا نمی‌توان برای رفع تعارض تعهدات ناشی از قطعنامه‌های تحریم شورای امنیت و تعهدات ناشی از موافقت‌نامه مقرر، به ماده ۱۰۳ منشور ملل متحد متوسل شد چرا که هر دو تعهد، ناشی از منشور محسوب می‌شوند. طبق ماده ۱۱ موافقت‌نامه مقرر بین سازمان ملل و ایالات متحده، این کشور نباید از ورود هیئت‌های نمایندگی و سایر افرادی که از سوی سازمان ملل دعوت می‌شوند، جلوگیری کند. این افراد شامل نمایندگان و مسئولان کشورهای عضو سازمان ملل یا سازمان‌های تخصصی، متخصصین پروژه‌های سازمان ملل یا سازمان‌های غیردولتی مورد شناسایی سازمان ملل متحد برای مشورت به سازمان ملل و سایر اشخاصی است که سازمان ملل یا سازمان‌های تخصصی به مقرر دعوت می‌کند.

ممکن است هریک از افرادی که در فهرست تحریم‌های شورای امنیت قرار گرفته‌اند در آینده در یکی از این سمت‌های رسمی مشغول کار شوند. طبق آیین‌نامه داخلی مجمع عمومی، ممکن است اعضای سازمان برای سخنرانی^۱ یا شرکت در جلسات^۲ یا دفاع از طرح‌ها و پیشنهادهای خود^۳ در سازمان حضور یابند یا این حضور دعوت مجمع عمومی یا شورای امنیت صورت گرفته باشد. حال اگر فردی که برای حضور در سازمان ملل متحد یا سازمان‌های تخصصی وابسته به سازمان ملل متحد (که شامل ۱۶ سازمان است) آماده می‌شود در زمره کسانی باشد که قطعنامه شورای امنیت او را تحریم مسافرتی کرده باشد، تعارض میان دوتعهد ناشی از سازمان ملل متحد رخ خواهد داد. هرچند آمریکا طبق قطعنامه شورای امنیت، متعهد به عدم همکاری با چنین شخصی است، عدم صدور روادید برای وی، مسئولیت بین‌المللی آمریکا طبق موافقت‌نامه مقرر را به دنبال خواهد داشت.

تعارض تعهد به اعمال تحریم مسافرتی شخص با تعهدات ناشی از موافقت‌نامه‌های مقرر سایر سازمان‌های بین‌المللی (غیر از سازمان ملل متحد) محل تأمل است چرا که از

1. Rules of procedure of General Assembly, rule 68.
2. Ibid, rule 43.
3. Ibid, rules 89 and 129.

یکسو می‌توان گفت تعهدات ناشی از منشور ملل متحد، طبق ماده ۱۰۳ منشور بر سایر معاهدات بین‌المللی اعم از موافقت‌نامه مقر تفوق دارد و از سوی دیگر می‌توان استدلال کرد که هر سازمان بین‌المللی، شخصیت حقوقی مستقلی از سازمان ملل متحد دارد و چنانچه مصونیت نمایندگان سازمان در اساسنامه آن سازمان قید شده باشد نمی‌تواند تحت تأثیر قطعنامه‌های شورای امنیت ملل متحد قرار گیرد.^۱ در هر صورت، تعهدات ناشی از این موافقت‌نامه‌های مقر با تحریم مالی و مسافرتی یک‌جانبه دولت‌ها علیه اشخاص حقیقی در تعارض است. به‌طور مثال تحریم مسافرتی برخی اتباع عربی و کره شمالی توسط انگلستان، مغایر با تعهدات این دولت، ناشی از موافقت‌نامه مقر سازمان بین‌المللی دریاهای (که مقر آن در لندن است) تلقی می‌شود.

۳-۲. تحریم اشخاص حقیقی بدون سمت‌های دولتی

به استناد ماده ۲۴ منشور ملل متحد، شورای امنیت باید بر اساس اهداف و اصول منشور ملل متحد عمل کند. علاوه بر این رعایت حقوق بین‌الملل عام و از جمله حقوق بشر از جمله قیودات عمل شورای امنیت مطرح شده است.^۲ احترام به رعایت و تضمین حقوق بشر از سوی دولت‌های عضو جامعه بین‌المللی، امری است که در همه حال، حتی در مبارزه با تروریسم بین‌المللی نیز پذیرفته شده است.^۳ تحریم اشخاص حقیقی که سمت‌های دولتی ندارند با برخی اصول حقوق بشر در تعارض است.^۴ باید توجه داشت تحریم اشخاص حقیقی دولتی به‌طور موازی موجب تحریم جایگاه حقیقی این افراد نیز می‌شود. به‌همین دلیل، این تحریم‌ها می‌تواند ناقض اصل

۱. بر همین اساس نمی‌توان گفت که حضور شهود در دیوان بین‌المللی کیفری که در ماده بند ۴ ماده ۴۸ اساسنامه مقر اساسنامه این سازمان قید شده است، تحت تأثیر قطعنامه‌های شورای امنیت قرار می‌گیرد و کشورهای عضو دیوان، ملزم به ممانعت از عبور شخص تحریم‌شده از کشورشان برای حضور در دیوان هستند.

2. See: De Wet, Human Rights Limitations to Economic Enforcement Measures Under Article 41 of the United Nations Charter and the Iraqi Sanctions Regime, Leiden Journal of International Law, No. 14, 2001, p. 284.
3. See: Gabriele Porretto, op.cit.

۴. گزارشگر حقوق بشر اتحادیه اروپا در گزارش خود، تحریم‌های سازمان ملل و اتحادیه اروپایی را نقض حقوق اساسی بشر اشخاص تحریم‌شده بیان کرد.

Rapporteur: Mr Dick Marty United Nations Security Council and European Union blacklists, Committee on Legal Affairs and Human Rights, , 16 November 2007, para 57. Available at:
<http://assembly.coe.int/ASP/APFeaturesManager/defaultArtSiteView.asp?ID=717>

«تحریم هوشمند»^۱ و «انسانی کردن تحریم»^۲ تلقی شود.^۳ مجمع عمومی با تأیید این مطلب، در قطعنامه ۶۳/۱۸۵ کشورها را تشویق کرد تا در اجرای تعهدات بین‌المللی در تهیه فهرست اشخاص مورد تحریم به اتهام تروریسم بین‌المللی، تضمین‌های کافی برای حقوق بشر را نیز در نظر گیرند.^۴ در اینجا به تعارض تحریم اشخاص حقیقی بدون سمت دولتی یا اشخاص حقیقی با سمت دولتی اما بعد از پایان دوران خدمت، با برخی اصول حقوق بشر اشاره می‌شود.

۳-۲-۱. اصل آزادی رفت‌وآمد

آزادی رفت‌وآمد و حق انتخاب اقامتگاه (به‌عنوان حق فرعی آزادی رفت‌وآمد) یکی از حقوق بشر است که در ماده ۱۲ میثاق حقوق مدنی و سیاسی ذکر شده است. اما برخلاف آنچه به نظر می‌رسد این حق، صرفاً ناظر به آزادی رفت‌وآمد در قلمرو ملی است و به رفت‌وآمد بین‌المللی ارتباطی ندارد. در واقع، هیچ حق بین‌الملل بشری در خصوص حق افراد برای ورود به کشوری دیگر به‌جز کشور متبوع خود وجود ندارد.^۵ تحریم

1. See: Daniel W. Drezner, How Smart are Smart Sanctions?, Department of Political Science, University of Chicago, International Studies Review, No. 5, 2003, pp. 107–110. See Also: Peter L. Fitzgerald, Smarter “Smart” Sanctions, available at:

, Penn State International Law Review, Vol. 26, No. 1, 2007, pp. 37-56.

2. See: Marcin Menkes, Effectiveness as a Constraint to International Trade Sanctions Legality, p. 12. Available at:

www.etsg.org/ETSG2009/papers/menkes.pdf.

3. See: G.L. Burci, Interpreting the Humanitarian Exceptions through the Sanctions Committees, in: United Nations Sanctions and International Law, Gowlland-Debbas, Graduate Institute of International Studies, The Hague: Kluwer Law International, 2001; R. Wessel, Debating the ‘Smartness’ of Anti-Terrorism Sanctions: The UN Security Council and the Individual Citizen, in: Legal Instruments in the Fight Against International Terrorism: A Transatlantic Dialogue, Beställd Coutts, 2005, p. 633.

4. General Assembly Resolution 63/185 (2009)

گزارشگر ویژه در خصوص ترویج و حمایت از حقوق بشر در مبارزه با تروریسم به این موضوع توجه کرده است.

Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, August 2008, UN Doc. A/63/223

5. See: Noah Birkhäuser, Sanctions of the Security Council Against Individuals – Some Human Rights Problems, www.statewatch.org/terrorlists/docs/Birkhauser.PDF

مسافرتی اشخاص حقیقی از سوی شورای امنیت و دولت‌ها اصولاً ناظر به ممنوعیت ورود این افراد به کشور خود و نه کشور متبوع آن‌هاست. لذا نمی‌توان این تحریم را مغایر اصل آزادی رفت‌وآمد مندرج در میثاق حقوق مدنی و سیاسی دانست.

از سوی دیگر ماده ۲ پروتکل چهارم الحاقی به کنوانسیون حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی اتحادیه اروپا مورخ ۱۹۵۰ نیز به حق آزادی رفت‌وآمد اشاره کرده‌است. این کنوانسیون به حقوق دیگری نظیر حق بر حریم خصوصی،^۱ حق بر شهرت^۲ و حقوق خانوادگی^۳ نیز اشاره داشته‌است که تحریم مسافرتی می‌تواند به این حقوق لطمه زند.^۴ تحریم مسافرتی از سوی دولت‌های عضو اتحادیه اروپا، مغایر با تعهد این دولت‌ها طبق کنوانسیون حقوق بشر اروپایی است.^۵ باید توجه داشت برخلاف اصل نسبی بودن معاهدات که صرفاً دولت‌های عضو کنوانسیون، امکان طرح مسئولیت نسبت به آن را دارند در خصوص نظام‌های منطقه‌ای حقوق بشر، امکان طرح مسئولیت از سوی اتباع دول ثالث نیز وجود دارد و لذا امکان طرح دعوا از سوی اشخاص تحریم‌شده در دیوان اروپایی حقوق بشر یا دیوان دادگستری اروپا وجود خواهد داشت.^۶

تحریم مسافرتی همچنین می‌تواند مستقیم بر حق بر سلامت^۷ و حق بر حیات^۸ در مواردی که به کمک‌های پزشکی نیاز باشد، اثرگذار باشد.^۹ به‌طور مثال در قضیه سیرالئون، تحریم‌های اتخاذ شده برای فردی که مورد تحریم مسافرتی قرار گرفته بود برای دسترسی او به درمان‌های پزشکی برداشته شد. باین‌حال فرد موردنظر به دلیل تعلل چندماهه کمیته تحریم شورای امنیت برای اخذ تضمین و محافظت از او فوت

1. Right to privacy

2. Right to reputation

3. Family rights

4. Noah Birkhäuser, op.cit. p.3.

5. Dick Marty, op.cit. para 4.

6. See: Smantha Miko, *Al-Skiini v. United Kingdom and Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention for Human Rights*, Boston College International and Comparative Law Review, Vol. 35, 2013, pp. 63-79.

7. ICESCR, (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966), Article. 12

8. ICCPR (International Covenant on Civil and Political Rights December 1966) Article. 6; ECHR (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950). Article 1.

9. See: Finnur Magnusson, *Targeted Sanctions And Accountability Of The United Nations' Security Council*, 2008, available at http://ils.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/legal_studies/student_paper/SC_Terrorist_List_Finnur_Magnusson.pdf

کرد.^۱ از آنجا که حق حیات در زمره قواعد آمره قرار گرفته است برخی معتقدند تخطی از قطعنامه شورای امنیت در مواردی که حیات شخص مورد تحریم در خطر باشد ممکن است.^۲ مقررات اتحادیه اروپا به همین دلیل، تحریم مسافرتی اشخاص حقیقی را در موارد نیازهای اساسی انسانی و انجام وظایف مذهبی مستثنا کرده است.^۳

۳-۲-۲. حق مالکیت خصوصی

حق بر مالکیت یا حق بر دارایی^۴ ناظر به مالکیت خصوصی افراد است. این حق در اعلامیه جهانی حقوق بشر و کنوانسیون‌های حقوق بشر اروپایی، آفریقایی و آمریکایی به رسمیت شناخته شده اما در میثاق حقوق مدنی و سیاسی و میثاق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به آن اشاره‌ای نشده است. شورای امنیت در قطعنامه‌های مختلف دارایی‌های شخصی افراد را نشانه رفته است که با ظاهر بند ۳ ماده ۱ منشور ملل متحد در خصوص احترام به حقوق بشر مغایر است. به همین دلیل، زمانی که شورای امنیت، رژیم سابق عراق را تحریم اقتصادی کرد، دولت سوئیس از اجرای قطعنامه به دلیل نقض حقوق بشر امتناع ورزید.^۵ با این حال حق بر مالکیت خصوصی اکنون در سطح منطقه‌ای مانده و به قاعده حقوق بین‌الملل عام تبدیل نشده است.

در مقابل تحریم مالی افراد از سوی سازمان‌های بین‌المللی منطقه‌ای مانند اتحادیه اروپا، اتحادیه آفریقا و سازمان کشورهای آمریکایی یا از سوی دولت‌های عضو آن‌ها مغایر با تعهدات حقوق بشری منطقه‌ای از جمله حق بر مالکیت خصوصی است. هرچند در گذشته رویکرد دیوان اروپایی حقوق بشر این بود که نقض حق بر مالکیت خصوصی، فرع بر منافع جمعی دیگری از جمله صلح در منطقه است،^۶ اخیراً دیوان دادگستری اروپا در قضیه کادی و البرکات، رویکردی متفاوت اتخاذ کرد. در این قضیه، اجرای تحریم‌های مالی شورای امنیت علیه گروه‌های تروریستی القاعده توسط اتحادیه اروپا مطرح بود که منجر به توقیف اموال یاسین عبدالله‌عزالدین القادی از اتباع عربستان شده بود. دیوان با استناد به ماده مربوطه در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر معتقد بود

1. Annual Report of the Sierra Leone Sanctions Committee, UN Doc. S/2004/266, February 27, 2004, para 13-14.

2. Noah Birkhäuser, op.cit.p.14.

3. See: Council Decision 2007/140/CFSP, July 26, 2010, Article 19 (7).

4. Right to property

5. Noah Birkhäuser, op.cit.p.7.

6. Frank Schorkopf, The European Court of Human Rights' Judgment in the Case of Bosphorus Hava Yollari Turizm v. Ireland, German Law Journal, Vol. 06, No. 09, 2005, p. 1255.

نقض حق مالکیت خصوصی توسط شورای امنیت، مجوزی برای نقض این حق بشری در سطح منطقه‌ای نیست.^۱ بر این اساس، تحریم اموال برخی اتباع ایرانی از سوی اتحادیه اروپا در تعارض با ماده ۱ پروتکل الحاقی به کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در خصوص حق بر مالکیت خصوصی است.

۳-۲-۳. اصل دسترسی به عدالت

اصل دسترسی به عدالت^۲ یا حق بر رسیدگی عادلانه^۳ یکی از اصول حقوق بشر است که در ماده ۱۴ میثاق حقوق بشر مدنی و سیاسی و سایر اسناد منطقه‌ای تأیید شده که شامل حق بر اطلاع، حق بر دفاع و حق بر تجدیدنظر قضایی می‌شود. طبق این اصل لازم است تا امکان بررسی قضایی تصمیمات موجد تحدید حقوق افراد توسط دولت‌ها فراهم شود. هرچند دولت‌های عضو سازمان ملل متحد طبق ماده ۲۵ منشور ملل متحد، متعهد به اجرای تحریم‌های علیه اشخاص هستند، طبق تعهدات حقوق بشری خود نیز ملزم به تجدیدنظر این تصمیمات علیه اشخاص در مواردی که به محاکم ملی آن‌ها رجوع می‌شود، هستند. به همین دلیل شورای امنیت با تشکیل کمیته‌های تحریم تلاش کرده است تا تحریم اشخاص خصوصی را مورد نظارت و بازنگری قرار دهد و حق بر دسترسی عادلانه را در سازوکار داخلی خود وارد سازد. این کمیته‌ها که به‌عنوان آ‌مبودزمان^۴ عمل می‌کنند طبق قواعدی، نام افراد مورد تحریم قطعنامه‌های شورای امنیت را درج یا حذف می‌کنند.

1. Turkuler Isiksel, Fundamental Rights in the EU after Kadi and Al Barakaat, European Law Journal, Vol. 16, Issue 5, 2010, pp. 551-577.

2. Access to justice

3. Right to due process

۴. آ‌مبودزمان (Ombudsman) تأسیس رابط میان عموم و نهاد سیاسی در سطوح ملی یا بین‌المللی است. به‌عنوان مثال، دادستان یا مدعی‌العموم در اکثر نظام‌های ملی به‌عنوان آ‌مبودزمان رابط میان مردم و قوه قضاییه عمل می‌کند. این سازوکار در سازمان ملل متحد، نخستین بار به‌موجب پاراگراف ۱۹ قطعنامه ۱۹۰۴ شورای امنیت در رابطه با القاعده ایجاد شد که بعداً با تشکیل سایر کمیته‌های تحریم برای اتباع سایر کشورهای مورد تحریم نیز این امکان فراهم شد. به کمک این نهاد، افراد می‌توانند از مقام تحریم‌کننده بخواهند نام ایشان را به دلیل ناعادلانه بودن یا اشتباه در تحریم از لیست تحریم خارج کند. نهاد تحریم‌کننده نیز پس از بررسی، اگر فرد درخواست‌کننده به‌ناحق یا به اشتباه، تحریم شده باشد نام او را از لیست تحریم خارج می‌کند. اکنون این تأسیس، هم در شورای امنیت و هم در اتحادیه اروپا وجود دارد.

See: Machiko Kanetake, Enhancing Community Accountability of the Security Council Through Pluralistic Structure: The Case of the 1267

برای هرچه عادلانه‌تر شدن رسیدگی در این کمیته‌های تحریم، قواعدی تعیین شده است از قبیل امکان گفت‌وگوی مستقیم میان آمبودزمان با شخص تحریم‌شده، ارائه برنامه زمان‌بندی‌شده برای رسیدگی مشخص شدن نتیجه نهایتاً تا شش ماه (و در برخی موارد ۱۸ ماه)، الزام آمبودزمان به ارائه استدلال‌ات در موارد رد درخواست شخص تحریم‌شده، مطلع کردن شخص تحریم‌شده از روند رسیدگی و انتشار عمومی اطلاعات قابل انتشار از سوی کمیته تحریم. در حال این کمیته اجازه بازنگری در تصمیمات را ندارد.^۱

هرچند شورای امنیت تلاش کرد با ایجاد یک نهاد شبه قضایی، حق بر دادرسی عادلانه را محقق سازد، نتوانست رضایت بسیاری از نهادهای حقوقی و دولتی را جلب کند. اولاً تشکیل کمیته‌های تحریم، تعهد ناشی از قطعنامه‌های تحریم نبوده بلکه صرفاً تعهد سیاسی است.^۲ ثانیاً کمیته‌های تحریم اسناد مربوط به تحریم اشخاص را منتشر نمی‌سازند که این امر، مانعی در تجدیدنظر قضایی از سوی محاکم ملی و منطقه‌ای می‌شود.^۳ ثالثاً در صلاحیت شورای امنیت برای تشکیل نهادهای قضایی و شبه قضایی تردیدهایی وجود دارد.^۴ به همین دلیل دادگاه دادگستری اروپا در قضیه کادی معتقد است که «شورای امنیت هنوز نتوانسته یک نهاد مستقل و بی‌طرف ایجاد کند که مسئولیت رسیدگی به اقدامات کمیته‌های تحریم علیه اشخاص را به عهده بگیرد».^۵

لذا در سال‌های اخیر برخی نهادهای منطقه‌ای و ملی، به استناد نقض اصل دادرسی عادلانه، در قطعنامه‌های تحریم شورای امنیت، بازنگری کرده‌اند. دادگاه تجدیدنظر انگلستان نیز در قضیه احمد، استدلال کرد که تبعیت انگلستان از

Committee, Max Planck Yearbook Of United Nations Law, Vol. 12, 2008, pp. 113-175; Imelda Tappeiner, The Fight Against Terrorism. The Lists and the Gaps, Utrecht Law Review, Vol. 1, No. 1, 2005, pp. 97-125.

1. Lisa Ginsborg and Martin Scheinin, You Can't Always Get What You Want: The Kadi II Conundrum and the Security Council 1267 Terrorist Sanctions Regime, Essex Human Rights Review, Vol. 8, 2011, pp. 7-19.

2. Lisa Ginsborg and Martin Scheinin, Judicial powers, due process and evidence in the Security Council 1267 Terrorist Sanctions Regime: the Kadi II conundrum, EUI Working Paper RSCAS 2011/44, 2011, p. 7.

3. Farnaz Mirshahi, The UN 1267 Sanctions Regime: Due Process and Intelligence Evidence, 2012, Available at: https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/33432/1/Mirshahi_Farnaz_201211_LLM_thesis.pdf

4. Lisa Ginsborg and Martin Scheinin, op .cit.

5. Case T-85/09, Yassin Abdullah Kadi v. European Commission, General Court of the European Union, 30 September 2010.

قطعنامه‌های تحریمی شورای امنیت علیه افراد که مغایر اصولی از حقوق بشر است تا جایی ضروری تلقی می‌شود که پارلمان انگلستان این اصول را در رابطه با افراد تحریم شده مستثنا کرده باشد.^۱ از نظر این دادگاه، به‌رغم پیشرفت‌های شورای امنیت برای تضمین حقوق اشخاص، نمی‌توان گفت جبران خسارت قضایی مؤثر^۲ در این رابطه فراهم شده است. این دادگاه از نظریه دوگانگی حقوقی در تعارض میان قطعنامه‌های شورای امنیت و اصول حقوق بشر مورد پذیرش انگلستان تبعیت کرده است.^۳ تعارض تعهد به تحریم اشخاص حقیقی از سوی شورای امنیت با حق دسترسی به عدالت در قضایای دیگر، همچون قضیه کادی و البرکات در دیوان دادگستری اروپا و صیادی در دادگاه بلژیک نیز به نفع حقوق بشر، حل شده است.^۴

1. HM Treasury v Ahmed (and others) [2008] EWHC 869 (Admin), [2008] 3 All ER 361.

2. effective judicial remedy

3. Joe Stevens, "Implementing 'Targeted' UN Sanctions in the UK: Is Freezing of Terrorist Assets Giving Fundamental Rights the Cold Shoulder?", Journal of Terrorism Research, Vol. 3, Issue 2, 2012, p.9.

4. See: Sayadi and Vinck v. Belgium (Communication No. 1472/2006).

نتیجه

تحریم بین‌المللی چندجانبه و یک‌جانبه در طول تاریخ حقوق بین‌الملل، کشورهای بسیاری را هدف قرار داده است. تحریم‌های بین‌المللی در شکل سنتی، دولت‌ها را در تمامیت خود مورد هدف قرار می‌دادند. این امر موجب می‌شد تا تأثیر تحریم بر متخلفین اصلی که مسئولین دولتی بودند کمتر باشد و تأثیر بر شهروندان نیز گزارش شود. به همین دلیل در نسل جدید تحریم‌های بین‌المللی که از آن به تحریم‌های هوشمند یاد می‌شود، دیگر نه «دولت‌های مسئول» بلکه «مسئولین دولتی» تحریم شدند. در این میان، تحریم‌های هوشمند در آغاز راه پر فرازونشیب خود قرار دارد و به همین دلیل، تعارض آن با برخی اصول حقوق بین‌الملل بدیهی است.

تحریم اشخاص حقیقی که در سمت‌های دولتی هستند با اصولی چون اصل مصونیت دیپلماتیک و کنسولی، اصل مصونیت اموال دولتی و تعهدات دولت میزبان طبق موافقت‌نامه مقر در تعارض است. تحریم این اشخاص در زمانی که دوران خدمت رسمی‌شان پایان یابد و همچنین تحریم اشخاصی که هیچ جایگاه دولتی ندارند (مانند دانشمندان هسته‌ای) با تعهدات حقوق بشری از جمله حق بر رفت‌وآمد، حق بر مالکیت خصوصی و حق بر دسترسی به عدالت در تعارض است. نقض این تعهدات می‌تواند مسئولیت بین‌المللی دولت‌های اعمال‌کننده تحریم را به دنبال داشته باشد.

در حقوق بین‌الملل سنتی، تحریم به‌عنوان شکلی از ضمانت اجرای مسئولیت بین‌المللی علیه دولت مطرح بوده است و تخلفات بین‌المللی اشخاص، صرفاً به محاکم بین‌المللی کیفری سپرده می‌شد. در نسل نوین تحریم‌ها علیه اشخاص حقیقی، برای نخستین بار، اشخاص حقیقی در جایی خارج از محاکم بین‌المللی کیفری به سزای اعمال خود می‌رسند.^۱ تحریم اشخاص حقیقی از سوی سازمان ملل متحد یا دولت‌های عضو این سازمان، نوعی اعمال ضمانت اجرای بین‌المللی علیه اشخاص حقیقی است که مستقیماً از سوی این نهادهای سیاسی اعمال می‌شود. این سازوکار می‌تواند به معنای تضعیف جایگاه نهادهای قضایی، اعم از محاکم ملی و بین‌المللی باشد که برای تخلفات بین‌المللی اشخاص تأسیس شده‌اند.^۲

باید توجه داشت که اکنون سازوکار اعمال تحریم‌ها علیه اشخاص حقیقی ابتدایی است و به همین دلیل برخلاف تحریم‌های سنتی، محاکم ملی و منطقه‌ای به خود این

1. See: Peter L. Fitzgerald, op. cit. p.51.

۲. برای اطلاعات بیشتر در خصوص تعارض دکنترین صلاحیت نامحدود شورای امنیت با سازوکار محاکم کیفری بین‌المللی، ن.ک: براتی، شهرام، صلاحیت شورای امنیت در ارتباط با دیوان کیفری بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تربیت مدرس، زمستان ۱۳۸۱، صص ۱۶۰ به بعد.

اجازه را داده‌اند تا در موضوع مشروعیت این تحریم‌ها ورود کنند. البته بازنگری قطعنامه‌های تحریم اشخاص حقیقی توسط این نهادهای قضایی در ماهیت این قطعنامه‌ها نیست بلکه به صورت مصداقی، مورد یا مواردی از اشخاص مورد تحریم را به دلایل حقوق بشری مستثنا کرده‌اند. با این حال این رویه، مقدمه‌ای مهم در ارزیابی اقدامات شورای امنیت توسط نهادهای منطقه‌ای و دولت‌های عضو سازمان ملل متحد است. تعارض ذاتی تحریم اشخاص حقیقی با حقوق بشر، موجب شده است تا بخش وسیعی از ادبیات حقوق بین‌الملل در رابطه با تحریم‌های هوشمند به موضوع تضمین حقوق بشر در اجرای تحریم علیه اشخاص حقیقی اختصاص یابد.

تحریم اشخاص حقیقی که ابتدا با هدف مبارزه با تروریسم اعمال شد، امروزه تعدادی از افراد را در ایران به بهانه فعالیت در زمینه فناوری صلح‌آمیز هسته‌ای یا نقض حقوق بشر، هدف قرار داده است. با این حال، تحریم اشخاصی به اتهام نقض بخشی از حقوق بین‌الملل نمی‌تواند مجوزی برای نقض بخش دیگری از حقوق بین‌الملل باشد؛ به‌ویژه آنکه نویسندگان، امروزه در محدودیت شورای امنیت به قواعد آمره (همچون مصونیت دیپلماتیک) و اهداف منشور ملل متحد (همچون احترام به حقوق بشر) تردید ندارند. باید توجه داشت امکان اعتراض به اجرای این تحریم‌ها در نهادهای ملی و منطقه‌ای حقوق بشر از جمله دادگاه اروپایی حقوق بشر و دادگاه اروپایی دادگستری برای کسانی که مستقیماً از تصمیمات کشورهای عضو اتحادیه صدمه دیده‌اند، وجود دارد.

منابع:

- براتی، شهرام، صلاحیت شورای امنیت در ارتباط با دیوان کیفری بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۱.
- بیگزاده، ابراهیم، حقوق سازمان‌های بین‌المللی، مجد، ۱۳۹۱.
- چیکا، بلز، چکیده آراء قضایی در حقوق بین‌الملل عمومی، ترجمه: همایون حبیبی، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۷.
- حدادی، مهدی، تحریم‌های بین‌المللی: ابزار سیاست ملی یا ضمانت اجرایی بین‌المللی، فصلنامه حقوق خصوصی، سال اول، شماره ۱، ۱۳۸۴.
- دارانی، علی‌اکبر، تحریم اقتصادی در چارچوب منشور سازمان ملل متحد، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۷۳.
- زهرانی، مصطفی، نظریه‌های تحریم اقتصادی، نشر وزارت امور خارجه، ۱۳۷۶.
- شایگان، فریده، شورای امنیت و مفهوم صلح و امنیت بین‌المللی، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۰.
- ضیایی بیگدلی، محمدرضا و همکاران؛ نظریات مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری، چاپ اول، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۸.
- ضیایی، سیدياسر، تحریم جمهوری اسلامی ایران از منظر حقوق بین‌الملل عمومی، گزارش راهبردی مرکز تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام، ۱۳۹۱.
- فن‌گلان، گرهارد، حقوق بین‌الملل عمومی، ترجمه سیدداوود آقایی، میزان، ۱۳۸۳.
- موسی‌زاده، رضا، سازمان‌های بین‌المللی، چاپ چهاردهم، میزان، ۱۳۸۸.

I. Books and Articles

- Arthur B. Culvahouse, Jr , A Practical Guide To International Sanctions Law And Lore: Mamas, Don't Let Your Children Grow Up To Be Sanctions Lawyers, Houston Journal Of International Law, Vol. 32, No. 3, 2010.
- August Reinisch, Targeted Sanctions and the Fight against Terrorism: Developments and Procedural Reforms, Seminar Paper in University of Vienna, 2012, available at :
http://ils.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/legal_studies/student_paper/Martino_Targeted_sanctions_paper.pdf
- Barry E. Carter, International Economic Sanctions: Improving the Haphazard U.S. Legal Regime, California Law Review, No. 75, 1987Bjorn Elberling, The Ultra Vires Character of Legislative Action by

Security Council is Unbound by Law, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 12, 1999.

- Case T-85/09, Yassin Abdullah Kadi v. European Commission, General Court of the European Union, 30 September 2010.

- Christina Eckes, Sanctions Against Individuals – Fighting Terrorism Within the European Legal Order, *European Constitutional Law Review*, Vol. 4, Issue 2, pp. 205-224, June 2008, pp. 205-224.

- D. Murphy, International Law, the United States, and the Non-military War against Terrorism, *European Journal of International Law*, Vol. 14, No. 2, 2003.

- Crowell & Moring attorneys, The foreign sovereign immunities Act 2010 year in review, 2011, p. 27, available at: <http://www.crowell.com/files/the-foreign-sovereign-immunities-act-2010-year-in-review.pdf>

- D.W.Bawett, International Law and Economic Coercion, *Virginia Journal of International Law*, No. 16, 1976.

- Daniel W. Drezner, How Smart are Smart Sanctions?, Department of Political Science, University of Chicago, *International Studies Review*, No. 5, 2003.

- Dapo Akande and Sangeeta Shah, Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts, *European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 4, 2010.

-De Wet, Human Rights Limitations to Economic Enforcement Measures Under Article 41 of the United Nations Charter and the Iraqi Sanctions Regime, *Leiden Journal of International Law*, No. 14, 2001.

- Miša Zgonec-Rozej, Kadi & Al Barakaat v. Council of the EU & EC Commission: European Court of Justice Quashes a Council of the EU Regulation Implementing UN Security Council Resolutions, *American Society of International Law*, Vol. 12, Issue 22, 2008.

- Farnaz Mirshahi, The UN 1267 Sanctions Regime: Due Process and Intelligence Evidence, 2012, available at:

https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/33432/1/Mirshahi_Farnaz_201211_LLM_thesis.pdf

- Finnur Magnusson, Targeted Sanctions And Accountability Of The United Nations' Security Council, 2008, available at:

http://ils.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/legal_studies/student_paper/SC_Terrorist_List_Finnur_Magnusson.pdf

- Frank Schorkopf, The European Court of Human Rights' Judgment in the Case of Bosphorus Hava Yollari Turizm v. Ireland, German Law Journal, Vol 06, No. 09, 2005.
- G.L. Burci, Interpreting the Humanitarian Exceptions through the Sanctions Committees, in: United Nations Sanctions and International Law, Gowlland-Debbas, Graduate Institute of International Studied, The Hague: Kluwer Law International, 2001.
- Gabriele porretto, The European union, counter-terrorism sanctions against individuals and human rights protection, Transitional Justice Institute Research Paper No. 09-08, 2009
- Imelda Tappeiner, The Fight Against Terrorism. The Lists and the Gaps, Utrecht Law Review, Vol. 1, No. 1, 2005.
- Johannes Reich, "Due Process and Sanctions Targeted against Individuals Pursuant to Resolution 1267 (1999)," Yale journal of International Law, No. 33, 2008
- Jean Combacau, Sanctions, in Rudolf Bernhardt, Encyclopedia of Public International Law, Vol. 9, 1981.
- Joe Stevens, Implementing 'Targeted' UN Sanctions in the UK: Is Freezing of Terrorist Assets Giving Fundamental Rights the Cold Shoulder?, Journal of Terrorism Research, Vol. 3, Issue 2, 2012.
- Lance Davis and Stanley Engerman, History Lessons Sanctions: Neither War nor Peace, Journal of Economic Perspectives, Volume 17, Number, Spring 2003.
- Legal consequences for states of the continued presence of South Africa in Namibia (SOUTH-WEST AFRICA) Notwithstanding security council resolution 276 (1970), Atvisory Opinion of 21 June 1971, available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/53/5597.pdf>
- Lisa Ginsborg and Martin Scheinin, Judicial powers, due process and evidence in the Security Council 1267 Terrorist Sanctions Regime: the Kadi II conundrum, EUI Working Paper RSCAS 2011/44, 2011.
- Lisa Ginsborg and Martin Scheinin, You Can't Always Get What You Want: The Kadi II Conundrum and the Security Council 1267 Terrorist Sanctions Regime, Essex Human Rights Review, Vol. 8, 2011.
- Machiko Kanetake, Enhancing Community Accountability of the Security Council Through Pluralistic Structure: The Case of the 1267 Committee, Max Planck Yearbook Of United Nations Law, Vol. 12, 2008.
- Malcom Shaw, Public international law, Cambridge press, Sixth Edition, 2008.

-
- Marcin Menkes, Effectiveness as a Constraint to International Trade Sanctions Legality, Available at: www.etsg.org/ETSG2009/papers/menkes.pdf
 - Miša Zgonec-Rožej, Freezing assets of 'terrorists' – how fair is the UN sanctions committee?, 2009 available at: <http://www.lawgazette.co.uk/in-practice/practice-points/freezing-assets-terrorists-how-fair-un-sanctions-committee>
 - Mónica Lourdes de la Serna Galván, Interpretation of Article 39 of the UN Charter (Threat to the Peace) by the Security Council : is the Security Council a Legislator for the Entire International Community?, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol XI, 2011.
 - Navin A. Bapat and T. Clifton Morgan, Multilateral Versus Unilateral Sanctions Reconsidered: A Test Using New Data, International Studies Quarterly, Vol. 53, 2009.
 - Noah Birkhäuser, Sanctions of the Security Council Against Individuals: Some Human Rights Problems, www.statewatch.org/terrorlists/docs/Birkhauser.pdf
 - P. Takis Tridimas, EU Law, International Law and Economic Sanctions Against Terrorism: The Judiciary in Distress?, Fordham International Law Journal, Vol. 32, 2009,
 - Peter L. Fitzgerald, Smarter "Smart" Sanctions, Penn State International Law Review, Vol. 26, No. 1, 2007.
 - R. Rennie Atterbury, Unilateral sanctions: Relearning forgotten ,American society of international law proceeding, 1997.
 - R. Wessel, Debating the 'Smartness' of Anti-Terrorism Sanctions: The UN Security Council and the Individual Citizen, in Legal Instruments in the Fight Against International Terrorism: A Transatlantic Dialogue, Beställd Coutts, 2005.
 - Rene Vark, Personal Inviolability and Diplomatic Immunity in Respect of Serious Crimes, Juridica International, Vol. VIII, 2003.
 - Rapporteur: Mr Dick Marty "United Nations Security Council and European Union blacklists," Committee on Legal Affairs and Human Rights, 16 November 2007, para 57. Available at: <http://assembly.coe.int/ASP/APFeaturesManager/defaultArtSiteView.asp?ID=717>
 - Smantha Miko, Al-Skiini v. United Kingdom and Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention for Human Rights, Boston College International and Comparative Law Review, Vol. 35, 2013.

- The Court dismisses the appeals against the General Court's 'Kadi II' judgment, Press release No 93/13, Luxembourg, 18 July 2013. available at:

<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-07/cp130093en.pdf>

- Turkuler Isiksel, Fundamental Rights in the EU after Kadi and Al Barakaat, European Law Journal, Vol. 16, Issue 5, 2010.

II. Drafts

-Annual Report of the Sierra Leone Sanctions Committee, UN Doc. S/2004/266, February 27, 2004.

-Council Regulation (Ec) No 2580/2001, December 27, 2001.

-Council Regulation (EC) No 881/2002, May 27, 2002.

-Council Decision, concerning restrictive measures against Iran and repealing Common Position 2007/140/CFSP, July 26, 2010.

-Council Regulation (EU) No 961/2010, On Restrictive Measures Against Iran And Repealing Regulation (EC) No 423/2007, October 25, 2010.

-Council Implementing Regulation (EU) No 503/2011, Implementing Regulation (EU) No 961/2010 On Restrictive Measures Against Iran, May 23, 2011.

-Council Implement Regulation (EU) No 1002/2011, implementing Article 12(1) of Regulation (EU) No 359/2011 concerning restrictive measures directed against certain persons, entities and bodies in view of the situation in Iran, October 10, 2011.

-Council Implementing Regulation (EU) No 206/2013, implementing Article 12(1) of Regulation (EU) No 359/2011 concerning restrictive measures directed against certain persons, entities and bodies in view of the situation in Iran, March 11, 2013.

-Council common position of 15 November 1999 concerning restrictive measures against the Taliban (1999/727/CFSP).

-Council Of The European Union 15579/03 (2003); Guidelines on implementation and evaluation of restrictive measures (sanctions) in the framework of the EU Common Foreign and Security Policy (2005); Council Of The European Union 10826/1/07 REV 1, 2007.

-Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries, 1999.

-Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts 2001.

-
- ECHR Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950.
 - General Assembly Resolution 63/185, 2009.
 - ICESCR, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966.
 - ICCPR, International Covenant on Civil and Political Rights December 1966.
 - Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, UN Doc. A/63/223, August 2008.
 - The Cuban Assets Control Regulations, 31 CFR Part 515 (the “Regulations”), were issued by the U.S. Government on July 8, 1963 available at:
www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/cuba_tr_app.pdf
 - United Nations Security Council Resolution 2105, June 5, 2013.
 - United Nations Security Council Resolution 864, September 15, 1993.
 - United Nations Security Council Resolution 2127, December 5, 2013.
 - United Nations Security Council Resolution 1737, December 20, 2006.
 - United Nations Security Council Resolution 2048, May 18, 2012.
 - Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961.

از مادر معتاد تا فرزند بزهکار «الگوی رشد مجرمانه مبتنی بر بزه‌دیده‌شناسی ثانویه»

شادی عظیم‌زاده *

گلاویژ شیخ‌الاسلامی **

چکیده

خانواده بنیادی‌ترین نهاد اجتماعی و مادر مهم‌ترین مهره خانواده، در فرایند تربیت انسانی اجتماعی است. چهل هفته زیستن در نهاد مادر، معرف دوره‌ای است که آثار آن بر کودک، قطعی‌تر و سریع‌تر از هر دوره دیگر زندگی محسوب می‌شود. تحقیقات حاکی از آن است که اعتیاد مادر، اثری اجتناب‌ناپذیر بر تولد کودکانی خواهد داشت که در معرض بیماری اعتیاد و ناهنجاری‌های اجتماعی در آینده قرار می‌گیرند و زنگ خطری برای جامعه‌ای محسوب می‌شود که درصدد تربیت شهروندان قانون‌مدار است. این تحقیق با هدف پیشگیری از تولد نوزادان معتاد و حمایت و مراقبت افتراقی از آن‌ها به روش تحلیلی - توصیفی برای بررسی موضوع از منظر رهیافت‌های جرم‌شناختی و تطبیق با برنامه‌ها و سازوکارهای ارائه‌شده نظری برای دستیابی به نتایج کاربردی در سیاست‌جنایی افتراقی حمایت از کودکان و نوجوانان انجام شده است.

واژگان کلیدی: نوزاد معتاد متولدشده، بزه‌دیدگی پیش‌رس، پیشگیری رشد‌مدار، سیاست جنایی افتراقی.

* عضو هیئت‌علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد الکترونیک (نویسنده مسئول)

Azimzadehshadi@gmail.com

** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات البرز
gelavizh.sheikholeslami@gmail.com

مقدمه

زندگی با کیفیت در سال‌های اولیه زیست هر فرد، ضامن ظهور انسان خلاق و توانمند در سال‌های بعد است. آسیب به نوزادان به‌عنوان آسیب پذیرترین فرد انسانی، می‌تواند سلامت جسمی، ذهنی و روانی آن‌ها را تا مدت‌ها و شاید برای همیشه تحت تأثیر قرار دهد. این در حالی است که معتادساختن نوزاد قبل از تولد او، مصداقی از کودک‌آزاری شناخته می‌شود و کودک‌آزاری به‌مثابه مشکلی اجتماعی و درعین‌حال، واجد عنوانی مجرمانه و دارای ضمانت اجرای کیفری است. سوءرفتار با کودکان، تمام اشکال آزار جسمی یا عاطفی، آزار جنسی، بی‌توجهی با رفتارهای مبتنی بر بی‌مبالاتی یا رفتارهایی با اهداف تجاری و بهره‌کشی را دربرمی‌گیرد که به آسیب‌های بالفعل یا بالقوه بر سلامت، بقا، رشد یا مقام و منزلت کودک منجر می‌شود. در ماده ۲ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان به این مهم اشاره شده، هرچند نامی از نوزاد در آن به میان نیامده است. اما با وحدت‌ملاک از مواد این قانون و فلسفه حمایت از بزه‌دیدگی و خشونت دیدگی کودکان، نوزاد را نیز می‌تواند شامل شود زیرا نیاز او به حمایت و مراقبت در برابر بزه دیدگی به مراتب بیشتر است. «منحصربه‌فرد بودن وضعیت کودکان، توانایی بالقوه انسانی آنان، آسیب‌پذیری این قشر در سال‌های آغازین زندگی، وابستگی آنان به بزرگسالان برای رشد و نمو، دلایلی خدشه‌ناپذیر برای سرمایه‌گذاری بیشتر در امر پیشگیری از بروز خشونت و حمایت در برابر خشونت است.» کودکان نه تنها در برابر خشونت‌های خانوادگی آسیب‌پذیرند بلکه مشاهده رفتار خشونت‌آمیز والدین نیز پیامدهای وخیمی بر آن‌ها بر جای می‌گذارد. به‌عقیده "سیگل" میان آن دسته از کودکانی که تنها شاهد خشونت درون خانواده‌اند با آنهایی که قربانی این‌نوع خشونت هستند، تفاوت چندانی وجود ندارد.^۱ بنابراین درخصوص چگونگی بزه دیدگی کودکان در ارتباط با موادمخدر و الکل می‌توان این‌گونه بیان داشت که کودکانی که در وضعیت خاص به‌سر می‌برند نسبت به آن‌هایی که وضعیت عادی دارند، بیشتر در معرض ارتباط با موادمخدر (به هر صورت) قرار می‌گیرند و وضعیت خاص این کودکان، به‌شرایطی که در محدوده آن زندگی می‌کنند بستگی دارد زیرا این شرایط باعث ایجاد رفتارهای ناهنجار در آنان می‌شود. سابقه کودکی والدین، نقشی عمده در رفتار آن‌ها به‌عنوان پدر یا مادر ایفا می‌کند. اشخاصی که الگوهای پدران و مادران ضعیفی داشته‌اند یا آن‌هایی که نیازهایشان برآورده نشده‌است، در تأمین نیازهای فرزندانشان با مشکل شدید مواجه می‌

1. Larry Siegel, Brandon Welsh, and Josphe Senna, Juvenile Delinquency, 9th Edition, Thomas Wadsworth, 2003, p. 141.

شوند. مصرف مواد مخدر یا الکل در عملکرد ذهنی والدین، قضاوت، توانایی حمایتی و خویشتن‌داری آن‌ها اختلال ایجاد می‌کند. بنابراین در این مقاله، سعی شده‌است با توجه به ابعاد و گستره بزه‌دیدگی در این طیف، پاسخی سودمند و کارآمد برای تبیین آثار بزه‌دیدگی این نوزادان، یافت شود؛ با عنایت به اینکه اجرای سازوکارهای حمایتی در هر مرحله به صورت غیرمستقیم در مرحله دیگر مؤثر است لذا به دلیل اهمیت موضوع و فقر منابع در زمینه بزه‌دیدگی نوزاد معتاد و نیز الگوسازی برای تدوین برنامه‌های فراگیر پیشگیری، این فرآیند در سه‌مبحث بزه‌دیدگی نوزاد معتاد و گستره آن، آسیب‌شناسی نظری نوزاد معتاد متولدشده و گونه‌های حمایت از این نوزادان مورد مطالعه قرار می‌گیرد. براین اساس، تبیین علل و عوامل وقوع کودک‌آزاری در چارچوب نظریه‌های جامعه‌شناختی و جرم‌شناختی و با در نظر گرفتن پیوند این دو حوزه ممکن می‌شود. با تأکید بر این چالش که تا چه حد لزوم فرهنگ‌سازی، تدوین قوانین ویژه حمایتی با رویکرد بزه‌دیده‌مدار و دایر کردن مراکز تخصصی ضروری است. با وجود اینکه در ایران تحقیقاتی گسترده در زمینه بزه‌دیدگی کودکان و نوجوانان انجام شده، تحقیق علمی و دقیق درباره ابعاد و گستره بزه‌دیدگی نوزادان، به عنوان آسیب‌پذیرترین طیف نارسیده به سن کودکی صورت نگرفته‌است. پژوهش‌های کلی که در زمینه بزه‌دیدگی کودکان و نوجوانان انجام شده عمدتاً گروه سنی خاصی را پوشش می‌دهد. در این زمینه، بیشترین توجه شاید در بُعد پزشکی صورت گرفته‌باشد که با توجه به صدمات وارده به نوزاد، بسیار ناچیز ارزیابی می‌شود. این تحقیق، مطالعه‌ای است نظریه‌شناختی در سایه رهیافت‌های جرم‌شناسانه و روان‌شناسانه با تأکید بر به چالش‌گذار کردن داشته‌های نظام عدالت کیفری برای دستیابی به برنامه‌های افتراقی در سیاست‌جنایی که مبتنی بر روش و با استفاده از ابزار گردآوری داده‌ها و اطلاعات موجود در منابع کتابخانه‌ای انجام شده‌است.

۱. بزه‌دیدگی نوزاد معتاد و گستره آن

نوزادان از طریق مصرف مواد مخدر یا الکل توسط مادر مبتلا به سوء مصرف و استنشاق مواد مخدر بعد از تولد، توسط مادر و پدر مصرف‌کننده، به مواد افیونی وابسته می‌شوند. این‌گرایش به مواد مخدر یا الکل از طریق شیر مادر آغاز می‌شود و منشأ چرخه‌ای خواهد شد از رفتارهای ضداجتماعی که در شکل‌گیری آن، گزینش عقلانی‌ای از سوی نوزادان وجود نداشته و ناخواسته به این چرخه ورود پیدا کرده‌اند. عارضه ابتدایی در این نوزادان سندرمی به نام سندرم پرهیز نوزادی^۱ است: «سندرم پرهیز نوزادی»

1. Neonatal Abstinence Syndrome (NAS)

یک حالت محرومیت از مواد در مادران وابسته به مواد است که با نشانه‌های غیراختصاصی در نوزاد تظاهر می‌کند. سندرم پرهیز نوزادی در نوزادان متولدشده از مادران وابسته به مواد افیونی، نسبت به مادران وابسته به الکل و سایر مواد، شایع‌تر است. این سندرم در نوزادان با تهییج نورولوژیک، کژکارکردی گوارشی و نشانه‌های اتونومیک مشخص می‌شود. نشانه‌هایی چون خوب شیر نخوردن، مشکلات خواب، استفراغ، وزن نگرفتن و گاه تشنج ممکن است دیده شود. با توجه به اینکه مصرف مواد مخدر و الکل بر سلامت جسمی و ذهنی نوزادان، آثار منفی بسیاری دارد، ممکن است این امر، نوعی خشونت علیه نوزاد تلقی شود. کودکان خشونت‌پذیر براساس تقلید می‌توانند به کودکان خشونت‌گرا و ناسازگار تبدیل شوند. «اعتیاد نوزادان، صفتی نیست که با بزرگ شدن آن‌ها محو شود بلکه می‌تواند در سراسر زندگی‌شان وجود داشته باشد و در جوانی باعث تمایل آن‌ها به ارتکاب رفتارهای ناهنجارتری نیز شود. والدین معتاد و الکلی، مجرم و منحرف، الگوهای مناسبی برای فرزندان خود نیستند.»^۱ شاید در این خصوص بتوان گفت تداوم، فراوانی و عمق معاشرتی که بین پدر و مادر و فرزندان وجود دارد موجبات یادگیری و تقلید از آنان را برای کودکان فراهم می‌آورد.

۱ - ۱. نوزاد معتاد متولدشده

اعتیاد در نوزادان، به عنوان وصف اکتسابی از والدین سهل‌انگار و بی‌توجه به سرنوشت فرزندشان در نظر گرفته می‌شود که می‌تواند در بردارنده عوامل متعدد خطرناک در نوزاد شود. واضح است که در برخی موقعیت‌ها میزان خطر (یعنی وقایعی که به احتمال بسیار زیاد نتیجه نامطلوب به بار می‌آورند) بیشتر از دیگر موقعیت‌هاست. این مفهوم از میزان خطر، با اعتیاد در نوزادان به عنوان عاملی که محرک انواعی از بزه دیدگی‌های بعدی در اوست، هماهنگی دارد. این نوزادان به دلیل وجود ضعف جسمی ناشی از اعتیاد، به عنوان کم‌سن‌ترین «کودک در معرض خطر» نیازمند نگاهی افتراقی از سوی مسئولین و متخصصین علوم مختلف هستند. در وهله اول، وجود عوارض گوناگون جسمی، آن‌ها را در جرگه بزه‌دیدگان جسمی قرار می‌دهد و در گام بعدی، استعداد و زمینه موجود در آنان به دلیل اعتیاد اولیه تحمیلی، موجب بزه دیدگی مکرر این نوزادان می‌شود. نوزادان با لحاظ معیار آسیب‌شناسانه از جمله سن و ویژگی‌های جسمی و روانی، بیش از بزرگسالان در معرض آسیب قرار دارند و به این دلیل می‌توان

1. James Burfeind, and Dawn Jeglum Bartush, Juvenile Delinquency: An Integrated Approach, World Headquarters, 2006, pp. 405- 406.

آنان را به عنوان «بزه دیده خاص و ایده آل» نیز در نظر انگاشت. ذیلاً مصادیقی از بزه دیدگی ایشان که مهم تر است مورد بحث و تطبیق مصداقی قرار می گیرد.

تعاریف گوناگونی درباره بزه دیدگی جسمانی وجود دارد که می توان گفت تحت تأثیر مسائلی مانند قوانین و مقررات حقوقی مربوط به بزه دیدگی کودکان، ارزش های فرهنگی رایج درباره تربیت آن ها و استعداد های زیست شناختی ارائه شده اند. اما با نگاه کلی به این نوع بزه دیدگی می توان آن را اعمال هرگونه خشونت که به قصد آزار جسمی یا به این نیت، نسبت به کودک اعمال می شود، تعریف کرد. شاید این سؤال ایجاد شود که در اعتیاد نوزاد به وسیله مادر باردار مبتلا به سوء مصرف یا از طرق دیگر مثل شیردهی یا استنشاق مواد مخدر مصرفی توسط والدین، این قصد صریح ایجاد صدمات جسمانی به نوزاد وجود ندارد اما با وحدت ملاک از بندهای (ب) و (پ) ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲^۱ که در مقام بیان مصادیق جنایت عمد است می توان این گونه بیان داشت که رفتار والدین معتاد نسبت به فرزندشان، نوعاً خطرناک محسوب می شود و با لحاظ وضع سنی و ناتوانی جسمی نوزاد که والدین نیز آگاه به آن بوده اند، با وجود سوء نیت تبعی در ایجاد صدمات جسمی وارده که در تعریف بزه دیدگی جسمانی آمده است، جنایت محرز است و لذا اقدام والد با وجود سایر شرایط می تواند از مصادیق جنایات علیه تمامیت جسمانی اشخاص محسوب شود چرا که در زمره رفتارهای موجد خطر و ایراد آسیب شدید نسبت به نوزاد است نه اقدام علیه خود. منشأ این طرز تلقی را باید در عواقب طولانی مدت اعتیاد در این گروه سنی، وابستگی نوزاد به والدین به ویژه مادر در تأمین خوراک وی و البته از باب شدت و سخت گیری نسبت به والدینی فرض کرد که تا این حد، بی توجه و سهل انگار هستند زیرا قدر مسلم این است که نوزاد مادر معتاد، معتاد است و بسیاری مواقع، آثار محرومیت با توجه به ساعتی که مادر ماده مخدر مصرف کرده در نوزاد نیز مشاهده می شود که چه بسا منجر به معلولیت

۱. بند (ب) ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: ... هرگاه مرتکب، عمداً کاری انجام دهد که نوعاً موجب جنایت واقع شده یا نظیر آن می گردد، هر چند قصد ارتکاب آن جنایت و نظیر آن را نداشته باشد ولی آگاه و متوجه بوده که آن کار نوعاً موجب آن جنایت یا نظیر آن می شود.

- بند (پ) ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: ... هرگاه مرتکب قصد ارتکاب جنایت واقع شده یا نظیر آن را نداشته و کاری را هم که انجام داده است، نسبت به افراد متعارف، نوعاً موجب جنایت واقع شده یا نظیر آن نمی شود لکن در خصوص مجنی علیه، به علت بیماری، ضعف، پیری یا هر وضعیت دیگر و یا به علت وضعیت خاص مکانی یا زمانی، نوعاً موجب آن جنایت یا نظیر آن می شود مشروط بر آنکه مرتکب به وضعیت نامتعارف مجنی علیه یا وضعیت خاص مکانی یا زمانی آگاه و متوجه باشد.

یا مرگ نوزاد شود. لذا در استناد به ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی و با لحاظ تفسیر به نفع متهم می‌توان اعتیاد نوزاد از طریق والدین را منسوب به بند (پ) این ماده محسوب کرد زیرا بند (پ) اثبات آگاهی مرتکب نسبت به کشنده یا مجروح‌کننده بودن رفتار را ضروری می‌داند. به این ترتیب با توجه به نسبی بودن ویژگی عمل مرتکب، اصل بر ناآگاهی وی است.^۱ در این بند، علاوه بر آگاهی مرتکب نسبت به وضعیت خاص مجنی علیه، آگاه بودن وی نسبت به کشنده یا مجروح‌کننده بودن عمل در آن شرایط نیز لازم است که در این رابطه می‌توان از نظر کارشناسان نیز بهره‌برد و در نتیجه، اثبات این درجه از آگاهی بر عهده مدعی است که درباره نوزاد معتاد با توجه به ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری جدید مصوب ۱۳۹۲^۲ سازمان‌های مردم‌نهادی که اساسنامه آنها درباره حمایت از اطفال و نوجوانان است، می‌توانند به عنوان اعلام‌کننده جرم در نظر گرفته شوند. در این بزه‌دیدگی، طیف وسیعی از سندرم‌ها، نقایص و بیماری‌های فیزیکی در نوزادان در نتیجه این وابستگی تحمیلی ایجاد می‌شود. به‌طور مثال می‌توان به مرگ یا تأخیر در رشد داخل رحمی، نارسایی جفت، زایمان زودرس، سقط خودبه‌خودی، خون‌ریزی داخل جمجمه و محرومیت تغذیه‌ای اشاره کرد. البته نباید از نظر دور داشت که مصرف هر نوع مواد مخدر، آثار و تبعات اختصاصی و جداگانه‌ای بر سلامت جسمی نوزاد دارد. مثلاً نیکوتین دارای آثار کوتاه‌مدت افزایش مرگ‌ومیر نوزادی، سندرم مرگ ناگهانی نوزاد و آثار طولانی‌مدت آسم کودکی، مشکلات رفتاری، اختلال توجه و بیش‌فعالی است. هروئین دارای آثار کوتاه‌مدت افزایش مرگ‌ومیر حول و حوش تولد و سندرم پرهیز نوزادی است و آثار طولانی‌مدت آن شامل افزایش بی‌توجهی، بیش‌فعالی و مشکلات رفتاری، دشواری در فرایندهای جسمی، اجتماعی، سازگاری و یادگیری است. آمفتامین‌ها دارای آثار کوتاه‌مدت آنومالی‌های مادرزادی دستگاه اعصاب مرکزی، قلبی، عروقی، شکاف کام و لب، عوارض عصبی رفتاری مانند کاهش برانگیختگی، افزایش استرس و کیفیت حرکتی پایین و آثار بلندمدت شامل مشکلات رفتاری

۱. میرمحمدصادقی، حسین، حقوق کیفری اختصاصی (۱) جرایم علیه اشخاص، چاپ یازدهم، میزان، ۱۳۹۲، صص. ۱۲۳-۱۲۲.

۲. ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲: سازمان‌های مردم‌نهادی که اساسنامه آن‌ها درباره حمایت از اطفال و نوجوانان، زنان، اشخاص بیمار و ناتوان جسمی یا ذهنی، محیط‌زیست، منابع طبیعی، میراث فرهنگی، بهداشت عمومی و حمایت از حقوق شهروندی است می‌توانند نسبت به جرایم ارتكابی در زمینه‌های فوق، اعلام جرم کنند و در تمام مراحل دادرسی جهت اقامه دلیل، شرکت و نسبت به آرای مراجع قضایی اعتراض نمایند.

هستند. توهم‌زها باعث ایجاد ناهنجاری‌های مادرزادی، نقایص قلبی و عروقی و کلیه مدولای اسفنجی می‌شوند.^۱ بنابراین آزار جسمی کودک، منجر به آسیب جسمی بالفعل یا بالقوه وی خواهد شد. این رفتار در حیطه رابطه مسئولیت، اعتماد یا اعمال اختیارات فرد صورت می‌پذیرد «بدین معنا که بیشتر توسط افرادی که اختیار یا مسئولیت نگهداری کودک را بر عهده دارند و کودک نسبت به آن‌ها اعتماد دارد، صورت می‌گیرد.»^۲ در تقسیم‌بندی دیگر می‌توان بزه‌دیدگان را به دو دسته تقسیم کرد: ۱- بزه‌دیدگان عادی ۲- بزه‌دیدگان آسیب‌پذیر. کلمه آسیب‌پذیر در واژه‌شناسی عبارت است از آنکه یا آنچه آمادگی آسیب‌دیدن داشته‌باشد و در برابر ناملایمات و صدمات، ضعیف و ناتوان است.^۳ دسته دوم، همان بزه‌دیدگان ایده‌آل هستند یعنی کسانی که در پی ضربه‌خوردن از جرم، پایگاه کامل و مشروع بزه دیده‌بودن را به‌سادگی می‌پذیرند زیرا آنان ناتوان و آسیب‌پذیر شمرده می‌شوند.^۴ این بزه‌دیدگان، نسبت به دیگران به کمک، همدردی و توجه بیش نیاز دارند؛ مانند کودکان و سالمندان. در تطبیق اصطلاح بزه‌دیده ایده‌آل با نوزاد معتاد، می‌توان به عبارت «ناتوان‌آزاری جسمی» رسید که به معنای «به‌کارگیری هرگونه رفتار خشونت‌آمیز فیزیکی از سوی دیگران است که مانع رشد سلامت جسمانی فرد ناتوان شود.»^۵ ناتوان‌آزاری جسمی می‌تواند مصداقی از توجه قانونگذار در بند (پ) ماده ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی قلمداد شود زیرا ناتوانان به‌دلیل ویژگی‌های خاص جسمانی و روانی خود می‌توانند به‌مثابه آماج بالقوه انواع بزه‌دیدگی در نظر گرفته‌شوند. از سوی دیگر، نوزادان به‌مثابه بزه‌دیدگانی متمایز و خاص مفروضند زیرا از نظر ویژگی‌های جسمی و روانی با بزرگسالان متفاوتند و وابستگی شدید به والدین برای زیست و ادامه حیات، آن‌ها را بیشتر آسیب‌پذیر می‌کند تا جایی که می‌توانند جایگاهی ویژه در سیاست جنایی حمایتی افتراقی به خود اختصاص دهند.

۱. نوروزی، علی‌رضا، راهنمای مدیریت وابستگی به مواد در بارداری، تولد (هنگام زایمان)، شیردهی و نوزادی، دفتر سلامت روانی، اجتماعی و اعتیاد، اداره پیشگیری، درمان و کاهش آسیب سوءمصرف مواد با مشارکت دفتر سلامت جمعیت، خانواده و مدارس، معاونت بهداشت اداره سلامت مادران، ۱۳۹۰، صص. ۳۱-۳۲.

۲. ایروانیان و همکاران، پیشین، ص. ۶۲.

۳. انوری، حسن، فرهنگ بزرگ سخن، جلد ۱، چاپ چهارم، سخن، تهران، ۱۳۸۶، ص. ۱۰۹.

۴. نقدی نژاد، مجتبی، پیشگیری از بزه‌دیدگی اطفال، چاپ دوم، جاودانه (جنگل)، تهران، ۱۳۹۰، صص. ۲۰-۴۳.

۵. حاجی‌تبار فیروزجانی، حسن، بزه‌دیده‌شناسی حمایتی افتراقی، انتشارات جاودانه (جنگل)، تهران، ۱۳۹۱، ص. ۱۱۰.

عواملی چون صغر سن، ناتوانی جسمانی، درک نادرست از محیط، فقدان قدرت بازگویی وقایع، دردها و ناراحتی‌های فیزیکی، آن‌ها را در زمره بزه‌دیدگان خاص در هر جامعه‌ای قرار می‌دهد. به‌ویژه اگر منشأ بزه‌دیدگی و خشونت‌دیدگی آنان را به دوره جنینی ایشان معطوف بدانیم، به‌درستی «عدم تقصیر» چنین خشونت‌دیدگانی را در قرارگرفتنشان در مسیری ناخواسته، به نحو ملموس، درک خواهیم کرد. نوزادان به عنوان افرادی آسیب‌پذیر در برابر بهره‌کشی‌ها و بی‌توجهی‌ها، استعداد و پیش‌زمینه بزه‌دیدگی بسیار بالایی دارند و به‌راحتی از بزه‌دیدگان بالقوه، به بزه‌دیدگان بالفعل تبدیل می‌شوند. بنابراین، سیاست‌گذار جنایی باید از طرق مختلف مانند جرم‌انگاری برخی رفتارها و تشدید مجازات و پیش‌بینی تدابیر پیشگیرانه، موجبات کاهش بزه‌دیدگی و تجاوز به حقوق و آزادی‌های نوزادان را فراهم کند. عملاً ممکن است آنان در محیط‌های گوناگون، از جمله خانواده، مراکز پرستاری و مراقبت، مورد سوءاستفاده و بی‌توجهی قرارگیرند.

همچنین علاوه بر بزه‌دیدگی می‌توان جنبه دیگر در معرض خطر قرارداشتن نوزادان را در بزه‌کاری آینده آنان از طریق فراهم‌آوردن شرایط موجد خطر مورد توجه قرار داد. اعتیاد تحمیلی در دوران جنینی و نوزادی، آثار منفی کوتاه‌مدت و صدمات و آسیب‌های بلندمدتی در زندگی آنان بر جای می‌گذارد. علاوه بر آثار آنی مانند معلولیت، عقب‌ماندگی و مرگ، تأثیر این اعتیاد ناخواسته، عمیقاً می‌تواند روح و جسم آنان را هدف گیرد و در سراسر زندگی همراهشان بماند و موجبات گرایش آنان به سمت بزه‌کاری را فراهم آورد زیرا زمانی که از افراد دارای حالت خطرناک صحبت می‌شود، در برهه‌ای از زمان در آینده، آنان فاعل یا مفعول نوعی آسیب و صدمه خواهند شد. در واقع به دلیل وجود شرایط و اوضاع و احوال خاص، احتمال ایجاد صدمه به کودک وجود دارد.^۱ در نظر داشتن اعتیاد در نوزادان به عنوان مؤلفه خطر، می‌تواند در دوماحیط داخلی و خارجی مورد توجه قرارگیرد:

محیط داخلی، رحم مادر است که نوزاد، دوران جنینی خود را در آن می‌گذراند. رعایت نکات بهداشتی در این دوران به منظور تأمین سلامت جنین، بسیار حائز اهمیت و بر خورداری مادر در دوران بارداری از یک تغذیه سالم و کافی در رأس آنهاست. اما لازم است زندگی جنین را از یک سلسله عوامل منفی مانند خوردن دارو و مواد دارویی هنگام بارداری، مصرف الکل و مواد مخدر، داشتن رابطه جنسی اندکی قبل از زایمان و

۱. زینالی، امیرحمزه، ابعاد حقوقی و جرم‌شناختی حمایت از کودکان و نوجوانان در معرض خطر، انتشارات روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۸. ص. ۵۵.

عوامل دیگری مربوط به مادر و پدر نیز مصون نگه داشت.^۱ محیط خارجی، فضای پیرامونی نوزاد مانند محل اقامت او را شامل می‌شود. این دوماحیط، تحت شرایطی می‌توانند از دوجنبه وی را در معرض خطر قرار دهند: الف) بزه دیده-بزه دیده (ب) بزه دیده-بزه کار.

۱-۲. از نوزاد بزه دیده تا کودک بزه کار

اولین موضوع قابل بحث، بزه دیده-بزه دیده یا بزه دیده مداوم است شخصی که در کودکی بزه دیده می‌شود ممکن است مستعد بزه دیدگی در آینده نیز قرار گیرد. در واقع این اصطلاح در جامع ترین معنای خود، متضمن افرادی است که استعداد دائمی و ناخودآگاه در نقش بزه دیده از خود نشان می‌دهند (بزه دیدگی مکرر). نوزادان به دلیل محدودیت‌های فیزیکی، حرکتی و حسی مؤثر، از انجام فعالیت‌های روزمره مانند حرکت و جابه جایی، نظافت شخصی، مراقبت از خود، خوردن و آشامیدن ناتوانند. ناتوانی چند نوع است: جسمی و حرکتی، روانی، ذهنی، یادگیری، حسی ...^۲ نوزادان بر اساس معیار آسیب شناسانه سن و برخورداری از اقسام ناتوانی، وابستگی بسیار زیادی به والدین و مراقبان خود برای نگهداری دارند که در صورت بهره مندنبودن از این موهبت، مستعد بزه دیدگی می‌شوند.

در بحث اعتیاد نوزادان، دومؤلفه به عنوان عوامل خطرزا مورد توجه قرار می‌گیرد. نخست والدین معتاد و دوم نوزاد معتاد. در سطح خانواده، اعتیاد والدین موجب حذف بستر مطلوب و کارکردهای مورد انتظار از پدر و مادر معتاد در راستای رشد و پرورش سالم نوزاد و رفع نیازهای روانی و جسمانی وی می‌شود. در این شرایط، بهترین وضعیت قابل تصور این است که والدین معتاد، نسبت به نوزاد از خود رفتار خشونت بار بروز نمی‌دهند. در این وضعیت، ایشان به دلیل وابستگی به مواد مخدر، قادر به برآورده ساختن نیازهای عاطفی و تربیتی نوزاد نیستند و بسیاری از حوائج ضروری وی، مورد غفلت قرار خواهد گرفت. حال «چنانچه تعداد کل معتادان ایرانی را دومیلیون نفر محاسبه کنیم و تنها هفتاد درصد آن‌ها متأهل و فقط هشتاد و پنج درصد آنان دارای فرزند باشند و بیش از دوفرزند هم نداشته باشند، دومیلیون و پانصد هزار کودک پدر معتاد خواهیم داشت.»^۳

۱. منصور، محمود، روان شناسی ژنتیک تحول روانی از تولد تا پیری، چاپ نهم، سمت، ۱۳۹۱، ص. ۱۷۷.

۲. سماواتی پیروز، امیر، «ناتوانان بزه دیده، از بایسته های جرم شناختی تا قوانین و مقررات کیفری»، مجله حقوقی دادگستری، شماره های ۵۳-۵۲، ۱۳۸۴، ص. ۱۷۷.

۳. آقابخشی، حبیب، «کودکان پدرمعتاد»، فصلنامه رفاه اجتماعی، شماره ۷، ۱۳۸۲، ص. ۱۹۲.

«درباره مؤلفه دوم یعنی اعتیاد در کودک، می‌توان این‌گونه بیان کرد که درجه آسیب‌پذیری کودک معتاد از موقعیت‌های ناخوشایند به شدت افزایش می‌یابد و نوع آزارهای صورت گرفته در ارتباط با کودک نیز به نحوی معنی‌دار متحول و تشدید می‌شود.^۱ این موضوع درباره نوزاد معتاد، به دلیل درجه وابستگی وی به والدین و ناتوانی و ضعف فیزیکی و زیستی وی به مراتب بیشتر خواهد شد.

لازم است به بزه‌دیده-بزه‌کار^۲ نیز در بحث درباره الگوی رشد این‌نوزادان توجه شود. اعتیاد در نوزادان علاوه بر آنکه موجب بزه‌دیده شدن آن‌ها می‌شود، می‌تواند زمینه ساز بزه‌کاری آن‌ها نیز باشد. در جرم‌شناسی برای دستیابی به مطالعه همه‌جانبه از جرم، علاوه بر بزه‌کار، به بزه‌دیده نیز به عنوان فراهم‌آورنده وضعیت پیش‌جنایی توجه خاص می‌شود. «جرم و عوامل ایجادکننده آن، مانند حلقه‌های یک زنجیر متصلند. بنابراین وقتی رفتار مجرمانه، مجموعه‌ای از یک سلسه عوامل فردی و اجتماعی تلقی می‌شود، باید به نقش بزه‌دیده نیز به عنوان عامل خارجی موجب خطر بزه‌کاری توجه کرد»^۳ که در شرایطی باعث ترغیب دیگران به بزه‌کاری می‌شود و در شرایط دیگر، موجب بزه‌کار شدن شخص بزه‌دیده در اثر الهام‌گرفتن و تقلید از تجربه‌های گذشته می‌شود. در اینجا شایسته است به بیان نقش شخصیت مجرمانه در تکوین جرم و عوامل مؤثر بر آن در پرتو نظریه شخصیت جنایی "ژان پیناتل" پرداخته شود. «از نظر فلسفی، مجموعه نفسانیات هر کس، شخصیت او را تشکیل می‌دهد ولی در منظر عامه، شخصیت اشخاص در نتیجه ظهور و بروز صفتی خاص مشخص می‌شود.»^۴ شخصیت افراد از ابتدای تولد شکل می‌گیرد و تا خاتمه عمر در حال تکامل است. هر فرد، خصوصیاتمانند هوش، رنگ پوست، شکل استخوان‌بندی و ... را از والدین و اجداد خود به ارث می‌برد اما علاوه بر وراثت عده‌ای از پژوهشگران حوزه علوم جنایی به اثبات تأثیر عوامل طبیعی و گروه دیگر به تعیین نقش عوامل اجتماعی در رشد شخصیت اهتمام ورزیده‌اند.^۵ از نظر نگارنده، درباره نوزاد معتاد می‌توان به هر سه گروه عوامل وراثتی، طبیعی و اجتماعی در شکل‌دهی شخصیت مجرمانه اشاره داشت زیرا وی اعتیاد را از دوران جنینی به واسطه مادر مبتلا به سوء مصرف تجربه می‌کند، با بیماری اعتیاد

۱. ایروانیان و همکاران، پیشین، ص. ۱۱۱.

2. Victim Offender

۳. بابایی، محمد، جرم‌شناسی بالینی، میزان، ۱۳۹۰، ص. ۲۷۲.

۴. ای‌تروی، برنت، ترسیم شخصیت جنایی، ترجمه: اکبر استرکی، معاونت آگاهی ناجا، ۱۳۸۵، ص. ۷۶.

۵. مختاری، یوسف، «رابطه اختلالات شخصیت با جرم»، مجله دانش‌پژوهان، شماره ۷، ۱۳۸۴، ص. ۵.

متولد می‌شود و بعد از تولد نیز در محیط طبیعی زیست خود امکان ادامه اعتیادِ تحمیلی از طریق استنشاق و مصرف به واسطه شیر مادر برای او همواره میسر است. در مراحل بعدی رشد نیز از طریق تقلید و یادگیری، اعتیادِ انتخابی و اکتسابی را تجربه می‌کند. در تعریف شخصیت جنایی می‌توان گفت حالت و وضعیت شخصی است که سبب می‌شود فرد، خارج از حوزه هنجارها و ارزش‌های حاکم بر جامعه قرار گیرد. بنابراین «شخصیت جنایی حالتی است که فرد در جستجوی اوضاع و احوالی برمی‌آید که به طرد هنجارها می‌انجامد.»^۱ درواقع وجود شرایط و بسترها مانند زیست‌بوم نامناسب، تجربه کودک‌آزاری، شکست تحصیلی، تعارضات خانوادگی، الگوپذیری‌های نادرست و... است که می‌تواند به تنهایی یا مجتمعاً، فرد را به خلأ هنجاری و ارزشی دچار کند. در خصوص نقش خانواده، "دوگرف" عقیده دارد: «منش و رفتارهای بزهکار در برابر جامعه، تا حدود زیادی با توجه به ویژگی‌های محیط خانوادگی او رقم زده شده است.»^۲ جابه‌جایی نقش بزه‌دیده-بزهکار در کودکان و نوجوانان به علت صغر سن و آسیب‌پذیری بالا بسیار متداول است. بزه‌دیده-بزهکار، فرایندی را می‌گذراند که از یک سو قابل پیشگیری است و از سوی دیگر، به ارائه سازوکارهای سیاست‌جنایی مناسب در تدوین قوانین حمایتی و پیشگیرنده از تبدیل آن‌ها به بزهکار پایدار نیاز دارد «زیرا مشکل اساسی که پیشگیری رشدمدار به دنبال ارائه راه‌حل آن است، قصور والدین و تا حدودی بی‌کفایتی آنان در تربیت فرزندان است. هدف پیشگیری رشدمدار، بهبود پایدار صلاحیت‌های اجتماعی اطفالی است که مستعد ورود به دنیای بزهکاری هستند.»^۳ بنابراین می‌توان ویژگی‌های پیشگیری رشدمدار را این‌گونه برشمرد:

- ۱- تربیت‌مدار، به این معنی که در صدد شخصیت‌سازی است. بهره‌گیری از تدابیر و اقدام‌های آموزش و پرورش برای سالم‌سازی فرایند رشد افراد. تلاش برای اختلال در روند شکل‌گیری شخصیت مجرمانه و جامعه‌پذیرکردن افراد.
- ۲- فردمدار، به این معنی که بر افراد متمرکز است. به دنبال تقویت‌سازی و خودکنترلی است. در آموزش، بر نهاد خانواده، مدرسه و مددکاری اجتماعی تکیه دارد.
- ۳- عام‌گرا، به این معنی که تدابیر این‌پیشگیری، عام است و تنها ناظر به جرم‌های خاصی نیست. پیشگیری با هدف جلوگیری از استقرار ناسازگاری در افراد و به

۱. نجفی‌ایرندآبادی، علی‌حسین، تقریرات درس جرم‌شناسی (پیشگیری)، دوره کارشناسی‌ارشد، مجتمع آموزش عالی قم، تدوین: مهدی سیدزاده، نیمسال دوم ۱۳۸۲-۱۳۸۱، ص. ۶۵.

۲. قاسمی‌روشن، ابراهیم، «عوامل اجتماعی و جرم»، فصلنامه معرفت، شماره ۳۶، ۱۳۷۹، صص. ۷۵-۷۰.

۳. ابراهیمی، شهرام، جرم‌شناسی پیشگیری، جلد اول، چاپ دوم، میزان، ۱۳۹۱، صص. ۷۴-۷۳.

دنبال پیشگیری از ارتکاب گونه‌های متعدد بزهکاری از جمله جرم‌های عمدی و غیرعمدی است.^۱

۲. آسیب‌شناسی نظری نوزاد معتاد متولدشده

بررسی فرایند الگوی رشد مجرمانه نوزادان معتاد، در سایه رهیافت‌های زیستی و اجتماعی می‌تواند در دو بُعد بزه دیدگی و بزهکاری ارزیابی شود تا به شناختی کامل‌تر درباره گستره آسیب‌های وارده بر این طیف بینجامد. امروزه تلاش جرم‌شناسان و تمرکز درباره نقش بزه دیده در وقوع جرم، موجب پژوهش‌های بیشتر در زمینه شناخت بزه دیده و ارائه رهیافت‌های گوناگون شده است که تحت عنوان نظریه‌های بزه دیده‌مدار نام برده می‌شوند. نظریه‌هایی مانند سبک زندگی و فعالیت روزمره از این طبقه است. اما به نظر می‌رسد با توجه به گستردگی عواملی که منجر به بزه دیدگی در فرد می‌شوند، مفید باشد که ابعاد بزه دیدگی را در سایه رهیافت‌های مختلف، مدنظر قرار داد تا بتوان گستره بزه دیدگی را نیز مانند بزهکاری، نمایان کرد. عواملی که باعث بروز بزه دیدگی در نوزادان معتاد می‌شود در دودسته عوامل فردی و عوامل اجتماعی قابل بحث است.

۲-۱. آسیب‌شناسی از منظر رهیافت فردمحور اثبات‌گرای زیستی

نخستین بار، "سزار لومبروزو" دیدگاه اثبات‌گرای (پوزیتیویست) زیستی را مطرح کرد. وی بر این باور بود که بزهکاری بیش از آنکه به طور خاص، پدیده‌ای انسانی باشد، در طبیعت نیز به همان اندازه که در میان انسان‌ها گسترده است وجود دارد. او به این نتیجه رسید که بزه، زاییده آزادی بشر نیست. این رهیافت، مبتنی بر قیافه و تیپ‌های مختلف بزهکاران مانند بزهکاران خطرناک، مادرزاد، اتفاقی و ... مطرح شد. آنان بزه را به مثابه عملی حیوانی می‌پنداشتند که وقتی در رفتار انسان نمایان می‌شود نشانه‌ای از طغیان و بازگشت غریزه‌های ابتدایی به همراه دارد؛ آنچه وی آن را نیاگونگی^۲ نامید. امروزه کار لومبروزو و هم‌عصرانش، کنجکاو تاریخی قلمداد می‌شود. روش تحقیق آن‌ها به عنوان یک حقیقت و مسئله علمی رد شده است. شاید بتوان اعتقاد لومبروزو به جبریت در بزهکاری را با دو تفاوت عمده، به جبریت در فرآیند اعتیاد نوزاد تسری داد. نخست آنکه این جبریت در باب بزه دیدگی روی می‌دهد، نه بزهکاری. تفاوت دوم این است که بازگشت زیستی به نیاکان یا نیاکان‌گرایی در این فرایند، کاربرد ندارد. در تقسیمات بزه دیده در مباحث گذشته، به بزه دیده خاص اشاره شد که آسیب‌پذیری بالای او، دلیل بزه دیده‌واقع‌شدن وی قلمداد شد.

۱. رجیبی‌پور، محمود، پژوهشی در مبانی پیشگیری اجتماعی رشدمدار از بزهکاری اطفال و نوجوانان، میزان، ۱۳۹۱، صص. ۹۲-۹۳.

2. Atavism

۳. باستانی، امیر و همکاران، عوامل زیست‌شناختی و ژنتیکی رفتار بزهکارانه، میزان، ۱۳۹۰، ص. ۴۹.

نوزادان به دلیل ویژگی‌های زیستی خود، از بالاترین استعداد بزه دیدگی برخوردارند که به دلیل کاملاً خارج از اختیار، در معرض بزه قرار می‌گیرند مانند نوزاد معتاد که جبریت و تحمیل اعتیاد در وی بر اساس بی‌توجهی والدین و مراقبان اتفاق می‌افتد و می‌توان وی را تحت عنوان بزه دیده مادرزاد مطرح کرد زیرا او با این خصیصه متولد می‌شود و از دوران جنینی، بی‌اختیار، در چرخه بسته اعتیاد قرار می‌گیرد. درباره مبحث اثبات‌گرایی، بر خصوصیات و استعدادهای زیستی افراد، یعنی تأثیر سن، جنسیت و خصوصیات وراثتی در تقویت بزهکاری افراد، تأکید می‌شود. اهمیت و پیامد توجه به معیار سن، عبارت بود از دگرگونی نگرش‌ها در چگونگی برخورد با بزهکاری کودکان و نوجوانان که به پیدایش شاخه نوینی در سیاست جنایی به نام سیاست جنایی/افتراقی کودکان و نوجوانان انجامید.^۱ در باب بزه دیدگی نیز در مقوله سن، دودسته از انسان‌ها به دلیل آسیب‌پذیری بالا و توانایی پایین در دفاع از خود، مستعد بزه دیده‌واقع‌شدن هستند: سالمندان، کودکان و نوجوانان. از نگاه جرم‌شناسی، گستره تدابیر روان‌شناسانه-اجتماعی برای مداخله در پیشگیری از رفتار کژروانه یا پایان‌دادن به عواملی که وی را از دوران جنینی در آستانه خطر قرار می‌دهد، دربردارنده افرادی آسیب‌پذیر است که امکان بزه‌دیدگی‌شان در آینده، همواره وجود دارد.

در عوامل ناشی از وضعیت نوزادان که در ارتباط با خصوصیات بیولوژیکی و زیستی آنان مطرح می‌شود، دومورد ملاک نظر است. الف) علل عمومی بزه دیدگی در نوزادان. ب) علل اختصاصی بزه‌دیدگی در آن‌ها که در سایه رهیافت اثبات‌گرایی زیستی تبیین می‌شوند.

الف) علل زیستی عمومی بزه‌دیدگی در نوزادان: ناتوانی آن‌ها در اداره زندگی خود و وابستگی آن‌ها به پدر و مادر، آسیب‌پذیری بالا، ناتوانی در دفاع از خود، فقدان شناخت درست و کامل از عوامل موجد خطر، فقدان قدرت بیان وقایع، دردها و مشکلات جسمی خویش، از عواملی است که در تمام نوزادان به دلیل صغر سن، از عمومیت برخوردار است. ب). علل زیستی خاص بزه‌دیدگی در نوزادان: این عوامل به این دلیل خاص به شمار می‌رود که در برخی نوزادان با شرایط ویژه، از قابلیت مشاهده بیشتری نسبت به نوزادان دارای رشد طبیعی برخوردار هستند، مانند نوزاد نارس، نوزاد معتاد، عقب‌ماندگان ذهنی، معلول جسمی.

۱. رایجیان اصلی، مهرداد، «موقعیت اطفال بزه‌دیده-بزهکار در حقوق کیفری ایران»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، قوه قضاییه، شماره ۲۵، ۱۳۸۱، صص. ۴-۵.

۲-۲. آسیب‌شناسی از منظر رهیافت‌های جامعه‌محور

درحالی‌که تأکید رهیافت تحقیقی یا اثباتی بر فطری بودن و مادرزادی بودن مجرم، مبتنی بر توارث مجرمانه بود، "گابریل تارد" در نقطه مقابل این دیدگاه، اعتقاد داشت انسان‌ها از یکدیگر تقلید می‌کنند. وی در کتاب *قوانین تقلید*، سه قانون را درباره چگونگی تقلید انسان‌ها از یکدیگر مطرح می‌کند. از میان این سه قانون، قانون اول تارد، در ارتباط با موضوع بررسی می‌شود: انسان‌ها بیشتر از کسانی تقلید می‌کنند که از نظر فیزیکی نزدیک‌تر به آن‌ها هستند مانند همسایه، خانواده، والدین، محیط دوستان. بنابراین، کسانی که در محیط‌های جرم‌زا زندگی می‌کنند یا بیشتر به این مکان‌ها رفت و آمد دارند، در چارچوب تقلید، مرتکب جرم می‌شوند نه از روی نیاز. این رهیافت در باب بزهکاری کودکان و نوجوانان از کارآیی زیادی برخوردار است زیرا کودکان، در تقلید از رفتارهای والدین و همسالان خود که در ارتباط بیشتر با آنان هستند، بیشترین توان را دارند. این رهیافت، همچنین در تبیین بزه‌دیدگی کودکان و نوجوانان بالقوه بزهکار، کارکرد مثبت دارد و مبتنی بر این ایده است که معمولاً کودکان *آزاردیده*، خود در *آینده والدین/آزارگر خواهند شد*.^۱ بنابراین، بزه دیده، خشونت را که متحمل می‌شود، می‌آموزد و آن را تکرار می‌کند. نوزادان معتاد که در خانواده‌های نابسامان و بی‌توجه رشد می‌کنند نیز برابر قانون اول تارد از والدین خود که بیشترین نزدیکی را با آن‌ها دارند به‌صورت دوجانبه تقلید می‌کنند (بزه‌دیدگی و بزهکاری) به‌گونه‌ای که می‌توان نمود این فرایند را در دوره‌های سنی بعد از نوزادان نظاره کرد.

در *رهیافت یادگیری اجتماعی*، "دوین ساترلند"^۲ معتقد است رفتار مجرمانه در اثر تماس و همنشینی با الگوهای جنایی آموخته می‌شود. هرچه تماس افراد با چنین محیط‌هایی زودتر آغاز شود (سن افراد)، تکرار تماس به دفعات بیشتر باشد (فراوانی معاشرت)، ارتباط نزدیک‌تر و عمیق‌تر باشد (عمق معاشرت) و مدت زمان معاشرت، طولانی‌تر باشد (استمرار معاشرت) احتمال اینکه درنهایت، فرد، بزهکار شود، بیشتر است.^۳ نظریه ساترلند حاکی از آن است که هرچه روابط اعضای خانواده، سالم و از صمیمیت بیشتری برخوردار باشد، امکان بروز انحراف، کمتر است و همچنین متقابلاً وی اظهار می‌دارد انحراف به‌وسیله دیگران و از طریق گروه‌های اولیه آموخته می‌شود.

۱. معظمی، شهلا، بزهکاری کودکان و نوجوانان، چاپ پنجم، دادگستر، ۱۳۹۰، ص. ۲۲۶.

2. Edwin Sutherland

3. James Vander Zanden, *Sociology: The Core*, Fourth Edition, Singapore, Mc Graw - Hill, 1996, p. 141.

فزونی برخورد و ارتباط با تعاریف ضداجتماعی یا پیامدهای تأییدکننده رفتار انحرافی موجب انحراف می‌شود. به عبارت دیگر، وجود افراد منحرف در خانواده، فرصت آموختن و یادگیری انحراف را برای اعضا فراهم می‌سازد. "دیوید مائر" نیز اشاره می‌کند به اینکه «ارتباط نزدیک با فرد کجرو می‌تواند انحرافات بعدی را تحریک کند».^۱ طبق این رهیافت می‌توان این گونه بیان داشت که تعاملاتی که مدت استمرارشان زیاد است نسبت به تعاملات کوتاه مدت، مؤثرترند. در نتیجه، تماس‌هایی که در مراحل اولیه زندگی مانند دوران نوزادی، کودکی و نوجوانی صورت می‌گیرد، احتمالاً نسبت به تماس‌های انجام‌شده در مراحل بعدی زندگی تأثیر بیشتر و عمیق‌تری دارند زیرا تجارب یادگیری در کودکی، احتمال به وجود آمدن عامل مستعدکننده، نسبت به رفتار پرخاشگرانه، تحت شرایط مشابه موقعیت‌های اصلی را به نوعی افزایش می‌دهد.

در رهیافت الگوی رشد مجرمانه برخی رهیافت‌های رشد، بزهکاری را به مثابه پدیده‌ای مستعد رشد و تحول تعریف کرده‌اند و آن را رفتاری ناشی از یک فرآیند قابل مطالعه می‌دانند. رهیافت‌های رشدمدار در جرم‌شناسی به دو گروه عمده تقسیم می‌شود: نخست، رهیافت‌های جرم‌شناسی رشد مبتنی بر سن، که نشان می‌دهد بزهکاری در طول حیات فرد و با گذار از یک مرحله سنی به مرحله سنی دیگر، قابل تغییر است. وقوع این جریان طی زمان و در طول یک فرایند از گذشته تا آینده قابل بررسی است و در صورت عدم رویارویی با موانع مؤثر بازدارنده، به رفتاری پایدار و همیشگی در شخصیت فرد تبدیل می‌شود. دوم، رهیافت‌های جرم‌شناسی رشد مبتنی بر روند حیات مجرمانه، که به تبیین چگونگی شکل‌گیری رفتارهای بزهکارانه در طول زندگی بزهکاران حرفه‌ای می‌پردازند. این بزهکاران، بزهکاری را به عنوان سبک و الگویی دائمی برای زندگی خود برگزیده‌اند.^۲ با توجه به دسته‌بندی رهیافت‌های رشدمدار، وجود عوامل مختلف در مراحل رشد فردی و اجتماعی نوزاد می‌تواند آنان را در معرض رفتارهای جامعه‌ستیز و بزهکارانه قرار دهد. مطالعه مسیر رشد نوزاد معتاد با وجود پیامدها و آثار برجامانده از اعتیاد در آن‌ها می‌تواند نشانگر آن باشد که اهمال و سهل انگاری والدین در حفظ سلامت وی و نیز وجود خصیصه اعتیاد در بدو تولد، برخورد نامناسب با آن برای جلوگیری از تداوم این جریان و همچنین عدم ایجاد موانع مؤثر بازدارنده، موجب اخلال در مسیر رشد نوزاد می‌شود و او را مستعد بزهکاری در آینده

1. Stewart Elbert, and Glynn Jamesa, Introduction to Sociology, Singapore, MC Phillips, 1988, p. 144.

۲. عظیم‌زاده، شادی، پایداری در بزهکاری در حقوق ایران و آمریکا، جنگل، ۱۳۹۰، صص. ۲۶۰-۲۵۲.

می‌سازد. در واقع نظریه‌پردازان رشدنگر براین پندار هستند که ممکن است عوامل مختلف در سنین متفاوت، تأثیرهای متفاوتی بر مجرمان داشته باشد. بنابراین در رهیافت‌های رشد، جرم در متن روند زندگی تبیین می‌شود یعنی گذار از بچگی به نوجوانی، از نوجوانی به بزرگسالی و سرانجام از بزرگسالی به پیری.^۱

۳. گونه‌های حمایت از نوزاد معتاد متولدشده

نوزادان به دلیل ناتوانی در اداره خویش و نیز وضعیت متفاوت و خاص، نیازمند بهره‌مندی از برنامه‌ها و تدابیر حمایتی ویژه و افتراقی هستند؛ به‌گونه‌ای که این امر یعنی مسئله ناتوانان، پیشگیری از ناتوانی، بازپروری، برابر کردن فرصت‌ها برای ناتوانان و به طور کلی حمایت از آنان، مورد توجه خاص مجامع بین‌المللی و داخلی در قالب قواعد و مقررات عمومی است. از نظر سازمان جهانی بهداشت «توان‌بخشی» عبارت است از «استفاده از مجموعه اقدامات هماهنگ و توأم پزشکی، اجتماعی، آموزشی و حرفه‌ای به منظور آموزش و بازآموزی ناتوانان به منظور نیل به حداکثر سطح ممکن در فعالیت‌های عملکردی». ^۲ ذیلاً به توضیح پاره‌ای از اقدامات حمایتی که با هدف شناخت، حمایت، توان‌بخشی و آموزش صورت می‌پذیرد پرداخته می‌شود.

۳-۱. پیشگیری کنشی از ورود نوزاد معتاد به چرخه بزه

نوزادان معتاد به لحاظ صغر سنی، قابلیت پذیرش تدابیر آموزشی را ندارند. بنابراین اتخاذ تدابیر پیشگیرانه و حمایتی از آن‌ها بیشتر در خصوص والدین واز طریق دولت‌ها اعمال می‌شود. «اقداماتی از قبیل اجرای برنامه‌های آموزشی برای والدین و افرادی که مسئولیت مراقبت از نوزاد را بر عهده می‌گیرند مانند مراکز درمانی و مهدهای کودک. در این قسمت بیشتر برنامه‌های پیشگیری اولیه یا نخستین شامل اقدامات و برنامه‌هایی با هدف سالم‌سازی محیط اجتماعی و طبیعی و تغییر اوضاع و احوال جرم‌زا می‌شود». ^۳ این‌نوع پیشگیری به دنبال بهبود شرایط زندگی افراد، خواهان جلوگیری از بزهکاری و درصدد جلوگیری از انحراف اولیه است.

۳-۱-۱. حمایت کلینیکی

«از آنجاکه اعمال هرگونه خشونت و بزه نسبت به نوزاد ممکن‌است به آسیب بدنی یا روانی بینجامد، درمان پزشکی برجسته‌ترین و ضروری‌ترین گونه حمایت از چنین بزه

۱. شجاعی، علی، جرم‌شناسی نظری (گذری بر نظریه‌های جرم‌شناسی)، چاپ سوم، سمت، ۱۳۸۸، ص. ۳۸۶.

۲. سماواتی پیروز، پیشین، صص. ۷۰-۸۸.

۳. نجفی‌ابندآبادی، علی‌حسین، مباحثی در علوم جنایی، تقریرات درس جامعه‌شناسی جنایی، تدوین: مهرداد رایجیان‌اصلی، دانشگاه تربیت مدرس، دوره کارشناسی‌ارشد، ۱۳۷۸، ص. ۱۳۸.

دیدگانی به شمار می‌رود زیرا در صورت هرگونه کوتاهی در انجام این درمان‌ها از سوی پزشک یا مرکز درمانی مربوط، چه بسا پیامدهای بزه دیدگی و آسیب‌ها گسترش یابد و خطرهای جدی‌تری برای بزه دیده همراه آورد.^۱ مراکز درمانی و پزشکی از قبیل بیمارستان‌ها و درمانگاه‌ها و واحدهای پزشکی قانونی که جزء نهادهای دولتی و وابسته به دولت محسوب می‌شوند اغلب اولین مراکزی هستند که مادران نوزادان بزه دیده از مصرف مواد مخدر توسط آنان، برای معالجه و درمان به این مراکز مراجعه می‌کنند. از این‌رو نحوه پاسخگویی و برخورد متخصصان این مراکز می‌تواند تأثیر بسزایی در جلب اعتماد اولیه برای طرح مشکل اعتیاد در مادر و نوزاد و قبول برنامه‌های درمان و معالجه در آن‌ها داشته باشد. پیشگیری کلینیکی در سه‌سطح اولیه، ثانویه و ثالث (تشخیص، درمان و مراقبت) انجام می‌شود.

بنابراین آنچه در محیط‌های درمانی و پزشکی اتفاق می‌افتد، می‌تواند در پذیرش این‌بیماران نقش مهمی ایفا کند زیرا این مادران به دلیل اعتیاد خود و نوزادانشان، بیشتر اوقات به دلیل ترس از معرفی به نهادهای قضایی از مراجعه به مراکز درمانی برای مداوا اجتناب می‌ورزند و حتی بسیاری اوقات نوزاد خود را در منزل و توسط قابله و به روش سنتی مرسوم گذشته به دنیا می‌آورند و به این دلیل رقم سیاه بزه دیدگی این نوزادان بالاست. گرچه درمان و التیام فوری از اهمیت بسیاری برخوردار است اما گردآوری مدارک در جریان درمان، می‌تواند اطلاعاتی مفید در اختیار مراکز بهزیستی قرار دهد تا در صورت لزوم اقدامات مناسب برای سرپرستی یا نظارت بر این قبیل خانواده‌ها را در نظر داشته باشند.

۳-۱-۲. حمایت پیشگیرانه از طریق شناسایی نوزادان مستعد بزه دیدگی،

حمایت و مراقبت از آن‌ها

«در این شکل از پیشگیری باید به طور کلی کودکانی را که در معرض بزه دیدگی قرار دارند، شناسایی کرد تا تحت سیاست‌های پیشگیرانه مورد حمایت و مراقبت قرار گیرند.»^۲ اهمیت این جنبه از پیشگیری آن است که در زندگی‌نامه بسیاری از بزه‌کاران، معتادان و غیره به این نکته اشاره شده است که آن‌ها در زندگی‌شان حداقل یک‌واقعۀ خشونت بار در برخورد با والدینشان داشته‌اند. بنابراین در بسیاری اوقات برای جلوگیری

۱. رایجیان اصلی، مهرداد، بزه‌دیده‌شناسی حمایتی، چاپ دوم، دادگستر، ۱۳۹۰، ص. ۸۸.

۲. عباچی، مریم، «پیشگیری از بزه‌کاری و بزه‌دیدگی کودکان»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۷، ۱۳۸۳، ص. ۹.

از موضوع خطر واقع شدن خودشان، مرتکب بزه نسبت به دیگران می‌شوند.^۱ بنابر آنچه گذشت شناسایی به موقع کودکان بزه‌دیده از بزه‌کاری آینده آنان پیشگیری می‌کند. پس به طریق اولی در گام اول نوزادانی که به این شیوه در معرض خطر اعتیاد و بزه دیدگی هستند باید شناسایی شوند تا تحت سیاست های پیشگیرانه از طریق حمایت و مراقبت قرار گیرند. شناسایی این نوزادان در معرض خطر می‌تواند از طریق مراجعه مادران به مراکز درمانی برای مداوای خویش، مراجعه برای التیام آثار کودک آزاری در این نوزادان که در نتیجه بی‌قراری‌های شدید آن‌ها اتفاق می‌افتد یا از طریق گزارش‌های آشنایان و همسایگان صورت گیرد. ایجاد مراکزی مانند اوژانس اجتماعی برای گزارش‌دهی از وضعیت نوزادانی که در این شرایط به سر می‌برند می‌تواند تسهیل‌کننده این امر باشد.

۳-۲. برنامه‌های پیشگیری واکنشی در حمایت از نوزاد معتاد

این‌روش پیشگیری از بزه‌دیدگی نوزادان، ناظر بر طرق پیشگیری در نظام عدالت کیفری است و بنابراین نوزادان بزه‌دیده از طریق والدین خود با نظام عدالت کیفری مواجه می‌شوند. این نوع برنامه‌ها علاوه بر نوزادانی که بزه‌دیده اعتیاد والدینشان هستند، آن‌هایی هم که بزه دیدگان بالقوه و احتمالی در آینده خواهند شد را نیز در بر می‌گیرد. نظام عدالت کیفری با هدف ارباب جمعی یا فردی، والدین سهل‌انگار و بی‌توجه را از ارتکاب بزه‌دیدگی‌های بعدی در نوزادان و فراهم آوردن شرایط مجدد برای سوءمصرف مواد مخدر یا الکل، منصرف می‌سازد. پیشگیری واکنشی از طریق بخش‌های گوناگون نظام عدالت کیفری مانند پیشگیری تقنینی و اجرایی اعمال می‌شود که ذیلاً به تبیین مختصر هریک پرداخته می‌شود:

۳-۲-۱. پیشگیری تقنینی

«اگر گفته شود اولین مرحله پیشگیری از سوءمصرف مواد مخدر، دوران جنینی یا حتی دوران قبل از آن است گزاف نیست زیرا این امر ثابت شده است که زمینه‌گرایش به مواد مخدر در فرزندان وابسته به پدران و مادران معتاد به مواد مخدر بیشتر است فلذا نقش اعتیاد پدر و گرایش فرزند به مواد مخدر امری است که باید مورد توجه قرار گیرد. از سوی دیگر نقش سلامت یا عدم سلامت مادر در تکوین مراحل رشد جنین بسیار مؤثر است. چنانچه جنین وابسته به مادری باشد که از مواد مخدر یا روان گردان استفاده می‌کند به طور قطع جنین به مواد مخدر گرایش خواهد داشت زیرا قدر مسلم این است

۱. لپز، ژرار و ژینا فیلیزولا، بزه‌دیده و بزه‌دیده‌شناسی، ترجمه روح‌الدین کردعلیوند و احمد محمدی، چاپ دوم، مجد، ۱۳۸۸، ص. ۱۳۴.

که نوزاد مادر معتاد، معتاد بوده و در بسیاری از موارد آثار محرومیت با توجه به ساعتی که مادر ماده مخدر را مصرف کرده است در نوزاد نیز مشاهده می‌شود.^۱ بنا بر آنچه ذکر شد «حمایت‌های قانونی مناسب قبل از تولد» برای پیشگیری از تولد نوزادان معتاد یا نوزادان با ناتوانایی‌های جسمی و روحی، یکی از اقدامات قانونی برای مهار اعتیاد در آن‌ها معرفی شده است. در خصوص اقدامات قانونی بعد از تولد نیز در حقوق ایران برای دفاع از اطفال بزده‌دیده، حمایت تقنینی پیشگیرانه در قالب «اقدام تأمینی سالب حق» پیش بینی شده است. بالاستناد به بند یک از قانون اصلاح ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی مصوب ۱۳۷۶ مجلس شورای اسلامی^۲ اعتیاد زیان‌آور والدین به موادمخدر از مصادیق عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی والدین تلقی شده و محکمه را به اعمال سلب حضانت در قالب اقدام تأمینی سالب حق نسبت به والدین موصوف مختار کرده است.^۳ در خاتمه این بحث می‌توان بیان کرد که تدوین قوانین مانند قانون حمایت از کودکان و ضمانت اجرای کیفری و تدابیر ویژه از سوی قانونگذار می‌تواند در پیشگیری و انصراف خانواده‌های پرخطر از ارتکاب رفتارهای خشونت بار یا تسهیل کننده مصرف های بعدی در آن‌ها مؤثر باشد. در پیشگیری تقنینی از بزهدیدگی نوزادان، قانونگذار باید با محور قرار دادن «نوزاد معتاد» به تدوین قوانین اقدام کند. به‌هر حال اصول و تدابیری که در قانونگذاری در قلمرو ماهوی باید مدنظر قرار گیرند عبارتند از: جرم‌انگاری حمایتی، تشدید مجازات مرتکبین این‌گونه اعمال به لحاظ صغر سنی بزده‌دیده و خسارت‌زدایی برای حمایت از نوزادان. جرم‌انگاری رفتارهای آزار دهنده باید به نحوی صورت پذیرد که این امر به طیفی از مهمترین مصادیق کودک‌آزاری محدود شود. زیرا مداخله نظام عدالت کیفری همواره باید به عنوان امری استثنایی و تحت شرایط خاص و ویژه که شرایط تأثیر سایر گونه‌های پاسخ‌دهی فراهم نبوده یا عدم کفایت چنین واکنش‌هایی به اثبات رسیده، مورد توجه قرار گیرد.^۴

۱. آزرده، غلامرضا، «نقش آموزش و پرورش در پیشگیری از سوء مصرف مواد مخدر»، مجله تربیت، شماره ۴، ۱۳۷۸، ص. ۲۶.

۲. ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی اصلاحی مصوب ۱۳۷۶: هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم او یا به تقاضای رئیس حوزه قضایی هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند.

موارد ذیل از مصادیق عدم مواظبت و یا انحطاط اخلاقی هر یک از والدین است:

۱. اعتیاد زیان‌آور به الکل، مواد مخدر و قمار

۳. بیگی، جمال، بزهدیدگی اطفال در حقوق ایران، میزان، ۱۳۸۴، صص. ۱۳۱-۱۳۲.

۴. ایروانیان و همکاران، پیشین، ص. ۲۵۵.

۳-۲-۲. پیشگیری اجرایی

«این پیشگیری از بزه دیدگی نوزادان معتاد ناظر به نهادهای اجرای حکم دادگاه و همچنین نهادها و سازمان‌های خدماتی، درمانی-حمایتی است که حین اجرای حکم والدین ممکن است نوزاد به آن مراکز سپرده شود.^۱ شرایط حاکم بر نهادهای نگهداری نوزادان که نحوه مراقبت و برخورد با نوزاد توسط این نهادها و مؤسساتی که وی در آنجا نگهداری می‌شود تعیین خواهد شد بسیار حائز اهمیت است. نوزادانی که به دلیل اعتیاد و بزه دیدگی‌های جسمی گوناگون از سوی خانواده مجبور به ترک این نهاد می‌شوند و به اجبار باید در مکان‌ها و نهادهای دیگری نگهداری شوند، به برخورد صحیح و تخصصی نیاز دارند. این نوزادان در واقع با هدف اصلاح و بازپروری خارج از خانواده خویش نگهداری می‌شوند تا علاوه بر درمان‌های موقتی برای کاهش درد و درمان دائمی بزه‌دیدگی و اعتیاد مجدد آن‌ها، از خانواده نیز دور بمانند. این نهادها به‌عنوان مهم‌ترین مراکز کاهش آسیب‌ها و صدمات وارده «جسمانی، روانی، عاطفی و ...» بر نوزاد معتاد در نظر گرفته می‌شوند بنابراین هرگونه سهل‌انگاری از سوی مسئولین می‌تواند موجبات بزه‌دیدگی مجدد آن‌ها را فراهم آورد. همچنین درباره نهادهای خدمات‌رسان در این رابطه می‌توان به مراکز پزشکی، روان‌پزشکی اطفال و نوزادان، بهزیستی، مددکاری اجتماعی و پرورشگاه‌ها اشاره کرد که به نظر می‌رسد نظارت بر این مراکز به هدف کاستن از میزان تعدیات در این زمینه مهم و قابل توجه است.

۱. عباچی، مریم، «پیشگیری از بزه‌کاری و بزه‌دیدگی کودکان»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۷، ۱۳۸۳، ص. ۶۸.

نتیجه

براساس مشخصه‌های جامعه ایرانی به عنوان یکی از کشورهای در حال توسعه که با پدیده جوانی جمعیت مواجه است باید نسبت به تحلیل رفتاری و ساختاری ناهنجاری‌های موجود به‌ویژه وقتی کودکان و نوجوانان جامعه را متأثر می‌سازد اقدام کرد. دانش نوین بزه‌دیده‌شناسی کودکان می‌کوشد علاوه بر تأکید بر وظیفه جامعه به منظور تلاش برای حفظ امنیت این قشر آسیب‌پذیر، خود آنان را نیز برای به‌کارگیری فنون و راهبردهای پیشگیری از بزه‌دیدگی در مقابل بزهکاران بالقوه بزرگسال تشویق کند تا در نتیجه از بزه‌دیدگی مصون بمانند. حمایت از کودکان در مقابل بزهکار، تنها مفهوم حمایت از کودک بزه‌دیده نیست بلکه مقابله با بزهکارشدن ایشان را هم شامل می‌شود که این واقعیت نشانگر مرز نزدیک و گاه غیرقابل تفکیک این دو پدیده است. در این میان، نوزاد معتاد به دلیل ناتوانی بیشتر نسبت به کودکان و نوجوانان در برابر دفاع از خویش و ویژگی‌های جسمی خاص به حمایت و مراقبت بیشتری نیاز دارد که البته تصریحی در این رابطه در قوانین حمایتی فعلی صورت نگرفته است. با توجه به طرق اعتیاد در کودکان اعم از مستقیم و غیرمستقیم می‌توان بیان کرد که علل و عوامل اعتیاد از برای کودکان به علل جسمی (توارث، جنسیت، سن و وضع جسمی از نظر مصرف داروهای مسکن) علل روانی (اختلالات روانی، هیجانات ناگهانی، احساس تنهایی، کمبود محبت) علل اجتماعی (وضع محیط خانواده، ناسازگاری، بی‌سرپرستی و مراقب نادرست، دسترسی به موادمخدر، محیط جغرافیایی نامناسب، قرارگرفتن در شهرهای مرزی و ورود موادمخدر از این سرحدات) و علل اقتصادی (فقر و بیکاری یا اشتغال نامناسب) مربوط شود. در بحث درباره نوزاد معتاد با لحاظ صغر سنی وی و فقدان گزینش عقلانی در انتخاب موقعیت‌ها، بیشتر توجه، معطوف به والدین و به‌ویژه مادر است. نوزادانی که با عبارت عام‌الشمول «نوزادان اعتیاد» نامیده می‌شوند، یعنی نوزادانی که با پدر و مادر یا یکی از اعضای معتاد خانواده خود همزیستی دارند. لایه فاسد تربیتی یعنی کسانی که باید به مراقبت و حضانت، تعلیم و تربیت و تأمین نیازهای فرزندان خود مشغول باشند، یا در استعمال موادمخدر یا تهیه مقدمات مصرف به سر می‌برند و لایه فاسدی که این طیف در آن گرفتار هستند به‌حدی می‌تواند پیچیده و نامشهود باشد که گاه تا موضع اعتیاد فاش نشود، قابل رؤیت و ارزیابی نیست. در این خانواده‌ها غالباً دوستان اهل اعتیاد هم به‌عنوان همدم حضور دارند و جمع خانوادگی از حضور دایمی این افراد متورم است. از کودکان این‌گونه خانواده‌ها می‌توان به‌عنوان کودکان وضعیت خاص نیز نام برد که بیش از کودکان وضعیت عادی در معرض ارتباط با موادمخدر به هر شکل

قرار می‌گیرند (بزه دیده یا بزه‌کار بالقوه) مگر در مورد نوزاد معتاد که با لحاظ اعتیاد وی و آثار و عوارض جسمی «بزه دیده بالفعل یا بزه دیده مادرزاد» قلمداد می‌شود. بنابراین نسبت به این طیف آسیب‌پذیر و بی‌دفاع باید به دیده اغماض نگریست یا حداقل نسبت به دیگران که در چنین وضعیتی به‌سر نمی‌برند، درقبال آنان سیاست‌های جنایی افتراقی به‌معنای اعمال تدابیر پیشگیرنده و حمایتی اتخاذ کرد.

راهکارها

چگونگی فرایند مداخله در جهت کمک و امداد رسانی به نوزادان معتاد می‌تواند شامل موارد ذیل باشد:

- ۱- شناسایی و گزارش‌دهی وضعیت‌های مخاطره‌آمیز ازسوی کارکنان امور پزشکی، متخصصان بهداشت روانی، پلیس، معلمان و مربیان مهدهای کودک که به‌دلیل نوع حرفه و موقعیت اجتماعی خویش با این نوزادان در ارتباط هستند. آنان می‌توانند با مشاهده موارد مشکوک به سوءاستفاده و غفلت والدین و مراقبان از فرزندان خود، به نهادها و مراجع ذی‌صلاح به رسیدگی‌های اولیه، ازجمله پایگاه‌های اورژانس اجتماعی یا صدای مشاور گزارش دهند. این مراکز با شماره‌های تماس آسان هر ساعت از شبانه‌روز آماده خدمات رسانی هستند. البته اطلاع‌رسانی و فرهنگ‌سازی درخصوص نحوه فعالیت این مراکز برای آشنایی عامه مردم ضروری است.
- ۲- ایجاد پایگاه‌های اطلاع‌رسانی اینترنتی توسط نهادهای امداد رسان ازجمله سازمان بهزیستی و نهادهای درمانی و پزشکی در حوزه مادران معتاد برای آموزش، ارائه خدمات و مشاوره‌های پزشکی.
- ۳- الزام دست‌اندرکاران و متخصصان نهادهای درمانی و پزشکی به پذیرش، درمان و معالجه بی‌قیدوشرط و رایگان مادران معتاد و نوزادان در معرض خطر آنان.
- ۴- آموزش و آگاه‌سازی محتوایی و ارائه برنامه‌های آموزشی درسطح پیشگیری اجتماعی نسبت به طرق ابتلای نوزادان به موادمخدر و مشروبات الکلی.
- ۵- ضرورت تدارک نهادهای جایگزین به منظور مراقبت از نوزادان معتاد درصورت ضرورت و ارائه آموزش‌های لازم به کارکنان این مراکز برای پیشگیری از بزه‌دیدگی‌های مکرر بعدی و نیز تهیه امکانات و بودجه لازم در این خصوص.

منابع:

- آزاد، حسین، روانشناسی مرضی کودک، چاپ هفتم، دانشور، ۱۳۹۱.
- آزرده، غلامرضا، «نقش آموزش و پرورش در پیشگیری از سوء مصرف موادمخدر»، مجله تربیت، شماره ۴، ۱۳۷۸.
- آقابخشی، حبیب، «کودکان پدر معتاد»، فصلنامه رفاه اجتماعی، شماره ۷، ۱۳۸۲.
- ابراهیمی، شهرام، جرم‌شناسی پیشگیری، جلد اول، چاپ دوم، میزان، ۱۳۹۱.
- انوری، حسن، فرهنگ بزرگ سخن، ج ۱-۸، چاپ چهارم، سخن، ۱۳۸۶.
- ایروانیان، امیر و همکاران، کودک‌آزاری، از علت‌شناسی تا پاسخ‌دهی، خرسندی، ۱۳۸۹.
- ای‌تروی، برنت، ترسیم شخصیت جنایی، ترجمه اکبر استرکی، معاونت آگاهی ناجا، ۱۳۸۵.
- بابائی، محمد، جرم‌شناسی بالینی، میزان، ۱۳۹۰.
- باستانی، امیر و همکاران، عوامل زیست‌شناختی و ژنتیکی رفتار بزهکارانه، میزان، ۱۳۹۰.
- بیگی، جمال، بزه‌دیده‌گی اطفال در حقوق ایران، میزان، ۱۳۸۴.
- پینه‌رو، پائولو سرجیو، گزارش جهانی درمورد خشونت علیه کودکان، یونیسف، ۱۳۸۷.
- رایجیان‌اصلی، مهرداد، موقعیت اطفال بزه‌دیده‌بزهکار در حقوق کیفری ایران، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات‌اداری قوه قضائیه، شماره ۲۵، ۱۳۸۱.
- _____، بزه‌دیده‌شناسی حمایتی، چاپ دوم، دادگستر، ۱۳۹۰.
- رجبی‌پور، محمود، پژوهشی در مبانی پیشگیری اجتماعی رشد‌مدار از بزهکاری اطفال و نوجوانان، میزان، ۱۳۹۱.
- گسن، ریموند، روابط میان پیشگیری وضعی و کنترل بزهکاری، ترجمه علی‌حسین نجفی‌ابرنادآبادی، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۰-۱۹، ۱۳۷۶.
- زینالی، امیرحمزه، ابعاد حقوقی و جرم‌شناختی حمایت از کودکان و نوجوانان در معرض خطر، انتشارات روزنامه‌رسمی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۸.
- سماواتی پیروز، امیر، «ناتوانان بزه‌دیده؛ از بایسته‌های جرم‌شناختی تا قوانین و مقررات کیفری»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۳-۵۲، ۱۳۸۴.

- شجاعی، علی، جرم‌شناسی نظری، گذری بر نظریه‌های جرم‌شناسی، چاپ سوم، سمت، ۱۳۸۸.
- حاجی‌تبارفیروزجائی، حسن، بزه‌دیده‌شناسی حمایتی افتراقی، جنگل، ۱۳۹۱.
- عظیم‌زاده، شادی، پایداری در بزهکاری در حقوق ایران و آمریکا، جنگل، ۱۳۹۰.
- عباچی، مریم، «پیشگیری از بزهکاری و بزه‌دیده‌گی کودکان»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۷، ۱۳۸۳.
- قاسمی‌روشن، ابراهیم، «عوامل اجتماعی و جرم»، فصلنامه معرفت، شماره ۳۶، ۱۳۷۹.
- لپز، ژرار و ژینا فیلیزولا، بزه‌دیده و بزه‌دیده‌شناسی، ترجمه: روح‌الدین کردعلیوند و احمد محمدی، چاپ دوم، مجد، ۱۳۸۸.
- لکا، پدروچی و توماس دی واتس، کودکان پیش‌دبستانی و سوءمصرف مواد، راهبردهایی برای پیشگیری و مداخله، ترجمه لیلی انگجی و محمد مجتبی‌زاده، روان سنجی، ۱۳۸۴.
- میرمحمدصادقی، حسین، حقوق کیفری اختصاصی (۱) جرایم علیه اشخاص، چاپ یازدهم، میزان، ۱۳۹۲.
- معظمی، شهلا، بزهکاری کودکان و نوجوانان، چاپ پنجم، دادگستر، ۱۳۹۰.
- مختاری، یوسف، «رابطه اختلالات شخصیت با جرم»، مجله دانش‌پژوهان، شماره ۷، ۱۳۸۴.
- منصور، محمود، روان‌شناسی ژنتیک تحول روانی از تولد تا پیری، چاپ نهم، سمت، ۱۳۹۱.
- نجفی‌ابرندآبادی، علی‌حسین، مباحثی در علوم‌جنایی، تقریرات درس جامعه‌شناسی جنایی، تدوین: مهرداد رایجیان‌اصلی، دانشگاه تربیت‌مدرس، دوره کارشناسی‌ارشد، ۱۳۷۸.
- نجفی‌ابرندآبادی، علی‌حسین، تقریرات درس جرم‌شناسی (پیشگیری)، دوره کارشناسی‌ارشد، قم: مجتمع آموزش عالی قم، تدوین: مهدی سیدزاده، نیمسال دوم ۱۳۸۱-۸۲.
- نقدی‌نژاد، مجتبی، پیشگیری از بزه‌دیده‌گی اطفال، چاپ دوم، جنگل، ۱۳۹۰.
- نوروزی، علی‌رضا، راهنمای مدیریت وابستگی به مواد در بارداری، تولد (هنگام زایمان)، شیردهی و نوزادی، دفتر سلامت‌روانی، اجتماعی و اعتیاد، اداره پیشگیری،

درمان و کاهش آسیب سوءمصرف مواد با مشارکت دفتر سلامت جمعیت، خانواده و مدارس، معاونت بهداشت اداره سلامت مادران، ۱۳۹۰.

- James Burfeind, and Dawn Jeglum Bartush, Juvenile Delinquency: An integrated Approach, World Headquarters, 2006.
- James Vander Zanden, Sociology: The Core, Fourth Edition, Singapore, McGraw-Hill, 1996.
- Larry Siegel, Brandon Welsh, and Joseph Senna, Juvenile Delinquency, 9th Edition, Thomas Wadsworth, 2003.
- Stewart Elbert, and Glynn Jamesa, Introduction to Sociology, Singapore, MC Phillips, 1988.

«خسارت‌زدایی از مظنونان، متهمان و محکومان بی‌گناه؛ جایگاه

حقوقی، فرایند عملی»

باقر شاملو*

مجید مرادی**

چکیده

حقوق کیفری در سیر تحولاتی که داشته است، از مرحله جرم‌مداری، به مرحله مجرم‌مداری و سپس، بزه‌دیده‌مداری در حرکت بوده است. در مرحله مجرم‌مداری، به حمایت از حقوق متهمان در پرتو موازین دادرسی عادلانه و منصفانه تمرکز داشته و پس از تضمین نسبی این حقوق، وارد مرحله بزه‌دیده‌مداری گردیده است. نظام حقوق کیفری ایران نیز، کم و بیش، این سیر تحولات را به خود دیده است، لیکن در این نظام حقوقی، قبل از اینکه حقوق متهمان و به طور دقیق‌تر، مظنونان، متهمان و محکومان بی‌گناه به نحو مطلوب تضمین گردد، به صورت همزمان حقوق بزه‌دیدگان مورد توجه قرار گرفته است. نوشتار پیش‌رو، با در نظر گرفتن این مسئله و با توجه به ضعف رویه قضایی ایران در به‌اجراگذاری مفاد اصل ۱۷۱ قانون اساسی و ماده ۵۸ ق.م.ا. سابق مصوب ۱۳۷۰، به بررسی این مهم پرداخته است و فرایند عملی خسارت‌زدایی از «شهروندان ناکرده بزه، ولی مظنون و متهم» و آثار مترتب بر آن را در نظام دادرسی کیفری حال و آینده مورد بررسی و تحلیل انتقادی قرار می‌دهد. تغییرات تقنینی شکلی و ماهوی در سال ۱۳۹۲، ناهماهنگی‌هایی را در ارتباط با فرایند جبران خسارت از بزه‌دیدگان قضایی موجب گردیده، به گونه‌ای که باید ماده ۳۰ قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۰ را نسخ‌شده دانست.

واژگان کلیدی:

خسارت‌زدایی، دادرسی عادلانه، خسارات مادی و معنوی، اشتباه قضایی.

baghershamlou@gmail.com

*دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

**دانشجوی دوره دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

majid.moradi@hotmail.com

مقدمه

خسارت‌زدایی از شهروندان بی‌گناهی که در پیچ و خم مقررات قانونی، قربانی چرخ‌های زنگ‌زده فیزیکی و فکری عدالت‌خانه‌های حکومت‌ها شده‌اند، کمترین خدمتی است که می‌توان به آنان ارائه نمود.^۱ عدالت و عدالت‌گستری در یک جامعه حق‌محور، مستلزم جبران خسارت از این دسته از شهروندان است که به واسطه درگیری بلاجهت خود در فرایند دادرسی‌های کیفری، قربانی اشتباهات قضایی شده‌اند و خسارات مادی - روحی و روانی زیادی متحمل گردیده‌اند. در واقع، تمامی شهروندان در سایه حمایت اصل برائت به سر می‌برند. بی‌گناهی شهروندان یک اصل و فرض قانونی است که نیاز به اثبات ندارد. این جامعه است که بایستی بزهکاری این دسته از شهروندان را اثبات نماید، نه افرادی که تحت عنوان «مظلنون» یا «متهم» درگیر فرایند دادرسی‌های کیفری می‌شوند.^۲ لذا، به محض احراز عجز جامعه از اثبات ادعای خود، مبنی بر بزهکار بودن این دسته از افراد، دستگاه عدالت کیفری بایستی بواسطه تعرض بلاجهت به حریم آزادی‌های مشروع شهروندان، از آنان به نحو مطلوبی جبران خسارت به عمل آورد.^۳

۱. آزمایش، سیدعلی، «تقریرات درس حقوق کیفری عمومی»، دوره کارشناسی‌ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، سال تحصیلی ۸۹-۱۳۸۸، ص. ۱.

۲. در خصوص محکومانی که حکم قطعی لازم‌الاجراء در مورد آنها صادر شده است، اثبات بی‌گناهی واقعی آنان، با خود آنها است و بایستی از طریق درخواست اعاده دادرسی عام یا خاص (موضوع مواد ۴۷۴ الی ۴۸۳ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲)، در مقام انجام این مهم برآیند. لیکن این دسته از افراد نیز، همچون مظلنون و متهمان، به محض احراز عجز و ناتوانی دستگاه عدالت کیفری در اجرای عدالت و اثبات بروز اشتباه قضایی در صدور حکم محکومیت، استحقاق جبران خسارت را دارند و اثبات استحقاق یا عدم استحقاق آنها برای جبران خسارت، بواسطه وجود یا عدم وجود عنصر «تقصیر» در آنها، با دستگاه عدالت کیفری است.

۳. شایان ذکر است که امروزه در پاره‌ای از جرایم مهم و سازمان‌یافته فراملی که امنیت داخلی و خارجی کشورها را نشانه رفته‌اند- نظیر جرایم قاچاق مواد مخدر، پولشویی و... - از این مطلب عدول شده و قانونگذاران کشورهای ولو «لیبرال - دموکراسی»، با اتخاذ سیاست‌جنایی امنیت‌مدار، سعی در چشم‌پوشی نسبت به برخی موازین دادرسی عادلانه و حقوق بشرمدارانه مرتبط با حقوق دفاعی متهمان - نه همه آنها - نظیر جابه‌جایی بار اثبات دلیل نموده‌اند و این متهم است که باید بی‌گناهی خود را به اثبات برساند. لیکن، این به معنای تقدّم «اماره مجرمیت» بر «اصل برائت» نمی‌باشد؛ بلکه از آنجا که اصل برائت آثار متعددی دارد و جابه‌جایی بار اثبات دلیل، تنها یکی از آثار اصل برائت است - نه خود اصل برائت - از این‌رو، به کارگیری اصطلاح «عدول از اصل برائت و جایگزینی اماره مجرمیت» به نظر نادرست می‌باشد. (بنگرید به: شاملو، باقر، و مجید مرادی، تحدید تضمینات دادرسی عادلانه در پرتو امنیت‌گرایی در جرم پولشویی، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و هفتم، شماره ۸۱، بهار ۱۳۹۲).

در نظام حقوقی ایران، به اصل جبران خسارت از این دسته از افراد تا حدودی اشاره شده است، لیکن فرایند عملی خسارت‌زدایی از آنها به‌نحو روشنی تبیین و تعیین نگردیده است، که این خود در مقام استیفای حقوق آنها مشکل‌آفرین است. ماده ۵۸ ق.م.ا سابق مصوب ۱۳۷۰، خسارت‌زدایی از متهمان و محکومان بی‌گناه را در مواردی که دادرس تقصیر کرده باشد، به عهده دادرس گذاشته بود، در حالی که خسارت‌زدایی ابتدایی - از باب مسئولیت تضامنی دولت و دادرسان در قبال این دسته از افراد - باید بر عهده دولت باشد، زیرا دادرسی از اعمال حاکمیت است و اعمال حاکمیتی نیز به دولت ارتباط دارد و نه به فرد یا افراد.

امروزه ضرورت خسارت‌زدایی از این دسته از افراد تقریباً بر کسی پوشیده نیست. چه بسا عدم خسارت‌زدایی از آنان، عواقب سوء و پیش‌آمدهای ناگواری را برای جامعه به دنبال داشته باشد. تقریباً اکثر تحقیقات میدانی به عمل آمده حاکی از آن است که، همواره ضربی از خطا و اشتباه در صدور آرای کیفری وجود داشته است.^۱ حال دولت که حافظ نظم عمومی است و در تقابل حفظ «نظم عمومی» با «حقوق فردی» افراد، موظف به رعایت تساوی و توازن میان آن دو می‌باشد^۲، چنانچه بواسطه اعمال حاکمیتی خود - که قضاوت دادرسان و دستگاه عدالت کیفری بخشی از آن است - ضرر و زبانی به حقوق فردی و آزادی‌های مشروع افراد وارد نماید، ناگزیر و موظف به جبران خسارت از آنان می‌باشد. در واقع، تاریخ بشر همواره سرشار از محاکماتی بوده که در طی آن، «سوء جریان عدالت» رخ داده و متهمی بی‌گناه به دلیل اشتباه دستگاه عدالت کیفری به کیفری سخت رسیده و گناهکاری با لطایف‌الحیل یا به نحوی از انحاء از چنگال عدالت گریخته است. این پدیده که از آن تحت عنوان اشتباه قضایی (اشتباه در دادرسی) یاد می‌شود و در حقوق انگلستان به «سوء جریان عدالت» تعبیر می‌گردد، باعث جریحه‌دار شدن وجدان جامعه بشری می‌گردد،^۳ زیرا هیچ انسانی نمی‌تواند بپذیرد که بیهوده

۱. یوسفیان شوره‌دلی، بهنام، و لیلا رسولی آستانی، «نگرش تطبیقی به جبران خسارت وارد شده بر محکوم بی‌گناه: از نظر تا واقعیت»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۲، تابستان ۱۳۹۲.

۲. به موجب اصل نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «در جمهوری اسلامی ایران آزادی و وحدت و تمامیت ارضی کشور از یکدیگر تفکیک‌ناپذیرند و حفظ آنها وظیفه دولت و آحاد ملت است. هیچ فرد یا گروه یا مقامی حق ندارد به نام استفاده از آزادی، به استقلال سیاسی، فرهنگی، اقتصادی، نظامی و تمامیت ارضی ایران کمترین خدشه‌ای وارد کند و هیچ مقامی حق ندارد به نام حفظ استقلال و تمامیت ارضی کشور، آزادی‌های مشروع را، هر چند با وضع قوانین و مقررات، سلب کند».

۳. مرغوب، مهدیه، بررسی اشتباه قضایی در دادرسی کیفری در حقوق ایران و انگلستان، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۱۳۸۶، ص. ۱۳.

متحمل کیفری شود که به هیچ وجه استحقاق آن را نداشته و یا نفس انسانی به اشتباه یا بر اثر اغماض یا بر اثر اعمال غرض، بیهوده از بین رفته و خون بی‌گناهی به ناحق پایمال گردد. چه بسا افزایش شمار اشتباهات در دادرسی که گاه خسارات جبران‌ناپذیری را بر جامعه انسانی تحمیل می‌نماید، اطمینان مردم را به سیستم عدالت کیفری یعنی سیستمی که متولی اجرای عدالت است، تضعیف نماید. از سوی دیگر، یک محکومیت بی‌پایه و اساس که ناشی از اشتباه در دادرسی است، چه بسا به این معنا باشد که مجرم واقعی هنوز آزاد است. حال در این شرایط، چنانچه مسیر خسارت‌زدایی از این دسته از افراد - که در واقع امر، شهروندان قانون‌گرایی بوده‌اند که اینک از سوی جامعه بدون جهت برچسب انحراف و مجرم بودن خورده‌اند - به روشنی تبیین و تشریح نگردد، ممکن است درصدد انتقام از جامعه و دستگاه عدالت کیفری برآیند و در مسیر بزهکاری و بزهکار شدن قرار گیرند. از این‌رو، در مسیر پیشگیری از وقوع بزهکاری و بزهکار شدن این دسته از شهروندان در جامعه، تبیین و تشریح دقیق مسیر خسارت‌زدایی از آنان امری لازم و ضروری است.

از زمان قداست‌زدایی از دولت و حکومت و زمینی شدن عدالت کیفری - باتوجه به تئوری قرارداد اجتماعی ژان ژاک روسو، در نظام‌های مردم‌سالار، عمل حاکمیت که نشانه قدرت حکومت است، قابل بازخواست شناخته‌شده و این امر- در این پژوهش، مطالبه خسارت و خسارت‌زدایی از ناحیه دولت، نسبت به مظنونان و متهمان و محکومان بی‌گناه- اصولاً نباید به اقتدار حاکمیت حکومت‌های مردم‌سالار- که از بطن اجتماع و مردم برخاسته‌اند - لطمه وارد نماید. اما نکته‌ای که بایستی قبل از پرداختن به فرایند عملی جبران خسارت از این دسته از افراد، بدان پرداخته شود این است که، مراد از «مظنونان، متهمان و محکومان بی‌گناه» چه کسانی هستند؟ در این مسیر، ابتدائاً بایستی تعریفی جامع و مانع ارائه گردد تا در پرتو آن تعریف، شمول قلمرو افراد مستحق جبران خسارت روشن گردد.

۱. مفهوم مظنون، متهم و محکوم بی‌گناه

دستگاه عدالت کیفری، سه طبقه افراد را در پیش‌روی خود دارد. «مظنون به ارتکاب بزه»، «متهم به ارتکاب بزه»، «محکوم‌علیه» یا «مجرم». هریک از این سه طبقه می‌توانند بی‌جهت تحت تعقیب قرار گیرند و نتیجتاً جامعه از اثبات ادعای خود در قبال آنان عاجز بماند. اصطلاح «مظنون» از حیث لغوی در معنای «گمان کرده شده»، «کسی که مورد بدگمانی قرار گرفته»، «نامعلوم»، «نامحقق» آمده است.^۱ در ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲ همچون قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸، تعریفی از واژه «مظنون»

۱. معین، محمد، فرهنگ فارسی، جلد دوم، تهران، انتشارات آدنا، چاپ دوم، ۱۳۸۴، ص. ۱۷۶۲.

و سایر الفاظ نظیر «متهم»، «مشتکی عنه» و «مجرم» ارائه نگردیده است، بلکه صرفاً در چند ماده کلمه «مظنون» بکار رفته است.^۱

به طور خلاصه، شخصی را که بر اساس امارات و قرائن معقول و مستندات موجود، ظن و گمان ارتکاب جرم از سوی وی وجود داشته - هرچند اطمینان و یقینی مبنی بر اینکه جرم از سوی وی ارتکاب یافته وجود ندارد - و هنوز به مرحله تفهیم اتهام نرسیده باشد را «مظنون» گویند. «مظنون» را می توان معادل واژه «مشتکی عنه» دانست. برخی از حقوقدانان مرز میان متهم و مشتکی عنه (مظنون) را صرفاً تفهیم اتهام دانسته و چنین بیان نموده اند: «با تفهیم اتهام، مشتکی عنه تبدیل به متهم شده و استفاده از سایر حقوق دفاعی مانند حق سکوت و حق استفاده از معاضدت وکیل^۲ مدافع آغاز می شود».^۳ این در حالی است که با تصویب ق.آ.د.ک ۱۳۹۲، به ویژه مواد (۷) و (۴۸) این قانون، استفاده از سایر حقوق دفاعی در مرحله کشف جرم توسط ضابطان دادگستری و در ارتباط با اشخاص «مظنون» نیز مورد پیش بینی تقنینی قرار گرفته است.

اصطلاح «متهم» نیز از حیث حقوقی، به کسی گفته می شود که تهمت متوجه او است و هنوز رسیدگی به جرم مورد تهمت شروع نشده و اگر شروع شده باشد، به رأی لازم الاجراء خاتمه نیافته باشد. پس از صدور حکم قطعی در مورد اتهام و احراز بزه، او را «مجرم» می گویند.^۴ متهم انسانی است همانند دیگران با کلیه کرامت های انسانی، که در دادرسی های جزایی در معرض مجازات و یا اقدامات تأمینی و تربیتی قرار می گیرد و سرنوشت او رقم می خورد.^۵ کسی است که هنوز بزهکاری او مسلم نیست و در پناه اصل برائت به سر می برد. «محکوم» نیز فردی است که پس از طی مراحل دادرسی، با رعایت شرایط و اصول دادرسی عادلانه و منصفانه، بزهکاری او در مرحله دادگاه به اثبات رسیده باشد و رسیدگی به اتهام او، منجر به صدور حکم محکومیت او از سوی دادرس دادگاه صالح شده باشد. البته

۱. ن.ک: بند (ج) ماده ۵۱ و بند (د) ماده ۶۹ ق.آ.د.ع.ا در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ و بند (ث) ماده ۶۸ و بند (پ) ماده ۱۱۶ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲.

۲. به موجب ماده ۴۸ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲، «با شروع تحت نظر قرار گرفتن (از سوی ضابطان دادگستری)، متهم می تواند تقاضای حضور وکیل نماید ...». لذا حق استفاده از معاضدت وکیل مدافع، دیگر منوط به تفهیم اتهام به متهم از سوی بازپرس نمی باشد.

۳. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، تهران، انتشارات سمت، چاپ دوم، ۱۳۸۳، ص. ۸۷.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۶۸، ص. ۳۲۱۲.

۵. آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، جلد ۶، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، سازمان چاپ و انتشارات، سال ۱۳۸۷، ص. ۱۰۶.

ممکن است در اثر بروز اشتباه در رسیدگی‌های کیفری، فرد متهم بدون جهت و بدون اینکه واقعاً مرتکب رفتار ممنوعه‌ای شده باشد، به عنوان محکوم علیه به تحمل ضمانت‌های اجرایی کیفری محکومیت یابد.

نکته قابل توجه اینکه، امروزه مفهوم «مسئولیت کیفری» به استناد ماده (۱۴۲) ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲، علاوه بر اشخاص حقیقی (انسان)، به اشخاص حقوقی نظیر یک مؤسسه فرهنگی و... تسری یافته است و امکان تحقق بزه از جانب اشخاص حقوقی نیز پذیرفته شده است. از این رو، مفهوم «مظنون، متهم و محکوم» قابل تسری به اشخاص حقیقی و حقوقی می‌باشد. «مظنونان، متهمان و محکومان بی‌گناه» اشخاصی (اعم از حقیقی و حقوقی) هستند که در واقع امر مرتکب جرمی نگردیده‌اند و بلاجهت در فرایند دادرسی‌های کیفری درگیر شده‌اند و ممکن است در این مسیر، آبرو، حیثیت، اموال، آزادی، تمامیت جسمانی، حقوق اجتماعی و حتی حیات خود را از دست داده باشند.

از سوی دیگر، پژوهشگران در مورد ارائه معیار درستی جهت طبقه‌بندی شخص محکوم شده‌ای که بی‌گناه واقعی است و استحقاق مطالبه جبران خسارت دارد، اختلاف نظر دارند. با وجود این، به نظر می‌رسد مراد از فرد بی‌گناه کسی است که در فرایند شکل‌گیری عناصر سه‌گانه عمل مجرمانه، نه مباشرتاً و نه به معاونت و تسبیب، نقشی نداشته است؛^۱ لیکن فرد بی‌گناه مستحق مطالبه جبران خسارت که نهایتاً بایستی از او خسارت‌زدایی مطلوب به عمل آید کسی است که، علاوه بر «بی‌گناه بودن»، در فرایند درگیر شدن خود در دادرسی‌های کیفری و اشارت رفتن انگشت اتهام به سوی خود و متحمل خسارت شدن، نقش و دخالتی نداشته باشد، در غیر این صورت، براساس قاعده «اقدام»، او را مستحق جبران خسارت نخواهیم دانست.^۲

نکته دیگر اینکه، فرد بی‌گناه «به غلط» متهم و محکوم شده، در پاره‌ای مواقع به افرادی نیز اطلاق می‌گردد که در «عنصر مادی جرم» دخالت داشته‌اند، لیکن بنا به دلایلی از قبیل جنون در حین ارتکاب جرم، اجبار یا اکراه، اصولاً نبایستی مجازات می‌شدند؛ زیرا اساساً هرچند عمل آنها جرم محسوب می‌شده، لیکن بواسطه اینکه این عوامل از موجبات رفع مسئولیت

1. Stanley Z. Fisher, "Convictions of Innocent Persons in Massachusetts: An Overview", Boston University School of Law, Public Interest Law Journal, Vol. 12, 2002-2003, p. 183.

۲. وفق ماده ۲۵۶ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲: «در موارد زیر شخص بازداشت شده مستحق جبران خسارت نیست: الف) بازداشت شخص، ناشی از خودداری در ارائه اسناد، مدارک و ادله بی‌گناهی خود باشد. ب) به منظور فراری دادن مرتکب جرم، خود را در مظان اتهام و بازداشت قرار داده باشد. ج) به هر جهتی به ناحق موجبات بازداشت خود را فراهم آورده باشد. د) هم زمان به هر علت دیگر بازداشت باشد.»

کیفری به شمار می‌روند، در مورد آنها باید «قرار منع تعقیب» یا «قرار موقوفی تعقیب» حسب مورد صادر می‌گشت، در حالی که به اشتباه محکومیت یافته‌اند. به عبارت دیگر، رفتار این دسته از افراد، جرم محسوب می‌شود، لیکن «مجرم مسئول» به شمار نمی‌روند. همچنین «فرد بی‌گناه به اشتباه محکوم شده»، ممکن است به افرادی نیز اطلاق گردد که بنا به دلایلی نظیر دفاع مشروع یا رضایت مجنی‌علیه، در جرایمی که عدم رضایت رکن سازنده جرم محسوب می‌شود مثل آدم‌ربایی یا در جرایمی که رضایت مجنی‌علیه بعد از وقوع جرم، زائل‌کننده عنوان مجرمانه است مثل جرم تخریب اموال غیر - عمل ارتكابی آنها اصولاً فاقد عنوان مجرمانه بوده است.^۱ به عبارت دیگر، این دسته از افراد، هرچند تمام رفتارهای مادی و لازمی را که مستلزم تحقق جرمی است انجام داده‌اند، ولی عمل آنها به دلیل زوال «رکن قانونی جرم»، دیگر فاقد عنوان مجرمانه بوده است و نباید محکومیت می‌یافتند، لیکن در پی بروز اشتباهات در دادرسی و بی‌توجهی‌های قضایی و یا نادیده انگاشتن موازین دادرسی عادلانه یا تخطی از اصول حقوقی و قانونی دیگر، محکوم به تحمل کیفر گردیده‌اند.

همچنین، می‌توان به «قربانیان عطف به‌ماسبق نشدن قوانین کیفری مخفف یا جرم‌زدا و کیفرزدا و یا به طور کلی، قوانین مساعد به حال متهم» اشاره نمود. با عنایت به بند (ب) ماده (۱۰) ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲ که قانون لاحق مبتنی بر تخفیف کیفر را قابل عطف نسبت به جرایم سابق بر وضع این قانون تا صدور حکم قطعی و اجرای آن دانسته است، چنانچه محکوم‌علیه به جهت بی‌اطلاعی از مفاد قانون جدید که نسبت به قانون قبلی اخف است و یا به جهت کوتاهی قاضی اجرای احکام در اقدام به موقع نسبت به اجرای مفاد این بند، مدت بیشتری در زندان سپری نماید، محکوم‌علیه موصوف نسبت به مازاد مجازاتی که تحمل نموده است، «قربانی اشتباهات قضایی» و «کیفردیده بی‌گناه» محسوب شده و بایستی مستند به اصل (۱۷۱) ق.ا و ماده (۱۳) ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲ از وی جبران خسارت به عمل آید.

مورد دیگر، «قربانیان عطف به‌ماسبق نشدن قوانین کیفری ماهوی و شکلی مشدد و غیرمساعد به حال متهم و نقض اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها» می‌باشند. در ارتباط با این دسته از قربانیان اشتباهات قضایی، باید امکان جبران خسارت از آنان فراهم گردد. زیرا، مستند به ماده (۱۲) ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲، «حکم به مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی و اجرای آنها باید از طریق دادگاه صالح، به موجب قانون و با رعایت شرایط و کیفیات مقرر در آن باشد». همچنین، به موجب ماده (۱۳) قانون موصوف، «حکم به مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی و اجرای آنها حسب مورد نباید از میزان و کیفیتی که در قانون یا حکم دادگاه مشخص

۱. میرسعیدی، سیدمنصور، تقریرات درس حقوق کیفری عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، سال تحصیلی ۱۳۸۸، ص. ۸.

شده است تجاوز کند و هرگونه صدمه و خسارتی که از این جهت حاصل شود، در صورتی که از روی عمد یا تقصیر باشد حسب مورد موجب مسؤولیت کیفری و مدنی است و در غیر این صورت، خسارت از بیت المال جبران می‌شود».

۲. سیاست جنایی «تقنینی، قضایی و اجرایی» ایران در ارتباط با امر خسارت‌زدایی

سیاست جنایی حاکم بر نظام حقوق کیفری ایران تا پیش از تصویب ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲، به موضوع خسارت‌زدایی از مظنونان، متهمان و محکومان بی‌گناه توجه اساسی نداشته است و در راستای خسارت‌زدایی مطلوب از کلیه خسارات وارده به این دسته از شهروندان، دارای نگرشی کل‌گرا نبوده و خسارات روحی و روانی - عاطفی وارد بر این دسته از افراد آنگونه که باید، مورد توجه قرار نگرفته بود.^۱ گفتمان غالب و نگرش حاکم بر تدوین‌کنندگان ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲ از حیث سیاست‌گذاری در راستای خسارت‌زدایی از متهمان و محکومان بی‌گناه - به نسبت قانون‌گذاری‌های سابق بر وضع این قانون - کلی‌گراست، لیکن از حیث پیش‌بینی راهکارهای مفید و عملی که با توسل به آنها بتوان در مقام خسارت‌زدایی مطلوب از خسارات روحی و روانی - عاطفی وارد بر این دسته از افراد برآمد، فاقد راهکار مشخص و مناسبی است. راهکار صحیح و منطبق با اسناد حقوق بشری و موازین حقوق شهروندی در خصوص خسارت‌زدایی از این دسته افراد، تشکیل «کلینیک‌های خسارت‌زدایی از متهمان و محکومان بی‌گناه» یا به تعبیری، «مراکز ترمیم و بازتوانی روحی، روانی - اجتماعی متهمان و محکومان بی‌گناه»^۲ که دارای فلسفه و مبنای خاصی می‌باشند، است. کلینیک‌ها (درمانگاه) یا مراکز

۱. مرادی، مجید، درج حکم برائت متهمان و محکومان بی‌گناه در جرایم، نشریه تعالی حقوق، سال سوم، شماره ۱۱، خرداد و تیر ۱۳۹۰.

۲. این «کلینیک‌ها یا مراکز ترمیم و بازتوانی» نهادهایی حمایت‌محور هستند که به منظور اجراسازی و تسریع در فرایند خسارت‌زدایی از مظنونان، متهمان و محکومان بی‌گناه و همچنین، تسهیل امکان احقاق حقوق حقه آنان تأسیس می‌گردند و محور اساسی عملکرد خویش را، بر اجرای «اصل فردی‌سازی خسارت‌زدایی» و جبران و ترمیم کلیه خسارات، بویژه خسارات معنوی و روانی - عاطفی وارد بر این دسته از افراد قرار نهاده و نقش‌آفرینی خود را منحصر به این دسته از افراد نمی‌نمایند، بلکه در زمینه تسکین آلام و دردهای خانواده متهمان و محکومان بی‌گناه نیز می‌توانند نقش‌آفرینی مؤثری داشته باشند. این نهادهای حمایت‌محور می‌توانند یکی از محورهای به اجراگذاری سیاست «پیشگیری عادلانه غیرکیفری» از بزهکاری در جامعه و نیز، گامی نو در مسیر عدالت و عدالت‌گستری در جوامع مردم‌سالار باشد. (جهت کسب اطلاعات بیشتر؛ ن.ک: مرادی، مجید، خسارت‌زدایی از متهمان و محکومان بی‌گناه در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه علامه طباطبائی، سال تحصیلی ۱۳۸۹، صص. ۲۱۳ - ۱۸۷).

ترمیم و بازتوانی روحی، روانی و اجتماعی هم از حیث عنوان‌سازی و هم از حیث موضوع و محتوا، مسئله‌ای جدید می‌باشند که در قوانین دادرسی کیفری سابق و ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲ و همچنین در قانون دادرسی کیفری فرانسه که الهام بخش تدوین‌کنندگان قانون جدید بوده است، خلأ آن به وضوح به چشم می‌خورد.

همچنین، از حیث شمول افرادی که تحت حمایت مواد مرتبط با امر خسارت‌زدایی از متهمان و محکومان بی‌گناه در ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲ قرار می‌گیرند نیز این قانون مورد انتقاد است زیرا برخلاف اطلاق اصل ۱۷۱ ق.ا و مواد ۱۳ و ۴۸۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مواد (۲۵۵) الی (۲۶۱) ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲ مطلق نمی‌باشند و تنها بخشی از متهمان و محکومان بی‌گناه را - یعنی تنها کسانی که بازداشت شده‌اند - تحت حمایت قرار داده است.

انسان‌ها از حیث خصوصیات رفتاری، شخصیتی، احساسات و شأن و منزلت اجتماعی و ... با یکدیگر متفاوت می‌باشند. از این‌رو، نباید انتظار داشت که در مقام خسارت‌زدایی از خسارات معنوی و روحی و روانی-عاطفی وارد بر این دسته از شهروندان، رویه قضایی خاصی در دادگاه‌ها و نهادهای مرتبط با امر خسارت‌زدایی از این دسته از افراد، جاری و ساری باشد. رویه قضایی یکسان و ثابت و تعیین معیار دقیق ارزشیابی خسارات، فقط در ارتباط با «خسارات مادی» امکان‌پذیر است. تا جایی که ما در مقام خسارت‌زدایی از خسارات معنوی و روحی و روانی-عاطفی وارد بر افراد - با توجه به ماهیت متفاوت این نوع خسارات - اصولاً بایستی از رعایت اصلی به نام اصل «فردی‌سازی خسارت‌زدایی» سخن به میان آوریم. در واقع، سیاست‌جنایی مطلوب در ارتباط با امر خسارت‌زدایی از قربانیان اشتباهات قضایی، باید در کنار پذیرش اصل «لزوم جبران کلیه خسارات وارده بر متهمان و محکومان بی‌گناه»، متمایل به رعایت اصلی دیگر تحت عنوان «اصل فردی‌ساختن خسارت‌زدایی» خصوصاً در قلمرو خسارات معنوی و روحی و روانی - عاطفی وارد بر این دسته از شهروندان قانون‌مدار باشد تا بتواند به نحو احسن، عدالت و عدالت‌گستری قوه قضائیه را بر همگان نمایان سازد. این‌گونه سیاست‌جنایی می‌تواند اقتدار نظام اجتماعی و دولت حاکم متوالی برقراری «نظم و امنیت اجتماعی» در آن نظام اجتماعی را تثبیت نماید و اعتماد مردمی را به دادگستر بودن قوه قضائیه مستحکم‌تر نمایاند.

همچنین در راستای وصول به شرایط خسارت‌زدایی مطلوب از این دسته از افراد، سرعت بخشیدن به رسیدگی‌های کیفری^۱، جهت تقلیل خسارات وارد به متهمان که چه بسا بی‌گناهی و برائت آنها در مراحل بعدی احراز گردد، امری ضروری به نظر می‌رسد؛ لذا، در این مسیر، اصلاح ماده ۴۶ ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲ (همچون ماده ۲۴ ق.آ.د.ع.ا در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸) به صورتی که تضمین حق متهم بر «حضور فردی» نزد مقام قضایی در اسرع وقت را پیش‌بینی نماید، به نظر امری لازم می‌آید. در ماده ۴۶ مقرر شده که، ضابطان دادگستری باید فوری «مراتب» را جهت اتخاذ تصمیم قانونی مبنی بر ادامه بازداشت و یا آزادی متهم به اطلاع دادستان برسانند، نه اینکه در اولین فرصت «شخص متهم» را نزد دادستان حاضر نمایند. حضور شخص متهم نزد دادستان در اسرع وقت، به صراحت مورد اشاره قرار نگرفته است.

در طرح حمایت از بزه‌دیدگان و زیان‌دیدگان از نظام عدالت کیفری - متهمان و محکومان بی‌گناهی که در مورد آنها قرار منع تعقیب یا حکم برائت صادر شده - تا اطمینان کامل از تأمین و جبران کامل ضرر و زیان وارد شده بر آنها، دولت‌ها، جامعه و قانونگذاران باید با توسل به همه امکانات موجود به حمایت از آنها بپردازند. توجیه منطقی و تفهیم کامل این دسته از افراد درباره موقعیت و حقوق‌شان ضروری و مورد توصیه طرح مزبور می‌باشد. از سوی دیگر، عملکرد و شیوه‌های اجرایی دستگاه قضایی در راستای خسارت‌زدایی از اینان باید به صورتی باشد که آنان را از نگرانی و عدم اعتماد به رسیدگی‌ها و بی‌نتیجه بودن اقدامات قضایی خارج کند. در واقع شاید بتوان حمایت از حقوق این دسته از افراد را در قلمرو مهمترین موضوعات قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و نیز حرکت در مسیر رعایت موازین دادرسی عادلانه^۲ و حقوق بشری به حساب آورد. پیش‌بینی نهادهایی که به صورت رسمی یا غیررسمی در حد فاصل مراجعه این دسته از افراد به دستگاه عدالت و محاکم قضایی تا احقاق حقوقشان آنها را از آماج تهدیدها، ارعاب و آزار مصون بدارد، امری ضروری است که نیازمند توجه بیشتر از سوی متولیان سیاست‌جنایی کشور می‌باشد.

نکته دیگر اینکه، هر چند مسئله «پذیرش خطر توسط زیان‌دیده» که در حقوق ایران تحت عنوان قاعده «قدام» مطرح شده و از نظر فقهی یکی از مُسقطات ضمان است متضمن این مطلب می‌باشد که، «هرگاه شخصی با آگاهی از خطر یا حادثه زیان‌باری، خود را در

۱. اصل «سرعت در دادرسی‌های کیفری» در مواد (۳)، (۹۴) ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ مورد پیش‌بینی تقنینی قرار گرفته است و برای آشکال مختلف نقض این اصل، در قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۰ ضمانت‌اجراهای انضباطی تعیین گردیده است.

2. fair trial.

معرض آن قرار دهد، زیان وارده از آن حادثه را خود پذیرا شده و عامل زیان در قبال آن مسئولیتی بر عهده نخواهد داشت»، نسبت به متهمان و محکومان واقعی (مجرمین واقعی) صحیح می‌باشد، لیکن در مورد مظنونان و متهمان بی‌گناهی که از ترس عملیات پلیسی و دستگیر شدن یا از ترس اینکه مبدا محکومیت اشتباهی یابند و بی‌گناه کیفر شوند، اقدام به فرار می‌نمایند و در این حالت، خسارتی به آنها وارد می‌گردد، بعد از احراز بی‌گناهی این دسته از افراد، هرچند قاعده «اقدام» موجب رفع مسئولیت از پلیس و دستگاه قضایی حسب مورد می‌گردد، ولی لازمه اجرای عدالت و انصاف در حق آنان این است که، دولت از اشخاص بی‌گناه مزبور خسارت‌زدایی به عمل آورد. این مسئله نیز به طور تلویحی در ماده ۲۵۹ ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲ پذیرفته شده است، هرچند نیازمند تصریح می‌باشد.

۳. قلمرو شمول خسارت زدایی از مظنونان، متهمان و محکومان

بی‌گناه

به تبع پذیرش «اصل قابلیت جبران کلیه خسارات وارد بر بزه‌دیدگان» در اسناد بین‌المللی مختلف - خصوصاً بزه‌دیدگان جرایم خشونت‌آمیز و تروریستی و بزه‌دیدگان جرایم جنسی - به طریق اولی، در خصوص متهمان و محکومان بی‌گناه نیز بایستی قائل به پذیرش این اصل باشیم؛ زیرا بزه‌دیدگان لزوماً متحمل ورود خسارات معنوی و روحی و روانی- عاطفی نمی‌گردند و معمولاً مورد ترحم افراد جامعه قرار گرفته و حتی این لزوم احترام و حمایت از آنان بود که در دو دهه اخیر باعث پیدایش رشته علمی جدیدی تحت عنوان بزه‌دیده‌شناسی حمایتی (ثانویه)^۱ گردید. لیکن، در ارتباط با متهمان و محکومان بی‌گناه، قدر متیقن خسارات وارده به آنها - به صرف درگیر شدن بلاجهت در فرایند دادرسی‌های کیفری- «خسارات روحی، روانی و عاطفی» و «مورد برچسب انحراف و انگ مجرمانه جامعه قرار گرفتن» آنها خواهد بود. البته ظاهراً هیچ‌یک از قوانین و مقررات حقوقی در ایران اشاره‌ای صریح به لزوم جبران کلیه خسارات ندارد و آنچه هست تصریح به قابلیت جبران خسارات معین است که در قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی به صورت محدودتر و در قانون مسئولیت مدنی قلمروی بسیار وسیع‌تر دارد. در واقع، استنتاج اصل «قابلیت جبران کلیه خسارات»، نتیجه نظریه‌پردازی دکترین بوده است.^۲ از این‌رو، همسوسازی مجموعه قوانین داخلی مرتبط با امر مسئولیت مدنی افراد در حقوق ایران، با اسناد بین‌المللی، در ارتباط با «قابلیت خسارت‌زدایی کامل از بزه‌دیدگان»، امری ضروری است.

از منظر فقه اسلامی نیز، علی‌رغم مخالفت‌های بسیاری که از جانب بعضی از فقهاء با اصل مذکور و توسعه دامنه خسارات قابل جبران در زمینه‌های مختلف خسارات مالی و نتایج

۱. بنگرید به: رایجیان اصلی، مهرداد، بزه‌دیده‌شناسی حمایتی، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۴.
۲. بابایی، ایرج، «نقد اصل قابلیت جبران کلیه خسارات در حقوق مسئولیت مدنی ایران»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال هفتم، بهار، تابستان، پاییز و زمستان ۱۳۸۴، شماره ۱۵ و ۱۶، ص. ۴۷.

خسارات بدنی و جانی شده است، مطالعه آرای فقهی بخصوص در بحث از قاعده «لاضرر» و گاه قاعده «تسبیب» نشان می‌دهد که قبول اصل «لزوم جبران کلیه خسارات»، منافاتی با اصول فقهی و شرعی نداشته، بلکه نظر برخی از فقهای امامیه بر همین امر استوار است. بنابراین، به صراحت می‌توان گفت که قبول اصلی به عنوان «لزوم جبران کلیه خسارات» و گسترش دامنه ضررهای قابل جبران، مخالفتی با شرع مقدس اسلام ندارد.^۱

با وجود این، مطالعه نظام‌های حقوقی کشورهای پیشرفته صنعتی نظیر حقوق فرانسه و نیز نظام حقوقی کامن‌لا و تحلیل‌های حقوقی و اقتصادی آنان، حکایت از مطلوبیت پذیرش مطلق این اصل و به رسمیت شناخته‌شدن آن ندارد، بلکه مبتنی پذیرش این اعتقاد که «تعیین نوع و میزان خسارات قابل جبران بایستی با توجه به عوامل مختلف بوده و در این مسیر، ملاحظات اقتصادی و حفظ مصالح اجتماعی و قضایی نیز لحاظ گردد» می‌باشد. از این‌رو، برخی از حقوقدانان بیان داشته‌اند که، مطلوب آن است که، این ملاحظات در حقوق ایران نیز مدنظر قرار گیرد و از ایجاد اصل کلی مانند اصل ادعایی «قابلیت جبران کلیه خسارات» که علی‌رغم ساده نمودن می‌تواند موجب مشکلات بسیار نیز باشد، اجتناب گردد و قابلیت جبران خسارات را با توجه به عوامل اساسی همچون «مبنای مسئولیت، زمینه و نحوه ایراد خسارت (عمد، بی احتیاطی یا غیر آن) و طبیعت ضرر و خسارت» تعیین نمود؛ زیرا تفکیک بین خسارات و پذیرش تنها بخشی از آنها به عنوان خسارات قابل جبران سبب می‌شود که سیاست‌های قضایی نظام حقوقی در مورد خسارات نیز قابل اعمال باشد و این امر کلاً به قضاوت عرف سپرده نشود.^۲

به نظر می‌رسد صرفاً بتوان دیدگاه این دسته از حقوقدانان را در حوزه حقوق مسئولیت مدنی ناشی از دعاوی حقوقی (غیر کیفری) پذیرفت. لیکن، با توجه به رویکرد امروزی اسناد حمایتی بین‌المللی، در ارتباط با «بزه‌دیدگان» به طور کلی و بزه‌دیدگان قضایی (مظنونان، متهمان و محکومان بی‌گناه) به طور خاص، این رویکرد فاقد توجیه لازم خواهد بود، زیرا در اینجا حفظ «مصالح اجتماعی و قضایی کشور» است که ایجاب می‌نماید در خصوص این دسته از شهروندان، قائل به پذیرش اصل قابلیت جبران کلیه خسارات باشیم.

۴. روند شکلی آغاز فرایند خسارت‌زدایی وفق قانون نظارت بر

رفتار قضات مصوب ۳۱۳۹۰

با صدور «قرار منع تعقیب» یا «حکم براءت» متهم و احراز ورود خسارت نسبت به برخی از شهروندان (مظنونان، متهمان و محکومان بی‌گناه) و مطرح شدن مسئله مسئولیت مدنی مقامات قضایی یا دولت یا دیگران در قالب «مسئولیت تضامنی»، بررسی

۱. همان، ص. ۴۸.

۲. همان، صص. ۸۰ - ۷۹.

۳. از این پس در این نوشتار، این قانون با عبارت اختصاری «ق.ن.ب.رق» مورد اشاره قرار خواهد گرفت.

چگونگی آغاز فرایند دعوای مطالبه خسارت از سوی «بزه‌دیدگان قضایی» حائز اهمیت خواهد بود. تعیین و شناسایی مرجع صلاحیتدار رسیدگی به این دعوای و نحوه شروع به رسیدگی از سوی آنان مسئله‌ای است که در این قسمت به دنبال تبیین و تشریح آن می‌باشیم. آیا طرح دعوای جبران خسارت از سوی قربانیان اشتباهات قضایی منوط به آن است که در سایه عنایت به اماره «تخصّص قاضی در صدور احکام قضایی»، ابتدائاً «تقصیر یا عدم تقصیر مقامات قضایی» در وقوع اشتباه قضایی در دادگاه عالی انتظامی قضات به اثبات رسد یا اینکه با عنایت به اصل (۱۷۱) ق.اساسی که اطلاق آن مقتضی این تفسیر است که سهم و نقش فرد بی‌گناه در فرایند بزه‌دیدگی خویش، تأثیری در استحقاق یا عدم استحقاق وی برای جبران خسارت نداشته باشد^۱، می‌توان معتقد بود که متقاضی جبران خسارت می‌تواند ابتدائاً به «دادگاه عمومی تهران» مراجعه نماید؟ آیا در مواردی که وقوع اشتباه قضایی ناشی از «تقصیر جزایی عمدی و غیرعمدی» مقامات قضایی یا اشخاص ثالث است، «قربانی اشتباه قضایی (متهم و محکوم بی‌گناه)» می‌تواند در قالب طرح دعوای «مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم» اقدام نموده و جبران خسارت از خویش را، به موازات طرح شکایت کیفری در دادگاه صالح تقاضا نماید؟

قانون اساسی و نیز قوانین عادی، تا پیش از تصویب «قانون شورای حل اختلاف مصوب ۱۳۸۷» و «قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۰»^۲، تصریحی نسبت به مرجع صالح رسیدگی جهت تعیین تقصیر یا اشتباه قاضی نداشتند. با این وجود، مستفاد از سیر تصویب اصل (۱۷۱) ق.ا و رویه قضایی کشور، «دادگاه عالی انتظامی

۱. در نظام حقوقی ایران، تا قبل از تصویب قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و پیش‌بینی ماده (۲۵۶) در ذیل آن، تصریحی بر ممنوعیت مطالبه خسارت از سوی «قربانیان اشتباه قضایی» به هنگامی که خود در ورود ضرر نسبت به خویش و بروز اشتباه قضایی دخیل بوده‌اند، وجود نداشت. هرچند با عنایت به «قاعده اقدام» می‌توانستیم آنان را از استحقاق جبران خسارت ممنوع سازیم. از این‌رو، علی‌رغم عدم تصریح تقنینی، صرفاً افرادی که از تحت شمول قاعده اقدام خارج بوده و در فرایند ورود خسارت به خویش و بروز اشتباه قضایی دخیل نبوده‌اند، حق جبران خسارت خواهند داشت، نه تمامی افرادی که نسبت به آنها «قرار منع تعقیب» یا «حکم برائت» صادر شده است.

۲. وفق ماده (۴۲) قانون شورای حل اختلاف مصوب ۱۳۸۷، مرجع تشخیص تخلفات قضای شورا، «دادسرا و دادگاه عالی انتظامی قضات» است. همچنین، به موجب بند (۶) ماده ۶ ق.ن.ب.رق، «ظهارنظر در خصوص اشتباه یا تقصیر قاضی موضوع اصل (۱۷۱) قانون اساسی و ماده (۳۰) ق.ن.ب.رق»، با دادسرا و دادگاه عالی انتظامی قضات است. همچنین، به موجب ماده (۳۳) ق.ن.ب.رق، «دادگاه انتظامی قضات» مرجع رسیدگی به تخلفات انتظامی قضات است که به موجب کیفرخواست صادره از سوی دادستان انتظامی قضات و در محدوده آن رسیدگی می‌نماید و تابعی از سیستم «تعدد قضات» است.

قضات» مرجع صالح رسیدگی نسبت به این امور بود.^۱ لیکن، رسیدگی و احراز وجود رابطه سببیت میان «تخلف یا تقصیر قاضی» با خسارات وارده بر قربانیان اشتباهات قضایی و تعیین میزان خسارات و شیوه خسارت‌زدایی از آنها، قاعداً با دادگاه‌های عمومی (با توجه به صلاحیت عام خود) یا شوراهای حل اختلاف (در پاره‌ای پرونده‌ها) حسب مورد بود.^۲

از سویی دیگر، با عنایت به ماده ۳۹ ق.ن.ب.ر.ق، مصونیت قضایی مقامات قضایی و ضرورت تعلیق آنها از منصب قضایی توسط دادگاه عالی انتظامی قضات، به مثابه پیش‌شرط امکان تحت تعقیب و محاکمه کیفری قراردادن آنها، صرفاً به هنگامی مطرح می‌گردد که مقامات قضایی در مظان ارتکاب جرایم عمدی قرار گیرند، اعم از اینکه مستوجب کیفر حدی، قصاص، دیه و یا تعزیر با هر درجه‌ای باشد.^۳ از این‌رو، مقامات قضایی دیگر در حیطه ارتکاب جرایم غیرعمدی همچون اختلافات و امور حقوقی، فاقد

۱. رسیدگی به تخلفات برخی از مقامات قضایی گاه در صلاحیت مرجعی دیگر به غیر از «دادگاه انتظامی قضات» می‌باشد. وفق تبصره ماده (۲) ق.ن.ب.ر.ق مصوب ۱۳۹۰: «به تخلفات انتظامی قضات دادگاه و دادسرای ویژه روحانیت، مطابق آیین‌نامه دادسراها و دادگاه‌های ویژه روحانیت رسیدگی می‌شود». ماده (۱۷) آیین‌نامه دادسراها و دادگاه‌های ویژه روحانیت مصوب ۱۳۶۹ اصلاحی ۱۳۸۴ نیز مقرر داشته است: «رسیدگی به تخلفات قضات شاغل در دادسرا و دادگاه ویژه روحانیت، در همان دادسرا و دادگاه، زیر نظر مستقیم دادستان منصوب و رئیس شعبه اول دادگاه به عمل می‌آید». همچنین، وفق ماده (۷) ق.ن.ب.ر.ق: «به تخلفات اعضاء دادگاه‌های عالی و عالی تجدیدنظر و دادستان، توسط هیأتی مرکب از رؤساء شعب دیوان عالی کشور که با حضور دوسوم آنان رسمیت می‌یابد رسیدگی می‌شود. ملاک در صدور رأی، نظر اکثریت حاضرین است. رسیدگی در این هیأت منوط به صدور کیفرخواست از جانب دادستان کل کشور است.»

۲. دادگاه عالی انتظامی قضات صرفاً در یک مورد علاوه بر رسیدگی و صدور حکم انتظامی، صلاحیت رسیدگی و صدور حکم به جبران خسارت وارده به افراد را دارد و آن عبارت است از: «تخلف از موضوع ماده ۷۳ قانون ثبت در موردی که قاضی به اسناد ثبت شده ترتیب اثر ندهد».

۳. در موارد انتساب اتهامات مبتنی بر ارتکاب جرایم عمدی از سوی مقامات قضایی، حسب مورد «مرجع کیفری صالح» از طریق دادستان انتظامی قضات یا «دادستان انتظامی قضات» رأساً می‌تواند تعلیق قاضی را از دادگاه عالی انتظامی قضات تقاضا نمایند. البته، وفق تبصره (۲) ماده ۳۹ ق.ن.ب.ر.ق، دادستان انتظامی قضات مکلف است پیش از اظهارنظر در خصوص ضرورت «تعلیق قاضی از منصب قضایی خویش»، به وی اعلام نماید که می‌تواند ظرف یک هفته پس از ابلاغ، اظهارات خویش را به نحو کتبی یا حضوری، در دادسرای انتظامی قضات مطرح نماید. مطابق تبصره (۳) ماده ۳۹ ق.ن.ب.ر.ق، چنانچه درخواست تعلیق قاضی از سوی دادسرا یا دادگاه انتظامی قضات رد شود و پس از آن، دلیل جدیدی مبنی بر ارتکاب تخلف از سوی قاضی متهم کشف شود، مرجع کیفری صالح می‌تواند بررسی مجدد موضوع تعلیق را از دادستان انتظامی قضات درخواست نماید.

مصونیت قضایی بوده و آغاز فرایند تعقیب دعوای عمومی نسبت به آنان در حیطه جرایم غیرعمدی، منوط به تعلیق قضایی آنان توسط دادگاه عالی انتظامی قضاات نخواهد بود.^۱ با این وجود، به موجب ماده (۴۰) ق.ن.ب.رق، مرجع کیفری بایستی جهت آغاز فرایند تعقیب دعوای عمومی علیه مقامات قضایی، در اتهامات مرتبط با جرایم غیرعمدی نیز، ابتدائاً موضوع را به دادستان انتظامی قضاات اعلام نموده و پس از صدور دستور اجازه تعقیب از سوی دادستان انتظامی قضاات، فرایند تعقیب دعوای عمومی را علیه وی آغاز نماید. لیکن، چنانچه در حیطه اتهامات غیرعمدی وارد به مقامات قضایی، فرایند تعقیب یا اجرای حکم نسبت به آنان مستلزم «جلب» یا «بازداشت موقت» مقامات قضایی باشد، مرجع قضایی صالح بایستی وفق ماده (۳۹) ق.ن.ب.رق اقدام نموده و در این موارد نیز ابتدائاً تعلیق قاضی را از منصب قضا، از دادسرا و دادگاه عالی انتظامی قضاات تقاضا نماید.

با توجه به این توضیحات نمی‌توان معتقد بود که علت لزوم مراجعه ابتدایی متقاضی جبران خسارت (بزه‌دیده قضایی) به دادگاه عالی انتظامی قضاات، به مثابه پیش‌شرط پذیرش دعوای وی در مرجع قضایی صالح، همواره «مصونیت قضایی» مقامات قضایی بوده است. زیرا، هرچند بتوان در ارتباط با تقصیرات جزایی عمدی مقامات قضایی این استدلال را پذیرفت، لیکن در ارتباط با بروز اشتباهات قضایی ناشی از تقصیرات جزایی غیرعمدی مقامات قضایی، به جهت عدم وجود مصونیت قضایی برای آنان، پذیرفتنی نخواهد بود.

صرف‌نظر از این مسائل، در مواردی که بروز اشتباه قضایی ناشی از تقصیرات جزایی عمدی آنان بوده است، روند شکلی طرح دعوای جبران خسارت از سوی بزه‌دیدگان قضایی بدین نحو است که آنان باید ابتدائاً به دادسرای عمومی و انقلاب (شعبه ویژه رسیدگی به جرایم کارکنان دولت) مراجعه نموده و طرح دعوای کیفری نموده و دادسرای مزبور پس از تشکیل پرونده، با ملاحظه اوراق و اسناد ارائه‌شده از سوی شاکی و انجام تحقیقات لازم پیرامون مسئله، چنانچه ادله موجود را کافی جهت شروع به تعقیب و تحقیق دانست، بایستی پرونده را ابتدائاً جهت احراز تقصیر یا عدم تقصیر مقامات قضایی متهم، نزد دادسرای عالی انتظامی قضاات ارسال نماید. با تصویب ماده (۲۳) ق.ن.ب.رق، «روساء دادگستری استان‌ها» و «دادسرای انتظامی قضاات» حسب مورد، مرجع دریافت شکایت انتظامی مردمی در برابر قضاات

۱. طهماسبی، جواد، فرایند نظارت انتظامی بر رفتار قضاات، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۵، شماره ۷۶، زمستان ۱۳۹۰، صص. ۲۲۰-۲۱۹.

متخلف پیش‌بینی گردیده‌اند.^۱ دادستان انتظامی قضات، وفق تبصره (۱) ماده ۲۲ ق.ن.ب.رق، پس از بررسی ابتدایی پرونده، چنانچه موارد اعلامی را بی‌اساس تشخیص دهد، دستور بایگانی شدن پرونده را صادر می‌نماید و در غیر این صورت، پرونده را به یکی از «دادیاران انتظامی قضات» ارجاع می‌دهد. دادستان انتظامی قضات، پس از اظهار عقیده دادیار انتظامی مبنی بر تعقیب قاضی متخلف، چنانچه با نظر وی موافق باشد، با تنظیم «کیفرخواست»، پرونده را جهت رسیدگی به دادگاه عالی انتظامی قضات ارسال می‌نماید. لیکن، در صورتی که اظهار عقیده دادیار انتظامی قضات مبنی بر تعقیب باشد و دادستان انتظامی قضات با وی مخالف باشد و نظر بر منع یا موقوفی تعقیب داشته باشد و دادیار بر نظر خویش مبنی بر تعقیب اصرار داشته باشد، پرونده جهت حل اختلاف به دادگاه عالی انتظامی قضات ارسال می‌گردد و رأی دادگاه متبع خواهد بود. لیکن، در حالتی که «دادیار انتظامی» نظر بر منع یا موقوفی تعقیب داشته و «دادستان انتظامی» نظر بر تعقیب متهم داشته باشد، وفق قسمت اخیر ماده (۲۸) ق.ن.ب.رق، نظر دادستان انتظامی لازم‌الاتباع خواهد بود.

چنانچه دادیار انتظامی قضات در اثنای رسیدگی به پرونده ارجاعی از سوی دادستان انتظامی، تخلف یا تخلفات ارتكابی دیگری را از سوی «قاضی متهم» کشف نماید، بدون نیاز به ارجاع ابتدایی پرونده از سوی دادستان انتظامی، مکلف است رأساً نسبت به آن موارد نیز رسیدگی و اظهارنظر نماید و چنانچه اتهام انتسابی به قاضی متهم، دارای عنوان جزایی نیز باشد، پس از اظهارنظر دادیار مبنی بر تعقیب و موافقت دادستان انتظامی با آن یا بنا به تشخیص مستقل دادستان مبنی بر تعقیب، ولو آنکه «دادیار انتظامی» با نظر «دادستان انتظامی» موافق نباشد، وفق ماده (۲۴) ق.ن.ب.رق، بایستی مدارک مربوطه جهت رسیدگی نزد مرجع قضایی صالح (دادسرای عمومی و انقلاب تهران یا دادگاه‌های کیفری تهران حسب مورد) ارسال شود.

۱. بر طبق ماده (۲۳) ق.ن.ب.رق: «روساء دادگستری مراکز استان‌ها موظفند شکایات انتظامی مردم در برابر قضات را دریافت نموده و پس از ثبت در دفتر مخصوص و تسلیم رسید به شاکی، حداکثر ظرف یک هفته به دادسرای انتظامی قضات ارسال نمایند.

تبصره - شاکی (قربانی اشتباه قضایی) می‌تواند برای شکایت یا اطلاع از روند پرونده به دادسرای انتظامی قضات نیز مراجعه نماید». همچنین، طبق بند (۱) ماده (۲۲) ق.ن.ب.رق، یکی از جهات قانونی برای شروع تعقیب و رسیدگی انتظامی در دادسرا و دادگاه عالی انتظامی قضات، «شکایت ذی‌نفع یا نماینده قانونی او» اعلام گردیده است. لذا، در صورت مراجعه مستقیم «بزه‌دیده قضایی» به دادسرای انتظامی قضات، دادستان انتظامی قضات مکلف به استماع دعوای وی می‌باشد.

وفق ماده (۳۰) ق.ن.ب.رق، رسیدگی به «دعوی جبران خسارت ناشی از اشتباه یا تقصیر قاضی»، موضوع اصل ۱۷۱ قانون اساسی، داخل در صلاحیت «دادگاه عمومی تهران» قرار داشته و رسیدگی در این دادگاه منوط به احراز تقصیر یا اشتباه قاضی در «دادگاه عالی انتظامی قضات» گردیده است. صدور قرارهای «تعلیق تعقیب» یا «موقوفی تعقیب انتظامی» یا عدم تشکیل پرونده، مانع از رسیدگی دادگاه عالی انتظامی قضات، به اصل وقوع تقصیر یا اشتباه قاضی نخواهد بود. در صورت عدم احراز «تقصیر جزایی عمدی یا غیرعمدی مقام قضایی در بروز اشتباه قضایی» از سوی دادگاه عالی انتظامی قضات یا دیگر مراجع قانونی استثنایی و یا در صورت تشخیص دادگاه عالی انتظامی قضات مبنی بر قرار داشتن تقصیر قاضی در زمره تخلفات غیرمهم^۱، متقاضی جبران خسارت (قربانی اشتباه قضایی) یا وکیل یا نماینده قانونی یا قائم مقام قانونی آنها حسب مورد، باید دادخواست مطالبه خسارت وارده به خویش را، به ضمیمه رأی دادگاه عالی انتظامی قضات یا شعبه اول دادگاه ویژه روحانیت حسب مورد مبنی بر عدم تقصیر مقام قضایی و نیز به ضمیمه مدارک کافی و مثبت دال بر وقوع خسارت و احراز رابطه علیت، به طرفیت دادستان عمومی و انقلاب تهران (به عنوان حافظ منافع عمومی و بیت المال)، در دادگاه عمومی تهران مطرح نماید.^۲

اما چنانچه نظر مراجع قضایی یاد شده مبنی بر وقوع تقصیر جزایی عمدی یا غیرعمدی از سوی مقامات قضایی در بروز اشتباهات قضایی بوده باشد، وفق تبصره ماده (۲۴) ق.ن.ب.رق، مدارک مربوط جهت رسیدگی به مرجع قضایی صالح ارسال می شود و قربانیان اشتباهات قضایی مزبور نیز می توانند جهت مطالبه خسارت، وفق تبصره (۲) ماده ۲ و ۱۲ ق.آ.د.د.ع.ا (در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸) و تبصره ماده (۴) ق.ت.د.ع.ا. مصوب ۱۳۷۳ اصلاحی ۱۳۸۱ (قانون احیای دادرها)، در دادگاه کیفری استان تهران یا دادگاه ویژه روحانیت تهران حسب مورد، طرح دعوی جبران خسارت به ضمیمه طرح شکایت کیفری بنمایند. دادگاه عالی انتظامی قضات نیز، علی رغم عدم تصریح قانونی، مکلف است مرجع صالح قضایی جهت طرح دعوی جبران خسارت را در رأی خویش تعیین و ذکر نماید. با این توضیحات، تا پیش از تصویب ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲، قربانی اشتباه قضایی (متهمان و محکومان بی گناه) بایستی طرح «دعوی مطالبه خسارت» را در «دادگاه عمومی تهران» پی گیری می نمود و شکایت کیفری خویش را

۱. این مسئله در «قانون نظارت بر رفتار قضات» مصوب ۱۳۹۰ به سکوت برگزار گردیده است.

۲. اصغری آق مشهدی، فخرالدین، و جواد قربانی دیسفانی، «مسئولیت مدنی قاضی در حقوق ایران»، پژوهش نامه حقوق و علوم سیاسی، سال دوم، شماره هفتم، زمستان ۱۳۸۶، صص. ۴۸ - ۳۵.

در محاکم «کیفری استان تهران» یا «ویژه روحانیت تهران» حسب مورد مطرح می‌نمود. هرچند امکان مطالبه دعوای جبران خسارت در قالب دعوای «مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم» در این محاکم نیز میسر بود.

۵. روند شکلی آغاز خسارت‌زدایی در قانون آیین دادرسی کیفری

مصوب ۱۳۹۲

آغاز فرایند خسارت‌زدایی از قربانیان اشتباهات قضایی، وفق مقررات آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، متفاوت از قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۰ است. وفق ماده (۳۰) ق.ن.ب.ر.ق، مرجع صالح جهت رسیدگی به دعوای جبران خسارت ناشی از اشتباه یا تقصیر قاضی (موضوع اصل ۱۷۱ قانون اساسی)، دادگاه عمومی تهران تعیین گردیده بود. لیکن، به موجب ماده (۲۵۷) ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲، مرجع صالح جهت ارائه درخواست جبران خسارت، کمیسیون استانی جبران خسارت می‌باشد و این ماده نسخ ماده (۳۰) ق.ن.ب.ر.ق مصوب ۱۳۹۰ می‌باشد. کمیسیون استانی جبران خسارت پس از ارائه درخواست جبران خسارت از سوی قربانیان اشتباهات قضایی به ضمیمه رأی کیفری (اعم از قرار منع تعقیب یا حکم برائت) صادره از سوی دادسراها یا دادگاه‌های کیفری حسب مورد، ابتدائاً به بررسی انطباق یا عدم انطباق شرایط متقاضیان جبران خسارت با ماده (۲۵۶) ق.آ.د.ک نموده و چنانچه موضوع (یعنی اصدار قرار منع تعقیب یا حکم برائت) را منطبق با بندهای چهارگانه این ماده نیافت، جهت تعیین مسئول نهایی پرداخت هزینه‌های جبران خسارت از قربانی اشتباه قضایی، وفق اصل ۱۷۱ ق.اساسی و مواد (۱۳) و (۴۸۶) ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲، پرونده را به دادسرا و دادگاه عالی انتظامی قضات ارسال می‌نماید. از آنجا که وفق ماده ۲۵۹ ق.آ.د.ک، «دولت» در تمامی موارد بروز اشتباه قضایی (به جزء موارد مشمول ماده ۲۵۶ ق.آ.د.ک)، ابتدائاً به‌نحو «استقلالی» یا «تضامنی» حسب مورد، مسئول پرداخت هزینه‌های جبران خسارت و متولای امر خسارت‌زدایی از این دسته از افراد تعیین گردیده است؛ از این‌رو، چنانچه در همان بادی امر و در آغاز فرایند رسیدگی در کمیسیون‌های استانی، مقامات قضایی این کمیسیون‌ها، اوضاع و احوال حاکم بر پرونده را منطبق با مفاد ماده ۲۵۶ ق.آ.د.ک نیافتند، باید حکم به خسارت‌زدایی به طرق مقتضی و متناسب صادر نموده و به انتظار اصدار رأی از دادگاه عالی انتظامی قضات ننشینند.

چنانچه وفق نظر دادگاه عالی انتظامی قضات، تقصیر یا تخلفی از سوی مقامات قضایی احراز گردد، دادگاه مزبور پس از تعیین نوع و میزان مجازات انتظامی مقام

قضایی متخلف و فقدان جنبه جزایی عمدی داشتن موضوع، پرونده را به کمیسیون استانی جبران خسارت اعاده می‌نماید تا مسئول نهایی پرداخت جبران خسارت تعیین گردد. لیکن، چنانچه موضوع دارای جنبه جزایی عمدی باشد (یعنی ناشی از ارتکاب جرم عمدی از سوی مقام قضایی باشد)، پرونده با صدور قرار تعلیق قاضی از منصب قضایی و سلب مصونیت قضایی از وی، به «دادسرای عمومی و انقلاب تهران» (شعبه ویژه رسیدگی به کارکنان دولت) ارسال می‌گردد تا جنبه عمومی جرم مورد رسیدگی قرار گیرد. همزمان، نتیجه رسیدگی در دادگاه عالی انتظامی قضات بایستی برای کمیسیون استانی جبران خسارت نیز ارسال گردد تا بر اساس آن، مسئول نهایی پرداخت هزینه‌های خسارت‌زدایی از قربانیان اشتباهات قضایی تعیین گردد. رأی دادگاه انتظامی قضات مبنی بر ارتکاب تقصیر جزایی عمدی و غیرعمدی از سوی قاضی، موضوع اصل (۱۷۱) ق.اساسی و مواد (۱۳) و (۴۸۶) ق.م.ا، ملاک عمل وفق ماده ۲۵۹ ق.آ.د.ک قرار خواهد گرفت.

چنانچه رأی دادگاه عالی انتظامی قضات مبنی بر عدم ارتکاب تقصیر از سوی مقامات قضایی باشد، لیکن کمیسیون استانی جبران خسارت در بررسی‌های خود، شهادت کذب شهود یا اعلام مغرضانه جرم از سوی افراد یا گواهی خلاف واقع کارشناسان^۱ را ملاک آغاز ورود خسارت به این دسته از افراد تشخیص دهد، بر اساس ماده (۱۶۳) ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲ و ماده ۲۵۹ ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲، پس از پرداخت خسارات مزبور، دولت به مسئولین اصلی مزبور جهت استرداد هزینه‌های پرداختی رجوع می‌نماید.

از سویی دیگر، مقتبس بودن «قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲» از «قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه»، بویژه در حوزه مقررات مرتبط با «خسارت‌زدایی از قربانیان اشتباهات قضایی و روند اجرایی آن»، بررسی نظام دادرسی کیفری فرانسه را در فهم و درک دقیق مسئله ایجاب می‌نماید. وفق مقررات ماده ۱۴۹-۱ ق.آ.د.ک.ف مصوب ۱۷ ژوئیه ۱۹۷۰، دادگاه‌های دادگستری صلاحیت اظهارنظر نسبت به وجود حق

۱. ماده (۲۵۹) ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲، به «گواهی خلاف واقع کارشناسان» به عنوان مبدأ آغاز وقوع یک اشتباه قضایی اشاره‌ای ننموده است. هرچند بر طبق قواعد عام مسئولیت مدنی می‌توان آنان را مسئول شناخت، لیکن دوگانگی در سیاست نگارش قانون صحیح نبوده و زمانی که قانونگذار اقدام به احصای موارد با وجود قواعد عام مسئولیت مدنی می‌نماید، بایستی یا اقدام به این امر ننماید و یا جامع و مانع بیان دارد.

ذینفع به جبران خسارت یا تعیین مبلغ آن را نداشته و کمیسیون خاصی مرکب از سه تن از قضات دیوان کشور، نسبت به این امر رسیدگی و اظهارنظر می‌نمودند؛ لیکن در حال حاضر، بر اساس مفاد ماده ۱-۱۴۹ قانون جدید دادرسی کیفری فرانسه مصوب ۱۹۹۴: «جبران خسارت پیش‌بینی شده در ماده پیشین (۱۴۹)، با تصمیم رئیس شعبه اول دادگاه تجدیدنظر حوزه‌ای که در آن، تصمیم به منع تعقیب، آزادی یا برائت صادر شده است، برآورد مالی می‌شود.»

همچنین براساس ماده ۳-۱۴۹ این قانون: «تصمیمات گرفته‌شده توسط رئیس شعبه اول دادگاه تجدیدنظر، می‌توانند ظرف ده روز از ابلاغ آنها، موضوع تجدیدنظرخواهی در کمیسیون ملی جبران خسارات ناشی از بازداشت‌ها قرار گیرند. آرای صادره از این کمیسیون که در دیوان عالی کشور مستقر است، قطعی بوده و تصمیمات آن قابلیت هیچ‌گونه تجدیدنظرخواهی را ندارد...»

در ق.آ.د.ک ۱۳۹۲، از قانون ۱۹۷۰ فرانسه تقلید شده و بر اساس آن، دادگاه‌های دادگستری صلاحیت اظهارنظر نسبت به وجود حق ذینفع به جبران خسارت یا تعیین مبلغ آن را نداشته و بر اساس ماده ۲۵۷ قانون مزبور، شخص بازداشت شده باید ظرف شش ماه از تاریخ ابلاغ رأی (اعم از حکم یا قرار) قطعی حاکی از بی‌گناهی، درخواست خود را به کمیسیون استانی، متشکل از سه نفر از قضات «دادگاه تجدیدنظر استان» به انتخاب «رئیس قوه قضائیه» تقدیم نماید. در صورت رد درخواست، این شخص می‌تواند ظرف ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ، اعتراض خود را به کمیسیون موضوع ماده ۲۵۸ این قانون اعلام نماید. ماده ۲۵۸ قانون مزبور مقرر می‌دارد:

«رسیدگی به اعتراض شخص بازداشت‌شده در کمیسیون ملی جبران خسارت متشکل از رئیس دیوان عالی کشور یا یکی از معاونان وی و دو نفر از قضات دیوان عالی کشور به انتخاب رئیس قوه قضائیه به عمل می‌آید. رأی کمیسیون قطعی است.»

در قانون ۱۹۷۰ آ.د.ک.ف براساس ماده ۲-۱۴۹، تصمیم متخذ از طرف کمیسیون، نه مستدل و نه «قابل هیچ‌گونه شکایت از هر نوعی که باشد» بوده است. تصمیمات کمیسیون از آن جهت مستدلاً اتخاذ نمی‌گردید که در صورتی که مبنی بر رد دادخواست ذینفع بود، از ارزش حکم برائت صادره به نفع او نکاهد و از سوی دیگر، در صورتی که تقاضای مشارالیه پذیرفته می‌شد، حمایت از قضات تحقیق نیز صورت پذیرفته باشد. هرچند حمایت از قضات تحقیق غیر ضروری به نظر می‌رسد و آنچه لازم

است، حمایت از «مقتضای جبران خسارت» است که متأسفانه طبق قانون، جبران خسارت از او به ثبوت بی‌گناهی آشکار وی موکول گردیده بود.^۱

مستدل نبودن تصمیمات کمیسیون این تالی فاسد را در برداشت که تجزیه و تحلیل آراء صادره و استخراج اصولی را که جبران خسارت بر مبنای آنها صورت‌پذیر باشد، بسیار دشوار می‌نمود.^۲ لیکن در ق.آ.د.ک جدید فرانسه به گونه‌ای دیگر مقرر شده و در ماده ۱۴۹-۳ آن، تصمیمات گرفته‌شده توسط رئیس شعبه اول دادگاه تجدیدنظر، ظرف ده روز از ابلاغ آنها، می‌توانند موضوع تجدیدنظرخواهی در «کمیسیون ملی جبران خسارات ناشی از بازداشت‌ها» قرار گیرند؛ از این رو، برای اینکه تصمیمات مزبور قابلیت تجدیدنظرخواهی داشته باشند، بایستی مستدل باشند. در ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲ نیز، از آنجا که رویکرد قانونگذار بر قابلیت تجدیدنظرخواهی از تصمیمات اتخاذ شده از سوی «کمیسیون استانی» جبران خسارات در «کمیسیون ملی» جبران خسارات می‌باشد، از این رو، به نظر می‌رسد تصمیمات «کمیسیون استانی» نیز باید مستدل باشد.

نکته دیگر اینکه، اطلاق عبارت «تصمیمات گرفته شده» در ماده ۳-۱۴۹ آ.د.ک.ف مقتضی این مطلب است که، چنانچه تصمیمات اتخاذ شده از سوی «رئیس شعبه اول دادگاه تجدیدنظر» موجبات رضایت ذینفع را فراهم نسازد، ذینفع مزبور می‌تواند به استناد این ماده درخواست تجدیدنظر از «کمیسیون ملی جبران خسارت» نماید. لیکن در قسمت اخیر ماده ۲۵۷ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ فقط در صورت «رد درخواست» جبران خسارت از سوی «کمیسیون استانی»، حق تجدیدنظرخواهی برای ذینفع قائل شده است و در حالتی که تصمیم اتخاذ شده از سوی این کمیسیون، موجبات رضایت‌خاطر ذینفع را مثلاً از حیث میزان مبلغ پرداختی فراهم نسازد، حق تجدیدنظرخواهی پیش‌بینی نگردیده است و از این جهت، این قسمت از قانون مزبور قابل انتقاد می‌باشد.

نکته دیگر اینکه، بر طبق قانون آ.د.ک ۱۹۷۰ فرانسه ذینفع مکلف بود ظرف مدت ۶ ماه از تاریخ قطعی شدن «قرار منع تعقیب» یا «موقوفی تعقیب» یا «حکم برائت»، دادخواست خود را تقدیم کمیسیون مذکور نماید؛ لیکن در ق.آ.د.ک جدید فرانسه، بر اساس مفاد ماده ۱۴۹، «قرار موقوفی تعقیب» از شمار موارد «قابل جبران خسارت»

۱. آشوری، محمد، «حق متهم بی‌گناه به جبران خسارت ناشی از بازداشت موقت»، در: عدالت کیفری مجموعه مقالات، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۶، صص ۲۷۲ - ۲۷۱.
۲. همان، ص ۲۷۲.

خارج است. در ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ نیز، ذیل ماده ۲۵۵ اشاره‌ای به «قرار موقوفی تعقیب» نشده است.

مطلب دیگر اینکه، در ق.آ.د.ک ۱۳۹۲، فقط آن دسته از متهمان و محکومانی که در جریان «تحقیقات مقدماتی و دادرسی» به هر علت بازداشت شده‌اند و از سوی مراجع قضایی، «حکم برائت» یا «قرار منع تعقیب» در مورد آنها صادر شده، می‌توانند خسارت ایّام بازداشت - یعنی بازداشت قانونی غیرموجه - را از دولت مطالبه نمایند. لیکن درخصوص مظلومان و متهمان و محکومان بی‌گناهی که در جریان دادرسی بازداشت نشده‌اند، اما در فرایند دادرسی‌های کیفری بلاجهت درگیر شده‌اند و از این مسیر، متحمل خسارات مادی و معنوی متعدّدی گردیده‌اند، ساکت است و حق جبران خسارتی قائل نشده است. این در حالی است که اطلاق اصل (۱۷۱) ق.ا. و مواد (۱۳) و (۱۶۳) و (۴۸۶) ق.م.ا ۱۳۹۲ تمام مواردی را که به «متهمان و محکومان بی‌گناه» خساراتی وارد شده است، اعم از اینکه منضم به بازداشت آنها باشد یا نباشد، در بر می‌گیرد. از این‌رو، عنوان کمیسیون مذکور در ماده ۲۵۷ ق.آ.د.ک، منحصرأً «کمیسیون جبران خسارت ناشی از بازداشت‌های قانونی غیرموجه» می‌باشد و به جهت آنکه کلیه خسارات را پوشش نمی‌دهد، نمی‌توان از آن تحت عنوان کلی «کمیسیون جبران خسارات ناشی از اشتباهات قضایی» یاد نمود و این مسئله قابل انتقاد به نظر می‌رسد.

در تصویب نامه شماره ۵ - ۷۱ مورخ ژانویه ۱۹۷۱ فرانسه، به ذکر جزئیات آیین جبران خسارت پرداخته و بر طبق بند (۱۳) از ماده ۱ این تصویب‌نامه، در صورت ردّ دادخواست، ذینفع (متقاضی جبران خسارت) به پرداخت مخارج رسیدگی محکوم خواهد شد، مگر آنکه کمیسیون مذکور وی را از پرداخت تمام یا قسمتی از آن معاف کند.^۱ در ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ این موضوع به سکوت برگزار شده، لیکن به نظر می‌رسد صرف ردّ درخواست، آنهم به این دلیل که متهم و محکوم بی‌گناه ناتوان از اثبات بی‌گناهی^۲ باین خود می‌باشد، کافی از برای حکم به اخذ مخارج رسیدگی نیست و با عدالت هم سازگار نخواهد بود؛ بلکه چنانچه در حین رسیدگی به «درخواست جبران خسارت» ثابت شود که متهم و محکوم بی‌گناه در درگیر شدن خود در فرایند رسیدگی‌های کیفری عامد بوده و مثلاً به منظور «فراری دادن مرتکب جرم»، خود را در مظان اتهام قرار داده باشد و یا به هر جهتی به ناحق موجبات بازداشت خود را فراهم آورده باشد و این امر بر

۱. آشوری، محمد، «حق متهم بی‌گناه به جبران خسارت ناشی از بازداشت موقت»، پیشین، ص. ۲۷۲.

۲. هر چند طرح این عبارت - یعنی اثبات بی‌گناهی از ناحیه فرد برائت‌یافته - به واسطه اینکه این دسته از افراد، در پناه اصل برائت به سر می‌برند، خالی از اشتباه نیست.

قضات رسیدگی کننده در کمیسیون محرر گردد و با این وجود وی اقدام به ارایه درخواست جبران خسارت نموده باشد، در این شرایط است که می توان تمام هزینه های رسیدگی را از آنان اخذ نمود.

نکته دیگر اینکه، اصولاً نه تنها باید به ذینفع - متهمان و محکومان بی گناه - سلاح های لازم جهت اخذ آنچه دولت به وی مدیون است اعطاء شود، بلکه بایستی به او نیز مساعدت نمود، زیرا غالباً وی به حق خود واقف نیست و در نتیجه نمی تواند به آن استناد نماید. از این رو، خطر اینکه ذینفع مزبور حقی را که واجد آن است از کف بدهد وجود دارد. مقامات مسئول بایستی مکلف باشند که رأساً ذینفع را به حق خود واقف سازند و نامبرده امکان برخورداری از معاضدت قضائی داشته باشد.^۱ مواد (۶) و (۷) ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲، مقامات قضایی و ضابطان دادگستری را مکلف به این امر ساخته اند. در آیین نامه ای نیز که ماده ۲۶۱ مقرر نموده: «بایستی ظرف سه ماه از تاریخ لازم الاجرا شدن این قانون، توسط وزیر دادگستری تهیه و پس از تأیید رئیس قوه قضائیه، به تصویب هیأت وزیران برسد»، باید این امر پیش بینی گردد، به گونه ای که مقامات قضایی صادرکننده «قرار منع تعقیب» یا «حکم برائت» مکلف به اعلام این حق به آنها، در ضمن صدور حکم مزبور باشند.

۶. نحوه جبران خسارت از محکومین مجازات شده بیش از کیفر مقرر در دادنامه و خسارت دیده بلاوجه

در ارتباط با اتخاذ و اعمال مجازات در خارج از چارچوب قانون یا بیش از مجازات مقرر در قانون یا اعمال آن نسبت به افراد بی گناهی که به ناحق درگیر فرایند دادرسی کیفری شده اند، ماده ۱۳ ق.م.ا قابل استناد است. بند (چ) ماده ۴۷۴ ق.آ.د.ک نیز، یکی از جهات پذیرش اعاده دادرسی کیفری را، «تعیین مجازات در دادنامه بیش از مجازات مقرر در قانون» اعلام داشته است. صدر ماده ۴۳۹ ق.م.ا نیز، پس از بیان این مطلب که «بزار قطع و جرحد رقصا صعضو باید تیز، غیر آلوده و مناسباً اجرا یقصاص باشد...»، ایذاء مرتکب بیش از مقدار جنایت وی را ممنوع و موجب تعزیر مقرر در قانون دانسته است که مستند به مواد ۴۴۷ ق.م.ا و ماده ۶۱۴ ق.م.ا (تعزیرات ۱۳۷۵) با مرتکب رفتار خواهد شد. همچنین ذیل ماده ۴۳۹ ق.م.ا مقرر می دارد که «اگر مرتکب، بیمار یا شرایط زمان و مکان به گونه ای باشد که در قصاص، بیم سرایت به نفس یا صدمه دیگر باشد، در

۱. همان، ص. ۲۸۳.

صورت امکان، موانع رفع و قصاص اجراء می‌شود. در غیر این صورت تا برطرف شدن بیم سرایت، قصاص به تأخیر می‌افتد.»

حال، چنانچه به هنگام اجرای احکام کیفری، مقررات اجرای احکام موضوع مواد ۴۸۴ الی ۵۵۸ ق.آ.د.ک رعایت نگردد و از پی آن، خسارتی به‌ناحق به محکوم‌علیه وارد شود، بایستی از وی جبران خسارت به عمل آید. در این راستا، می‌توان به ماده ۴۴۰ ق.م.ا نیز که به نوعی به جبران خسارت از محکومانی که بیش از مجازات مقرر در قانون متحمل گردیده‌اند اشاره نمود. بر طبق این ماده قانونی، «قصاص عضو را می‌توان فوراً اجراء کرد لکن اگر علم به سرایت وجود نداشته باشد و قصاص اجراء شود و پس از آن، جنایت سرایت کند و سرایت پدید آمده، عمدی محسوب شود، مرتکب حسب مورد، به قصاص نفس یا عضو محکوم می‌شود لکن پیش از اجرای قصاص نفس ولی دم باید، دیه جنایتی را که به عنوان قصاص عضو بر مرتکب وارد شده است به او بپردازد و اگر سرایت پدید آمده، غیرعمدی محسوب شود، مرتکب به دیه جنایتی که به وسیله سرایت، پدیدآمده است، محکوم می‌شود و دیه مقداری که قصاص شده است کسر نمی‌شود.»

همچنین، بر طبق ماده ۴۸۵ ق.م.ا، «هرگاه محکوم به قصاص عضو یا تعزیر یا حد غیرمستوجب سلب حیات در اثر اجرای مجازات کشته شود یا صدمه ای بیش از مجازات مورد حکم به او وارد شود، چنانچه قتل یا صدمه، عمدی یا مستند به تقصیر باشد، مجری حکم، حسب مورد به قصاص یا دیه محکوم می‌شود. در غیر این صورت در مورد قصاص و حد، ضمان منتفی است و در تعزیرات، دیه از بیت المال پرداخت می‌شود.»

مستنبط از این ماده قانونی آن است که اگر محکوم‌علیه در مقام اجرای کیفر مقرر در دادنامه که متضمن قصاص عضو یا اجرای کیفرهای حدی بدنی غیرسالب حیات است، کشته شود، چنانچه مرگ وی مستند به تقصیر یا عمد مجری حکم نبوده باشد، بلکه صرفاً در اثر تقدیر و قضا و قدر الهی بوده باشد، ضمان (پرداخت دیه به اولیای دم وی) منتفی خواهد بود. لیکن، در مقام اجرای کیفرهای تعزیری غیرسالب حیات، چنانچه اجرای کیفر شلاق تعزیری منتهی به سلب حیات از محکوم‌علیه گردد، پرداخت دیه وی از بیت‌المال، ضروری خواهد بود، مگر اینکه ورود آسیب اضافی به محکوم‌علیه، مستند به خود وی بوده باشد که در این صورت، ضمان منتفی خواهد بود. از سویی دیگر، مستند به ماده ۵۱۷ ق.آ.د.ک، «چنانچه قاضی صادرکننده حکم، ایام بازداشت قبلی را محاسبه نکرده باشد، قاضی اجرای احکام کیفری به احتساب این

ایام، حسب ملاک‌های موضوع مواد فوق اقدام می‌کند». ماده ۵۱۸ ق.آ.د.ک نیز مقرر داشته است: «قاضی اجرای احکام کیفری مکلف است دستور تعیین وقت پرونده محکوم به حبس را به گونه‌ای صادر کند که حداقل ده روز پیش از اتمام مدت حبس، پرونده تحت نظر قرار گیرد تا با تعیین تاریخ اتمام مدت حبس محکوم علیه، دستور آزادی وی را در تاریخ یادشده صادر و به زندان اعلام کند. رئیس زندان نیز مکلف است پس از اتمام مدت حبس چنانچه محکوم علیه به اتهام دیگری در بازداشت نباشد، فوری برای آزادی زندانی اقدام نماید و نتیجه اقدامات را بلافاصله به قاضی اجرای احکام کیفری اعلام کند.

تبصره- در صورتی که تخلف از این ماده منجر به حبس بیش از مدت مقرر در رأی گردد، قاضی اجرای احکام کیفری علاوه بر محکومیت انتظامی تا درجه چهار، طبق مواد (۱۴) و (۲۵۵) این قانون مسؤول پرداخت خسارت حبس اضافی به محکوم علیه است.»

با این توضیحات، چنانچه در ارتباط با فردی، ایام بازداشت قبلی محاسبه نگردد یا به هر دلیلی دیگر، بیش از مجازات مقرر در دادنامه یا قانون، متحمل مجازات شود، بایستی از وی جبران خسارت به عمل آید. برای نمونه، چنانچه محکوم‌علیه‌ی که به موجب حکم قطعی لازم‌الاجراء محکومیت به حبس یافته و پس از اتمام مدت حبس در زندان، بنا به جهاتی - خواه عمداً یا سهواً - بیش از مدت حبس مقرر در دادنامه، در زندان نگاه داشته شود، امکان مطالبه جبران خسارات وارده به جهت میزان مدت اضافه‌ای که در حبس به سر برده است، وجود دارد. البته، تا پیش از تصویب ماده (۱۳) ق.م.ا، تصریحی در این خصوص وجود نداشت، هرچند به طور ضمنی می‌توانستیم از ماده ۵۷۹ ق.م.ا (تعزیرات) این حکم را استنباط نماییم، زیرا این ماده که در مقام بیان مسئولیت کیفری مأمورین دولتی مرتبط با امر اجرای احکام کیفری می‌باشد - مقامات قضایی مسئول اجرای احکام کیفری و ضابطین دادگستری از قبیل مأمورین زندان‌ها و... - به طور ضمنی مسئولیت مدنی مقامات مزبور را که تقصیر نموده‌اند، پذیرفته است. در واقع، این دسته از افراد در برابر میزان مدت اضافی‌ای که در حبس به سر برده‌اند، بی‌گناه بوده و مستحق جبران خسارت می‌باشند.

هرچند ظاهر نگارش ماده ۲۵۵ و به تبع آن، ماده ۲۵۹ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ منصرف از این موارد است، لیکن مستند به ماده (۵۱۸) ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ و تبصره ذیل آن، این مسئله نیز مورد پیش‌بینی تقنینی قرار گرفته است. در این موارد نیز، مسئول ابتدائی خسارت‌زدایی از این دسته از افراد، دولت است و برای دولت این حق وجود دارد که

پس از اتمام فرایند خسارت‌زدایی نسبت به این دسته از افراد، به مسئول یا مسئولین اصلی و نهایی «تحمل حبس مازاد، از ناحیه محکوم به حبس» مراجعه نماید. حکم ماده ۲۵۵ ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲ در موردی که محکوم‌علیه، در مراحل مختلف دادرسی (در دادسرا و دادگاه) و نیز، مرحله اجرای احکام کیفری، بیش از حداکثر مجازات قانونی جرم ارتكابی در بازداشت مانده باشد یا بیش از میزان مجازات مقرر در دادنامه قطعی مجازات شده باشد نیز جاری می‌باشد.

در خصوص مواردی غیر از حبس نظیر «شلاق» و «انجام خدمات عمومی رایگان» و به عبارتی، جایگزین‌های مجازات حبس، چنانچه نسبت به محکوم‌علیه حکمی، بیشتر از مجازات مقرر در دادنامه اعمال کیفر شود، در صورت عمد مقامات مسئول اجرای احکام کیفری در ایراد میزان کیفر اضافی نسبت به محکوم‌علیه، مقامات مزبور مستند به ماده ۵۷۹ ق.م.ا (تعزیرات) دارای مسئولیت کیفری و انتظامی می‌باشند و همچنین، بر اساس قواعد عام مسئولیت مدنی مذکور در قانون مدنی و قانون مسئولیت مدنی، مسئول جبران خسارات وارده از پی عمل غیرقانونی و تقصیر ارتكابی خود می‌باشند. این موارد نیز مشمول موارد مسئولیت تضامنی دولت با مسببین اصلی در جبران خسارات این دسته از افراد بر طبق ماده ۲۵۹ ق.آ.د.ک می‌باشد.

از سویی دیگر، چنانچه بروز اشتباه منتهی به ورود این خسارات، ناشی از «تقصیر جزایی عمدی و غیرعمدی» یا «تقصیر مدنی مبتنی بر جهل تقصیری» مقامات قضایی مسئول اجرای احکام کیفری یا مقامات پلیسی و ضابطان دادگستری نبوده باشد، نظیر موردی که مأموری در تیراندازی هیچ خطایی مرتکب نشده و مقررات مربوطه در این خصوص را رعایت نموده و پیرو دستور مقام مافوق خویش، فردی را به تصور اینکه جز افراد قاچاقچی قرار دارد و در حین فرار است، مورد اصابت قرار دهد و بعداً محرز گردد که بی‌جهت به وی مظنون گردیده بودند^۱ و یا در موارد برهم‌ریختگی نظم عمومی و امنیت اجتماعی و وقوع آشوب‌های داخلی در جامعه، مأمورین مزبور به دلایل معلوم گرفتاری و شلوغی کار، واقعاً برای مدتی هرچند کوتاه، اداره امور داخلی زندان برای آنها

۱. وفق ماده ۶۳۱ ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲: «چنانچه در اجرای مأموریت‌های نیروهای مسلح در اثر تیراندازی یا غیر آن، شخص یا اشخاص بی‌گناهی مقتول یا مجروح شوند یا خسارت مالی به آنان وارد شود و درباره اتهام مأموران قرار منع تعقیب صادر شود، بنا به تقاضای اولیای دم یا متضرر بدون تقدیم دادخواست، پرونده جهت تعیین تکلیف در خصوص پرداخت دیه و خسارت توسط سازمان متبوع به دادگاه نظامی ارسال می‌شود. دادگاه نماینده یگان مربوط را برای شرکت در جلسه رسیدگی دعوت می‌نماید. عدم حضور نماینده مانع رسیدگی و صدور رأی نیست».

سخت و از کنترل آنها خارج گردد، ولی پس از فروکش شدن آشوب داخلی و بازگشت امور به حالت عادی معلوم گردد که محکومی بیش از میزان مقرر در دادنامه در حبس باقی مانده و یا اینکه مجازاتی بیشتر متحمل گردیده است؛ در این موارد، مستند به اصل ۱۷۱ ق.ا و ماده ۱۳ ق.م.ا و دیگر مواد قانونی مربوط، خسارت‌زدایی از افراد بی‌گناه و پرداخت غرامت، از بیت‌المال صورت خواهد پذیرفت. این در حالی‌ست که سابق بر وضع ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲، در ارتباط با خسارات ناشی از اشتباه(نه تقصیر عمدی یا غیرعمدی) مقامات پلیسی و ضابطان دادگستری، بایستی به قواعد عام مسئولیت مدنی مراجعه می‌نمودیم و از مفهوم مخالف ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، عدم مسئولیت آنها و مسئولیت دولت در جبران خسارت را احراز می‌نمودیم و ماده ۵۸ ق.م.ا سابق مصوب ۱۳۷۰، صرفاً معطوف به «اشتباه» مقامات قضایی بود.^۱

مواد (۱۴۵) و (۵۱۲) ق.آ.د.ک نیز به نوعی به مسئله جبران خسارت از بی‌گناهان اشاره دارند. از عنایت به ماده (۵۱۲) ق.آ.د.ک^۲ مستنبط آن است که هرچند به موجب ماده ۲۵۷ ق.آ.د.ک، درخواست جبران خسارت از فرد بازداشت‌شده‌ای که بی‌گناهی وی، در قالب قرار منع تعقیب یا حکم برائت احراز شده است، بایستی به «کمیسیون جبران خسارت استانی» تسلیم گردد، جبران خسارت معنوی از شخص مزبور، در قالب درج حکم برائت وی در جراید، صرفاً بایستی در چارچوب درخواست به دادگاه صادرکننده حکم بدوی(ولو اینکه دادگاه صادرکننده حکم قطعی نباشد) صورت پذیرد. از این‌رو، «کمیسیون جبران خسارت استانی»، صرفاً حکم به «جبران خسارت به نحو مالی» صادر می‌نماید و «جبران خسارت به نحو غیرمالی»، خارج از صلاحیت کمیسیون خواهد بود.

نکته بعدی اینکه، وقوع جنایات یا خسارات نسبت به افراد بی‌گناه، از سوی دولت یا مقامات و دست‌اندرکاران دولتی مرتبط با امر قضا، ولو به نحو عمدی صورت پذیرفته باشد، در تمامی موارد ابتدائاً توسط دولت جبران می‌شود و بعد از آن، چنانچه تقصیر یا عمد ثالثی در میان باشد، دولت به قائم‌مقامی از زیان‌دیده، به مقصر یا عامد جهت استرداد وجوه پرداختی و اعاده آن به بیت‌المال مراجعه خواهد نمود. همچنین، مواد

۱. عباسلو، بختیار، «مسئولیت مدنی پلیس»، فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد

تهران مرکزی، پیش شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۸۶، ص. ۵۵.

۲. ماده ۵۱۲ ق.آ.د.ک مقرر داشته است: «شخصی که به موجب حکم قطعی، برائت حاصل کند، می‌تواند حداکثر ظرف شش‌ماه از تاریخ ابلاغ رأی، از دادگاه صادر کننده حکم نخستین درخواست نماید که حکم برائت از محل اعتبارات مربوط به قوه قضاییه در یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار منتشر شود».

۲۵۵ الی ۲۶۱ ق.آ.د.ک، به موازات ماده ۴۸۶ ق.م.ا دلالت بر آن دارند که حکم به جبران خسارت در قالب پرداخته دیه، در مواقعی که صدور حکم برائت بعد از مرحله اعاده دادرسی، توسط «دادگاه هم‌عرض دادگاه صادرکننده حکم قطعی» صورت می‌پذیرد، با همین دادگاه می‌باشد، لیکن مطالبه سایر خسارات وارده به شخص مزبور، از طریق مراجعه به کمیسیون‌های استانی میسر خواهد بود.

۷. آثار مترتب بر اجرایی‌سازی خسارت‌زدایی از بی‌گناهان قربانی

خسارت‌زدایی از «مظنونان، متهمان و محکومان بی‌گناه» به عنوان یکی از جلوه‌های عدالت‌گستری دولت‌ها و حکومت‌ها، موجب بازمشروعیت‌یابی دولت و همچنین نماد و نشانی از مردم‌مدار بودن دولت حاکم و مبتنی عدم فراموش‌سپاری فلسفه وجودی دولت‌ها خواهد بود. عملی‌سازی فرایند خسارت‌زدایی از این دسته از شهروندان، گامی مثبت در جهت عملی‌سازی راهبردهای مدنظر سند چشم‌انداز قوه قضائیه در ایران در افق ۱۴۰۴ شمسی نیز به شمار خواهد آمد. در صدر این سند آمده است که، «قوه قضائیه جمهوری اسلامی ایران بر اساس قانون اساسی و سند چشم‌انداز ایران ۱۴۰۴، قوه‌ای مستقل، عدالت‌گستر، کارآمد و اثرگذار در تمام عرصه‌های اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی، حقوقی و امنیتی کشور می‌باشد و با نگاه و تعاملی جامع، به الگوی الهام‌بخش و فعال قضاوت اسلامی تبدیل خواهد شد».^۱ در این سند مقرر شده است که، قوه قضائیه جمهوری اسلامی ایران در ۱۴۰۴ دارای ویژگی‌های زیر خواهد بود: الف) در دسترس و مورد اعتماد همه افراد جامعه بودن. در این راستا «... عملکرد دستگاه قضایی به گونه‌ای خواهد بود که همه افراد جامعه به دستگاه قضایی به منزله ملجأ عدالت‌خواهی اعتماد خواهند داشت و با احساس امنیت حق خود را مطالبه خواهند کرد».^۲

اگر عملکرد دستگاه قضایی بخواهد به گونه‌ای باشد که همگان به دستگاه قضایی به منزله «ملجأ و پناهگاه عدالت‌خواهی» اعتماد نمایند و با احساس امنیت، حق خود را مطالبه نمایند، برای دستیابی به این مهم و حصول به اهداف موردنظر، قوه قضائیه بایستی در جهت همسو نمودن قوانین موضوعه با اصول دادرسی منصفانه و موازین حقوق بشری و احیاناً اصلاح و بازنگری آنها، اقدامات لازم را لحاظ نماید و در این راستا از نظریات اساتید برجسته حقوق (دکترین حقوقی) و نیز مطالب و پیشنهاداتی که در محافل علمی مطرح می‌شود، غافل نماند.

۱. سند چشم‌انداز قوه قضائیه در ایران در افق ۱۴۰۴ شمسی، معاونت حقوقی و توسعه قضایی.

۲. ضرورت تأسیس «کلینیک خسارت‌زدایی یا مرکز ترمیم و بازتوانی روحی، روانی و اجتماعی متهمان و محکومان بی‌گناه» امری است در راستای عملی‌سازی سند چشم‌انداز قوه قضائیه ایران در افق ۱۴۰۴ شمسی.

یکی از آن اقدامات را می‌توان در تبیین و تشریح فرایند عملی خسارت‌زدایی از متهمان و محکومان بی‌گناه ملاحظه نمود.

ب) پاسداری از حقوق افراد جامعه.^۱ پرواضح است که یکی از مواردی که می‌تواند زمینه‌های تعدی به حقوق افراد را فراهم نماید، اشتباهات موجود در فرایند دادرسی‌های کیفری و نیز تعدیاتی که از سوی مأمورین نیروی انتظامی و سایر ضابطین دادگستری نسبت به حقوق متهمان ممکن است واقع شود، است. از این‌رو، قانونگذار ایرانی در جهت حصول به این ویژگی مذکور در سند چشم‌انداز، شایسته است که هرچه سریعتر در همگام‌سازی قوانین موضوعه با الگوهای صحیح دادرسی عادلانه که شرایط حمایت از حقوق همه افراد - اعم از متهمان و محکومان و نیز بزه‌دیدگان اعم از مستقیم و غیر مستقیم - را فراهم می‌نماید، گام بردارد تا از این طریق بتواند حقوق کیفری موضوعه را در مسیر توسعه قضایی همه جانبه قرار دهد.

ج) عدالت‌گستر بودن: «قوه قضائیه با دادرسی عادلانه از طریق اتخاذ به موقع و متقن تصمیمات و آرای قضایی مبتنی بر قوانین و مقررات اسلامی و با ضمانت‌های اجرایی مؤثر و متناسب با میزان تعدی به حقوق فردی و عمومی جامعه و با اعمال مجازات‌های قانونی متناسب، عدالت و امنیت و آرامش روانی جامعه را در تمامی ابعاد گسترش خواهد داد.»

ناگفته پیداست که، متهمان و محکومانی که بلا جهت درگیر فرایند دادرسی‌های کیفری می‌شوند، چنانچه از آنها خسارت‌زدایی به عمل نیاید، در اینجا قوه قضائیه نه تنها ارمغان اجرای عدالت و امنیت و آرامش روانی را برای افراد جامعه فراهم ننموده، بلکه به حریم اجرای عدالت در حق آنها تعدی نموده و آرامش روانی مورد نظر سند چشم‌انداز مذکور در بالا را نیز به فراموشی سپرده است؛ زیرا متهمان و محکومان بی‌گناه نیز، خود عضوی از اعضای جامعه به شمار می‌روند و بواسطه عدم جبران خسارات وارده بر آنها که ناشی از بروز اشتباهات در دادرسی می‌باشد، فی‌الواقع به نوعی بزه‌دیده و زیان‌دیده محسوب می‌شوند. از این‌رو، عدالت‌گستری قوه قضائیه که به عنوان یکی از شعارهای اساسی این قوه محسوب می‌شود، در صورت عدم تبیین فرایند خسارت‌زدایی عملی از این دسته از افراد، با دیده تردید مواجه می‌شود. پیش‌بینی فرایند عملی خسارت‌زدایی از این دسته از افراد می‌تواند در جبران ناکارآمدی و ناکامی دولت در مقام «تضمین امنیت عمومی و حقوق فردی شهروندان» به عنوان یک وظیفه تأثیرگذار باشد.

۱. در این سند مقرر شده است که: «قوه قضائیه حقوق عامه را پاسداری خواهد کرد. بسترهای لازم را برای از بین بردن زمینه‌های تعدی به حقوق عامه ایجاد خواهد کرد و در صورت هرگونه تعدی به حقوق فرد یا جامعه، اقدامات لازم را برای احقاق حق انجام خواهد داد.»

همچنین، یکی دیگر از آثار مترتب بر عملی‌سازی فرایند خسارت‌زدایی از متهمان و محکومان بی‌گناه را می‌توان در تحقق پیشگیری اجتماعی از بزهکاری این دسته از افراد ملاحظه و جستجو نمود. در واقع، از آنجا که وجود «شرایط انحراف» و «شرایط خطرناک» پیش‌زمینه بزهکاری هستند و هرگونه مبارزه و یا اقدام پیش‌گیرانه در خصوص ارتکاب جرم توسط افراد، به حذف زمینه‌های موجد رفتارهای منحرفانه و شرایط خطرناکی بستگی دارد که آنها در آن زمینه‌ها و شرایط زندگی کرده و پرورش یافته‌اند، از این‌رو، می‌توان به بررسی نقش اجرایی‌سازی فرایند خسارت‌زدایی از متهمان و محکومان بی‌گناه، در کاهش حالت خطرناک در آنها - مبنی بر اخذ انتقام از جامعه و دستگاه عدالت کیفری - و پیشگیری از بزهکاری آنان در آینده اشاره نمود. زیرا بیان داشته‌اند: «اگر صد گناه‌کار و بزهکار بی‌کیفر بمانند، خیلی بهتر از آن است که یک بی‌گناه مجازات شود».^۱

یکی دیگر از آثار مترتب بر عملی‌سازی فرایند خسارت‌زدایی از متهمان و محکومان بی‌گناه را می‌توان در «پیشگیری از تکرار مجذبه‌دیدگی» از سوی آنان - که تحت تأثیر اقدامات غیرقانونی مقامات و مستخدمین قضایی دچار ضرر و زیان شده‌اند و یا تحت تأثیر اقدامات غیرقانونی اشخاص ثالث، بلا جهت درگیر فرایند دادرسی کیفری گردیدند - اشاره نمود. اینان به علت درگیر شدن بلاجهت در فرایند دادرسی، چه بسا مهارت‌های زندگی اجتماعی خود را ازدست داده و به جهت دریافت «برچسب منحرف و مجرم» از سوی اجتماع، افرادی منزوی و گوشه‌گیر شده و اعتماد به نفس خود را از دست داده باشند^۲ و در نتیجه، آماج و سیل مناسبی جهت ارتکاب بزه از ناحیه بزهکاران در آینده قرارگیرند. از این‌رو، یکی از راه‌های پیشگیری از تکرار بزه‌دیدگی^۳ این دسته از افراد، از گذر هشدار دادن به آنان نسبت به وضعیت و موقعیت خود و اتخاذ تدابیر و اندیشه‌هایی - در قالب فرایند خسارت‌زدایی از آنها - خواهد بود. دستگاه عدالت کیفری می‌تواند بواسطه پیش‌بینی دقیق و روشن فرایند خسارت‌زدایی از این دسته از افراد، پیوندهای اجتماعی اینان با جامعه - بخصوص جامعه محلی - را که ممکن است متزلزل یا از هم گسسته شده باشد، مجدداً مستحکم نموده تا با اعاده مجدد این دسته از افراد

1. Jain Tarun, Let Hundred Guilty Be Acquitted But One Should Not Be Convicted : Tracing The Origin And the Implications Of the Maxim, 2002, For details visit <http://ssrn.com/author=660701>.

۲. بنگرید به: حسینی، سیدمحمد، و نفیسه متولی‌زاده نائینی، بررسی نظریه برچسب‌زنی با نگاه به منابع اسلامی، فصلنامه حقوق، دوره ۴۲، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۱.

۳. در حالت اول، این دسته از افراد ممکن است حسب مورد «بزه‌دیده» و یا «زیان‌دیده» واقع شوند، لیکن در مجموع به این دسته از افراد، «بزه‌دیده قضایی» می‌گویند، هرچند کاربرد این اصطلاح کاملاً صحیح نخواهد بود.

به اجتماع و در نتیجه زندگی جمعی و گروهی با افراد، مهارت‌های زندگی اجتماعی خود را قوی‌تر نموده و از تجربیات و نصایح و ... دیگران بهره برده و عواملی را که منجر به بزه‌دیده واقع شدن آنها - هم از سوی دیگران و هم از سوی دستگاه عدالت کیفری - شده است برطرف نمایند.^۱

1. Gordon Dugon, et al, Benjamin N. Cardozo School of Law, Yeshiva University: Making up for lost time: What the Wrongfully Convicted Endure and How to Provide Fair Compensation, An Innocence Project Report, 2009. Available at: www.innocenceproject.org

نتیجه

با عنایت به اینکه یکی از اصول راهبردی سیاست جنایی ایران که در بند (۵) اصل ۱۵۶ قانون اساسی وارد و جزء وظایف قوه قضائیه نهاده شده است، اقدام مناسب در راستای پیشگیری از جرم می‌باشد و نیز چنانچه بپذیریم یکی از راهبردهای عملی در زمینه پیشگیری از جرم می‌تواند پیشگیری از ارتکاب جرم توسط مظنونان، متهمان و محکومان که بی‌گناهی و برائت آنها محرز گردیده است باشد، می‌توان معتقد بود که «ضرورت خسارت‌زدایی از متهمان و محکومان بی‌گناه» نیز به طور ضمنی بواسطه بند (۵) اصل ۱۵۶ ق.ا و به طور صریح در اصل ۱۷۱ ق.ا مورد توجه قرار گرفته است. لیکن تا پیش از تغییرات تقنینی سال ۱۳۹۲، متأسفانه در قوانین موضوعه داخلی، ترتیب لازم جهت اجرای اصل مزبور در نظر گرفته نشده بود و به طور کلی، از حیث وجود و یا تدوین آیین دادرسی خسارت‌زدایی از متهمان و محکومان بی‌گناه، حقوق ایران در فقر تقنینی قرار داشت. لذا، در راستای حرکت به سمت توسعه قضایی در کشور و نیز رعایت هر چه تمام‌تر اصول دادرسی منصفانه در کشور، ضروری بود که قانونگذار ایرانی با تصویب مقررات خاص در زمینه خسارت‌زدایی از متهمان و محکومان بی‌گناه که حاوی تبیین و تشریح نحوه دقیق خسارت‌زدایی و آیین دادرسی مرتبط با آن باشد و نیز با تأکید بر اجرای آن در رویه عملی محاکم و دستگاه قضایی، از طریق وضع آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌های لازم الاجرا، تضمین بیشتری در زمینه خسارت‌زدایی از احکام قضایی ناروا برقرار نماید.

همچنین، یکی دیگر از راهکارهایی که در مسیر اتخاذ سیاست جنایی مطلوب در قبال مسئله خسارت‌زدایی از قربانیان اشتباهات قضایی می‌توان ارائه نمود، ایجاد «بیمه مسئولیت مدنی مقامات قضایی» می‌باشد. با توجه به اینکه یکی از اقدامات مؤثر در راستای حصول به یک نظام دادرسی عادلانه، تسهیل فرایند جبران خسارت از قربانیان اشتباهات قضایی است و همچنین، از آنجا که بروز «اشتباهات در دادرسی» گاه امری شایع و اجتناب‌ناپذیر می‌باشد، به منظور تسریع در فرایند جبران خسارت از این دسته از شهروندان، امکان تحت پوشش بیمه قراردادادن مسئولیت مدنی مقامات قضایی یا دولت - حسب موارد و بر مبنای مفاد اصل ۱۷۱ قانون اساسی و مواد ۱۳ و ۴۸۶ ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲ و دیگر مواد قانونی مرتبط - امری است که می‌تواند مورد توجه دست‌اندرکاران سیاست‌جنایی کشور قرار گیرد و فرایند عملی جبران خسارت از «شهروندان ناکرده بزه، اما مظنون یا متهم یا محکوم» را تسهیل سازد.^۱

۱. ن.ک: شاملو، باقر، و مجید مرادی، بیمه مسئولیت مدنی مقامات قضایی به مثابه یکی از تضمینات دادرسی عادلانه، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۶، شماره ۷۷، بهار ۱۳۹۱؛ همچنین، بن‌گرد به: مرادی، مجید، خسارت‌زدایی از متهمان و محکومان بی‌گناه در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی، منبع پیشین، ص. ۱۸۷.

برای اینکه زمینه اجرایی اصل ۱۷۱ قانون اساسی به منته ظهور و بروز برسد، دولت و قوه قضائیه بایستی در قالب طرح و لایحه‌ای جامع و کامل، جزئیات اجرای اصل ۱۷۱ ق.ا را تعیین نمایند و به تصویب مجلس برسانند. در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ نیز که در راستای عملی‌سازی اصل ۱۷۱ قانون اساسی، در طی مواد (۲۵۵) تا (۲۶۱) به تبیین فرایند خسارت‌زدایی از بازداشت‌شدگان به اشتباه پرداخته است، شمول این مواد، اطلاق اصل ۱۷۱ ق.ا را در مقام خسارت‌زدایی از کلیه خسارات وارد به قربانیان اشتباهات قضایی در بر نمی‌گیرد و نیاز به بررسی بیشتر دارد.

در مجموع، هرچند راهکارها و راهبردهای مصرّحه در ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲ در خصوص خسارت‌زدایی از این دسته افراد، در مسیر هماهنگ شدن با اسناد حقوق بشری و منطبق با حقوق شهروندی پیش‌بینی گردیده‌اند، لیکن این راهبردها کافی نمی‌باشند. در مسیر عملی‌سازی فرایند خسارت‌زدایی مورد نظر این نوشتار، انجام پاره‌ای اصلاحات در حقوق موضوعه و قوانین اخیرالتصویب لازم و ضروری است. به گونه‌ای که تأسیس «کلینیک خسارت‌زدایی از متهمان و محکومان بی‌گناه» امری لازم و مفید خواهد بود. در پرتو تحلیل رویکرد اسناد بین‌المللی در ارتباط با فرایند خسارت‌زدایی از متهمان و محکومان بی‌گناه باید گفت که، با وجود اینکه اغلب اسناد مزبور در خصوص مسئله فوق‌الذکر برای دولت‌ها تعهد به جبران خسارت ایجاد نموده‌اند، لیکن هیچ‌یک به بیان راهکارهای عملی در راستای خسارت‌زدایی از افراد مزبور نپرداخته‌اند و صرفاً اصل خسارت‌زدایی از افراد مزبور را مورد توجه خود قرار داده‌اند.

در هر حال و علی‌رغم ایرادات و نقدهایی که بر قوانین مصوب وارد است، پیش‌بینی «فرایند عملی خسارت‌زدایی از قربانیان اشتباهات در دادرسی» می‌تواند به مثابه یکی از معیارهای رشد و توسعه قضایی در کشورمان ایران تلقی‌گردد؛ زیرا «دادرسی منصفانه» مهمترین ابزار کارآمد حمایتی از «حق حیات» و «کرامت انسانی» بوده^۱ و یکی از معیارهای ارزیابی عملکرد دولت‌ها از حیث رعایت قواعد «دادرسی منصفانه»، پیش‌بینی «فرایند خسارت‌زدایی از مظنونان، متهمان و محکومان بی‌گناه» است.

۱. مؤذن‌زادگان، حسنعلی، «حمایت دادرسی منصفانه از حق حیات اشخاص با تأکید بر کودکان و نوجوانان»، چکیده مقاله‌های نخستین همایش ملی حق حیات با تأکید بر حق حیات کودک، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، آذر ۱۳۸۸، ص. ۱۸.

منابع:

- آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، جلد ۶، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، سازمان چاپ و انتشارات، چاپ اول، ۱۳۸۷.
- آزمایش، سیدعلی، «تقریرات درس حقوق کیفری عمومی»، دوره کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، سال تحصیلی ۸۹-۱۳۸۸.
- آشوری، محمد، «حق متهم بی‌گناه به جبران خسارت ناشی از بازداشت موقت»، عدالت کیفری - مجموعه مقالات، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۶.
- _____، آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، تهران، انتشارات سمت، چاپ دوم، ۱۳۸۳.
- اصغری آقمشهدی، فخرالدین، و جواد قربانی دیسفانی، «مسئولیت مدنی قاضی در حقوق ایران»، پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی، سال دوم، شماره هفتم، زمستان ۱۳۸۶.
- بابایی، ایرج، «نقد اصل قابلیت جبران کلیه خسارات در حقوق مسئولیت مدنی ایران»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال هفتم، بهار، تابستان، پاییز، شماره ۱۵ و ۱۶، زمستان ۱۳۸۴.
- حسینی، سیدمحمد، و نفیسه متولی‌زاده نائینی، بررسی نظریه برچسب‌زنی با نگاه به منابع اسلامی، فصلنامه حقوق، دوره ۴۲، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۱.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۶۸.
- رایجیان اصلی، مهرداد، بزه‌دیده‌شناسی حمایتی، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۴.
- شاملو، باقر، و مجید مرادی، بیمه مسئولیت مدنی مقامات قضایی به مثابه یکی از تضمینات دادرسی عادلانه، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۶، شماره ۷۷، بهار ۱۳۹۱.
- _____، تحدید تضمینات دادرسی عادلانه در پرتو امنیت‌گرایی در جرم پولشویی، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و هفتم، شماره ۸۱، بهار ۱۳۹۲.
- طهماسبی، جواد، فرایند نظارت انتظامی بر رفتار قضات، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۵، شماره ۷۶، زمستان ۱۳۹۰.

- عباسلو، بختیار، «مسئولیت مدنی پلیس»، فصلنامه دانشکده حقوق - تحقیقات حقوقی آزاد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، پیش شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۸۶.

- مرادی، مجید، «خسارت زدایی از متهمان و محکومان بی گناه در حقوق ایران و اسناد بین المللی»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم شناسی، دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۸۹.

- _____، درج حکم برائت متهمان و محکومان بی گناه در جرایم، نشریه تعالی حقوق، سال سوم، شماره ۱۱، خرداد و تیر ۱۳۹۰.

- مرغوب، مهدیه، «بررسی اشتباه قضایی در دادرسی کیفری در حقوق ایران و انگلستان»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۱۳۸۶.

- معین، محمد، فرهنگ فارسی، ۶ جلد، جلد دوم، تهران، انتشارات آدنا، چاپ دوم، ۱۳۸۴.

- مؤذن زادگان، حسنعلی، «حمایت دادرسی منصفانه از حق حیات اشخاص با تأکید بر کودکان و نوجوانان»، چکیده مقاله های نخستین همایش ملی حق حیات با تأکید بر حق حیات کودک، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، آذر ۱۳۸۸.

- میرسعیدی، سید منصور، تقریرات درس حقوق کیفری عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی، سال تحصیلی ۸۹-۱۳۸۸.

- یوسفیان شوره دلی، بهنام، و لیلا رسولی آستانی، «نگرش تطبیقی به جبران خسارت وارد شده بر محکوم بی گناه؛ از نظر تا واقعیت»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۲، تابستان ۱۳۹۲.

- Gordon Dugon, and others, Benjamin N. Cardozo School of Law, Veshiva University: Making up for lost time: what the wrongfully convicted endure and how to provide fair compensation, an Innocence Project

Report, 2009. Available at: www.innocenceproject.org

- Jain Tarun, Let hundred guilty be acquitted but one should not be convicted : Tracing the origin and the implications of the maxim, For details, 2002, visit <http://ssrn.com/author=660701>.

— Stanley Z. Fisher ,”Convictions of Innocent Persons in Massachusetts: An Overview”, Boston University School of Law, Public Interest Law Journal, Vol. 12, 2002-03.

«خسارت‌زدایی از مظنونان متهمان و محکومان: بیگناه: جایگاه حقوقی، فرآیند عملی»



Right to Access To Food in Conflict from the Perspective of International Law

Changiz Esfandyari

Seyed Bagher Mirabbassi

Abstract

The right to food and freedom from hunger are fundamental human rights and under no circumstances even in the hostilities, can be suspended because any infringement upon the right to food can lead to death from starvation. This right has been identified in various international documents, regional and national level. There are national and international rules with regard to the role of food and delivering it to those in need, in an emergency, especially in internal and international armed conflicts. Using hunger, destroying properties or making them useless for life of civil population and preventing humanitarian aids in international hostilities are crimes of genocide, war crime and crimes against humanity. These crimes can be prosecuted in international bodies like ICC and U. N Security Council.

Keywords: Right to Food, Food Security, Duty to Respect, Duty to Protect, Duty to Fulfill.

Jurisdiction over Cyber Crimes

Goodarz Eftekhari Jahromi
Ebrahim Eslami

Abstract:

With the advent and development of information and communication technology, human life has undergone fundamental changes. Some human behaviors which have been traditionally criminalized in every society, today take place in the form of criminal ideas in a language specific to the computer systems or through online network. Thus there is a new world called cyberspace in which traditional boundaries have become meaningless. Perhaps some crimes against persons are planned and committed far from the residence of the victims or it is possible that ones' usual means of everyday life are used as criminal tool against him/her or others.

Today, cyber terrorism as an international crime has become the subject matter of controversies among international lawyers and the main question in this context is determining the courts' jurisdiction which in turn poses another question as to application of procedural law rules in this respect.

Traditional rules and principles regarding jurisdiction have been challenged by criminal acts which are committed through cyberspace. This paper seeks to provide an appropriate answer to the question that in the case of transnational cyber-crimes, how and to what extent courts of a given State may claim and exercise jurisdiction and on the other hand in the case of conflict of jurisdiction which rule or rules should apply to resolve such a conflict. Providing an appropriate answer to the question requires dwelling on international standards governing conflict of jurisdictions and studying practices of those states which are pioneers in combat against cyber-crimes.

Keywords: Cybercrime, Jurisdiction, Foreign Element, Competent Court, Conflict of Jurisdiction.

Comparative Study of Doctrine of Apparent Agency

Mansoor Amini

Mona Abdi

Abstract:

By development of commerce and increasing speed of commercial transactions, specialization of affairs, existence of increasingly varied needs, formation of legal entities, formation of universal economy and many other factors, direct actions by legal activities have been reduced. Such issues reinforce the importance and necessity of attention to agency institution.

Among the different types of agencies, apparent agency is one of the most important and common kinds and also the newest kind of agency which is a combination of two theory: theory of agency and theory of appearance.

According to a general principle of agency field, an unauthorized agent is not able to bind his principal to contract with third parties. Apparent agency is its exception. Despite being an exception, apparent agency has been accepted in two main legal systems – common law systems and civil law systems - and also in different countries regardless of level of development.

This theory has new applications that in our legal system have not been considered by legislators, judges, and legal scholars.

This article introduces these applications that have been used by countries specially in common law systems in recent years and also will introduce some model of legislation in relation to incorporating this theory into the civil law systems.

Keywords: Agency, Appearance, Legal System, Model of Legislation.

Possibility of Consideration of Organized Gangs as Armed Opposition Groups

Homayoun Habibi

Keiyvan Eghbali

Abstract

Organized gangs usually are considered as a threat for security of human societies. But today, rising of a new generation of organized gangs, is resulted in serious worries about birth of a new kind of rebels and consequently fear about creation of a serious threat for states sovereignty on behalf them. In fact, tendency of the new generation of gangs to control on the land of a government, the their high level of organization and using widespread violence by them, make such a similarity between these groups and rebel groups that some experts consider them as a new kind of rebels and acclaim that acts of governments against these kind of gangs must be seen as a non-international armed conflict. But The analysis show that there are important differences between new generation of gangs and opposed armed groups in relation to goals, structures and so each one of these phenomena must be considered as a different phenomena.

Keywords: Organized Gangs, Armed Opposition Groups, Non-international Armed Conflict, Control on the Land of a Government, High Level of Organization

**Competence of Parliament to Create the Supreme Councils
within the Executive
"Independence of Powers or Legislative Supremacy"**

Alireza Dabirniya

Abstract

The existence of numerous supreme councils in the Iranian legal system and their practical independence from the executive has raised ambiguities in the status and authority of these councils. So, studying them is important in constitutional and administrative law. Because the strict separation between the executive and legislative affairs has not been done in our legal system, establishment of the supreme councils by parliament can limit the authority of executive branch and increase the power of parliament. The supreme councils which established by parliament within the executive, cause an imbalance of powers between the legislative and executive. Any interference by each of the powers within the others may be considered as an undemocratic method.

The principle of "Incompetence" in public law does not allow any power to increase its competence without any stipulation in the constitution, otherwise any unauthorized power development considered as a violation of people's sovereignty.

Regardless of the lack of strict separation between legislative and executive powers in the legal system, there are some supreme councils with the higher authorities but are not considered as a part of executive power.

The supreme councils have features such as legal position, regulatory or policy actions, using some powers of ministers, dominance of appointed members on ministers and lack of effective supervision on their activities. In this situation, there is no supervision of the executive and legislative powers on the supreme councils' activities.

Keywords: Constitution, Supreme Council, Independence of Powers, Supervision.

Individuals Sanctions in public international law: sanctions on some Iranian nationals

Seyed Yaser Ziaee
Alireza Mohammadi Motlagh

Abstract

Sanction as a mechanism to force states to comply with their international obligation has been used since many years ago. Sanction is a kind of countermeasure which had been used against states before issuing on individuals. Emerging of international terrorism and rising criticisms about traditional sanctions caused to founding a new generation of sanctions which is called Smart sanction. In a form of smart sanction the nongovernmental actors, who are violating international norms, are sanctioned. A form of smart sanction is individual sanction, which has raised so many new debates. Although this kind of sanction is issued because of violating international norms by targeted people, it would be against international principles. Using of these sanctions indiscriminately and ignorantly for its aftermath is against of the doctrine of smart sanction. Listing some Iranian nationals due to their relation with Iran's nuclear program, ballistic missiles and violating human rights, would be contravention of international law and fundamental principles such as: immunity of state property, impunity of diplomats and councils, and obligation of host country due to headquarter agreements with international organizations, and some fundamental human rights such as: right to movement, right to ownership, right to access to fair preceding(right to justice). The internal and international preceding have marinated that violating this principles could be a cause to void of Security Council resolutions and to end multi and unilateral individual sanctions. Violating these principles could raise the claim of targeting state and international organization responsibility and pay damage to targeted people.

Keywords: International Sanction, Smart Sanction, Individual Sanction, Iranian Nationals.

**Developmental Pattern of Criminality from Addicted Mother to
Delinquent Child: The Necessity to
Adopt a Differential Criminal Policy**

Shadi Azimzadeh

Gelavizh Sheikholeslami

Abstract

The most fundamental social entity is the family and the most important beads of family is the mother. Living in the mother's body for 40 weeks introduces a period during which the effects occur more definitely and rapidly. Research has shown that mother's addiction makes an inevitable impact on newborn children who will be exposed to addiction and social abnormalities in future. This is counted as a warning for a society which is planned to civilize law abiding citizens. This research, aiming at preventing from the birth of addicted infants and protecting them separately, was conducted by descriptive method and tools to examine the case in view of criminological methods, in accordance with the presented theoretical plans and mechanisms to achieve applicable results in differential criminal policy and protection of children and adolescents.

Keywords: Addicted-born Infant, Early Victimization, Developmental Prevention, Differential Criminal Policy.

The Compensation of Innocent Suspect, Accused and Convicted; Legal Position, Practical Process

Bagher Shamloo

Majid Moradi

Abstract

There are some approaches in criminal law changes. The first is offense-oriented, and then offender-oriented and finally victim-oriented. Offender-oriented approach has concentrated on protection of accused's rights in the sight of fair trial and after securing these rights relatively has tended to victim-oriented approach.

Iranian criminal law system has also been affected by these approaches, but it considers victim's right before securing innocent suspended, accused and convict's rights properly. Following the weakness of Iranian legal system in enforcing content of article 171 of Constitution and article 58 of Islamic Penal Code of 1370, this study considers and criticizes the practical process of compensation of innocence suspended and accused and its effects in present and future criminal procedure system (Criminal Procedure Act, 1392 and The Islamic Penal Code of Iran, 1392). Changes in substantive and procedural law in 1392 caused some inconsistencies in the process of compensation of judicial victims which seems that article 30 of The Supervision on Judges' Manner has abolished.

Key Words :Innocent Suspended, Innocent Accused, Innocent Convicted, Compensation, Fair Trial, Miscarriage of Justice.

Contents

Right to Access To Food in Conflict from the Perspective of International Law.....	a
Changiz Esfandiyari / Seyed Bagher Mirabbassi	
Jurisdiction over Cyber Crimes.....	b
Goodarz Eftekhari Jahromi / Ebrahim Eslami	
Comparative Study of Doctrine of Apparent Agency	c
Mansoor Amini / Mona Abdi	
Possibility of Consideration of Organized Gangs as Armed Opposition Groups	d
Homayoun Habibi / Keiyyvan Eghbali	
Competence of Parliament to Create the Supreme Councils within the Executive"Independence of Powers or Legislative Supremacy"	e
Alireza Dabirniya	
Individuals Sanctions in Public International Law: Sanctions on Some Iranian Nationals	f
Seyed Yaser Ziaee / Alireza Mohammadi Motlagh	
Developmental Pattern of Criminality from Addicted Mother to Delinquent Child: The Necessity to Adopt a Differential Criminal Policy	g
Shadi Azimzadeh / Gelavizh Sheikholeslami	
The Compensation of Innocent Suspect, Accused and Convicted; Legal Position, Practical Process.....	h
Bagher Shamloo / Majid Moradi	

The Judiciary's

Law Journal

The 78th Year of Publication/ No.88/ 2015 Winter

Scientific – Research quarterly

Concessionary: The Judiciary

Director-in-charge: Alireza Amini

Editor-in-Chief: Hossein Mir Mohammad Sadeghi

Executive Director: Mehdi Sabouri Pour

Circulation: 4500

Price: 50000 R

Fax: 021-22091869

Web Site: www.JLJ.ir

E-mail: majaleh_hoghooghi@jpri.ir

The Editorial Board (in alphabetical Order):

Nejad Ali Almasi / Mohammad Ali Ardabili /

Mohammad Ashouri / Rabiaa Eskini / Mohammad

Javad Javid / Jafar Kousha / Sam Savad Koochi /

Ali Hossein Najafi Abrand Abadi
