

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيْمِ

مَحْلَهُ حُوْدَهْ دَادْغَهْ

سال هشتادم / شماره نود و چهارم / تابستان ۱۳۹۵

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

صاحب امتیاز: قوه قضاییه

مدیر مسئول: علیرضا امینی

سردیبیر: حسین میرمحمد صادقی

مدیر اجرایی: مهدی صبوری پور

اعضاء هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

محمد آشوری، محمدعلی اردبیلی، ریبیعا اسکینی، نجادعلی الماسی، محمدمجود جاوید

سام سوادکوهی فر، سیدمرتضی قاسمزاده، علی حسین نجفی ابرندآبادی

حروف چینی، صفحه‌بندی و چاپ: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه

قیمت: ۵۰۰۰۰ ریال

شمارگان: ۴۵۰۰

نشانی: تهران، بزرگراه شهید چمران، بزرگراه یادگار امام (ره)، بعد از خروجی اوین در که، پژوهشگاه قوه قضاییه، دفتر مجله حقوقی دادگستری

صندوق پستی: ۳۵۱۵ - ۱۱۱۵۵

تلفکس: ۰۲۱ - ۲۲۰۹۱۸۶۹

وب سایت: www.jlj.ir

نشانی پست الکترونیک: Majaleh_hoghooghi@jpri.ir

مسئولیت مطالب و مقالات مندرج در این فصلنامه بر عهده نویسنده‌گان 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، کد پستی، شماره تلفن و نامبر و نشانی پست الکترونیک.
 - ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسمی 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 بلا فاصله پس از ذکر اولیه 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 خانوادگی، نام، نام اثر، شماره چاپ، محل نشر، ناشر، سال چاپ و شماره صفحه.
 - ❖ در صورت تکرار بلا فاصله 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.

مجموّعه حقوقی

از نشریات
اداره فنی وزارت عدالت

دروس آموزشگاه‌های وزارت عدالت

مواد امتحانات مستخدمین فضای
بحث در موضوعات حقوقی

اصیمات محکم
من قوانین و تعلیمات سری
حقوق بیمه

هفته یکبار منتشر می‌شود

مخصوص مستخدمین عدله و دادطلبان خدمت قضائی

چهار شنبه ۱۳ مرداد ماه ۱۳۶۱

چایخانه «ابران» طهران

دروس آموزشگاه‌های وزارت عدله آموزشگاه قنائی

درس آقای دکتر شایگان

حقوق مدنی

یافتن است و عناصر تشکیل دهنده آنها هنوز اجتماع ننموده قانون جدیدی شرایط امور قضائی مزبور را تغییر میدهد مثلاً سهم‌الاثر را طور دیگر معین میکند یا مدت مرور زمان را کم یا زیاد مینماید.

حل این قبیل مسائل آسان بنظر میاید چون اصولاً هر قانون تازه بهتر از قانون سابق است و الا قانون سابق را تغییر نمیداند و بنا بر این قانون جدید باید حاکم بر امر یا عملی باشد که عناصر تشکیل دهنده آن بعد از تصویب قانون لاحق تکمیل میشود.

مع ذلك با تأمل مختصری میتوان دریافت که این قبیل امور و اعمال قضائی که در مدت میدیدی بازجام میرسد چون مراحل متعددی را طی میکند که از حيث اهمیت در یک وضع نیست نمیتوان در تمام مراحل یک حکم برای آنها قائل شد زیرا در بسیاری از موارد اعمال قانون سابق ترجیح دارد. از اینرو علمای علم حقوق قاعدة بدست داده‌اند که بوسیله آن حد قلمرو قانون سابق و لاحق معلوم شده و معین میگردد که اجراء قانون جدید در چه موردی باصل عطف بما سبق نشدن لطمہ وارد می‌آورد و در چه صورت باصل مزبور مخالفتی ندارد.

این قاعدة را قاعدة حقوق ثابتہ می‌گویند.
قاعده حقوق ثابتہ - خلاصه قاعدة حقوق ثابتہ اینست که اجراء قانون جدید یا بحقوق ثابتہ اشخاص که بر حسب قانون قدیم داشته‌اند لطمہ وارد می‌آورد یا فقط بحقوق احتمالی یعنی بانتظارات آنها، در موردی که اجراء قانون بحقوق ثابتہ اشخاص بر میخورد باید از اجراء قانون

درس ششم

پس از مقدماتی که راجع بقاعدة اثر نداشتن قانون در مقابل خود بیان نمودیم اکنون باید ببینیم آیا اجراء این قاعدة بجهة ترتیب صورت میگیرد.

در بعضی از موارد اجراء آن هیچ اشکالی ندارد- از این قبیل است امور و اعمال قضائی که یکمرتبه وقوع یافته و دفعه انجام می‌ذیرد. مثلاً در مورد شرایط صحت قرارداد یا پرداخت دین قانونی که باید در این موارد اجراء شود قانونی است که این اعمال قضائی در زمان سلطه آن انجام میگیرد و بنا بر این قبیل اعمال یا در تحت حکومت حکومت قانون سابق واقع می‌شود یا قانون لاحق.

ولی این قبیل قضایا نادر است و غالباً امور و اعمال قضائی فوراً انجام پذیر نیست باین ترتیب که یا عناصر تشکیل دهنده آن اعمال در طی مدت میدیدی بهم مبیینند و یا آثار مترتبه بر آنها در ضمن چندین سال ظاهر می‌شود و این امر ایجاد مشکلات متعدد میکند، مثلاً برای ا Rath بردن اجتماع عناصر مختلفه لازم است یعنی : اولاً باید با مورث قربات داشت ثانیاً بعد از مرگ او در حال حیات بود.

همچنین برای اینکه شخص بمدود زمان ملکی را مالک شود باید اولاً آن ملک را در تصرف داشته باشد ثانیاً از زمان تصرف او مدتی گذشته باشد. حال در ضمن اینکه امور قضائی فوق در طی انجام

<p>قانون مزبور حق وراث از حقوق احتمالی است یعنی فقط آنها انتظار دارند که چیزی را بارث برند و این انتظار حق ثابتی نیست باید قانون جدید را درباره آنها اجراء کرد. همینطور راجع بمور زمان اگر کسی ملکی را در تصرف دارد و مدت بمور زمان هم منقضی شده حق آن شخص نسبت به آن ملک از حقوق ثابتی است و بنابراین قانون تازه را نمیتوان نسبت باو اجراء نمود ولی اگر هنوز مدت بمور زمان منقضی نشده باشد البته حق او نسبت بملک از حقوق احتمالی است و بنابراین قانون جدید را درباره او اجراء میکنیم.</p>	<p>جدید خودداری کنیم زیرا در غیر اینصورت قانون را در مقابل خود اثر داده و بر خلاف قاعدة عطف بمسابق نشدن رفتار کردهایم ولی در مورد دوم یعنی در صورتیکه اجراء قانون جدید فقط حقوق احتمالی با انتظارات اشخاص بر میخورد قانون جدید را اجرا میکنیم و اینکار با قاعدة عطف بمسابق نشدن مخالفتی ندارد.</p> <p>برای توضیح بر گردیدم به مثال های سابق: قانونی راجع بتغییر سهم الارث وضع میشود، در زمان وضع این قانون مورث فوت شده است، در اینصورت حق وراث از حقوق ثابتی است و بنا براین نباید قانون تازه را در خصوص ترکه متوفی اجراء نمود ولی اگر قانون جدید قبل از فوت مورث وضع شده باشد چون در موقع وضع</p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

قانون مجازات عمومی

که نتیجه موجب اضرار کسی میشود بسیار و قانون بعضی از آنها را جرم دانسته بهمین دلیل نمیتوان بر کلیه این قبیل موارد در صورت سکوت قانون اطلاق جرم نمود.

دوره حاکمیت قانون مجازات
میدانیم هر قانونی برای یکمدت از عمر جامعه بشر قبل حکومت است ولی اگر از نظر خصوصی نگاه کنیم بعضی از قوانین لاقل بصورت ظاهر - دارای عمر درازی هستند باین معنی که برای مدت معینی وضع نشده اند بلکه مادام که از جانب قوه مقننه تغییر نیافته اند برای مدت غیر محدودی قبل اجرا و حاکم‌اند بر عکس بعضی قوانین هستند که عمرشان نسبة کوتاه و در خود قانون مدت حاکمیتشان معین و محدود است پس هر وقت که قانون بطور کلی و بدون ذکر مدت معینی در آن وضع شود جزء دستة اول بوده و تا روزی که قانون دیگری (ناسخ اولی) موقع اجرا گذارد نشود بر جامعه حکومت دارد معمولاً قوانین مهم و آنها که اصول روابط افراد جامعه را با یکدیگر معین میکند جزء ایندسته هستند.

در مقابل عده‌ای از قوانین هستند که در خود آنها مدت حاکمیتشان قید شده و بنا بر این اگر تاریخی که قانونگذار برای قابلیت اجرای آنها معین کرده بگذرد دیگر بر جامعه حکومت نخواهد داشت و این مسئله بالاختصار در قوانین جزائی بسیار مهم است چه آنکه ممکن است قانونگذار عملی را برای مدت معینی جرم بداند و مرتكبین قابل تعقیب جزائی باشند یا اگر فردای نسخ قانون همان عمل از جانب افراد انجام گردد جرم نخواهد بود و قابل مجازات نیست هم چنین است اگر در خود قانون مدتی برای آن معین نشده ولی قانون جدیدی

در اینجا بعضی از علماء حقوق جزائی سعی کرده‌اند فرض فوق را جرم دانسته و برای آن مجازات قائل شوند چه گویند سلب حیات نکردن از انسان - دزدی نکردن و بالاخره مرتكب هرامی که قانون مجازات آنرا جرم دانسته نشدن وظیفه هر فرد جامعه است و در صورت تخلف باید مجازات شود.

لکن اصل فوق دارای منطق قضائی نیست چه همانطور که یکی از ارکان اصلی جرم قصد ارتکاب است اثبات قصد مزبور در شخص که خود داری از انجام امری بشرط فوق میکند بینهایت مشغل است علاوه بر این چنانچه سابقاً دیدیم صرف قصد ارتکاب جرم نیست و مجازات ندارد و لذا شخص که فقط در دماغ خود فکر کند که مثلاً بشخص در حالت غرق کمک نکند صرف این قصد کافی برای مجرمیت او نیست و عمل و امر خارجی که موثر در وقوع جرمی باشد لازم است.

از طرف دیگر برای آنکه امتناع از انجام امری موجب مسئولیت جزائی شخص و ایجاد جرم کند باید یا قانون شخص مزبور را مسئول و مکلف بانجام امری کرده باشد یا خود داری از انجام امری را از جانب پاره از اشخاص جرم تشخیص دهد مثلاً در قانون ایران خود دارای اعلام ازدواج و ثبت یا نگاهداری اسلحه قاچاق جرم است.

در قانون پاره از ملل اقوام یا مسئولین حفظ و نگاهداری یا تربیت طفل اگر از غذا دادن باو یا تربیت و نگاهداریش خود داری یا غفلت کنند مجرم محسوب و مجازات میرسند.

پس بشرح فوق چون موارد امتناع از انجام عملی

<p>چیست؟ جواب این سؤال با اندک توجه بروابط اجتماعی بشر و لزوم تسهیل آن آشکار میگردد چه یکی از علل مهمه وضع قوانین برای ایجاد امنیت قضائی است علت دیگر روش ساختن وظایف و تکالیف افراد و حل و عقد اموری است که در بین آها ممکن است اتفاق افتاده عدم توجه بدان موجب اختلال روابط اجتماعی گردد باین طریق وضع قانون برای اینستکه افراد تجاوز به حقوق دیگران نکنند و اگر هم دیگران مزاحم حقوق آنها شنند از مجرای قانون حمایت شوند. از طرفی دیگر برای آنکه افراد جامعه وظایف خود را بدانند و تخطی بر حقوق دیگران نکنند باید قانونگذار حقوق و وظایف افراد را قبل از آنها معین کرده باشد این مسئله خاصه در امور جزائی بسیار مهم است چه هر فردی باید قبل از انجام چه عملی خلاف قانون و جرم است تا از انجام آن خودداری کند و بر عکس مدام که عملی یا امری بموجب قانون نمی نشده است افراد در انجام آن آزاد باشند- پس اگر قانونی بتاریخ مؤخر وضع و اعمالی را که قبل از روز اجراء آن مجاز بوده و جرم تشخیص دهد مخالفت کامل با نظم اجتماعی خواهد داشت چه امنیت قضائی متزلزل و افراد جامعه دیگر اطمینان ندارند که به هیچگونه اقدام و عملی دست بزنند و بدینطريق هیچکس در امان از کرده گذشته خود نبوده و همین مسئله موجب ونجه امور اجتماعی بالاًقل تزلزل آن خواهد بود. بهمین دلیل است که در کلیه قوانین رعایت اصل فوق میشود و قانونگذار حتی الامکان رعایت آنرا میکند مگر آنکه بشرطیکه دیدیم حاکمیت دادن بقانون برای پاره از اعمال گذشته از نظر حفظ همان نظم جامعه و مصالح اجتماعی باشد که آنهم بسیار نادر و در موارد استثنائی است پس علی الاصول قانون عطف بر ما سبق نمیشود در امور جزائی نیز این اصل از حیث اینکه قانون مجازات که بر ضرر متهم باشد رعایت و قانون مجازات ایران ماده ۶ ناظر بر همین امر است.</p>	<p>وضع گردد که بموجب آن عملیاتی که سابقاً جرم بود مجاز شوند که در اینمورد نیز رعایت دوره حاکمیت قانون باید مورد توجه قاضی قرار گیرد- البته شقوق فوق خیلی ساده و محتاج بتوضیح نیست- بر عکس بعضی شقوق دیگر در دوره حاکمیت قانون ممکن است پیش آید که بررسی و دقت در آن خالی از اهمیت نخواهد بود مثلاً قانون جدید بجای آنکه جرمی را بکلی نسخ کند مجازات آنرا تخفیف میدهد یا بر عکس تشدید میکند یا بکلی اعمالی را که سابقاً جرم نبوده اند بموجب قانون جدید جرم تشخیص داده و قابل مجازات بداند که هریک از این فروض بنو به خود تأثیر در حال و آینده خواهد داشت. برای آنکه بطور واضح تری در موارد فوق بحث کرده باشیم و نیز بتوانیم اصول کلی در رعایت فروض فوق بدست بدھیم بذکر دو اصل مهم که در قانون مجازات لازم الرعایته است میپردازیم:</p> <ul style="list-style-type: none"> ۱- قانون مجازات (ضرر متهم) عطف بر ماسبق نمیشود. ۲- اجراء و تفسیر قانون مجازات بنفع متهم باید بعمل آید. ۱- قانون مجازات (بر ضرر متهم) <p>عططف بر ماسبق نمیشود</p> <p>یکی از اصول مهمه در علم حقوق حاکمیت قانون برای آینده است پس با مروری که بین افراد جامعه واقع میشود قانون همان عصر قابل اجراست البته ممکن است استثنایاً و در موضع ضروری آنهم در صورتیکه نفع جامعه در خطر بوده و یکانه راه حفظ آن دادن حق حاکمیت بقانون در امور گذشته باشد ولی این امر استثنایی و یکی از نوادر است که قانونگذار حتی المقدور رعایت نموده و سعی میکند تکرار نشود خاصه در امور جزائی.</p> <p>حال بدبینیم اهمیت اصل فوق چه بوده و فلسفه اینکه قانون عطف بر ماسبق نمیشود (مخصوصاً در امور جزائی</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
چیش مقامات در این شماره براساس حرف نخست نام خانوادگی نویسنده مسئول می‌باشد.	
❖ حق بر فراموش شدن و چالش‌های پیش روی آن ۱۳	
رضا اسلامی / فریناز فیضی	
❖ صلاحیت رسیدگی به جرایم تزوریستی در قوانین ایران ۴۹	
مهدی اسماعیلی	
❖ اصل برابر سلاح‌ها در مرحله تحقیقات مقدماتی در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و اسناد بین‌المللی حقوق بشر ۷۱	
منوچهر توسلی‌نائینی / قدرت‌الله خسروشاهی / زهره نصراللهی	
❖ کیفرزدایی از جرایم کسب و کار ۹۵	
مجتبی جعفری	
❖ نقش دیوان عدالت اداری در صیانت از قانون اساسی ۱۱۷	
محمد جلالی / حمیده سعیدی‌روشن	
❖ نقش قوه مجریه در پیشگیری اجتماعی از جرم ۱۴۱	
عادل ساریخانی / مریم سلطانی بهلوی	
❖ ساختار شرکت‌های تأمین سرمایه و الزامات حقوقی حاکم بر آنها ۱۵۵	
همایون مافی / زینب فلاح نفتی	
❖ مطالعه تطبیقی حقوق شخص تحت نظر در نظام دادرسی کیفری ایران و آمریکا ۱۸۵	
غلامحسن کوشکی / سحر سهیل مقدم	
❖ بررسی آثار ترمیمی اجرای مراسم خون‌صلح؛ مطالعه موردی در استان کرمانشاه ۲۱۷	
بهزاد رضوی‌فرد / حسین مرادقلی / سیروس ضرغامی	
❖ قاعده تعیین مسئول جبران خسارت بر مبنای فعل زیان‌بار ۲۳۵	
علیرضا یزدانیان	

حق بر فراموش شدن و چالش‌های پیش روی آن

رضا اسلامی*

فریناز فیضی**

چکیده

مقاله حاضر نخست به مسأله اهمیت و تأثیر مثبت اینترنت در زندگی بشر امروز می‌پردازد و در عین حال تهدیدهایی که درنتیجه حذف نشدن داده‌های شخصی کاربران در این محیط می‌تواند متوجه آنها باشد را مورد بررسی قرار می‌دهد. این مقاله سپس مسأله امکان حذف داده‌های شخصی از اینترنت که از آن تحت عنوان حق بر فراموش شدن یاد می‌شود را مورد مطالعه قرار می‌دهد و استانداردهای اروپایی در ارتباط با حفاظت از داده‌ها و خودمختاری اطلاعاتی را بررسی می‌کند. مقاله حاضر در پی پاسخ به این سؤال است که کدام چالش‌های نظری و عملی پیش روی حق بر فراموش شدن در حوزه‌های مربوط به شناسایی این حق و نیز اجرای آن وجود دارد و ضمن تجزیه و تحلیل رابطه میان حق بر فراموش شدن و آزادی بیان، به عنوان یکی از اصلی‌ترین چالش‌های پیش روی این حق، پیشنهاداتی را به منظور حل تعارضات موجود میان این دو حق ارائه می‌دهد.

کلیدواژه‌ها: حق بر فراموش شدن، حفاظت از داده‌ها، حق حریم خصوصی، حق آزادی بیان، مقرره عمومی حفاظت از داده‌های اتحادیه اروپا.

someal@yahoo.com

farinazfz67@gmail.com

تاریخ پذیرش: ۹۴/۰۷/۰۸

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهری بهشتی (نویسنده مسئول)

** دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه تهران

تاریخ دریافت: ۹۳/۰۸/۱۰

مقدمه

پیدایش فناوری‌های نوین از جمله پدیدارهای اجتماعی است که واکنش حقوق را در پی دارد.^۱ با پیدایش فناوری‌های بشری، حقوق و تکالیف انسان‌ها در رقابت با یکدیگر قرار گرفته و همچنین چالش‌های متعددی در این رابطه شکل می‌گیرد. در اواخر قرن بیستم میلادی، ظهور حجم انبوهی از فناوری‌های نوین بحث‌های حقوقی گسترده‌ای را در سطوح ملی و بین‌المللی مطرح کرد. این فناوری‌ها در کنار کارکردهای مثبت و سازنده خود همواره تهدیدهایی را در پی داشته‌اند، به‌گونه‌ای که گاه بشر در مواجهه با آنها بی‌دفاع و آسیب‌پذیر به نظر می‌رسد.

امروزه مباحث گوناگونی پیرامون اینترنت، به عنوان یکی از بزرگ‌ترین دستاوردهای تمدن بشری شکل گرفته که مقوله حق بر فراموش شدن در فضای مجازی یکی از جدیدترین و بحث‌برانگیزترین آنها است. برخلاف هر محیط دیگری، فضای مجازی فضای غیرقابل لمس، غیرقابل شناسایی و نامحدود است که فاقد هرگونه خصیصه طبیعی شناخته شده می‌باشد^۲ و از این‌رو در کنار پیامدهای مثبت، معضلات نوظهوری را نیز به دنبال می‌آورد. در این راستا عمدۀ صاحب‌نظران حوزه حقوق بشر و اینترنت بر این باور هستند که اینترنت به اندازه نقاط قوت خود، نقاط ضعف نیز دارد.^۳ در حال حاضر بخش عمدۀ از اطلاعات مربوط به افراد در قالب حافظه‌های دیجیتال و نیز داده‌های شبکه، از جمله اینترنت ثبت و ضبط می‌شود که برای مدت زمانی نامعلوم و چه‌بسا برای همیشه قابل بازیابی و دسترسی خواهند بود. در چنین وضعیتی می‌توان گفت که اینترنت بیشتر از آنچه که افراد درباره خود به یاد آورند، درباره آنها می‌داند.^۴

در کنار حجم وسیعی از اطلاعات شخصی که توسط اشخاص وارد فضای اینترنت می‌شود، میزان قابل توجهی از اطلاعات درباره اشخاص نیز توسط سازمان‌های دولتی و خصوصی که به کار جمع‌آوری و ذخیره‌سازی اطلاعات در پایگاه‌های اطلاعاتی خود می‌پردازند، در فضای وب تهیه و منتشر می‌شوند.^۵ بخش عمدۀ پایگاه‌های اطلاعاتی برای

۱. حبیب‌زاده، طاهر، حقوق فناوری اطلاعات: مقدمه‌ای بر تجارت الکترونیک، جلد اول، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰، ص. ۱۴.

2. Rosenne, Shabti, *The Perplexities of Modern International Law, General Course of Public International Law*, Nijhoff, 2003, p. 349.

۳. هیک، استیون؛ اریک هوسکینز، حقوق بشر و اینترنت، ترجمه قاسم زمانی، انتشارات خرسنده، چاپ دوم، ۱۳۹۲، ص. ۲۸۰.

4. Mayer – Schonberger, Victor, Delete: The Virtue of Forgetting in The Digital Age, Princeton University Press, 2011, p.7.

۵. گزارشی که توسط نهاد حفاظت از داده‌های آلمان تهیه شده است، نشان می‌دهد که اطلاعات مربوط به یک شهروند معمولی آلمانی به طور متوسط در ۲۵۰ تا ۵۰۰ پایگاه اطلاعاتی وجود دارد و اطلاعات مربوط به شهروندانی که فعالیت‌های اجتماعی بیشتری دارند، حداقل در ۱۰۰۰ پایگاه اطلاعاتی ذخیره شده است.

مقاصد مربوط به سیاست عمومی مورد استفاده قرار می‌گیرند و وبسایت‌های مربوط به این پایگاهها نیز حاوی بخش قابل توجهی از اطلاعات مربوط به شهروندان هستند.^۱ آرشیوهای اینترنتی روزنامه‌ها اخبار و اطلاعات گسترده‌ای را در خصوص افرادی منعکس می‌کنند که به نحوی سوژه خبرها و آگهی‌ها بوده‌اند. این اطلاعات آرشیوی، گروه دیگری از اطلاعات خام مربوط به افراد را تشکیل می‌دهند که می‌توانند تا زمانی نامعلوم در فضای مجازی باقی بمانند و اشخاص ثالث را به سمت کسب اطلاع از گذشته افراد که به نوعی در این صفحات اینترنتی منعکس شده‌اند، هدایت کنند. وبسایت‌ها و ویلگ‌ها نیز می‌توانند به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم دربردارنده اطلاعات مربوط به افراد باشند.

در چنین اوضاع و احوالی پیش‌نویس مقرره عمومی حفاظت از داده‌ها برای اولین بار از حق بر فراموش شدن در اینترنت سخن گفته است. با این حال سابقه این حق به پیش از طرح این مفهوم در سند مذکور بازمی‌گردد. دستورالعمل حفاظت از داده‌های اتحادیه اروپا که در سال ۱۹۹۵ تصویب شد نیز به‌طور ضمنی دربردارنده این حق است. با وجود این، رد پای این حق را می‌توان پیش از طرح در این استناد در استناد ملی، منطقه‌ای و حتی جهانی مشاهده کرد. به هر حال، همه نشانه‌هایی که در استناد و دکترین حقوق بین‌الملل در خصوص طرح و بحث این حق مشاهده می‌شود را می‌توان مربوط به دورانی دانست که بشر با استفاده از فناوری‌های نوین به حافظه دقیق، دائمی و نسیان‌ناپذیر دست یافته است.

از زمان طرح مقوله حق بر فراموش شدن تردیدهایی در زمینه چالش‌های احتمالی که ممکن است در ارتباط با این حق وجود داشته باشد، مطرح شده است. از این‌رو پژوهش حاضر می‌کوشد به این سؤال اساسی پاسخ دهد که چه چالش‌ها و معضلاتی پیش روی نظام حقوقی طراحی شده برای حق بر فراموش شدن وجود دارد. به نظر می‌رسد که یکی از نگرانی‌هایی که به‌طور جدی در ارتباط با حق بر فراموش شدن وجود دارد، احتمال بروز چالش میان این حق با حق آزادی بیان است. از سوی دیگر با توجه به کاستی‌هایی که در نظام حقوقی طراحی شده برای حق بر فراموش شدن وجود دارد، تردیدهایی را می‌توان نسبت به قابلیت اجرای مؤثر این حق مطرح کرد. نوشتار حاضر می‌کوشد تا ضمن بررسی ماهیت، مفهوم و مبانی حق بر فراموش شدن، چالش‌های احتمالی پیش روی این حق را شناسایی کند و به برخی تردیدها در خصوص رابطه این حق با سایر حقوق بشری به‌طور اجمالی پاسخ دهد. شایان ذکر است که در نگارش مقاله حاضر از روش تحلیل حقوقی و محتوایی استفاده شده است.

1. Koops, Bert - Jaap, "Forgetting Footprints, Shunning Shadows: A Critical Analysis of the Right to be Forgotten in Big Data Practice", Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series, No. 8, 2012, pp.6 - 7.



۱. مفهوم و مبانی حق بر فراموش شدن

از نخستین ایام حضور بشر در کره خاکی، دو خصیصه فراموشی و بهخاطرسپاری همراه و ملازم وی بوده است. با وجود قدرت غیرقابل انکار ذهن بشر، حافظه ضعیف و سرشار از کاستی وی در جدالی همیشگی با فراموشی کوشیده است تا یادگارها و میراث گذشتگان را با استفاده از ابزارها و راهکارهای گوناگون، به نسل‌های بعد منتقل کند. در طول هزاران سال، فراموشی وضعیت اولیه حیات انسانی بوده و بهخاطرسپاری امری استثنایی، جزئی و مستلزم صرف تلاش و هزینه بسیار به شمار می‌رفته است. رهaward این نبرد مداوم، شکل‌گیری این تفکر در ذهن بشر بوده که از یک سو فراموشی ذاتاً امری نامطلوب و ناخواستنی است و از سوی دیگر بهخاطرسپاری فضیلتی سراپا منفعت و خیر می‌باشد.

در هر دوره تاریخی، انسان برای به خاطر سپردن هر آنچه که شایسته انتقال به آیندگان می‌دانست، اقدام به خارجی کردن اطلاعات می‌کرد و در این راستا به اقتضای زمان روش‌های گوناگونی را مورد استفاده قرار می‌داد. با این وجود کلیه روش‌هایی که بشر تا پیش از عصر دیجیتال برای خارجی‌سازی حافظه به کار می‌برد، نتوانستند وضعیت اولیه را تغییر دهند و همچنان فراموشی، اصل و وضعیت اولیه در حیات بشر بود و بهخاطرسپاری امری استثنائی به شمار می‌رفت.^۱

با ظهور و گسترش تدریجی فناوری‌های دیجیتال، دریچه‌های تازه‌ای به سوی بهره‌مندی بشر از حافظه‌ای بی‌نقص و کامل باز شد. در این برهه از تاریخ بشری برای نخستین بار بهخاطرسپاری، به جای فراموشی به وضعیت اولیه برای بشر مبدل شد و این روند با رشد و توسعه چشم‌گیر فناوری، تاکنون ادامه داشته است. در چنین شرایطی با توجه به آثار و پیامدهای بالقوه و بالفعل فراموش نشدن، تردیدهایی در خصوص مطلوبیت تاریخی آن در میان افراد و نیز جوامع انسانی پدید آمد. حافظه ابدی و فراموشی ناپذیر اینترنت، در کنار منافع و مزایای متعدد آن، می‌تواند این پدیده را به ابزاری انتقام‌جو، خطرناک و گاه تحقیرکننده برای کاربران تبدیل کند، چرا که حجم عظیمی از سوابق، خاطرات و اشتباهات گذشته، اظهارنظرها، عکس‌ها و ویدئوهایی را نگه می‌دارد که شاید دیگر مطلوب افرادی که آنها را به اشتراک گذاشته‌اند، نباشد. به لحاظ فنی وقتی داده‌ای وارد فضای اینترنت می‌شود، هدف اولیه‌ای که پشت انتشار آن

1. Mayer – Schonberger, Victor, “Useful Void: The Art Of Forgetting in the Age of Ubiquitous Computing”, Harvard University Faculty Research Working Paper Series, 2007, pp. 2 – 3.

داده وجود داشته است موضوعیت خود را از دست می‌دهد. با وقوع چنین وضعیتی، راه برای هرگونه استفاده و سوءاستفاده از داده‌ها، قطع نظر از علت و چگونگی انتشار اولیه آنها هموار می‌شود.

۱-۱. مفهوم و تعریف حق بر فراموش شدن

تا پیش از ارائه طرح پیشنهادی کمیسیون اروپا تحت عنوان «پیش‌نویس مقرره عمومی حفاظت از داده‌ها» در ژانویه ۲۰۱۲، عنوان حق بر فراموش شدن در متن هیچ سند قانونی ملی، منطقه‌ای یا بین‌المللی مورد اشاره قرار نگرفته بود. اما باید دقت داشت که از اواخر دهه نود میلادی وجود نیازهای اجتماعی، زمینه توجه دکترین به حق بر فراموش شدن و طرح صریح آن را فراهم آورد و این اتفاق خود پیش‌درآمد شناسایی مستقل این حق در سندی قانونی به شمار می‌رود.

در راستای تبیین مفهوم حق بر فراموش شدن، تعاریف گوناگونی توسط اندیشمندان حوزه حقوق بشر و اینترنت ارائه شده است. برخی از تعاریف ارائه شده از این حق به شرح ذیل است: حق افراد و سازمان‌ها بر کنترل و تعیین اینکه چه زمانی، چگونه و تا چه حدی اطلاعات مربوط به آنها در اختیار دیگران قرار گیرد و یا به آنها مخابره شود.^۱ حق فرد نسبت به اینکه از هرگونه استفاده از اطلاعات مربوط به خود که می‌تواند آثار نامطلوب و مضری برای اوی در پی داشته باشد، در امان باشد.^۲ حق کاربران فضای مجازی نسبت به کنترل و احتمالاً پاک کردن اطلاعات و داده‌هایی که از خود در اینترنت به جای گذاشته‌اند.^۳ حق اشخاص نسبت به مداخله در اطلاعات دیجیتال مربوط به خود که توسط کنندگان داده‌ها ذخیره شده‌اند.^۴ حق اشخاص و سازمان‌ها نسبت به درخواست پاک شدن اطلاعات مربوط به آنها، وقتی که آن اطلاعات دیگر برای مقصودی که جمع‌آوری شده‌اند، لازم نباشد^۵ و نهایتاً حق اشخاص نسبت به درخواست اینکه اطلاعات خاص مربوط به آنها پاک شوند تا اشخاص ثالث دیگر قادر به شناسایی و ردیابی

1. McNealy, Jasmine, "The Emerging Conflict Between Newsworthiness and the Right to be Forgotten", Northern Kentucky Law Review, Vol. 39, 2012, p. 121.
2. Murata, Kiyoshi; and Yohki Orito, "The Right to Forget/be Forgotten", Ethics in Interdisciplinary and Intercultural Relations, 2011, p. 192.
3. Werro, Franz, "The Right to Inform V. The Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash", Georgetown University Research Paper No. 2, 2009, p. 285.
4. Korenhof, Paulan, "Forgetting Bits and Pieces: An Exploration of the Right to be Forgotten in Online Memory Process", Tilburg Institute for Law and Technology Working Paper Series, No.4, 2013, p. 6.
5. Lagone, Laura, "The Right to be Forgotten: A Comparative Analysis", Fordham University Working Paper Series, 2012, p. 5.

آنها در فضای مجازی نباشند.^۱ ویژگی مشترک همه تعاریف ارائه شده از حق بر فراموش شدن این است که مطابق همه آنها شخص حق دارد با تمهید اقداماتی پیشگیرانه اطلاعات مربوط به خود را که در فضای مجازی منتشر شده‌اند، اصلاح و حذف کند.

در کنار توجهاتی که دکترین نسبت به حق بر فراموش شدن داشته، در اسناد قانونی نیز به طور مستقیم و غیرمستقیم به این حق اشاره شده است. مطابق دستورالعمل حفاظت از داده‌های اتحادیه اروپا (۱۹۹۵) «داده‌های شخصی باید به گونه‌ای نگهداری شوند که شناسایی شخص موضوع داده‌ها برای مدتی بیش از آنچه که برای هدف جمع‌آوری یا پردازش داده‌ها ضروری است، اجازه داده نشود.»^۲ همچنین در ادامه به این نکته اشاره می‌شود که «داده‌هایی که در ارتباط با اهدافی که برای آنها جمع‌آوری شده‌اند یا مورد پردازش قرار دارند، نادرست یا ناقص هستند باید حذف یا اصلاح شوند.»^۳ این بخش از دستورالعمل حفاظت از داده‌ها بدون اشاره صریح به عنوان حق بر فراموش شدن، وضعیتی را مورد شناسایی قرار داده که تا حدودی قابل انطباق با مفهوم حق بر فراموش شدن و تعاریف ارائه شده از آن در دکترین است.

مقرره عمومی حفاظت از داده‌ها (۲۰۱۲) که در صورت تصویب توسط کمیسیون اروپا، جایگزین دستورالعمل فوق خواهد شد، در ماده ۱۷ ضوابط نسبتاً مفصلی برای حق بر فراموش شدن پیش‌بینی کرده است. به موجب این ماده، فرد موضوع داده‌ها حق دارد از کنترل کننده داده‌ها، پاک شدن و خودداری از انتشار بیشتر داده‌های شخصی مربوط به خود را درخواست کند. این ماده در ادامه شرایطی را برای اعمال این حق بیان کرده است که از جمله می‌توان به موارد زیر اشاره کرد: داده‌های شخصی در ارتباط با مقصودی که برای آن جمع‌آوری شده‌اند لازم و ضروری نباشد، موضوع داده‌ها از رضایتی که مبنای پردازش است عدول کرده، یا مدت زمانی که وی برای آن مدت نسبت به پردازش داده‌ها رضایت داده است منقضی شده باشد.^۴ دیگر هیچ دلیل قانونی

1. Mitrou, Lilian; and Maria Karyada, “EU’s Data Protection Reform and the Right to be Forgotten”, 5th International Conference of Information Law and Ethics, 2012, p. 8.

2. ماده 6.1(e)

3. ماده 6.1(d)

4. این امکان اگرچه در نگاه اول مثبت و مفید به نظر می‌رسد، ولی در عمل کارایی چندانی ندارد، زیرا عدول فرد موضوع داده‌ها از رضایتی که نسبت به پردازش داده‌های مربوط به خود ابراز کرده است، بر مشروعیت پردازش صورت‌گرفته قبل از عدول از رضایت تأثیری نمی‌گذارد. در تأیید این نکته، کارگروه ماده ۲۹ در نظریه خود در خصوص مفهوم رضایت بر این عقیده است که امکان ذخیره داده‌های جمع‌آوری شده توسط کنترل کننده حتی بعد از عدول موضوع داده‌ها از رضایت خود نسبت به پردازش داده‌ها وجود دارد. این در حالی است که برای مؤثر بودن حق بر فراموش شدن، لازم است که داده‌ها به‌طور کامل پاک شوند.

برای پردازش وجود نداشته باشد، موضوع داده‌ها مطابق مقررات پیش‌نویس نسبت به پردازش داده‌ها اعتراض کرده باشد و در نهایت اینکه پردازش داده‌ها بنا بر دلایل دیگر منطبق با مقررات پیش‌نویس مورد بحث نباشد.

علی‌رغم تلاش‌هایی که دکترین و اسناد حقوقی برای ارائه تعریفی دقیق و جامع از کلیه عناصر و فروض حق بر فراموش شدن انجام داده‌اند، همچنان خلاهایی در تعاریف ارائه شده به چشم می‌خورد و چارچوب‌های حقوقی ارائه شده برای این حق از کاستی‌هایی برخوردار است.

۱-۲. رویکردهای موجود در خصوص حق بر فراموش شدن

در راستای تبیین مفهوم حق بر فراموش شدن، به‌طور کلی می‌توان سه رویکرد مختلف را بر شمرد. نخستین رویکرد که مطابق آن از حق بر فراموش شدن به‌عنوان «حق بر حذف اطلاعات مربوط به افراد پس از گذشت مدت زمانی معین» تعبیر می‌شود، متضمن آن است که فرد باید این حق را داشته باشد تا از سایر اشخاص و سازمان‌هایی که اطلاعات مربوط به وی را در اختیار دارند، درخواست حذف آن اطلاعات را بنماید. به عبارت دیگر فرد حق دارد که از توانایی کنترل سوابق خود برخوردار باشد و در صورت لزوم از آنها فرار کند.^۱

در کنار رویکرد اول، تعبیر دیگری نیز وجود دارد که از آن تحت عنوان «لوح پاک» یاد می‌شود. این رویکرد بیش از هرچیز بر تمایل اشخاص به غیرقابل استناد بودن اطلاعات قدیمی علیه آنها تأکید دارد. به‌طور کلی این برداشت از حق بر فراموش شدن محدودتر از برداشت غالب است و به این دلیل که داخل در حوزه حقوق حفاظت از داده‌ها قابل طبقه‌بندی است، می‌توان برداشت اخیر را خاص و مفهوم اول را عام تلقی کرد. موضوع برداشت اول از حق بر فراموش شدن، پاک کردن داده‌ها است ولی موضوع برداشت موسوم به لوح پاک، مسدود و درنتیجه محدود کردن دسترسی دیگران به داده‌ها می‌باشد. با تأکید بر این مفهوم از حق بر فراموش شدن، برخی از نویسنده‌گان از قانون‌گذاران و سیاست‌گذاران دعوت کرده‌اند تا در هنگام وضع مقررات و سیاست‌های اداری، به ارزش اجتماعی فراموش شدن توجه کنند.^۲

برداشت سوم از حق بر فراموش شدن بیشتر از خصیصه روان‌شناختی برخوردار است و احتمالاً تأکید اصلی آن بر «حق بر فراموش کردن»^۳ است تا حق بر فراموش

1. Conley, Chris, "The Right to Delete", AAAI Spring Symposium Series, 2012, p. 58.

2. Blanchette, Jean - francios; and Deborah Johnson, "Data Retention and the Panoptic Society: The Social Benefits of Forgetfulness", The Information Society, No. 45, 2002, p. 42.

3. Right to Forget



شدن. این مفهوم از حق بر فراموش شدن را در معنایی وسیع می‌توان به عنوان حق افراد بر آزادانه سخن گفتن و نوشتمن، بدون ترس از اینکه شخصیت وی در آنچه امروز می‌گوید و می‌نویسد تثبیت شود، تعییر کرد. در واقع این برداشت در بردارنده مفهوم آزادی بیان و امکان امروز نوشتمن و فردا تغییر دیدگاه دادن، می‌باشد. به نظر می‌رسد که علی‌رغم مفید بودن این برداشت از حق بر فراموش شدن، این حق در مفهوم حاضر فاقد خصیصه حقوقی است و بیشتر می‌توان آن را یک منفعت یا ارزش به شمار آورد. این برداشت از حق بر فراموش شدن می‌تواند منبع الهامی برای قانون‌گذاران و سیاست‌گذاران باشد که در هنگام اتخاذ تصمیم در خصوص زیربنایی قانونی جمع‌آوری، پردازش و ذخیره داده‌ها اهمیت و ضرورت فراموش شدن در فضای مجازی را در نظر داشته باشد.

۱-۳. مبانی حق بر فراموش شدن

به طور کلی می‌توان گفت که مهم‌ترین مبانی حقوقی حق بر فراموش شدن، حمایت از حق حریم خصوصی است. حریم خصوصی که از آن به عنوان «حق برخورداری از یک چارچوب محافظت شده امن و خالی از اغیار که در این چارچوب، فرد از یک نوع خودمختاری شخصی برخوردار باشد» یاد می‌شود،^۱ مفهومی سیال است که امروزه زمینه‌های گوناگونی از جمله آزادی وجود و اندیشه، کنترل بر جسم، خلوت و تنها‌یابی، حمایت از حیثیت و اعتبار خود و حمایت در برابر تفتیش‌ها و تجسس‌ها را در بر می‌گیرد^۲ و از این‌رو می‌توان دامنه شمول آن را به حفاظت از داده‌های شخصی افراد در دنیای دیجیتال و بهویژه فضای اینترنت گسترش داد.

مسئله حریم خصوصی در اینترنت و صیانت از آن در این محیط در سال‌های اخیر به یکی از بحث برانگیزترین موضوعات حوزه فناوری اطلاعات تبدیل شده و توجه گسترهای را به سمت خود جلب کرده است.^۳ تا پیش از عصر فناوری و وقوع انقلاب در عرصه فناوری اطلاعات، اعمالی همچون ورود غیرمجاز به مسکن افراد، بازرسی غیرقانونی نامه‌ها و ضبط مکالمات تلفنی، مصادیق بارزی از نقض حریم خصوصی به شمار می‌رفتند، اما با ورود بشر به عصر انفورماتیک، به تدریج مسائل و مشکلات جدیدی در ارتباط با حریم خصوصی اشخاص مطرح شد. با توجه به اینکه امروزه ذخیره اطلاعات و قرار دادن آنها در دسترس عموم به مراتب ساده‌تر و ارزان‌تر از هر زمان دیگری صورت می‌گیرد،

۱. موسی‌زاده، ابراهیم؛ و فهیم مصطفی‌زاده، «نگاهی به مفهوم و مبانی حق بر حریم خصوصی در نظام حقوقی عرفی»، دانش حقوق عمومی، شماره ۲، ۱۳۹۱، ص. ۵۷.

۲. انصاری، باقر، حقوق ارتباطات جمی، انتشارات سمت، ۱۳۸۶، ص. ۲۱۳.

۳. اللسان، مصطفی، حقوق فضای مجازی، نشر شهردانش، ۱۳۹۳، ص. ۱۹۲.

تأکید اندیشمندان و فعالان حوزه حقوق بشر و اینترنت نیز سازمان‌های مرتبط بر اهمیت و ضرورت حمایت از حریم خصوصی کاربران در اینترنت رو به فزونی است.^۱

اینترنت چالش‌های جدیدی را در ارتباط با حمایت از حریم خصوصی مطرح کرده است؛ از یک سو اینترنت زمینه را برای جمع‌آوری و ذخیره نامحدود اطلاعات شخصی فراهم می‌آورد و از این طریق تا زمانی نامعلوم اطلاعات مربوط به حوزه خصوصی افراد را در دسترس قرار می‌دهد،^۲ از سوی دیگر امکان مکان‌یابی کاربران با استفاده از شماره سریال‌های منحصر به فرد دستگاه‌هایی که برای اتصال به اینترنت مورد استفاده قرار می‌گیرند، چالشی مهم برای حریم خصوصی کاربران به وجود آورده است. اینترنت همچنین فرصت‌های جدیدی برای استفاده تجاری از داده‌ها را فراهم می‌آورد. مطابق مدل تجاری بسیاری از شرکت‌های فعال در حوزه اینترنت که خدمات رایگان به کاربران ارائه می‌دهند، داده‌های اشخاص و نیز عملکرد آنها در اینترنت برای استفاده در مقاصد تجاری رصد و ارزیابی می‌شود که این کار می‌تواند تهدیدهایی برای حریم خصوصی کاربران در پی داشته باشد. با این اوصاف می‌توان گفت که بسط و گسترش این فناوری زمینه را برای افزایش امکان نفوذ هرچه بیشتر به حریم خصوصی اطلاعات افراد، فراهم آورده است.^۳

اگر چه استناد حقوق بشری بین‌المللی و منطقه‌ای که پیش از این مورد اشاره قرار گرفتند، اشاره‌ای به حفاظت از حریم خصوص افراد در محیط اینترنت ندارند، ولی از اشاره کلی این استناد به حفاظت از حریم خصوصی می‌توان این حق را به محیط مجازی نیز تسربی داد. چنان که پیش‌تر نیز اشاره شد، دامنه شمول حق حریم خصوصی را می‌توان به حفاظت از داده‌های شخصی افراد در دنیای دیجیتال و بهویژه فضای اینترنت گسترش داد. کمیته حقوق بشر در نظریه عمومی خود در خصوص ماده ۱۷ ميثاق حقوق مدنی و سیاسی به این نکته اشاره می‌کند که حق حریم خصوصی ناظر بر حمایت در برابر کلیه اشکال مداخله در زندگی خصوصی، خانوادگی و مکاتبات افراد می‌باشد.^۴ از این بیان عام می‌توان شناسایی حق حریم خصوصی در اینترنت را برداشت کرد.

1. Thierer, Adam, "The Pursuit of Privacy in the World Where Information Control is Failing", Harvard Journal of Law and Public Policy, Vol. 36, No. 2, 2013, p. 410.

2. Mandel, Toby; et al, Global Survey on Internet Privacy and Freedom of Expression, UNESCO Series on Internet Freedom, 2012, p. 7.

3. پورقهرمانی، بابک؛ و علی صابری‌زاد، حریم خصوصی در فضای سایبر از منظر حقوق بین‌الملل، انتشارات مجد، ۱۳۹۴، ص. ۶۶.

4. United Nations Human Rights Committee, General Comment No. 6: The Right to Respect of Privacy Family, Home and Correspondence and Protection of Honor and Reputation, 1988, para. 1.



باقی ماندن ردهای افراد در فضای اینترنت که ناشی از عملکرد آنها در فضای مجازی از جمله جستجو و بازدید از سایتها، به اشتراک گذاشتن فایل‌ها، خریدهای اینترنتی و نیز گفتار و اظهارنظرها می‌باشد، موجب می‌شود که افراد در هر زمان نگاههایی را ناظر بر رفتار و گفتار خود احساس کنند. در چنین وضعیتی فرد بی‌وقفه نگران پیامدها و بازخوردهای عملکرد خود در این فضای می‌انتهای خواهد بود و از این‌رو چنان‌که گویی در ساختار «سراسریین»^۱ گفتار شده باشد، همواره از ناظرانی نامرئی که از حضور یا عدم حضور آنها بی‌اطلاع است، در هراس قرار خواهد داشت.^۲

میشل فوکو به عنوان یکی از متفسکرانی که به ساختار سراسریین طراحی شده توسط بنتام علاقه نشان داده است، فraigیرترین اثر ساختار سراسریین را «القای و ضعیت هوشیاری و پیوسته در معرض دید بودن»^۳ در فرد می‌داند. به زعم وی، سلوهای زندان سراسریین را می‌توان به اتفاق یا صحنه کوچک تئاتری تشییه کرد که فرد در آن به مثابه یک بازیگر در هر لحظه قابل مشاهده است. این ساختار فضا را به گونه‌ای سازماندهی می‌کند که همه چیز در هر لحظه و بدون توقف قابل شناسایی و رویت باشد.^۴ علی‌رغم تلاش‌های بنتام، ساختار سراسریین مورد نظر وی عملاً هرگز ساخته نشد. اما به نظر می‌رسد سراسریین را می‌توان با تمایل رو به فزونی تسبت به نظارت گسترده‌بر افراد در عصر ارتباطات مرتبط دانست.^۵ امروزه ساختاری مشابه سراسریین، در دنیای دیجیتال و به‌طور خاص در فضای اینترنت شکل گرفته است. این فناوری حیرت‌آور با ساختاری که کوچک‌ترین رفتار و واکنش کاربران در آن رصد می‌شود، سراسریینی بی‌انتها را به وجود آورده است که بر خلاف سراسریین پیشنهادی بنتام که در آن رفتارها در لحظه مشاهده می‌شد، فاقد هرگونه محدودیت زمانی است و عملکرد کاربر در هر ثانیه ضبط و ذخیره می‌شود.

1. Panopticon

۲. اصطلاح ساختار سراسریین را برای نخستین بار جرمی بنتام (Jeremy Bentham) فیلسوف و نظریه‌پرداز اجتماعی انگلیسی به کار برد. وی در سال ۱۷۹۱ می‌ادرست به ارائه طرحی برای زندانی به نام سراسریین (پان اوپتیکن) کرد و در توضیح آن از ساختمانی سخن گفت که ساختاری دایره‌وار دارد و از اتفاق‌هایی در پیامون و برجی در مرکز تشکیل شده است. برج مرکزی ساختار مذکور دارای پنجره‌های عریض و مشرف به اتفاق‌هایی می‌باشد که از دو طرف به‌وسیله دیوارهای مسدود شده‌اند و پنجره‌های بزرگ این سلوهای میدان مرکزی که برج در آن قرار دارد، باز می‌شوند. از این‌رو ساکنان سلوهای میدان مرکزی نظر نگهبانانی که در برج مرکزی مستقر هستند، قرار دارند. این نظارت شبانه‌روزی بر ساکنان سلوهای میدان مرکزی می‌گیرد که آنها قادر به دیدن نگهبانان حاضر در برج مرکزی نیستند و بنابراین هرگز نمی‌توانند مطمئن باشند که در هر لحظه تحت نظارت هستند یا خیر.

(Bozovic, Miran, Jeremy Bentham and the Panopticon Writings, Verso, 1995, p.31)

3. Foucault, Michel, Surveillett et Punir: Naissance de la Prison, Gallimard, 1975, p. 201.

4. Ibid, p. 202.

5. Gandy, Oscar, The Panoptic Sort: A Political Economy of Personal Information, Westview, 1993, p. 27.

زمانی که فرد در دنیای مجازی خود را در چنین ساختاری احساس کند، دیگر سخن گفتن از حریم خصوصی امری دشوار خواهد بود. فردی که هر لحظه نظارت ناظرانی ناشناس را بر رفتار و عملکرد خود احساس کند، به سهولت در ورطه خودسازی گرفتار می‌شود و بدین‌سان نه تنها حریم خصوصی، بلکه آزادی بیان و عمل وی نیز به طور جدی به خطر می‌افتد. به عبارت دیگر آینده و آنچه به خاطر سپرده می‌شود، تأثیری فلک‌کننده بر عملکرد امروز فرد باقی می‌گذارد. اگر فرد مدام با این نگرانی دست به گریبان باشد که اطلاعات مربوط به وی مرتبأً توسط کنترل کنندگان پردازش می‌شوند و برای زمانی بیش از آنچه که وی مایل است در معرض دید همگان باقی می‌مانند، از رفتار آزادانه در فضای مجازی بازداشت می‌شود و از بیان و به اشتراک گذاشتن دیدگاه‌های خود و هر آنچه تصویری از خود واقعی وی را نمایش می‌دهد، در محیط اینترنت خودداری می‌کند. از این‌رو به نظر می‌رسد که ضرورت حفاظت از حق حریم خصوصی افراد در محیط اینترنت ایجاب می‌کند که از کاربر در برابر گرفتار شدن در سراسری‌بینی مجازی حمایت شود، به عبارت دیگر حمایت از حق بر فراموش شدن در راستای حمایت از حق حریم خصوصی قرار دارد.

مبانی حقوقی دیگری که می‌توان برای حق بر فراموش شدن بر شمرد، حمایت از حق حفاظت از داده‌ها است. اگرچه در نگاه اول به نظر می‌رسد که این مسأله محصول میانه‌های قرن بیستم باشد، ولی شواهدی دال بر حفاظت از اطلاعات شخصی مربوط به افراد و در واقع حریم خصوصی اطلاعاتی افراد را می‌توان در ادبیات حقوقی اواخر قرن نوزدهم نیز مشاهده کرد. «وارن» و «برندیس» در مقاله‌ای که تحت عنوان حق حریم خصوصی در نشریه مطالعات حقوقی هاروارد در سال ۱۸۹۰ به چاپ رسانده‌اند، به اهمیت حفاظت از حریم خصوصی افراد در برابر نوآوری‌های فناوری اشاره کرده‌اند. تمرکز این مقاله عمدها بر تصاویری است که در روزنامه‌ها از افراد منتشر می‌شند و بیشترین انتقاد را به تصاویری وارد می‌آورد که بدون اطلاع و رضایت سوژه، گرفته می‌شوند. نویسنده‌اند، نویسنده‌اند که این مقاله مذکور بر این باور هستند که این مسأله نه تنها تهدیدی برای زندگی خصوصی افراد به شمار می‌رود، بلکه اخلاق جامعه را نیز هدف قرار می‌دهد.^۱

برخی از نویسنده‌اند که حق بر فراموش شدن را نشات گرفته از ضرورت حمایت از حق حفاظت از داده‌ها قلمداد می‌کنند،^۲ در اثبات ادعای خود به انطباق تعاریف و

1. Warren, Samuel; and Louis Brandis, "The Right to Privacy", Harvard Law Review, No.4, 1890, p. 193.

2. Flaherty, David, Protecting Privacy in Surveillance Society: The Federal Republic of Germany, Sweden, France, Canada and United states, University of North Carolina Press, 1989, p. 47.



اجزای معرفی شده از حق بر فراموش شدن با برخی از اصول شناخته شده حفاظت از داده ها که در دستورالعمل مصوب ۱۹۸۰ سازمان همکاری های اقتصادی و توسعه درج شده اند، اشاره می کنند. اصل محدودیت داده ها، نخستین اصل از اصول حفاظت از داده ها است که با چارچوب های ارائه شده برای حق بر فراموش شدن انطباق دارد. این اصل بر این نکته تأکید می کند که وجود محدودیت برای جمع آوری داده ها امری ضروری است و هر داده شخصی باید به شکلی قانونی و با وسائل مجاز و عادلانه، و با آگاهی و رضایت موضوع داده ها جمع آوری شده باشد. اصل دیگری که در توجیه مبنای حق بر فراموش شدن کارایی دارد، اصل کیفیت داده ها است. مطابق این اصل داده های شخصی باید با هدفی که در راستای آن مورد استفاده قرار گیرند، مربوط باشند و تا حدی که برای آن هدف ضروری است، درست، کامل و به روز باشند.

سومین اصل حفاظت از داده ها در ارتباط با حق بر فراموش شدن، اصل تعیین هدف است. براساس این اصل اهدافی که داده ها در راستای دستیابی به آنها جمع آوری می شوند باید در همان زمان جمع آوری معین باشند و استفاده بعدی از آنها محدود به تأمین اهداف اولیه است. استفاده از داده های جمع آوری شده در جهت اهدافی غیر از اهداف مقرر در زمان جمع آوری تنها در صورتی ممکن است که آن اهداف ژانویه مغایرتی با هدف اولیه نداشته باشند یا از ابتدا امکان تغییر هدف پذیرفته شده باشد. آخرین اصل حفاظت از داده ها که می تواند توجیه کننده مبنای حق بر فراموش شدن باشد، اصل محدودیت استفاده است. مطابق این اصل، داده های شخصی باید به هر طریقی برای اهدافی غیر از آنچه که مطابق اصل تعیین هدف پذیرفته شده است، منتشر شوند، در دسترس قرار گیرند یا استفاده شوند؛ مگر با رضایت فرد موضوع داده ها یا با مجوز قانون.

در کنار دو مبنای حقوقی که در فوق برای حق بر فراموش شدن معرفی شدند، خودمختاری اطلاعاتی نیز می تواند به عنوان مبنای دیگر برای این حق نوظهور شناخته شود. مطالعات معاصر در ارتباط با حفاظت از داده ها تا حد زیادی به مقوله ای تحت عنوان «خودمختاری اطلاعاتی»^۱ تزدیک شده است. خودمختاری اطلاعاتی به عنوان اصل بنیادین مقررات حفاظت از داده ها ریشه مستقیم خود را در دو حق بنیادین می یابد: نخست حق فرد نسبت به اینکه شأن و منزلت انسانی وی مورد حمایت قرار گیرد و دیگری حق فرد نسبت به شکوفایی و رشد شخصیت انسانی.^۲ این مفهوم

1. Informational self - determination.

۲- Development - Self: مفهوم شکوفایی و رشد شخصیت انسانی را می توان از ماده ۸ کوانسیون اروپایی حقوق بشر برداشت کرد. دادگاه اروپایی حقوق بشر بر این نکته تأکید می کند که اگرچه تکیه اصلی ماده ۸ بر مسأله احترام به حریم خصوصی و زندگی خانوادگی است؛ اما در واقع حق شکوفایی و رشد شخصیت انسانی و ارتقای شخصیت خود را نیز در بر می گیرد.

متضمن حق اشخاص، گروه‌ها و نهادها بر تعیین این است که کدام یک از اطلاعات شخصی آنها، چه زمان، چگونه و تا چه حدی به دیگران مخابره شود و یا در دسترس آنها قرار بگیرد.^۱

۲. حق بر فراموش شدن و چالش آزادی بیان

نخستین و مهم‌ترین چالشی که در ارتباط با حق بر فراموش شدن وجود دارد، نگرانی از محدود شدن حق آزادی بیان در اینترنت توسط این حق است. بی‌شک اینترنت با برخورداری از قابلیت‌هایی همچون سرعت، دسترسی جهانی و نیز امکان ناشناسی مانند، به عرصه منحصر به فردی برای اعمال حق بر آزادی بیان تبدیل شده است. شاید به جرأت بتوان گفت که هیچ‌یک از پیشرفت‌های صورت‌گرفته در حوزه فناوری تأثیری این چنین شگرف بر اعمال حق بر آزادی بیان نداشته است. اینترنت چنان شرایط ویژه‌ای برای بیان همه افراد بشر فراهم آورده که می‌توان گفت به لحاظ قلمرو و اهمیت در طول حیات بشری بی‌سابقه بوده است.^۲ با توجه به این اوصاف مسأله آزادی بیان در اینترنت در سال‌های اخیر به مقوله‌ای بحث‌برانگیز تبدیل شده است.

۱-۲. حق آزادی بیان در محیط اینترنت

در نگاه اول به نظر می‌رسد که هیچ‌یک از اسناد بین‌المللی حقوق بشر به صراحة به اعمال حق بر آزادی بیان در محیط اینترنت اشاره نداشته‌اند و حتی اکثر آنها پیش از پیدایش پدیده اینترنت تدوین و تصویب شده‌اند، اما با تأمل در عبارات این اسناد می‌توان شمول این اسناد نسبت به اینترنت را برداشت کرد. ماده ۱۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر چنین اشعار می‌دارد که همه افراد از حق آزادی عقیده و بیان برخوردار هستند. علی‌رغم عدم اشاره صریح به مفهوم اینترنت در این سند، با نگاهی دقیق به عبارات ماده ۱۹ می‌توان شمول این سند نسبت به فناوری‌های نوظهور و رویکرد جامع آن نسبت به تحولات آینده را دریافت. در ماده ۱۹ به آزادی افراد در بیان عقاید و افکار با هر ابزاری اشاره شده است. از ذکر این عنوان کلی می‌توان گرایش اعلامیه جهانی حقوق بشر به گسترش دامنه شمول خود نسبت به فناوری‌های نوینی که در آینده معرفی خواهد شد را برداشت کرد.^۳ گزارشگر ویژه شورای حقوق بشر در

1. Westin, Alan, *Privacy and Freedom*, Bodley Head, 1967, p. 7.
2. Nunziato, Dawn, *Virtual Freedom: Net Neutrality and Free Speech in the Internet Age*, Stanford University Press, 2009, p. 2.
3. Land, Molly, "Toward an International Law of the Internet", *Harvard International Law Journal*, Vol. 54, 2013, p. 394.



گزارشی که در سال ۲۰۱۱ به این شورا ارائه داده است چنین اظهار می‌دارد که ماده ۱۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر و نیز ماده ۱۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی با این چشم‌انداز نگاشته شده‌اند که کلیه پیشرفت‌های فناوری که در آینده ممکن است صورت گیرد و از طریق آنها بشر قادر باشد حق بر آزادی بیان را اعمال کند، دربرگیرند. بنابراین به نظر می‌رسد که اگرچه اسناد حقوق بشری فوق‌الذکر چندین دهه پیش از پیدایش و گسترش اینترنت تدوین شده‌اند، اما بیش از آنچه که انتظار می‌رود حرف‌هایی برای گفتن در ارتباط با اینترنت دارند.

«اعلامیه شورای اروپا در خصوص آزادی بیان و اطلاعات» که در سال ۱۹۸۲ صادر شده، نخستین سندی است که بر ارتباط میان حق آزادی بیان و فناوری‌های نوین توجه دارد. در سال ۱۹۹۹ یونسکو در قالب نشست تخصصی اینترنت، طرحی را تحت عنوان حقوق دنیای مجازی تهیه کرد که در آن اصول متعددی از جمله اصل آزادی بیان به عنوان اصول حاکم بر اینترنت مورد شناسایی قرار گرفتند.^۱ اعلامیه ژنو که سند نهایی اجلاس جهانی جامعه اطلاعاتی است، بر ضرورت احترام به حقوق و آزادی‌های بنيادین بشری، از جمله حق آزادی بیان در جامعه اطلاعاتی تأکید می‌کند. این سند همچنین به اهمیت آزادی جستجو و نیز انتقال و بیان اطلاعات برای تحقق جامعه اطلاعاتی کارا تصريح دارد.^۲

اعلامیه مشترک گروهی از گزارشگران ویژه آزادی بیان به این نکته اشاره دارد که آزادی بیان در محیط اینترنت نیز همانند سایر اشکال ارتباط قبل اعمال است.^۳ فرانک لارو^۴ گزارشگر ویژه شورای حقوق بشر سازمان ملل در زمینه ترویج و حمایت از حق آزادی بیان بر این باور است که اینترنت ابزاری منحصر به فرد است که اشخاص را در جستجو، دریافت و رساندن فوری و ارزان اطلاعات و دیدگاه‌ها به سراسر جهان و فراتر از مرزهای ملی توانمند می‌سازد. با توجه به ظرفیت‌های اینترنت برای انعکاس دیدگاه‌ها و اندیشه‌های انسانی و نیز قابلیت‌های آن در فراهم آوردن مجالی برای بیان در سطحی وسیع، می‌توان گفت که تسری حق آزادی بیان به محیط اینترنت امری ضروری و اجتناب‌ناپذیر است.

- Report of the Experts Meeting on Cyberspace Law, Monte - Carlo, Document: CII/USP/ECY/99/01, 1999.
- Declaration of Principles Building the Information Society: A Global Challenge in the New Millennium, World Summit on the Information Society, Geneva, Article 56, Document: WSIS _ 03/ Geneva/ Doc 4 _ E, 2003.
- Joint Declaration on Freedom of Expression and Internet, International Mechanism for Promoting Freedom of Expression, 2011.
- Frank La Rue.

شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد در جولای ۲۰۱۲ قطعنامه‌ای تحت عنوان ترویج، حمایت و بهره‌مندی از حقوق بشر در اینترنت^۱ را به اتفاق آرا به تصویب رساند. این قطعنامه که به طور خاص مسأله حمایت از آزادی بیان در اینترنت را مورد اشاره قرار می‌دهد، به این نکته تصریح می‌کند که کلیه حقوقی که افراد در خارج از محیط اینترنت از آنها برخوردار هستند، باید در این محیط نیز مورد حمایت باشند. قطعنامه تأکید می‌کند که حق افراد نسبت به آزادی بیان فارغ از مرزها و نوع ابزارها و رسانه‌ها مورد انتخاب افراد است. به طور کلی می‌توان گفت که بیان، عبارت از طریقی است که انسان به وسیله آن دیدگاه‌ها و اندیشه‌های خود را به دیگران منتقل می‌کند^۲ و از این‌رو می‌توان چنین نتیجه گرفت که اینترنت را می‌توان به عنوان عرصه‌ای برای اعمال حق بر آزادی بیان شناخت، چراکه ضرورت اعمال این حق و نیز مبانی نظری و قانونی آن به خوبی مؤید این مهم هستند.

۲-۲. ارتباط میان حق آزادی بیان و حق بر فراموش شدن

در نگاه اول می‌توان بر این باور بود که حق بر فراموش شدن از کارکردی مثبت در ارتباط با حق بر آزادی بیان برخوردار است و می‌تواند به تضمین این حق در محیط مجازی کمک کند. در این رابطه چنین استدلال می‌شود که اگر فرد با این نگرانی دست به گریبان باشد که اطلاعات مربوط به وی در فضای مجازی عمری طولانی‌تر از آنچه وی انتظار دارد، داشته باشند، در بیان و اظهار دیدگاه‌های خود، چه در خصوص موضوعات پیش پا افتدۀ‌ای همچون شایعات بی‌اهمیت و تجربیات شخصی و چه در خصوص موضوعات مهمی چون مسائل سیاسی و اجتماعی گرفتار تردید و خود سانسوری می‌شود. به بیان دیگر اثر نامطلوب حافظه‌ی نقص دیجیتال این است که مدام به فرد در خصوص رفتار و گفتارش هشدار می‌دهد و از این‌رو وی را از بیان آزادانه اندیشه‌ها و دیدگاه‌ها باز می‌دارد. در چنین شرایطی نه تنها امکان بالندگی و توسعه شخصیت فرد از بین می‌رود، بلکه تحقق جامعه دموکراتیک نیز با مانعی قوی مواجه می‌شود.

اگرچه با توجه به استدلال فوق، حق بر فراموش شدن می‌تواند کارکردی مثبت در جهت تقویت حق بر آزادی بیان داشته باشد، اما از سوی دیگر این نگرانی وجود دارد که با شناسایی حق بر فراموش شدن در محیط اینترنت، عملاً حق سایر کاربران در بیان آزاد دیدگاه‌های خود در خصوص شخص استناد کننده، به وسیله حق بر فراموش شدن

1. The Promotion, Protection and Enjoyment of Human Rights in Internet, Human Rights Council: A/HRC/20/L13, 2012.

2. قاری سیدفاطمی، سیدمحمد، حقوق بشر در جهان معاصر، جلد دوم، نشر شهر دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۹، ص. ۱۱۹.



محدود شود. با توجه به اهمیت حق آزادی بیان در اینترنت که پیشتر توضیح داده شد، بی توجهی به حق آزادی بیان در برابر حق بر فراموش شدن، کارکرد اینترنت به عنوان مجالی گسترده برای بیان دیدگاهها و اندیشه‌های متعارض در راستای تسهیل تحقق دموکراسی در جوامع را به خطر می‌اندازد. به عبارت دیگر حق بر فراموش شدن نباید در نهایت مجالی برای سانسور فراهم کند. انقلاب دیجیتال که با ظهور اینترنت به اوج خود رسید، ابعادی جدید به آزادی بیان بخشیده است که بی‌شك حق بر فراموش شدن نمی‌تواند این دستاورده ارزشمند را بی‌اثر کند.^۱

برای توضیح بیشتر رابطه حق آزادی بیان و حق بر فراموش شدن می‌توان گفت که اصولاً سه دسته از اطلاعات ممکن است در خصوص افراد در فضای مجازی وجود داشته باشند: نخست اطلاعاتی که شخص موضوع داده‌ها در فضای مجازی منتشر کرده است، اطلاعاتی که اشخاص ثالث در ارتباط با فرد موضوع داده‌ها منتشر کرده‌اند و نهایتاً اطلاعاتی که ابتدا توسط خود فرد موضوع داده‌ها منتشر شده‌اند، ولی پس از انتشار اولیه، توسط کاربر ثالث کپی شده‌اند و مجدداً در صفحات وب مورد بازنشر قرار گرفته‌اند.

فرد موضوع داده‌ها حق دارد که دسته اول (اطلاعات مربوط به خود) را از فضای مجازی حذف کند، چراکه شخصاً مبادرت به انتشار این اطلاعات کرده و سپس با گذشت زمان بنا به دلایل مختلفی از انتشار آن داده‌ها منصرف شده و به حذف آنها تمایل پیدا کرده است. در خصوص چنین اطلاعاتی فرد موضوع داده‌ها تنها با کنترل کنندگان داده‌ها سروکار دارد و باید از آنها درخواست کند که نسبت به حذف اطلاعات وی اقدام کنند. در چنین وضعیتی قطعاً اعمال حق بر فراموش شدن با حق آزادی بیان سایر افراد، منافاتی پیدا نمی‌کند.

اما در خصوص دسته دوم و سوم اطلاعات، شائبه تعارض میان حق بر فراموش شدن با حق آزادی بیان سایر کاربران وجود دارد. در این دو وضعیت اطلاعات مربوط به شخص موضوع داده‌ها توسط اشخاص ثالث منتشر شده‌اند و ممکن است پیوندهای متعددی برای آن اطلاعات در فضای اینترنت پیدی آمده باشند. در چنین وضعیتی حق فرد موضوع داده‌ها که خواستار فراموش شدن اطلاعات منتشر شده است، با حق کاربران ثالث در بیان اطلاعات مربوطه از طریق بازنشر یا اظهارنظر درباره آنها برخورد پیدا می‌کند.

1. Balkin, Jack, "Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Informational Society", New York University Law Review, Vol. 7, 2004, p. 2.

برداشت موسع از حق بر فراموش شدن که آن را حقی مطلق برای فرد موضوع داده‌ها نسبت به حذف کامل اطلاعات مربوط به خود و هر نوع ارجاع به آن می‌شناسد، به‌طور جدی حق آزادی بیان سایر کاربران را تهدید می‌کند. بی‌تردید حق بر فراموش شدن نیز مانند بسیاری از دیگر حقوق بشری حقی نامحدود نیست. مسئله وارد شدن برخی قیود به حقوق بشری امری است که در بسیاری از اسناد حقوق بشری و در خصوص عمدۀ حقوق به چشم می‌خورد. در رأیی که در تاریخ ۱۳ می ۲۰۱۴ از دیوان دادگستری اتحادیه اروپا در پرونده گوگل و اسپانیا صادر شده نیز بر این نکته تأکید شده است که نه حقوق مربوط به حفاظت از داده‌ها، از جمله حق بر فراموش شدن، و نه حق آزادی بیان هیچ‌یک حقوقی مطلق نیستند و به هر حال لازم است تعادلی مشروع میان منافع کاربران اینترنت و نیز حقوق بنیادین شخص موضوع داده‌ها وجود داشته باشد. دیوان در این رأی به این نکته اشاره می‌کند که حق بر فراموش شدن همواره باید با سایر حقوق بنیادین از جمله حق آزادی بیان و نیز آزادی رسانه‌ها در تعادل باشد. از این‌رو لازم است در هر موردی که شخص موضوع داده‌ها خواستار اعمال حق بر فراموش شدن و حذف داده‌های مربوط به خود است، بحث و بررسی جداگانه‌ای برای ارزیابی تعادل میان حقوق فوق‌الذکر صورت پذیرد. این تعادل ممکن است به نوع اطلاعات شخصی موردنظر، حساسیت آنها برای زندگی خصوصی اشخاص و منفعت عموم در دسترسی به آن اطلاعات بستگی داشته باشد.^۱ رأی دیوان، حق افراد بر حذف اطلاعات شخصی را به عنوان حقی که تحت هر شرایطی قابل اعمال باشد، شناسایی نمی‌کند. بهموجب این رأی، اشخاص تحت شرایط خاصی حق دارند از موتورهای جستجو درخواست کنند که پیوندهای مشتمل بر بعضی اطلاعات مربوط به آنها را حذف کنند. این امکان تنها در صورتی وجود خواهد داشت که اطلاعات شخصی موردنظر نادرست، ناکافی، نامرتب یا برای هدف اصلی از پردازش داده‌ها، بیش از حد لازم باشد.

با وجود این باید دقت داشت که این رأی تنها راهکاری کلی ارائه داده است و به جزئیات مربوط به برقراری این توازن اشاره‌ای ندارد. بی‌تردید تحدید هر حق بشری وارد آوردن استثنایات بر آن نیازمند رعایت برخی ضوابط است. تعیین این ضوابط باید توسط قانون صورت بگیرد و مقامات اعمال کننده ضوابط مربوط به تحدید حقوق بشری نیز باید از صلاحیت لازم برای این کار برخوردار باشند تا این طریق ضمن شناسایی درست و دقیق موارد محدودیت، حقوق افراد به‌گونه‌ای مشروع محدود شوند.

1. Google Spain SL and Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja Gonzalez, European Court of Justice, Judgment of the Grand Chamber, 2014, Para. 85.



۲-۳. اسناد قانونی و توجه به ارتباط میان حق بر فراموش شدن و آزادی بیان

دستورالعمل حفاظت از داده‌ها، به عنوان چارچوب حقوقی لازم‌الاجراي فعلی در خصوص رابطه میان حق بر فراموش شدن و آزادی بیان ساكت است و عملاً این اختیار را به دولتهای عضو می‌دهد که به صلاح‌دید خود تعادلی میان این حقوق برقرار کنند که این امر خود از ضعف چارچوب حقوقی فعلی حکایت دارد. در مقابل کاستی‌های قانونی دستورالعمل فعلی، پیش‌نویس مقرره عمومی حفاظت از داده‌های اتحادیه اروپا نظامی را برای برقراری توازن میان حق بر فراموش شدن و حق آزادی بیان پیش‌بینی کرده است. بند ۳ ماده ۱۷ این سند مقرر می‌دارد که کنترل کنندگان داده‌ها مکلف هستند بدون تأخیر نسبت به حذف و پاک‌کردن داده‌های شخصی مورد درخواست اقدام کنند، مگر اینکه حفظ داده‌های شخصی مورد بحث برای اعمال حق آزادی بیان ضروری باشد. البته اشاره‌ای که ماده ۱۷ به استثنای مربوط به حق آزادی بیان می‌کند، حالتی کلی دارد. مطابق این ماده اعمال استثنائاتی که تخطی از مقررات این سند را مجاز می‌کند، تنها در صورتی برای دولتهای عضو مجاز است که پردازش داده‌های شخصی برای اهداف رسانه‌ای یا بیان ادبی و هنری صورت گرفته باشد. ماده مذکور این استثنایات را صرفاً در راستای هدف آشتی میان حقوق مربوط به حفاظت از داده‌ها - از جمله حق بر فراموش شدن - با قواعد حاکم بر آزادی بیان توجیه می‌کند.

اگرچه مقرره پیشنهادی حفاظت از داده‌ها در خصوص توازن میان حق بر فراموش شدن و آزادی بیان، در مقایسه با دستورالعمل فعلی گامی رو به جلو برداشت، اما راهکار ارائه شده توسط این سند نیز با کاستی‌های بسیاری مواجه است. مطابق ماده ۱۷ دستورالعمل حفاظت از داده‌ها که چارچوب کلی حق بر فراموش شدن را ترسیم می‌کند، وظیفه حذف آن دسته از اطلاعات شخصی که فرد موضوع داده‌ها خواستار حذف آنها است بر عهده کنترل کنندگان^۱ داده‌ها قرار دارد. در این چارچوب طراحی شده برای حق بر فراموش شدن، کنترل کنندگان داده‌ها که عمدها شرکت‌های فعال در حوزه فناوری‌های اطلاعات هستند، مسئولیت بررسی هر درخواست و تصمیم‌گیری در خصوص تعارض یا عدم تعارض درخواست ارائه شده با حق آزادی بیان سایر کاربران را بر دوش دارند. به عبارت دیگر سرنوشت حق آزادی بیان کاربران ثالث، در دستان

۱. مطابق تعاریفی که بند ۵ ماده ۴ ارائه داده است، کنترل کننده داده‌ها شخص حقیقی یا حقوقی، مقام عمومی، نهاد یا رکنی دیگر است که به تنها یا با همکاری دیگران، اهداف، شرایط و ایزرهای پردازش داده‌های شخصی را معین می‌کند. این تعریف در رأی گوگل و اسپانیا نیز مورد تأکید قرار گرفته است. براساس این تعریف، کلیه ارائه‌دهندهای خدمات اینترنتی، ارائه کنندگان خدمات دسترسی به اینترنت، اپراتورهای موتورهای جستجو و اپراتورهای شبکه‌های اجتماعی از مصادیق کنترل کنندگان داده‌ها محسوب می‌شوند.

کنترل کنندگانی قرار گرفته است که بدون برخورداری از صلاحیت قضایی نسبت به بهره‌مندی یا محرومیت کاربران از حق آزادی بیان تصمیم می‌گیرند. این کنترل کنندگان نه تنها از دانش حقوقی کافی برای تأمین اجرای چنین مسئولیت خطیری برخوردار نیستند و توان درک رابطه ظریف میان حقوق بشری را ندارند، بلکه این کار اساساً از حوزه اصلی فعالیت‌های آنها خارج است و از این‌رو در عملکرد عادی آنها اخلال صورت می‌گیرد.^۱ رأی دیوان دادگستری اتحادیه اروپا در پرونده گوگل نیز با حرکت در مسیری مشابه، اپراتورهای موتورهای جستجو را به عنوان مرجع اتخاذ تصمیم در خصوص حذف یا بقای پیوندهایی که کاربران خواستار حذف آنها از نتایج جستجوی نام خود هستند، مورد شناسایی قرار داده است. مطابق رأی مذکور فرد موضوع داده‌ها می‌تواند تحت اوضاع و احوال خاصی از اپراتورهای موتورهای جستجو، به عنوان کنترل کنندگان داده‌ها بخواهد که نتایجی که در پی جستجوی نام آنها در اینترنت بدست می‌آید را حذف کنند. سپردن تصمیم‌گیری در خصوص حذف نتایج جستجو حاوی نام متقاضی حذف به گوگل نگرانی‌هایی را در زمینه محدود شدن حقوق کاربران ثالث توسط کنترل کنندگانی که قادر صلاحیت تشخیص چگونگی توازن حقوق بشری می‌باشد، در پی داشته است.^۲

بی‌شک مطابق آنچه که در مقرره مذکور و رأی دیوان دادگستری اتحادیه اروپا مطرح شده، حجم وسیعی از درخواست‌های حذف به دست کنترل کنندگان داده‌های می‌رسد و ارزیابی و بررسی دقیق این درخواست‌ها نیازمند صرف زمان زیاد و هزینه‌ای سنگین توسط این کنترل کنندگان است. در چنین وضعیتی این خطر وجود خواهد داشت که کنترل کنندگان برای کاهش بار سنگین درخواست‌های کاربران که از حوزه تخصص آنها نیز خارج است، بدون بررسی دقیق درخواست‌ها مبادرت به اجابت آنها کنند و با پذیرش کورکورانه درخواست‌های حذف، در عمل حق کاربران ثالث نسبت به بیان آزاد را نادیده بگیرند. تحمیل چنین مسئولیت سنگینی که از کارکردهای اصلی کنترل کننده نیز خارج است، می‌تواند باعث شود که وی به طور غیرمتقن، ستایزده و فارغ از ملاحظات حقوقی با درخواست‌های حذف موافقت کند و توجه چندانی به حقوق و منافع سایرین نشان ندهد.

از سوی دیگر، مقرره به طور کلی مواردی از حق بر فراموش شدن در اینترنت که می‌تواند در مقابل حق آزادی بیان محدود شود را مورد اشاره قرار داده است. کلی گویی

1. Smet, Stijn, "Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human Rights Conflicts", American University International Law Review, Vol. 26, 2010, p. 187.
2. Iglesakis, Ioannis, "The Right to be Forgotten in the Google Spain Case: A Clear Victory for the Data Protection or an Obstacle for the Internet", 4th International Conference on Information Law, 2014, p.7.



مقرره در این خصوص و عدم اشاره به جزئیات و ضوابط مربوط به شناسایی اشکال خاصی از بیان، ابتکار عمل را بهطور کامل به دست کنترل کننده داده‌ها سپرده است؛ در حالی که شناسایی موارد فوق‌الذکر امری است که مربوط به دامنه اعمال حق بر آزادی بیان می‌شود و به عبارت دیگر بیانگر محدودیت‌های این حق است. چنان‌که پیش‌تر اشاره شد، اعمال محدودیت بر حق آزادی بیان در راستای رعایت سایر حقوق و منافع تنها توسط قانون امکان‌پذیر است. از این‌رو لازم است که تعیین تکلیف در خصوص اینکه چه بیانی می‌تواند به عنوان بیان رسانه‌ای، ادبی یا هنری شناخته شود نیز توسط قانون صورت گیرد. کلی‌گویی و سپردن ابتکار به دست کنترل کننده داده‌ها می‌تواند ورود محدودیت‌هایی نامشروع بر حق آزادی بیان را در پی داشته باشد. در این صورت کنترل کنندگان با عملکرد آزادانه خود در ارتباط با اینکه چه بیانی در زمرة بیان‌های رسانه‌ای، ادبی یا هنری قرار می‌گیرد، عملاً و بهطور خودسرانه نقش سانسورگر جهانی را به خود می‌گیرند.^۱

با عنايت به اين امر که پيش‌نويس مقرره عمومي حفاظت از داده‌ها به درستي ضرورت توازن ميان حق بر فراموش شدن و آزادی بیان را مورد تأكيد قرار داده است، تعیین مقامات دارای صلاحیت قضایی یا شبه قضایی برای بررسی درخواست‌های حذف داده‌ها در کنار رفع پاره‌ای از ابهامات موجود در چارچوب فعلی می‌تواند به رفع تداخل میان دو حق کمک شایانی کند. رفع ابهامات موجود در مفاهیم همچون داده‌های شخصی، اهداف رسانه‌ای و بیان ادبی و هنری، مانع تفسیرهای موسع از محدودیت وارد بر حق آزادی بیان می‌شود و با اصول حاکم بر محدودیت‌های این حق در ماده ۱۹ می‌شاق حقوق مدنی و سیاسی انطباق دارد. روشن شدن این مفاهیم به‌وسیله قانون تا حدودی می‌تواند پاسخگوی ایراد مربوط به مسئولیت کنترل کنندگان در رسیدگی به درخواست‌های حذف باشد. در چنین صورتی نقش کنترل کنندگان از سانسورگرانی که اختیاری تام در حذف داده‌ها داشتند، به مجریان قانون تغییر می‌یابد.

۳. چالش‌های اجرایی حق بر فراموش شدن

یکی از موضوعات مهمی که در ارتباط با حق بر فراموش شدن در فضای مجازی جلب توجه می‌کند، نحوه به اجرا گذاشتن این حق است. پس از شناسایی این حق در نظام حقوقی اتحادیه اروپا تردیدهایی نسبت به چگونگی اعمال این حق و نیز کارآمد بودن چارچوب حقوقی طراحی شده برای اعمال آن به وجود آمده است.

1. Shoor, Emily, "Narrowing the Right to be Forgotten: Why the Proposed European Union Needs to Amend the Proposed Data Protection Regulation", Brooklyn Journal of International Law, Vol. 39, 2014, p. 508.

۱-۳. دامنه اجرای حق بر فراموش شدن

دامنه و محدوده مکانی اجرای حق بر فراموش شدن از جمله موضوعاتی است که در رابطه با اجرای این حق حائز اهمیت به نظر می‌رسد. حق بر فراموش شدن از اتحادیه اروپا برآمده است، با این وجود نمی‌توان آثار آن را تنها محدود به قلمرو اتحادیه اروپا دانست. دنیای اینترنت دنیایی فرامادی است که آثار و کارکرد آن فراتر از مرزهای دولت‌ها و محدوده‌های جغرافیایی است.^۱ اطلاعاتی که در محیط اینترنت وارد می‌شوند، به سهولت در سراسر نقاط جهان قابل دسترسی هستند. اطلاعات موجود در این محیط گاه با چندین کشور در ارتباط است. اطلاعات در گوشاهای از جهان وارد فضای اینترنت می‌شوند و این در حالی است که سرور ارائه دهنده خدمات و سایر کنترل‌کنندگانی که به نوعی مبادرت به پردازش داده‌ها می‌کنند، ممکن است در کشورهای مختلفی در گوشه و کنار جهان قرار داشته باشند. چنین اطلاعاتی در بسیاری از کشورهای دیگر قابل دسترسی هستند و توسط هریک از کاربران در هر کشوری می‌توانند کپی یا بازنثر شوند. با این اوصاف، این چالش در ارتباط با اجرای حق بر فراموش شدن مطرح می‌شود که حق بر فراموش شدن که در چارچوب مرزهای اتحادیه اروپا شناسایی شده است، چگونه در محیط فرامزی اینترنت قابل اعمال است.

ماده ۳ پیش‌نویس مقرره عمومی حفاظت از داده‌ها با مورد توجه قرار دادن مقوله قلمرو سرزیمینی این سند، بر این نکته تأکید می‌کند که حقوق مندرج در آن بر کنترل‌کنندگان و پردازش کنندگانی اعمال می‌شود که در قلمرو اتحادیه مستقر هستند و همچنین اگر فرد موضوع داده‌ها در قلمرو اتحادیه ساکن باشد و کنترل‌کننده خارج از قلمرو اتحادیه حضور داشته باشد، تحت شرایطی امکان اعمال مقرره وجود دارد. این ماده اگرچه نشان از دغدغه قانون‌گذار نسبت به فراسرزمینی بودن اینترنت دارد، اما در خصوص دامنه اجرا و اثربخشی حق تأثیری ندارد. کاربری که در منطقه اروپا مستقر است و تحت پوشش نظام حقوقی اتحادیه اروپا قرار دارد که حق بر فراموش شدن را شناسایی می‌کند، زمانی می‌تواند حق خود را به طور کامل و به درستی استیفا کند که اطلاعاتی که او نامطلوب می‌یابد و خواستار حذف آنها است، به طور کامل از دنیای اینترنت حذف شوند و در هیچ نقطه‌ای از جهان امکان دسترسی به آن اطلاعات وجود نداشته باشد. در غیر این صورت تنها سرپوشی محدود بر اطلاعات نامطلوب نهاده شده

1. Zittrain, Jonathan, "Be Careful What You Ask for: Reconciling a Global Internet and Local Law", Harvard Law School Public Law Research Paper, No. 60, 2003, p. 2.

و شاید حتی با اندک تغییری در تنظیمات رایانه‌ها، از داخل قلمرو اتحادیه اروپا نیز امکان دسترسی به آن اطلاعات وجود داشته باشد.

بنابراین می‌توان گفت که کنترل کنندگانی که در داخل اتحادیه اروپا مستقر هستند و یا به شهر و ندان اتحادیه اروپا خدمات ارائه می‌کنند، باید خود را با چارچوب‌های مقرر برای حق بر فراموش شدن منطبق کنند. با این وجود از آنجا که اطلاعات موجود در فضای مجازی در سراسر جهان قابل دسترسی هستند و تعهدات طرح شده ظاهرآ ناظر به قلمرو جغرافیایی اتحادیه اروپا است و این حق به‌طور مشخص در سراسر نقاط جهان مورد شناسایی قرار نگرفته است، نمی‌توان با اطمینان از وضعیت بقای اطلاعات در اینترنت، خارج از مرزهای اتحادیه اروپا، سخن گفت. داده‌هایی که اشخاص خواستار حذف آنها هستند، در هر زمان ممکن است در اختیار سایر کاربران یا کنترل کنندگان قرار داده شوند و یا مورد بازنثر قرار گیرند؛ در حالی که مقامات صالح اتحادیه اروپا در ارتباط با حفاظت از داده‌ها هرگز امکان اعمال اقتدار نسبت به این قبیل کنترل کنندگان را نخواهند داشت و از این‌رو در عمل حق کاربران مستقر در قلمرو اتحادیه اروپا هرگز به درستی تأمین نمی‌شود.^۱

مقرره عمومی حفاظت از داده‌ها و همچنین رأی صادره از دیوان دادگستری اتحادیه اروپا در پرونده گوگل و اسپانیا در این خصوص ساكت هستند. با این حال رویکردی که گوگل پس از صدور رأی دیوان اتخاذ کرده، ناظر بر قطع دسترسی منطقه‌ای است.^۲ به عبارت دیگر اگرچه درخواست کاربران مستقر در قلمرو اتحادیه اروپا در رابطه با حذف داده‌های شخصی پذیرفته می‌شود، اما دسترسی به داده‌های مذکور از سایر نقاط جهان همچنان ممکن است. چنین رویکردی اعمال حق بر فراموش شدن را ناممکن می‌کند، چرا که با این اوصاف کاربری که خواهان فراموش شدن است، هرگز به واقع فراموش نمی‌شود. از این‌رو برای جلوگیری از ایجاد چنین شرایطی، اقدام مناسب برای حمایت بین‌المللی از این حق، فراتر از محدوده اتحادیه اروپا، ضروری به نظر می‌رسد.^۳

1. Ambrose, Meg Leta, "Peaking of Forgetting: Analysis of Possible Non - EU Responses to the Right to be Forgotten and Speech Exception", The 41st Research Conference on Communication, Information and Internet Policy, George Mason University, Arlington, USA, 2013, p. 30.

2. Ambrose, Meg Leta, "Peaking of Forgetting: Analysis of Possible Non - EU Responses to the Right to be Forgotten and Speech Exception", The 41st Research Conference on Communication, Information and Internet Policy, George Mason University, Arlington, USA, 2013.

۳. باید دقت کرد که محدودیت کنونی دامنه اجرایی حق بر فراموش شدن، نمی‌تواند شایبهای در رابطه با طرح این مفهوم ذیل عنوان حق به وجود آورد. چرا که علی‌رغم وجود برخی چالش‌های اجرایی، طرح تکلیف برای

۲-۳. مکانیزم اجرایی حق بر فراموش شدن

افرادی که به نوعی از بقای اطلاعات مربوط به خود در محیط اینترنت ناخشنود هستند، باید قادر باشند تا با استفاده از سازوکارهای خاصی نسبت به حذف اطلاعات مربوطه اقدام کنند. برخی از نویسندهای که از حدود یک دهه پیش حق بر فراموش شدن و ضرورت آن را در نوشتارهای خود مورد اشاره قرار داده‌اند، شیوه‌های گوناگونی را برای اعمال این حق پیش‌بینی کرده‌اند.

یکی از راهکارهای پیشنهادشده برای اعمال حق بر فراموش شدن، امکان پیش‌بینی مدتی معین برای بقای داده‌ها است. این شیوه به دو روش قابل اعمال است. روش نخست تنها نسبت به اطلاعاتی می‌تواند اعمال شود که خود فرد موضوع داده‌ها، مبادرت به انتشار آنها کرده است. در این فرض، فرد موضوع داده‌ها باید قادر باشد که در زمان وارد کردن اطلاعات خود به فضای مجازی، مدت زمانی را برای بقای آن اطلاعات در این فضا و قابل دسترسی بودن آنها برای افراد ثالث پیش‌بینی کند و پس از منقضی شدن آن مدت مقرر، اطلاعات به طور خودکار از اینترنت حذف شوند. قطع نظر از دشواری‌های فنی که این روش می‌تواند به دنبال داشته باشد، مزایای متعددی برای آن قابل تصور است. مطابق این روش، موضوع داده‌ها با در نظر گرفتن محتوای داده‌هایی که منتشر می‌کند، نسبت به بقای آنها برای مدت معینی رضایت می‌دهد. در واقع با انقضای مدت مقرر، رضایت ابرازشده منتفی می‌شود و بقای اطلاعات مبنای قانونی خود را از دست می‌دهد. البته کاربر باید قادر باشد که در صورت تمایل، تداوم بقای اطلاعات مزبور را برای مدتی طولانی‌تر تمدید کند. این شیوه بیشتر نسبت به اطلاعاتی که توسط افراد در شبکه‌های اجتماعی و ویلاغ‌های شخصی منتشر می‌شوند، کاربرد دارد. کاربران با تعریف تاریخ انقضا بر داده‌های مربوط به خود، در تعیین اینکه هریک از این داده‌ها تا چه زمانی به حیات خود در اینترنت ادامه دهند و چه زمانی به دست فراموشی سپرده شوند، مشارکت می‌کنند و از این طریق حق خودمختاری اطلاعاتی، که پیش‌تر به عنوان یکی از مبانی حق بر فراموش شدن شناخته شد، را عینیت می‌بخشند.^۱

← سایر اشخاص، اعم از حقیقی و حقوقی نسبت به حذف داده‌های خاص، مهر تأییدی بر «حق» بودن فراموش شدن در فضای مجازی است.

1. Mayer – Schonberger, Victor, "Why We Need to Let Our Online Memories Go", The Washington Post, 2012. Available at:
http://www.washingtonpost.com/opinions/why-we-need-to-let-our-online-memories-go/2012/11/23/29d0e54e-33ec-11e2-bfd5-e202b6d7b501_story.html.

شیوه دیگری که در خصوص تعریف تاریخ انقضا برای داده‌های شخصی می‌تواند قابل استفاده است، پیش‌بینی مدتی برای بقای اطلاعات به طور عام است. در این روش کاربران در هنگام انتشار اطلاعات خود در اینترنت مدت زمانی برای باقی ماندن آنها تعريف نمی‌کنند، بلکه سیستم‌های اینترنتی به طور خودکار پس از سپری شدن مدت زمانی مشخص اطلاعات را از چرخه پردازش خارج می‌کنند و درنتیجه دسترسی به آنها غیرممکن می‌شود. پیش‌بینی چنین مدتی باید به موجب ضوابطی یکپارچه صورت بگیرد تا به طور یکسان نسبت به کلیه کاربران قابل اعمال باشد. البته باید دقت داشت که این مدت پیش‌بینی شده عمدتاً طولانی خواهد بود، چرا که به اعتقاد مدافعان این سیستم، با گذر زمان حق حریم خصوصی بر حقوقی چون آزادی بیان، آزادی رسانه‌ها و نیز حق عموم نسبت به دانستن غلبه می‌یابد.

راهکارهای پیشنهادی فوق از ویژگی‌ها مثبتی برخودار هستند. به عنوان مثال شیوه نخست این مزیت را دارد که امکان کنترل داده‌ها را به فرد موضوع آنها می‌سپارد و با شناسایی وی به عنوان مالک داده‌ها، رضایت وی نسبت به در دسترس بودن اطلاعات برای مدتی محدود را مورد شناسایی قرار می‌دهد. این چارچوب بیش از هر چیز برای حمایت از کاربران کودک و نوجوان مناسب است و به آنها اجازه می‌دهد که آثار رفتاری که در این دوران سرشار از بی‌تجربگی انجام می‌دهند را به همین دوره محدود کنند و در بزرگسالی از سایه شخصیت ناپخته خود که در فضای اینترنت باقی مانده است، رهایی پیدا کنند. سیستم مربوط به حذف خودکار کلیه اطلاعات در مدت زمانی که برای کلیه داده‌ها مقرر شده نیز می‌تواند همین کارکردهای مثبت را در پی داشته باشد.

با وجود آثار مثبتی که تعیین تاریخ انقضای خاص و عام برای داده‌های موجود در شبکه اینترنت می‌تواند داشته باشد، کاستی‌ها و نواقصی نیز برای این نظام قابل تصور است. زمانی که داده‌ای وارد محیط اینترنت می‌شود، همزمان در دسترس میلیون‌ها کاربر قرار می‌گیرد و هریک از آنها می‌توانند نسخه‌های بیشماری از آن داده‌ها را در فضای مجازی منتشر کنند. تاریخ انقضایی که موضوع داده‌ها در ابتدا برای آنها تعیین کرده است تنها نسبت به داده‌هایی که ابتدائی منتشر شده‌اند، قابل اعمال است و هریک از داده‌ها ممکن است در هر زمان دیگری توسط کاربران دیگری منتشر شوند و از این‌رو فرد موضوع داده‌ها هیچ کنترلی بر داده‌های بازنشر شده نخواهد داشت. در چنین وضعیتی رضایتی که فرد موضوع داده‌ها نسبت به انتشار داده‌های خود در مدت زمان مشخصی داده است، در عمل کارایی خود را از دست می‌دهد. تعیین تاریخ انقضای عام نیز از مشکل مشابهی برخودار است.

با توجه به ناکارآمدی‌های نظام پیش‌بینی تاریخ انقضا برای داده‌ها و حذف خودکار آنها که توسط برخی از نویسندهای حوزه حقوق بشر و اینترنت مطرح شده، ضرورت پیش‌بینی نظام پاک شدن موردی داده‌ها نمایان شده است. در این نظام هریک از کاربران اینترنت که از بقای اطلاعات و پیوندهای خاص در ارتباط با خود احساس ناخشنودی و عدم رضایت می‌کند، باید حذف اطلاعاتی که در صفحات اینترنتی خاصی منعکس شده‌اند را خواستار شوند. این سیستم از یک سو امکان کنترل مؤثر داده‌ها را در اختیار فرد موضوع داده‌ها قرار می‌دهد و از سوی دیگر زمینه ارزیابی درخواست‌های حذف توسط مجری این درخواست‌ها را فراهم می‌آورد. با این اوصاف ورود واسطه‌ای که مطابق درخواست فرد موضوع داده‌ها نسبت به حذف آنها اقدام کند، توجیه می‌شود. حال با توجه به ضرورت و اهمیت ورود واسطه در زمینه اعمال حق بر فراموش شدن، این پرسش به وجود می‌آید که چه شخص یا نهادی برای انجام این وظیفه مناسب و واجد صلاحیت است.

چنان‌که پیشتر نیز اشاره شد مقررات موجود در خصوص حق بر فراموش شدن بر این نکته تأکید دارند که افراد موضوع داده‌ها که مایل هستند اطلاعات مربوط به آنها از محیط اینترنت حذف شود، باید به‌طور مستقیم به کنترل کنندگان داده‌ها مراجعه کنند و حذف اطلاعات مربوط به خود را از آنها درخواست کنند. برای رفع نگرانی‌های مربوط به کپی‌های ایجاد شده از اطلاعات شخصی در اینترنت و بازنشرهای احتمالی، کنترل کننده مکلف شده که تمایل فرد موضوع داده‌ها نسبت به حذف اطلاعات خود را به اطلاع کلیه اشخاص ثالث که داده‌های مربوطه را پردازش کرده‌اند، برساند.

مسئله سپردن تصمیم‌گیری در خصوص حذف یا عدم حذف اطلاعات شخصی به کنترل کنندگان داده‌ها یکی از مهم‌ترین مسائلی است که در ارتباط با سازوکار اجرایی حق بر فراموش شدن، جلب توجه می‌کند. چنان‌که در بندهای پیشین نیز اشاره شد، کنترل کنندگان داده‌ها عمدتاً فاقد صلاحیت قانونی برای تصمیم‌گیری در خصوص اعمال یا عدم اعمال حقوق بشری هستند و به لحاظ ضرورت برقراری تعادل میان حق بر فراموش شدن با سایر حقوق بشری از جمله حق آزادی بیان، نمی‌توان این موجودیت‌ها را گزینه‌ای مناسب برای دریافت درخواست‌های حذف داده‌ها و تصمیم‌گیری در خصوص آنها دانست. تصمیم‌گیری در خصوص اعمال حق بر فراموش شدن، در حقیقت نفع عموم و جامعه در دسترسی به اطلاعات و نیز بیان مجدد آنها را در برابر نفع اشخاص نسبت به پاک شدن سوابق آنها در اینترنت قرار می‌دهد. از این‌رو اعطای اختیار تصمیم‌گیری و نیز حذف اطلاعات به کنترل کنندگان، آنها را در خط مقدم فرآیند متعادل کردن حقوق بشری قرار می‌دهد که بی‌شک خارج از صلاحیت آنها است.

از سوی دیگر، عملکرد کنترل کنندگان داده‌ها در زمینه اعمال حق بر فراموش شدن فاقد شفافیت است. شرکت‌های کنترل کننده داده‌ها بر خلاف نهادهای دولتی فاقد شفافیت در عملکرد و پاسخگویی در برابر اعمال خود هستند.^۱ از این‌رو امکان ارزیابی عملکرد آنها در ارتباط با حقوق افراد وجود نخواهد داشت. به علاوه باید دقت داشت که سپردن اختیار تصمیم‌گیری در خصوص اعمال حق بر فراموش شدن به دست کنترل کنندگان داده‌ها می‌تواند تعارض منافع را در پی داشته باشد و از این‌رو در خصوص اعمال صحیح و مؤثر این حق تردیدهایی را به میان آورد. به عنوان مثال، شرکت گوگل به عنوان یک کنترل کننده وظیفه خود را فراهم آوردن حداکثر دسترسی به اطلاعات برای کاربران می‌داند. این کنترل کننده بنا بر کارکرد اولیه خود رویکرد و عقیده خاصی نسبت به مقوله نفع عموم دارد و آن را متراffد با فراهم آوردن بیشترین اطلاعات برای کاربران خود می‌داند. از این‌رو در مواجهه با درخواست‌های حذف اطلاعات و در حالی که از اختیار تصمیم‌گیری برخوردار است، بی‌شک گرایش بیشتری به حفظ اطلاعات خواهد داشت.

مسئله ضمانت اجراهای عدم انطباق با مقررات مربوط به این حق، ایراد دیگری است که می‌تواند از نظام طراحی شده برای اعمال حق بر فراموش شدن ناشی شود. ماده ۷۹ مقرره پیشنهادی، بر این نکته تأکید دارد که مقام ناظارتی باید مجازاتی برایر با حداکثر ۵۰۰ هزار یورو برای افراد و تا سقف ۱٪ درآمد جهانی برای شرکت‌هایی که عمدتاً یا سه‌هاً مطابق با مقررات مربوط به حق بر فراموش شدن عمل نکنند، تحمیل کند. مطابق مقرره مذکور این مجازات نسبت به افراد یا شرکت‌هایی که همه تدبیر لازم برای اطلاع به طرف‌های ثالث در خصوص اینکه فرد موضوع داده‌ها خواستار پاک شدن پیوندها یا کپی‌های موجود از داده‌های شخصی خود است را اتخاذ نکنند نیز قابل اعمال خواهد بود. این ماده از طریق تعیین مجازات برای کنترل کنندگان داده‌ها، ضمانت اجرایی برای حق بر فراموش شدن در اینترنت فراهم آورده است و از آن جهت که احترام به این حق نوظهور را تضمین کند، امری مثبت به نظر می‌رسد. با این وجود وضع این شکل از مجازات می‌تواند تهدیدهای بالقوه‌ای را برای آزادی بیان در پی داشته باشد.

میزان مجازات‌های مقرر شده در ماده فوق الذکر چنان زیاد است که می‌تواند شایبه واکنش افراطی کنترل کنندگان نسبت به حذف داده‌های شخصی را در پی داشته باشد. به عنوان مثال در خصوص شرکت‌های بزرگی همچون گوگل که بی‌تردید درآمد

1. Faguy, Yves, "How Would a Right to be Forgotten be Enforced", National Legal Insights and Practice Trends, 2014. Available at: www.nationalmagazine.ca/Blog/August - 2014/How - would - the - right - to - be - forgotten - be - enforced.aspx.

جهانی بالایی دارند، تحمیل جریمه‌ای معادل ۱٪ درآمد سالانه جهانی برای هر مورد از عدم انطباق با مقررات حق بر فراموش شدن، می‌تواند ضررهای مالی سنگینی را برای آنها در پی داشته باشد. این نگرانی در خصوص کنترل کنندگانی که فعالیت‌های محدودتری دارند نیز وجود دارد.

در چنین وضعیتی، کنترل کننده انگیزه لازم برای ارزیابی مناسب درخواست‌های ارائه شده را از دست می‌دهد و این امکان وجود خواهد داشت که برای اجتناب از مجازات، به سهولت با درخواست‌های حذف موافق کند. بنابراین تحمیل چنین مجازات سنگینی بر کنترل کنندگان منجر به پیروی کورکورانه آنها از مقرره می‌شود. در این حالت آنها در مواردی که باید در خصوص اعمال حق بر فراموش شدن به صورت موردي و با در نظر داشتن حق سایر کاربران بر آزادی بیان اتخاذ تصمیم کنند، تنها می‌کوشند که با پذیرش درخواست ارائه شده از هرگونه مجازات احتمالی که ممکن است درنتیجه نوع ارزیابی آنها گریبان گیر آنها شود، اجتناب کنند. در چنین شرایطی، احتمال قوی وجود خواهد داشت که بیانات مشروع و قانونی سایر کاربران نیز محدود شود و عملاً استثنای پذیرفته شده در ماده ۱۷ برای حمایت از حق آزادی بیان نادیده گرفته شود. این وضعیت زمانی بعرنج‌تر می‌شود که در مقرره پیشنهادی، ضمانت اجرایی برای جلوگیری از نقض حق آزادی بیان کاربران ثالث توسط کنترل کنندگان و در ارتباط با حق بر فراموش شدن در نظر گرفته نشده است؛ هرچند که مطابق استدلال‌های پیش گفته، تحمیل تکلیف متوازن کردن این دو حق بر کنترل کننده، از اساس تکلیفی مالایی طلاق است.

۳-۲. چارچوب‌های حقوقی مناسب برای اعمال حق بر فراموش شدن

به اجرا در آوردن حق بر فراموش شدن، بدون مشارکت و همکاری کنترل کنندگان عملایمکن نخواهد بود. اما به نظر می‌رسد که قانون گذاران اروپایی و نیز دیوان دادگستری اتحادیه اروپا در پرونده گوگل-اسپانیا نقش اغراق‌شده‌ای برای کنترل کنندگان قائل شده‌اند و عملاً این شرکت‌های خصوصی را به فعال مایشاء در زمینه اعمال حق بر فراموش شدن و سایر حقوق مرتبط با آن تبدیل کرده‌اند. برای دست‌یابی به چارچوب حقوقی مطلوب برای اجرای حق بر فراموش شدن، لازم است که نقش کنترل کنندگان در کنار نقش افراد موضوع داده‌ها و طرفهای ثالث درنظر گرفته شود و در نهایت تصمیم‌گیری اصلی به دست نهادهای عمومی ملی فعال در زمینه حفاظت از داده‌ها سپرده شود. این نهادها که براساس قانون عمل می‌کنند، با برخورداری از صلاحیت سرزمینی می‌توانند استانداردهای منطقه‌ای و بین‌المللی را در

داخل مرزهای دولت‌ها اجرا کنند و کنترل کنندگانی که در مرزهای ملی مستقر هستند را تحت نظارت داشته باشند. در خصوص نحوه عملکرد نهادهای ملی در ارتباط با حق بر فراموش شدن، می‌توان الگوهایی را مدنظر داشت.

یکی از الگوهایی که می‌تواند برای اجرای حق بر فراموش شدن قابل تصور باشد، سیستمی مشابه قانون هزاره دیجیتال در حمایت از کپیرایت در آمریکا است.^۱ نظام طراحی شده در قانون مذکور ناظر به وضعیت‌هایی است که حق کپیرایت اشخاص در فضای اینترنت نقض شده و دارنده حق خواستار این است که محتويات ناقض ضوابط کپیرایت از صفحات اینترنت حذف شوند. بر خلاف نظامی که اتحادیه اروپا در ارتباط با حق بر فراموش شدن پیش‌بینی کرده و در آن نقش تعیین کننده‌ای به کنترل کنندگان داده‌ها بخشیده شده است. قانون هزاره دیجیتال در حمایت از کپیرایت به شدت قادر است تشخیص و صلاح‌دید کنترل کنندگان داده‌ها در خصوص اینکه آیا محتويات مورد نظر ناقض ضوابط کپیرایت هستند یا خیر را محدود می‌کند. در حقیقت، تصمیم در خصوص حذف یا بقای اطلاعات مورد بحث توسط دادگاه و با حضور و مشارکت طرفهای ذی نفع اتخاذ می‌شود. بنابراین می‌توان گفت که در این نظام نقش کنترل کنندگان تنها در اجرای دستورهای حذف که از سوی مراجع قضایی صادر می‌گردد، خلاصه می‌شود.^۲ البته این امکان وجود دارد که به جای محاکم قضایی، مراجع شبه‌قضایی یا مراجع قانونی دیگر همچون نهادهای حفاظت از داده‌ها نسبت به چگونگی اعمال حقوق اتخاذ تصمیم کنند.

البته باید دقت داشت که چارچوب پیش‌بینی شده توسط قانون هزاره دیجیتال، بیشتر به سمت تسهیل حذف داده‌ها و افزایش موارد حذف گرایش دارد. برخی از دیگر الگوهای موجود در ارتباط با حذف داده‌ها می‌توانند به گونه‌ای متعادل تر زمینه اجرای حق بر فراموش شدن را فراهم آورند. سازوکارهای اجرای قانون یکی از این قبیل الگوها هستند. مطابق این الگها، وقتی یک نهاد اجرایی که قانون خواستار دسترسی به محتويات یک حساب کاربری یا پست الکترونیکی است، ابتدا با توجه به محدوده صلاحیت خود از مرجعی قضایی یا شبه‌قضایی تقاضا می‌کند که دستور الزام ارائه‌دهنده خدمات کاربری (کنترل کننده) به در اختیار قرار دادن اطلاعات کاربر را صادر کند. در این الگونیز مرجعی عمومی به جای کارشناسان شرکت‌های کنترل کننده داده‌ها در خط مقدم دفاع از حقوق کاربران و حفظ تعادل منافع فرد و جامعه قرار دارد. در چنین شرایطی، کنترل کننده به دو شکل می‌تواند واکنش نشان دهد: یا مطابق دستور مرجع عمومی،

1. Digital Millennium Copyright Act (DMSA), United States Congress, 1998.
2. Digital Millennium Copyright Act Section 512(c).

اطلاعات کاربر را در اختیار نهاد حفاظت از داده‌ها قرار دهد، یا نسبت به دستور مرجع مذکور اعتراض کند. پیش‌بینی امکان اعتراض کنترل‌کننده به دستور صادره، زمینه را برای محدودتر شدن موارد حذف و توجه بیشتر به سایر حقوق بشری دخیل در موضوع فراهم می‌آورد.

در مجموع می‌توان چنین نتیجه گرفت که مناسب‌ترین مرجع برای تصمیم‌گیری در خصوص اعمال حق بر فراموش شدن و نیز اجرای درخواست‌های ناظر بر اجرای این حق نهادهای حفاظت از داده‌های ملی یا مراجع قضایی هستند؛ زیرا بر خلاف کنترل‌کنندگان از صلاحیت متعادل کردن حقوق به موجب قانون بروخوردار هستند و با توجه به اینکه به عنوان نهادی عمومی و بی‌طرف به گونه‌ای شفاف فعالیت می‌کنند، عملکرد آنها قابل ارزیابی و نظارت است و از این‌رو می‌توان به حفظ حقوق افراد موضوع داده‌ها از بک سو و منافع جامعه از سوی دیگر امید بست. در این میان باید دقت داشت که طولانی بودن جریان عادی رسیدگی‌های قضایی می‌تواند اجرای مناسب و مؤثر حق بر فراموش شدن را با دشواری مواجه کند. در راستای غلبه بر این مشکل پیش‌بینی سازوکارهای شکلی ویژه در قوانین برای رسیدگی فوری و خارج از نوبت به ادعاهای کاربران در رابطه با این حق، می‌تواند مفید و کارگشا باشد.

نتیجه‌گیری

اشاره صریح پیش‌نویس مقرره عمومی حفاظت از داده‌های اتحادیه اروپا به حق بر فراموش شدن در محیط اینترنت، پرسش‌های گسترشده‌ای را در خصوص ضرورت، مفهوم، مبانی و دامنه اعمال این حق پدید آورده است. با توجه به برخی از اسناد قانونی ملی و منطقه‌ای اتحادیه اروپا و نیز تأمل در آثار بعضی از نویسندگان حوزه حقوق بشر و اینترنت که در دو دهه اخیر نگارش یافته‌اند، می‌توان ردپاهایی از این حق را در ادبیات حقوقی سه دهه اخیر یافت. به عبارت دیگر اگرچه حق بر فراموش شدن مفهومی جدید و نوظهور به نظر می‌رسد، اما نمی‌توان آن را صرفاً محصول اراده کمیسیون اروپا دانست که به یکباره متجلی شده است.

در این نوشتار تلاش شد تا چالش‌های احتمالی پیش روی حق بر فراموش شدن در زمینه شناسایی قانونی و اجرا مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد. در این راستا لازم بود که رابطه میان این حق با برخی از دیگر حقوق بشری مرتبط مورد بررسی قرار گیرد. وجود ارتباط مستقیم میان حق بر فراموش شدن با برخی دیگر از حقوق بشری امری محرز است. این ارتباط گاه از نوع مثبت و حمایتی است و گاه منفی می‌باشد و حق بر فراموش شدن به وسیله این حقوق به چالش کشیده می‌شود. حق حریم خصوصی مهم‌ترین حق پشتیبان حق بر فراموش شدن به شمار می‌رود. حفاظت از داده‌ها از چنان ارتباط تنگاتنگی با حق حریم خصوصی برخوردار است که مطابق نظر برخی از نویسندگان می‌توان آن را وجهی از حق حریم خصوصی تلقی کرد. از این‌رو با پذیرش این فرض اولیه می‌توان چنین اظهار داشت که حق بر فراموش شدن که از جمله مسائل مربوط به حفاظت از داده‌ها است و ارکان آن با برخی از اصول حفاظت داده‌ها توجیه شده‌اند نیز ریشه در حریم خصوصی دارد. اصول حفاظت از داده‌ها به عنوان نسخه الکترونیکی حریم خصوصی، توجیه‌کننده حق بر فراموش شدن هستند و به واسطه قرابت خود با حق حریم خصوصی، حق بر فراموش شدن را به جنبه‌ای نوظهور از این حق بدل می‌کنند. آزادی بیان از دیگر حقوق بشری است که با حق بر فراموش شدن در ارتباط است. از ابتدای طرح مفهوم حق بر فراموش شدن، نگرانی‌هایی در خصوص تأثیر نامطلوب اعمال این حق بر آزادی بیان در اینترنت وجود داشته است. با توجه به اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای گوناگون، حق آزادی بیان در اینترنت نیز از قابلیت اعمال برخوردار است و از این‌رو گروهی بر این باور هستند که سپردن حق حذف داده‌ها به افرادی که داده‌ها با آنها مرتبط است، عملًا حق کاربران ثالث نسبت به بازنشر اطلاعات مربوطه و نیزگفت‌گو و تبادل نظر در خصوص آنها را محدود می‌کند. علی‌رغم توجه پیش‌نویس

به ضرورت توازن میان این حقوق و ارائه برخی راهکارها در این ارتباط، متأسفانه چارچوب مناسبی برای برقراری این توازن طراحی نشده است و می‌توان این چارچوب را نیازمند بازبینی و اصلاح دانست. این راهکارها با دو چالش عمدۀ همراه هستند؛ از یک سو وظیفه دریافت و اجرای درخواست‌های حذف داده‌ها به عهده کنترل‌کنندگان داده‌ها قرار داده شده است و از سوی دیگر، مقرره مواردی که حق بر فراموش شدن در اینترنت می‌تواند در مقابل حق بر آزادی بیان محدود شود را به‌طور کلی مورد اشاره قرار داده است. کلی‌گویی مقرره در این خصوص و عدم اشاره به جزئیات و ضوابط امر، عملأً ابتکار عمل را به‌طور کامل به دست کنترل‌کنندگان داده‌ها سپرده است.

درنتیجه این تحلیل‌ها به نظر می‌رسد که فرضیه طرح‌شده در خصوص وجود چالش میان حق بر فراموش شدن و حق آزادی بیان اثبات شده باشد. با این حال با بررسی چارچوب حقوقی فعلی حق بر فراموش شدن می‌توان دریافت که راهکارهایی برای غلبه بر این چالش قابل تصور است. با عنایت به ایرادات موجود در نظام طراحی شده برای حق بر فراموش شدن در پیش‌نویس مقرره عمومی حفاظت از داده‌ها، این نتیجه دریافت می‌شود که ابهامات موجود در این بخش از مقرره عملأً حق آزادی بیان را در موقعیتی به مراتب ضعیفتر از حق بر فراموش شدن قرار داده و چالش میان این دو حق را پررنگ‌تر کرده است.

با توجه به این امر که مقرره مورد بحث به درستی ضرورت توازن میان حق بر فراموش شدن و آزادی بیان را مورد تأکید قرار داده است، رفع پاره‌ای از ابهامات موجود در چارچوب فعلی می‌تواند به رفع تداخل میان دو حق کمک شایانی کند. رفع ابهامات موجود در مفاهیمی همچون داده‌های شخصی، اهداف رسانه‌ای و بیان ادبی و هنری (به عنوان تنها اشکال بیان که بر حق بر فراموش شدن مرجع هستند و به عبارتی استثنایات آن به شمار می‌روند) مانع تفسیرهای موضع از محدودیت وارد بر حق آزادی بیان می‌شود و با اصول حاکم بر محدودیت‌های این حق که در ماده ۱۹ میثاق حقوق مدنی و سیاسی ذکر شده‌اند، سازگار می‌شود. این سازگاری تا حدودی می‌تواند پاسخگوی چالش مهم پیش روی حق بر فراموش شدن، در زمینه تعارض آن با حق آزادی بیان، باشد. به علاوه، روشن شدن مفاهیم فوق‌الذکر توسط قانون‌گذار، تا حدودی می‌تواند ایراد مربوط به مسئولیت کنترل‌کنندگان در رسیدگی به درخواست‌های حذف را رفع کند.

منابع

- اللسان، مصطفی، حقوق فضای مجازی، نشر شهردانش، ۱۳۹۳.
- انصاری، باقر، حقوق ارتباطات جمیعی، انتشارات سمت، ۱۳۸۶.
- پورقهرمانی، بابک؛ و علی صابریزاده، حریم خصوصی در فضای سایبر از منظر حقوق بینالملل، انتشارات مجد، ۱۳۹۴.
- حبیبزاده، طاهر، حقوق فناوری اطلاعات: مقدمه‌ای بر تجارت الکترونیک، جلد اول، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰.
- قاری سیدفاطمی، سیدمحمد، حقوق بشر در جهان معاصر، جلد دوم، نشر شهردانش، چاپ دوم، ۱۳۸۹.
- موسیزاده، ابراهیم؛ و فهیم مصطفیزاده، «زنگاهی به مفهوم و مبانی حق بر حریم خصوصی در نظام حقوقی عرفی»، دانش حقوق عمومی، شماره ۲، ۱۳۹۱.
- هیک، استیون؛ و اریک هوسکینز، حقوق بشر و اینترنت، ترجمه قاسم زمانی، انتشارات خرسندی، چاپ دوم، ۱۳۹۲.

- Ambrose, Meg Leta, "Peaking of Forgetting: Analysis of Possible Non-EU Responses to the Right to be Forgotten and Speech Exception", The 41st Research Conference on Communication, Information and Internet Policy, George Mason University, Arlington, USA, 2013.
- Balkin, Jack, "Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Informational Society", New York University Law Review, Vol. 7, 2004.
- Bozovic, Miran, Jeremy Bentham and the Panopticon Writings, Verso, 1995.
- Blanchette, Jean-francios; and Deborah Johnson, "Data Retention and the Panoptic Society: The Social Benefits of Forgetfulness", The Information Society, No. 45, 2002.
- Conley, Chris, "The Right to Delete", AAAI Spring Symposium Series, 2012.
- Declaration of Principles Building the Information Society: A Global Challenge in the New Millennium, World Summit on the Information Society, Geneva, Article 56, Document: WSIS-03/Geneva/ Doc 4-E, 2003.

-
- Dodge, Martin; and Rob Kitchin, "Suggestion for Designing Outlines of a World Coming in Existence, Computing and Ethics of Forgetting", Environment and Planning, Vol. 34, 2007.
 - Faguy, Yves, "How Would a Right to be Forgotten be Enforced", National Legal Insights and Practice Trends, 2014. Available at: www.nationalmagazine.ca/Blog/August-2014/How-would-the-right-to-be-forgotten-be-enforced.aspx
 - Flaherty, David, Protecting Privacy in Surveillance Society: The Federal Republic of Germany, Sweden, France, Canada and United States, University of North Carolina Press, 1989.
 - Foucault, Michel, *Surveiller et Punir: Naissance de la Prison*, Gallimard, 1975.
 - Gandy, Oscar, *The Panoptic Sort: A Political Economy of Personal Information*, Westview, 1993.
 - Google Spain SL and Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja Gonzalez, European Court of Justice, Judgment of the Grand Chamber, 2014.
 - Iglezakis, Ioannis, "The Right to be Forgotten in the Google Spain Case: A Clear Victory for the Data Protection or an Obstacle for the Internet", 4th International Conference on Information Law, 2014.
 - Joint Declaration on Freedom of Expression and Internet, International Mechanism for Promoting Freedom of Expression, 2011.
 - Koops, Bert-Jaap, "Forgetting Footprints, Shunning Shadows: A Critical Analysis of the Right to be Forgotten in Big Data Practice", Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series, No. 8, 2012.
 - Korenhof, Paulan, "Forgetting Bits and Pieces: An Exploration of the Right to be Forgotten in Online Memory Process", Tilburg Institute for Law and Technology Working Paper Series, No.4, 2013.
 - Lagone, Laura, "The Right to be Forgotten: A Comparative Analysis", Fordham University Working Paper Series, 2012.
 - Land, Molly, "Toward an International Law of the Internet", Harvard International Law Journal, Vol. 54, 2013.

-
- Mandel, Toby; et al, Global Survey on Internet Privacy and Freedom of Expression, UNESCO Series on Internet Freedom, 2012.
 - Mayer-Schonberger, Victor, Delete: The Virtue of Forgetting in The Digital Age, Princeton University Press, 2011.
 - Mayer-Schonberger, Victor, “Useful Void: The Art Of Forgetting in the Age of Ubiquitous Computing”, Harvard University Faculty Research Working Paper Series, 2007.
 - Mayer-Schonberger, Victor, “Why We Need to Let Our Online Memories Go”, The Washington Post, 2012. Available at: http://www.washingtonpost.com/opinions/why-we-need-to-let-our-online-memories-go/2012/11/23/29d0e54e-33ec-11e2-bfd5-e202b6d7b501_story.html
 - McNealy, Jasmine, “The Emerging Conflict Between Newsworthiness and the Right to be Forgotten”, Northern Kentucky Law Review, Vol. 39, 2012.
 - Mitrou, Lilian; and Maria Karyada, “EU’s Data Protection Reform and the Right to be Forgotten”, 5th International Conference of Information Law and Ethics, 2012.
 - Murata, Kiyoshi; and Yohki Orito, “The Right to Forget/be Forgotten”, Ethics in Interdisciplinary and Intercultural Relations, 2011.
 - Nunziato, Dawn, Virtual Freedom: Net Neutrality and Free Speech in the Internet Age, Stanford University Press, 2009.
 - Report of the Experts Meeting on Cyberspace Law, Monte-Carlo, Document: CII/USP/ECY/99/01, 1999.
 - Rosenne, Shabti, The Perplexities of Modern International Law, General Course of Public International Law, Nijhoff, 2003.
 - Shoor, Emily, “Narrowing the Right to be Forgotten: Why the Proposed European Union Needs to Amend the Proposed Data Protection Regulation”, Brooklyn Journal of International Law, Vol. 39, 2014.
 - Smet, Stijn, “Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human Rights Conflicts”, American University International Law Review, Vol. 26, 2010.
 - The Promotion, Protection and Enjoyment of Human Rights in Internet, Human Rights Council: A/HRC/20/L13, 2012.

-
- The Right to Respect of Privacy Family, Home and Correspondence and Protection of Honor and Reputation, United Nations Human Rights Committee, General Comment No. 6, 1988.
 - Thierer, Adam, “The Pursuit of Privacy in the World Where Information Control is Failing”, Harvard Journal of Law and Public Policy, Vol. 36, No. 2, 2013.
 - Ambrose, Meg Leta, “Peaking of Forgetting: Analysis of Possible Non-EU Responses to the Right to be Forgotten and Speech Exception”, The 41st Research Conference on Communication, Information and Internet Policy, George Mason University, Arlington, USA, 2013.
 - Warren, Samuel; and Louis Brandis, “The Right to Privacy”, Harvard Law Review, No.4, 1890.
 - Werro, Franz, “The Right to Inform V. The Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash”, Georgetown University Research Paper No. 2, 2009.
 - Westin, Alan, Privacy and Freedom, Bodley Head, 1967.
 - Zittrain, Jonathan, “Be Careful What You Ask for: Reconciling a Global Internet and Local Law”, Harvard Law School Public Law Research Paper, No. 60, 2003.

صلاحیت رسیدگی به جرایم تروریستی در قوانین ایران

مهردی اسماعیلی*

چکیده

تروریسم پدیده‌ای است که امنیت کشورهای بسیاری را در طول تاریخ خصوصاً در دهه‌های اخیر به چالش کشیده و ضررهای غیرقابل ترمیمی را بر آنها تحمیل نموده است. به مجازات رساندن تروریست‌ها از برنامه‌های مهم همه کشورها خصوصاً کشورهای قربانی تروریسم است. طبق اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی، صلاحیت رسیدگی به این جرم خارج از حیطه وظایف این دادگاه است و این صلاحیت طبق کنوانسیون‌های مرتبط با تروریسم بر عهده دولتها نهاده شده است. کشورهای قربانی تروریسم، مانند ایران، با اعمال صلاحیت کیفری خوبش سعی در به مجازات رساندن مرتكبان جرایم تروریستی دارند. ایران با پذیرش اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت منفعل، گام مهمی در جهت مبارزه با این پدیده برداشته است. این روش هم در اسناد شش‌گانه پذیرفته شده از طرف ایران و هم در قوانین داخلی از جمله قانون هوایی ایران و قانون مناطق دریایی مورد پذیرش قرار گرفته است.

کلیدواژه‌ها: تروریسم، صلاحیت، تابعیت منفعل، تابعیت فعال.

مقدمه

«صلاحیت» هم در حقوق بین‌الملل و هم در حقوق داخلی کاربردهای فراوانی دارد. در حقوق بین‌الملل گفته شده است که «صلاحیت» نتیجه‌ای است که از حاکمیت سرزمینی عاید می‌شود و منظور از حاکمیت سرزمینی حقی است که به موجب آن یک دولت رسالت دولت بودن خویش را اعمال می‌کند و می‌تواند سایر کشورها را از دخالت در امور خود باز دارد که این حق حاکمیت سراسر وسعت خاک، زیر بستر خاک، آبهای موجود در زیر بستر خاک و ... را فرا می‌گیرد.

بنابراین صلاحیت یک دولت به توانایی آن بر حکومت بر اشخاص و اموال به موجب نظام داخلی بر می‌گردد.^۱ این اهلیت شامل تصویب قانون، صدور حکم و اجرای آن است. صلاحیت اساساً در محدوده سرزمینی معین اعمال می‌شود، اما این اصل دارای استثنائاتی است که در موارد اعمال صلاحیت یا عدول از آن به موجب احکام ناشی از نظام حقوق داخلی معین می‌شود. صلاحیت در حقوق داخلی و از نظر آیین دادرسی کیفری نیز عبارت است از «شایستگی و توانایی قانونی و نیز تکلیف مرجع قضایی به رسیدگی به یک دعوا کیفری^۲» و از نظر حقوق جزای بین‌الملل صلاحیت عبارت است از «شایستگی و قابلیت اعمال قوانین کیفری یک کشور در رسیدگی به جرایمی که در داخل یا خارج از کشور ارتکاب می‌یابد.^۳

کشور ایران در رابطه با رسیدگی به جرایم تروریستی علاوه بر انواع صلاحیت‌های مصرح در قوانین داخلی، از قواعد چند کنوانسیون مرتبط با تروریسم که به آنها ملحق گردیده است نیز استفاده می‌نماید. بند ۳ ماده ۳ قانون الحاق دولت ایران به کنوانسیون توکیو راجع به جرایم و برخی اعمال ارتکابی دیگر در هواپیما، مصوب ۱۳۵۵، مقرر کرد که این کنوانسیون به هیچ‌یک از صلاحیت‌های جزایی که به موجب قوانین داخلی اعمال می‌گردد، خللی وارد نمی‌آورد.^۴ لذا تمامی انواع صلاحیت‌های دولت ایران در مورد مبارزه مبارزه با تروریسم قابل اعمال می‌باشد. در یک تقسیم‌بندی صلاحیت به سه دسته تقسیم می‌شود که عبارت‌اند از صلاحیت تقنیی، قضایی و اجرایی. صلاحیت تقنیی یعنی توانایی و شایستگی وضع قانون در امور مربوط به اشخاص، اموال و سایر زمینه‌ها.

۱. والاس، ریه‌کا، حقوق بین‌الملل، ترجمه محمد شریف، تهران، نشر نی، ۱۳۷۸، ص. ۱۸۰.
۲. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، انتشارات سمت، چاپ سوم، ۱۳۸۲، ص. ۸۰.
۳. پوریافرانی، حسن، صلاحیت اعمال قوانین کیفری در خارج از قلمرو حاکمیت در حقوق ایران، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۸، ص. ۷۸.
۴. قانون مربوط به کنوانسیون راجع به جلوگیری و مجازات جرایم علیه اشخاص مورد حمایت بین‌المللی من جمله دiplومات‌ها مصوب ۱۳۵۷ در بند ۲ ماده ۳ خود مقرر می‌دارد: «کنوانسیون حاضر به صلاحیت جزایی که به موجب قانون داخلی اعمال می‌گردد، خدشهای وارد نمی‌سازد.»

صلاحیت قضایی اختیار و شایستگی محاکم یک کشور در رسیدگی به دعاوی اعم از کیفری و حقوقی و غیره طبق قانون می‌باشد؛ و صلاحیت اجرایی یعنی توانایی اجرای تصمیمات توسط مقامات اجرایی از قبیل استرداد مجرمان، توقیف اموال و

بنابراین صلاحیت تقنینی قلمرو اجرایی قانون جزا در مکان تعیین می‌کند و بحث اصلی تعارض قوانین کیفری در مکان را از لحاظ محل ارتکاب جرم، تابعیت مجرم یا محنتی علیه را تشکیل می‌دهد. در حالی که صلاحیت قضایی، قضی صالح برای رسیدگی به جرم را مشخص می‌سازد. صلاحیت قضایی از صلاحیت تقنینی تبعیت می‌نماید؛ یعنی زمانی که کشوری صلاحیت تقنینی در مورد جرایم ارتکابی در داخل و خارج از کشور داشته باشد، دادگاه‌های آن کشور هم واحد صلاحیت برای رسیدگی به آن جرم خواهند بود. صلاحیت‌های سرزمینی، شخصی، واقعی و جهانی ایران در رابطه با جرایم تروریستی در ادامه این نوشتار مورد تحلیل قرار خواهد گرفت.

۱. اصل صلاحیت سرزمینی

اصل صلاحیت سرزمینی یکی از مهم‌ترین اصول صلاحیت قوانین کیفری است. به موجب این اصل جرایمی که توسط اشخاص در محدوده مرزهای سرزمین یک کشور اتفاق می‌افتد، اگر چه حضور افراد در آن سرزمین موقتی باشد، تابع قوانین و مقررات حاکم بر آن سرزمین می‌باشد. این اصل به طور کامل از سوی جامعه جهانی پذیرفته شده است.^۱ به عبارتی کلیه جرایم ارتکابی در داخل قلمرو حاکمیت تابع قوانین جزایی همان کشور خواهد بود، اعم از اینکه مرتكب از اتباع آن کشور یا بیگانه باشد.

طبق همین اصل که بنیادی‌ترین شکل صلاحیت و نشان‌دهنده حاکمیت دولت است، رسیدگی به تمامی اقدامات تروریستی که در ایران اتفاق می‌افتد در صلاحیت محاکم ایران است. در صورت وقوع جرایم تروریستی، توصل به اصل صلاحیت سرزمینی موجب می‌شود که امر تعقیب و تحقیق و محاکمه مجرم و نیز دسترسی به ادله راجع به جرایم مزبور در این کشور به سهولت انجام پذیرد. از آنجا که با ارتکاب جرایم مزبور نظم عمومی جامعه مورد تعرض قرار می‌گیرد، مجازات عاملان آن می‌تواند مؤید اعاده نظم و تنبیه مرتكبان باشد.

سؤالی که در این زمینه مطرح می‌شود این است که آیا برای اعمال اصل صلاحیت سرزمینی باید تمامی یا قسمتی از جرم در ایران ارتکاب باید یا فقط با حصول نتیجه مجرمانه در سرزمین ایران می‌توانیم این اصل را اعمال نماییم. در این باره نظرات

مختلفی ارائه شده است. از جمله نظریه «اصل صلاحیت سرزمینی ذهنی» که به موجب این اصل، دولتی که عمل مجرمانه در آن شروع شده است صالح به رسیدگی می‌باشد؛ و نظریه «اصل صلاحیت سرزمینی عینی» که طبق آن دولتی که عمل مجرمانه در آنجا کامل شده و به نتیجه رسیده است، صالح به رسیدگی می‌باشد. لازم به ذکر است که از اصل اول تحت عنوان نظریه عناصر متخلکه و از دومی تحت عنوان نظریه آثار نیز یاد می‌کنند.^۱ در نهایت نظریه مختلط که به موجب آن صرف نظر از اینکه عمل و نتیجه در کدام کشور رخ داده است، کشوری که مجرم را در اختیار دارد به جرم او رسیدگی می‌کند.^۲ ماده ۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در این زمینه مقرر می‌دارد:

«هرگاه قسمتی از جرم یا نتیجه آن در قلمرو حاکمیت ایران واقع شود در حکم جرم واقع شده در جمهوری اسلامی ایران است.»

با این وجود اگر قسمتی از جرایم تروریستی در ایران اتفاق افتد و نتیجه آن در خارج از قلمرو حاکمیت ایران حاصل شود، دولت ایران صالح به رسیدگی به این جرایم و محکمه و مجازات مرتكبان آن خواهد بود. همچنین در مواقعي که قسمتی از جرم تروریستی در داخل یا خارج ایران به وقوع پیوندد و نتیجه آن در ایران حاصل شود، دولت ایران صالح به رسیدگی می‌باشد. لایحه قانونی مبارزه با تروریسم جمهوری اسلامی ایران در ماده ۹ صراحتاً مقرر می‌دارد اگر تمام یا بخشی از جرم تروریستی در ایران باشد، ایران صلاحیت رسیدگی به آن جرم را دارد.

برای اینکه بتوان محدوده اعمال قوانین کیفری را مشخص کرد، ابتدا لازم است محدوده قلمرو یک دولت را بدانیم. ماده ۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: «قوانين جزایی ایران درباره کلیه اشخاصی که در قلمرو حاکمیت زمینی، دریایی و هوایی جمهوری اسلامی ایران مرتكب جرم شوند اعمال می‌شود مگر آنکه به موجب قانون ترتیب دیگری مقرر شده باشد.» واضح است که طبق ماده ۳ مذبور تمامی اقدامات تروریستی در قلمروهای فوق تحت صلاحیت قوانین ایران می‌باشد، اعم از اینکه مرتكبان این جرایم از اتباع ایران یا غیرایرانی باشند. ماده ۳ برای اعمال قوانین ایران نسبت به جرایم تروریستی در قلمرو ایران کافی می‌باشد و افزون بر آن صلاحیت سرزمینی مورد توجه و تأکید برخی از کنوانسیون‌های بین‌المللی نیز واقع شده است.

۱. میرمحمدصادقی، حسین، حقوق جزای بین‌الملل، مجموعه مقالات، نشر میزان، ۱۳۷۷، ص. ۲۴.
۲. جاویدزاده، علی‌اوسط، صلاحیت دادگاه کیفری در حقوق جزای بین‌المللی (بررسی تطبیقی در حقوق جزای ایران و فرانسه)، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۷۶، ص. ۵۴.
۳. ماده ۹ مقرر می‌دارد: «در صورتی که تمام یا بخشی از جرم در قلمرو ایران، هوایی‌مای ثبت‌شده و کشتی‌های تحت پرچم آن به وقوع پیوسته باشد، دادگاه‌های ایران صلاحیت رسیدگی دارند.»

اعمال قوانین کیفری ایران در مورد جرایم تروریستی در قلمرو حاکمیت زمینی چندان مشکل بهنظر نمی‌رسد. اما اعمال قوانین کیفری در مورد جرایم تروریستی در موقعی که قلمرو دریایی و هوایی کشور مورد تعرض قرار گیرد تا حدی باب تفسیر را مفتوح نگه داشته است. در این مورد سئوال این است که قلمرو دریایی و هوایی ایران تا کجاست؟ قلمرو دریایی شامل آب‌ها، بستر دریاهای، زیر بستر دریاهای و فضای مأمور آنها است. قلمرو دریایی علاوه‌بر آب‌های داخلی شامل آب‌های ساحلی (دریای ساحلی) هم می‌شود که دریای سرزمینی عبارت است از قسمتی از دریا که بین ساحل یک کشور و دریای آزاد قرار گرفته است و تحت حاکمیت دولت ساحلی می‌باشد و حاکمیت دولت ساحلی علاوه‌بر خود دریای ساحلی بر فضای بالای دریای سرزمینی و نیز بر بستر آن نیز جاری می‌شود.^۱ طبق قانون تعیین حدود آب‌های ساحلی و منطقه‌ای نظارت دولت در دریاهای مصوب ۱۳۱۳ و اصلاحیه بعدی آن مصوب ۱۳۳۸، در مواد ۱ و ۲ آن حق حاکمیت ایران بر دریای ساحلی و فضای فوق آن و کف و زیر کف دریای ساحلی شناخته شده است و کلیه جرایم ارتکابی در صلاحیت و تابع قانون ایران است. ارتکاب جرایم تروریستی در قلمرو دریایی سرزمینی ایران، این جرم را تحت شمول قوانین کیفری ایران قرار خواهد داد و محاکم کیفری ایران صالح به رسیدگی می‌باشند.

کشتی‌های هر کشوری را می‌توان جزء قلمرو آن کشور به شمار آورد؛ بنابراین اگر جرمی در کشتی‌های یک کشور واقع شود، اصولاً باید آن جرم را در قلمرو آن کشور به حساب آورد.^۲ جرایم تروریستی در دریای سرزمینی ایران تابع قانون ایران می‌باشند؛ اعم از اینکه کشتی‌ها، تجاري یا جنگی باشد. از آنجا که این قبیل کشتی‌ها جزء خاک ایران محسوب می‌گردند و تابعیت ایران را دارا می‌باشند و پرچم این کشور را حمل می‌کنند، لذا قوانین کیفری ایران طبق اصل صلاحیت سرزمینی اعمال خواهد شد.^۳

مطابق ماده ۱۹ عهدنامه ۱۹۵۸ ژنو در زمینه دریای سرزمینی و منطقه نظارت و ماده ۲۷ معاهدۀ ۱۹۸۲ حقوق دریاهای، اصولاً دولت ساحلی از اعمال صلاحیت کیفری و مدنی بر کشتی‌های تجاري خارجی که از آب‌های سرزمینی شان عبور می‌کنند، خودداری می‌کنند؛ مگر در صورت وجود شرایط ذیل:

«الف - چنانچه نتایج جرم به کشور ساحلی سرایت کند؛

ب - چنانچه جرم از نوعی باشد که آرامش کشور ساحلی یا نظم دریای سرزمین را مختل سازد؛

۱. مواد ۱ و ۲ کنوانسیون ۱۹۸۳ راجع به دریای سرزمینی و منطقه مجاور.

۲. پوربافرانی، حسن، پیشین، ص. ۲۴.

۳. محسنی، مرتضی، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۵، ص. ۳۹۴.

- ج - چنانچه ناخدای کشتی یا مأمور دیپلماتیک یا کارمند کنسولی کشور صاحب پرچم از مقامات محلی در خواست کمک و یاری کرده باشد؛
- د - چنانچه این تدبیر به منظور جلوگیری از معامله غیرمجاز مواد مخدر و داروهای روان‌گردان لازم باشد».

هرچند دولت ایران صرفاً عهدنامه فوق را امضاء کرده ولی بدان ملحق نشده است و از این جهت برای ایران الزام آور نمی‌باشد، اما مقتن ایرانی مفاد این مواد را در ماده ۱۰ قانون مناطق دریایی جمهوری اسلامی ایران در خلیج فارس و دریای عمان مصوب ۱۳۷۲، لحاظ کرده است. مطابق ماده ۱۰ این قانون، تعقیب، رسیدگی و مجازات جرایم ارتکابی در کشتی‌های در حال عبور از دریای سرزمینی در موارد زیر در صلاحیت مراجع قضایی ایران می‌باشد:

- الف - چنانچه اثرات و عواقب جرم متوجه جمهوری اسلامی ایران گردد؛
- ب - چنانچه جرم ارتکابی مخل صلح و نظم و آرامش داخلی و یا نظم عمومی دریای سرزمینی باشد؛

ج - چنانچه فرمانده کشتی یا نماینده دیپلماتیک یا کنسولی دولت صاحب پرچم کشتی، تقاضای کمک و رسیدگی نماید؛

د - چنانچه رسیدگی و تعقیب برای مبارزه با مواد مخدر و روان‌گردان ضروری باشد.»

حتی اگر قانون فوق الذکر وجود نداشت، باز هم می‌توانستیم طبق اصل صلاحیت سرزمینی، ماده ۳ قانون مجازات اسلامی، صلاحیت قضایی مراجع کشور ایران را برای رسیدگی به جرایم ارتکابی در کشتی‌های تجاری اعمال نماییم. این امر مطابق با قطعنامه سال ۱۹۲۳ استکهم نیز می‌باشد؛ لذا چنانچه جرایم تروریستی در این کشور و در این مناطق از ایران به وقوع بپیوندد، مراجع ایران صلاحیت رسیدگی به جریم تروریسمی را خواهند داشت.

قلمرو یک کشور نه تنها شامل سرزمین و آبهای سرزمینی آن، بلکه شامل فضای آنها هم می‌شود. کنوانسیون پاریس مصوب ۱۳ اکتبر ۱۹۱۹ حاکمیت مطلق و انحصاری دولتها بر قلمرو هوایی مافوق سرزمین و آبهای سرزمینی را مورد تأکید قرار داد. ماده ۳ قانون هوایی کشوری در این زمینه مقرر کرده است:

«دولت حق حاکمیت مطلق و انحصاری در فضای بالای آبهای ساحلی را دارد».

هوایی کشوری را نیز می‌توان جزء قلمرو حاکمیت کشور محسوب کرد؛ لذا اگر جرمی در یک هوایی واقع شود، اصولاً رسیدگی به آن در صلاحیت دولت متبوع آن هوایی می‌باشد. ماده ۳۰ قانون فوق مقرر می‌دارد:

«... نسبت به جرایمی که داخل یک هواپیمای ایرانی در خارج از ایران ارتکاب شود ... مقررات ایران در مورد آن اجرا می‌شود».

دولت‌ها دارای صلاحیت سرزمینی و همچنین صلاحیت شخصی بر هواپیماها هستند. اصل بر این است که صلاحیت شخصی دولت به هر شخص یا چیزی که تابعیت آن را دارد، برمی‌گردد. یک هواپیما تابعیت دولتی را دارد که در آنجا به ثبت رسیده است. جرایم تروریستی که در هواپیمای ثبت‌شده در ایران، اتفاق بیافتد در صلاحیت محاکم ایران است. اگر جرم در هواپیمایی واقع شود که آن هواپیما نزد آن دولت به ثبت رسیده باشد، قانون الحق دولت ایران به قرارداد بین‌المللی جلوگیری از تصرف غیرقانونی هواپیما مصوب ۱۳۵۰ در بند ۱ ماده ۴ خود، قوانین کیفری ایران را صالح می‌داند. دولت متبع حق دارد که صلاحیت کیفری و مدنی خود را بر اعمالی که در هواپیما رخ می‌دهد، اعمال نماید و این امر در صورتی است که هواپیما در قلمرو حاکمیت خود یا در فضاهایی مثل دریاهای آزاد باشد که قلمرو حاکمیت هیچ کشوری نیست. بند ۱ ماده ۳ قانون الحق ایران به کنوانسیون توکیو مصوب ۱۳۵۵ مقرر می‌دارد که دولت ثبت‌کننده هواپیما برای رسیدگی به جرایم و اعمال ارتکابی در هواپیما صالح می‌باشد. بند الف ماده ۴ قانون مذبور مقرر می‌دارد که دولت متعاهدی که ثبت‌کننده هواپیما نباشد، نمی‌تواند اعمال صلاحیت جزایی نماید مگر جرم در سرزمین آن دولت اثراتی ایجاد نماید. لذا ارتکاب جرایم تروریستی که در هواپیما به ثبت رسیده است در ایران یا در قلمرو هواپیمای ایران، در محاکم ایرانی با قوانین جزای ایران مورد رسیدگی قرار می‌گیرد. در صورت وقوع جرایم تروریستی در هواپیما و قلمرو هواپیمایی کشور ایران محاکم این صلاحیت رسیدگی به جرایم موردنظر را دارند.

قانون الحق دولت ایران به کنوانسیون جلوگیری از اعمال غیرقانونی علیه امنیت هواپیمایی کشور مصوب ۱۳۵۲، در بند ۱ ماده ۵ مقرر می‌دارد که اگر جرایم در سرزمین دولت ایران و یا هواپیمایی که در نظر ایران به ثبت رسیده است ارتکاب یابد، در صلاحیت محاکم کیفری ایران می‌باشد. در مورد صلاحیت سرزمینی باید بپذیریم که ارتکاب جرایم تروریستی در قلمرو حاکمیت سرزمینی، دریایی و هوایی ایران طبق مواد فوق الذکر در صلاحیت محاکم کیفری ایران می‌باشد. در همین راستا قانون مربوط به کنوانسیون راجع به جلوگیری و مجازات جرایم علیه اشخاص مورد حمایت بین‌المللی، از جمله دیپلمات‌ها در بند ۱ ماده ۳ مقرر می‌دارد:

«هریک از کشورهای طرف کنوانسیون، اقدامات مقتضی برای اعمال صلاحیت خود در مورد جرایم مندرج در ماده ۲ در موارد ذیل معمول خواهد داشت:

الف - هنگامی که جرم در سرزمین آن کشور و یا در روی کشتی یا هواپیمای ثبت شده در قلمرو آن کشور واقع شود.»

این ماده صلاحیت سرزمینی، هوایی و دریایی را مورد توجه قرار داده است و جرایم تروریستی علاوه بر مواد فوق با توجه به این ماده نیز در صلاحیت محاکم کیفری ایران می‌باشد.

۲. اصل صلاحیت شخصی

اصل سرزمینی بودن قوانین جزایی در پاره‌ای از موارد به تنها بی قابل به حل و فصل مسائل حقوق جزا نیست. به عبارتی، اصل فوق نمی‌تواند کلیه جرایم ارتکابی را مورد مجازات قرار دهد. به عنوان مثال اگر یکی از اتباع ایرانی در خارج از قلمرو حاکمیت ایران مرتکب جرمی شود و قبل از تعقیب یا مجازات از کشور محل وقوع جرم فرار کرده و به کشور متبع خود پناه ببرد، اصل سرزمینی بودن قادر به تعقیب و محاکمه نیست؛ زیرا جرم در داخل قلمرو حاکمیت کشور متبع واقع نشده است. قانون گذار برای حل این مشکل اصل صلاحیت شخصی را به عنوان مکمل اصل صلاحیت سرزمینی مورد توجه قرار داد. اصل صلاحیت شخصی، صلاحیت قانون گذاری و به تبع آن صلاحیت قضایی نسبت به جرایم ارتکابی در خارج از قلمرو حاکمیت توسط اتباع یا علیه اتباع می‌باشد. وقتی که صلاحیت براساس تابعیت مجرم اعمال می‌شود «اصل تابعیت فعل» و اعمال صلاحیت براساس تابعیت مجنی علیه «اصل تابعیت منفعل» نامیده می‌شود.

اصل تابعیت فعل یعنی دولت می‌تواند اتباع خود را به دلیل جرایمی که در خارج از کشور خود مرتکب شده‌اند، مورد محاکمه و مجازات قرار دهد. در جرایم تروریستی، وقتی مجرم ایرانی باشد، محاکم ایران صلاحیت رسیدگی و محاکمه خواهند داشت. همان‌گونه که رفتار پسندیده و عالی اتباع در خارج از کشور موجب سربلندی کشور متبع می‌شود، به همان ترتیب نیز ارتکاب جرایم تروریستی توسط اتباع در خارج از کشور موجب کسر حیثیت و اعتبار دولت متبع خواهد شد. علاوه بر این عدالت اقتضا می‌کند که برای جلوگیری از بی‌مجازات ماندن فرد تروریست، او توسط کشور متبع عنش محاکمه شود. قانون گذار ایران مواد ۶ و ۷^۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ را برای اعمال صلاحیت شخصی در نظر گرفته است و با همین دو ماده قانونی می‌توانیم تمامی تروریست‌هایی که از اتباع ایرانی محسوب می‌شوند را مورد محاکمه و مجازات قرار دهیم. برای محاکمه تروریست‌های ایرانی به دلیل ارتکاب جرایم تروریستی در دیگر

۱. ماده ۶ مقرر می‌دارد: «به جرایم مستخدمان دولت اعم از ایرانی یا غیرایرانی که در رابطه با شغل و وظیفه خود در خارج از قلمرو حاکمیت ایران مرتکب شده‌اند و به جرایم مأموران سیاسی و کنسولی و دیگر واستگان دولت ایران که از مصونیت سیاسی برخوردارند، طبق قوانین جمهوری اسلامی ایران رسیدگی می‌شود.» ماده ۷ نیز مقرر می‌دارد: «علاوه بر موارد مذکور در موارد فوق هریک از اتباع ایران در خارج از کشور مرتکب جرمی شود طبق قوانین جمهوری اسلامی ایران محاکمه و مجازات می‌شود»

نقاط جهان، باید برخی شرایط وجود داشته باشد؛ از آنجا که این صلاحیت یکی از راه‌های تکمیلی در جهت رفع نقص صلاحیت سرزمینی است، کشورهای مختلف اصل صلاحیت شخصی را بهطور مطلق و بدون قید و شرط اعمال نمی‌کنند.

یکی از شرایط اعمال اصلی صلاحیت شخصی این است که جرم ارتکابی تبعه در خارج از کشور از «جرائم مهم» باشد. وقتی از همکاری بین‌المللی در مجازات مجرمان سخن به میان می‌آید، منظور مجازات اعمالی است که جلوگیری از ارتکاب آنها اهمیت داشته باشد. واضح است که جرائم تروریستی هم از نظر اسناد بین‌المللی و هم از نظر دولت‌ها به عنوان جرم مهم شناخته شده و برخورد ویژه با آن مدنظر قانون‌گذاران قرار گرفته است.

عموماً اعتقاد بر این است که کشورهای پیرو نظام حقوق موضوعه از اصل تابعیت به عنوان یکی از زیربنایی صلاحیت استقبال بسیار کردند، حال آنکه کشورهای پیرو نظام حقوق کامن لا اعمال صلاحیت براساس رابطه تابعیت را در جرایم شدیدتر اعمال می‌کنند. مثلاً در انگلستان در مواردی از قبیل جرایم ارتکابی راجع به مسائل امنیتی، قتل و ... به این اصل مراجعه می‌شود.^۱ به طور کلی کشورهای مختلف عمولاً جرایم جنایی و برخی از جرایم جنحه‌ای اتباع خود را در خارج از کشور قابل رسیدگی در محاکم کشور خود می‌دانند و آنها را جزء جرایم مهم قلمداد می‌نمایند.^۲

یکی دیگر از شرایط اعمال صلاحیت شخصی در مورد عمل ارتکابی تبعه در خارج از قلمرو حاکمیت کشور این است که هم در کشور متبع و هم در محل وقوع جرم، آن عمل مجرمانه و قابل مجازات باشد، زیرا تعقیب عملی که در محل وقوع فاقد جنبه کیفری است به دور از عدل و انصاف است. از آنجا که جرائم تروریستی در همه کشورها جرم‌انگاری شدند و همچنین طبق قطعنامه شماره ۱۳۷۳ همه کشورها را ملزم به جرم‌انگاری تروریسم کرد، شرط مجرمیت متقابل در زمینه تروریسم وجود خواهد داشت و کشور ایران در مورد محاکمه اتباع خویش در صورت ارتکاب جرایم تروریستی مشکل نخواهد داشت. اصل مجرمیت متقابل به عنوان یکی از اصول مسلم حقوق جزا مورد توجه حقوق دانان کیفری قرار گرفته است، زیرا اعمال این اصل با مبانی و اهداف اصل صلاحیت شخصی سازگاری دارد.

علاوه بر مواد ۶ و ۷ قانون مجازات اسلامی که صراحتاً بیان می‌دارد مجرم ایرانی در هر جای دنیا مرتکب جرم شود در صلاحیت محاکم ایران است، جرایم تروریستی که مرتکبان آن از اتباع ایرانی باشند را می‌توان با توجه به همین ماده مورد محاکمه قرار داد. قانون هوایی کشوری در ماده ۳۱ خود با تأکید بر همین اصل مقرر می‌دارد:

۱. والاس، ربه‌کا، پیشین، ص. ۱۸۳.

۲. پوربافرانی، حسن، پیشین، ص. ۴۶.

«به جنحه و جنایاتی که در هواپیمای خارجی حین پرواز ارتکاب شود، در صورت وجود یکی از شرایط ذیل محاکم ایران رسیدگی خواهد کرد: الف) ... ب) متهم تبعه ایرانی باشد.» همچنین قانون الحاق دولت ایران به کنوانسیون توکیو راجع به جرایم و برخی اعمال ارتکابی دیگر در هواپیما در ماده ۴ مقرر می‌دارد:

«دولت متعاهدی که دولت ثبت‌کننده هواپیما نباشد، نمی‌تواند به منظور اعمال صلاحیت جزایی خود در مورد جرم ارتکابی در داخل هواپیما در امر پرواز آن مداخله نماید، مگر در موارد مشروحه ذیل: الف) ب) جرم توسط اتباع آن دولت یا مقیمین دائمی آن ارتکاب یافته باشد.»

نتیجه اینکه زمانی که جرایم تروریستی در خارج از قلمرو حاکمیت ایران ارتکاب یافته باشد و مجرم ایرانی باشد، قانون ایران با توجه به مواد ۶ و ۷ قانون مجازات اسلامی و قوانین هواپیمایی حاکم خواهد بود و شخص مجرم در ایران و طبق قوانین ایران محاکمه خواهد شد. افرون بر این قوانین، قانون راجع به کنوانسیون جلوگیری و مجازات جرایم علیه اشخاص مورد حمایت بین‌المللی من جمله دیپلمات‌ها، در قسمت ج بند ۱ ماده ۳ مقرر می‌دارد:

«هریک از کشورهای طرف کنوانسیون اقدامات مقتضی برای اعمال صلاحیت خود در مورد جرایم مندرج در ماده ۲ در موارد زیر معمول خواهد داشت: الف) ... به هنگامی که مظنون به ارتکاب جرم تبعه آن کشور باشد.»

قسمت دوم اصل صلاحیت شخصی، صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی‌علیه می‌باشد. حمایت از اتباع از ظایف‌های دولت به شمار می‌رود^۱ که به طرق مختلف انجام می‌گیرد. گاهی این حمایت غیرکیفری است و صرفاً با اقدامات سیاسی و کنسولی تحقق می‌پذیرد و زمانی دیگر این حمایت شکل کیفری داشته و دولتها رسیدگی به جرایمی که خارج از قلمرو حاکمیت آنها علیه اتباعشان به وقوع می‌پیوندد را بر عهده می‌گیرند. اعمال این صلاحیت در جرایم تروریستی مورد قبول جامعه بین‌المللی قرار گرفته است. وقتی که عملیات تروریستی به وقوع می‌پیوندد و اتباع ایرانی قربانی آن واقع می‌شوند به نوعی حیثیت و اعتبار این کشور مورد تعرض قرار گرفته^۲ و در پاسخ به این عمل و حمایت از اتباع خویش شایسته است که دولت ایران صلاحیت رسیدگی به این جرم را داشته باشد. به نظر می‌رسد که اعمال اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی‌علیه نوعی مداخله در حاکمیت دولتی است که جرم در قلمرو آن واقع شده است.^۳ در ارتکاب یک

۱. حسینی‌نژاد، حسینقلی، حقوق کیفری بین‌المللی، نشر میزان، ۱۳۷۲، ص. ۶۵.
 ۲. علی‌آبادی، عبدالحسین، حقوق جنایی، جلد سوم، انتشارات فردوسی، چاپ دوم، ۱۳۷۰، ص. ۱۵۰.
 3. Geoff, Gilbert, Crimes Sans Frontiers: Jurisdictional Problems In English Law, The British Yearbook of International Law, 1992, p. 41.

جرائم اصلی ترین صلاحیت برای رسیدگی، صلاحیت سرزمینی است و دولتی که جرم در قلمرو آن ارتکاب یافته است صالح به رسیدگی می‌باشد و در مرحله بعد دولتی که مجرم تبعه آن می‌باشد صلاحیت رسیدگی به جرایم ارتکابی را دارد و کمتر صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی‌علیه مورد توجه قانون‌گذاران قرار می‌گیرد. شاید بتوان گفت که این انتقاد و انتقادات دیگر در این زمینه موجب شده است که برخی از کشورها مانند آمریکا و انگلستان در پذیرش این اصل تاحدی با مشکل مواجه شوند.

قوانين کیفری ایران چه قبل و چه بعد از انقلاب این اصل را مورد توجه قرار ندادند و فقط در برخی از قوانین متفرقه این اصل مورد قبول قانون‌گذار ایران قرار گرفت. این قوانین خاص با پیوستن ایران به معاهدات بین‌المللی در زمینه تروریسم مورد پذیرش قرار گرفته است، یعنی این اصل در قوانین ایران وجود ندارد و استثنائاً در برخی از جرایم تروریستی می‌تواند حاکم باشد، مشابه با وضعیت ایران، آمریکا نیز اعمال اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی‌علیه را در جرایم تروریستی پذیرفت.

بند ۲ ماده ۳۱ قانون هواپیمایی این اصل را پذیرفته است.^۱ در جرایم تروریستی به دلیل اهمیت ویژه این جرایم، در جایی که قانون‌گذار ایران نتواند صلاحیت سرزمینی و صلاحیت مبتنی بر تابعیت فعال را اعمال نماید، اگر مجنی‌علیه از اتباع این کشور باشد، محاکم ایران صلاحیت رسیدگی به این جرایم را دارا خواهد بود. علاوه‌بر قانون فوق الذکر قانون الحق دولت ایران به کنوانسیون توکیو، راجع به جرایم و برخی اعمال ارتکابی دیگر در هواپیما در بنده ب ماده ۴ خود این اصل را مورد توجه قرار داده است.^۲

علاوه‌بر موارد فوق، بنده ب ماده ۳ قانون مربوط به کنوانسیون راجع به جلوگیری و مجازات جرایم علیه اشخاص مورد حمایت بین‌المللی من جمله دیپلمات‌ها^۳ این اصل را پذیرفته است. چنانچه دیپلمات‌های ایران در خارج از کشور مورد تعرض، قتل، آدمربایی و ... قرار گیرند، دولت ایران صلاحیت رسیدگی به این جرم تروریستی را خواهد داشت. کنوانسیون‌های بین‌المللی راجع به تروریسم، این اصل را به رسمیت شناختند و این امر نشانه این است که جامعه جهانی این اصل را مشروع دانسته و می‌تواند در جرایم

۱. بنده ب ماده ۳۱ مقرر می‌دارد: «به جننه و جنایاتی که در داخل هواپیمای خارجی حین پرواز ارتکاب شود در صورت وجود یکی از شرایط ذیل محاکم ایران رسیدگی خواهد کرد: الف) ... ب) مجنی‌علیه تبعه ایران باشد».

۲. بنده ب ماده ۴ مقرر می‌دارد: «دولت متعاهدی که دولت ثبت‌کننده هواپیما نباشد، نمی‌تواند به منظور اعمال صلاحیت جزایی خود در مورد جرایم ارتکابی در داخل هواپیما در امر پرواز آن مداخله نماید، مگر در موارد مشرووحه ذیل: ... ب: جرم علیه یکی از اتباع آن دولت یا مقیمین دائمی آن ارتکاب یافته باشد».

۳. بنده ب ماده ۳ مقرر می‌دارد: «هریک از کشورهای طرف کنوانسیون، اقدامات مقتضی برای اعمال صلاحیت خود را در مورد جرایم مندرج در ماده ۲ در موارد زیر معمول خواهد داشت: ... هنگامی که ارتکاب جرم، علیه شخص مورد حمایت بین‌المللی، که وضع خود را به اعتبار وظایف محول از طرف کشور مذکور تحصیل نموده است واقع گردد».

مهم، اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی‌علیه را اعمال نماید. علاوه‌بر کنوانسیون‌های بین‌المللی راجع به تروریسم که ایران به آنها ملحق شده است، برخی از موافقتنامه‌های بین ایران و دیگر کشورها نیز این اصل را پذیرفته‌اند که عمدتاً در مورد جرایم ارتکاب‌یافته بر روی کشتی‌ها می‌باشد.

در موافقتنامه کشتی‌رانی تجاری میان ایران و بلغارستان مصوب ۱۳۷۲، تأکید بر توسعه کشتی‌رانی تجاری شده است و در مورد صلاحیت کیفری برای جرایم ارتکابی بر روی عرشه کشتی مقررات کشور صاحب پرچم را حاکم دانسته‌اند و در بند ۲ ماده ۱۳ آن اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی‌علیه را پذیرفته و مقرر کرده است:

«مقامات صلاحیت‌دار یکی از طرفین متعاهد نباید در امور کیفری مربوط به جرایمی که در عرشه کشتی تحت پرچم طرف متعاهد دیگر به هنگام توقف در بندر روی می‌دهد اعمال صلاحیت کیفری نماید مگر در موارد ذیل: ... جرم توسط اتباع دولت پذیرنده یا علیه آنان صورت گرفته باشد.»

موافقتنامه کشتی‌رانی تجاری میان ایران و اوکراین مصوب ۱۳۷۴ نیز با تأکید بر توسعه کشتی‌رانی تجاری در مورد اعمال صلاحیت کیفری برای جرایم ارتکابی بر روی عرشه کشتی در بند ماده ۱۳ مقرر می‌دارد:

«مقامات صلاحیت‌دار هریک از دو طرف متعاهد نباید در امور کیفری مربوط به جرایمی که در عرشه کشتی تحت پرچم طرف دیگر به هنگام توقف در بندر روی می‌دهد، خود را واجد صلاحیت کیفری بدانند مگر در موارد زیر: ... هنگامی که جرم توسط اتباع کشور پذیرنده یا علیه ایشان ارتکاب یافته باشد.»

موافقتنامه‌های فوق اصل صلاحیت شخصی هم از نوع تابعیت فعال و هم منفعل را پذیرفتند. قانون‌گذار ایران در قانون مجازات اسلامی این اصل را در ماده ۷ و ۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ پیش‌بینی کرده است. طبق این شش کنوانسیون که ایران به آنها ملحق گردیده است، اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی‌علیه قابل اعمال خواهد و با پذیرش این اصل در قوانین ایران هرچند به کنوانسیون‌های دیگر ملحق نشدیم اما می‌توانیم قوانین ایران را برای رسیدگی و مجازات صالح بدانیم.

پذیرش این اصل نه با شرع مقدس اسلام در تعارض است و نه با قانون اساسی کشور ایران؛ لذا قانون‌گذار ایران اعمال صلاحیت قوانین ایران را در این مورد در تمامی زمینه‌ها پذیرفته است. دین اسلام دین جهانی است و مقررات آن برای همه مردم جهان وضع شده است و زمان و مکان خاصی را مدنظر قرار نمی‌دهد. مسلمان هر کجا که باشد در سرزمین کفر یا سرزمین اسلام، مسلمان است و خونش محترم و کشتن او حرام است و قاتلش کشته می‌شود و در این مورد تفاوتی نمی‌کند که در

سرزمین خود باشد یا بیگانه، از روی اجبار و در حال اسارت وارد آن سرزمین شده باشد یا با حالت اختیار وارد شده باشد.^۱ اعمال این اصل در دادگاه‌های ایران در همه جرایم، موجب توسعه صلاحیت ایران می‌شود و این امر نه تنها منع شرعی ندارد بلکه مورد تأکید شرع هم می‌باشد.^۲ برای اعمال این اصل، همانند اصل صلاحیت سرزمینی باید شرایطی وجود داشته باشد که در صورت وجود تمامی آنها دولت ایران صالح برای رسیدگی به جرایم تروریستی خواهد بود. از جمله شرط مجرمیت متقابل، همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، جرایم تروریستی هم توسط قطعنامه الزام‌آور شماره ۱۳۷۳ جرم‌انگاری شده و هم استاد سیزده‌گانه بین‌المللی راجع به تروریسم آنرا جرم دانسته‌اند. لذا در مورد جرایم تروریستی شرط مجرمیت متقابل مفروض تلقی می‌گردد.

این شرط زمانی اعمال می‌شود که جرم ارتکابی در قانون کشور متبع مجرم با مجازات خفیف روبرو بوده و در قانون کشور متبع مجنی‌علیه دارای مجازات سنگین باشد. اعمال این اصل زمانی به نفع دولت متبع مجنی‌علیه است که جرایم از نوع شدید محسوب شود، زیرا رسیدگی و صرف هزینه وقت نسبت به جرایم کم‌اهمیت علیه اتباع کشور نمی‌تواند چندان مطلوب باشد. قانون گذار ایران اجرای این اصل را در مورد جرایم تروریستی پذیرفته است، این جرایم در همه کشورها از اهمیت خاص برخوردار است و مرتكبان آن با مجازات شدید مواجه خواهند بود. قانون الحاق دولت ایران به کنوانسیون جلوگیری از اعمال غیرقانونی علیه امنیت هوایی کشور در ماده ۳ مقرر می‌دارد:

«هریک از دول متعاهد، تعهد می‌نماید برای جرایم مذکور در ماده ۱ کیفرهای شدید مقرر دارد.»

جرائم تروریستی شرط مزبور برای اجرای این اصل را نیز دارا می‌باشند. لذا با توجه به قوانین متفرقه موجود می‌توان گفت که رویکرد مقتن ایران در مورد اصل صلاحیت شخصی بر این است که اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجرم طبق مواد ۶ و ۷ قانون مجازات اسلامی، به‌طور مطلق و اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی‌علیه به صورت مشروط مورد پذیرش قانون گذار قرار گرفته است.

۱. عوده، عبدالقادر، حقوق جنایی اسلام براساس مذاهب پنجگانه، ترجمه اکبر غفوری، انتشارات آستان قدس، ۱۳۷۳، ص. ۳۸۶.

۲. پوربافرانی، حسن، «اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی‌علیه در حقوق جزای بین‌الملل و ایران»، نامه مغاید، شماره ۳۷، ۱۳۸۲، ص. ۱۱۵.

لایحه مبارزه با تروریسم اصل صلاحیت شخصی را به طور مطلق پذیرفته است.^۱ به جرایم تروریستی که مجرم یا مجنی عليه از اتباع ایران باشند در ایران و طبق قوانین کیفری این کشور رسیدگی خواهد شد. اگر مرتكبان در دادگاههای خارجی مورد محاکمه و مجازات واقع شوند، مجازات تحمل شده مورد توجه دادگاههای ایران قرار خواهد گرفت. ماده فوق نشان‌دهنده این است که ایران «اصل منع محاکمه مجدد» را نپذیرفته است. با پذیرش این اصل کشور ایران در صورت محاکمه مرتكبان در دادگاههای خارجی، حق محاکمه مجدد آنها را نخواهد داشت، اما با عدم پذیرش این اصل محاکم ایران صلاحیت رسیدگی و محاکمه مجدد را خواهند داشت؛ اما نوع و میزان مجازات تحمل شده از سوی مجرم باید مورد توجه قرار گیرد.

۳. اصل صلاحیت واقعی

صلاحیت دادگاههای یک دولت برای رسیدگی به جرایمی که منافع اساسی و حیاتی آن دولت را در بیرون از مرزهای سیاسی آن به مخاطره می‌اندازد، صلاحیت واقعی نامیده می‌شود. اجرای این اصل زمانی اتفاق می‌افتد که جرم در سرزمین بیگانه و توسط مجرم یا علیه مجنی علیه‌ی غیر از اتباع کشور رخ می‌دهد و جایی برای اجرای اصل سرزمینی یا اصل صلاحیت شخصی وجود ندارد و جرم ارتکابی به امنیت و منافع اساسی کشور لطمہ وارد می‌نماید.

عده‌ای مبنای این صلاحیت را دفاع مشروع ذکر کرده‌اند. از آنها که جرایم تروریستی که در خارج از سرزمین کشوری ارتکاب می‌یابد، ممکن است آثاری برای کشور داشته باشد و کشور در معرض خطر قرار گیرد، حق طبیعی کشور است که از خود دفاع نماید.^۲ به‌نظر می‌رسد که اتکا بر این مبنای برای اعمال صلاحیت واقعی در قبال جرایم تروریستی چندان موجه نباشد. زیرا اعمال صلاحیت واقعی بعد از ارتکاب جرم تحقق خواهد پذیرفت ولی دفاع مشروع در حین ارتکاب جرم مورد پذیرش جامعه جهانی خواهد بود و اقدامات بعد از ارتکاب جرم دفاع مشروع محسوب نخواهد شد.

مبنای دیگری که برای اعمال این اصل بیان کرده‌اند این است که ارتکاب جرایم تروریستی و جرایمی که علیه منافع اساسی کشور در خارج واقع می‌شوند و اخلال شدید در نظم عمومی کشور به وجود می‌آورند، مانند آن است که این جرم در خاک

۱. ماده ۱۱ مقرر می‌دارد: «هرگاه قربانی یا متهم به ارتکاب جرایم تروریستی از اتباع جمهوری اسلامی ایران باشد، محاکم جمهوری اسلامی ایران دارای صلاحیت خواهد بود. در مواردی که مرتكب به موجب حکم دادگاه خارجی محکوم و مجازات شده باشد، مراجع رسیدگی داخلی مجازات تحمل شده از سوی مرتكب را الحاظ خواهد کرد.»
۲. حسینی‌نژاد، حسینقلی، حقوق کیفری بین‌المللی، نشر میزان، ۱۳۷۲، ص. ۵۸.

کشور واقع شده است.^۱ بند الف ماده ۳۱ قانون هوایی کشور بر همین مبنای صورتی که جرمی که در هوایی خارجی در حین پرواز ارتكاب می‌باید را در صورت وجود اختلال در امنیت عمومی کشور در صلاحیت محکم ایران می‌داند.

برای این که کشور ایران بتواند صلاحیت واقعی را در مورد جرایم تروریستی اعمال نماید، لزوماً باید این جرایم در خارج از قلمرو حاکمیت ایران واقع شود؛ زیرا اگر این جرایم در داخل قلمرو حاکمیت ایران واقع شوند قوانین ایران طبق اصل صلاحیت سرزمینی مجری خواهد بود و نوبت به اعمال اصل صلاحیت واقعی نخواهد رسید. اصل بر این است که جرایمی که در خارج از قلمرو حاکمیت کشور رخ می‌دهد، در صلاحیت این کشور نیست. اما بر این اصل استثنایی وارد شده و آن این است که اگر جرایم علیه منافع اساسی و حیاتی کشور ارتكاب یابند، هرچند که محل ارتكاب جرم در کشور بیگانه باشد و جرم توسط یا علیه غیراتباع ارتکاب یابد، محکم کیفری ایران صالح خواهد بود.

ماده ۵ قانون مجازات اسلامی نیز به شرایط فوق اشاره دارد. نتیجه اینکه جرایم تروریستی که در خارج از کشور ارتكاب می‌باید، به دلیل اینکه از جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی و تمامیت ارضی ایران محسوب می‌گردد، رسیدگی به آن در محکم و طبق قوانین ایران امکان‌پذیر است. صرفنظر از جرایم تروریستی که خطر آن برای امنیت داخلی و خارجی کشور به اثبات رسیده است، دایره شمول جرایم امنیتی با توجه به ملاحظات امنیتی و مصالح سیاسی کشورها متغیر است و ممکن است برخی از دولتها جرایم امنیتی را موضع تفسیر نمایند و بسیاری از جرایمی که در خارج از قلمرو حاکمیتی آن دولت اتفاق می‌افتد را جرایم امنیتی تلقی نموده و طبق اصل صلاحیت واقعی، قوانین کیفری خویش را حاکم بدانند.

برای اینکه یک دولت بتواند اصل صلاحیت واقعی خویش را اعمال نماید آیا مجرم باید در آن کشور حضور داشته باشد یا بدون حضور مجرم با محکمه غایبی می‌توان این اصل را اعمال نمود؟ عده‌ای محکمه غایبی و صدور حکم مقتضی را در مورد جرایم علیه امنیت و اعمال صلاحیت واقعی را جایز می‌دانند و طبق نظر این عده، در جرایم تروریستی در خارج از قلمرو حاکمیت ایران، در عمل اگر مجرم به ایران مسترد نشود، قوانین ایران طبق اصل صلاحیت واقعی حاکم خواهد بود. اما این اصل زمانی قابلیت اعمال دارد که لزوماً مجرم در کشور حضور داشته باشد زیرا عدم حضور مجرم و محکمه غایبی وی جز اینکه عدم توانایی در اجرای عدالت را نشان دهد، اثری دیگر نخواهد داشت.

۱. به نقل از: پوری‌فرانی، حسن، «اصل صلاحیت واقعی در حقوق جرایی بین‌الملل و ایران»، مجله حقوق دادگستری، شماره ۴۰، ۱۳۸۲، ص. ۶۳.

اصل صلاحیت واقعی در مورد بیگانگانی اعمال می‌شود که با ارتکاب جرایم مهم و بر هم زدن امنیت کشور لطماتی بر نظم عمومی وارد آورده‌اند^۱، و اگر مجرم از اتباع آن کشور باشد، دیگر جایی برای اعمال این اصل باقی نخواهد ماند و اصل صلاحیت شخصی اعمال می‌شود. ولی قانون گذار ایران طبق ماده ۵ قانون مجازات اسلامی با عبارت «هر شخص ایرانی یا...» اصل صلاحیت واقعی و نه صلاحیت شخصی را قابل اعمال می‌داند.

علاوه بر ماده ۵ قانون مجازات اسلامی، قانون گذار ایران در برخی از قوانین متفرقه این اصل را قابل اعمال می‌داند. بند الف ماده ۳۱ قانون هوایپیمایی کشوری برای رسیدگی به جنحه و جنایاتی که داخل هوایپیمای خارجی حین پرواز ارتکاب یابد، در صورتی که جرم مخل انتظامات یا امنیت عمومی ایران باشد، قوانین ایران را صالح می‌داند. طبق این ماده در صورت وقوع جرایم تروریستی که مخل امنیت ایران است محکم ایران صلاحیت رسیدگی به این جرایم را دارا هستند و بر طبق قوانین ایران می‌توان مجرمین را به مجازات رساند؛ اعم از اینکه مجرم و مجنی عليه از اتباع ایران باشند یا خیر.

ماده فوق رسیدگی غیابی را جایز ندانسته، ولی ماده ۵ قانون مجازات اسلامی رسیدگی غیابی را جایز اعلام نموده است. همچنین ماده ۴ قانون الحاق دولت ایران به کنوانسیون توکیو، در بند ج، غیر از دولت ثبت‌کننده هوایپیما، دولت دیگری را برای رسیدگی کیفری صالح نمی‌داند، مگر اینکه ارتکاب جرم امنیت آن دولت را به مخاطره بیاندازد. لذا در مورد جرایم تروریستی می‌توان گفت که چون امنیت کشور در مخاطره قرار می‌گیرد، قانون گذار ایران طبق اصل صلاحیت واقعی و با توجه به ماده ۵ قانون مجازات اسلامی، قانون هوایپیمایی کشوری و قانون الحاق دولت ایران به کنوانسیون توکیو، حق اجرای قوانین کیفری خود را خواهد داشت. لایحه قانون مبارزه با تروریسم، اصل صلاحیت واقعی ایران در جرایم تروریستی که در خارج از قلمرو ایران و عليه دولت ایران ارتکاب می‌یابد را پذیرفته است و تعرض به سازمان‌های بین‌المللی مستقر در ایران را در حکم تعرض به ایران دانسته و مشمول اصل صلاحیت واقعی قرار داده است.^۲

۴. اصل صلاحیت جهانی

صلاحیت جهانی عبارت است از اینکه محکم کیفری همه دولتها باید صلاحیت رسیدگی به جرمی را داشته باشند که فرد نامعین در کشور نامعین مرتكب

1. Browntie, Lan, Principles of Public International Law, 4th ed., Oxford University Press, 1990, p. 304.

۲. ماده ۱۳ مقرر می‌دارد: «هرگاه عمل تروریستی در خارج از کشور و عليه دولت جمهوری اسلامی ایران یا سازمان‌های بین‌المللی مستقر در خاک ایران ارتکاب یافته باشد اعمال صلاحیت با دادگاه‌های کیفری استان تهران خواهد بود.»

شده است.^۱ تروریسم از جرایمی است که اسناد بین‌المللی آن را مشمول اصل صلاحیت جهانی دانسته‌اند؛^۲ این اصل به دو دسته «اصل صلاحیت جهانی عام» و «اصل صلاحیت جهانی محدود» تقسیم می‌شود. در نوع اول این اصل نسبت به تمام جرایم خطناک که در بیشتر کشورها دارای مجازات نسبتاً شدیدی است اعمال می‌شود و در نوع دوم صرفاً برای جرایم بین‌المللی یا جرایمی که در مورد آنها عهده‌نامه‌ها و قوانین خاص وجود دارد، اعمال می‌شود و جرایم عادی هرچند خطناک باشند، مشمول آن نخواهد بود. به نظر می‌رسد که ماده ۹ قانون مجازات اسلامی از رویکرد دوم تبعیت کرده است. این ماده مقرر می‌دارد:

«مرتكب جرایمی که به موجب قانون خاص یا عهده‌نامه‌ها و مقررات بین‌المللی در هر کشور یافت شود، در همان کشور محاکمه می‌شود، اگر در ایران یافت شود، طبق قوانین جزایی جمهوری اسلامی ایران محاکمه و مجازات می‌گردد.»

اصل صلاحیت جهانی برای جلوگیری از بی‌کیفر ماندن مجرمانی که اعمال مجرمانه آن در سطح جامعه جهانی تأثیر داشته است، اعمال می‌شود. با توصل به این صلاحیت می‌توان گفت که جای امنی برای مجرمان وجود نخواهد داشت و متهمان در هر کشوری که دستگیر شده باشند، محاکمه می‌گردند. این نگرش «اصل صلاحیت جهانی گروهی یا نیابتی» نامیده می‌شود.^۳ این اصل در مورد کنوانسیون‌هایی که برمبنای قاعده «استرداد یا محاکمه» بنا نهاده شده‌اند، اعمال می‌شود. لذا صلاحیت جهانی ماده ۸ فوق که بحث از دستگیری متهمان بیان آمده است، موردنظر مطالب فوق می‌باشد. در اغلب کنوانسیون‌های مبارزه با تروریسم، قاعده استرداد یا محاکمه، مورد توجه تدوین‌کنندگان قرار گرفته است؛ قانون الحاق دولت ایران به کنوانسیون جلوگیری از اعمال غیرقانونی علیه امنیت هوایی کشوری در ماده ۳ مقرر می‌دارد:

«علاوه بر مفاد بند ۲ این ماده در موارد پیش‌بینی شده در بندهای فرعی الف، ب، ج، و، ه بند ۱ ماده ۱ کنوانسیون حاضر در صورت پیدا شدن مرتكب یا مظنون به ارتکاب جرم در سرزمین دولتی غیر دولتی ثبت کننده هواییما نیز مجری خواهد بود.»

علاوه بر این، قانون هواییما کشور در ماده ۳۱ بند ج مقرر می‌دارد که در مورد جنحه و جنایاتی که داخل هواییما خارجی در حین پرواز ارتکاب می‌یابد، در صورتی که هواییما بعد از وقوع جرم در ایران فرود آید، محاکم ایران صالح به رسیدگی هستند. همچنین قانون الحاق ایران به کنوانسیون لاهه در قسمت «ب» بند ۱ ماده ۴ صلاحیت

۱. حسینی‌نژاد، حسینقلی، پیشین، ص. ۷۶.

2. Bassiouni, Cherif, the History of Universal Jurisdiction and Its Place in International Crimes under International Law, University of Pennsylvania Press, 2004, p. 46.

3. Ibid. p. 42.

جهانی ایران در قبال جرایم تروریستی را پذیرفته و مقرر داشته است که در موارد ذیل دول متعاهد اعمال صلاحیت کنند:

«اگر هواپیمایی که جرم در آن واقع شده، در قلمرو آن دولت فرود آید و مظنون به ارتکاب هنوز در هواپیما باشد.»

همچنین در بند ۲ ماده ۴ قانون فوق الذکر با تأکید بر این اصل مقرر کرده است:

«در موردی هم که مظنون به ارتکاب جرم در قلمرو یکی از دول متعاهد یافت شود و این دولت طبق ماده (۸) او را به هیچ یک از دول موضوع بند (۱) این ماده مسترد ندارد، برای احراز صلاحیت خود و رسیدگی به جرم اقدام لازم معمول خواهد نمود.»

قانون مربوط به کنوانسیون راجع به جلوگیری و مجازات جرایم علیه اشخاص مورد حمایت بین‌المللی من جمله دیپلمات‌ها مصوب ۱۳۵۷، در بند ۲ ماده ۳ نیز

صلاحیت جهانی ایران برای رسیدگی به جرایم مزبور را پذیرفت و مقرر داشت:

هریک از کشورهای طرف کنوانسیون در موردی که مظنون به ارتکاب جرم در سرزمین آن کشور به سر می‌برد و طبق ماده (۸) به هیچ یک از کشورهای مندرج در بند (۱) این ماده مسترد نمی‌گردد، اقدامات مقتضی برای اعمال صلاحیت خود در مورد آن جرایم معمول خواهد نمود.»

مقدم ایران صلاحیت جهانی گروهی را در قبال جرایم تروریستی پذیرفته است. در برابر نگرشی که ایران در مورد صلاحیت جهانی پذیرفته است، یک نوع صلاحیت جهانی وجود دارد که هر کشور می‌تواند یک جانبه و حتی در غیاب مرتکب به تحقیق و رسیدگی اقدام نماید. به این نگرش اصل صلاحیت جهانی یک جانبه نیز می‌گویند که قوانین کیفری ایران از آن تبعیت ننموده است.

از آنجا که اعمال اصل صلاحیت جهانی تکمیل کننده بقیه اصولی است که هنوز اجرا نشده‌اند؛ در صورتی محاکم داخلی این اصل را اعمال می‌نمایند که متهم قبلًا در دادگاه‌های خارجی محاکمه نشده باشد^۱ و در صورت محاکمه متهم در یکی از دادگاه‌های خارجی، دادگاه‌های ملی باید از محاکمه متهم امتناع نمایند. این شرط به قاعده منع محاکمه مجدد معروف است و برخی از کشورها آن را پذیرفته و برخی دیگر از پذیرش آن امتناع نموده‌اند. اما در واقع محاکم داخلی باید اعمال صلاحیت جهانی توسط دادگاه‌های صلاحیت‌دار خارجی را به رسمیت بشناسند و نباید بعد از محاکمه متهم در یک کشور خارجی، محاکم ملی دوباره وی را محاکمه نمایند.^۲

۱. خالقی، علی، «محاکمه صدام و مسئله صلاحیت دادگاه از منظر حقوق داخلی و بین‌المللی»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۴، ۱۳۸۲، ص. ۴۳۲.

2. Lain, Cameron, The Protective Principle of International Criminal Jurisdiction, Dartmouth Publishing Company, 1994, p. 85.

کشور ایران، طبق ماده ۹ قانون مجازات اسلامی اصل صلاحیت جهانی را پذیرفته است. ماده ۹ اشاره به قوانین خاص و عهود بین‌المللی کرده است. با وجود این، قانون هوایی کشوری، قانون الحق ایران به کنوانسیون لاهه و قانون مربوط به کنوانسیون راجع به جلوگیری و مجازات علیه اشخاص مورد حمایت بین‌المللی که جزء قوانین خاص و عهود بین‌المللی می‌باشد، محاکم ایران را صالح به رسیدگی می‌دانند.

ماده ۱۰ لایحه قانون مبارزه با تروریسم^۱ با نگارشی مشابه ماده ۹ فوق، اصل صلاحیت جهانی ایران در قبال جرایم تروریستی را پذیرفته و آن را مشروط به حضور متهم در ایران کرده بود. با توجه به تمام موارد فوق الذکر و اصول صلاحیت سرزمینی، شخصی و جهانی، دولت ایران صلاحیت رسیدگی به جرایم تروریستی را خواهد داشت. در این جرایم با توجه به ماهیت خاص و تأثیرات بسیار مخرب آن و لطماتی که به امنیت کشورها وارد می‌آورند، دولتها سعی در گسترش صلاحیت خود دارند تا مجرمان مذبور، محل امن نداشته باشند و به مجازات بررسند.

در اعمال صلاحیت‌های فوق برای محاکمه و مجازات تروریست‌ها، قواعد ماده ۳۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری در مورد صلاحیت محلی باید مورد توجه قرار بگیرد. اما در مورد صلاحیت ذاتی لایحه مبارزه با تروریسم رسیدگی به جرایم تروریستی را در صلاحیت دادگاه‌های کیفری استان قرارداده است.^۲ اما این لایحه هنوز به صورت قانون در نیامده است.

۱. ماده ۱۰ مقرر می‌دارد: «در مواردی که به موجب قانون خاص، معاهدات یا عرف بین‌المللی لازم‌الاتباع برای جمهوری اسلامی ایران رسیدگی به جرم تروریستی در صلاحیت هریک از دولتها باشد و متهم در ایران یافت شود، محاکم ایران وفق مقررات این قانون اعمال صلاحیت خواهد کرد.»

۲. ماده ۸ مقرر می‌دارد: «رسیدگی به جرایم تروریستی در صلاحیت دادگاه‌های کیفری استان می‌باشد و مرجع تجدیدنظر از احکام صادره، دیوان عالی کشور است.»

نتیجه‌گیری

تروریسم موجب شده است که کشورهای بسیاری در حفظ امنیت دچار چالش گردند. اعمال صلاحیت‌های مصرح در قانون مجازات اسلامی در قبال جرایم تروریستی کافی نخواهد بود و چه بسا مرتكبان جرایم مزبور به دلیل نقص قوانین داخلی از چنگال عدالت کیفری بگریزند. ایران با اعمال صلاحیت‌های مصرح در قانون مجازات اسلامی مجرمان مزبور را محاکمه می‌نماید. این روش در عموم جرایم مورد استفاده قرار می‌گیرد، اما در مورد جرایم تروریستی قانون‌گذار ایران در قانون هوایپمایی کشوری، قانون مناطق دریابی، در چند موافقتنامه بین‌المللی و در اسناد بین‌المللی مرتبط با تروریسم، اصل صلاحیت شخصی مبتنی بر تابعیت منفعل را پذیرفته و گامی مهم در جهت تحقق عدالت کیفری برداشته است. اما با پذیرش اصل صلاحیت جهانی محدود فقط حق رسیدگی به آن دسته از جرایم تروریستی را دارد که به کنوانسیون مربوط به آنها ملحق شده است. لذا اگر متهمان به ارتکاب تأمین مالی تروریسم و یا تروریسم هسته‌ای و نظایر اینها در ایران یافت شوند، این کشور حق محاکمه آنها را نخواهد داشت و این امر از نقایص قوانین مربوط به صلاحیت کیفری در ایران است. در صورتی که برخی از کشورها با اعمال اصل صلاحیت جهانی موسع به تعمیق صلاحیت کیفری خود در این زمینه پرداخته‌اند و در ریشه‌کنی این جرم تلاش بیشتری دارند.

منابع

- آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، انتشارات سمت، چاپ سوم، ۱۳۸۲.
- پوربافانی، حسن، «اصل صلاحیت واقعی در حقوق جزای بین‌الملل و ایران»، مجله حقوق دادگستری، شماره ۴۰، ۱۳۸۲.
- _____، اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی عليه در حقوق جزای بین‌الملل و ایران، نامه مفید، شماره ۳۷، ۱۳۸۲.
- _____، صلاحیت اعمال قوانین کیفری در خارج از قلمرو حاکمیت در حقوق ایران، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۸.
- جاویدزاده، علی‌اوسط، صلاحیت دادگاه کیفری در حقوق جزای بین‌المللی (بررسی تطبیقی در حقوق جزای ایران و فرانسه)، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۷۶.
- حسینی‌نژاد، حسینقلی، حقوق کیفری بین‌المللی، نشر میزان، ۱۳۷۲.
- خالقی، علی، «محاکمه صدام و مسئله صلاحیت دادگاه از منظر حقوق داخلی و بین‌المللی»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۴، ۱۳۸۲.
- علی‌آبادی، عبدالحسین، حقوق جنایی، جلد سوم، انتشارات فردوسی، چاپ دوم، ۱۳۷۰.
- عوده، عبدالقادر، حقوق جنایی اسلام براساس مذاهب پنجگانه، ترجمه اکبر غفوری، انتشارات آستان قدس، ۱۳۷۳.
- محسنی، مرتضی، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۵.
- میرمحمدصادقی، حسین، حقوق جزای بین‌الملل، مجموعه مقالات، نشر میزان، ۱۳۷۷.
- والاس، ربه‌کا، حقوق بین‌الملل، ترجمه محمد شریف، تهران، نشر نی، ۱۳۷۸.
- Bassiouni, Cherif, International Extradition and World Public Order, Sijhoff – Ocean, 1974.
- Bassiouni, Cherif, the History of Universal Jurisdiction and Its Place in International Crimes under International Law, University of Pennsylvania Press, 2004.
- Browntie, Ian, Principles of Public International Law, 4th ed., Oxford University Press, 1990.
- Geoff, Gilbert, Crimes Sans Frontiers: Jurisdictional Problems In English Law, The British Yearbook of International Law, 1992.
- Lain, Cameron, The Protective Principle of International Criminal Jurisdiction, Dartmouth Publishing Company, 1994.

اصل برابری سلاح‌ها در مرحله تحقیقات مقدماتی در قانون آین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و اسناد بین‌المللی حقوق بشر

* منوچهر توسلی‌نائینی

** قدرت‌الله خسروشاهی

*** زهره نصراللهی

چکیده

اصل برابری سلاح‌ها به این معنا است که هریک از طرف‌های دعوا باید بتواند ادعای خود را در شرایطی مطرح سازد که او را نسبت به طرف مقابل خود در وضعیت نامناسب‌تری قرار ندهد. امروزه اصل مذبور در سطح جهانی و منطقه‌ای مورد توجه قرار گرفته و از دید اسناد بین‌المللی، پذیرش این اصل متأثر از پذیرش الگوی جهانی دادرسی منصفانه است که با گرایش به سوی نظام اتهامی، به‌ویژه در مرحله تحقیقات مقدماتی، شکل گرفته است. این امر مستلزم آن است که در مرحله تحقیقات مقدماتی که نخستین مواجهه متهم، بزه‌دیده و شاهد با دستگاه عدالت کیفری است و پایه‌های پرونده کیفری در این مرحله شکل می‌گیرد، قانون‌گذار امکانات و تجهیزات اشخاص مذبور را مشخص و تضمین‌هایی در جهت رعایت آنها پیش‌بینی کند. قانون آین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با الهام از برخی از اسناد بین‌المللی در مرحله تحقیقات مقدماتی در مواردی به برخی از تضمین‌های اصل برابری سلاح‌ها نظر دارد و بعضی از مقررات این قانون بر پایه همترازی طرف‌های دعوا کیفری استوار شده است. با این حال، این موارد با برخی از محدودیت‌ها در خصوص برخی از جرایم روپرتو است که خواه ناخواه برابری کامل طرف‌ها،

tavassoli2000@hotmail.com

* عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه اصفهان (نویسنده مسئول)

ghkho44@yahoo.com

** عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه اصفهان

ze.nasrollahy@gmail.com

*** کارشناس ارشد حقوق جزا دانشگاه اصفهان

تاریخ پذیرش: ۹۴/۰۹/۱۵

تاریخ دریافت: ۹۴/۰۹/۱۵

یعنی توازن نسبی متهم، دادستان و بزه‌دیده در مرحله تحقیقات مقدماتی را خدشه‌دار می‌سازد.

کلیدواژه‌ها: تحقیقات مقدماتی، اصل برابری سلاح‌ها، طرفهای دعوا، حقوق دفاعی.

مقدمه

قوانين و مقررات کیفری بهواسطه ارتکاب جرم، در نخستین گام در تلاش برای حفظ یا اعاده نظم مخدوش شده، حکومت و نمایندگان آن نظیر دادستان و دادسرا را در برابر ناقضان قانون مکلف و مختار می‌کند. در مقابل، ایراد برجسب اتهام به شخص او را وارد فرآیندی می‌کند که ناگزیر دستبسته و ناتوان در برابر حکومت و نمایندگان آن با تمام اختیارات، ابزارها و امکانات قرار می‌گیرد. از این‌رو در جهان امروز به موجب آموزه‌های تازه‌تر حقوقی باشد بیشتری از هدف دیگر مقررات آیین دادرسی کیفری، یعنی حفظ آزادی‌ها و حقوق شخصی سخن به میان می‌آید. بنابراین با تأسی بر «الگوی دادرسی منصفانه»^۳ و دوری از «الگوی کنترل جرم»^۴ قوانین و مقرراتی باید در جهت تأمین و تضمین حقوق مظنون و متهم مقرر گردد^۵ و از سوی دیگر اگرچه نماینده جامعه به گونه‌ای به کمک بزدیده می‌شتابد، اما مقررات آیین دادرسی کیفری با رویکرد «رفتار منصفانه» و اجرای عدالت تام برای جبران خسارت‌ها و تأمین حقوق بزدیده نیز باید فکری اندیشیده باشد تا از میزان دردمندی او کاسته و از بزدیدگی مضاعف او جلوگیری کند.^۶ به این ترتیب شرایط به گونه‌ای تنظیم شود که از همان آغاز طرح دعوای کیفری تمامی طرفهای دعوا با تجهیزات و امکانات مساوی و شرایط برابر به نبرد قضایی بپردازند. در این راستا با پذیرش «اصل برابری سلاح‌ها» در کشورهای مختلف که متأثر از دادرسی منصفانه‌ای که در اسناد بین‌المللی نظیر ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مقرر گردیده است که براساس ترافعی کردن هرچه بیشتر دادرسی، بهویژه مرحله تحقیقات و بازجویی‌های نخستین و درنتیجه گرایش به سوی نظام اتهامی شکل گرفته است.^۷ با این وجود اصل مذبور در هیچ‌یک از اسناد بین‌المللی به صراحةً بیان نشده است. نخستین بار کمیسیون اروپایی حقوق بشر در سال ۱۹۵۹ در مورد پرونده‌ای حکم کرد که «حق بهرمندی از دادرسی منصفانه اقتضا می‌کند که هریک از طرفهای دعوا این امکان معقول را داشته باشد که بتواند دعوای خود را در شرایطی مطرح سازد که او را نسبت به طرف مقابل خود به گونه‌ای

1. Due process model

2. Crime control model

۳. برای آشنایی بیشتر، ر. ک: قبانچی، حسام؛ و حمیدرضا دانش‌ناری، «الگوهای دوگانه فرآیند کیفری کنترل جرم و دادرسی منصفانه»، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۴، پاییز و زمستان، ۱۳۹۱.

۴. غلامی، حسین، «میزگرد عدالت برای بزدیدگان»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۲ و ۵۳، ۱۳۸۴، ص. ۵۶.

۵. ساقیان، محمدمهردی، «اصل برابری سلاح‌ها در فرآیند کیفری (با تکیه بر حقوق فرانسه و ایران)»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۷ - ۵۶، پاییز و زمستان ۱۳۸۵، ص. ۸۰.

۱. حق برخورداری از تسهیلات و زمان کافی برای تهییه دفاعیه

امروزه صدور حکم منصفانه را نمی‌توان ناشی از رسیدگی به پرونده‌ای که در مراحل پیش از محاکمه به شیوه تفتیشی و بدون بهره‌مندی تمامی طرفهای دعوا از امکانات ضروری جهت دفاع موثر و مفید، تهییه و آماده شده باشد، دانست. به عبارت دیگر نمی‌توان تنها به بی‌طرفی قاضی در رسیدگی به پرونده‌ای که در آن اصول درست و منصفانه دادرسی در مرحله تحقیقات مقدماتی نادیده انگاشته شده باشد، برای صدور حکمی مبتنی بر موازین عدالت بستنده کرد.^۴ از سویی نیز همان‌طور که گفته شده است، از اصول ذاتی و غیرقابل انتزاع دادرسی منصفانه، موازن‌ه قوا است.^۵

۱. همان، ص. ۸۲.

۲. آشوری، محمد؛ و دیگران، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۳، ص. ۳۲۷.

۳. ترشل، استقان؛ و سارا سامرزا، «دادرسی عادلانه در امور جنایی»، ترجمه علی شایان، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۷ - ۵۶، پاییز و زمستان ۱۳۸۵، صص. ۲۵۵ - ۲۵۶.

۴. آشوری، محمد، «نگاهی به حقوق متهم در حقوق اساسی و قانون آینه دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امر کیفری»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، شماره ۳، پاییز ۱۳۷۸، ص. ۵۴.

۵. امیدی، جلیل، «دادرسی کیفری و حقوق بشر»، مجلس و پژوهش، شماره ۳۸، ۱۳۸۲، ص. ۱۲۱.

دفاع و تعقیب باید به شیوه‌ای صورت گیرد که حق طرف‌های دعوا در برخورداری از فرصت مساوی جهت آماده شدن و ارائه شکایت در طول روند رسیدگی‌ها تضمین شود، حق برخورداری از تسهیلات و زمان کافی برای تهییه دفاعیه یکی از جنبه‌های اساسی و مهم اصل تساوی ابزارها و امکانات به شمار می‌رود^۱ و ضروری است تا این حق در تمامی مراحل رسیدگی من جمله در تحقیقات مقدماتی رعایت گردد. قسمت ب بند ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی با مقرر کردن «برخورداری از تسهیلات و زمان کافی برای تهییه دفاعیه» و قسمت ب بند ۳ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی با بیان اینکه «فرصت و امکانات کافی برای تدارک دفاعیاتش داشته باشد»، حق مزبور را به عنوان یکی از تضمینات مهم مورد تأکید قرار داده‌اند.

در نظام حقوقی ایران مفهوم «برخورداری از تسهیلات و زمان کافی برای تهییه دفاعیه» تصریحاً مورد حکم قانون‌گذار قرار نگرفته و در هیچ متنی به آن اشاره نشده است؛ اما به‌منظور برقراری توازن میان مقامات دادسرا و ارائه دفاعی مؤثر از سوی متهم، نیاز است تا شاکی و دادستان هر کدام از حقوقی بهره‌مند گرددند و امکاناتی جهت دفاع از ادعای خود داشته باشند که در قوانین آیین دادرسی کیفری، برخی از مصاديق امکانات و تسهیلاتی که طرف‌های دعوا کیفری باید در اختیار داشته باشند، مقرر شده است. از جمله در بخش اول از قسمت کلیات قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، رعایت حقوق طرفین مورد تضمین قرارگرفته است. لازم به توضیح که برخی از این حقوق منحصر به متهم و برخی مشترک بین متهم و شاکی است.

۱- حق آگاه شدن از اتهامات^۲

گفته شده است که حق همسانی نسبی میان دادستان و متهم با حق آگاه شدن فوری متهم از اتهام‌های کیفری پیوستگی دارد. حق آگاه شدن از موضوع اتهام، خود از حقوق اساسی هر شخصی است که در برخی از عبارات حقوقی از آن به «دادن اخطار مناسب در زمینه اتهام‌ها» و یا «حق متهم بر اینکه عنوان اتهام به او گفته شود» یاد می‌شود.^۳ هرچند حق آگاهی از موضوع و دلایل اتهام، مقدمه واجب هرگونه بازجویی از متهم به شمار می‌رود، اما باید این تفهیم اتهام منجر به ایجاد وضعیتی برای متهم گردد که او مهلت و مجال مناسب و زمان کافی برای آماده کردن دفاعیات خود را بیابد. به

۱. سازمان عفو بین‌الملل، دادرسی عادلانه، ترجمه فریده طه؛ و لیلا اشرفی، نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۰، ص. ۹۲.

۲. حقی که اصل سی و دوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر آن تأکید دارد.

۳. کاشانی، سیدمحمود، استانداردهای جهانی دادگستری: نقد و بررسی قانون دادگاه‌های عمومی و انقلاب، نشر میزان، ۱۳۸۳، ص. ۲۰.

عبارت دیگر، فهمیدن اتهام باید مجالی باشد تا متهم، خود را برای پاسخ به بازپرس و فراهم کردن دفاعیه مناسب و موثر آماده سازد. از این‌رو، آگاهی متهم نباید تنها به موضوع و دلایل اتهام منحصر گردد. در واقع، وی باید از مواد قانونی ناظر به اتهام خود و به‌طور کلی تمام استناد و مدارکی که مستند ادعای مدعی است^۱ و همچنین از هر حقیقی از حقوق دفاعی خود در این مرحله از رسیدگی آگاه شود.^۲

علاوه بر میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی که در قسمت الف بند ۳ ماده ۱۴ اعلام می‌دارد که متهم باید «سریعاً و به تفصیل، به زبانی که می‌فهمد از ماهیت و دلایل اتهام علیه خود آگاه شود» قسمت الف بند ۳ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی از حقوق متهم این حق را بر می‌شمرد که در کوتاه‌ترین زمان و با تفصیل به زبانی که می‌فهمد، از ماهیت و دلیل اتهام آگاه شود. رویه قضایی مراجع ناظر این دو سند نیز بر این حق و ویژگی‌های «تفصیلی بودن تفهیم» و «فوری بودن» آن تأکید دارد.

حق تفهیم اتهام به صورت عام باید در تمامی مرحله‌های رسیدگی کیفری صورت گیرد تا از اشتباهات احتمالی مقامات مرحله پیشین در امر تفهیم اتهام ممانعت به عمل آید. قانون‌گذاری جدید به حق اطلاع طرف‌های دعوای کیفری از حقوق خویش تصریح دارد.^۳ همچنین ماده ۱۹۵ قانون آینین دادرسی کیفری یکی از وظایف بازپرس در مرحله تحقیقات مقدماتی پیش از هر اقدام دیگر را آگاه کردن و فهماندن اتهام و دلایل آن را به صورت واضح به متهم دانسته است و براساس ماده ۱۹۶، ضمانت اجرایی نیز برای تخلف از این تکلیف مقرر کرده است.

لکن قانون‌گذار تنها بر صریح بودن تفهیم اتهام و نه بر تفصیلی بودن آن تأکید کرده است. این در حالی است که به منظور تحقق دادرسی منصفانه، تفهیم اتهام پیش از محکمه باید به صورت تفصیلی بیان شود. کمیته حقوق بشر بر این دیدگاه تأکید دارد که اطلاعاتی که به متهم داده می‌شود باید هم بر قانون و هم بر حقایق و موضوعاتی که اتهام بر پایه آن شکل گرفته است، دلالت داشته باشد.^۴ کمیسیون اروپایی نیز بر این نظر است که اطلاعات ارائه شده به متهم، باید شامل موضوعات موردنیاز جهت توانا کردن متهم برای تهییه دفاعیه باشد؛ و نه فقط دلایلی که اتهام بر پایه آنها تشکیل شده است.^۵

۱. امیدی، جلیل، پیشین، ص. ۱۳۰.

۲. اردبیلی، محمدعلی، «تفهیم اتهام یا حق اطلاع از موضوع و دلایل اتهام»، تحقیقات حقوقی، شماره ۴۳، بهار و تابستان ۱۳۸۵، ص. ۶۱.

۳. برای مثال می‌توان به مواد ۵ و ۶ قانون آینین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ اشاره کرد.

4. Human Rights Committee General Comment 13, Para. 8.

۵. در قضیه (X) علیه بلژیک (Ofner)، می ۱۹۷۷ و در پرونده (Ofner) علیه اتریش، دسامبر ۱۹۶۰.

۱-۲. حق دسترسی طرفهای دعوای کیفری به مترجم

یکی از لوازم بهره‌مندی از امکاناتی نظریه‌گاهی از کلیه حقوق، دسترسی به اطلاعات پرونده، آشنایی و فهم زبان مقام قضایی است که این حق باید به صورت تأکید بر حق داشتن مترجم برای تمامی طرفهای دعوای کیفری پیش‌بینی گردد که در صورت ناتوانی در درک، این زبان برای او ترجیمه و تفہیم شود. در هر صورت حق مزبور به صورت مطلق باید در تمامی مرحله‌های رسیدگی کیفری مورد توجه قانون‌گذار قرار گیرد. استناد بین‌المللی این حق را مورد تصریح قرار داده‌اند؛ از جمله قسمت الف بند ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در مرحله تحقیقات مقدماتی بیانگر آن است که متهم حق دارد «در اسرع زمان و به زبانی که وی بفهمد، از نوع و عل اتهامی که به وی نسبت داده می‌شود، آگاه گردد». این حق با عبارتی مشابه در بند ۲ ماده ۵ و همچنین در قسمت الف بند ۶ کتوانسیون اروپایی نیز بر این امر در هنگام تفہیم اتهام اشاره دارد. حق مذکور در اساسنامه‌های دادگاه‌های کیفری بین‌المللی از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است.^۱ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز در قسمت ج از بند ۱ ماده ۵۵ یکی از حقوق متهم در مرحله تحقیقات را این مقرر می‌کند که «متهم باید از مساعدت رایگان یک مترجم توانا بهره ببرد. مساعدت مترجم در صورتی است که بازجویی‌ها از اشخاص به زبان دیگری غیر از زبانی که شخص کاملاً درک و صحبت می‌کند، صورت گیرد.» در این میان، این دیدگاه وجود دارد که زبانی که متهم کاملاً درک کند، لزوماً زبان مادری او نیست.^۲

قانون آیین دادرسی کیفری صراحتاً در مواد ۲۰۰ و ۲۰۱ بازپرس را مکلف به تعیین مترجم رسمی یا مورد ثوّق برای تمامی طرفهای رسیدگی کیفری اعم از متهم، بزه‌دیده، شاهد و ... در طول مدت تحقیقات مقدماتی کرده است.^۳ نکته قابل توجه این است که در مواد مزبور، حق برخورداری از مترجم به صورت مطلق برای تمامی طرفهای مورد شناسایی قرار گرفته و با پیش‌بینی چنین حقی برای تمامی طرفهای دعوا در

۱. بند ۳ ماده ۱۸ اساسنامه دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی، یکی از حقوق متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی را حق ترجمه مطالب به زبان قابل درک و زبانی که به آن تکلم می‌کند، می‌داند و در ماده ۵۵ مشترک آیین دادرسی و ادله دو دادگاه یوگسلاوی و رواندا بر رایگان بودن ترجمه در این دادگاه‌ها تأکید شده است.

۲. صابر، محمود، آیین دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی، دادگستر، ۱۳۸۸، صص. ۲۵۱ - ۲۵۲.

۳. قابل توجه اینکه مواد ۲۰۰ و ۲۰۱ قانون تنها ناظر به تحقیقات بازپرس است و شامل تحقیقات ضابط دادگستری نمی‌گردد و قانون تصریحی به برخورداری شخص مظنون تحت نظر ضابط دادگستری از چنین حقی، حتی در زمان تفہیم اتهام، ندارد. ر. ک: نصرالله‌ی، زهره، تحلیل اصل برابری سلاح‌ها با تأکید بر قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و استناد بین‌المللی حقوق بشر، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه اصفهان، ۱۳۹۳، ص. ۴۶.

مرحله تحقیقات مقدماتی، گامی به سوی برابری طرف‌ها در بهره‌مندی از این حق برداشته شده است. این در حالی است که در قانون قبلی چنین حقی در مرحله تحقیقات مقدماتی پیش‌بینی نشده بود.

۳-۱. حق برخورداری طرف‌های دعوای کیفری از وکیل

یکی از مهم‌ترین ابزارها و شرایط فنی که تضمین آن در جهت متوازن کردن طرف‌های دعوا ضروری است، حق بهره‌مندی از وکیل و مشاور حقوقی، به‌ویژه برای اشخاص بازداشتی در مرحله تحقیقات مقدماتی است. در حقوق برخی کشورها اصل برابری سلاح‌ها نخست با ایجاد توازن در حق بهره‌مندی طرف‌های دعوا از وکیل مدافعان تحقق پیدا کرده است. امروزه با دور شدن از سیستم تفتیشی و نزدیک شدن به سیستم اتهامی، حق برخورداری از مشاور حقوقی در مرحله‌های پیش از رسیدگی در دادگاه اهمیت ویژه‌ای پیدا کرده است.

اسناد و مقررات بین‌المللی الزام‌آور حقوق بشر هرچند به‌طور کلی به بیان حق بهره‌مندی از وکیل پرداخته‌اند، اما «گستره این حق تمامی مرحله‌های رسیدگی را از جمله مرحله تحقیقات مقدماتی را دربر می‌گیرد.»^۱ رویکرد مراجع نظارتی و تفسیر کننده آنها نیز در تبیین حق مزبور در مرحله تحقیقات مقدماتی صریح و روشنگر بوده است. از این‌رو کمیته حقوق بشر تأکید می‌کند که حق اشخاص در منصفانه بودن دادرسی این است که متهم بتواند در مرحله تحقیقات، بازجویی و بازداشت از مشاور حقوقی برخوردار شود.^۲ جدای از این جامعه جهانی در چارچوب ضوابط و اسناد مختلف دیگر نیز به این مهم پرداخته است.

در حقوق ایران با وجود قوانین خاص^۳ می‌توان نتیجه گرفت که دادسرا و دادگاه مکلف به پذیرش وکیل مدافع بدون محدودیت در تمامی اتهامات هستند.^۴ از سوی دیگر با سابقه‌ای که از حق بهره‌مندی طرف‌های دعوا از حق داشتن وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی وجود داشت، در قانون آینین دادرسی کیفری جدید نوآوری‌هایی در

۱. صابر، محمود، آینین دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی، پیشین، ص. ۲۴۵.

2. Amnesty International Fair Trials Manual, section A, Available at:
<http://www.amnesty.org/ailib/intcam/fairt>.

۳. برپایه بند ۳ ماده واحد قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی ۱۳۸۳ محاکم و دادسراها، مکلف به رعایت حقوق دفاعی متهم و تمهد فرصت لازم جهت استفاده از وکیل مدافع، بدون قید و شرط، شده‌اند. همچنین حق برخورداری از وکیل و اقتضانات این حق در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی که همانند قوانین داخلی برای کشور ایران لازم‌الاجرا است، مورد تأکید واقع شده است. همچنین اصل سی‌وپنجم قانون اساسی جمهوری اسلامی نیز بر تضمین چنین حقی تصریح دارد.

۴. آشوری، محمد، آینین دادرسی کیفری، جلد ۲، انتشارات سمت، چاپ دهم، ۱۳۸۸، ص. ۱۴۳.

زمینه بهره‌مندی از وکیل برای طرف‌های دعوا در مرحله تحقیقات مقدماتی داشته که قابل توجه، بررسی و تحلیل است.

اگرچه قانون‌گذار ایران به صراحت این حق را به صورت برابر در یک ماده برای متهم و شاکی به رسمیت نشناخته است، اما می‌توان از مضمون ماده ۶۸ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ که اعلام می‌کند «شاکی یا مدعی خصوصی می‌تواند شخصاً یا توسط وکیل شکایت کند...»، به بهره‌مندی شاکی از وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی پی‌برد.

از سوی دیگر در خصوص متهم نیز قانون‌گذار داشتن یک وکیل در مرحله تحقیقات را در ماده ۱۹۰ اشاره کرد. ماده ۱۹۰ این قانون به همراه پذیرش حق بهره‌مندی متهم از وکیل مدافعانه در مرحله تحقیقات مقدماتی، تضمینات دیگر مانند تفهیم این حق به متهم، حق وکیل بر اطلاع از اتهام و دلایل آن و بیان مطالبی برای کشف حقیقت و دفاع از متهم یا اجرای قانون را نیز به رسمیت شناخته است.

لکن بهنظر می‌رسد که با الحاق تبصره ۳ به همین ماده و ابهام در منظور تبصره مذکور، راه برای برداشت و تفسیرهای متفاوت از آن باز می‌ماند و درنتیجه امکان محدودیت در حق داشتن وکیل مدافعانه ایجاد گردد. با این توضیح که تبصره ۳ به صورت کلی اعلام می‌کند که «در مورد این ماده و نیز چنانچه اتهام مطرح مربوط به منافی عفت باشد، مفاد ماده ۱۹۱ جاری است». از جهتی نیز ماده ۱۹۱ در مقام بیان ممانعت از دسترسی به «تمام یا برخی از اوراق، اسناد یا مدارک پرونده» تحقیقاتی است؛ البته در صورتی که بازپرس دسترسی وکیل مدافعانه را «با ضرورت کشف حقیقت منافی بداند یا موضوع از جرایم علیه امنیت داخلی یا خارجی باشد» که در این صورت بازپرس باید قرار مستدل و موجه عدم دسترسی به آنها صادر کند.

اما منظور تبصره مزبور چیست و تبصره در حال محدود کردن چه موردی از ماده ۱۹۰ است؟ این مسأله‌ای است که می‌تواند پاسخ‌های متفاوت و برداشت‌های گوناگونی را در پی داشته باشد.

از سوی دیگر رعایت برابری طرف‌های دعوا جهت مقابله با یکدیگر در یک دعوا ایجاد می‌کند که به شخص فاقد امکانات مالی نیز در مرحله تحقیقات مقدماتی اجازه داده شود تا بتواند از همان شروع دعوا کیفری از کمک و مشاوره وکیل مدافعانه بهره‌مند باشد.^۱ از این‌رو قسمت ب بند ۳ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مقرر می‌دارد که هر متهمی حداقل دارای این حق است که «در صورتی که منابع کافی جهت پرداخت هزینه وکیل یا مشاور را نداشته باشد، تا جایی که منافع و مصالح عدالت ایجاب می‌کند، از خدمات وکیل به صورت مجاني برخوردار شود». قسمت د بند ۳ ماده ۱۴

۱. آشوری، محمد، عدالت کیفری (مجموعه مقالات)، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶، ص. ۱۵۷.

میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز حق برخورداری از خدمات حقوقی رایگان را برای متهم مدنظر قرار می‌دهد.

قانون‌گذار ایران در تبصره ۲ ماده ۱۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: «در جرایمی که مجازات آن سلب حیات یا حبس ابد است، چنانچه متهم اقدام به معرفی وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی ننماید، بازپرس در این مرحله برای وی وکیل تسخیری انتخاب می‌کند.» از منطقه تبصره موردنظر می‌توان چند نکته را برداشت کرد. نخست آنکه در مرحله تحقیقات مقدماتی، متهم تنها در خصوص جرایمی که کیفر سلب حیات یا حبس ابد داشته باشد، از این حق برخوردار است. بنابراین در سایر موارد اتهامی، از این حق اساسی که در راستای اعمال اصل برابری سلاح‌ها می‌باشد، محروم است. این در حالی است که قانون‌گذار بین‌المللی این حق را در دو سند یادشده مقید به هیچ قیدی نکرده است، مگر دو شرط «ناتوانی در پرداخت هزینه وکیل» و «رعایت مصالح عدالت».

نکته دیگر اینکه قانون‌گذار هیچ تصریحی در مورد «ناتوانی متهم از داشتن وکیل» و «رایگان بودن خدمات حقوقی» ندارد. از این‌رو بمنظر می‌رسد که بهطور کل هدف از تدوین تبصره ۲ ماده ۱۹۰ تنها تأکید بر ضرورت حضور وکیل در جرایم با کیفرهای یادشده در مرحله تحقیقات مقدماتی است و قانون‌گذار دغدغه‌ای در زمینه ناتوانی متهم از بهره‌مندی از این حق در خصوص تمامی جرایم در مرحله تحقیقات مقدماتی ندارد. بنابراین بدون شک در سایر اتهامات که متهم ناتوان از داشتن وکیل است، با عدم پیش‌بینی چنین تضمینی از سوی قانون‌گذار به نابرابری وی در برابر دادستان دامن زده می‌شود و او نخواهد توانست که از این امکان اساسی و بنیادین بهره‌مند گردد و در وضعیت بسیار نامناسبی نسبت به دادستان قرار می‌گیرد. از سوی دیگر قانون‌گذار تصریحی بر بهره‌مندی شاکی یا مدعی خصوصی از وکیل تسخیری در این مرحله ندارد.

۲. تمهیدات تقویت‌کننده حضور فعال طرف‌های درگیر

برابری سلاح‌ها اقتضا دارد که طرف‌های دعوا بتوانند در شرایطی برابر، در امور مختلف از خود دفاع کنند تا به این وسیله به تعادل برسند. این امر با ترافعی شدن مرحله تحقیقات مقدماتی به وقوع می‌پیوندد، زیرا از نظر کمیسیون سابق اروپایی حقوق بشر، برای آنکه انصاف مقرر در ماده ۶ در مرحله تحقیقات مقدماتی به تحقق بپیوندد، باید از لحاظ تقنینی رعایت برابری طرف‌ها در ترافعی شدن تحقیقات مقدماتی متجلی گردد.^۱ مسلم است که این مهم مستلزم شناسایی حقوق و تمهیداتی برای متهم و شاکی و وکیلان آنها و برخی از اشخاص دیگر و در طول تحقیقات بازپرس است.

۱. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد ۲، پیشین، ص. ۱۲۴.

۱-۲. حضور و اظهار نظر طرفهای دعوا در تحقیقات مقدماتی

یکی از الزامات اساسی در یک دادرسی منصفانه که با اصل برابری طرفهای دعوا ارتباط دارد، حق حضور متهم و شاکی در رسیدگی‌های کیفری است. این حق برای تمامی طرفها از اهمیت فراوانی برخوردار است. چرا که موجب ارزیابی اظهارات متهم در مقایسه با اظهارات بزهديده و شهود می‌شود. به عبارت دیگر از یک سو، عنصر مهمی در حق دفاع شخصی است و از سوی دیگر توانایی روبرو شدن متهم با دادستان و واردکننده اتهام بر اعتبار رسیدگی می‌افزاید و به کشف حقیقت کمک می‌کند. این حق در قسمت ۵ بند ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی به این صورت «متهم حق دارد در محکمه حاضر شود» در خصوص متهم مورد تصریح قرار گرفته است.

از سوی دیگر، صرف نمایندگی بزهديده توسط دادستان نیازهای آتی و مهم وی را تأمین نمی‌کند و باید حقوق متعددی برای وی نیز در فرآیند رسیدگی در نظر گرفت. از جمله این حقوق، به رسمیت شناختن حضور وی در فرآیند دادرسی است. یعنی شاکی علاوه‌بر اقامه دعوا حق بیان نظر و آگاهی از پرونده را داشته باشد. زیرا حضور کمنگ یا بی‌رنگ بزهديده در رسیدگی کیفری در برخی از جرایم بزهديده را دچار بزهديده و احساس ضعف مضاعف می‌کند.^۱

هرچند امروزه در قوانین بسیاری از کشورها بر ضرورت برابری سلاح‌ها و توازن نسبی متهم، شاکی و دادستان با هدف تحقق دادرسی منصفانه تأکید می‌گردد، اما هنوز در حقوق ایران شاکی از حقوقی برخوردار است که همانند آن برای متهم وجود ندارد؛ زیرا در ماده ۱۰۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ حضور شاکی در مرحله تحقیقات بازپرسی به رسمیت شناخته شد، در حالی که چنین حقی برای متهم به صراحة تضمین نگردیده است.

نکته دیگر این است که هرچند عدم حضور یا امتناع شاکی از حضور در نزد بازپرس به‌ویژه در جرایم غیرقابل گذشت، مانعی در مسیر انجام تحقیقات تلقی نمی‌گردد.^۲ چنانچه شاکی در هنگام ارجاع پرونده حضور نداشته باشد، طبق مقررات احضار می‌شود، اما هیچ‌گاه شاکی به دلیل بی‌اعتنتایی به احضاریه و عدم حضور در نزد بازپرس جلب نمی‌شود. یعنی جلب شاکی از سوی مقامات قضایی فاقد مجوز قانونی است. این در حالی است که جلب متهم براساس ماده ۱۷۹ قانون و جلب شاهد یا مطلع براساس تبصره ماده ۲۰۴ قانون در صورت عدم حضور در نزد بازپرس به رسمیت

۱. غلامی، حسین، پیشین، صص. ۶۲ - ۶۴.

۲. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد ۲، پیشین، ص. ۱۲۲.

شناخته شده و حتی تبصره ۲ ماده ۱۸۴ قانون جدید، جلب سیار متهم توسط شاکی را نیز به رسمیت شناخته است.^۱

نکته دیگر این است که هرچند براساس ماده ۲۶۲ پس از پایان تحقیقات و وجود دلایل کافی بر وقوع جرم متهم یا وکیل او احضار می‌شوند و می‌توانند به عنوان آخرین دفاع، هر اظهارنظری بیان دارند؛ اما قانون گذار هیچ صراحتی بر اینکه متهم بتواند در طول تحقیقات اظهارنظر داشته باشد، ندارد و تنها در قسمت آخر ماده ۱۹۰ قانون گذار با مقرر کردن عبارت «وکیل متهم می‌تواند با کسب اطلاع از اتهام و دلایل آن، مطالبی را که برای کشف حقیقت و دفاع از متهم یا اجرای قانون لازم بداند، اظهار کند. اظهارات وکیل در صورت مجلس نوشتہ می‌شود»، قدمی به سوی حضور فعال وکیل مدافع متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی برداشته است که نسبت به قوانین آیین دارسى کیفری پیشین ایران از لحاظ حقوق دفاعی متهم پیشرفت مهمی به شمار می‌آید.

با این حال که به نظر می‌رسد اختیارات وکیل در این مرحله نیز محدود به اظهار مطالب لازم «برای کشف حقیقت و دفاع از متهم یا اجرای قانون» شده است و حال آنکه «مداخله وکیل در تحقیقات عبارت است از پاسخگویی از طرف متهم، طرح سؤال از شاکی یا شاهد او توسط بازپرس و به هر درخواست قانونی دیگری گفته می‌شود که وکیل متهم بتواند به عنوان وکیل او و برای رد اتهام منتبه به وی مطرح سازد.»^۲ اما به نظر می‌رسد که تبصره ماده ۱۹۵ و ماده ۲۶۲ حاکی از حضور فعال وکیل مدافع در تحقیقات مقدماتی است.

۲-۲. حق دسترسی به پرونده تحقیقات مقدماتی

یکی از تضمینات اساسی برای تحقق توازن طرف‌های دعوا که نشان از حضور فعال ایشان نیز می‌باشد، حق دسترسی و مطالعه اطلاعات تحقیقاتی توسط طرفها یا وکلای آنها است. حقی که بر ترافعی شدن هرچه بیشتر تحقیقات می‌افزاید و از بار سری‌بودن مرحله تحقیقات مقدماتی می‌کاهد.

بر این پایه، متهم یا وکیلش باید به اطلاعات لازم از جمله اسناد، و سایر ادله و مدارکی که به آنها در ارائه دفاعیاتشان کمک می‌کند، دسترسی داشته باشند،^۳ زیرا از نظر کمیته حقوق بشر، چنین اطلاعاتی فرصتی را برای متهم ایجاد می‌کند که از

۱. تبصره ۲ ماده ۱۸۴ مقرر می‌دارد: «در صورت ضرورت بازپرس می‌تواند برگه جلب را برای مدت معین در اختیار شاکی قرار دهد تا با معرفی او، ضابطان حوزه قضایی مربوط، متهم را جلب و تحويل دهند.»
۲. خالقی، علی، آیین دارسى کیفری، انتشارات شهر دانش، چاپ پنجم، ۱۳۹۰، ص. ۱۴۵.
۳. اصل ۲۱ اصول بنیادین نقش وکلا و بند ۶۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز بر حق متهم و وکیل وی بر دسترسی به اطلاعات دادستان تأکید دارند. ر. ک: سازمان عفو بین‌الملل، پیشین، ص. ۹۴.

اظهارنظرهای ثبت شده و مدارک مورد استناد دادستان آگاه شود و در مورد آنها اظهارنظر کند.^۱ کمیسیون اروپایی حقوق بشر نیز معتقد است که حق برخورداری از تسهیلات کافی برای تهیه دفاعیه دلالت بر حق دسترسی معقول به بایگانی‌های دادستان را دارد.^۲ از سوی دیگر بر پایه بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر که مقرر می‌دارد «هر شخصی حق دارد که به دعوایش منصفانه رسیدگی شود» بدیهی است که این گونه رسیدگی ایجاب می‌کند که تحقیقات مقدماتی جنبه ترافعی به خود بگیرد و تمامی طرف‌ها، یعنی علاوه بر متهم و وکیل مدافع، شاکی و وکیل وی نیز در مرحله بازپرسی از محتویات پرونده مطلع گردد.^۳

در حقوق ایران، پس از تغییر و تحولات قوانین پیشین در به رسمیت شناختن حق دسترسی به اطلاعات تحقیقاتی که در مورد متهم و شاکی وجود داشت، اگرچه قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ حق دسترسی متهم و شاکی یا وکلای آنان به پرونده تحقیقاتی به رسمیت شناخته، اما در برخی از جرایم این حق را از شاکی و متهم سلب کرده است. قانون گذار در ماده ۱۹۱ با این بیان که «چنانچه بازپرس، مطالعه یا دسترسی به تمام یا برخی از اوراق، اسناد یا مدارک پرونده را با ضرورت کشف حقیقت منافی بداند، یا موضوع از جرایم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور باشد. با ذکر دلیل قرار عدم دسترسی به آنها را صادر می‌کند» بدون اینکه صراحتی بر گیرنده اطلاعات کلی یا جزئی پرونده تحقیقاتی داشته باشد، تنها موارد عدم دسترسی به پرونده تحقیقاتی را اعلام می‌کند. از سوی دیگر قانون گذار در ماده ۱۰۰ با اعلام اینکه «شاکی می‌تواند ... صورت مجلس تحقیقات مقدماتی یا سایر اوراق پرونده را که با ضرورت کشف حقیقت منافات ندارد، مطالعه کند و یا به هزینه خود از آنها تصویر یا رونوشت بگیرد» به صراحت حق شاکی بر دسترسی و مطالعه پرونده تحقیقاتی را مقرر می‌دارد.

با وجود این، به دلیل صراحت ماده فوق در خصوص برخورداری شاکی از این حق و قرار داشتن ماده ۱۹۱ در مبحث «احضار، جلب و تحقیق از متهم» و به این دلیل که ماده ۱۹۱ از ابلاغ حضوری قرار عدم دسترسی بازپرس به هریک از متهم یا وکیل مدافع سخن می‌گوید. بنابراین به نظر می‌رسد که اطلاق ماده ۱۹۱ ناظر بر متهم و وکیل مدافع است. با این وجود قانون جدید صراحتی در بیان این حق در خصوص متهم ندارد.

1. See Human Rights Committee General Comment 13, Para. 9; Foucher Case, European Court, 25 EHRR 234.

2. در قضیه X علیه اتریش (Austria), ۷۵/۷۱۳۸، ۵ جولای ۱۹۷۷.

3. آشوری، محمد، عدالت کیفری، پیشین، ص. ۱۵۹.

دومین نکته اینکه قانون‌گذار جدید در ماده ۱۰۰ و تبصره‌های آن و ماده ۱۹۱ محدودیت‌ها و ممنوعیت‌هایی را در دسترسی شاکی یا وکیل مدافع به پرونده تحقیقاتی مقرر کرده است که خود جای بررسی و تحلیل دارد. بر پایه ماده ۱۹۱ در صورتی که بازپرس تشخیص دهد که «مطالعه پرونده با ضرورت کشف حقیقت منافات دارد» یا «موضوع از جرایم علیه امنیت داخلی یا خارجی باشد» با ذکر دلیل، قرار عدم دسترسی به پرونده تحقیقاتی صادر می‌کند که «این قرار، حضوری به متهم یا وکیل وی ابلاغ می‌شود و ظرف سه روز قابل اعتراض در دادگاه صالح است. دادگاه مکلف است در وقت فوق العاده به اعتراض رسیدگی و تصمیم‌گیری کند.» در تبصره ۱ ماده ۱۰۰ نیز مقرر شده است که اگر بازپرس مطالعه یا دسترسی شاکی به تمام یا بخشی از پرونده تحقیقاتی را «منافی با ضرورت کشف حقیقت بداند» با ذکر دلیل قرار عدم دسترسی به آنها را صادر می‌کند، که این قرار نیز حضوری به شاکی ابلاغ می‌شود و ظرف سه روز قابل اعتراض در دادگاه صالح است. با توجه به مطالب فوق، شاکی و وکیل متهم از دسترسی به پرونده تحقیقاتی در صورت «منافات با ضرورت کشف حقیقت» ممنوع می‌گردند و با صدور قرار یا در حق اعتراض دارند.

از سوی دیگر به موجب تبصره ۲ ماده ۱۰۰ ارائه اسناد و مدارک طبقه‌بندی شده^۱، منافی عفت و اسناد و مدارک مربوط به جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی به شاکی ممنوع است. بدین ترتیب شاکی به نص صریح قانون‌گذار از مطالعه و دسترسی به این سه مورد بدون صدور هیچ قراری ممنوع می‌گردد.

با توجه به مطالب بیان شده شاید در ظاهر به نظر بیاید که شاکی و متهم در حق دسترسی به اطلاعات پرونده تحقیقاتی به تعادل رسیده‌اند، اما در واقع این گونه نیست و مواردی را می‌توان در این راستا بر شمرد. از جمله اینکه تنها بازپرس برای ممنوعیت شاکی از دسترسی به پرونده تحقیقاتی در هنگامی که دسترسی منافات با کشف حقیقت دارد مکلف به صدور قرار مستدل مبنی بر عدم دسترسی شاکی است و در محدودیت‌های تبصره ۲ ماده ۱۰۰ چنین تکلیفی را ندارد و این در حالی است که براساس ماده ۱۹۱ همین قانون ممنوعیت وکیل متهم از دسترسی به اطلاعات در تمامی موارد محدودیت با صدور قرار عدم دسترسی، قابل شکایت است. از سویی نیز جای سؤال پیش می‌آید که آیا تمامی این ممنوعیت‌ها در راستای رعایت اصل برابری

۱. بر پایه ماده ۱ قانون مجازات افسای اسناد محترمانه و سری دولتی مصوب ۱۳۵۳ و ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۵۴، اسناد طبقه‌بندی شده به دو دسته سری (به کلی سری و سری) و محترمانه (به کلی محترمانه و محترمانه) تقسیم می‌شوند که «اسناد سری، اسنادی هستند که افسای آنها مغایر با مصالح دولت با مملکت است و موجب تزلزل امتیت دولت و مردم می‌شود. در حالی که اسناد محترمانه این ویژگی را نداشته و افسای آنها مغایر با مصالح خاص اداری سازمان‌های مربوطه می‌شود.»

طرف‌های دعوا صورت گرفته است یا تنها تحقیقات در خصوص این نوع جرایم را به‌سوی غیرترافعی کردن و سری‌کردن هرچه بیشتر سوق می‌دهد. در پاسخ به‌نظر می‌رسد که این دیدگاه شایسته بیان باشد که اگر همه طرف‌های دعوا از مطالعه پرونده محروم شوند، اصل ترافعی بودن رعایت نشده است.^۱ لکن محروم کردن همه طرف‌های دعوا از دسترسی به پرونده تحقیقاتی در برخی از جرایم و نقض اصل ترافعی بودن، نشانگر سری‌کردن هرچه بیشتر تحقیقات و نشان از رویکردی تفتیشی به مرحله تحقیقات مقدماتی است. این در حالی است که تحقق اصل برابری طرف‌ها در سایه دور شدن از نظام تفتیشی و نزدیک شدن به اصول و ویژگی‌های نظام اتهامی امکان‌پذیر است.^۲

از سوی دیگر، در جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی شاکی اصلی معمولاً حکومت یا شخص حقوقی یا حقیقی وابسته به حکومت است. بنابراین جای سؤال وشگفتی باقی می‌ماند که آیا اصلاً چنین ممنوعیتی (ممنوعیت تبصره ۲ ماده ۱۰۰ قانون) واقعیت پیدا می‌کند. چگونه متهم این گونه جرایم و به‌ویژه وکیل مدافع وی می‌تواند در برابری نسبی با شاکی این پرونده (که در اکثر این جرایم خود حکومت است) در دسترسی به اطلاعات تحقیقاتی قرار گیرد، در حالی که وکیل مدافع براساس ماده ۱۹۱ ممنوع از دسترسی به اطلاعات تحقیقاتی در جرایمی است که قطعاً در زمرة جرایم علیه امنیت داخلی یا خارجی قرار می‌گیرد. هرچند از رهگذر شکایت از چنین قراری و با اعمال کنترل‌های دادگاه‌های بالاتر، بتوان به ایجاد تعادل و توازن از دسترفته متهم در برابر دادستان امیدوار شد.

اگرچه یکی از لوازم دادرسی منصفانه استقلال قضاط و به‌ویژه قضات تحقیق به لحاظ نهادی و شخصی از نفوذ و کنترل قدرت سیاسی یا اجرایی است، اما این تضمین به تنها یکی کافی نیست و نیازمند تضمین ابزار و امکانات لازم برای متهم جهت ارائه دفاعیه نیز هست.^۳ لزوم این تضمین در جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی نه تنها کم نیست، بلکه اهمیت آن دو چندان نیز می‌گردد، زیرا «به دلیل تقابل مستقیم شخص و حکومت، حقوق متهم در روند دادرسی کیفری بیشتر در معرض تجاوز قرار دارد و حمایت بیشتری از وی باید صورت گیرد. امری که قانون‌گذار ما خلاف آنرا مقرر می‌دارد.»^۴ از سوی دیگر، متهمان این گونه جرایم براساس بند الف ماده ۳۰۳ قانون در

1. Sudre, Fredric, *Les Grands Arrêts de la Cour Européenne des Droits de L'homme*, P.U.F, Paris, 4eme Ed., 2007, p. 309.

2. صابر، محمود، آین دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی، پیشین، ص. ۱۴۴.

3. آشوری، محمد، نگاهی به حقوق متهم در حقوق اساسی و قانون آین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در

امر کیفری، پیشین، ص. ۵۴.

4. خالقی، علی، پیشین، ص. ۱۴۸.

دادگاه انقلاب مورد محاکمه قرار می‌گیرند و «عموماً در این نوع دادگاهها متهم در یک نابرابری آشکار در مقایسه با مقامات پیگرد قرار می‌گیرد و در کم موردنی می‌تواند از حق داشتن وکیل به گزینش خود و دسترسی به مدارک اتهام، بهطور کامل بهره‌مند گردد و ویژگی و طبیعت این دادگاهها تا کنون موجب شده است که متهمان این دادگاه در دفاع از جان و مال و آزادی خود از یک دفاع کافی برخوردار نباشند.»^۱

۲-۳. درخواست انجام هرگونه اقدام تحقیقاتی برای طرفین

بر پایه اندیشه و چارچوب اصل برابری طرف‌های دعوا، از تمهیدات اساسی در جهت تقویت حضور فعال طرف‌ها در مرحله تحقیقات مقدماتی که قانون‌گذاران جدید بسیاری از کشورها^۲ خود را مکلف به فراهم‌کردن آن می‌دانند، پذیرش درخواست همه طرف‌ها در انجام هرگونه اقدام یا تحقیقی است که به کشف حقیقت کمک کند.

برخی بر این باورند که در قانون آینین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری ۱۳۷۸، حق درخواست انجام تحقیقات لازم برای کشف حقیقت به منزله حقی برای طرف‌های دعوا شناخته نشده؛ اگرچه منعی نیز در این زمینه از سوی قانون‌گذار بیان نشده است.^۳ در جهت تحلیل این حق در قانون آینین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، می‌توان گفت که ماده ۷۶ قانون مذکور مقرر می‌دارد که دادستان پیش از آنکه تحقیق در جرمی را از بازپرس بخواهد، می‌تواند اجرای برخی از تحقیقات و اقدامات لازم را از بازپرس تقاضا کند و بازپرس نیز تنها مکلف به انجام تحقیق یا اقدام مورد تقاضای دادستان است. همچنین در قسمتی از ماده ۱۰۵ آمده است که: «بازپرس در جریان تحقیقات، تقاضای قانونی دادستان را اجرا و مراتب را در صورت مجلس قید می‌کند.» همچنین پس از پایان تحقیقات براساس ماده ۲۶۶ دادستان اگر تحقیقات را کامل نداند، می‌تواند تکمیل مواردی را که برای کشف حقیقت لازم است، بخواهد. در این مورد براساس تبصره ماده مذکور اگر درخواست تکمیل تحقیقات برای کشف حقیقت لازم نباشد، محکومیت نظامی تا درجه سه برای دادستان لحاظ شده است.

این در حالی است که قانون آینین دادرسی کیفری براساس ماده ۲۶۲ تنها پس از پایان تحقیقات به صراحة حق مذکور را تنها برای متهم یا وکیل وی در ارائه مدرکی که در کشف حقیقت یا برائت موثر باشد، به رسمیت می‌شناسد و حق درخواست انجام

۱. کاشانی، سید محمود، پیشین، ص. ۲۰۴.

۲. براساس قوانین ۲۴ اوت ۱۹۹۳ و ۱۵ زوئن ۲۰۰۰ فرانسه، طرف‌های دعوا می‌توانند انجام هرگونه اقدام یا تحقیقی را که به کشف حقیقت کمک می‌کند، درخواست نمایند (ساقیان، محمد‌مهدی، ص. ۹۹).

۳. همان.

تحقیق را به صراحت برای متهم و شاکی یا وکیل وی مقرر نکرده است و تنها در راستای به توازن رساندن دو طرف دعوا، شاکی و متهم را در برخی از موارد مانند تحقیقات محلی و درخواست کارشناس و در احضار گواه یا شخص آگاه مجاز به درخواست دانسته است، زیرا براساس مواد ۱۲۳ و ۱۵۵ این قانون، درخواست تحقیق محلی یا معاینه محل و انجام کارشناسی برای شاکی و متهم پیش‌بینی شده است.

۴-۲. حق معرفی شهود و پرسش از آنها

بر پایه این اندیشه که عدالت کیفری متنضم دادرسی منصفانه نسبت به متهم و رفتار منصفانه نسبت به شاکی یا بزهديده و رعایت حقوق جامعه است، شناخت حق بهره‌مندی طرف‌های دعوا از گواه و حمایت از شهود همه طرف‌های دعوا یکی از راهکارهای اساسی در راستای تضمین برابری و توازن طرف‌ها قلمداد می‌گردد که در سطح بین‌المللی نیز بر آن تأکید گردیده است. از این‌رو علاوه‌بر اینکه هریک از طرف‌ها حق معرفی شهود موافق خود و پرسش از شهود مخالف خود را دارند، شهود نیز حق برخورداری از تدبیر حمایتی در مواجهه را داشته باشند.

در یک طرف دعوا کیفری، بزهديده جرم مکلف به اثبات ادعای خود است و «اگرچه دادستان نیز بنا بر وظیفه قانونی خود، او را برای می‌رساند اما نقش عمده بزهديده این است که مدارکی را در مورد آسیب و زیانی که متحمل شده است ارائه دهد.^۱ حال اگر دلیل بزهديده یا شاکی پرونده، شهادت شهود باشد یا خود در جایگاه شاهد قرار گیرد،^۲ او باید بتواند از حق خود مبنی بر معرفی شهود به مرجع قضایی و شهادت شهود به نفع خود بهره ببرد. از سوی دیگر در طرف دیگر دعوا کیفری ممکن است متهم برای مواجهه با دلایل شاکی پرونده یا دادستان یا به منظور شهادت بر بی‌گناهی خود، اقدام به معرفی شهودی نماید. ازین‌رو اگر این حق مسلم برای هریک از طرف‌ها به دلیل تهدید و عدم حمایت از گواهان، نقض گردد، بی‌گمان آسیب اساسی به برابری طرف‌ها و اجرای عدالت وارد خواهد آمد.

در مورد حق طرف‌ها در معرفی و احضار شهود خود در مرحله تحقیقات مقدماتی در حقوق ایران و آیین دادرسی کیفری پیشین به صراحت مقررات مشاهده نمی‌شود اما از مفاد مقررات مربوط به «شروع و کیفیت تحقیقات»، «معاینه محل و تحقیقات

1. Wasek - Wiaderek, Małgorzata, *The Principle of Equality of Arms in Criminal Procedure Under Article 6 of the Human Rights and its Functions in Criminal Justice of Selected European Countries*, Leuven University Press, Leuven, 2000, p. 33.

۲. ر. ک: باقری‌زاد، زینب، حمایت از شهود (در حقوق ایران، فرانسه و استان بین‌المللی)، خرسندی، ۱۳۹۱، صص. ۵۷ - ۵۰.

۲-۵. تأمین امنیت شهود

هرگاه حق مسلم بهره‌مندی از شهود برای هریک از طرفها به دلیل تهدید و عدم حمایت از گواهان نقض گردد، بی‌گمان آسیب اساسی به برابری طرفها و اجرای عدالت وارد خواهد آمد. بنابراین برابری طرفهای دعوا اقتضا می‌کند تا از شهود بزهده‌گان، بهویژه هنگامی که شاهد خود قربانی و مجنی‌علیه باشد و همچنین در صورت ضرورت از شهود متهم حمایت صورت گیرد؛ زیرا ممکن است که شهود متهمی که متولّ به شهادت برای اثبات بی‌گناهی خود می‌گردد نیز در معرض تهدید قرار گیرند و از ادای شهادت امتناع ورزند و حق مسلم متهم در معرفی شهود خدشه‌دار گردد و در نهایت برابری سلاح‌ها نقض گردد. همچنین برنامه‌های حمایتی از گواهان با الزامات و ضروریات دیگر برابری طرفها و حقوق دفاعی آنها در تعارض قرار نگیرد.^۲

در سطح بین‌المللی تمامی استناد بین‌المللی به این مهم اشاره دارند. برای مثال پاراگراف ۶ - ت «اعلامیه اصول بنیادی عدالت برای بزهده‌گان و قربانیان سوءاستفاده از قدرت» ابزارهای حمایتی از بزهده‌ده را به شاهدان وی نیز کشانده است و رکن‌های سه‌گانه این حق یعنی حفاظت از بزهده‌ده در رویارویی مستقیم با متهم، حفاظت از او در برابر تهدیدها یا انتقام‌جویی‌های غیرمستقیم متهم و حفاظت از هویت او موجب گردیده است تا فصل مهمی در گفتمان بزهده‌شناسی با عنوان حفاظت از بزهده‌ده و گواهان

۱. همان، ص. ۶۷.

۲. همان، صص. ۸۰ - ۸۲.

ایجاد گردد. همچنین مواد ۳۲ و ۳۳ کنوانسیون ۲۰۰۳ به ترتیب به چگونگی «حمایت از شاهدان، کارشناسان و بزهديگان جرایم مرتبط با فساد» و «حمایت از کسانی که مراتب ارتکاب جرایم را به مقامهای ذیصلاح اطلاع می‌دهند»، اختصاص یافته است.

از دیدگاه دیوان اروپایی نیز این نوع حمایت‌ها به رسمیت شناخته شده است، زیرا از نظر دیوان مذبور، درصورتی که منافع حیاتی یا امنیت شهود در خطر باشد، دولتها باید تضمین کنند که در رسیدگی‌های کیفری منافع مذبور به‌طور غیرموجه به مخاطره نیفتد؛ اما در این زمینه اصول دادرسی منصفانه مستلزم این است که منافع متهم در برابر حقوق شهود و قربانیانی که برای شهادت احضار شده‌اند در توازن قرار گیرد.^۱

همچنین کمیسیون آمریکایی اتخاذ تدبیر حمایت از سلامت شهود و کارشناسان بدون تأثیر بر تضمینات دادرسی منصفانه را ضروری دانسته است.^۲ از سوی دیگر در بند ۱ ماده ۶۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز به ضرورت اتخاذ تدبیری در جهت حمایت از قربانیان و شهود اشاره شده است. از نظر رویه قضایی بین‌المللی حق متهم بر مواجهه با شهود علیه خود دارای محدودیت و استثنائاتی است که این محدودیت‌ها باید به صورت جزئی و دقیق مشخص گردد، کاملاً ضروری باشند و در ضمن حقوق دفاعی متهم را خدشه‌دار نسازند.^۳ از سویی نیز علاوه بر شرط ضروری بودن و مشخص بودن تدبیر، ضرورت رعایت حقوق متهم اقتضا دارد که شرایطی مقرر شود؛ از جمله اینکه «متهم یا وکیل او باید این امکان را داشته باشد که صحت اظهارات شهود را مورد ارزیابی قرار دهد. این امر از طریق پرسش پرسش متفهم یا وکیل مدافع او از شاهد یا پرسش دادستان از شاهد است ... و نباید متهم تنها براساس شواهد ارائه شده توسط یک شاهد ناشناس محکوم شود.»^۴

در این راستا و در جهت حمایت از شهود تمامی طرف‌ها، تدوین کنندگان قانون آیین دادرسی کیفری در ماده ۲۱۴ برای حق مواجهه طرف‌های دعوا با شهود و مطلع طرف مقابل سه مورد محدودیت با نام تدبیر حمایتی مقرر کرده‌اند.^۵ همچنین در تبصره ۱

۱. نظر دیوان اروپایی حقوق بشر در پرونده (Doorson) علیه هلند (26 March 1996).

۲. دومین گزارش درباره وضعیت حقوق بشر در کلمبیا (OEA/Ser.L.v/II.84, doc. 39, 1993, at P.109).

۳. برای نمونه دیوان اروپایی در پرونده (Van Mechelen and others) علیه هلند (Van Mechelen and others) (23 April 1997) اظهارنظر کرده که حق اجرای منصفانه عدالت مستلزم این است که تدبیر محدود کننده حقوق متهم دقیقاً مشخص و کاملاً ضروری باشد (سازمان عفو بین‌الملل، پیشین، ص. ۱۹۶). در بندهای ۲۰۱ و ۵ ماده ۶۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز تدبیر حمایتی از شهود و بزهديگان را «به نحوی که منافی یا معارض با حقوق متهم و نیز یک دادرسی بی‌طرفانه و منصفانه نباشد» به رسمیت شناخته شده است.

۴. ابراهیم گل، علیرضا، «بعاد شهادت در رسیدگی‌های کیفری بین‌المللی»، مجله حقوقی داور، شماره ۲، ۱۳۸۶، ص. ۱۹۷.

۵. ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌دارد: «هرگاه بیم خطر جانی یا حیثیتی و یا ضرر مالی برای شاهد یا مطلع و خانواده آنان وجود داشته باشد، اما استماع اظهارات آنان ضروری باشد، بازپرس بهمنظور حمایت از

ماده مزبور در صورت شناسایی شاهد و مطلع یا احتمال شناسایی یا بیم خطر، تدابیر لازم از جمله تدابیر آموزشی را برای اشخاص مورد تهدید نیز مقرر کرده است. در عین حال به دلیل اینکه هیچ‌گاه نباید حمایت از شهود در تعارض با دادرسی منصفانه و اصل برابری سلاح‌ها و از جمله حقوق دفاعی متهم قرار گیرد. در این راستا تدوین کنندگان قانون آیین دادرسی کیفری در تبصره ۲ ماده ۲۱۴ مقرر کردند

«ترتیبات فوق باید به نحوی صورت پذیرد که منافی حقوق دفاعی متهم نباشد».

بدین ترتیب قانون گذار جدید محدودیت‌هایی برای هر دو طرف دعوا و به صورت یکسان در مواجهه با شهود مقرر کرده است. همچنین سه شرط ضرورت، بیان دقیق تدابیر حمایتی و اعلام «عدم منافات این تدابیر حمایتی با حقوق متهم» از سوی قانون گذار رعایت شده است. لکن به نظر می‌رسد که قانون گذار در کنار اتخاذ این تدابیر و مقررات برای حمایت از شهود، جهت ایجاد تعادل و توازن بین حقوق طرف‌ها، باید بر مواردی که موجب دسترسی طرف‌های دعوا به تسهیلات و اطلاعات برای ارائه دفاعی مناسب می‌گردد نیز تأکید می‌کرد. برای مثال بر اینکه طرف‌ها یا وکیل آنها بتوانند صحت اظهارات شهود را مورد ارزیابی قرار دهند و نباید قرار مجرمیت یا برائت تنها براساس شواهد ارائه شده توسط یک شاهد ناشناس صادر شود نیز تأکید می‌کرد. دیوان اروپایی در رأیی بر سه شرط وجود دلایل دیگر، دخالت یک قاضی برای معتبر بودن شاهد و فراهم کردن امکانات برای اینکه متهم یا وکیل او بتواند شاهد را مورد پرسش قرار دهد، تأکید دارد.^۱

← شاهد یا مطلع و با ذکر علت در پرونده، تدابیر زیر را اتخاذ می‌کند: الف - عدم مواجهه حضوری بین شاهد یا مطلع با شاکی یا متهم؛ ب - عدم افشاء اطلاعات مربوط به هویت، مشخصات خانوادگی و محل سکونت یا فعالیت شاهد یا مطلع؛ پ - استماع اظهارات شاهد یا مطلع در خارج از دادسرا با وسائل ارتباط از راه دور.»

۱. آشوری، محمد؛ و دیگران، پیشین، ص. ۳۵۸.

نتیجه‌گیری

اصل برابری طرفهای دعوا که به عنوان عنصر اساسی دادرسی منصفانه در اسناد بین‌المللی به رسمیت شناخته شده است و براساس تفسیر مراجع نظارتی، این اسناد در تمامی مرحله‌های رسیدگی قابلیت اجرا دارد و قانون‌گذاران را ملزم می‌کند تا شرایط و الزامات این اصل را به رسمیت بشناسند و بدانند که اجرای عدالت بدون رعایت و تضمین تمامی این شرایط امکان ندارد و این برابری را به تحقق کامل نمی‌رساند. بنابراین برای رسیدن به انصاف، باید طرفهای دعوا از حقوق و امکانات دفاعی متناسب و برابر برخوردار باشند. اگر اقتدار حکومت و جامعه یک‌طرفه بر متهمن تحمیل شود و فرصت برابر از طرفهای درگیر در فرآیند دادرسی گرفته شود، خود منجر به ایجاد زمینه‌های تازه برای جرم و نقض قواعد عدالت خواهد شد و در این راستا جامعه و دستگاه قضایی نیز مهم‌ترین دستاوردهای خود را از دست می‌دهد.

اگرچه این اصل در قانون آیین دادرسی ۱۳۹۲ به صراحت پیش‌بینی نشده، اما به نظر می‌رسد که قانون‌گذار در مواد ۲، ۱ و ۶ به صورت ضمنی اصل مزبور را در نظر گرفته است. این قانون همچنین نوآوری‌های مهمی در به رسمیت شناختن برخی از شرایط و الزامات برابری طرفهای دعوا در مرحله تحقیقات مقدماتی مانند حق طرفهای دعوا بر بهره‌مندی از مترجم، حق طرفها برای درخواست کارشناس و تحقیقات محلی و اتخاذ تدابیر حمایتی برای تمامی طرفهای دعوا به‌ویژه شهود داشته است. از سوی دیگر، گام‌های اساسی در مورد اعطای برخی از امکانات و تجهیزات دفاعی به دو طرف دعوا در مراحل پیش از محاکمه در دادگاه مانند حق متهمن در برخورداری از ابزار اساسی و فنی و کیل مدافع و دسترسی و کیل مدافع به اطلاعات پرونده تحقیقاتی یا حق شاکی برای حضور در مرحله تحقیقات مقدماتی و حق دسترسی او به اوراق و مدارک تحقیقاتی بازپرس، برداشته شده است که موجب کمرنگ شدن نظام تفتیشی و گام نهادن به سوی نظام اتهامی در مرحله تحقیقات مقدماتی حقوق کشور می‌شود.

در عین حال به نظر می‌رسد که هدف از این اصلاحات برقراری یک نظام اتهامی یکپارچه در مرحله تحقیقات مقدماتی نیست. بنابراین موجب رعایت کامل برابری طرفهای دعوا در بهره‌مندی از تمامی تجهیزات دفاعی نمی‌گردد. زیرا از تمام بررسی‌های صورت گرفته می‌توان فهمید که به طور کلی هنوز قانون‌گذار ایران سعی در استواری نظام تفتیشی در مرحله‌های پیش از دادگاه دارد و به طور کلی، فرآیند دادرسی را بر نظام مختلط استوار کرده است. این در حالی است که از دید اسناد جهانی، به‌ویژه میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، که دست‌کم در سطح قوانین داخلی ایران

اعتبار دارد و قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی ۱۳۸۳ که قانون آیین دادرسی جدید برای رعایت حقوق شهروندی آن ضمانت اجرای مدنی و کیفری مقرر کرده است، می‌توان بر ضرورت گرایش به نظام اتهامی در مرحله‌های تعقیب و تحقیق با تأکید بر رعایت اصول منصفانه دست یافتد و اینکه دوری از نظام اتهامی و غیرترافقی کردن دادرسی در این مرحله‌ها به نقض تضمینات و شرایط اصل برابری سلاح‌ها می‌انجامد.

از سوی دیگر، اگرچه قانون گذار با صراحة از به رسمیت‌شناختن حق دسترسی به پرونده تحقیقاتی برای شاکی و وکیل‌مدافع سخن می‌گوید و به‌نظر می‌رسد که مرحله تحقیقات مقدماتی را به‌سوی ترافعی تر شدن و کاستن از بار سری‌بودن آن و درنتیجه، پایین‌آوردن جایگاه دادسرا به سطح جایگاه طرفهای دعوا می‌کشاند؛ اما وجود محدودیت‌های فراوان در جهت دسترسی به پرونده تحقیقاتی، به‌ویژه در جرایم عليه امنیت داخلی و خارجی، و غیرترافقی کردن تحقیقات می‌تواند برابری طرفهای را در مقابل دادستان به نابرابری تبدیل کند. هرچند امید است که از رهگذار شکایت از قرار صادره در این زمینه و با اعمال کنترل‌های دادگاه‌های بالاتر، بتوان به ایجاد تعادل و توازن از دست رفته رسید؛ اما حضور و حق نظارت دادستان و حتی درخواست هرگونه تحقیقات توسط وی در این گونه جرایم بدون هیچ محدودیتی، نشانگر فرودستی طرف ضعیف دعوای کیفری در مقابل دادستان و نماینده حکومت است. نکته اساسی پایانی در این زمینه این است که اگرچه مقرر کردن این تضمینات و شرایط برای موازنی طرفهای دعوا لازم است، اما کافی نیست و قانون گذار باید ضمانت‌اجراهای انتظامی، مدنی و بطلان تحقیقات را در صورت تخلف از تمامی حقوق اساسی طرفهای دعوا معین کند.

منابع

- آشوری، محمد، «تأملی در پیش‌نویس قانون آیین دادرسی کیفری با اشاره به برخی نوآوری‌های آن»، پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۱۵ و ۱۶، پاییز و زمستان ۱۳۸۴.
- _____، «نگاهی به حقوق متهم در حقوق اساسی و قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امر کیفری»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، شماره ۳، پاییز ۱۳۷۸.
- _____، آیین دادرسی کیفری، جلد ۱، انتشارات سمت، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۷.
- _____، آیین دادرسی کیفری، جلد ۲، انتشارات سمت، چاپ دهم، ۱۳۸۸.
- _____، عدالت کیفری (مجموعه مقالات)، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶.
- آشوری، محمد؛ و دیگران، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۳.
- ابراهیم گل، علیرضا، «بعاد شهادت در رسیدگی‌های کیفری بین‌المللی»، مجله حقوقی داور، شماره ۲، ۱۳۸۶.
- اردبیلی، محمدعلی، «تفهیم اتهام یا حق اطلاع از موضوع و دلایل اتهام»، تحقیقات حقوقی، شماره ۴۳، بهار و تابستان ۱۳۸۵.
- امیدی، جلیل، «دادرسی کیفری و حقوق بشر»، مجلس و پژوهش، شماره ۳۸، ۱۳۸۲.
- باقری‌نژاد، زینب، حمایت از شهود (در حقوق ایران، فرانسه و اسناد بین‌المللی)، خرسندی، ۱۳۹۱.
- ترشل، استفان؛ و سارا سامرزا، «دادرسی عادلانه در امور جنایی»، ترجمه علی شایان، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۶-۵۷، پاییز و زمستان ۱۳۸۵.
- جانی‌پور، مجتبی، «وکیل معاضدتی در کوانسیون اروپایی حقوق بشر و رویه قضایی»، راه و کالت، شماره ۳، بهار و تابستان ۱۳۸۹.
- خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، انتشارات شهر دانش، چاپ پنجم، ۱۳۹۰.
- سازمان عفو بین‌الملل، دادرسی عادلانه، ترجمه فریده طه؛ و لیلا اشرفی، نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۰.
- ساقیان، محمدمهردی، «اصل برابری سلاح‌ها در فرآیند کیفری (با تکیه بر حقوق فرانسه و ایران)»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۶-۵۷، پاییز و زمستان ۱۳۸۵.
- صابر، محمود، «معیارها و تضمین‌های دادرسی عادلانه در مرحله تحقیقات مقدماتی»، مدرس علوم انسانی، شماره ۶۳، زمستان ۱۳۸۸.
- _____، آیین دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی، دادگستر، ۱۳۸۸.
- غلامی، حسین، «میزگرد عدالت برای بزه‌دیدگان»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۲ و ۱۳۸۴، ۵۳.

-
- قپانچی، حسام؛ و حمیدرضا دانش‌ناری، «الگوهای دوگانه فرآیند کیفری کنترل جرم و دادرسی منصفانه»، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۴، پاییز و زمستان، ۱۳۹۱.
 - کاشانی، سیدمحمود، استانداردهای جهانی دادگستری: نقد و بررسی قانون دادگاه‌های عمومی و انقلاب، نشر میزان، ۱۳۸۳.
 - نصرالله‌ی، زهره، تحلیل اصل برابری سلاح‌ها با تأکید بر قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و استناد بین‌المللی حقوق بشر، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه اصفهان، ۱۳۹۳.
 - Delmas — Marty, Mireille, Procédure Pénale Compare dans les Systems Modernes, Nouvelles Études Pénales, P.U.F, Paris, 1995.
 - Merrills, John, “The Development of International Law by the European Court of Human Rights”, Penn State International Law Review, Vol. 8, No. 3, 1990.
 - Pradel, Jean, Centenaire de la Loi du 8 Décembre 1897 sur la Défense Avant Jugement Pénal, Essai d'un Bilan, Dalloz, Paris, 1997.
 - Sluiter, Goran, “International Criminal Proceedings and the Protection of Human Rights”, New England Law Review, Vol. 37, No. 4, 2003.
 - Sudre, Fredric, Les Grands Arrêts de la Cour Européenne des Droits de L'homme, P.U.F, Paris, 4eme Ed., 2007.
 - Wasek — Wiaderek, Małgorzata, The Principle of Equality of Arms in Criminal Procedure Under Article 6 of the Human Rights and its Functions in Criminal Justice of Selected European Countries, Leuven University Press, Leuven, 2000.

کیفرزدايی از جرایم کسب و کار

مجتبی عجفری*

چکیده

امروزه اقتصاد و رونق اقتصادی یکی از مؤلفه‌های مهم و حیاتی پیشرفت و قدرت یک حکومت و ملت شناخته می‌شود و تلاش برای توسعه و تعمیق فعالیت‌های اقتصادی به یکی از مهم‌ترین دغدغه‌ها و نگرانی‌های سیاستمداران و برنامه‌ریزان تبدیل گشته است. در این شرایط بدیهی است که برای تقویت نیروی حکومت مرکزی از یک سو و جلب رضایت شهروندان از دولت از سوی دیگر یکی از مهم‌ترین سیاست‌های دولت حمایت از رشد و توسعه و رونق اقتصادی خواهد بود تا در سایه آن دولت بتواند اقتدار ملی خویش را افزایش دهد و هرگونه تهدید بالقوه علیه حاکمیت سیاسی خود را از پیش رو بردارد. طبیعتاً تحقق این اهداف نیازمند اتخاذ سیاستی کارآمد در بخش اقتصادی است که فراهم کردن شرایط لازم برای سرمایه‌گذاری یکی از مهم‌ترین و جدی‌ترین سیاست‌ها در این زمینه محسوب می‌گردد. دولتها ابزارهای فراوانی برای حمایت از سرمایه‌گذاری و خصوصی‌سازی در اختیار دارند که از جمله می‌توان به تبدیل ابزارهای زرادخانه کیفری در مواجهه با جرایم و ناهنجاری‌های اقتصادی اشاره نمود. به‌نظر می‌رسد، کیفرزدايی از حقوق فعالیت‌های اقتصادی قادر است که آرمان مورد نظر ما در خصوص حمایت از اقتصاد و سرمایه‌گذاری را به نتیجه برساند. در این مقاله سعی شده است این موضوع مورد بررسی و تحلیل حقوقی قرار گیرد.

کلیدواژه‌ها: کیفر، کیفرزدايی، جرم‌زدايی، سرمایه‌گذاری، خصوصی‌سازی.

مقدمه

همزمان با پیدایش اشکال نخستین جوامع مدرن در طول قرن نوزدهم رسالت جدیدی بر عهده حقوق کیفری گذاشته شد که عبارت بود از حمایت کیفری از فعالیت‌های تجاری و اقتصادی در کشورهای صنعتی. این تحول به معنای شکل‌گیری رشتۀ تازه‌ای در قلمرو حقوق کیفری بود که بعدها در همین کشورها تحت عنوان «حقوق کیفری امور تجاری و بازارگانی»^۱ به شهرت رسید. مبنای پیدایش این رشتۀ جدید دغدغۀ خاطر قانون‌گذاران غربی بهمنظور حمایت از فعالان اقتصادی بود و از همین رو جرایم و مجازات‌های جدیدی وارد قلمرو حقوق کیفری گشت تا کاستی‌های حقوق کیفری موجود در حمایت از فعالیت‌های اقتصادی جبران گردد. با این همه، حدود یک سده بعد دولت‌های غربی احساس کردند که پدیده کیفرگذاری افراطی در قلمرو حقوق فعالیت‌های اقتصادی موجبات پیدایش نوعی نالمنی حقوقی برای صاحبان سرمایه و فعالان اقتصادی بخش خصوصی اعم از اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی را فراهم کرده است که نتیجه آن زیان و خسارت غیرقابل جبران در اقتصاد ملی خواهد بود. این تحول نقطه آغاز حرکت به سوی کیفرزدایی از جرایم کسب و کار در کشورهای غربی بود.^۲

با این همه، در کشور ما طی سال‌های اخیر از یک سو بر خصوصی‌سازی تأکید شده و از سوی دیگر قوانین دست و پا گیر و بعضاً شدید کیفری^۳ وارد حقوق فعالیت‌های اقتصادی شده است. حقیقت این است که خصوصی‌سازی مستلزم انگیزه و علاقه سرمایه‌گذاران بخش خصوصی است. به این معنا که می‌بایست تا آنجا که ممکن است مشوق‌های حمایتی سرمایه‌گذاران را بهمنظور سرمایه‌گذاری در بخش خصوصی بیشتر کرد. دغدغۀ خاطر سرمایه‌گذاران (اعم از داخلی، خارجی و ایرانیان مقیم خارج) این است که اولاً با سرمایه‌گذاری در بخش خصوصی وارد فضای رقابتی سالم بهمنظور کسب سود مشروع شوند و در این راستا قانون‌گذار با هرگونه اقدام غیرقانونی و مضر به حال سرمایه‌گذاران که احتمالاً از سوی رقبای تجاری آنها صورت می‌گیرد برخورد کند و ثانیاً حتی‌الامکان رسیک کیفری موجود را به نفع ایجاد انگیزه و امید بیشتر در سرمایه‌گذاران بالقوه تعديل نماید. بنابراین قانون‌گذار در یک نظام کیفری می‌بایست سیاستی در پیش گیرد که همزمان هر

1. Droit pénal des affaires

2. Coulon, Jean-Marie, La Dépénalisation de la Vie des Affaires, Rapport au Garde des Sceaux, Janvier 2008, p. 11.

3. در این خصوص می‌توان به قوانین زیر اشاره نمود:

- قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴

- قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۸۶

- قوانین مالیاتی متأثر از کاهش درآمدهای نفتی کشور و

دو دغدغه فوق را پاسخ دهد. به این صورت که به منظور حمایت از سرمایه‌گذاری تا آنجا که ممکن است از دخالت‌های حقوق کیفری در حوزه اقتصاد بکاهد و بدین ترتیب بخش خصوصی را تشویق به سرمایه‌گذاری نماید.^۱ از سوی دیگر، برای حمایت از سرمایه‌گذار دقیقاً به پیش‌بینی مقررات کیفری در مورد هرگونه تعرض به حقوق سرمایه‌گذاران همت گمارد و در این راستا دولت را ملزم به پیوستن به کنوانسیون‌های بین‌المللی نماید که در این خصوص به تصویب سازمان ملل متحده رسید.

به نظر می‌رسد که حمایت واقعی نظام کیفری از خصوصی‌سازی از طریق ساختارشکنی درون قلمرو کیفری و کاستن از تهدیدهای کیفری صورت می‌گیرد. اما در عین حال حمایت او از حقوق سرمایه‌گذاران بیشتر در گرو وفاداری به حقوق کیفری و مقرراتی است که هرگونه تعرض به حقوق دیگران را با مجازات مواجه می‌گرداند. البته این نظر به آن معنا نیست که حمایت از خصوصی‌سازی صرفاً از طریق ابزارهای غیرکیفری ممکن است. بلکه در این خصوص هر دو نوع حمایت یعنی کیفری و غیرکیفری مؤثر و مفید می‌باشد. لیکن اهمیت ابزارهای غیرکیفری از آن‌روست که نقش آنها در ایجاد انگیزه برای سرمایه‌گذاران بیشتر است. در این مقاله به بررسی چگونگی حمایت نظام کیفری از سرمایه‌گذاری از طریق کیفرزدایی می‌پردازیم و بررسی نحوه حمایت کیفری از سرمایه‌گذاران را به مقاله دیگری وا می‌نهیم.

همواره یکی از چالش‌های خصوصی‌سازی نگرانی سرمایه‌گذاران بخش خصوصی از قیدوبندهای نظام کیفری در حوزه فعالیت‌های اقتصادی بوده است که با جرمانگاری رفتارهای متعارف یا مجازات‌های نامناسب، سرمایه‌گذاران را در معرض آسیب‌های بی‌رحمانه حقوق کیفری قرار می‌دهد. از این رو سیاست جنایی درست اقتضا می‌کند که قانون‌گذار با توسل به شیوه‌های کیفری سلبی^۲ مثل کیفرزدایی از فعالیت‌های اقتصادی

۱. تصویب قانون بازار اوراق بهادار ایران در آذرماه ۱۳۸۴ در همین راستا صورت گرفته است. در واقع، قانون‌گذار از تصویب این قانون همزمان به دنبال تحقق دو سیاست بوده است: از یک سو، سیاست حمایت از سرمایه‌گذاری از طریق تعیین دقیق ممنوعیت‌های کیفردار تا سرمایه‌گذاران بتوانند خارج از چارچوب آن ممنوعیت‌ها به فعالیت اقتصادی بپردازند؛ و از سوی دیگر، سیاست حمایت از سرمایه‌گذار از طریق تعیین ضمانت‌اجراهای تخلف از هنجارهای مربوط به فعالیت اقتصادی تا در اثر آن هرگونه رفتار مغایر سلامت بازار با مجازات روپردازی شود تا سرمایه‌گذاران سالم در محیط سالم‌تری به فعالیت خود ادامه دهند. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، رک:

- جعفری، مجتبی، مطالعه تطبیقی جرایم بورس اوراق بهادار در حقوق جزای ایران و فرانسه، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۶.

۲. منظور از شیوه‌های کیفری سلبی شیوه‌هایی است که در عین حال که در درون نظام کیفری قرار می‌گیرند، اما به دنبال اعمال مجازات یا شدت بخشیدن به مجازات مرتكب نیستند. بر عکس، از آنجا که به دنبال آسان‌گیری بر مرتكب هستند از این سیاست‌ها به عنوان سیاست یا شیوه‌های سلبی یاد می‌شود. کیفرزدایی دقیقاً یکی از همین شیوه‌ها است. از یک سو، نمی‌توان ادعا کرد که این سیاست به معنای خروج از چارچوب

سایه‌های حقوق کیفری بر اینگونه فعالیت‌ها را کوتاه کند. چارچوب کیفرزدایی و روش‌های آن دو موضوعی هستند که در این مقاله به آنها خواهیم پرداخت تا نقش آن در حمایت از سرمایه‌گذاری و خصوصی‌سازی را مورد تحلیل و بررسی قرار دهیم.

۱. چارچوب کیفرزدایی از جرایم کسب و کار

برای بررسی چارچوب کیفرزدایی از جرایم کسب و کار پیش از هر چیز باید ببینیم که منظور از کیفرزدایی چیست و بر اساس چه معیارهایی می‌توان به کیفرزدایی از جرایم کسب و کار روی آورد؟ علاوه بر این، با توجه به اینکه حقوق کیفری وظیفه پاسداری از نظم عمومی را بر عهده دارد این سؤال مطرح می‌شود که نسبت بین کیفرزدایی و بی‌نظمی چیست. به عبارت دیگر، آیا کیفرزدایی این خطر را به دنبال ندارد که بر نظم عمومی در عرصه فعالیت‌های اقتصادی خدشه وارد کرده و بی‌نظمی را بر این قلمرو حاکم نماید؟ این پرسش طبیعتاً به پرسش دیگری ختم می‌شود و آن اینکه برای پاسداری از نظم عمومی در کیفرزدایی چه الزاماتی ممکن است بر قانون گذار تحمیل شود؟ سرانجام، با فرض اینکه کیفرزدایی در چارچوب رعایت الزامات مختلف باعث بی‌نظمی در فعالیت‌های اقتصادی نمی‌شود، باید سعی کنیم به این پرسش پاسخ دهیم که چه جرایمی را می‌توان مشمول کیفرزدایی قرار داد؟ لذا در این بند ضمن آشنایی با مفهوم کیفرزدایی و معیارهای آن تلاش خواهیم کرد آن دسته از جرایم مرتبط با فعالیت‌های اقتصادی که می‌توانند مشمول کیفرزدایی قرار گیرند را مورد بررسی قرار دهیم.

۱-۱. مفهوم کیفرزدایی

کیفرزدایی اصطلاحاً به معنای آن است که وصف کیفری از یک جرم زدوده شود یا به نحوی تلطیف گردد. در ادبیات سیاست‌جناحی به‌نظر می‌رسد که توافقی روی مفهوم این اصطلاح وجود ندارد. به اعتقاد برخی، کیفرزدایی عبارت است از جرم‌زدایی ناقص.^۱ طوری که در این حالت یک نوع مداخله و تدبیر اجتماعی جایگزین کیفر می‌گردد، ولی عنوان مجرمانه برای فعل یا ترک فعل حفظ می‌گردد. اما از نظر مارک آنسل کیفرزدایی به‌طور کلی به معنای سنتی واکنش اجتماعی است که از طریق ترک شیوه کیفری

← نظام کیفری است، زیرا همان‌گونه که می‌دانیم صرف تخفیف مجازات یا تبدیل درجه جرم از درجه شدیدتر به درجه خفیف تر خود ممکن است کیفرزدایی باشد. از سوی دیگر، در اثر اعمال این سیاست گشايش بیشتری برای مرتكبین ایجاد می‌شود.

۱. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین؛ و حمید هاشم‌بیگی، دانشنامه جرم‌شناسی، گنج دانش، ویراست چهارم، ۱۳۹۲، ص. ۷۷.

صرف یا تعدیل نمودن آن یا جایگزین کردن شیوه‌های دیگر که از رنج کمتر و تأثیر بیشتر برخوردارند حاصل می‌شود.^۱

با این همه، کیفرزدایی آن گونه که از تعاریف فوق بر می‌آید یک اقدام تقنینی صرف نیست، بلکه قضات نیز می‌توانند در مواردی با تصمیم‌های خود دست به کیفرزدایی بزنند. چنانکه برخی کیفرزدایی را یک اقدام دفاعی و به معنی تصمیم دادگاه مبني بر به تأخیر انداختن یا خودداری از تحمیل یک مجازات کیفری به مرتكب دانسته‌اند.^۲ از نظر این عده تصمیماتی نظیر صدور حکم به خدمات عمومی یا تعليق مراقبتی یا الزاماتی از این قبيل در واقع کیفرزدایی محسوب می‌شوند. بنابراین باید گفت که اصولاً کیفرزدایی مفهومی وسیع‌تر از جرم‌زدایی دارد، طوری که شامل هر نوع سیاست جنایی مبتنی بر ضعف و سستی واکنش اجتماعی می‌باشد. بدین ترتیب، چنانچه قانون گذار شرایط مجازات یک عمل مجرمانه را بیشتر و سخت‌تر گرداند، اقدام او به همان اندازه کیفرزدایی تلقی می‌شود که زمانی که اصولاً مجازات‌های کیفری را به سود مجازات‌های اداری یا اضباطی حذف می‌کند یا حتی بدون جایگزین کردن پاسخ‌های دیگر، پاسخ کیفری را از بین می‌برد.

نکته‌ای که در اينجا باید بدان اشاره کنيم آن است که کیفرزدایي را نباید متضاد و نقطه مقابل کیفرگذاري دانست. کیفرگذاري به معنای هرگونه اقدامي است که باعث می‌شود که مقوله جديدي وارد قلمرو حقوق کيفری گردد. به عبارت دیگر، اثر کیفرگذاري آن است که يك موضوع برای نخستين بار وارد قلمرو حقوق کيفری می‌گردد. طبیعتاً موضوعی که مشمول کیفرگذاري می‌شود باید مسئله مهم مربوط به نظام اجتماعی باشد؛ زیرا تنها مجال مداخله حقوق کيفری مداخله در پاسداری از ارزش‌های اصلي جامعه است و در مورد ارزش‌های مربوط به روابط خصوصی اشخاص یا نظام اداري سازمان‌ها فرستي برای توسل به حقوق کيفری نیست. اين در حالی است که مراد از کیفرزدایي خروج مطلق از قلمرو حقوق کيفری نیست. در واقع، کیفرزدایي ممکن است به صورت حذف كامل ابزارهای کيفری ظاهر شود. اما اين مسئله را نمی‌توان يك ويژگی اساسی کیفرزدایي دانست. همان‌گونه که گفتيم کاستن ميزان مجازات یك جرم هم می‌تواند کیفرزدایي قلمداد شود، بدون اينکه موضوع اساساً از قلمرو حقوق کيفری خارج شده باشد. به عنوان مثال، با تصويب قانون مجازات اسلامي جديد در سال ۱۳۹۲، قانون گذار فصلی را به مجازات‌های جایگزین حبس اختصاص داد و در عین حال

۱. آنسل، مارک، دفاع اجتماعی، ترجمه محمد آشوری و علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، گنج دانش، ویراست چهارم، ۱۳۹۱، ص. ۱۰۷.

2. Véron, Michel, *Droit Pénal des Affaires*, Armand Colin, 6e éd., 2005, p. 13.

مجازات برخی از جرایم حدی را تبدیل به مجازات‌های خفیفتر نمود. علاوه بر این، پیش‌بینی امکان تعليق اجرای مجازات یا تعویق صدور حکم در کنار مقوله تحول یافته آزادی مشروط خود نمونه دیگری از کیفرزدایی نسبی تلقی می‌شود.

بعد از آشنایی با مفهوم کیفرزدایی ممکن است این سؤال مطرح شود که آیا کیفرزدایی باعث بی‌نظمی نمی‌شود. برای پاسخ به این پرسش ابتدا لازم است اشاره کنیم که بی‌نظمی به معنای نبود نظم نیست. بلکه برعکس، بی‌نظمی حکایت از وجود نظم دارد.^۱ در واقع تا نظمی نباشد سخن گفتن از بی‌نظمی مفهومی ندارد. در این شرایط سؤال این است که آیا کیفرزدایی که یک نظام سازمان یافته را از طریق حذف وضعیت کیفری موجود و دستکاری در مجازات‌ها و جرایم به وجود می‌آورد، بی‌نظمی را بر فعالیت‌های اقتصادی حاکم نمی‌کند؟

در پاسخ باید گفت که اولاً حذف مقررات و دستکاری در نظام جرایم و مجازات‌ها به خودی خود منشأ بی‌نظمی نیست. تاریخ حقوق کیفری شاهد حذف تعدادی از جرایم و مجازات‌ها بوده است. بدون اینکه این رشتہ یا رشتہ‌های دیگر حقوق از این حرکت دچار بی‌نظمی شده باشند. بنابراین حذف جرایم و مجازات‌ها را نمی‌توان منشأ بی‌نظمی دانست زیرا با این کار قانون‌گذار در بدترین شرایط تصمیم می‌گیرد که رفتارهایی را که سابقاً به لحاظ کیفری جرم‌انگاری شده بودند، از این پس با ضمانت‌اجراهای اداری یا مدنی روپرور کند. در واقع کیفرزدایی، در شدیدترین حالت حقوق کیفری را به سود حقوق اداری یا حقوق مدنی کنار می‌گذارد؛ اما هیچ‌گاه رفتارهای ناهنجار در عرصه فعالیت‌های اقتصادی را بی‌پاسخ نمی‌گذارد.^۲ چنانکه، به عنوان مثال، قانون‌گذار برای رفع عیوب و کاستی‌های مجازات کیفری، مقامات اداری مستقل مثل شورای رقابت را که دارای اختیار صدور و اعمال مجازات‌های اداری در مورد رفتارهایی هستند که تا پیش از این مشمول مجازات‌های کیفری می‌شوند، به وجود آورد.

ثانیاً، مسأله دیگری که باید به آن اشاره کنیم این است که کیفرزدایی ابزار حقوق کیفری است. بنابراین نمی‌تواند باعث بی‌نظمی باشد. در واقع، با توجه به این که رسالت حقوق کیفری پاسداری از نظم عمومی است، طبیعی است که در انجام این رسالت مجاز نیست از ابزارهایی استفاده کند که اتفاقاً نظم عمومی را خدشه‌دار می‌کنند.

ثالثاً، برنامه‌های کیفرزدایی محدود و مصادیق آن بر اساس معیارهایی است که اصولاً لطمه‌ای به نظم عمومی و نظم اجتماعی وارد نمی‌کنند. بدیهی است اگر طرفداران

1. Lefébvre, José, *La Dépénalisation; Facteur D'ordre ou Source de Désordre?*, In: *Désordre (s)*, PUF, 1997, p. 245.
2. Véron, Op. cit., p. 12.

کیفرزدایی از جرایم کسب و کار در پی آن باشند که این سیاست را در مورد تمام قلمرو حقوق کیفری اقتصادی پیاده نمایند، می‌توان بر آنها خرد گرفت که چنین سیاستی بر خلاف نظم عمومی و مخرب نظم اجتماعی است. اما همان‌گونه که در این مقاله خواهیم دید کیفرزدایی معیارهایی دارد که اجازه نمی‌دهد آن را در مورد تمام جرایم عرصهٔ فعالیت‌های اقتصادی دنبال نماییم و طرفداران کیفرزدایی نیز اصولاً چنین انتظاری از نظام کیفری ندارند. از این‌رو، با توجه به قلمرو محدود کیفرزدایی در عرصهٔ فعالیت‌های اقتصادی خطر بی‌نظمی در این عرصه از همان ابتدا منتفی خواهد بود.

رابعاً، در یک نظام اقتصادی دولتی که همهٔ فعالیت‌ها و سرمایه‌گذاری‌های اقتصادی در اختیار دولت است می‌توان انتظار داشت که دولت بخواهد برای حفظ اقتدار و حقوق خود از اینزارهای کیفری که خود متولی آن است، بهره ببرد. زیرا دولت رقیبی ندارد و اصولاً بخش خصوصی قرار نیست سهمی در فعالیت‌های مهم اقتصادی داشته باشد. بنابراین، استفاده از ضمانت‌اجراهای کیفری نمی‌تواند بر انگیزه‌های سرمایه‌گذاری تأثیر سوء بگذارد. به این دلیل روشن که اساساً چنین انگیزه‌هایی وجود ندارند. این در حالی است که در یک نظام اقتصادی مبتنی بر بازار آزاد که دولت سهم چندانی از فعالیت‌های اقتصادی نداشته و عرصه برای رقابت اشخاص مختلف بخش خصوصی باز می‌باشد، وجود ضمانت‌اجراهای کیفری مانع جدی در برابر بخش خصوصی است که با حسن نیت در صدد فعالیت در عرصهٔ تولید و سرمایه‌گذاری اقتصادی می‌باشد. از این‌رو، ضروری است که با کیفرزدایی از بخش از جرایمی که چندان مهم به نظر نمی‌رسند، انگیزهٔ سرمایه‌گذاری و ورود به قلمرو فعالیت‌های مهم اقتصادی را دوچندان نماییم.

با این همه، قانون‌گذار در اتخاذ سیاست کیفرزدایی باید خود را به رعایت برخی اصول و الزامات ساختاری ملتزم بداند تا پاسداری از نظم عمومی حتی در شرایط کیفرزدایی نیز با قدرت بیشتری تضمین گردد. این الزامات ساختاری که قانون‌گذار همواره به آنها پایبند خواهد بود شامل الزامات اقتصادی، حقوقی و مربوط به اخلاق حرفة‌ای است که در قسمت بعد مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

۱-۲. الزامات ساختاری محدود کنندهٔ کیفرزدایی

اگرچه قانون‌گذار در راستای سیاست حمایت از فعالیت‌های اقتصادی ممکن است به کیفرزدایی از برخی از فعالیت‌های اقتصادی روی آورد، اما باید در نظر داشت که این اختیار قانون‌گذار در قلمرو فعالیت‌های اقتصادی مطلق نیست و همواره الزامات والایی وجود دارند که دامنهٔ اختیار قانون‌گذار را در اتخاذ هر نوع سیاستی محدود می‌نمایند. در واقع، در این قلمرو، قانون‌گذار قدرت خود را در یک چارچوب اقتصادی، حقوقی و

اخلاق حرفه‌ای محصور می‌بیند. امری که در نهایت باعث می‌شود مرزهای کیفرزدایی محدود و مشخص شوند.

اولاً، از نقطه نظر اقتصادی، شرکت‌های تجاری نیاز به یک امنیت حقوقی دارند تا بدون واهمه به فعالیت مستمر در بازار بپردازن. طبیعتاً امنیت حقوقی در گرو وجود قوانین مشخص، قابل پیش‌بینی، در دسترس و برابر است که البته اجرای آنها با قید ضمانت اجراهای کیفری تضمین شده باشد. به عنوان مثال، حقوق کیفری می‌تواند به حمایت از شرکت‌های کوچک در برابر بنگاه‌های بزرگ یا به حمایت از پیمانکاران در برابر مشتریان آنها بپردازد. وانگهی، به منظور اجتناب از هرگونه جانبداری از برخی شرکت‌ها در مقابل شرکت‌های دیگر، باید شرایط یک رقابت سالم بین شرکت‌ها فراهم شود. در این خصوص، نیاز جدی به پیش‌بینی قواعد بازی کاملاً روشن و شفاف در بازار احساس می‌شود. حقوق کیفری می‌تواند در این زمینه نقش تنظیم‌کننده روابط بین شرکت‌ها را به خوبی ایفا نماید.^۱

ثانیاً، از نقطه نظر حقوقی، قانون‌گذار با برخی الزامات خاص به ویژه در قلمرو حقوق بین‌الملل مواجه است. بدیهی است که کنوانسیون‌های بین‌المللی که در سطح جهانی یا منطقه‌ای به تصویب می‌رسند، اعضای خود را ملزم می‌کنند که به منظور حفظ مصالح همه کشورهای عضو برخی از رفتارها در عرصه مبادلات تجاری و اقتصادی را جرم‌انگاری و مجازات نمایند. در واقع، هدف از این‌گونه الزامات برقراری شرایط رقابت برابر بین شرکت‌های مختلف از ملیت‌های گوناگون است تا در سایه آن منافع همگان تأمین گردد. چنان‌که، به عنوان مثال، کنوانسیون مریدا برای مبارزه با فساد به کشورهای عضو مصراحت تأکید می‌کند که «سواءاستفاده از اموال شرکت»^۲ را در قوانین داخلی خود جرم‌انگاری و مجازات نمایند.^۳ در همین راستا، می‌توان به معاهده لیسبون اشاره کرد که به موجب آن حقوق مشترک اروپایی از سال ۲۰۰۹ شکل گرفت. این معاهده کشورهای عضو را ملزم نموده است که با هدف جلوگیری از بطلان قراردادها در موارد ممکن از ابزارهای کیفری استفاده نمایند. کمیسیون اروپا در پیگرد قانونی دولت‌هایی که برای تضمین التزام به حقوق مشترک اروپایی متولی به مکانیسم‌های کیفری نشده باشند،

1. Coulon, Op. cit., p. 21.

2. Abus de biens sociaux

3. ماده ۲۲ کنوانسیون مریدا به جرم‌انگاری اختلاس در بخش خصوصی اشاره دارد. در برخی از کشورها

سواءاستفاده از اموال شرکت را نوعی اختلاس در این بخش قلمداد می‌نمایند. ر. ک:

- نجفی ابرندآبادی، علی حسین، جرم‌شناسی بزهکاری اقتصادی، تقریرات درس جرم‌شناسی، به کوشش

محبی جعفری و دیگران، دانشگاه امام صادق (ع)، نیمسال اول سال تحصیلی ۱۳۸۴-۸۵، مدرج در

ویراست ششم مجموعه تقریرات، ۱۳۹۰، ص. ۲۳۲۹ و بعد.

سخت مصمم است. آنچه از معاهده لیسبون استنباط می‌شود این است که دولتهای عضو می‌باشد برای تضمین رعایت مفاد یک قرارداد از ابزارهای کیفری استفاده نمایند تا مکانیسم‌های مدنی نظیر بطلان و فسخ قرارداد نتوانند امنیت حقوقی مبادلات تجاری را به مخاطره اندازند.^۱

ثالثاً، از نقطه نظر قواعد مربوط به اخلاق تجاری نیز قانون‌گذار در کیفرزدایی اختیارات محدودی خواهد داشت. در واقع، رفتارهای متقلبانه در عرصه فعالیت‌های اقتصادی به هیچ عنوان قابل کیفرزدایی نیستند. این نوع کیفرزدایی اساساً غیرممکن بوده و هیچ‌گاه موردنظر طرفداران کیفرزدایی در این عرصه نیز نبوده است. به دیگر سخن، جرم‌نگاری رفتارهای متقلبانه در قلمرو فعالیت‌های اقتصادی و تجاری هسته اصلی و مرکزی حقوق کیفری امور تجاری و بازرگانی را تشکیل می‌دهد که با حذف آن یا با کیفرزدایی از آنها اصولاً حقوق کیفری در این قلمرو خلع سلاح خواهد شد. طبیعتاً این وضعیت هیچ‌گاه مورد قبول افکار عمومی و حتی فعالان اقتصادی نخواهد بود. از این‌رو، کیفرزدایی از جرائم کسب و کار هرگز شامل رفتارهایی نظیر خیانت در امانت، کلاهبرداری، جعل، سوءاستفاده از اموال شرکت، اختلاس، برخی رفتارهای متقلبانه علیه حقوق مصرف‌کنندگان و ... نخواهد شد و از این جهت نگرانی در مورد بی‌نظمی حاصل از کیفرزدایی در این زمینه‌ها بی‌مورد است. حال باید دید قانون‌گذار با فرض رعایت الزامات سه‌گانه گفته شده بر چه اساسی می‌تواند تصیم به کیفرزدایی بگیرد. این مسئله را تحت عنوان معیارهای کیفرزدایی پی‌می‌گیریم.

۱-۳. معیارهای کیفرزدایی

«معیار»^۲ در برابر «قاعده»^۳ قرار می‌گیرد. قاعده آن حکمی است که قانون‌گذار به صراحة بیان کرده و حسب مورد ممکن است امری یا تکمیلی باشد. دادرس در مواجهه با قواعد چاره‌ای جز تسلیم در برابر آنها و پایندی به حکم قانون‌گذار ندارد. اما معیار یک وصف کلی است که قابل انطباق با مصادیق گوناگون است و دادرس حسب مورد ممکن است آن را بر موضوعات مختلف منطبق نماید تا معضلی را از بین ببرد.^۴ در واقع،

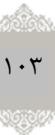
۱. برای اطلاع از محتوا و ویژگی‌های معاهده لیسبون، ر. ک:

- ایزدی، پیروز، معاهده لیسبون و پیامدهای آن برای اتحادیه اروپا، معاونت پژوهش‌های سیاست خارجی مرکز تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام، ۱۳۸۷.

2. Standard

3. Rule

۴. برخی تفکیک بین قواعد و معیارها را با این وصف آغاز می‌کنند که یکی شکلی و دیگری ماهوی است. ر. ک:
- علیزاده، عبدالرضا، مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۷، صص. ۱۹۶ و بعد.



وجود معیار امکان تفاسیر مختلفی را برای دادرس فراهم می‌کند تا بتواند با استفاده از آن نظم عمومی را برقرار نماید و حال آنکه وجود قواعد چنین امکانی را از دادرس سلب نموده و وی را فقط به رعایت حقوق متهم یا شاکی پایبند می‌سازد، بدون آنکه کمترین دغدغه‌ای نسبت به نظم عمومی داشته باشد.

در مورد کیفرزدایی از جرایم کسب و کار بی‌تردید نمی‌توان از قواعد سخن گفت، زیرا قانون‌گذار قادر نیست همه حوادث و شرایط آتی در عرصه این گونه فعالیت‌ها را از قبل پیش‌بینی نموده و دادرس را نسبت به اتخاذ راه حل‌های مشخص ملزم نماید. در حقیقت گاه ممکن است علاج یک بیماری اقتصادی در کیفرزدایی از برخی رفتارهای خاص بوده و گاه بر عکس مجازات آن رفتارها بهتر بتواند حمایت از فعالیت‌های اقتصادی را به دنبال داشته باشد. از این‌رو باید گفت که کیفرزدایی به عنوان یک سیاست جنایی از معیارهایی پیروی می‌کند. در واقع، بر اساس این معیارها می‌توان در مورد امکان یا عدم امکان کیفرزدایی از یک جرم تصمیم گرفت. این معیارها گاه ناظر به خود مجازات، گاه ناظر به جرم و گاه ناظر به هر دو می‌باشد. با این همه، برخی از معیار دیگری نیز صحبت کرده‌اند که ناظر به هیچ‌کدام از موارد فوق نبوده بلکه می‌تنی بر محکومیت‌های صادره از سوی محاکم در مورد یک جرم می‌باشد. در این قسمت به بررسی این معیارها می‌پردازیم.

۱-۳. معیار «مؤثر نبودن مجازات کیفری»

به اعتقاد بکاریا، اگر بخواهیم کیفر در راه بزهکاری مانع مؤثر باشد نباید چندان فاصله‌ای از نظر زمانی با وقوع جرم داشته باشد.^۱ بنابراین، هرچه این فاصله کوتاه باشد و مراجع قضایی سریع‌تر به پرونده‌ها رسیدگی کنند، تأثیر کیفرها بیشتر خواهد بود. این در حالی است که اگر فاصله بین ارتکاب جرم و تحمل کیفر پس از صدور حکم زیاد باشد نمی‌توان انتظار تأثیر واقعی کیفر را داشت. در این شرایط، اصولاً شاید بهتر این باشد که لاقل با کیفرزدایی از آن جرم، قانون‌گذار از ابزار دیگری برای نیل به اهداف سیاست جنایی خود استفاده کند. این امر بهویژه در مورد جرایم مربوط به فعالیت‌های اقتصادی بیشتر احساس می‌شود. با توجه به جنبه تخصصی و جدید بودن جرایم این حوزه، قضاط معمولاً مهارت و جسارت رسیدگی سریع به دعوی را ندارند و لذا سعی می‌کنند با طرح سئوال‌های پی‌درپی از مراجع کارشناس و ذی‌صلاح یا ارجاع امر به کارشناسی، زوایای مبهم و ناشناخته پرونده را برای خود روشن کنند تا بتوانند با سهولت اتخاذ تصمیم نمایند.^۲ ناگفته پیداست که این روند باعث طولانی شدن مدت

۱. بکاریا، سار، رساله جرایم و مجازات‌ها، ترجمه محمدعلی اردبیلی، نشر میزان، چاپ چهارم، ۱۳۸۰، ص. ۸۴.

۲. نجفی ابرندآبادی، پیشین، صص. ۲۲۸۰ و بعد.

زمان رسیدگی به یک پرونده از این نوع می‌گردد. وانگهی، معمولاً محاکوم‌علیه که تحمل برچسب کیفری را ندارد هیچ‌گاه حاضر به پذیرفتن رأی صادره نیست و لذا با توصل به راه‌هایی مثل اعتراض یا تجدیدنظرخواهی و اعاده دادرسی سعی می‌کند از زیر بار مسئولیت کیفری شانه خالی کند و چنانچه هیچ‌کدام از این راهها مؤثر نباشد در نهایت با نفوذ در سیستم قضایی کشور به دنبال آن است که خود را مشمول «عفو» گرداند.^۱ لذا بهنظر می‌رسد مناسب‌تر آن باشد که حتی‌امکان از این‌گونه جرایم کیفرزدایی شود تا متخلفان به شیوه‌های دیگر پاسخ جامعه را دریافت کنند.

۱-۲-۲. معیار «بی‌فایده بودن جرم»

در کنار اصل «سودمندی مجازات» که توسط فیلسفانی مثل بنتام و بکاریا ارائه شد و بر مبنای آن «اجrai مجازات برای جرمی که واقع شده است، نیست بلکه هدف این است که از این پس جرم دیگری ارتکاب نیابد»^۲، اصل «سودمندی جرم» نیز قابل بررسی است. منظور از «سودمندی جرم» این است که قانون‌گذار در جرم‌انگاری باید اصل ضرورت جرم‌انگاری^۳ را رعایت کند. اگر جرمی قبلاً در یک قانون دیگر یا قانون جزایی عمومی پیش‌بینی شده است، دیگر نیاز به جرم‌انگاری خاص در موارد مشابه نیست. این امر باعث تورم کیفری می‌شود که قابل قبول نیست.^۴ در واقع، تا ضرورت اقتضا نکند، نباید جرم‌انگاری کرد. در غیر این صورت بهتر است در صورت اجتماع جرم خاص و جرم عام از اولی کیفرزدایی کرد. بهخصوص در عرصه فعالیت‌های اقتصادی باید به این امر توجه ویژه داشت؛ زیرا تورم کیفری در این حوزه برخلاف سیاست‌های قانون‌گذار در زمینه تشویق و حمایت از خصوصی‌سازی و سرمایه‌گذاری است. بنابراین ماده ۵۰ قانون بازار اوراق بهادار (مصوب آذر ۱۳۸۴) که متضمن جرم‌انگاری اقدام خلاف امانت کارگزار، کارفرما، معامله‌گر یا بازارگردان نسبت به اوراق بهادار و وجودی که به وی سپرده شده است می‌باشد، با توجه به ماهیت آن که «خیانت در امانت» است و به خصوص اینکه مجازات آن نیز به مجازات مندرج در ماده ۶۷۴ قانون تعزیرات سال ۱۳۷۵ (موضوع خیانت در امانت) احالة شده است، یکی از مصادیق بارز جرم‌انگاری

۱. برای مطالعه دقیق‌تر در مورد نقش بزه‌دیدگان در فرآیند کیفری، ر. ک:

- جعفری، مجتبی، جامعه‌شناسی حقوق کیفری: رویکرد انتقادی به حقوق کیفری، نشر میزان، ۱۳۹۲، صص.

۱۵۹ و بعد.

۲. اردبیلی، محمدعالی، حقوق جزای عمومی، جلد نخست، نشر میزان، چاپ چهلم، ۱۳۹۳، ص. ۹۷.

3. Principle of Necessity in Criminalization

۴. نوبهار، رحیم، «اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۰، ص. ۱۰۴.

غیرضروری است که باید از آن کیفرزدایی کرد؛ زیرا با وجود ماده ۶۷۴ کتاب قانون مجازات اسلامی دیگر نیازی به ان جرم‌انگاری وجود ندارد و پیش‌بینی آن تنها می‌تواند به زیان حرکت اقتصاد کشور در مسیر سرمایه‌گذاری تمام شود.

۱-۳-۲. معیار «تناسب بین جرم و مجازات»

یکی از اصول پذیرفته شده حقوق کیفری لزوم تناسب بین جرم و مجازات آن است.^۱ به این معنا که باید بین عمل ارتکابی یک فرد و مجازاتی که قانون‌گذار برای این عمل در نظر می‌گیرد، تناسب هم ناظر به نوع مجازات است و هم ناظر به میزان آن. تناسب بین جرم و مجازات هم‌مان دفاع از فرد و دفاع از جامعه را تضمین می‌کند. از آن جهت که مرتكب هیچ‌گاه شدیدتر از آنچه که واقعاً عادلانه است، مجازات نمی‌شود در واقع «اصل تناسب» ضامن حقوق فردی است و از آن جهت که وی در قبال عمل مجرمانه خود پاسخی کمتر از آنچه مستحق آن است دریافت نمی‌کند، اصل مذکور ضامن حقوق اجتماعی است. به هر حال، چنانچه مجازاتی که قانون‌گذار برای یک عمل مجرمانه در نظر گرفته است با آن عمل متناسب نباشد، کیفرزدایی از آن جرم گریزناپذیر خواهد بود و قانون‌گذار باید هرچه زودتر این تناسب را برقرار نماید.

در پایان این قسمت لازم است گفته شود که برخی کم بودن آمار محکومیت‌های کیفری در مورد یک جرم را نیز یکی دیگر از معیارهای کیفرزدایی دانسته‌اند. با این بیان که وقتی مجازاتی از سوی دادگاه صادر نمی‌شود به این معنی است که وجود آن به صلاح نیست.^۲ مجازات زمانی از مشروعیت و مقبولیت برخوردار است که از سوی دادگاه صادر شود. اما می‌توان این ایراد را به قائلین به این معیار وارد کرد که هرچند ممکن است یک مجازات از سوی دادگاه صادر نشود اما وجود آن باعث پیشگیری از آن جرم است. همینکه مرتكب احتمالی بداند در صورت اقدام به آن عمل با فلان مجازات روپرتو خواهد شد از انجام آن منصرف می‌شود ضمن اینکه ارزیابی تعداد محکومیت‌ها مشکل است.

به هر حال کیفرزدایی از حقوق فعالیت‌های اقتصادی همان‌طور که قبل‌اشاره شد می‌باشد با توجه به معیارهایی صورت گیرد. با این همه، در همه حال باید به یک شرط اساسی نیز توجه کرد و آن «همراهی افکار عمومی»^۳ است. در واقع، تا زمانی که افکار عمومی، عملی را نپذیرد هرچند معیارهای لازم برای اقدام به آن وجود داشته باشند، باز هم قانون‌گذار

۱. این اصل نه تنها در حقوق کیفری اسلام به خوبی مورد تأکید قرار گرفته، بلکه یکی از آموزه‌های حقوق کیفری غرب را نیز تشکیل داده است. برای مطالعه دیدگاه اندیشمندان غربی در این خصوص، ر. ک. بکاری، پیشین، صص. ۹۲ و بعد.

2. Coulon, Op. cit., p. 22.

3. Public opinion

نباید تصمیمی در این باره اتخاذ نماید. به عبارت دیگر، همراهی افکار عمومی با یک سیاست جنایی پیششرط همه معيارهای لازم برای اجرای آن سیاست است. بنابراین اگر افکار عمومی نمی‌پذیرد که مجازات فلان عمل مجرمانه از کیفری به اداری تغییر یابد، حتی اگر معيارهایی مثل مؤثر نبودن مجازات کیفری یا بی‌فایده بودن جرم و عدم تناسب بین جرم و مجازات یا ... نیز وجود داشته باشند، باز هم قانون‌گذار مجاز نیست که به این تغییر مبادرت ورزد. در این زمینه می‌توان به جرم معامله بر اساس اطلاعات نهانی در بازار اوراق بهادار اشاره نمود. کیفرزدایی از این رفتار مجرمانه هیچ‌گاه از سوی افکار عمومی پذیرفته نخواهد شد.

۱-۳-۴. جرایم قابل کیفرزدایی

با توجه به معيارهایی که برای کیفرزدایی مطرح است قانون گذار می‌تواند بنا به صلاحیت خود و در محدوده الزامات موجود هر جرمی را که لازم باشد کیفرزدایی کند. در عرصه حقوق فعالیت‌های اقتصادی نیز قانون گذار مجاز است این اقدام را به عمل آورد بخصوص برای اینکه سرمایه‌گذاران بخش خصوصی انگیزه ورود به این عرصه را در خود تقویت کنند. در اینجا می‌خواهیم با در نظر گرفتن معيارهای گفته شده آن دسته از جرایم مربوط به فعالیت‌های اقتصادی را که قابل کیفرزدایی هستند، مورد بررسی قرار دهیم. به عنوان مثال، برخی از جرایم مربوط به حقوق شرکت‌ها می‌توانند مشمول کیفرزدایی قرار گیرند. در این راستا، مجازات جای خود را به احکام حقوقی لازم‌الاجرا یا «بطلان» که توسط محاکم مدنی صادر می‌شوند.

البته باید توجه داشت که برخی از جرایم، مثلاً در بازار سرمایه، دقیقاً مرتبط با حقوق سهامداران هستند. به عنوان مثال، ارائه اطلاعات جعلی یا دروغین به سازمان بورس و اوراق بهادار یا عدم ارائه اطلاعات صحیح به آن با توجه به تأثیری که در عدم انکاس وضعیت واقعی شرکت در بازار یا انکاس غیرواقعی وضعیت آن دارد، نهایتاً منجر به زیان سهامداران می‌شود؛ زیرا این عده ممکن است به امید کسب سود موردنظر اقدام به خرید یا فروش سهام خود در بازار نمایند در حالی که حقیقت غیر از این است و آنها با این اقدام متضرر می‌شوند. در اینجا حتی اگر همه معيارهای سابق‌الذکر برای کیفرزدایی وجود داشته باشد، با توجه به اینکه «افکار عمومی» این عمل را نمی‌پذیرد اقدام به آن نامناسب است. از این گذشته، حقوق کیفری ضامن حفظ منافع شهروندان است. نظام کیفری اجازه ندارد با به کار بستن ابزارهایی برای تحقق سیاست جنایی خود، حقوق کیفری را خلع سلاح کند و منافع شهروندان را دستخوش آسیب و ضرر قرار دهد.

با این همه، یکی از جرایمی که به‌نظر می‌رسد می‌تواند مشمول کیفرزدایی قرار گیرد، جرم موضوع ماده ۲۵۴ قانون تجارت یعنی خودداری از دعوت سهامداران برای تشکیل مجمع عمومی عادی است. این ماده مقرر می‌دارد: «رئیس و اعضای هیأت مدیره شرکت

سهامی که حداکثر تا ۶ ماه پس از پایان هر سال مالی مجمع عمومی عادی صاحبان سهام را دعوت نکنند یا مدارک مقرر در ماده ۲۳۲ را به موقع تنظیم و تسلیم ننمایند، به حبس از دو تا شش ماه یا به جزای نقدی از بیست هزار تا دویست هزار ریال یا به هر دو مجازات محکوم خواهد شد.» قانون گذار می‌تواند الزامات حقوقی و اداری را جایگزین مجازات کیفری کند. زیرا آنچه برای قانون گذار مهم است تشکیل مجمع می‌باشد که می‌تواند به روش‌های دیگری آن را انجام دهد. در حالی که پیگیری امر به روش کیفری علاوه بر اینکه مدت‌ها ممکن است به طول انجامد، عملاً خود باعث تأخیر بیشتر در برگزاری مجمع عمومی می‌شود که نتیجه آن تضییع حقوق سهامداران است. ضمن اینکه سرنوشت دعوا کیفری نیز هرگز معلوم نیست و ممکن است در نهایت به منع تعقیب یا بازداشت متهم منجر شود یا حتی در صورت صدور حکم مبنی بر محکومیت متهم نیز این حکم به علل گوناگون هرگز به اجرا در نیاید. از این رو شایسته است پاسخ‌های کیفری در مورد این جرم جای خود را به پاسخ‌های مدنی و اداری دهنده. همچنین بهنظر می‌رسد که عدم رعایت مقررات مربوط به کاهش یا افزایش سرمایه که در برخی از مواد قانون تجارت به عنوان جرم تلقی شده‌اند نیز به راحتی قابل کیفرزدایی است. به عنوان مثال، اگر اعضای هیأت مدیره شرکت سهامی پیشنهاد راجع به کاهش سرمایه را تا ۴۵ روز قبل از تشکیل مجمع عمومی فوق العاده به بازارس (حسابرس) شرکت تسلیم ننموده باشد و با این حال اقدام به کاهش سرمایه شرکت کند، می‌توان با اعلام «بطلان» عمل انجام شده، اثر اقدامات آنها را خنثی کرد. همین طور است اگر تصمیم مجمع عمومی دایر بر تصویب کاهش سرمایه و مهلت و شرایط آن در روزنامه رسمی و روزنامه کشورالانتشاری که اعلانات مربوط به شرکت در آن نشر می‌گردد، آگهی نشده باشد (بند ۳ ماده ۲۶۴ ق.ت).

موارد فوق الذکر نمونه‌های نادری است از جرایمی که براساس معیارهای مطرح شده می‌توان از آنها کیفرزدایی کرد. علاوه بر حقوق شرکت‌ها، در قلمرو حقوق مصرف، حقوق رقابت، حقوق بورس و حقوق بیمه نیز می‌توان از برخی رفتارهای مجرمانه بر اساس معیارهای گفته شده و در چارچوب الزامات موجود کیفرزدایی نمود که بررسی آنها در این مقاله ممکن نیست.

پس از آشنایی با کیفرزدایی و معیارها و نمونه‌های آن اکنون باید از سازوکارهای این ابزار صحبت کنیم. منظور از سازوکارهای کیفرزدایی، روش‌های اجرای این سیاست است و می‌خواهیم با انواع مختلف این روش‌ها آشنا شویم. یکی از مهم‌ترین این سازوکارها جرم‌زدایی است. اما همان طور که قبلاً گفتیم با توجه به اینکه کیفرزدایی مفهومی گسترده‌تر از جرم‌زدایی ناقص دارد، سازوکارهای دیگری نیز برای این امر در نظر گرفته شده است که دخل و تصرف در عناصر تشکیل دهنده یک جرم به گونه‌ای که مجازات آن عمل را مشکل گرداند، یکی از آنهاست. در ادامه این نوشتار به مطالعه این سازوکارها می‌پردازیم.

۲. روش‌های کیفرزدایی از حقوق فعالیت‌های اقتصادی

روش‌های مختلفی برای کیفرزدایی وجود دارد و سیاست جنایی قانون‌گذار در برخورد با رفتارهای مجرمانه مختلف در قلمرو فعالیت‌های اقتصادی می‌تواند مبنای انتخاب نوع خاصی از این روش‌ها باشد. گاه قانون‌گذار به‌طور کلی دست به جرم‌زدایی می‌زند و بدین ترتیب اصولاً وصف کیفری را نابود می‌کند. در این حالت می‌توان گفت که دیگر جرمی باقی نمانده است. بدین‌پیش از کیفرزدایی متعارض خود نمی‌شود، بلکه به عنوان مثال با تغییری که در برای نیل به کیفرزدایی متعرض خود می‌شود، اما گاه قانون‌گذار برای نیل به کیفرزدایی متعرض خود نمی‌شود، بلکه به عنوان مثال با تغییری که در عناصر تشکیل‌دهنده آن جرم ایجاد می‌کند، در پی آن است که راههای کیفر کردن آن جرم را کاهش دهد. پر واضح است که این اقدام خود شکلی از کیفرزدایی است.

۱-۲. جرم‌زدایی

همان‌طور که قبلاً گفته‌یم جرم‌زدایی یعنی زدودن برچسب و عنوان مجرمانه از یک عمل یا از یک رفتار. طبق گزارش جرم‌زدایی شورای اروپا، جرم‌زدایی یعنی «فرآیندهایی که از طریق آنها صلاحیت نظام کیفری برای تحمل مجازات در مقام واکنش به برخی رفتارها از وی مسترد می‌گردد».^۱ البته این تعریف، یک تعریف از جرم‌زدایی اصلی و حقوقی است. همین شوراء، جرم‌زدایی عملی یا واقعی را نیز تعریف کرده است. از نظر این شورا «جرائم‌زدایی (عملی) فرآیندی است مشتمل بر کاهش تدریجی واکنش‌های نظام عدالت کیفری به برخی از اشکال رفتاری یا اوضاع و احوال بدون اینکه هیچ‌گونه تغییری در صلاحیت رسمی این نظام ایجاد گردد».^۲ جرم‌زدایی عملی (واقعی) جنبه‌های متعددی دارد و شامل قضازدایی^۳ هم می‌شود. هرچند هدف اولیه از جرم‌زدایی تورم‌زدایی از قوانین کیفری است^۴ به این معنی که قانون‌گذار می‌خواهد با اقدام به جرم‌زدایی از حجم قوانین کیفری بکاهد تا بدین ترتیب موارد منع و جواز قانونی به راحتی قابل شناسایی باشد، اما درباره فعالیت‌های اقتصادی هدف اولیه از جرم‌زدایی، تحقق کیفرزدایی به منظور کاستن از ریسک کیفری سرمایه‌گذاری در کشور می‌باشد. البته واضح است که با این عمل از تورم قوانین کیفری در حوزه فعالیت‌های اقتصادی نیز کاسته می‌شود. اما این امر به هیچ وجه منظور اولیه قانون‌گذار نبوده است. جرم‌زدایی اصولاً به دو شکل صورت می‌گیرد:

۱. گروهی از نویسندها، گزارش جرم‌زدایی شورای اروپا، ترجمه واحد ترجمه مرکز مطالعات توسعه قضایی، قم، انتشارات سلسیل، ۱۳۸۴، ۱، ص. ۱۷.

۲. همان، ص. ۱۸.

3. Déjudiciarisation

۴. نجفی ابرندآبادی و هاشم بیگی، پیشین.

نخست، جرم‌زدایی از طریق حذف وصف کیفری؛ در این حالت، ماده قانونی که متضمن جرم‌انگاری است از بار حقوقی خالی می‌شود و در واقع جرم از بین می‌رود؛ دوم، جرم‌زدایی از طریق حذف وصف کیفری و جایگزینی اوصاف اداری، مدنی و ...؛ در این حالت قانون‌گذار به حذف وصف کیفری به تنها یک رضایت نمی‌دهد، بلکه مایل است ابزارهای نظارتی جایگزین را به جای وصف کیفری استفاده کند.

توسل به هریک از این دو شیوه بر اساس مبنا و معیار مشخص است. طوری که می‌توان گفت نوع و شکل نخست جرم‌زدایی که منتهی به کیفرزدایی مشخص می‌شود به خاطر «بی‌فایده بودن» جرم است. یعنی جرم موجود در قانون بنا به دلایلی دیگر لازم نیست، زیرا وجود آن توجیهی ندارد. بی‌فایده بودن جرم هم ممکن است به این خاطر باشد که ارزش مورد حمایت توسط آن قبلًا به موجب قانون کیفری دیگری مورد حمایت قانون‌گذار قرار گرفته است و هم ممکن است به این علت باشد که قانون‌گذار تصمیم گرفته است حمایت خود از آن «ارزش» را پایان دهد.^۱ در واقع، گاه قانون‌گذار بنا به شرایط زمانی و مکانی اقدام به برخی جرم‌انگاری‌ها کرده که حال به نظر می‌رسد آن شرایط و انگیزه‌ها وجود ندارد. با فقدان شرایط سابق باید گفت اصولاً دیگر نیازی به چنین جرم‌انگاری نیست.

اما نوع دوم جرم‌زدایی که در حقیقت کیفرزدایی با حفظ عنوان مجرمانه است ناشی از ویژگی شدید بودن، بی‌تأثیر بودن یا نگران‌کننده بودن ضمانت اجرای کیفری است. در واقع این نوع جرم‌زدایی با هدف اصلاح مقررات موجود صورت می‌گیرد. در اینجا قانون‌گذار نمی‌خواهد «جرائم» را از بین ببرد، بلکه می‌خواهد نوع پاسخ جامعه به این جرم را با رفتار مرتكب منطبق کند. این جرم‌زدایی بدون حذف «جرائم» می‌تواند صورت‌های زیادی داشته باشد زیرا سازوکارهای جایگزینی متعددی قابل تصور است. به این ترتیب که سازوکارهای مدنی و اداری هم به عنوان سازوکارهای نظارتی و هم به عنوان سازوکارهای برخورد به جای ابزار کیفری قابل اعمال هستند.

نظارت مدنی یا اداری با هدف پیشگیری از نقض یک الزام قانونی باعث رعایت این الزامات می‌شود. اما در صورت نقض این الزامات، استفاده از سازوکارهای مدنی یا اداری جنبه سرکوبگرانه و برخورد پیدا می‌کند، زیرا در پاسخ به نقض تعهد انجام می‌شوند. با این تفاوت که ماهیت این پاسخها با مجازات متفاوت است.^۲ به عنوان مثال چنانچه قراردادی با استفاده از فریب و نیرنگ و تخطی از یک الزام قانونی یا قراردادی منعقد شده باشد، سازوکارهای مدنی برای بازگرداندن وضع به حال سابق و جلوگیری از تضرر طرف قرارداد، چنین قراردادی را باطل یا قابل فسخ اعلام می‌کنند. با این همه، به نظر نمی‌رسد که

۱. نویهار، پیشین، ص. ۹۵.
۲. جعفری، پیشین، ص. ۳۳۴.

معامله متكى بر اطلاعات نهانی^۱ که توسط دارندگان اين اطلاعات يا سايرين صورت مى گيرد، قابل جرم زدایي باشد. در واقع، نمی توان انتظار داشت که قانون گذار به جاي پيش بینی مجازات های كيفري برای اين جرم، برخوردهای مدنی يا اداری و انصباطی را پيش بینی کند؛ زيرا هر چند که در اين موارد آنچه رخ داده صرفاً يك معامله است که می توان آن را فسخ کرد، اما با توجه به اينکه مرتکب از امانتداری استنكاف کرده، شایسته برخورد شدیدتری است و ابزارهای حقوق كيفري در اين مورد می توانند کارساز باشند. همچنان که امروزه اين رفتار در همه کشورهایی که دارای بازار اوراق بهادر هستند به عنوان يك جرم نسبتاً شدید دارای مجازات های شدیدی است و هرگز سعی نشده است که از آن عمل جرم زدایي صورت گيرد.

۲-۲. تغيير در عناصر تشکيل دهنده جرائم و مجازاتها

همواره دادرس به هنگام رسيدگی به يك جرم سعی می کند که تعريف قانونی جرم را بر مورد تحت بررسی تطبیق دهد و عناصر مادي و روانی جرم را در آن مورد ارزیابی و احراز نماید. اين کار به خودی خود مرحله ای دشوار از فرآيند كيفري است. از اين رو، در مورد جرائم بالهيtie مثل جرائم مرتبط با فعالیت های اقتصادي که اثبات وقوع جرم بر اساس احراز عناصر تشکيل دهنده گاه مشکل است، عده ای معتقدند نياز به احراز عنصر روانی نیست و اين عنصر باید توسط مقام رسيدگی كننده مفروض تلقی گردد.² به اعتقاد اين افراد، مدیران و اعضای هيأت مدیره شرکت ها که در زمينه فعالیت خود دارای تحصص و تجربه کافی هستند «باید از قواعد و مقررات اين حوزه غافل باشند». ³ بنابراین چنانچه تخلفی از آنها مشاهده شود، با توجه به اين فرض که آنها از اين مقررات آگاهند، سوءنيت ايشان در اين اقدام محرز بوده و لذا از نظر كيفri مسئوليت دارند.

باید گفت اين عقиде زمينه را برای تسهيل مجازات جرائم مرتبط با فعالیت های اقتصادي آماده می کند، در حالی که حقوق كيفري در ارزیابی بسياري از جرائم جايگاه ويزه ای برای «ذهنيت فرد» یا همان «عنصر روانی» قائل است. طوري که بدون قصد يا خطأ در ارتکاب يك جرم آن جرم محقق نمی شود. در واقع، نمی توان از مدیران شرکت ها توقع داشت که از همه قوانین و مقررات مطلع باشند. زيرا آنها در محيط پيچيده ای از قوانین و مقررات و آيین نامه ها گرفتارند و اگر موظف باشند که از همه آنها بالاطلاع باشند و

1. Insider trading / Délit d'initié

2. Larguier, Jean; et Philippe Conte, Droit Pénal des Affaires, Armand Colin, 11e éd., 2004, p. 25.

3. Ibid.

همچين، ر. ک:

- نجفي ابرندآبادی، پيشين، ص. ۲۲۸۰.

در صورت تخلف آنها را مسئول عمل انجام شده بدانیم، عملاً نامنی حقوقی ایشان را به ارمغان آورده‌ایم و حال آنکه احساس امنیت حقوقی یکی از مؤلفه‌های مهم برای تشویق به سرمایه‌گذاری بخش خصوصی است. البته همانطور که گفتیم نفس احراز سوءنیت مرحله‌ای دشوار از فرآیند کیفری است که وجود یک تعريف دقیق از جرم که متضمن عناصر تشکیل‌دهنده آن باشد در این رابطه مفید و حتی ضروری خواهد بود.

در خصوص جرایم مرتبط با فعالیت‌های اقتصادی که عموماً قانون‌گذار متعرض عنصر روانی نمی‌شود، محاکم عنصر روانی را از عنصر مادی استنباط می‌کنند که به‌نظر می‌رسد این روپکرد با عدالت ناسازگار است. از این رو، اولاً احراز عنصر روانی و سوءنیت با توجه به اینکه اصل بر عدمی بودن جرایم است، لازم می‌نماید و ثانیاً برای امکان احراز درست و دقیق آن می‌بایست تعريف قانونی جرم به نحوی باشد که وظایف دادرس را در این رابطه برای او مشخص کند. این وضعیت به‌ویژه در مورد جرم سوءاستفاده از اموال و اعتبارات شرکت با اهمیت‌تر است. بند ۳ ماده ۲۵۸ قانون تجارت این جرم را این‌گونه تعریف می‌کند: «رئیس و اعضای هیات مدیره و مدیر عامل شرکت که اموال یا اعتبارات شرکت را برخلاف منافع شرکت برای مقاصد شخصی یا برای شرکت یا موسسه‌دیگری که خود به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم در آن ذینفع می‌باشند، مورد استفاده قرار دهد». ماهیت این جرم را به دو صورت می‌توان تفسیر کرد: اول اینکه سوءاستفاده از اموال و اعتبارات شرکت یک سوء مدیریت ساده است. به این معنا که مدیر عامل یا اعضای هیأت مدیره شرکت توانایی اداره درست مجموعه را ندارند و به صلاح و مصلحت شرکت اشراف کافی ندارند و از این رو به راحتی اموال شرکت یا اعتبارات آنرا برای خود یا شرکت‌های دیگری مورد استفاده قرار می‌دهند.^۱ بدیهی است اگر تفسیر ما از این جرم به این شکل باشد نیاز به احراز سوءنیت مرتکب نیست و به محض اینکه عنصر مادی جرم به شکل فوق تحقق یابد جرم محقق شده است.

اما تفسیر دوم از ماهیت این جرم به این شکل است که سوءاستفاده از اموال و اعتبارات شرکت نمی‌تواند یک سوء مدیریت صرف باشد، بلکه همواره مبنی بر نوعی فریب و تقلب مدیر است. به این معنا که بدون دست بردن در حساب‌ها و استناد شرکت نمی‌توان از اموال و اعتبارات متعلق به آن برای خود یا شرکت‌های دیگر سوءاستفاده کرد. در اینجا

۱. یکی از نظریه‌های جرم‌شناسی تحت عنوان نظریه «نظم اجتماعی و نظم فردی» که توسط خانم دلماس مارتی مطرح شده است، در تحلیل علت‌شناسی جرایم اقتصادی به فقدان تخصص و صلاحیت مدیر شرکت اشاره کرده و معتقد است که از جمله علل ارتکاب جرایم اقتصادی سوء مدیریت و عدم آگاهی مدیر از ضوابط حاکم بر محیط اقتصادی است. در این زمینه، رک:
- نجفی ابرندآبادی، همان، صص. ۲۳۴۹ و بعد.

مشخصاً مشاهده می‌شود که اعضای هیأت مدیره و مدیر عامل باید با سوءنیت دست به چنین اقدامی زده باشند، لذا بدون احراز این سوءنیت نمی‌توان جرم را تحقق یافته دانست. پس مشاهده می‌کنیم که دو تفسیر کاملاً متفاوت بر مبنای یک تعریف قانونی از جرم سوءاستفاده از اموال و اعتبارات شرکت می‌توان به عمل آورد و بسته به اینکه کدام یک از این دو تفسیر را بپذیریم، تلقی ما از اینکه آیا جرم تحقق یافته است یا خیر کاملاً متفاوت خواهد بود. در صورت قبول تفسیر اول، هرگونه سوءمدیریت مدیران حتی اگر در حد استفاده شخصی از اتومبیل شرکت باشد قابل تعقیب و مجازات می‌باشد. اما چنانچه تفسیر دوم را بپذیریم تنها اقداماتی را که مبتنی بر فریب و تقلب و دست بردن در اسناد و حساب‌های شرکت باشد در دایرة جرم قرار می‌دهیم و برای احراز اینکه آیا مدیران واقعاً مجرم هستند یا خیر لزوماً باید سوءنیت آنها را کشف نماییم؛ دادرس در مواجهه با چنین موردی لاجرم به یکی از دو تفسیر و برداشت فوق تمایل خواهد داشت.^۱ اینجاست که نقش او را در تحقق یا احیاناً شکست سیاست‌های اقتصادی دولت به خوبی مشاهده می‌کنیم. اگر قضات محاکم سوءاستفاده از اموال و اعتبارات شرکت را یک سوءمدیریت ساده تلقی کنند و بر مبنای آن هر اقدامی را جرم دانسته و حکم به مجازات آن بر مبنای صدر ماده ۲۵۸ قانون تجارت بدنهن، ناخواسته فضایی را به وجود می‌آورند که هیچ‌کس به راحتی حاضر نیست وارد عرصه فعالیت‌های اقتصادی در بخش خصوصی شود؛ زیرا ترس آن دارد که خود روزی قربانی سوءمدیریت شود. اما اگر ایشان سوءنیت مبتنی بر فریب و تقلب و دستکاری را شرط تحقق جرم موضوع بند ۳ ماده ۲۵۸ قانون تجارت بدنهن، دیگر نمی‌توانند بی‌محابا قرار مجرمیت یا رأی محکومیت صادر کنند و طبیعتاً آمار محکومیت‌های کیفری این جرم کاهش می‌باید و آنها که با حسن نیت می‌خواهند وارد عرصه فعالیت‌های اقتصادی شوند بیم به خود راه نمی‌دهند.

با توجه به این توضیحات باید بگوییم برای آنکه یک گام در کیفرزدایی از فعالیت‌های اقتصادی پیش رویم، لازم است که قانون گذار اصلاح بند ۳ ماده ۲۵۸ قانون تجارت از لحاظ عناصر تشکیل‌دهنده جرم را در دستور کار خود قرار دهد. در این اصلاح، تعریف جرم باید به گونه‌ای باشد که احراز سوءنیت مبتنی بر فریب و تقلب و دستکاری در اسناد برای احراز وقوع جرم لازم و ضروری گردد.

۱. به عقیده نگارنده، ظاهر ماده بیشتر حاکی از آن است که تحقق این جرم مبتنی بر نوعی فریبکاری است و اذا نیازمند عنصر روانی می‌باشد. البته برخی مخالف این عقیده را مطرح کرده‌اند.

نتیجه‌گیری

کیفرزدایی جلوه‌ای از اعتدال‌گرایی در حقوق فعالیت‌های اقتصادی است. در واقع، با تکیه بر مبانی مصلحت و عدالت می‌توان از حقوق فعالیت‌های اقتصادی کیفرزدایی نمود. طبیعتاً در این راستا باید تلاش کرد که ابزارهای شدید حقوق کیفری را صرفاً برای مجازات رفتارهای واقعاً مضر و متقلبه‌انه در عرصه این نوع فعالیت‌ها محفوظ نگاه داشت. بدین‌سان، کیفرزدایی از جرایم کسب و کار با روش‌های متنوع باید به عنوان یک راهبرد جدید در سیاست جنایی مورد توجه قرار گیرد. با توجه به اینکه کشور ما در میانه فرآیند خصوصی‌سازی است ضروری است بر اساس همان دلایل و مبانی که در این مقاله مورد بررسی قرار گرفت و با در نظر گرفتن الزامات موجود و معیارهای گفته شده تحول جدیدی در این عرصه به وجود آید تا بدین‌وسیله از هر نوع لطمۀ جبران‌ناپذیر به فعالیت‌های اقتصادی کشور جلوگیری نمود.

از جمله مسائلی که باید در این خصوص مورد توجه خاص قرار گیرد، مسئله اشخاص حقوقی است. همان‌طور که می‌دانیم عرصه فعالیت‌های اقتصادی بیش از همه در سیطره اشخاص حقوقی است و از این‌رو موضوع اصلی حقوق کیفری امور تجاری، بازارگانی و اقتصادی اغلب همین اشخاص حقوقی هستند. بنابراین، وقتی به دنبال کیفرزدایی از جرایم کسب و کار هستیم باید توجه ویژه‌ای به حقوق مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی داشته باشیم. در واقع، بخشی از سیاست کیفرزدایی از جرایم کسب و کار تنها از طریق توجه به اشخاص حقوقی قابل پیگیری است. مجازات‌های پیش‌بینی شده در مورد این اشخاص، قواعد راجع به تکرار جرم و اعاده حیثیت از جمله مسائلی هستند که در چارچوب سیاست کیفرزدایی قابل تجدیدنظر هستند. اولاً، قانون‌گذار باید طیف وسیع مجازات‌ها را در قانون پیش‌بینی و دادرس را مخیر نماید که حسب شرایط و اوضاع و احوال یکی از آن مجازات‌ها را در نظر بگیرد. طبیعتاً در این طیف مجازات‌ها باید برخی محرومیت‌ها و ممنوعیت‌ها هم پیش‌بینی شوند تا دادرس با توسل به هریک از آنها همزمان علاوه بر مجازات شخص حقوقی در پی اجرای سیاست پیش‌گیری از تکرار جرم هم باشد. به عنوان مثال، مجازات‌هایی از قبیل ممنوعیت از یک یا چند فعالیت شغلی یا اجتماعی، ممنوعیت از دعوت عمومی برای افزایش سرمایه و ممنوعیت از اصدار برخی از اسناد تجاری که در ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی پیش‌بینی شده‌اند را می‌توان در همین راستا تفسیر نمود. در واقع، در این ماده قانون‌گذار همزمان اقدام به کیفرگذاری و کیفرزدایی کرده است و این مسئله به خوبی گویای حقیقتی است که قبلًا مذکور شدیم و آن اینکه کیفرزدایی در نقطه مقابل کیفرگذاری نیست.

ثانیاً، از طریق تجدیدنظر نسبت به قواعد راجع به تکرار جرم در خصوص جرایم اشخاص حقوقی می‌توان به نوعی در این عرصه دست به کیفرزدایی زد. همان‌گونه که می‌دانیم، تکرار جرم یکی از مؤلفه‌های تشدید مجازات تلقی می‌شود. قانون‌گذار ایران اگرچه در ماده ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی با به کار بردن کلمه «هرکس» این تصور موهوم را به وجود آورده است که مقررات راجع به تکرار جرم صرفاً در مورد اشخاص حقیقی قابل اعمال است، اما تردید نباید کرد که این خبط لفظی به هیچ عنوان مانع آن نخواهد بود که قضاط دادگاه‌ها در خصوص تکرار جرایم اشخاص حقوقی نیز به ماده ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی استناد کرده و مجازات آنها را تشدید نمایند. در این شرایط، یکی از روش‌های کیفرزدایی از جرایم کسب و کار می‌تواند بازنگری در قواعد راجع به تکرار جرم در قلمرو فعالیت‌های اشخاص حقوقی باشد. به این صورت که قانون‌گذار مثلاً تکرار جرم را در زمانی مورد اشخاص حقوقی محقق بداند که مجازات جرم نخستین یا جرم دوم یا هر دوی آنها از میزان مشخصی فراتر رود. بی‌تردید، وقتی قانون‌گذار در ماده ۱۳۸ صریحاً اعلام می‌کند که «مقررات مربوط به تکرار جرم در جرایم سیاسی و مطبوعاتی و جرایم اطفال اعمال نمی‌شود» قطعاً تحت تأثیر مصالح و منافع اجتماعی چنین تصمیمی گرفته است و این مصلحت‌سنگی در مورد تمام یا برخی از جرایم اشخاص حقوقی نیز می‌تواند وجود داشته باشد.

ثالثاً، یکی دیگر از روش‌های کیفرزدایی از طریق اصلاح رژیم حقوقی حاکم بر مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی عبارت است از کاهش مدت لازم برای اعادة حیثیت مرتكب جرم. اعادة حیثیت در دو مفهوم مختلف مورد توجه قانون‌گذار ایران قرار گرفته است. مفهوم نخست آن، که در اینجا موردنظر ما نیست، همانا اعادة حیثیت از یک بی‌گناه می‌باشد که به حکم قانون گاه به دنبال یک اشتباه یا تقصیر مقام قضایی و گاه به دنبال ارتکاب جرم نشر اکاذیب لازم می‌آید. اصل ۱۷۱ قانون اساسی و ماده ۶۹۸ قانون تعزیرات ایران به این مفهوم از اعادة حیثیت توجه داشته‌اند. اما مفهوم دوم اعادة حیثیت ناظر به حالتی است که فردی که دارای محکومیت کیفری مؤثر می‌باشد، مدتی پس از اجرای حکم یا شمول مرور زمان از حقوق اجتماعی محروم می‌گردد. پایان این مدت که در ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی مشخص گردیده، همان روزی است که محکوم‌علیه موردنظر اعادة حیثیت شده و همچون گذشته می‌تواند به عرصه فعالیت‌های اجتماعی بازگردد. این مفهوم دوم از اعادة حیثیت است که در این قسمت موردنظر ماست و در واقع می‌توان گفت که کیفرزدایی از حقوق شرکت‌ها و اشخاص حقوقی ممکن است در قالب کاسته شدن از مدت لازم برای اعادة حیثیت تحقق پیدا کند.

منابع

- آنسل، مارک، دفاع اجتماعی، ترجمه محمد آشوری و علی حسین نجفی ابرندآبادی، گنج دانش، ویراست چهارم، ۱۳۹۱.
- ایزدی، پیروز، معاهده لیسبون و پیامدهای آن برای اتحادیه اروپا، معاونت پژوهش‌های سیاست خارجی مرکز تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام، ۱۳۸۷.
- اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد نخست، نشر میزان، چاپ چهلم، ۱۳۹۳.
- بکاریا، سزار، رساله جرایم و مجازات‌ها، ترجمه محمدعلی اردبیلی، نشر میزان، چاپ چهارم، ۱۳۸۰.
- جعفری، مجتبی، جامعه‌شناسی حقوق کیفری: رویکرد انتقادی به حقوق کیفری، نشر میزان، ۱۳۹۲.
- ———، مطالعه تطبیقی جرایم بورس اوراق بهادار در حقوق جزای ایران و فرانسه، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۶.
- گروهی از نویسندهای گزارش جرم‌زدایی سورای اروپا، ترجمه واحد ترجمه مرکز مطالعات توسعه قضایی، قم، انتشارات سلسیل، ۱۳۸۴.
- علیزاده، عبدالرضا، مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۷.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین؛ و حمید هاشم‌بیگی، دانشنامه جرم‌شناسی، انتشارات گنج دانش، ویراست چهارم، ۱۳۹۲.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین، جرم‌شناسی برهکاری اقتصادی، تقریرات درس جرم‌شناسی، به کوشش مجتبی جعفری و دیگران، دانشگاه امام صادق (ع)، نیمسال اول سال تحصیلی ۱۳۸۴-۸۵.
- نوبهار، رحیم، «اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۰.

- Coulon, Jean-Marie, La Dépénalisation de la Vie des Affaires, Rapport au Garde des Sceaux, Janvier 2008.
- Larguier, Jean; et Philippe Conte, Droit Pénal des Affaires, Armand Colin, 11^e éd., 2004.
- Léfèuvre, José, La Dépénalisation; Facteur D'ordre ou Source de Désordre?, In: Désordre (s), PUF, 1997.
- Véron, Michel, Droit Pénal des Affaires, Armand Colin, 6^e éd., 2005.

نقش دیوان عدالت اداری در صیانت از قانون اساسی

محمد جلالی*

حمیده سعیدی‌روشن**

چکیده

قانون اساسی هنگار برتر نظام حقوقی است و انسجام این نظام، تبعیت قواعد فروتر از قواعد برتر را می‌طلبد. از این رو صیانت از قانون اساسی به عنوان بنیادی‌ترین قانون حاکم بر نظام حقوقی هر کشور، نیاز به ابزارهای کنترل‌کننده با شیوه‌هایی قانون‌مند دارد. این فرآیند در مقررات دولتی، توسط دادگاه‌های اداری و از طریق سازوکار «دادرسی اداری»، از دو مسیر متمایز و در عین حال مکمل اساسی‌سازی حقوق اداری و اداری‌سازی حقوق اساسی دنبال می‌شود. دیوان عدالت اداری، به عنوان یک «دادگاه عالی و عام اداری» که به موجب اصل ۱۷۳ قانون اساسی مرجع تظلم خواهی مردم از اقدامات و تصمیمات واحدها و مأموران دولتی، به منظور «حقوق حقوق آنها» است و امکان ابطال تصمیمات غیرقانونی و خارج از حدود صلاحیت اداره عمومی را دارد، در نبود دادگاه قانون اساسی در ایران که وظیفه دادرسی اساسی و صیانت قضایی از اصول قانون اساسی را برعهده داشته باشد، در عمل بخش قابل ملاحظه‌ای از وظیفه نظارت قضایی و صیانت از قانون اساسی را، به ویژه در قلمرو اداره عمومی که گسترده‌ترین بخش حکومت است، بر عهده خواهد داشت.

هدف این مقاله آن است که سازوکارهای مشارکت دیوان در فرآیند اساسی‌سازی حقوق اداری را به عنوان ابزاری در راستای نظارت مبتنی بر قانون اساسی مقررات دولتی و اعتلای هرچه بیشتر فرآیند صیانت از قانون اساسی مورد واکاوی قرار دهیم. بر این اساس، سازوکارهایی چون ابطال مقررات خلاف قانون اساسی، استناد به اصول قانون اساسی، تفسیر آنها و رویه‌سازی قضایی موردنظر قرار می‌گیرند. همچنین ابزارها و

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

** دانشجوی دکتری حقوق عمومی، پردیس فارابی دانشگاه تهران

تاریخ پذیرش: ۹۴/۰۲/۱۶ تاریخ دریافت: ۹۳/۰۹/۲۶

پیامدهای اداری‌سازی حقوق اساسی در رویه دیوان عدالت اداری که به‌تبع فرآیند اساسی‌سازی حقوق اداری محقق می‌گردد و زمینه اجرایی شدن اصول قانون اساسی را فراهم می‌آورد، مورد ارزیابی قرار می‌گیرند.

کلیدواژه‌ها: صیانت از قانون اساسی، استناد به قانون اساسی، دیوان عدالت اداری، مقررات دولتی.

مقدمه

قانون اساسی در مقام قانون مادر و تعیین کننده خط مشی اصلی حیات یک اجتماع، حاوی حقوق و آزادی‌های شهروندان، صلاحیت‌های کارگزاران، پیش‌بینی سازوکارهای لازم جهت تنظیم روابط کارگزاران با یکدیگر و شهروندان با آنها است. از این‌رو صیانت از قانون اساسی به عنوان بنیادی ترین قانون حاکم بر نظام حقوقی هر کشور به جهت جلوگیری از عملکردهای فرماقونی نهادهای اعمال کننده حاکمیت، نیاز به ابزارهای کنترل کننده با شیوه‌هایی قانونمند دارد.

از اواسط قرن بیستم، بسیاری از کشورهای اروپایی استقرار نظامهای دموکراتیک و احترام به حقوق و آزادی‌های افراد را در دموکراتیک نمودن قوانین اساسی و تضمین اجرای مقررات مندرج در آنها جستجو نمودند. در این راستا، تضمین برتری هنجارهای اساسی بر سایر هنجارهای حقوقی به محاکم اساسی یعنی نهادهای متصدی صیانت از قانون اساسی واگذار شد و این جریان به پیدایش مسئله‌ای به نام اساسی‌سازی نظم حقوقی منجر گردید.^۱

تحت تأثیر پدیده متحول اساسی‌سازی، رخنه و نفوذ هنجارهای اساسی در گرایش‌های مختلف علم حقوق و درنتیجه آغازتن مجموعه نظم حقوقی به این هنجارها به وجود می‌آید. به موجب این فرآیند، انطباق هرگونه هنجارهای فرودین با هنجارهای فرازین و درنتیجه جلوگیری از ورود یا حضور هنجارهای درجه دوم مغایر با هنجارهای درجه اول در نظم حقوقی ضروری می‌گردد. این فرآیند در مقررات دولتی، توسط دادگاه‌های اداری و از طریق سازوکار «دادرسی اداری»، از دو مسیر متمایز و مکمل اساسی‌سازی حقوق اداری^۲ و نیز اداری‌سازی حقوق اساسی^۳ دنبال می‌شود.^۴ به عبارت دیگر، حقوق اساسی و حقوق اداری، مکمل و مقوم یکدیگر می‌شوند و با هم‌افزایی میان آنها، اهداف و غایات مشترک نظام حقوقی و بهویژه اهداف و غایات حقوق عمومی، تأمین و تضمین می‌گردد. چنان‌که گفته می‌شود «در حالی که حقوق اساسی طرح کلی سازمان حکومت را ترسیم می‌کند، حقوق اداری این طرح کلی را با کوچکترین جزئیاتش پیاده، کمبودهایش را جبران و با تعیین قواعد حقوقی مربوط به فعالیت مقامات اداری، حقوق اساسی را کامل می‌کند».^۵

۱. تقی‌زاده، جواد، «مسئله اساسی‌سازی نظم حقوقی»، پژوهش‌های حقوقی، سال ششم، شماره ۱۱، ۱۳۸۶، ۱۲۹ - ۱۳۰.

2. Constitutionnalisation du droit administratif
3. Administrativisation du droit constitutionnel

۴. اصطلاحات فوق الذکر برای اولین بار توسط حقوق‌دان بزرگ فرانسوی ژرژ ویل در سال ۱۹۴۵ میلادی، در مقاله‌ای مشهور با عنوان «بنیان‌های مبتنی بر حقوق اساسی در حقوق اداری» به کار برده شده است.

۵. هداوند، مهدی، اداری تطبیقی، جلد اول، انتشارات سمت، ۱۳۸۹، ص. ۸۹.

مطابق با پدیده اساسی‌سازی حقوق اداری، «حقوق اداری از اصول و ارزش‌های بنیادین حقوق اساسی که عبارتند از حاکمیت مردم (دموکراسی)، حکومت قانون (نفی استبداد و خودکامگی) و حقوق مردم (حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین) تبعیت می‌کند»^۱ و به طور همزمان تحت پدیده متناظر اداری‌سازی یا اجرایی نمودن حقوق اساسی، «اصول و اهداف کلی، نرم و شناور شناسایی شده در قانون اساسی، با کمک و از طریق فنون و ابزارهای حقوق اداری و تکنیک‌های خاص حقوق اداری، پیاده می‌شوند و تحقق می‌یابند».^۲ بر این اساس، نقش کلیدی حقوق اداری به‌طور عام و دادگاه‌های اداری به‌طور خاص، در تحقیق، تأمین و تضمین ارزش‌های بنیادین دستورگرایی و از مسیر اساسی‌سازی حقوق اداری و اجرایی کردن حقوق اساسی، به خوبی آشکار می‌شود.

علی‌رغم نبود دادگاه قانون اساسی در ایران که وظیفه دادرسی اساسی و صیانت قضایی از اصول قانون اساسی و ارزش‌های دستورگرایی را بر عهده داشته باشد و با عنایت به خصلت ماهیتاً سیاسی عملکرد شورای نگهبان و محدوده نظارت این شورا که صرفاً منحصر به انطباق قوانین عادی با قانون اساسی (و البته موازین شرعی) است؛ به‌نظر می‌رسد که در عمل، بخش قابل‌لاحظه‌ای از وظیفه نظارت قضایی و صیانت از اصول قانون اساسی بر عهده «دیوان عدالت اداری» قرار گرفته است و دیوان، این نقش را در قلمرو اداره عمومی اعمال می‌کند. چنان که پس از سه دهه فعالیت، موحد رویه قضایی در این حوزه گردیده است.^۳ در این خصوص، دیوان از سویی به‌واسطه اساسی‌سازی حقوق اداری در جریان صیانت از قانون اساسی قرار می‌گیرد و به این‌گونه نقشی اصلی و محوری می‌پردازد و از سوی دیگر به‌واسطه اداری‌سازی حقوق اساسی، نقش تبعی در این مسیر می‌یابد. این دو محور در دو بخش ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. هداوند، مهدی، «نقش دیوان عدالت اداری در صیانت از قانون اساسی»، هفت‌نامه آسمان، شماره ۳۰، ۱۳۹۱، ص. ۱.

۲. همان.

۳. نظارت قانون اساسی بر مقررات اداری از جمله معیارها و دلایلی است که دادرس اداری با تمسک به آن، نظارت قضایی بر عمل اداری و ابطال تخطی مقامات اداری از قواعد حقوق عمومی و امر تصمیم‌گیری را دنبال می‌کند و با استناد به نقض آن معیار، به ابطال مقرره دولتی می‌پردازد. در واقع، یک حق مبتنی بر قانون اساسی جهت نظارت قضایی اقدامات سازمان‌های اداری وجود دارد. از این رو مطابقت با قانون اساسی سنجه‌ای است که در باب نظارت قضایی اعمال اداری نام برده می‌شود و به عنوان یکی از جهات نظارت قضایی بر اعمال دولت در مسیر نظارت اساسی بر مقررات و در نهایت صیانت از قانون اساسی در گستره این مقررات به کار گرفته می‌شود. ر. ک: شیرزاد، امید، «تحلیل و بررسی جهات ابطال مصوبات دولتی در پرتو آراء دیوان عدالت اداری»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۲، ص. ۲۴.

۱. نقش دیوان عدالت اداری در اساسی‌سازی حقوق اداری

امروزه داده‌های بنیادین حقوق عمومی تحول یافته و برداشت سنتی از حقوق اساسی، موضوع، ماهیت و همچنین جایگاه آن در بین سایر گرایش‌های حقوق کاملاً تغییر یافته است؛ به گونه‌ای که می‌توان حقوق اساسی را به مثابه پایه دیگر گرایش‌های حقوق دانست.^۱ قانون اساسی، به عنوان هنجار اول و بنیادین، عبارت است از «پایه‌ای که بر روی آن ضرورتاً نظم حقوقی به صورت جامع، در کلیت و نیز راجع به هرکدام از عناصرش، استوار می‌باشد».^۲ در این میان، هنگامی که درباره ارزش قانون اساسی به عنوان هنجار حقوقی برتر موجود و یک قاعده حقوقی الزاماً تضمین شده صحبت می‌شود، فرایند اساسی‌سازی گرایش‌های مختلف حقوق تسهیل می‌گردد. در حقیقت «هنچاری بودن قانون اساسی بر حکمرانان تحمیل می‌گردد و اساسی‌سازی در اینجا به وسیله آن چه که می‌توان «مؤثر کردن» مفرات متن اساسی نامید، نمود می‌یابد.»^۳

اساسی‌سازی یک گرایش حقوق در ابتدا به این معناست که این گرایش حقوقی از این پس، از بنیان‌های اساسی برخوردار است که ضروری می‌باشد در تمام دوره‌های آموزشی و در هر کار تحقیقی لحاظ شوند تا احیاناً حقوق موضوعه بد شناخته نشود.^۴ به عنوان مثال در حقوق اداری نمی‌توان مؤسسات عمومی، تضمینات اداری، مقامات

۱. در مردم‌سالاری‌هایی از نوع بریتانیایی یا فرانسوی (سومین و چهارمین جمهوری)، مسائل نهادی و انتخاباتی موضوع تقریباً انحصاری حقوق اساسی می‌باشند. اما در حقوق اساسی که امروزه در اکثر کشورهای غربی وجود دارد موضوع این گونه نیست، زیرا این اندیشه حاکمیت قانون است که حقوق اساسی نوین را تسخیر می‌نماید. تمام نهادها (حتی پارلمان) ملزم به محترم شمردن قواعد حقوقی می‌باشند؛ بهویژه قواعدی که حقوق بنیادین را مورد حمایت قرار می‌دهند. این امر به گونه‌ای است که جز با استفاده از شیوه‌های هنجاری مناسب و در واقع با کسب اکثریت‌های مشخص شده برای تصویب محدودیت، نهادها نمی‌توانند این حقوق را محدود نمایند یا مورد خدشه قرار دهند. بنابراین روش می‌گردد که سه موضوع حقوق اساسی نوین (نهادها، هنجارها و آزادی‌ها) پیوند محکمی با یکدیگر دارند و مجموعه واحدی را تشکیل می‌دهند. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، ر. ک: فاورو، لویی، «حقوق اساسی، حقوق قانون اساسی، اساس حقوق»، ترجمه جواد تقی‌زاده، حقوق اساسی، سال دوم، شماره سوم، ۱۳۸۳، ص. ۲۱۴ - ۱۹۱.

۲. پیر، بن، «اساسی‌سازی حقوق اسپانیا»، ترجمه جواد تقی‌زاده، حقوق اساسی، سال سوم، شماره پنجم، ۱۳۸۴، ص. ۲۲۸.

۳. فاورو، لویی، «اساسی‌سازی حقوق فرانسه»، ترجمه جواد تقی‌زاده، حقوق اساسی، سال چهارم، شماره ۶ و ۷، ۱۳۸۵، ص. ۲۸۱.

۴. اساسی‌سازی عبارت است از «فرآیندی متغیر و متتحول که به سبب رخنه و نفوذ هنجارهای اساسی در گرایش‌های مختلف علم حقوق و درنتیجه آغازتن مجموعه نظم حقوقی به این هنجارها به وجود می‌آید. به موجب این فرآیند، هنجارهای اساسی تمام گرایش‌های علم حقوق را متأثر می‌نماید و این تأثیرگذاری به گونه‌ای است که دکترین از تشعشع هنجارهای اساسی در نظم حقوقی و یا از آبیاری و رنگ‌آمیزی آن توسط هنجارهای اساسی سخن می‌گوید.» تقی‌زاده، جواد، مساله اساسی‌سازی نظم حقوقی، پیشین، ص. ۱۳۰.

اداری بهره‌مند از قدرت آیین‌نامه‌ای، اصل قانونی بودن و غیره را بدون ذکر قانون اساسی و تفسیر رویه‌ای آن بررسی نمود. در واقع، حقوق اداری شدیداً با نهادها و سنت‌های ملی و همچنین ارزش‌های حقوق اساسی و راه‌های عملی کردن آنها پیوند خورده است و نویسنده‌گان حقوق عمومی مدت‌هاست که نفوذ و غلبه اصول حقوق اساسی در حقوق اداری را توضیح داده و به اثبات رسانده‌اند؛^۱ به طوری که می‌توان گفت که «ازش‌های اولیه حقوق اداری، همان مقاصد بنیادین ایجادشده به وسیله حقوق اساسی هستند.»^۲ بنابراین هر توضیحی در حقوق اداری، عمیقاً بر بنیان‌های حقوق اساسی حقوق اداری تأکید می‌کند. نهایت آنکه، تئوری «اساسی‌سازی حقوق اداری» به مطالعه پایه‌های حقوق اداری در قوانین اساسی به عنوان آبخش خور بنیادین منابع حقوق می‌پردازد.^۳

در این میان، فرایند اساسی‌سازی حقوق مستقیماً با وجود یک مرجع قضایی اساسی که تفوق قانون اساسی نسبت به دیگر منابع حقوق را تضمین نماید، مرتبط است. در اینجا باید گفت، اگرچه «فرایند اساسی‌سازی ضرورتاً بر امکان دسترسی افراد به دادرسی اساسی وابسته نیست، در عوض بدون دادرسی اساسی این فرایند یقیناً ظهرور نمی‌یافتد.»^۴ باید گفت، در نبود دادگاه اختصاصی قانون اساسی در نظام حقوقی ایران، دیوان عدالت اداری نقش دادگاه قانون اساسی را بازی می‌کند. این نهاد قضایی، با توسعه رویه قضایی راجع به حقوق و آزادی‌های بنیادین، اساسی‌سازی حقوق اداری را به صورت واقعی آغاز کرده، به مرور زمان، در اثر اعمال تفاسیر و استناد به قانون اساسی و

۱. در سال ۱۹۴۵ حقوق دان بزرگ فرانسوی، ژرژ ددل مقاله مشهوری با عنوان «بنیان‌های مبنی بر حقوق اساسی در حقوق اداری» منتشر نمود و را روشنی که خاص خود او بود، در حوزه‌هایی که در آن زمان کاملاً ناشناخته بود، قدم برداشت. این حقوق دان برجسته، در آن مقاله چنین نوشت که «قانون اساسی بنیان ضروری قواعدی است که مجموعه آنها حقوق اداری را تشکیل می‌دهند.» ر. ک:

Vedel, Georges, *Les bases constitutionnelles du droit administratif, Études et documents du Conseil d'État*, 1954.

البته در همان زمان، ایشان نتوانست تا همه دکترین را در این زمینه با خود هم عقیده نماید. بیست سال بعد از آن تاریخ، حقوق دان دیگر فرانسوی، شارل ایزنمن، همچنان بر این باور بود که حقوق اساسی مطلقاً در خصوص بنیان‌های حقوق اداری ساخت و خاموش است. ر. ک:

Eisenmann, Charles, *La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif, Revue de Droit Public*, 1972.

در این مورد باید خاطرنشان ساخت که گذرا زمان تأیید کننده نظرات و دوراندیشی‌های ژرژ ددل بوده است و حدائق در نظام حقوقی کشور فرانسه، بیشتر حق را به ایشان می‌دهد. چنان‌که می‌توان اظهار داشت که قانون اساسی جمهوری فرانسه دارای مقررات متعددی است که به سازمان اداره و نیز امتیازات قدرت عمومی اشاره دارند.

۲. هداوند، مهدی، اداری تطبیقی، پیشین، ص. ۱۴۷.

۳. ر. ک: هداوند، مهدی؛ و علی مشهدی، اصول حقوق اداری (در پرتو آراء دیوان عدالت اداری)، انتشارات خرسندي، ۱۳۹۱، ص. ۶۲.

۴. فاورو، لویی، اساسی‌سازی حقوق فرانسه، پیشین، ص. ۲۷۱.

نیز با به اجرا درآوردن هنجارهای اساسی استخراج شده با این شیوه توسط مقامات سیاسی و اداری و مراجع قضایی، همگان را با اساسی‌سازی تدریجی حقوق اداری، مواجه نموده است و همچنین با ابطال مقررات اداری خلاف قانون اساسی، رشد و اعتلای فرآیند اساسی‌سازی را ادامه داده است. بر این اساس در بند ذیل، این سازوکارها مورد مطالعه قرار خواهد گرفت.

۱- استناد به اصول قانون اساسی

توجه به مبانی و منابع تصمیمات مراجع قضایی در نظام حقوقی و امعان نظر بر قواعد صدور رأی از جمله اصول ۱۶۶ و ۱۶۷ قانون اساسی، اعتبار استناد قضاط محکم عمومی و قضاط دیوان عدالت اداری و هیأت عمومی دیوان به اصول قانون اساسی را اثبات می‌نماید. چنانکه بیان می‌گردد «در بحث استناد به قانون اساسی دلیل محکم و متقنی در مقام مخالفت وجود ندارد.»^۱ قضاط دیوان عدالت اداری، در کنار معیارهای عینی همچون تفسیر قانون اساسی در آراء، به راهکار نوینی چون استناد مستقیم به اصول قانون اساسی دست یازیده‌اند و آن را به إعمال صلاحیت‌های اصلی خویش در انطباق مصوبات با قوانین، تسری داده‌اند. چه اینکه استناد به قانون اساسی به صورت خودکار، نظارت دیوان بر سازگاری مقررات اجرایی با قانون اساسی در آرا در پی خواهد داشت.

همچنین تمکن دیوان به قانون اساسی و قواعد برتر موجود در آن پیامدی چون شناسایی این اصول در روند دادرسی اداری را در پی دارد. این امر که به ویژه در نبود مجموعه قوانین مدون حقوق اداری و با توجه به خلاً قانون واجد اهمیت ویژه‌ای است^۲ زمینه اجرایی کردن حقوق اساسی را فراهم می‌آورد؛ مسئله‌ای که تحت عنوان «اساسی‌سازی حقوق اداری» از آن یاد می‌شود.^۳ در حقیقت، پیش‌فرض اجرا و اعمال

۱. درآمد نشست علمی استناد به قانون اساسی و سیاست‌های کلی نظام در آرای مراجع قضایی، معاونت آموزشی و پژوهشی دیوان عدالت اداری، شماره سوم، بهار ۱۳۹۱. برای مطالعه بیشتر درخصوص صلاحیت استناد قضاط به قانون اساسی بنگرید به: دیانی، عبدالرسول، «مستندات رأی قاضی، قسمت اول»، دادرسی، سال ششم، شماره ۳۳، ص. ۱۶ - ۱۲؛ و دیانی، عبدالرسول، «مستندات رأی قاضی، قسمت پایانی»، دادرسی، سال ششم، شماره ۳۸۱، ص. ۳۵ - ۱۸. همچنین بنگرید به: صالحی‌زاد، محمد، «تأملاتی در باب مستدل بودن بودن احکام دادگاهها»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۲، ۱۳۸۲، ص. ۳۸ - ۱۷؛ و مهرپور، حسین، «قاضی نمی‌تواند به هر عنوان از استناد به قوانین مدون امتناع کند»، ماهنامه قضات، شماره ۴۸، ۱۳۸۶، ص. ۳۸ - ۳۹.

۲. ر.ک: هداوند، مهدی، «پیشنهاد تدوین قانون عام حقوق اداری ایران»، حقوق عمومی، شماره ۳، ۱۳۸۶، ص. ۷۹ - ۸۲.

۳. از سوی دیگر می‌توان بیان داشت که تحقق پدیده اساسی‌سازی حقوق تحت شرایطی همچون ویژگی هنجاری قانون اساسی، دخالت گری قانون اساسی، ایجاد دادرسی اساسی و نیز انتشار هنجارهای اساسی در نظام حقوقی موجبات استناد به اصول قانون اساسی را فراهم می‌آورد و قانون اساسی را قابل استناد می‌کند.



اصول قانون اساسی، استناد و تمسک قضات در میدان عمل و در رویه قضایی است. توجه به نحوه استناد و استدلال و برداشت قضات دادگاهها از اصول قانون اساسی، می‌تواند به غنای بحث‌های حقوق اساسی کمک کند. چنانکه بیان می‌گردد «امروزه توسعه حقوق اساسی به تعامل و داد و ستد با آراء دادگاهها گره خورده و جریان حقوق اساسی به سوی رویه‌ای و قضایی شدن حرکت می‌کند. حقوق اساسی در چنین فرآیندی می‌تواند به نحو مؤثری از حقوق و آزادی‌های عمومی دفاع و آن را به موضوع یک دعوی (حقوقی کفری یا اداری) در دادگاه تبدیل کند.»^۱

اصول قانون اساسی در مواردی به عنوان ابزار مکمل حقوق، یاری‌گر قضات دیوان در خلاً قانون عادی مورد استناد قرار گرفته است. به همین جهت گفته شده است که این اصول دارای ارزش مکمل هستند؛ یعنی در صورت فقدان قانون عادی اعمال می‌گردند.^۲ به عنوان مثال، دیوان عدال اداری یک بند از آیین‌نامه زندان‌ها در باب سلوان انفرادی را با استناد به اصل ۳۸ قانون اساسی^۳ لغو کرد که در خلاً قانون عادی موجود در این خصوص، بهترین نوع عملکرد دیوان را ظهور می‌بخشد؛ چه اینکه در غیر این صورت، مصوبه‌ای که به تضییع حق شهروندان پرداخته است، با فقدان قانون عادی مربوط در جهت اعلام غیرقانونی بودن مصوبه، بدون ابطال واقع شده و به ادامه تضییع حق شهروندان منجر می‌شد.^۴

از سوی دیگر، در مواردی شاهد استناد به اصول قانون اساسی در جهت تکمیل قانون عادی هستیم. در این زمینه، اصول کلی قانون اساسی یاری‌کننده قضات دیوان در امر تفسیر قانون عادی مبهم می‌گردند. به قول لافاریر حقوق‌دان معروف فرانسوی «هنگامی که متن قانون نارسا باشد همواره در حقوق عمومی و اداری ما اصولی وجود دارند (نوشته یا نانوشته) که راه‌گشای هستند.»^۵ قضات دیوان با استفاده از اصول کلی مندرج در قانون اساسی به قصد مقنن عادی پی می‌برند. هنگامی که یک متن قانونی

← در واقع «تا زمانی که این اساسی‌سازی، این بیرون آوردن قاعده، توسط مرجع عالی انجام نشود، خود اصول قانون اساسی قابل استناد نیستند؛ یعنی پیش از استناد به قانون اساسی باید خود این اصول قابل استناد باشند.» اظهارات سید شهاب‌الدین موسوی‌زاده در نشست تخصصی قابلیت استناد محاکم عادی به قانون اساسی، پژوهشکده حقوق عمومی و بین‌الملل، اسفند ۱۳۹۲، ص. ۴۵.

۱. اظهارات دکتر ناصر سلطانی در نشست تخصصی قابلیت استناد محاکم عادی به قانون اساسی، همان، ص. ۳۹.

۲. ر.ک: هداوند، مهدی؛ و علی مشهدی، پیشین، ص. ۳۲.

۳. اصل ۳۸: «هرگونه شکنجه برای گرفتن اقرار و یا کسب اطلاع ممنوع است، اجبار شخص به شهادت، اقرار یا سوگند مجاز نیست و چنین شهادت و اقرار و سوگندی فاقد ارزش و اعتبار است. مخالف از این اصل طبق قانون مجازات می‌شود.»

۴. بند ۴ ماده ۱۶۹ آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها مصوب ۸۰/۴/۲۶

۵. به نقل از هداوند، مهدی؛ و علی مشهدی، پیشین، ص. ۳۱.

مستعد تفسیرهای مختلف باشد؛ قاضی دیوان با استناد توأمان قانون عادی و اساسی، تفسیری از قانون عادی ارائه می‌دهد که در جهت قانون اساسی باشد و به اصول حقوقی احترام گذارد و در راستای این اصول باشد. دادنامه هیأت عمومی مقرر می‌دارد: «مقررات قانون نحوه جلوگیری از آلودگی هوا که در جهت تحقق اهداف مذکور در اصل ۵۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و به منظور پاکسازی هوا از آلودگی‌ها به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده، متضمن ضرورت اتخاذ تدبیر متناسب در زمینه سامان‌دهی سیستم حمل و نقل شهری و الزام کلیه دستگاه‌ها و مؤسسات و اشخاص حقیقی و حقوقی به رعایت مقررات و سیاست‌های مندرج در قانون مزبور است ...»^۱

همچنان که ملاحظه می‌شود، در این دادنامه اصول کلی قانون اساسی به عنوان معیاری جهت ارزیابی قانون موضوعه تلقی گردیده است. بدین وسیله قاضی دیوان با استناد به قانون اساسی در کنار قانون عادی نحوه جلوگیری از آلودگی هوا و تفسیری موافق با تضمین حقوق مندرج شهروندان در قانون اساسی، بر ضرورت اتخاذ تدبیر متناسب در زمینه سامان‌دهی سیستم حمل و نقل شهری تأکید نموده است.^۲ در نهایت استناد به قوانین عادی که صراحت آن در قانون اساسی مشهود است به گونه‌ای همسو با قانون اساسی، به عنوان دیگر سازوکارهای دیوان در مسیر صیانت ضمنی از اصول قانون اساسی دنبال می‌شود.

۱-۲. تفسیر قواعد حقوقی

امروزه در برداشت شکلی از حاکمیت قانون، وضوح و صراحت قوانین در کنار ویژگی‌هایی همچون عمومیت، علی بودن، ثبات و کارآمدی قوانین، از مؤلفه‌های اصلی تحقق حاکمیت قانون محسوب می‌گردد. «قانون تنها در صورتی از قابلیت راهنمایی شهروندان و ویژگی عام بودن و پیش‌بینی پذیر بودن برخوردار است که در قالب عباراتی واضح و روشن تنظیم شده باشد.»^۳ علی‌رغم این موضوع و با وجود تلاش واضعان قانون در تصویب قوانین روشن و مصريح، گاه سکوت، ابهام و نقص قوانین مانع از تحقق

۱. دادنامه ۶۱ و ۶۲ هیأت عمومی مورخ ۸۰/۲/۳۰

۲. همچنین قاضی دیوان با کمک اصول قانون اساسی، کمودهای قانون عادی را جبران می‌کند و در راستای تکمیل قانون عادی گام بر می‌دارد. به عنوان مثال، در رأی مربوط به بطلان دستورالعمل مورخ ۸۳/۸/۲۶ نیروی انتظامی به تاریخ ۸۶/۵/۲۱، در کنار استناد به فصل یازدهم قانون اساسی به قوانین عادی مانند بند الف ماده ۳ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، مواد ۱۵، ۱۶ و ۱۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری و بند ۸ ماده ۴ قانون نیروی انتظامی مصوب ۱۳۶۹ نیز استناد شده است.

۳. مرکز مالمیری، احمد، حاکمیت قانون (مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها)، مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۸۵، ص. ۶۳

حاکمیت قانون به طور کامل می‌گردد.^۱ در چنین مواردی، پیچیدگی ادراک محتوا و ماده هر قاعده قانونی در فرآیند انطباق قاعده کلی قانون بر مورد خاص توسط قاضی، نهادی حقوقی به عنوان «تفسیر» را در علم حقوق پدید می‌آورد تا شیوه استدراک ماده هر قاعده از لایه‌لای صورت‌بندی غامض آن را تفهیم نماید.

قضات دیوان عدالت اداری که مسئولیت انطباق قوانین را بر دعاوی و اختلافات عامه به عهده دارند، در جهت ارزیابی اعتبار دستوری مصوبات، در ذهن خود و یا در حکم مستدل خود، قانون را شرح و تفسیر می‌کنند و ضمن استنباط حکم، حدود اعتبار و نفوذ هریک از دو قاعده حقوقی را مشخص می‌سازند. «کار قاضی کاربست قانون است که با استنتاج از سلسله مراتب هنجارها انجام می‌پذیرد».^۲

در این میان، قضات دیوان در فرآیند انطباق و به تبع آن تفسیر، همواره روح قانون اساسی و اصول آن را حاکم تلقی می‌کنند. به عبارت دیگر، «روح این قانون و اهداف مترتب بر آن، همواره نصب‌العین مجریان در مقام اجرا و مفسران در زمان تفسیر می‌باشد»^۳ حتی اگر مستقیماً به نص این قانون استناد نکنند. در این صورت است که می‌توان از صیانت ضمنی از قانون اساسی توسط این عملکرد، سخن به میان می‌آورد.

از سویی قاضی دیوان گاه با تفسیر اصول قانون اساسی، گامی در جهت رفع ابهام از آنها و بیان مقصود مفزن اساسی بر می‌دارد؛ البته این بدان معنا نیست که صراحتاً به ارائه نظریه تفسیری می‌پردازد، بلکه به صورتی است که اصول قانون اساسی را در عمل و در فرآیند انطباق و صدور رأی، مورد تبیین و تفسیر قرار می‌دهد؛ عملکردی که در نهایت پیامدی چون رفع ابهام در خصوص مورد مطروحه را به همراه خواهد داشت. بدین لحاظ، این رویه امکان تعارض با صلاحیت شورای نگهبان در خصوص تفسیر اصول قانون اساسی را دفع می‌نماید.

به عنوان مثال هیأت عمومی دیوان در دادنامه شماره ۳۳۵ مورخ ۱۰/۲۳/۸۰، ضمن استناد به دو اصل ۱۳۸ و ۱۲۷ قانون اساسی به عنوان مستند رأی ابطالی خود، با تعیین حدود آنها در انتهای رأی، به رفع ابهام از دو اصل اقدام نموده است و چنین بیان می‌دارد:

۱. پذیرش ناتوانی قوانین در پیش‌بینی همه مسائل و به نوعی اعتراف به نقش طبیعی قانون، علاوه بر صراحت ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، به نحوی دیگر در اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیز دیده می‌شود. ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی: «[...] با استناد به منابع اعتبار اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با مواردین شرعاً نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت، نقض، اجمال و تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند و آلا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم می‌شوند».

۲. احمدوند، یاسر، عدالت اداری در حقوق ایران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۰، ص. ۱۱۶.

۳. محمودی، جواد، «تأملی در نظریه تفسیری شورای نگهبان درباره صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری»، حقوق اساسی، سال سوم، شماره پنجم، ۱۳۸۴، ص. ۳۹۰.

«... طبق اصل ۱۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تفویض مسئولیت تصویب برخی از امور مربوط به وظایف دولت از جمله وضع مقررات دولتی به کمیسیون‌هایی منحصرآ متشكل از چند وزیر تجویز گردیده است. بنابراین مشارکت معاونان ریاست جمهوری در کمیسیون مذکور به عنوان اعضاء تصویب‌کننده آیین‌نامه اجرایی قانون، با تمکن به اصل ۱۲۷ قانون اساسی که ناظر به تعیین نماینده در موارد خاص و منصرف از وضع مقررات دولتی می‌باشد، مغایر قانون تشخیص داده می‌شود و مصوبات مورد اعتراض مستنداً به قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌گردد. توضیح این نکته لازم است که محدوده اصل ۱۳۸ شامل تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها و اساس‌نامه‌ها و در هر صورت مصوبات هیأت محترم وزیران می‌باشد. و محدوده اصل ۱۲۷ شامل تصمیمات نماینده یا نمایندگان ویژه با اختیارات مشخص و معین می‌باشد و محدوده دو اصل کاملاً متفاوت بوده و نظریه تفسیری مورخ ۱۳۷۹/۵/۴ شورای نگهبان نیز مطلب فوق را تأیید می‌نماید.»

دیوان عدالت اداری همچنین با افزایش تعداد هنجارهای مرجع و نیز تفسیر گسترده آنها می‌کوشد تا محدوده حقوق و آزادی‌های بنیادین شهروندان را به‌ویژه در رابطه نابرابر میان طرفین دعاوی اداری، افزایش دهد و با تفسیر پویای هنجارهای مربوط به قانون اساسی گامی در حمایت از حقوق و آزادی‌های بنیادین بردارد. چنانکه به‌نظر می‌رسد، تفسیر موسع اصول قانون اساسی، این نهاد قضایی را در جایگاه قوه مؤسس قرار داده است، به‌طوری که می‌توان از کارکرد تأسیسی دیوان در فرآیند انطباق مصوبات با مرجع بنیادین سخن گفت.^۱

۱. در ابتدا به‌نظر می‌آید «تفسیر تأسیسی» از قانون اساسی وجهت حقوقی ندارد؛ چرا که مفسر بدین طریق به مقتن اساسی تبدیل می‌گردد و نقش واضح قواعد تعییف می‌شود. با این حال، گفته می‌شود که یکی از کارکردهای قیاس در ادبیات حقوقی، ایفای نقش تفسیری است. «کاربرد قیاس جستجوی اراده نویسنده‌گان متن و حتی انشای قاعده جدید است که با قواعد مذکور در متن وحدت ملاک حقوقی دارد.» به‌نظر می‌رسد که این برداشت از تفسیر همان تفسیر تأسیسی می‌باشد. در واقع، هنگامی که با استفاده از قیاس، علاوه‌بر دریافت قصد قوه مؤسس به انشای قاعده جدید در راستای حقوق و آزادی‌های بنیادین می‌پردازیم، به نوعی اقدام به تفسیر تأسیسی قانون اساسی نموده‌ایم. ر.ک: سالمون، ژان، «استدلال از طریق قیاس در حقوق بین‌الملل عمومی»، ترجمه سیدعلی هنجنی و رحیم نوبهار، تحقیقات حقوقی، شماره ۳۷، ۱۳۸۲، ص. ۱۷۹.

لازم است اشاره شود که کارکرد تفسیر قانون اساسی در دیوان به عنوان ابزاری برای تحول و دگرگونی‌های حاصله از طریق فرایند تفسیر، در نتایج و دامنه برد قانون اساسی است و نه در نص آن. به عبارت دیگر، نص بدون تغییر باقی می‌ماند ولی مدلول و متعلق آن در اثر تفسیر روشن می‌گردد، بی‌آنکه حجم افزوده شده به ماده هر اصل در صورت آن نیز منعکس شود. درنتیجه، تفسیر قانون اساسی توسط دیوان، به حذف یا خلق اصلی جدید در متن مکتوب قانون اساسی منتهی نمی‌شود. ر.ک: تیلا، پروانه، «تحلیل چارچوب نظری بازنگری در قانون اساسی»، حقوق اساسی، سال سوم، شماره پنجم، ۱۳۸۴، ص. ۶۰.

از سوی دیگر در مواردی که قاضی دیوان فقط به قانون عادی استناد کرده است، تفسیر قانون عادی در گستره قانون اساسی^۱ به ویژه در فرض عدم استناد به قانون اساسی، در عین حال می‌تواند راهی در جهت صیانت از قانون اساسی هموار کند. بدین وجه می‌توان چنین نتیجه گرفت که صیانت از قانون اساسی در آرای دیوان، لزوماً از طریق استناد مستقیم به اصول قانون اساسی و یا تفسیر قانون اساسی در آرای دیوان محقق نمی‌گردد.

۳-۱. رویه‌سازی قضایی

تفسیر مختلف قضاط در خلال رسیدگی به دعاوی، زمینه رفع ابهام از آن را فراهم می‌سازد؛ با این حال، نمی‌تواند به خودی خود قاعده کلی برای سایر دادگاهها و مراجع باشد و ایجاد الزام نماید، بلکه هرگاه چنین رأیی در موارد مشابه توسط دیگر مراجع تکرار شود و شکل روش مشترکی به خود گیرد، به همراه الزام معنوی ایجادشده، نام رویه بر آن صدق می‌کند.^۲ در حقیقت، تفسیر قضاط به دنبال تبعیت بدون اجبار و صرفاً به جهت اتفاق وجودان، از سوی سایر دادرسان، تدریجیاً می‌تواند به صورت روش و عادتی مشترک در بین قضاط محاکم ظاهر گردد. «آن گاه که تفسیر قضایی به صورت رویه قضایی درآید، اثر مذکور از محدوده فوق و آنچه «نسبي بودن اثر اعتبار امر مختصمه» اطلاق شود، فراتر می‌رود و می‌تواند همانند تفسیر تقنی نی به تعبیر عام یک قاعده مبادرت ورزد.»^۳

رویه‌سازی قضایی به عنوان سازوکاری در جهت صیانت از قانون اساسی، در نبود دادگاه قانون اساسی، به شناسایی و احراز این اصول اقدام می‌ورزد. اصول قانون اساسی در عملکرد دیوان ضمن اصدار رأی، ماهیت قضایی و رویه‌ای یافته و نهایتاً از ایده به هنجار و از قوه به فعل درمی‌آیند. «قانون اساسی، زمانی صورت «هنجاری» می‌یابد، یعنی به عنوان «اساسی‌ترین و برترین قانون» شناخته می‌شود و درنتیجه، حقوق اساسی و برتر یک کشور را تشکیل می‌دهد که قضاط صلاحیت رسیدگی به اعمال قوای تأسیس شده را داشته باشند. در حقیقت، هنجاری بودن قانون اساسی در عمل توسط

۱. تفسیر مطابق با قانون اساسی یعنی تفسیری که قاعده حقوقی را با توقعات اساسی قابل جمع می‌کند. ر.ک: فرومون، میشل، «دیوان قانون اساسی فدرال آلمان»، ترجمه جواد تقی‌زاده، حقوق اساسی، سال هفتم، شماره ۹، ۱۳۸۷، ص. ۱۴۴.

۲. ر.ک: فاطمی، ثریا، «جایگاه و نقش رویه قضایی دیوان عدالت اداری در حقوق عمومی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، پردیس فارابی دانشگاه تهران، بهمن ماه ۱۳۹۱، صص. ۲۶ - ۲۷.

۳. تیلا، پروانه، «تفسیر قضایی قانون اساسی در رویه دیوان عدالت اداری»، پژوهش‌های حقوقی، سال سوم، شماره ۵، ۱۳۸۳، ص. ۵۸.

قضات معنا پیدا می‌کند و از طریق آرا و تصمیمات قضات است که می‌توان اطمینان یافت آیا قانون اساسی هنگاری است، یعنی حقوق برتر و اساسی است یا خیر؟^۱

پرداختن دیوان به اصول قانون اساسی ضمن رویه قضایی، نه تنها منجر به شناسایی این اصول می‌شود، بلکه محتوای «نُرم قانون اساسی»^۲ را با فشار بر روی آیین‌نامه‌سازی موجود غنی، متحول و پویا می‌نماید. در حقیقت، از آنجا که حقوق عمومی در کشورمان به عنوان شاخه‌ای جوان از حقوق رشد چندانی نداشته است، همچنین با عنایت به ویژگی‌های کلی نظام حقوق اساسی و خصوصاً سازوکارهای صیانت از قانون اساسی از سوی شورای نگهبان، دیوان عدالت اداری به عنوان یگانه مرجع رویه‌ساز قضایی در عرصه حقوق عمومی می‌تواند از طریق رویه‌سازی قضایی، نقش مهمی در اعتلا و پرورش حقوق عمومی و بالاخص حقوق اساسی ایفا نماید.

رویه قضایی از سویی نقش ناشی از عدم انعطاف قانون اساسی نسبت به مسائل اجتماعی جدید که شاید مبانی کلی نظام حقوقی را دربرگیرد و بهنوعی مورد اشاره قانون اساسی واقع نشده است، جبران می‌کند^۳ و قانون اساسی را با اموری که برای قانون‌گذار قابل پیش‌بینی نبوده است، سازگار می‌سازد. در این خصوص، دیوان عدالت اداری با رویه قضایی پویا و متحول که در شرایط عدم حضور قانون عام اداری و عدم اشاره قانون اساسی به اصول جدید، راهگشا خواهد بود، منجر به ارائه اصول و حقوق جدید به ویژه در حوزه حقوق اداری می‌شود.^۴ از سوی دیگر، رویه قضایی قادر به ایفای

۱. ر.ک: معتمدنزاد، رؤیا، «کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مأفوقة و نقش خاص آن در تضمین حقوق و آزادی‌های فردی»، پژوهش حقوق و علوم سیاسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، شماره ۱، ۱۳۷۸، ص. ۹۹.

۲. هامون، فرانسیس؛ و سلین واینر، «صیانت از قانون اساسی در فرانسه و ایالات متحده آمریکا»، ترجمه محمد جلالی، حقوق اساسی، شماره ۲، ۱۳۸۳، ص. ۱۰۹.

۳. صحبت در مورد حقوق جدیدی است که به ویژه در جوامع مدرن امروزی شکل گرفته و در قانون اساسی نیامده و زمینه‌های آن اصلاً ایجاد نشده است. این همان حوزه‌ای است که در فقه حکومتی و مسائل مستحدثه در قلمرو حیات اجتماعی، از آن با عنوان «منطقه‌الفراز» یا میدان‌های آزاد و خالی از حکم الزامی یاد می‌کنند؛ یعنی منطقه‌ای که تشريع الزامی در آن وارد نشده و باید به وسیله ولی امر (دولت) بر حسب نیازها و مقتضیات زمان و مکان تنظیم شود. برای اطلاع بیشتر از ماهیت و محدوده منطقه‌الفراز، ر.ک: ارسسطا، محمدجواد، مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران، قم، بوستان کتاب، ۱۳۹۱، ص. ۵۵ - ۵۳.

۴. در این زمینه عملکرد شورای دولتی فرانسه تا آن اندازه از اهمیت برخوردار است که گاه از رویه قضایی شورای مذکور به عنوان منبع ایجاد اصول حقوق عمومی یاد می‌شود. در خصوص دیوان عدالت اداری، هرجند دیوان در ایجاد و شناسایی اصول حقوق عمومی، چندان موفق عمل نکرده، اما مطالعه آرای هیأت عمومی دیوان، می‌بین این نکته است که هیأت عمومی دیوان در پاره‌ای موارد، با الهام از اصول قانون اساسی و ارائه استدلال‌های بدینع، به شناسایی و خلق اصولی دست یازیده است که با توجه به مختصات نظام اداری ایران ظهور یافته است. ر.ک: فاطمی، ثریا، پیشین، صص. ۹۸ - ۱۰۰. در عین حال برخی از حقوق دانان در

نقشی اساسی در رفع سکوت قانون خواهد بود. در حقیقت، چنانچه راه حل متخده از سوی قاضی صادر کننده رأی، شکل روش مشترک میان سایر قضات را بباید و یا در قالب رأی وحدت رویه ارائه گردد، تحت عنوان رویه قضایی، مکمل قانون و موحد قاعده حقوقی خواهد بود.^۱ در این خصوص از جمله نظام حقوقی ایران در امر دادرسی اساسی در حوزه مقررات دولتی، با خلاً قانون و به عبارت رساتر، سکوت قانون اساسی مواجه است. اما با غور در آرای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری از سال‌های آغازین فعالیت نهاد مذکور تاکنون، مشاهده می‌شود که دیوان در موارد متعدد، قائل به صلاحیت خود در رسیدگی به ادعای خلاف قانون اساسی بودن، گردیده و حسب تشخیص خود، اقدام به ابطال و یا ابقاء مصوبه موضوع دعوا نموده است.^۲

در نهایت ملاحظه می‌شود که هیأت عمومی دیوان در مقام حل تعارض آرای میان چند شعبه مختلف دیوان عدالت اداری در پذیرش شکایات واحدهای دولتی در شعب دیوان که بر اثر ابهام اصل قانون اساسی صادر گردیده بود، با ارائه نظر نهایی در جهت حل تعارض ناشی از اطلاق دو واژه، در رفع ابهام از متن قانون اساسی کوشیده است.^۳

۱- ابطال مقررات دولتی مغایر با قانون اساسی

نظرارت قضایی دیوان عدالت اداری از طریق ابطال، متوقف کننده فرآیند اعتبار حقوقی آیین‌نامه‌های مغایر با قوانین برتر می‌باشد.^۴ در این میان ثبات قانون اساسی به مثابه مجموعه‌ای از هنجارهای بنیادین، زمانی به دست می‌آید که اعمال حقوقی

◀ مخالفت با کاربرد رویه قضایی در ارائه اصول حقوقی جدید بیان می‌دارند: «رویه قضایی می‌تواند شرایط اجرای یک اصل را تعدیل کند، اما نمی‌تواند اصل جدیدی بیافریند و در کاوش علمی فرآقانوئی خود، آزاد نیست.» ر.ک: صادقی، محسن، «اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه»، نشر میزان، ۱۳۸۴، ص. ۱۵۰.

۱. ر. ک: فاطمی، ثریا، پیشین، ص. ۳۷.

۲. از جمله استناد به اصول ۵۸ و ۷۱ قانون اساسی در دادنامه ۵۰۶ مورخ ۸۲/۵/۱۹ و استناد به بند ۹ اصل ۳ قانون اساسی در دادنامه ۷۴ مورخ ۸۳/۳/۳ استناد به بند ۳ اصل ۳ در دادنامه ۲۰۱ مورخ ۸۳/۵/۱۸ استناد به اصل ۹۹ در دادنامه ۵۰۶ مورخ ۸۵/۷/۱۶ استناد به اصل ۱۲۷ در دادنامه ۱۱۹ مورخ ۸۳/۳/۳۱ استناد به اصل ۱۶۷ در دادنامه ۴۶۰ مورخ ۸۲/۵/۱۹ استناد به اصول ۵۷، ۷۱ و ۷۳ در دادنامه ۱۹۷ مورخ ۸۳/۹/۲۲.

۳. هیأت عمومی دیوان در مقام حل تعارض به شرح دادنامه ۳۷ - ۳۸ - ۳۹ - ۴۰ مورخ ۶۷/۱۰ به ابهام موجود پایان پخشید: «نظر به اینکه در اصل ۱۷۳ قانون اساسی اسلامی ایران، منظور از تأسیس دیوان عدالت اداری، رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعترافات واحدهای دولتی، تصریح گردیده و با توجه به معنی عرفی و لغوی کلمه «مردم»، واحدهای دولتی از شمول مردم خارج و به اشخاص حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی اطلاق می‌شود و مستفاد از بند ۱۱ دیوان نیز، اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی می‌باشند، علی‌هذا، شکایات و اعترافات واحدهای دولتی در هیچ مورد، قبل طرح و رسیدگی در شعب دیوان عدالت اداری نمی‌باشد.»

۴. ر. ک: تیلا، پروانه، «مفهوم شناسی ابطال مصوبات قوه مجریه: استقلال ادبیات حقوق عمومی»، پژوهشن

مغایر قانون اساسی ابطال شوند و این تنها با وجود ضمانت اجرای حقوقی و مرجعی که آن را اعمال نماید، امکان‌پذیر است. بدین سبب دعاوی ابطال مقررات اداری خلاف قانون اساسی در حوزه صلاحیت عام دیوان عدالت اداری در نظر گرفته می‌شود. در حقیقت، از آنجا که هدف دادرسی اساسی از ایجاد دادگاهی جهت تضمین برتری قانون اساسی، رسیدگی به تجاوز علیه حقوق موجود در قانون اساسی و نقض هنجارهای غیراساسی است، هیأت عمومی دیوان از طریق ابطال مصوبات مغایر با قانون اساسی در آراء متعدد، به حرastت از حاکمیت قانون اساسی بر مقررات قوه مجریه می‌پردازد و این به معنای مشارکت دیوان عدالت اداری در فرآیند دادگستری اساسی به مفهوم موسع آن است. به بیانی دیگر، هیأت عمومی با حذف و ابطال مقررات ناسازگار با نظم قانون اساسی عیناً وظیفه دادگاه قانون اساسی را به انجام می‌رساند و با پیگیری این روند تدریجاً موجبات اصلاح و نوسازی نظم حقوق اداری از مقررات غیر مردم‌سالارانه را فراهم می‌آورد.

ورود دیوان عدالت اداری به دعاوی ابطال مصوبات خلاف قانون اساسی، یا در خلال دعاوی عادی مطرحه شاکی و در روند دادرسی است که از آن با عنوان دعاوی ضمنی نقض قانون اساسی می‌توان یاد کرد. هم‌چنین در مواردی به صورت دعاوی مستقل نقض قانون اساسی صورت می‌گیرد.^۱ در حقیقت، دیوان در حوزه صیانت از قانون اساسی در مقررات اداری، در مواردی برمبنای شکایت شاکی از قانونی بودن (اعم از قانون عادی و اساسی) به دادرسی اساسی مصوبات نیز می‌پردازد و در مواردی دیگر، در مقام تشخیص صلاحیت انطباق مصوبات با قانون اساسی، مستقیماً برتری قانون اساسی بر مصوبات را احراز می‌نماید.

۲. نقش دیوان عدالت اداری در اداری‌سازی حقوق اساسی

از دیگر روش‌های مؤثر در صیانت از حقوق اساسی، اداری‌سازی حقوق اساسی و اصول قانون اساسی است. بر این اساس «أصول و اهداف کلی، نرم و شناور شناسایی شده در قانون اساسی، با کمک و از طریق فنون و ابزارهای حقوق اداری و تکنیک‌های خاص حقوق اداری، پیاده می‌شوند و تحقق می‌یابند.»^۲

۱. اصطلاح دعاوی طاری و اصلی در خصوص انواع نظارت بر مطابقت قواعد حقوقی مادون با قانون اساسی مطرح می‌شود. در نظارت طاری، مسأله انطباق با قانون اساسی به صورت مستقل و مجرزاً مطرح نمی‌شود، بلکه

نظارت با دادرسی دیگری که در جریان رسیدگی است، ارتباط دارد. در نظارت اصلی، جریان نظارت مستقل از هر دعواهی که در دادگاه‌ها مطرح است، از توشیح قانون جلوگیری می‌کند (نظارت پیشینی)، یا منجر به اعلام ابطال یک قاعده مغایر با قانون اساسی می‌شود (نظارت پسینی)، در فرانسه تغایر اعمال اداری با قانون اساسی می‌تواند به صورت طاری و اصلی باشد. به نقل از: هامون، فرانسیس، پیشین، ص. ۹۱.

۲. هداوند، مهدی، نقش دیوان در صیانت از قانون اساسی، پیشین، ص. ۱.

اگر چه دو پدیده متناظر اساسی‌سازی حقوق اداری و اداری‌سازی حقوق اساسی، به طور همزمان و در امتداد هم تحقق می‌یابند، با این حال، آن‌چه منجر به تمایز این دو سازوکار صیانت از قانون اساسی از یکدیگر می‌گردد، تکیه و متعلق موضوع در دو فرآیند مذکور می‌باشد. بدین شرح که برخلاف اساسی‌سازی حقوق اداری که به دنبال ورود و نفوذ حقوق اساسی در مقررات و حقوق اداری است و حقوق اداری موضوع این فرآیند تلقی می‌گردد، در اداری‌سازی حقوق اساسی، متعلق امر، حقوق اساسی و قواعد مندرج در قانون اساسی است که قرار است در فرآیند اجرایی شدن محقق گردد.

دیوان عدالت اداری با تدقیق و امعان نظر بر حقوق قانون اساسی، به قضایی نمودن، شناسایی و تضمین حقوق بنیادین آن می‌پردازد و این حقوق را اداری‌سازی می‌نماید که به شرح ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۱-۲. قضایی شدن هنجارهای قانون اساسی

یکی از ویژگی‌های بارز حقوق اساسی نوین آن است که این رشته بر خلاف گذشته واجد ضمانت اجرایی و قضایی شده است. آنچه اهمیت دارد این است که امروزه برای اغلب حقوق‌دانان اساسی، تصور حقوق اساسی بدون داشتن ضمانت اجرایی قضایی، دشوار می‌نماید. در حال حاضر حقوق اساسی بسیاری از کشورها رویه‌ای است، یعنی برخاسته از رویه قضایی نهادهای ناظر بر قانون اساسی است.^۱

همچنان که مشاهده می‌شود، پدیده قضایی شدن حقوق اساسی از پدیده گسترش دادگستری اساسی تفکیک‌ناپذیر می‌باشد. در حقیقت «هنگامی که از وجود ضمانت اجرا در حقوق اساسی جدید سخن به میان می‌آید، منظور ضمانتی است که در

۱. شورای قانون اساسی کشور فرانسه، از طریق رویه‌سازی اساسی خود به طور قابل ملاحظه‌ای به تقویت منابع مبتنی بر هنجارهای اساسی حقوق اداری کمک نموده است. ر.ک.:

Stirn, Bernard, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, LGDJ, 7e éd., 2011

در همین حال، شورای دولتی نیز بیش از پیش در این جهت گام برداشته و به طور قابل ملاحظه‌ای علاقه‌مند به مسائلی با ماهیت حقوق اساسی گردیده است، به نحوی که امروزه می‌توان این شورا را نیز حافظ و نگهبان حق‌ها و آزادی‌های بنیادین و عمومی دانست. بدین ترتیب، شورای قانون اساسی غالباً در نقش قاضی اساسی ظاهر گردیده و شورای دولتی نیز بیش از پیش در جایگاه قاضی اداری ایفای نقش می‌نماید. ر.ک.:

Braibant, Guy; et Bernard Stirn, *Le Droit Administratif Français*, 7e éd., 2005.

همچنین با اصلاحات صورت گرفته در قانون اساسی فرانسه در سال ۲۰۰۸ و امکان شکایت شهروندان از خلاف قانون اساسی بودن قوانین در کشور فرانسه، قرابت بیشتری میان حقوق اساسی و حقوق اداری برقرار گردیده است که ماحصل آن، حضور بیشتری از هنجارهای اساسی و حمایت از حق‌ها و آزادی‌های در رویه‌های اساسی و قضایی اداری است. در اینجا می‌توان چنین ادعا کرد که بنیان‌های اساسی حقوق اداری و پایه‌های اداری حقوق اساسی به صورت عمیقی در هم تنیده شده و یکی شده‌اند.



چهارچوب نهاد دادرسی اساسی و توسط قاضی اساسی اعمال می‌شود، یعنی در اینجا ضمانت‌های قابل اعمال توسط قضات عادی مورد نظر نیست. درست است که قضات کلاسیک یا سنتی نیز می‌توانند به نحوی از احاء در شکوفایی حقوق اساسی، بهویژه در زمینه حقوق و آزادی‌های بنیادین به ایفای نقش بپردازن، اما حقیقتاً بدون وجود قاضی اساسی، نمی‌توان از حقوق اساسی جدید سخن گفت.^۱

دیوان عدالت اداری به عنوان یگانه دادگاه حقوق عمومی در نظام حقوقی ایران، ضمن دادرسی و در فرآیند نظارت قضایی اساسی بر اعمال دولت و با توسعه رویه قضایی خود، در راستای «مؤثر کردن» مقررات متن اساسی و بازیابی مقررات هنجاری قانون اساسی اقدام می‌کند. امروزه حقوق اساسی تحت تأثیر رویه قضایی دیوان، قضایی گردیده است. به تعبیر دیگر، «حقوق اساسی را نباید منحصر به نظریه پردازی‌های موجود در قوانین و مقررات یا آموزه‌های علمای حقوق دانست (حقوق اساسی دکترینال). حقوق اساسی واقعی را باید در رویه‌های قضایی و نیز عملکرد زمامداران جستجو کرد.»^۲

حقوق اساسی در رویه قضایی دیوان عدالت اداری تبدیل به حقوق واقعی می‌شود. در واقع نگرش دیوان در آراء به مفاهیمی از قبیل حاکمیت و زمامداری، تفکیک قوا و حدود اختیارات و صلاحیت‌های هریک از نهادهای سیاسی^۳، تمرکز زدایی و واحدهای محلی همچون شوراهای اسلامی^۴، حقوق و آزادی‌های فردی و گروهی^۵، حقوق اساسی را در رویه قضایی دیوان، حداقل در گستره مقررات دولتی، تبدیل به حقوق اساسی رویه‌ای می‌نماید. همچنین، تمرکز دیوان بر نظریه تفسیر قضایی قانون اساسی و تمایل آن به این امر، دیوان را به مشارکت در فرآیند رویه‌سازی حقوق اساسی ملحق می‌سازد.

۲-۲. شناسایی و تحکیم اصول قانون اساسی

در پرتو فرآیند اداری‌سازی حقوق اساسی، مقررات اداری به مثابه ابزارهایی قرار می‌گیرند که هنجارهای اساسی را به مرور زمان به اجرا در می‌آورند و در مجموعه نظام

۱. گرجی ازندربانی، علی‌اکبر، در تکاپوی حقوق اساسی، انتشارات جنگل، ۱۳۸۸، ص. ۲۱۸.

۲. گرجی ازندربانی، علی‌اکبر، «حاکمیت قانون و محدودیت‌های حق دادخواهی در دیوان عدالت اداری»، مجموعه مقالات همایش دیوان عدالت اداری: صلاحیت قضایی و دادرسی اداری، انتشارات دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، ۱۳۸۸، ص. ۶۱.

۳. به عنوان نمونه بنگرید به دادنامه ۱۹۷ - ۱۹۸ هیأت عمومی مورخ ۸۲/۵/۱۹ برگرفته شده از: معاونت آموزش و پژوهش دیوان عدالت اداری، مجموعه آرای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری از ابتدای سال ۱۳۸۸ تا نیمه اول سال ۱۳۸۸، جلد اول، آرای ابطالی، انتشارات جنگل، چاپ دوم، ۱۳۹۱، ص. ۹۳ - ۹۵.

۴. به عنوان نمونه بنگرید به دادنامه ۷۵۹ هیأت عمومی مورخ ۸۵/۱۱/۱۵ برگرفته شده از: همان، ص. ۸۹.

۵. به عنوان نمونه بنگرید به دادنامه ۶۴۳ هیأت عمومی مورخ ۸۷/۹/۲۴.

حقوقی پخش می‌نمایند. در واقع، «انتشار هنجرهای اساسی^۱ در نظم حقوقی و آغشتن نظم حقوقی به این هنجرها، به این دلیل میسر شد که قانون اساسی کم‌کم به عنوان قاعده حقوقی لحاظ گردید و هنجریت قانون اساسی به مرور زمان پذیرفته شد.»^۲

دیوان عدالت اداری، در تجربه چندین ساله خود، توانسته است با تمسک به اصول متعدد قانون اساسی و با توجه به ویژگی‌ها و مختصات نظام حقوق اداری ایران، به گردآوری و انباسته هنجرهای اساسی از طریق توسعه رویه قضایی اساسی بپردازد و به‌ویژه در نبود نظام هنجری و نظارت مبتنی بر قانون اساسی در دادگاه قانون اساسی، گام مثبتی در جهت شناسایی این اصول در جریان دادرسی اداری مقررات دولتی بردارد. چنان‌که می‌توان از وجود نوعی ذخیره یا مخزن هنجرهای اساسی از طریق توسعه رویه قضایی دیوان سخن گفت.

قاضی دیوان در فرایند تبلور اصول کلی قانون اساسی، نقشی خلاق، توسعه‌ای و تکمیلی ایفا می‌کند؛ چه اینکه، علاوه‌بر آنکه اصول خام قانون اساسی را در رأی صادره متبلور می‌سازد و توسعه می‌دهد و اصولی پنهان را کشف می‌کند، حتی در پاره‌ای موارد، با الهام از اصول قانون اساسی و ارائه استدلال‌های بدیع و با تفسیر موسع از هنجرهای قانون اساسی به خلق و ابداع اصولی دست می‌یازد که با توجه به مختصات نظام اداری ایران ظهرور یافته است. دیوان در حقوق اداری ایران در طول سالیان گذشته توانسته است این نقش را به خوبی ایفا نماید. یعنی از ظرفیت‌های «همگرا و به هم وابسته» قانون اساسی در بیان اصول بهره گیرد و بعضاً نیز اصول ابداعی خاصی را اعلام نماید.^۳ به عنوان نمونه، برمبنا اصل استقرار و تثبیت نظام اقتصادی جمهوری اسلامی ایران برپایه سه بخش دولتی، تعاقنی و خصوصی^۴ که دیوان همواره از آن در برابر تصمیمات مقامات اداری دفاع نموده است، در آرای ۱۷۸، ۱۷۹، ۱۸۰ مورخ ۸۲/۵/۵ برخی مصوبات هیأت وزیران را ابطال نمود. بدین صورت، به نظر می‌رسد که قاضی دیوان حق آفرینش هنجرهای نوین مربوط به قانون اساسی را برای خویش شناسایی نموده است.

1. Emission of Constitution Norms

۲. فاورو، لوئی، پیشین، ص. ۲۷۲.

۳. انتاج قواعد حقوقی جدید و به تعبیری نوسازی حقوق از جمله اثرات اساسی‌سازی حقوق است، به مفهومی که غالباً تغییر شکل حقوق با نوسازی آن نمود می‌یابد. در اینجا هدف این است که به اساسی‌سازی حقوق و آزادی‌ها که به آغشن گرایش‌های مختلف حقوق و همزمان به تغییر شکل این گرایش‌ها منجر می‌گردد، اشاره شود. امری که قانون اساسی را به تغییر محتوای حقوق سوق می‌دهد. این نوسازی مترادف است با آزادی‌گرایی؛ زیرا دگرگونی‌ها به عنوان پیشرفت‌هایی امری و الزامی توسط منطق حقوق بنیادین تشریح می‌گردد.

۴. اصل ۴۴ قانون اساسی

۲-۳. تضمین اساسی حقوق بنیادین و حاکمیت قانون بر اعمال اداری

با عنایت به تحولات حقوق اساسی و روند دستوری‌سازی حقوق و آزادی‌های بنیادین، رویه عملی دادگاهها یا نهادهای ناظر بر قانون اساسی، در عمل مبحث حقوق و آزادی‌ها را در ردیف مباحث اصلی حقوق اساسی قرار داده است. از سوی دیگر، عدالت اداری در راستای تحقق دولت قانونمند که حمایت از حق‌های فردی را در مقابل خودسری‌های احتمالی دولت، هدف اصلی خود قرار داده و برای این منظور به ملتزم کردن دولت در رعایت قواعد ارزشی لازم‌الاتباع اشعار می‌دارد، یکی از الزامات اساسی است. به وجهی که بیان می‌گردد «سازوکارهای تحقق عدالت اداری در تاریخ پیش از قانونمند، تضمینات اساسی را در جهت حمایت و حفاظت از حقوق شهروندان به همراه می‌آورد».^۱ به تعبیر دیگر، اعمال حقوق اساسی که در برگیرنده سازوکارهایی برای سرشکن‌کردن و مهار قدرت دولت در راستای حفظ جامعه از خطر استبداد و خودکامگی زمامداران است، از طریق دادرسی اداری مقررات دولتی، صورت می‌گیرد و این دادرسی امکان پیاده‌سازی حقوق بنیادین را فراهم می‌آورد.

دیوان عدالت اداری که در نظام حقوقی کشورمان به عنوان یک دادگاه اختصاصی در ساختار قوه قضائیه، وظیفه رسیدگی به شکایات مردم از دستگاه‌های اداری را بر عهده دارد، در نقش حامی مردم و مدافع حقوق آنان، اقدام‌ها، تصمیم‌ها و مصوبه‌های مأموران و واحدهای دولتی را زیر نظر می‌گیرد. به طوری که بیان می‌گردد «تأسیس دیوان عدالت اداری به عنوان یک مرجع عالی قضایی، برای رسیدگی به شکایات افراد از عملکرد دولت و به موجب قانون اساسی، نشان‌گر درجه اهمیتی است که قانون‌گذار برای صیانت از حقوق فردی شهروندان و تضمین تشکیلات دستگاه اداری کشور قائل گردیده و گام مهمی در جهت اصلاح دستگاه اداری کشور و منشأ انقلاب بزرگ و اساسی در ساختار آن است».^۲

دیوان با اعمال اصل حاکمیت قانون به‌ویژه در مفهوم ماهوی آن که حکومت قانون را مستلزم تحقق بخشیدن به یک نظم حقوقی عادلانه می‌داند و معتقد است که این نظم حقوقی، اول از همه نیازمند آن است که صلاحیت دولت مقید و تابع اصول معین و غیرقابل اصلاح قانون اساسی و ارزش‌های بنیادین ماهوی باشد،^۳ در جهت حفظ و تضمین

۱. احمدوند، یاسر، پیشین، ص. ۵۰.

۲. شهرنایی، خلیل، «جایگاه دیوان عدالت اداری در تأمین عدالت اداری و اجتماعی»، پژوهشنامه حقوقی، شماره ۱۳۸۶، ۴۳ - ۴۴، صص. ۱۳۸۶ - ۱۳۸۷.

۳. هداوند، مهدی، اداری تطبیقی، پیشین، صص. ۲۱۷ - ۲۱۶.



حقوق افراد گام برمی‌دارد. در حقیقت، انطباق مقررات دولتی با قانون اساسی و قانونی بودن مدنظر دیوان که پیش از همه تأسیس‌هایی برای حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های به رسمیت شناخته‌شده در یک قانون اساسی می‌باشند و تلاش دیوان در اجرایی‌سازی اصل حاکمیت قانون اساسی در مصوبات اداری به عنوان یکی از شیوه‌های محدودیت و مهار قدرت، موجبات پیاده‌سازی حقوق بنیادین قانون اساسی را فراهم می‌آورد.

حمایت اساسی که توسط دیوان از حقوق و آزادی‌ها به عمل می‌آید نه تنها به تغییر رویه قضایی این نهاد قضایی اداری منجر می‌گردد، بلکه موجبات تغییر شکل و ارتقای حقوق اداری را نیز که در ادامه روند تغییر محتوای این حقوق توسط هنجارهای بنیادین قانون اساسی است، فراهم می‌آورد و با نوسازی این حقوق نمود می‌یابد.

این نوسازی که مترادف است با دگرگونی هنجارهای حقوق اداری با حقوق و آزادی‌های شهروندان، به عنوان پیشرفتی امری و الزامی توسط منطق حقوق بنیادین تشریح می‌گردد. در واقع دیوان با محدود کردن حوزه عملکرد اداره، حق‌های فردی که اداره باید به آنها احترام بگذارد را اعلام می‌کند و برای ممانعت از تجاوز به این حق‌ها از سوی اداره، وسائل جبرانی و حمایتی خاصی را در مقابل تجاوز به این حق‌ها پیش‌بینی می‌کند. بنابراین، می‌توان با اطمینان بیان داشت که «احیای حقوق عامه و گسترش عدالت اداری و آزادی‌های مشروع که در قانون اساسی شناسایی شده است و ممکن است در جریان تصمیمات و اعمال مقامات دولتی ضایع شود، از جمله وظایف کلی قوه قضائیه است که از طریق دیوان عدالت اداری بخش مهمی از آن تضمین و تأمین می‌شود».^۱ حتی می‌توان پا را فراتر نهاد و علی‌رغم صلاحیت‌های عدیده، به دلیل پیشینه آرمانی، جایگاه حقوقی دیوان و نقش پیشانگ قضایی آن، مهم‌ترین نقش این نهاد را تضمین حقوق بنیادین و پاسداری از اصول حقوق عمومی دانست که در رویه قضایی دیوان نمود یافته است. در این میان، به نظر می‌رسد که هیأت عمومی دیوان به عنوان یکی از ارکان تضمین‌کننده حقوق بنیادین، مشابه نقشی که شورای نگهبان در مورد قوانین عادی بر عهده دارد، در مقام حمایت از کیان قانون اساسی نقش‌آفرینی می‌نماید.

۱. فلاح‌زاده، علی‌محمد، «مراجع کنترل مصوبات دولتی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران (با تأکید بر کنترل مبتنی بر قانون اساسی)»، دیدگاه‌های حقوقی، دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، شماره ۴۴ و ۴۵، ۱۳۸۷، ص. ۳۲.

نتیجه‌گیری

مطابق با آنچه بیان شد، فرآیند صیانت از قانون اساسی به عنوان مجموعه آیین‌های تضمین برتری قانون اساسی در مقررات دولتی، در رویه دیوان عدالت اداری از دو مسیر کنش‌گر و متناظر اساسی‌سازی حقوق اداری و اداری‌سازی حقوق اساسی دنبال می‌گردد.

در این خصوص، دیوان از سویی به واسطه اعمال تفاسیر و استناد به قانون اساسی به اجرای هنجارهای اساسی توسط مقامات اداری می‌پردازد و بدین وسیله موجبات توسعه رویه قضایی راجع به حقوق و آزادی‌های بنیادین را فراهم می‌آورد. همچنین با ابطال مقررات اداری خلاف قانون اساسی، رشد و اعتلای فرآیند اساسی‌سازی حقوق اداری را ادامه می‌دهد.

از سوی دیگر دیوان عدالت اداری با عطف توجه به حقوق قانون اساسی، به قضایی نمودن، شناسایی و تضمین حقوق بنیادین ملحوظ در آن می‌پردازد و به تعبیری این حقوق را اداری‌سازی می‌نماید.

در نهایت به نظر می‌رسد که به دلیل عدم حضور دادگاه ویژه قانون اساسی در نظام حقوقی ایران، دیوان عدالت اداری به عنوان نهاد قضایی مجری قانون اساسی در مقررات اداری، نقش دادگاه قانون اساسی را بازی می‌کند و عملاً کارکردهای دادگاه قانون اساسی را از طریق دو سازوکار فوق‌الذکر انجام می‌دهد.

منابع

الف - کتاب‌ها، مقاله‌ها و پایان‌نامه‌ها

- احمدوند، یاسر، عدالت اداری در حقوق ایران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۰.
- ارسطا، محمدجواد، مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران، قم، بستان کتاب، ۱۳۹۱.
- پیر، بن، «اساسی‌سازی حقوق اسپانیا»، ترجمه جواد تقی‌زاده، حقوق اساسی، سال سوم، شماره پنجم، ۱۳۸۴.
- تقی‌زاده، جواد، «مسئله اساسی‌سازی نظم حقوقی»، پژوهش‌های حقوقی، سال ششم، شماره ۱۱، ۱۳۸۶.
- تیلا، پروانه، «تفسیر قضایی قانون اساسی در رویه دیوان عدالت اداری»، پژوهش‌های حقوقی، سال سوم، شماره ۵، ۱۳۸۳.
- _____، «تحلیل چارچوب نظری بازنگری در قانون اساسی»، حقوق اساسی، سال سوم، شماره پنجم، ۱۳۸۴.
- _____، «مفهوم‌شناسی ابطال مصوبات قوه مجریه: استقلال ادبیات حقوق عمومی»، پژوهش حقوقی، شماره چهارم، ۱۳۸۳.
- دیانی، عبدالرسول، «مستندات رأی قضی، قسمت اول»، دادرسی، سال ششم، شماره ۳۳، ۱۳۸۱.
- _____، «مستندات رأی قضی، قسمت پایانی»، دادرسی، سال ششم، شماره ۳۵، ۱۳۸۱.
- سالمون، ڈان، «استدلال از طریق قیاس در حقوق بین‌الملل عمومی»، ترجمه سیدعلی هنجنی و رحیم نوبهار، تحقیقات حقوقی، شماره ۳۷، ۱۳۸۲.
- شهنازی، خلیل، «جایگاه دیوان عدالت اداری در تأمین عدالت اداری و اجتماعی»، پژوهش‌نامه حقوقی، شماره ۱، ۱۳۸۶.
- شیرزاد، امید، «تحلیل و بررسی جهات ابطال مصوبات دولتی در پرتو آراء دیوان عدالت اداری»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۲.
- صادقی، محسن، «اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه»، نشر میزان، ۱۳۸۴.
- صالحی‌راد، محمد، «تأملاتی در باب مستدل بودن احکام دادگاه‌ها»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۲، ۱۳۸۲.
- فاطمی، ثریا، «جایگاه و نقش رویه قضایی دیوان عدالت اداری در حقوق عمومی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، پردیس فارابی دانشگاه تهران، بهمن ماه ۱۳۹۱.
- فاورو، لویی، «اساسی‌سازی حقوق فرانسه»، ترجمه جواد تقی‌زاده، حقوق اساسی، سال چهارم، شماره ۶ و ۷، ۱۳۸۵.
- _____، «حقوق اساسی، حقوق قانون اساسی، اساس حقوق»، ترجمه جواد تقی‌زاده، حقوق اساسی، سال دوم، شماره سوم، ۱۳۸۳.
- فرومن، میشل، «دیوان قانون اساسی فدرال آلمان»، ترجمه جواد تقی‌زاده، حقوق اساسی، سال هفتم، شماره ۹، ۱۳۸۷.

- فلاحزاده، علی‌محمد، «مراجع کنترل مصوبات دولتی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران (با تأکید بر کنترل مبتنی بر قانون اساسی)»، دیدگاه‌های حقوقی، دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، شماره ۴۴ و ۴۵، ۱۳۸۷.
- گرجی ازندربانی، علی‌اکبر، «حاکمیت قانون و محدودیت‌های حق دادخواهی در دیوان عدالت اداری»، مجموعه مقالات همایش دیوان عدالت اداری: صلاحیت قضایی و دادرسی اداری، انتشارات دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، ۱۳۸۸.
- _____، در تکاپوی حقوق اساسی، انتشارات جنگل، ۱۳۸۸.
- محمودی، جواد، «تأملی در نظریه تفسیری شورای نگهبان درباره صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری»، حقوق اساسی، سال سوم، شماره پنجم، ۱۳۸۴.
- مرکز مالمیری، احمد، حاکمیت قانون (مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها)، مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۸۵.
- معاونت آموزش و پژوهش دیوان عدالت اداری، رویه قضایی در شعب دیوان عدالت اداری، قم، نشر قضا، ۱۳۹۱.
- _____، مجموعه آرای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری از ابتدای سال ۱۳۸۰ تا نیمه اول سال ۱۳۸۸، جلد دوم، آرای وحدت رویه، انتشارات جنگل، ۱۳۸۹.
- _____، مجموعه آرای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری از ابتدای سال ۱۳۸۰ تا نیمه اول سال ۱۳۸۸، جلد اول، آرای ابطالی، انتشارات جنگل، چاپ دوم، ۱۳۹۱.
- معتمدزاد، رؤیا، «کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافق و نقش خاص آن در تضمین حقوق و آزادی‌های فردی»، پژوهش حقوق و علوم سیاسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، شماره ۱، ۱۳۷۸.
- مهرپور، حسین، «قاضی نمی‌تواند به هر عنوان از استناد به قوانین مدون امتناع کند»، ماهنامه قضات، شماره ۴۸، ۱۳۸۶.
- هامون، فرانسیس؛ و سلین واینر، «صیانت از قانون اساسی در فرانسه و ایالات متحده آمریکا»، ترجمه محمد جلالی، حقوق اساسی، شماره ۲، ۱۳۸۳.
- هداوند، مهدی؛ و علی مشهدی، اصول حقوق اداری (در پرتو آراء دیوان عدالت اداری)، انتشارات خرسندي، ۱۳۹۱.
- هداوند، مهدی، «پیشنهاد تدوین قانون عام حقوق اداری ایران»، حقوق عمومی، شماره ۳، ۱۳۸۶.
- _____، «نقش دیوان عدالت اداری در صیانت از قانون اساسی»، هفته‌نامه آسمان، شماره ۳۰، ۱۳۹۱.
- _____، اداری تطبیقی، جلد اول، انتشارات سمت، ۱۳۸۹.

-
- Stirn, Bernard, Les sources constitutionnelles du droit administratif, LGDJ, 7^e éd., 2011.
 - Vedel, Georges, Les bases constitutionnelles du droit administratif, Études et documents du Conseil d'État ,1954.
 - Braibant, Guy ; et Bernard Stirn, Le droit Administratif Français, 7^e éd., 2005.

ب – آرای مورد استناد

- دادنامه ۳۷-۳۸-۳۹ مورخ ۶۸/۷/۱۰ با موضوع اعلام تعارض آراء صادره از شعب اول، دوم، سیزدهم دیوان، از سوی رئیس شعبه ششم و سیزدهم و دفتر حقوقی وزارت مسکن و شهرسازی.
- دادنامه ۶۱ و ۶۲ هیأت عمومی مورخ ۸۰/۲/۳۰ در ابطال بخش نامه های شماره ۱۳۷۸/۸/۵ و ۸۲۸/۹۵۸۸ مورخ ۱۳۷۸/۹/۱۰ شرکت ملی پخش فرآورده های نفتی ایران.
- دادنامه ۱۹۹ هیأت عمومی مورخ ۸۲/۵/۱۹ در ابطال دستورالعمل های شماره ۳۶-۲۳۲ مورخ ۱۳۸۰/۲/۱ و ۱۳۸۰/۰۳/۵ و ۳۶/۶۵/۳۰۷/۱۳۸۰/۱۰/۱۶ و ۱۳۸۱/۱۲/۶ مورخ ۱۰/۱/۱۷/۱۱۲۹۱ نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران.
- دادنامه ۱۹۷-۱۹۶ هیأت عمومی مورخ ۸۲/۵/۱۹ در ابطال مصوبه یکصد و هشتاد و یکمین جلسه مورخ ۶۷/۱۲/۹ شورای عالی انقلاب فرهنگی.
- دادنامه ۷۴ مورخ ۸۳/۳/۳ در ابطال قسمتی از دستورالعمل اجرائی بخش نامه ایجاد تسهیلات برای فرزندان اعضای هیأت علمی دانشگاه ها.
- دادنامه ۱۱۹ مورخ ۸۳/۳/۳۱ در ابطال مصوبه هیأت وزیران.
- دادنامه ۲۰۱ مورخ ۸۳/۵/۱۸ در ابطال بند ۴ ماده ۴ مصوبه چهل و نهمین نشست شورای آموزش پژوهشکی و تخصصی کشور.
- دادنامه ۴۶۰ مورخ ۸۳/۹/۲۲ در ابطال مصوبه کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری تهران.
- دادنامه ۵۰۶ مورخ ۸۵/۷/۱۶ در ابطال بند های ۱۷ و ۲۹ ماده ۲ مصوبه شورای عالی اداری.
- دادنامه ۷۵۹ هیأت عمومی مورخ ۸۵/۱۱/۱۵ مبنی بر اعلام تعارض آراء صادره از شعب ۵ و ۱۰ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
- دادنامه ۳۵۲ مورخ ۸۶/۵/۲۱ ابطال دستورالعمل شماره ۱/۲۵۰/۱۰/۴۰۲/۴/۷ مورخ ۸۳/۸/۲۶ نیروی انتظامی.
- دادنامه ۶۴۳ هیأت عمومی مورخ ۸۷/۹/۲۴ با موضوع اشتغال کارمند دولت در بخش خصوصی.

نقش قوه مجریه در پیشگیری اجتماعی از جرم

عادل ساریخانی*

مریم سلطانی بهلوی**

چکیده

پیشگیری از ارتکاب جرم همواره یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های نظام‌های حقوقی بوده و در جهت نیل به این هدف، نظریات متفاوتی مطرح گردیده است. یکی از تقسیم‌بندی‌های پیشگیری اجتماعی به دو گونه جامعه‌مدار و رشدمدار است که در جهت اصلاح ساختار شخصیتی افراد و همین‌طور اصلاح ساختارهای اجتماعی تلاش می‌نماید. اصل ۱۵۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران امر پیشگیری از جرم را در زمرة یکی از وظایف قوه قضائیه قرار داده است. با این حال، نظام عدالت کیفری تنها می‌تواند در پیشگیری کیفری مداخله نماید و به موجب وظایف پیش‌بینی شده برای دولت در اصول بیست و هشتم تا سی و یکم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تأمین رفاه اجتماعی و حذف بسترهاي اجتماعی ارتکاب جرم در حیطه وظایف قوه مجریه قرار گرفته است. بنابراین، قوه مجریه با وظایفی که برای ارتقای سطح زندگی و رفاه اجتماعی افراد جامعه بر عهده دارد، در راستای کاهش شرایط اجتماعی ارتکاب جرم گام بر می‌دارد. تأمین زمینه آموزش و پرورش مناسب مطابق با اصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز از دیگر وظایف قوه مجریه است که بخشی از برنامه پیشگیری اجتماعی محسوب می‌گردد.

کلیدواژه‌ها: قوه مجریه، پیشگیری اجتماعی، پیشگیری جامعه‌مدار، پیشگیری رشدمدار.

adelsari@yahoo.com

* عضو هیأت علمی دانشگاه قم

** دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه قم (نویسنده مسئول)
maryam_soltani123@yahoo.com

تاریخ پذیرش: ۹۴/۰۱/۲۴

تاریخ دریافت: ۹۳/۱۰/۲۳

مقدمه

امروزه نظام‌های حقوقی کشورهای پیشرفته، پیشگیری از جرم را به عنوان رویکردی بهینه و مؤثر به رسمیت شناخته و در قالب برنامه‌های متنوع اجرا می‌کنند.^۱ در واقع، می‌توان ادعا کرد که مهم‌ترین گام در بحث پیشگیری از جرم، اقدامات غیرکیفری قبل از وقوع آن می‌باشد؛ زیرا اقدامات کیفری بهنهایی موفق به کسب موقفيت چشم‌گیری در کاهش بزهکاری نشده‌اند. پیشگیری به عنوان یک سیاست بنیادین، برای اولین بار در سال ۱۸۲۹ از طریق قانون پلیس کلان شهر لندن تدوین گردید. مهم‌ترین تقسیم‌بندی که در این زمینه وجود دارد عبارت است از پیشگیری اولیه (سطح اول)، ثانویه (سطح دوم) و ثالث (سطح سوم). پیشگیری اولیه شامل بر هم زدن شرایط جرم‌زای محیط فیزیکی و اجتماعی می‌باشد؛ اما پیشگیری ثانویه متصمن مداخله در حالت خطرناک و شرایطی است که احتمال وقوع بزه را تقویت می‌کند. در نهایت پیشگیری ثالث ناظر بر تدبیری است جهت ممانعت از تکرار جرم.^۲ پیشگیری اجتماعی بخشی از پیشگیری اولیه محسوب می‌گردد که تلاش دارد تا عوامل اجتماعی ارتکاب جرم را حذف نماید. در واقع، پیشگیری اجتماعی به دنبال بهینه‌سازی شخصیت افراد جامعه و حذف بسترهاي اجتماعی ارتکاب جرم می‌باشد. نگارنده در تحقیق حاضر تلاش کرده است تا به بررسی وظایفی بپردازد که بر دوش نهادهای مختلف قوه مجریه گذارده شده است و می‌تواند نقش مستقیم یا غیرمستقیمی در مبحث پیشگیری اجتماعی از جرم داشته باشد. بنابراین هدف اصلی از تحقیق حاضر بررسی حدود اختیارات قوه مجریه در حوزه پیشگیری اجتماعی از جرم می‌باشد و اهداف فرعی عبارتند از بررسی ضرورت ورود قوه مجریه به عرصه پیشگیری از جرم و امکان‌سنجی و اگذاری پیشگیری اجتماعی از جرم به قوه مجریه. در راستای نیل به اهداف فوق دو پرسش اصلی در تحقیق حاضر مورد توجه بوده است: ۱- مبانی ورود قوه مجریه به عرصه پیشگیری از جرم چیست؟ ۲- نحوه نقش آفرینی قوه مجریه در پهنمه پیشگیری اجتماعی از جرم چگونه است؟

در پاسخ به سئوالات فوق دو فرضیه مطرح می‌گردد: ۱- قوه مجریه به موجب وظایفی که طبق قانون اساسی و قانون پیشگیری از جرم بر عهده دارد و همین‌طور محدودیت‌های قوه قضائیه در این زمینه، ضرورت دارد که در امر پیشگیری از جرم وارد

۱. بابایی، محمدعلی؛ و علی نجیبیان، «چالش‌های پیشگیری وضعی از جرم»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۵، ۱۳۹۰، ۷۵-۱۴۸.

۲. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، تقریرات درس جرم‌شناسی نظری، دوره دکتری دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۹، ۸-۴.

شود. ۲- قوه مجریه از طریق وزارت خانه ها و نهادهای زیرمجموعه خود به طور مستقیم و غیرمستقیم در بهبود شرایط اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی جامعه و همچنین حذف عوامل فردی و اجتماعی ارتکاب جرم نقش قابل توجهی را ایفا می نماید.

۱. شناخت مفهوم و گونه های پیشگیری اجتماعی از جرم

علم جرم‌شناسی پس از طی مرحله اخلاقی و فلسفی، وارد مرحله علمی و تجربی گردید. جرم‌شناسی علمی به دنبال کشف علل وقوع جرم در شخص مجرم و محیط پیرامون وی بود. در قرن هجدهم، فیلسوفانی مانند منتسکیو، ولتر، روسو و بکاریا، به محیط اجتماعی به عنوان عامل مؤثر در ارتکاب جرم اشاره نمودند.^۱ پس از شناسایی نحوه تأثیر شرایط اجتماعی و محیط فیزیکی بر ارتکاب جرم شهروندان، اندیشه کاهش شرایط جرم‌زا شکل گرفت و نظریات مربوط به پیشگیری از جرم مطرح گردید.

پیشگیری در لغت به معنای جلوگیری و دفع آمده است و پیشگیری کردن یعنی مانع شدن. در تعریف پیشگیری دو مفهوم موسع و مضيق مطرح شده است. در رویکرد موسع، مفهوم پیشگیری همه اقداماتی که در نهایت منجر به کاهش میزان بزهکاری شود را در بر می گیرد.^۲ اما در مفهوم مضيق، مجموعه وسائل و ابزارهایی است که دولت در جهت مهار بهتر بزهکاری و از طریق حذف یا محدود کردن عوامل جرم‌زا و اعمال مدیریت مناسب عوامل محیطی، فیزیکی و محیط اجتماعی، مورد استفاده قرار می دهد. البته باید توجه داشت که پیشگیری با ابزار کیفری در این مفهوم جای نمی گیرد.^۳

پیشگیری غیرکیفری یا کنشی به دو گروه پیشگیری اولیه و ثانویه تقسیم می گردد که ناظر بر مرحله پیش از ارتکاب جرم است. در واقع تدبیر موردنظر در این گونه از پیشگیری فاقد جنبه قهرآمیز و کیفری بوده و به افراد ناکرده بزه اختصاص دارد. در حالی که مخاطب پیشگیری کیفری افراد بزهکار هستند. پیشگیری اولیه ناظر بر تغییر شرایط جرم‌زا محیطی و اجتماعی از طریق برنامه های درازمدت می باشد.^۴ مخاطب این برنامه ها همه شهروندان جامعه بدون هیچ وصف خاصی هستند. در حالی که تدبیر به کار گرفته شده در پیشگیری ثانویه تنها به گروه های خاصی از افراد در معرض خطر اختصاص دارد. پیشگیری اولیه نیز

۱. نوربهه، رضا، زمینه جرم‌شناسی، انتشارات گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۸۳، صص. ۱۶۷ - ۱۶۸.

۲. ابراهیمی، شهرام، «رویکردهای موسع و مضيق پیشگیری و آثار آن»، مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۲، ۱۳۸۸، ص. ۴۱.

۳. نجفی ابرندآبادی، تقریرات درس جرم‌شناسی نظری، پیشین، ص. ۷۴۲.

۴. همان، ص. ۱۷.

به دو گونه پیشگیری اجتماعی و پیشگیری وضعی تقسیم می‌گردد. پیشگیری اجتماعی با ایجاد تغییرات و اصلاحات در فرد و جامعه به دنبال کاهش ارتکاب جرم به صورت پایدار است و تلاش دارد تا اعضای جامعه را از طریق آموزش و تربیت با نظام اجتماعی و فرهنگی، هماهنگ سازد.^۱ در واقع، این نوع از پیشگیری علت وقوع جرم را در ساختارهای اجتماعی جستجو می‌نماید.^۲ اما پیشگیری وضعی به دنبال برهمن زدن شرایط ماقبل ارتکاب جرم است و در واقع، در مرحله گذار از اندیشه مجرمانه به فعل مجرمانه، وارد عمل می‌شود.

پیشگیری اجتماعی با مداخله در محیط اجتماعی عمومی و شخصی افراد از قبیل محیط‌های فرهنگی، اقتصادی، سیاسی و خانواده تلاش دارد تا سازوکارهای خودکنترلی و مهارت‌های اجتماعی را افزایش دهد. این نوع از پیشگیری به دو گونه جامعه‌مدار و رشدمدار تقسیم می‌گردد. پیشگیری جامعه‌مدار با هدف حذف عوامل جرم‌زا در محیط، در جستجوی کاهش انگیزه ارتکاب جرم و مقابله ریشه‌ای با آن می‌باشد. پیشگیری رشدمدار نیز با اتخاذ تدابیر پیشگیرانه در طول رشد افراد و همین‌طور با مداخله زودرس در مورد اطفالی که مظاهر بزهکاری را بروز می‌دهند، فرایند جامعه‌پذیری افراد را اصلاح می‌نماید. در واقع، هدف از این نوع پیشگیری، اصلاح شخصیت کودکان و نوجوانان مسأله‌دار است و از تبدیل آنها به بزهکار مزمن جلوگیری می‌نماید. برنامه‌های پیشگیری زودرس شامل برنامه‌های خانواده‌مدار، برنامه‌های مدرسه‌مدار و برنامه‌های اجتماع‌مدار می‌شود. برنامه‌های خانواده‌مدار تدابیری در جهت آموزش والدین، ایمن‌سازی و سالم‌سازی محیط خانواده و نظارت مستمر خانواده هستند. برنامه‌های مبتنی بر مدرسه نیز تدابیری به منظور اصلاح توانایی‌های تحصیلی و جلوگیری از فرار از مدرسه و همین‌طور ایجاد امنیت و رفع تبعیض میان دانش‌آموزان می‌باشند. برنامه‌های مبتنی بر جامعه نیز در راستای ایجاد فرصت برابر و گسترش عوامل حمایتی تأکید دارند.^۳

۲. مبانی ورود قوه مجریه به عرصه پیشگیری از جرم

bzهکاری همواره به نظم عمومی صدمه وارد می‌نماید و سیاست‌های مهار bzهکاری در هر جامعه‌ای، بخش مهمی از سیاست‌گذاری‌های کلان کشور را تشکیل

۱. شاطری‌پور اصفهانی، شهید، «پیشگیری اجتماعی از وقوع جرم در کنواسیون پالرمو و کنوانسیون مریدا»، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، ۱۳۸۸، ص. ۸۹.

۲. بیات، بهرام و دیگران، پیشگیری از جرم با تکیه بر رویکرد اجتماع‌محور، معاونت اجتماعی نیروی انتظامی ایران، ۱۳۸۷، ص. ۴۹.

۳. عظیم‌زاده، شادی، «جرائم‌شناسی تطبیقی پایداری در بزهکاری در حقوق ایران و آمریکا»، انتشارات جنگل، ۱۳۹۰، ص. ۵۴.

می‌دهد. با توجه به اینکه ارتکاب جرم همه بخش‌های جامعه را تحت تأثیر خود قرار می‌دهد، مسلماً همه نهادهای حکومتی باید در امر مهار بزهکاری مشارکت داشته باشند. پیشگیری در مرحله پیش از ارتکاب جرم به معنای مداخله زودهنگام جهت جلوگیری از به فعلیت رسیدن قصد مجرمانه، پیشگیری غیرکیفری و خارج از تشکیلات قضایی است. برخی کشورها از جمله انگلستان، دستگاه‌های اجرایی را مسئول پیشگیری از جرم قرار داده‌اند؛ به دلیل اینکه نهادهای مذکور امکانات کافی جهت سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی در این خصوص را در اختیار دارند.^۱

بنابراین، مشارکت همه نهادهای دولتی و مردمی در اقدامات پیشگیرانه ضروری است و نمی‌توان صرفاً یک نهاد یا سازمان خاص را متولی این امر دانست. مهم‌ترین دلیل حضور قوه مجریه در این عرصه حفظ نظم عمومی جامعه است. ارتکاب جرم نظم عمومی جامعه را مختل نموده و ریشه در شرایط نامناسب اجتماعی و اقتصادی دارد. قوه مجریه نیز علاوه‌بر وظیفه تأمین امنیت جامعه و حفظ نظم، نقش مؤثری در ایجاد رفاه اجتماعی و کاهش مشکلات اقتصادی و آسیب‌های اجتماعی ایفاء می‌نماید. در واقع، دولت با انجام وظایفی که طبق اصول بیست و هشتم تا سی و یکم قانون اساسی بر عهده دارد، در حذف بسترها ارتکاب جرم مشارکت می‌نماید. البته علاوه‌بر اینکه در قانون اساسی جمهوری ایران و قانون پیشگیری از جرم، ضرورت ورود قوه مجریه به عرصه پیشگیری از جرم مطرح شده است. قوه قضاییه نیز برای انجام این وظیفه با موانعی مواجه است. مهم‌ترین مانعی که بر سر راه قوه قضاییه در این امر وجود دارد، فقدان اختیارات و امکانات کافی برای اصلاح شرایط اقتصادی و فرهنگی و اجتماعی است. در واقع، تدبیری که می‌تواند در مرحله پیش از ارتکاب جرم موجب پیشگیری شود، از حوزه اختیارات این قوه خارج است. بنابراین، قوه قضاییه بدون تعامل و حضور قوه مجریه نمی‌تواند در امر پیشگیری از جرم به نتیجه مطلوب دست یابد.

۱-۲. موانع پیش روی قوه قضاییه در مهار بزهکاری

اصل ۱۵۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، در مقام بیان وظایف قوه قضاییه به پیشگیری از جرم نیز اشاره نموده است. آنچه که از مفاد اصل مذکور برداشت می‌شود این است که یکی از وظایف قوه قضاییه، امر پیشگیری از جرم است. اما با توجه به محدوده اختیارات قوه قضاییه، بهنظر می‌رسد که بخش مهمی از بحث پیشگیری از

۱. نیازپور، امیرحسن، «بررسی پیشگیری از بزهکاری در قانون اساسی ایران و لایحه قانون پیشگیری از وقوع جرم»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۵، ۱۳۸۲، ص. ۱۴۰.



جرائم مناسب با ابزار و امکانات این قوه نیست. در واقع، تنها پیشگیری کیفری یا سطح سوم که ناظر بر وضعیت پس از ارتکاب بزه می‌باشد، در زمرة وظایف قوه قضاییه است. البته قوه قضاییه در مقابله با بزهکاران برای پیشگیری از تکرار جرم آنها وارد برنامه‌های جامعه‌محوری می‌شود که نامشان ضمانت‌اجرای جرم است ولی لزوماً تنبیه‌ی و قهرآور نیستند. وقتی نظام عدالت کیفری برای بزهکار بار نخست یا بزهکار جرایم کم‌اهمیت یا بزهکار زیر سن هجره سال، ضمانت‌اجراهایی چون خدمات عام‌المنفعه، جایگزین‌های حبس، حبس خانگی، تعویق صدور حکم، دوره مراقبت و مانند اینها تعیین می‌کند، وارد برنامه‌های جامعه‌محور شده است. حتی زمانی که این نهاد از طریق اعمال نظریه عدالت ترمیمی اقدام به قضاذایی می‌نماید، وارد برنامه‌های اجتماعی، اما در قالب ضمانت‌اجرا، شده است. در واقع، قوه قضاییه برنامه‌های واکنشی با هدف پیشگیری از تکرار جرم را اعمال می‌نماید که باز هم نیازمند مساعدت نهادهای دولتی است. اما باید توجه داشت که مفهوم پیشگیری اجتماعی به معنای حذف و به حداقل رساندن بسترها جرم‌زا است و سیاست‌های پیشگیری از جرم در بلندمدت از وظایف آموزش و پژوهش و سازمان‌های مرتبط با مسائل ارتباط جمعی و غیره است.^۱ بنابراین، پیشگیری اجتماعی و وضعی از جرم در مرحله ماقبل بزهکاری، امری غیرقضایی است و بهترین شیوه سپردن این امر به قوه مجریه است.^۲ در قانون پیشگیری از جرم نیز، قوه قضاییه به عنوان متولی و هماهنگ‌کننده نظام پیشگیری در نظر گرفته شده و شورای عالی پیشگیری از جرم، به عنوان یکی از نهادهای برنامه‌ریز و سیاست‌گذار در این زمینه پیش‌بینی شده است.^۳ قوه قضاییه برای اجرای سیاست‌های پیش‌بینی شده در پیشگیری اجتماعی، ابزار مناسب را در اختیار ندارد و نیازمند ورود قوه مجریه در این عرصه می‌باشد. به عنوان نمونه بخش مهمی از پیشگیری اجتماعی به بهبود شرایط اقتصادی جامعه اختصاص دارد که در محدوده اختیارات قوه قضاییه تعریف نشده است. در واقع، ابتکار عمل در زمینه بسیاری از تدبیر پیشگیرانه اجتماعی مانند بهینه‌سازی اقتصاد، آموزش و غیره در اختیار قوه مجریه است. مدیریت نظام آموزشی و اقتصادی و فرهنگی جامعه از حیطه کاری قوه قضاییه خارج است و قوه مجریه از طریق وزارت‌خانه‌های مربوطه می‌تواند نقش قابل توجهی در پیشگیری اجتماعی ایفا نماید.

۱. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی عنوانین قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلسه ۵۸،

انتشارات اداره کل فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ص. ۱۵۸۳.

۲. صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، انتشارات اداره تبلیغات مجلس شورای اسلامی،

۱۳۶۹، ص. ۳۴۷.

۳. نجفی ابرندآبادی، تقریرات درس جرم‌شناسی نظری، پیشین، ص. ۵۶۴.

۲-۲. رویکرد سیاست جنایی تقنینی نسبت به نقش قوه مجریه در مهار بزهکاری

پیشگیری جامعه‌مدار بر اصلاح شرایط اجتماعی و تأمین رفاه تأکید دارد. بنابراین، نهاد مسئول در این زمینه وظیفه دارد تا برای بهینه‌سازی وضعیت اقتصادی جامعه، فقرزدایی و حل معضل بیکاری و مسکن افراد جامعه تلاش نماید. در همین راستا نیز قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، رفع نیازهای مادی و معنوی افراد را بر دوش دولت (قوه مجریه) قرار داده و دولت را به رفع تبعیض‌های ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه شهروندان موظف نموده است. در اصل بیست و هشتتم، دولت به فراهم نمودن امکان اشتغال به کار و شرایط رفاهی برای همه افراد موظف شده است. به موجب اصل بیست و نهم، وظیفه تأمین خدمات بهداشتی و درمانی و بیمه و بازنشستگی و ... بر عهده دولت گذارده شده است. اصل سی‌ام، بر وظیفه دولت در فراهم نمودن آموزش و پرورش رایگان برای همه و در اصل سی‌ویکم بر وظیفه تأمین مسکن مناسب با نیاز، تأکید شده است. در واقع، پیش از وقوع جرم، تدابیر اجتماعی باید به منظور کاهش بسترها بزهکاری به مساعدت نظام عدالت کیفری بیایند.

پیشگیری اجتماعی، رایج‌ترین شکل پیشگیری اولیه و غیرکیفری است و شامل اقدام‌های اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی می‌شود. تغییر اوضاع و احوال نامساعد اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی، هسته اصلی این مدل از پیشگیری را تشکیل می‌دهند.^۱ بنابراین، وقتی قانون اساسی تأمین مسکن، شغل، بیمه، خدمات درمانی و آموزش و پرورش را بر عهده دولت (قوه مجریه) می‌گذارد، حاکمی از آن است که بخش مهمی از پیشگیری اولیه را بر دوش این قوه نهاده است. علاوه‌بر دیدگاه قانون اساسی در این خصوص، مواد متعددی در قانون پیشگیری از جرم نیز به ضرورت ورود قوه مجریه در این عرصه توجه شده است. اقدام‌های نیروی انتظامی در زمینه پیشگیری به مرحله پیش از ارتکاب جرم اختصاص دارد که بخشی از وزارت کشور تلقی می‌شود. ماده ۲ قانون نیروی انتظامی مقرر داشته است: «نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران، سازمانی است مسلح، در تابعیت فرماندهی کل قوا و وابسته به وزارت کشور». بنابراین، اقدامات فرهنگی و اجتماعی پلیس به منظور پیشگیری از جرم نیز به عنوان بخشی از عملکرد قوه مجریه در این حوزه محسوب می‌گردد. در ماده ۲ قانون پیشگیری از جرم، در ترکیب اعضای شورای عالی پیشگیری از جرم، بسیاری از اعضای قوه مجریه نیز حضور دارند.

۱. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، «پیشگیری عادلانه از جرم»، مندرج در: علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، انتشارات سمت، ۱۳۸۳، ص. ۵۷۰.

۳. نحوه نقش آفرینی قوه مجریه در پنهان پیشگیری اجتماعی از جرم

ریشه بسیاری از جرایم در بسترهای آسیب‌گونه اجتماعی، سیاسی، فرهنگی و اقتصادی نهفته است. در واقع، فقدان فرصت‌های قانونی و بی‌عدالتی در توزیع فرصت‌ها، زمینه رفتارهای ضداجتماعی را فراهم می‌کند. با توجه به وظایف هریک از نهادهای دولتی و وزارتتخانه‌ها، از جمله وزارت آموزش و پرورش، وزارت بهداشت و وزارت رفاه مشاهده می‌شود که آیچه اقدامات اجتماعی پیشگیرانه نام گرفته است، در حوزه وظایف این وزارتتخانه‌ها قرار دارد. علاوه بر وزارتتخانه‌ها، نهادهای دیگری نیز در زیرمجموعه قوه مجریه می‌توان یافت که در امر پیشگیری از جرم دخیل هستند؛ از جمله ستاد مبارزه با مواد مخدر. ماده ۳۳ قانون اصلاح مبارزه با مواد مخدر، برای ستاد مبارزه با مواد مخدر با ریاست رئیس‌جمهور به عنوان عالی‌ترین مقام اجرایی کشور پس از مقام رهبری، وظایفی در جهت پیشگیری از قاچاق مواد مخدر پیش‌بینی نموده است.

پیشگیری اجتماعی با ایجاد تغییر و اصلاح در افراد و شرایط اجتماعی، به دنبال کاهش ارتکاب جرم به صورت پایدار و همیشگی است و با بهره‌گیری از تدبیر مختلف در صدد اثرگذاری بر تکوین شخصیت افراد است.^۱ پیشگیری اجتماعی، در واقع به برنامه‌های درازمدت جهت اصلاح محیط اجتماعی می‌اندیشد. در واقع، پیشگیری جامعه‌مدار با بهبود شرایط زندگی اجتماعی در یک محیط معین به طور مستقیم بر رفتار مجرمانه فرد تأثیر می‌گذارد. مهم‌ترین برنامه‌های دولت (قوه مجریه) در امر پیشگیری اجتماعی به تفکیک وزارتتخانه مسئول به شرح ذیل است:

- وزارت امور اقتصادی و دارایی: تغییر اوضاع نامساعد اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی و نیز مبارزه با عوامل روانی ارتکاب جرم، هسته اصلی پیشگیری اجتماعی است.^۲ مرتون، جامعه‌شناس امریکایی، معتقد است که هر زمان فرهنگ غالب در جامعه ارزش‌های اقتصادی را متد نظر قرار دهد و به موازات آن امکانات دسترسی به این ارزش‌ها عادلانه و کافی نباشد، فشار شدیدی بر طبقه محروم به سوی مسیرهای غیرقانونی ایجاد خواهد گردید.^۳ عصاره نظریات روسو نیز، بر این امر تأکید دارد که فساد از اجتماع ناشی می‌شود؛ بدین معنا که بزهکاری ریشه در بی‌عدالتی‌های اجتماع دارد. بنابراین، طرفداران نظریه روسو معتقد هستند که لازمه پیشگیری از جرم، از بین بدن بی‌عدالتی‌های اجتماعی

۱. نیازپور، امیرحسن، پیشین، ص. ۹۷.

۲. نجفی ابرندآبادی، پیشگیری عادلانه از جرم، پیشین، ص. ۵۷۰.

3. Merton, Robert "Social Theory And Social Structure", Free Press, New York, 1960, p. 211.

است.^۱ فقر و مشکلات اقتصادی یک از مهم‌ترین علل ارتکاب جرم در همه جوامع است و با توجه به نقش وزارت امور اقتصادی و دارایی در تعیین سیاست‌های مالی کشور، این بخش از قوه مجریه در امر پیشگیری اجتماعی نقش قابل توجهی ایفا می‌نماید. در واقع، قوه مجریه می‌تواند از طریق اعمال سیاست‌های اقتصادی مناسب و کاهش فقر در جامعه نقش قابل توجهی را در حذف بسترهاي اقتصادي جرم ایفا نماید.

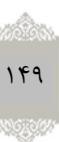
- وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی: بیکاری نیز یکی دیگر از معضلات جدی جوامع است که به‌منظور از بین بردن مشکلات اقتصادی، فراهم نمودن زمینه اشتغال افراد جامعه بسیار مهم است. وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی که یکی از بازوهاي قوه مجریه است، با برنامه‌ریزی صحیح در زمینه ایجاد اشتغال و بیمه‌های بیکاری، بخش مهمی از سیاست‌های پیشگیرانه اجتماعی را بر عهده دارد. ماده ۹ قانون ایجاد این وزارت، سیاست پیشگیری از ظهور یا گسترش انحراف و مشکلات اجتماعی از طریق فراهم نمودن زمینه استقرار رفاه عمومی و ارتقای حمایت‌های اقتصادی، اجتماعی و غیره را مد نظر قرار داده است. بند ۳ ماده ۱۰ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز بر تأمین عدالت اجتماعی و اقتصادی تأکید ورزیده است.^۲

- وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی: با توجه به نقش غیرقابل انکار بیماری‌های روانی و جسمی در ارتکاب جرم، سیاست‌گذاری در حوزه سلامت، گامی مهم در پیشگیری از بزهکاری است و وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی نیز در این عرصه سهم قابل توجهی دارد. ریشه بسیاری از جرایم در ناهنجاری‌های جسمی و روحی مجرم نهفته است. آمار ارتکاب جرم در جامعه‌ای که افراد آن از سلامت جسمانی و روحی بهتری برخوردار هستند و دسترسی عادلانه به امکانات درمانی فراهم است، کاهش خواهد یافت. بنابراین، قوه مجریه با پیش‌بینی بودجه مناسب برای این وزارتخانه و اعمال نظارت کافی برفعالیت‌های آن می‌تواند در امر پیشگیری از جرم موفق باشد.

- وزارت ورزش و جوانان: سلامت روح و جسم، علاوه بر مراقبت‌های پزشکی و درمانی، مستلزم ورزش و استفاده از برنامه‌های تفریحی است. در جامعه‌ای که افراد آن از امکانات ورزشی و تفریحی مناسبی برخوردار هستند، بدون شک،

۱. زارع مهدوی، قادر؛ و علی افراصیابی، «تحلیل مدل‌ها و گونه‌های پیشگیری از جرم بر مبنای فلسفه سیاسی هایز و روسو»، آموزه‌های حقوقی، شماره ۱۳۸۹، ۱۴، صص. ۲۰۷ - ۲۰۹.

۲. نجفی ابرندآبادی، پیشگیری عادلانه از جرم، پیشین، ص. ۵۶۴.



آرامش و امنیت روانی حاکم است. بنابراین نباید از نقش وزارت ورزش و جوانان در پیش‌بینی برنامه‌های ورزشی و تفریحی غافل بود.

- وزارت آموزش و پرورش: با گسترش زندگی شهری و صنعتی شدن جوامع، امر جامعه‌پذیری فرزندان و آموزش آنها از نهاد خانواده به نهادهای آموزشی جامعه منتقل شده است و می‌توان ادعا کرد که امروزه تقریباً تمام کودکان به مدرسه می‌روند. بنابراین، بخش اعظم جامعه‌پذیری کودکان در مدرسه و پس از آن در دانشگاه و سایر نهادهای آموزشی صورت می‌گیرد و نهادهای فعال در این زمینه نقش مؤثری در تکوین شخصیت اجتماعی افراد دارند. بدون شک، بخش مهمی از پیشگیری از جرم از طریق آموزش احترام به هنجارهای اجتماعی و درونی ساختن آنها امکان‌پذیر است. تغییر ساختار شخصیت فرد در دوران کودکی، با کمک برنامه‌های تربیتی و آموزشی صورت می‌گیرد. تمایلات ضداجتماعی کودکان را می‌توان با مداخله کارآمد خانوادگی و اجتماعی خنثی کرد.^۱ آموزش و پرورش تأثیر شگرفی بر تمایلات فردی در جهت ارتکاب جرم دارد و احتمالاً یک منبع تعیین‌کننده در میزان جرایم ارتکابی است. آمار جنایی انگلستان حاکی از این است که در مناطق با سطح تحصیلات بالای شهروندان، میزان بزهکاری کمتر است.^۲ بنابراین، بخش مهمی از پیشگیری رشدمدار به منظور اصلاح ساختار شخصیتی کودکان بر عهده وزارت آموزش و پرورش است.

- وزارت علوم، تحقیقات و فناوری: دانشگاه‌ها و مراکز علمی و فرهنگی می‌توانند با افزایش آگاهی افراد جامعه در پیشگیری از جرم سهیم باشند. بنابراین، علاوه‌بر آموزش و پرورش، دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی نیز نقش مؤثری در آموزش هنجارهای اجتماعی و تربیت افراد قانونمند دارند.

- وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی: برنامه‌های آموزشی منحصر به مدرسه و دانشگاه نیست و وسائل ارتباط جمعی نیز با بهره‌گیری از روش‌های تبلیغاتی و هنری ارزش‌های ملی و دینی را به شهروندان آموزش می‌دهند. یکی از مهم‌ترین وظایف رسانه‌های گروهی انتشار اخبار و اطلاعات و ارتقای دانش عمومی است. نقش رسانه‌های گروهی در انتقال تجربیات جمعی به مخاطبان همواره مورد توجه بوده است و بند ۲ اصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز به

1. Maughan, Barbara; and Michael Rutter, "Antisocial Children Grown Up", Cambridge University Press, 2001, pp. 505 - 552.
2. Feinstein, Leon; and Ricardo Sabates, "Education and Youth Crime Effects of Introducing the Education Maintenance Allowance Programme", Wider Benefits of Learning Working Paper No. 14, London, 2005, p.1.

این مسأله اشاره نموده است. در واقع، رسانه‌ها با آموزش حقوق و همین‌طور آموزش نحوه همکاری پلیس و مردم، نقش قابل توجهی در کاهش آسیب‌های اجتماعی و بزه‌دیدگی مخاطبان خود ایفا می‌کنند. بنابراین، نقش وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی در زمینه هدایت وسایل ارتباط جمعی و نظارت بر آنها با هدف پیشگیری از جرم بسیار مهم است.

قوه مجریه از طریق توسعه بهداشت فردی، ارتقای عملکرد نهادهای آموزشی و نظارت بر فعالیت رسانه‌های گروهی نقش قابل تأملی در اصلاح شخصیت فردی و پیشگیری رشدمند ایفا می‌کند. البته ذکر این نکته ضروری است که ورود قوه مجریه به عرصه پیشگیری از جرم خصوصاً در حوزه برنامه‌های درازمدت، منحصر به موارد مذکور در بالا نیست و نهادهای دیگری از جمله وزارت راه و شهرسازی نیز برای اصلاح معماری شهری و غیره در این امر مشارکت دارند. در واقع، سیاست‌گذاری صحیح در زمینه معماری شهری و توسعه شبکه‌های ارتباطی کشور نقشی مؤثر در پیشگیری از جرم دارد.

نتیجه‌گیری

پیشگیری اجتماعی ناظر به مرحله پیش از ارتکاب جرم است و تلاش دارد تا بسترهای اجتماعی ارتکاب جرم را کاهش دهد. این نوع از پیشگیری اقدام به اصلاح و بهینه‌سازی شخصیت افراد و ساختارهای اجتماعی می‌نماید. متأسفانه قانون‌گذار در حیطه وظایف قوه مجریه صراحتاً به پیشگیری از جرم اشاره ننموده و این امر موجب شده است تا در برنامه‌ریزی و حتی پیش‌بینی بودجه این قوه، پیشگیری از جرم دارای جایگاه مشخصی نباشد. در حالی که بسیاری از وظایف این قوه می‌تواند جنبه پیشگیرانه داشته باشد و عملکرد وزارت‌خانه‌ها و دستگاه‌های زیرمجموعه دولت تأثیر قابل ملاحظه‌ای در این امر دارد. در رویکرد جامعه‌مدار، قوه مجریه از طریق وزارت‌خانه‌های متعدد خود، خصوصاً وزارت امور اقتصادی و دارایی و وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی اقدام به اصلاح شرایط اقتصادی و رفاهی جامعه می‌نماید. در رویکرد رشدمندار نیز این قوه به واسطه نهادهای فرهنگی تابعه خود و همین‌طور وزارت آموزش و پرورش، وزارت علوم، وزارت بهداشت و وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، در راستای ارتقای فرهنگ عمومی جامعه و بهمنظور بهبود شخصیت فردی شهروندان گام بر می‌دارد. اما همان‌طور که پیش‌تر نیز بیان گردید، به دلیل فقدان الزام قانونی صریح برای قوه مجریه، سیاست‌گذاری و سازمان‌دهی مشخصی در این امر وجود ندارد. بنابراین پیشنهاد می‌شود که با واگذاری اختیارات بیشتر به قوه مجریه در خصوص پیشگیری اجتماعی و پیش‌بینی ضمانت‌اجراهای کافی در مورد قصور نهادهای دولتی از وظایف خود در این زمینه، بستر فعالیت‌های جدی‌تر فراهم گردد. در واقع، قانون‌گذار باید متولی انجام هر کدام از انواع پیشگیری از جرم را مشخص نماید تا کوتاهی و عدم توجه مرجع مذکور در این امر قابل پیگیری باشد.

منابع

- ابراهیمی، شهرام، «رویکردهای موسع و مضيق پیشگیری و آثار آن»، مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۲، ۱۳۸۸.
- ———، مجموعه رویه‌های بین‌المللی پیشگیری از جرم، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۸.
- افراصیابی، علی، «تحلیل مدیریت پیشگیری از جرم به منظور ترسیم الگویی مطلوب برای آن»، حقوق و مصلحت، شماره ۴، ۱۳۸۸.
- آنسل، مارک، دفاع اجتماعی، ترجمه محمد آشوری و علی حسین نجفی ابرندآبادی، گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۹۱.
- بابایی، محمدعلی؛ علی نجیبیان، «چالش‌های پیشگیری وضعی از جرم»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۵، ۱۳۹۰.
- بیات، بهرام و دیگران، پیشگیری از جرم با تکیه بر رویکرد اجتماع‌محور، معاونت اجتماعی نیروی انتظامی ایران، ۱۳۸۷.
- رجبی‌پور، محمود، مبانی پیشگیری اجتماعی از بزهکاری اطفال و نوجوانان، پلیس پیشگیری ناجا، ۱۳۸۷.
- زارع مهدوی، قادر؛ علی افراصیابی، «تحلیل مدل‌ها و گونه‌های پیشگیری از جرم بر مبنای فلسفه سیاسی هابز و روسو»، آموزه‌های حقوقی، شماره ۱۴، ۱۳۸۹.
- زینالی، حمزه، «پیشگیری از بزهکاری و مدیریت آن در پرتو قوانین و مقررات جاری ایران»، فصلنامه رفاه اجتماعی، شماره ۶، ۱۳۸۱.
- شاطری‌پور اصفهانی، شهید، «پیشگیری اجتماعی از وقوع جرم در کنواسیون پالرمو و کنواسیون مریدا»، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، ۱۳۸۸.
- عظیم‌زاده، شادی، «جرائم‌شناسی تطبیقی پایداری در بزهکاری در حقوق ایران و آمریکا»، انتشارات جنگل، ۱۳۹۰.
- کامرون، مارگارت؛ کولین مک‌دوگل، «پیشگیری از جرم از طریق ورزش و فعالیت‌های جسمانی»، ترجمه علی فقیهی ستاری و مجید رضایی راد، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، شماره اول، ۱۳۸۵.
- محمد نسل، غلامرضا، «فرایند پیشگیری از جرم»، فصلنامه حقوق، دوره ۴۰، شماره ۱، ۱۳۸۹.
- نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، «پیشگیری عادلانه از جرم»، مندرج در: علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، انتشارات سمت، ۱۳۸۳.
- ———، تقریرات درس جرم‌شناسی نظری، دوره دکتری دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۹.



-
- نوریها، رضا، زمینه جرم‌شناسی، انتشارات گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۸۳.
 - نیازپور، امیرحسن، «بررسی پیشگیری از بزهکاری در قانون اساسی ایران و لایحه قانون پیشگیری از وقوع جرم»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۵، ۱۳۸۲.
 - Feinstein, Leon; and Ricardo Sabates, "Education and Youth Crime Effects of Introducing the Education Maintenance Allowance Programme", Wider Benefits of Learning Working Paper No. 14, London, 2005.
 - Maughan, Barbara; and Michael Rutter, "Antisocial Children Grown Up", Cambridge University Press, 2001.
 - Merton, Robert "Social Theory And Social Structure", Free Press, New York, 1960.

ساختار شرکت‌های تأمین سرمایه و الزامات حقوقی حاکم بر آنها

همایون مافی*

زینب فلاح تقی**

چکیده

رشد و توسعه اقتصادی هر کشور مرهون نظام تأمین مالی کارآمدی است که سبب انتقال وجوه سرمایه‌گذاران به سمت بنگاه‌های اقتصادی و پروژه‌های عمرانی می‌گردد. نظام تأمین مالی که در بستر بازارهای مالی اعم از بازار پول و بازار سرمایه شکل گرفته است، واسطه‌های مالی مناسب خود را جهت نیل به هدف مذکور می‌طلبد. شرکت‌های تأمین سرمایه از جمله واسطه‌های مالی نوظهور در بازار سرمایه کشور می‌باشند که نظام حقوقی حاکم بر آنها تا کنون تبیین و ارزیابی نگردیده است. در این نوشتار ضمن شناخت ساختار شرکت‌های تأمین سرمایه به بررسی الزامات حاکم بر این شرکت‌ها و چالش‌های مرتبط با آن خواهیم پرداخت. در پایان ساختاری مطلوب برای شرکت‌های تأمین سرمایه متناسب با سیاست‌های کلان اقتصادی و همپایه توسعه این نوع از نهادهای مالی در سایر کشورها پیشنهاد می‌نماییم.

کلیدواژه‌ها: شرکت تأمین سرمایه، نهاد مالی، نظام تأمین مالی، بازار سرمایه.

hmynmafi@yahoo.com

* عضو هیأت علمی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری

zeinab.falah@yahoo.com

** دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مازندران (نویسنده مسئول)

تاریخ پذیرش: ۹۴/۰۳/۲۵

تاریخ دریافت: ۹۳/۱۰/۲۴

مقدمه

در میان بازارهای مالی، تأمین مالی از طریق بازار سرمایه روزبه روز توسعه می‌باید و مورد ترجیح بنگاههای اقتصادی قرار می‌گیرد. شرکت‌های تأمین سرمایه از جمله نهادهای مالی فعال در بازار سرمایه هستند که به تأمین مالی شرکت‌ها و تخصیص منابع به سرمایه‌گذاری‌های مولد و پربازده کمک می‌نمایند.

بنگاههای اقتصادی امکان انتشار و عرضه عمومی اوراق بهادر بدون کمک شرکت‌های تأمین سرمایه را دارند اما در عمل، بیشتر این شرکت‌ها از خدمات این‌گونه شرکت‌ها استفاده می‌کنند.^۱ چراکه شرکت‌های تأمین سرمایه هزینه انتقال منابع مالی از پس انداز کنندگان به وام‌گیرندگان را کاهش می‌دهد و با عرضه اطلاعات به آنها موجب کاهش ریسک تأمین مالی می‌شوند.^۲

در دوره پیش از انقلاب اسلامی ایران، با توجه به شناسایی ضرورت استفاده از خدمات تأمین مالی برای پروژه‌ها و طرح‌های اقتصادی، برخی از بانک‌ها و شرکت‌های سرمایه‌گذاری امکان انجام خدمات تأمین مالی را در اساسنامه خود پیش‌بینی کرده بودند. از آن جمله می‌توان به بانک توسعه صنعتی و معدنی ایران، بانک توسعه و سرمایه‌گذاری ایران، شرکت سرمایه‌گذاری ملی ایران و شرکت خدمات مالی ایران اشاره نمود.^۳ لیکن شرکت تأمین سرمایه‌ای که به صورت تخصصی صرفاً به فعالیت‌های تأمین مالی پردازد، وجود نداشت و ارائه خدمات تأمین مالی به عنوان یک فعالیت فرعی موردنظر بود.

شرکت‌های تأمین سرمایه در دنیا «بانک‌های سرمایه‌گذاری» نامیده می‌شوند و مهم‌ترین فعالیت بانک‌های سرمایه‌گذاری عبارت است از پذیره‌نویسی و عرضه عمومی سهام، اوراق قرضه و سایر اوراق بهادر.^۴ دلیل انتخاب این عنوان، فعالیت اصلی آنها در گردآوری وجوده صاحبان پس‌اندازها و سرمایه‌گذاران، تجهیز و اختصاص آن به تأمین مالی پروژه‌های مولد اقتصادی می‌باشد. ترجمه تحت‌اللفظی «بانک‌های سرمایه‌گذاری» تا حدی گمراه‌کننده است؛ چراکه شرکت‌های تأمین سرمایه، سرمایه‌گذار یا بانک نیستند یعنی نه مانند بانک‌های تجاری و صندوق‌های پس‌انداز، سپرده دیگران را جمع‌آوری می‌کنند و نه وجوده خود را برای سرمایه‌گذاری اختصاص می‌دهند.^۵

1. Megginson, William; and Scott Smart, *Introduction to Corporate Finance*, 2008, p. 203.

2. تقیوی، مهدی، نهادهای پولی و مالی بین‌المللی، نشر پژوهشکده امور اقتصادی، چاپ دوم، ۱۳۸۴، ص. ۶.

3. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به:

جعفری‌سرشت، داود؛ و علی جهانخانی، « مؤسسات تأمین سرمایه و ضرورت ایجاد آن در ایران »، فصلنامه

تحقیقات مالی دانشکده مدیریت دانشگاه تهران، شماره ۴، ۱۳۷۳.

4. Fleuriet, Michel, *Investment Banking Explained*, McGraw - Hill, 2008, p. 13.

5. جهانخانی، علی؛ و علی پارساییان، مدیریت مالی، انتشارات سمت، ۱۳۷۹، ص. ۱۲.

در گذشته اجتماع دو فعالیت بانکداری و خدمات تأمین مالی در کشورهای اروپایی و آمریکا در یک نهاد غیرمجاز بود. اما امروزه این‌گونه ممنوعیت‌ها مرفوع شده است. در توجیه اجتماع این دو نوع فعالیت عنوان شده است:

«از آن جایی که هم بانکداری و هم خدمات تأمین مالی مبتنی بر تجزیه و تحلیل اطلاعات هستند، اعمال این دو فعالیت به طور همزمان می‌تواند کارآمدتر باشد. به عنوان مثال اطلاعات به دست آمده در جریان عملیات بانکداری و دادن وام به یک شرکت می‌تواند در جریان خدمات تأمین مالی (چون انتشار سهام آن شرکت) نیز مفید باشد. عکس آن نیز صحیح است.»^۱ معتقدین به ضرورت تفکیک فعالیت بانکداری و خدمات تأمین مالی هم مفاسدی از قبیل امکان تعرض منافع به هنگام اجتماع دو فعالیت را دلیل می‌آورند.^۲

وجوه تمایز بانک‌ها و شرکت‌های تأمین سرمایه را می‌توان در موارد زیر بیان نمود:

– بانک‌ها به عنوان نهاد فعال در بازار پول تحت نظرات بانک مرکزی قرار دارند؛ در حالی که شرکت‌های تأمین سرمایه، فعال در بازار سرمایه هستند و تحت نظرات شورای عالی بورس و اوراق بهادر و هچنین سازمان بورس قرار دارند.

– بانک‌ها در قالب حساب‌های پس‌انداز و جاری، وجود مردم را جمع کرده و قبول سپرده می‌کنند. از سوی دیگر در قالب قراردادهای جداگانه منابع مالی خود را در اختیار فعالان اقتصادی به صورت ارائه تسهیلات و وام قرار می‌دهند. کلیه ریسک‌های مربوط به عدم بازپرداخت تسهیلات اعطایی توسط اشخاص بر عهده خود بانک‌ها بوده و زیانی متوجه حساب‌های سپرده مردم نخواهد شد. در صورتی که شرکت‌های تأمین سرمایه صرفاً خدمات مالی ارائه داده و واسطه مالی میان اشخاص نیازمند وجود نقد و سرمایه‌گذاران هستند و لذا ریسکی متوجه شرکت‌های تأمین سرمایه در عملیات تأمین مالی نمی‌باشد.

– بانک‌ها تسهیلات خود را با سرسید بلندمدت در اختیار بنگاههای اقتصادی می‌گذارند اما شرکت‌های تأمین سرمایه، اوراق بهادر با عمر کوتاه را جهت تأمین مالی عرضه می‌کنند.

– بانک‌ها تکلیف قانونی در خصوص ارائه مشاوره به شرکت‌ها پیرامون نحوه تأمین مالی ندارند؛ حال آنکه یکی از موضوع‌های فعالیت شرکت‌های تأمین سرمایه، ارائه مشاوره‌های تخصصی می‌باشد (ماده ۳ نمونه اساسنامه شرکت‌های تأمین سرمایه).

1. Iannotta, Giuliano, *Investment Banking: A Guide to Underwriting and Advisory Services*, Berlin, Springer, 2010, p. 6.

۲. برای مطالعه بیشتر، ر. ک: شمس‌الهی، محسن، رژیم حقوقی حاکم بر بانک‌های سرمایه‌گذاری آمریکا، گزارش تحقیقاتی سازمان بورس، ۱۳۹۲.



– بانک‌ها در مقابل پرداخت وام و ارائه تسهیلات، کارمزد و سود دریافت می‌کنند، اما شرکت‌های تأمین سرمایه صرفاً کارمزد ارائه خدمات یا همان حق‌الرحمه را اخذ می‌نمایند.

با شناخت تفاوت‌های بانک و شرکت‌های تأمین سرمایه در نظام حقوقی ایران، در این نوشتار ضمن تبیین ساختار شرکت‌های تأمین سرمایه و الزامات حقوقی حاکم بر فعالیت آن در بند اول تحت عنوان ساختار شرکت‌های تأمین سرمایه به سؤالات زیر پاسخ داده خواهد شد: در وضعیت کنونی تشکیل شرکت تأمین سرمایه در چه قالبی صورت می‌گیرد و قالب کارآمد چه شرکتی می‌باشد؟ آیا تجمعیت فعالیت تأمین مالی و همچنین بانکداری در قالب یک شرکت تجاری در بازار سرمایه مناسب می‌باشد؟ موضوع فعالیت شرکت‌های تأمین سرمایه چیست؟ مفهوم تعهد پذیره‌نویسی به عنوان مهم‌ترین موضوع فعالیت شرکت‌های تأمین سرمایه چیست؟

در بند دوم تحت عنوان الزامات حقوقی حاکم بر شرکت‌های تأمین سرمایه به پرسش‌های زیر پاسخ مقتضی داده می‌شود: راهکارهای حقوقی مسائل مرتبط با اجرایی نمودن الزامات حقوقی از جمله مسئله زمان افشای اطلاعات، مسئله معاملات مبتنی بر اطلاعات نهانی شرکت‌های تأمین سرمایه، حدود صلاحیت هیأت داوری در رسیدگی به دعاوی شرکت‌های تأمین سرمایه و بررسی اعتبار تصمیمات مأخوذه هیأت مدیره یا مدیرعامل قادر صلاحیت نسبت به سهامداران و اشخاص ثالث چیست؟

۱. ساختار شرکت‌های تأمین سرمایه

ساختار شرکت‌های تأمین سرمایه در نظامهای حقوقی کشورهای مختلف، متفاوت می‌باشد. در این بند به بررسی نحوه تشکیل این شرکت‌ها، قلمرو فعالیت و انواع آنها می‌پردازیم.

۱-۱. نحوه تشکیل شرکت‌های تأمین سرمایه

شرکت تأمین سرمایه از مصاديق نهادهای مالی موضوع بند ۲۱ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار است که مقتن در بند ۱۸ قانون مذکور آن را بدین نحو تعریف نموده است: «شرکتی است که به عنوان واسطه بین ناشر^۱ اوراق بهادار و عامه سرمایه‌گذاران فعالیت می‌کند و می‌تواند فعالیت‌های کارگزاری، معامله‌گری، بازارگردانی، مشاوره، سبدگردانی، پذیره‌نویسی، تعهد پذیره‌نویسی و فعالیت‌های مشابه را با اخذ مجوز از سازمان بورس و اوراق بهادار انجام دهد».

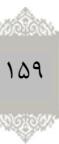
۱. ناشر: شخص حقوقی است که اوراق بهادار را به نام خود منتشر می‌کند (بند ۱۲ ماده ۱ قانون بازار).

در بازارهای مالی دنیا، اکثر شرکت‌های تأمین سرمایه تا دهه ۱۹۷۰ میلادی به صورت شرکت تضامنی فعالیت می‌کردند.^۱ علت این موضوع را می‌توان تمايل مؤسسان شرکت‌های تأمین سرمایه در جلب اطمینان سرمایه‌گذاران جستجو نمود؛ چراکه با تشکیل شرکت در قالب شرکت تضامنی، مسئولیت شرکاء در مقابل طلبکاران شرکت تا سقف طلب هریک آنان بوده و تضمین کافی برای سرمایه‌گذاران در بازار سرمایه جهت تعامل با شرکت‌های تأمین سرمایه می‌باشد. پس از دهه ۱۹۷۰ میلادی شرکت‌های تأمین سرمایه اقدام به تبدیل شرکت خود به صورت شرکت سهامی عام نموده و به عرضه عمومی سهام خود مبادرت نمودند.^۲ تبدیل شرکت تضامنی به شرکت سهامی عام که میزان مسئولیت شرکاء در آن، کمتر است و از سوی دیگر انتخاب قالب شرکت سهامی عام به عنوان شرکتی که سرمایه اولیه آن توسط عموم مردم تأمین می‌شد نشان از اقبال عموم مردم به شرکت‌های تأمین سرمایه و جلب اعتماد اشخاص بوده است.

شرکت تأمین سرمایه در بازار سرمایه ایران به صورت شرکت سهامی خاص تأسیس می‌شود. هرچند تأسیس آن در قالب شرکت سهامی عام و همچنین تعاونی سهامی عام وفق ماده ۲ ضوابط فعالیت شرکت‌های تأمین سرمایه مصوب ۸۶/۵/۱۵ شورای عالی بورس ممکن می‌باشد؛ اما تاکنون از سوی اشخاص متقارضی تأسیس شرکت تأمین سرمایه، رغبتی بدان نشان داده نشده است.

به‌نظر می‌رسد تشکیل شرکت تأمین سرمایه به صورت شرکت تضامنی به لحاظ وجود مسئولیت تضامنی شرکاء شرکت در مقابل طلبکاران پس از انحلال شرکت، تضمین مناسبی برای سرمایه‌گذاران در تعامل با شرکت‌های تأمین سرمایه به همراه خواهد داشت. لیکن تمايل مؤسسان شرکت‌های تأمین سرمایه را به تأسیس این نهاد مالی کاهش می‌دهد. دلیل این امر را می‌توان تحلیل اقتصادی مؤسسان در سنجد میزان منافع عایدی آنان از تأسیس شرکت تأمین سرمایه در برابر میزان مسئولیت خود در این نوع شرکت دانست؛ زیرا میزان مسئولیت در شرکت‌های تضامنی نامحدود است، در حالی که تحصیل سود کلان از فعالیت چنین شرکت‌هایی موضوعی محتمل است. لذا می‌توان از قالب‌های دیگر شرکت‌های تجاری از جمله شرکت‌های سهامی خاص و یا با مسئولیت محدود استفاده نمود که انگیزه و رغبت اشخاص را برای تأسیس شرکت تأمین سرمایه افزون کند. البته موضوع حمایت از سرمایه‌گذارانی که در تعامل با شرکت‌های تأمین سرمایه در بازار سرمایه فعالیت می‌کنند، همچنان مسائله‌ای در خور توجه است که بایستی

1. Morrison, Allan; and William Wilhelm, "Investment Banking: Past, Present and Future", Journal of Applied Corporate Finance, 2007, p 8.
2. Geisst, Charles, Encyclopedia of American Business, 2006, p. 228.



راهکار مناسب جهت صیانت از حقوق آستان پیش‌بینی شود. درنتیجه، باید دید چه راهکاری در این خصوص وجود دارد. یکی از راهکارهای پیشنهادی آن است که در نمونه قراردادهایی که از سوی سازمان بورس و اوراق بهادار جهت ارائه خدمات شرکت‌های تأمین سرمایه به این شرکت‌ها ابلاغ می‌شود، تضمین‌های قراردادی مناسبی برای سرمایه‌گذاران پیش‌بینی شود تا در صورت هرگونه نقض تعهدات این‌گونه از شرکت‌ها، سرمایه‌گذاران بتوانند خسارات وارد بروند را از محل تضامین مذکور جبران نمایند.

این راهکار براساس وظیفه قانونی سازمان بورس و اوراق بهادار در اجرای بند ۱۱ ماده ۷ قانون بازار اوراق بهادار می‌باشد که مبنی «اتخاذ تدبیر ضروری و انجام اقدامات لازم به منظور حمایت از حقوق و منافع سرمایه‌گذاران در بازار اوراق بهادار» را بر عهده سازمان بورس نهاده است. سازمان بورس و اوراق بهادار در راستای حمایت از حقوق سرمایه‌گذاران و با هدف ساماندهی، حفظ و توسعه بازار شفاف، منصفانه و کارای اوراق بهادار و به عنوان یکی از ارکان ناظر بر فعالان اقتصادی در بازار سرمایه به موجب ماده ۲ قانون بازار اوراق بهادار تشکیل گردیده است.

فعالان اقتصادی پیش از شروع به هر نوع فعالیت در بازار سرمایه باید نسبت به اخذ مجوزهای لازم از مراجع ذی‌صلاح، حسب مورد شورای عالی بورس و اوراق بهادار یا سازمان بورس، اقدام نمایند. از میان نهادهای مالی^۱ صرفاً شرکت‌های تأمین سرمایه و شرکت سپرده‌گذاری مرکزی و تسویه وجوه، مجوز تأسیس خود را از شورای عالی بورس و اوراق بهادار^۲ دریافت می‌کنند.

اشخاص متنقضی تأسیس شرکت تأمین سرمایه باید دو مجوز تأسیس و فعالیت را دریافت نمایند. نخستین مجوز، مجوز تأسیس است که شورای عالی بورس و اوراق بهادار صادر می‌نماید. در صورت صدور مجوز تأسیس از سوی شورای عالی بورس، مؤسسین موظف هستند که ظرف مهلت معینی شرکت را نزد مرجع ثبت شرکت‌ها ثبت نمایند. در غیر این صورت مجوز تأسیس باطل خواهد شد. مؤسسین پس از اخذ مجوز تأسیس

۱. بند ۲۱ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار، کارگزاران، کارگزار / معامله‌گران، بازارگردانان، مشاوران سرمایه‌گذاری، مؤسسات رتبه‌بندی، صندوق‌های سرمایه‌گذاری، شرکت‌های سرمایه‌گذاری، شرکت‌های پردازش مالی، شرکت‌های تأمین سرمایه و صندوق‌های بازنیستگی را به عنوان مصادیق نهادهای مالی فعال در بازار سرمایه عنوان می‌کند. علاوه‌بر آن آینه‌نامه اجرایی قانون بازار، شرکت‌های سپرده‌گذاری مرکزی اوراق بهادار و تسویه وجوه، شرکت‌های مادر (هالدینگ) و سبدگردان‌ها را به این مصادیق می‌افزاید. از آنجا که ممکن است با گذر زمان و توسعه بازار سرمایه، وجود نهادهای مالی نوین ضرورت پابد، شورای عالی بورس مجاز به تعیین و اعلام نهادهای مالی دیگری شده است.

۲. شورای عالی بورس و اوراق بهادار، بالاترین رکن بازار سرمایه است که تصویب سیاست‌های کلان آن بازار را بر عهده دارد.

شرکت بایستی مجمع عمومی مؤسس شرکت را تشکیل دهند و نسبت به اخذ مجوز فعالیت از هیأت مدیره سازمان بورس اقدام نمایند.

مسئله اساسی در صدور دو مجوز تأسیس و فعالیت در دو مقطع زمانی آن است که آیا صدور چنین مجوزهای متعددی دارای مبنای قانونی است یا خیر.

مبنای قانونی صدور مجوز تأسیس شرکت تأمین سرمایه بند ۵ ماده ۴ قانون بازار اوراق بهادر است. اما صدور مجوز فعالیت مبنای قانونی صریحی ندارد. لیکن سازمان بورس، مبنای صدور مجوز فعالیت را تفسیر ضمنی از مفاد ماده ۲۸ قانون بازار اوراق بهادر جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴ می‌داند که مقرر می‌دارد: «تأسیس بورس‌ها، بازارهای خارج از بورس و نهادهای مالی موضوع این قانون منوط به ثبت نزد سازمان بورس است و فعالیت آنها تحت نظارت سازمان بورس انجام می‌شود». لیکن با تدقیق در منظور مقتن که موارد صدور مجوز را به صراحت در مواد مختلف قانون بازار اوراق بهادر پیش‌بینی نموده است، در می‌باییم که چنانچه قانون‌گذار متمایل به وجود مجوزی به نام «مجوز فعالیت» بود همانند مجوز تأسیس به صراحت تعیین حکم نموده و مرجع ذی‌صلاح جهت صدور مجوز فعالیت را نیز مشخص می‌کرد. لذا به نظر می‌رسد که صدور مجوزهای متعدد با ترتیبات اداری مختلف سبب پیچیدگی فعالیت در بازار سرمایه و مخالف اصل سرعت در تجارت خواهد بود و مناسب است که مجوزهای فاقد مبنای قانونی حذف گردد.

۲- قلمرو فعالیت شرکت‌های تأمین سرمایه و انواع آن

قلمرو فعالیت شرکت‌های تأمین سرمایه در نمونه اساسنامه آن به دو بخش فعالیت اصلی و فعالیت فرعی محدود گردیده است. پذیره‌نویسی، تعهد پذیره‌نویسی و تعهد خرید اوراق بهادر در عرضه‌های ثانویه در حدود امکانات مالی شرکت تأمین سرمایه یا از طریق تشکیل سندیکا با سایر نهادهای مشابه از مصادیق فعالیت‌های اصلی شرکت^۱ می‌باشد. بنابراین، اجرای تعهدات شرکت تأمین سرمایه برای انجام فعالیت‌های موضوع اساسنامه به دو صورت انفرادی و جمعی پیش‌بینی شده است که بالطبع مسئولیت انفرادی و مسئولیت جمعی را حسب مورد برای شرکت‌های مذکور به همراه خواهد داشت.

از میان موضوع‌های مذکور، پذیره‌نویسی و تعهد پذیره‌نویسی دو فعالیت مربوط به بازار اولیه در بازار سرمایه می‌باشد. بازار اولیه مکان فیزیکی خاصی نیست، بلکه مفهومی اعتباری از اصطلاحات متداول در بازار سرمایه می‌باشد و به بازاری اطلاق می‌گردد که

۱. بند الف ماده ۳ نمونه اساسنامه شرکت‌های تأمین سرمایه.



نخستین عرضه اوراق بهادر جدیدالانتشار در آن صورت می‌پذیرد تا منابع مالی حاصل از پذیره‌نویسی اوراق در اختیار ناشر قرار داده شود.

پذیره‌نویسی در واقع فرآیند خرید اوراق بهادر از ناشر و یا نماینده قانونی آن و تعهد پرداخت وجه کامل آن مطابق قرارداد است که برای نخستین بار در قانون بازار اوراق بهادر تعریف شد. پذیره‌نویسی فرآیندی نوین نبوده و وفق لایحه اصلاح قانون تجارت از سالیان پیش در عرضه عمومی سهام شرکت‌های سهامی عام به هنگام تأسیس یا افزایش سرمایه صورت می‌پذیرفت. اما مفهوم اصطلاح «تعهد پذیره‌نویسی» و همچنین عملیات مرتبط با آن با تصویب قانون بازار اوراق بهادر در نظام حقوقی و مالی ایران پا به عرصه بازار نهاد.

«تعهد پذیره‌نویسی» به معنای تعهد شخص ثالث برای خرید اوراق بهادری است که ظرف مهلت پذیره‌نویسی به فروش نرسد.^۱ با قرار گرفتن این عملیات به عنوان فعالیت اصلی در اساسنامه شرکت‌های تأمین سرمایه، این قبیل شرکت‌ها می‌توانند پیش از شروع فرآیند پذیره‌نویسی و عرضه عمومی اوراق بهادر با انعقاد قرارداد با ناشران متعهد گردند که چنانچه تمامی اوراق بهادر منتشره ظرف مهلت مقرر قانونی از سوی عموم خریداری نشد با پایان مهلت مذکور، تعهد خود را در خریداری اوراق به فروش نرسیده، انجام دهند.

در بازار سرمایه سایر کشورها، تعهد پذیره‌نویسی به دو صورت، تعهد پذیره‌نویسی کامل^۲ و تعهد پذیره‌نویسی مبتنی بر تلاش (بهترین تلاش‌ها)^۳ صورت می‌پذیرد. در تعهد پذیره‌نویسی کامل، شرکت تأمین سرمایه در برابر دریافت قسمتی از مبلغ اوراق بهادر مورد انتشار، مسئولیت عرضه عمومی اوراق بهادر بنگاه اقتصادی (ناشر) را می‌پذیرد؛ بدین صورت که تمام یا قسمتی از اوراق بهادر مورد انتشار بنگاه اقتصادی را خریده و سپس خود اقدام به فروش می‌کند، لذا ریسک به فروش نرسیدن اوراق بهادر را بر عهده می‌گیرد. اما در تعهد پذیره‌نویسی مبتنی بر تلاش (بهترین تلاش‌ها)، شرکت تأمین سرمایه صرفاً تمام تلاش خود را برای فروش اوراق بهادر بنگاه اقتصادی (ناشر) کرده و تنها به میزان اوراق بهادر فروخته شده، حق الزحمه دریافت می‌کند. بنابراین تمام ریسک‌های عدم فروش اوراق بهادر عرضه شده بر عهده خود بنگاه اقتصادی (ناشر) می‌باشد.^۴

۱. بند ۲۹ ماده ۱ قانون بازار.

2. Underwriting Firm Commitment

3. Best Efforts Underwriting

4. Greene, Edward, "Determining the Responsibilities of Underwriters Distributing Securities within an Integrated Disclosure System", The Notre Dame Law Review, Vol. 56, 1981, p. 762.

در نظام حقوقی ایران تعهد پذیره‌نویسی با تغییرات محدودی به صورت تعهد پذیره‌نویسی کامل صورت می‌پذیرد نه تعهد پذیره‌نویسی مبتنی بر تلاش (بهترین تلاش‌ها)، بدین‌نحو که پیش از عرضه عمومی اوراق بهادر، شرکت تأمین سرمایه کل اوراق بهادر را نمی‌خرد؛ بلکه پس از عرضه عمومی اوراق بهادر نسبت به خرید اوراق بهادر فروخته‌نشده اقدام می‌نماید. بهنظر می‌رسد که علت انتخاب تعهد پذیره‌نویسی کامل در حقوق ایران، ایجاد تضمین مناسب برای تکمیل فرآیند پذیره‌نویسی در بازار سرمایه می‌باشد؛ بهنحوی که بنگاه اقتصادی ریسک عدم فروش اوراق بهادر عرضه شده خود را بهنحو مطمئنی پوشش دهد.

ایرادی که بر انتخاب شیوه تعهد پذیره‌نویسی به صورت کامل در نظام حقوقی ایران وارد است این است که با الزام ناشر اوراق بهادر به استفاده از این روش پذیره‌نویسی، هزینه‌های انتشار و عرضه اوراق بهادر برای شرکت‌های سهامی افزایش می‌یابد، زیرا این قبیل شرکت‌ها پیش از انتشار اوراق بهادر بایستی با شرکت‌های تأمین سرمایه قرارداد منعقد کنند تا شرکت‌های مذکور متعهد پذیره‌نویس در انتشار سهام آنان باشند. از آنجا که شرکت تأمین سرمایه در تعهد پذیره‌نویسی به صورت کامل، تعهدی از نوع تعهد به نتیجه در خرید تمامی اوراق بهادر پذیره‌نویسی نشده از سوی عموم خواهد داشت. لذا به هنگام انعقاد قرارداد در مقابل ایجاب ناشر تنها در قبال اخذ مبالغ کلان مبادرت به قبول می‌نماید.

از سوی دیگر مبالغ غالب پروژه‌های تأمین مالی شرکت‌ها از طریق انتشار اوراق بهادر، هنگفت و بسیار سنگین می‌باشد که در صورت عدم خریداری اوراق از سوی عموم، تعهد پذیره‌نویسی آن نیز سنگین بوده و در توان مالی یک شرکت تأمین سرمایه نمی‌باشد. به همین دلیل سازمان بورس مقرراتی را در خصوص کفایت سرمایه شرکت‌های تأمین سرمایه‌ای که مبادرت به تعهد پذیره‌نویسی اوراق بهادر می‌نمایند، کرده است.^۱

راهکار کاربردی دیگر آن که چند شرکت تأمین سرمایه با یکدیگر کنسرسیوم تشکیل دهند و کنسرسیوم مذکور با ناشر قرارداد منعقد کند تا هر کدام متعهد به خرید میزانی از اوراق بهادر که در عرضه عمومی به فروش نرسیده است شوند. در حقوق آمریکا نیز برای قراردادهای کنسرسیوم میان شرکت‌های تأمین سرمایه جهت تأمین مالی بایستی مقررات مربوط به کفایت سرمایه مصوب کمیسیون اوراق بهادر امریکا (SEC) رعایت گردد.^۲

۱. دستورالعمل الزامات کفایت سرمایه نهادهای مالی مصوب ۹۰/۷/۳۰ هیأت مدیره سازمان بورس.

2. Gutterman, Alan, *The legal Considerations in Business Financing: A Guide for Corporate Management*, Greenwood Publishing Group, 1994, p. 192.



امکان اجرای این راهکار در اساسنامه شرکت‌های تأمین سرمایه تحت اصطلاح «تشکیل سندیکا با سایر نهادهای مشابه» پیش‌بینی شده است. در واقع با تشکیل سندیکا یا کنسرسیوم، امکان اجرای تعهدات شرکت‌های تأمین سرمایه به صورت جمعی مهیا می‌شود و مسئولیت جمعی نیز میان شرکت‌های مذکور نسبت به اشخاص ثالث حاکم خواهد بود. انواع مختلف مسئولیت جمعی اعم است از مسئولیت اشتراکی، مسئولیت نسبی و مسئولیت تضامنی. تفاوت انواع مختلف مسئولیت جمعی در میزان و نحوه مسئولیت میان مسئولین می‌باشد.

بدین ترتیب چنانچه در قرارداد ناشر اوراق بهادر با کنسرسیومی که متشکل از چند شرکت تأمین سرمایه است، نوع و میزان مسئولیت هریک از اعضای کنسرسیوم تعیین نشده باشد، بایستی به این سوال پاسخ داد که بر چه مبنایی هریک از شرکت‌های تأمین سرمایه متعدد به خرید اوراق بهادر فروخته نشده، خواهد بود؟ به‌نظر می‌رسد چند راه برای تعیین نوع و میزان مسئولیت شرکت‌های تأمین سرمایه وجود خواهد داشت: نخست اینکه مسئولیت از نوع اشتراکی باشد و اوراق بهادر فروخته‌نشده به تعداد شرکت‌های تأمین سرمایه عضو کنسرسیوم تقسیم شود تا میزان مسئولیت هریک از اعضای کنسرسیوم تعیین گردد.

دوم آنکه مسئولیت نسبی بوده و میزان مسئولیت «به نسبت» تعیین گردد، اما ملاک در این نسبیت نیز بایستی تبیین شود. آیا باید ملاک نسبیت، سرمایه شرکت‌های تأمین سرمایه عضو کنسرسیوم باشد؛ بدین‌نحو که هر کدام به نسبت سرمایه خود متعدد به خرید اوراق بهادر فروخته نشده باشد. دلیل انتخاب ملاک میزان سرمایه را می‌توان چنین توجیه نمود که میزان سرمایه برای تعهد پذیره‌نویسی مهم بوده و مبحث «کفایت سرمایه» و به تبع آن تشکیل کنسرسیوم به همین سبب بوده است. ملاک دیگر در تعیین نسبیت می‌تواند قرارداد ناشر با کنسرسیوم باشد، بدین‌نحو که میزان مسئولیت هریک به صورت درصدی از اوراق بهادر فروخته‌نشده تعیین گردد به عنوان مثال در کنسرسیوم متشکل از شرکت‌های تأمین سرمایه الف، ب و ج توافق شود که شرکت تأمین سرمایه الف متعدد به خرید ده درصد، شرکت تأمین سرمایه ب متعدد به خرید هفتاد درصد و شرکت تأمین سرمایه ج متعدد به خرید بیست درصد اوراق بهادر فروخته نشده باشند.

سومین راه، شناخت مسئولیت تضامنی برای هریک از اعضای کنسرسیوم است. بدین صورت که ظرف مهلت مقرر از سوی ناشر، کنسرسیوم متعدد به خرید کل اوراق بهادر فروخته‌نشده باشد. چنانچه کنسرسیوم به تعهد خود عمل نکند، ناشر بتواند با مراجعه به مراجع قضایی به طرح دعوای علیه هریک از اعضای کنسرسیوم یا تمامی آنها

یا چند شرکت از شرکت‌های عضو کنسرسیوم پرداخته و الزام به خرید اوراق بهادر فروخته‌نشده را درخواست نماید.

از میان راه حل‌های مذکور، با توجه به شناسایی اصل مسئولیت اشتراکی در نظام حقوقی ایران به هنگام سکوت قانون یا طرفین قرارداد بایستی هریک از شرکت‌های تأمین سرمایه را به میزان مساوی با سایرین، مسئول خرید اوراق بهادر فروخته‌نشده دانست. لیکن مناسب به نظر می‌رسد که شرکت‌های تأمین سرمایه به هنگام تشکیل کنسرسیوم قراردادی را میان خود منعقد نمایند که نوع مسئولیت جمعی خود در مقابل ناشر اوراق بهادر را تعیین کنند. بدین ترتیب، نوع و میزان مسئولیت هریک از شرکت‌های تأمین سرمایه نیز حسب مورد با تعیین نوع مسئولیت تبیین می‌گردد.

در فرآیند پذیره‌نویسی توسط شرکت تأمین سرمایه نیز می‌توان همچون تعهد پذیره‌نویسی، تشکیل کنسرسیوم داد چراکه این امر سبب توزیع ریسک میان چند شرکت و تسهیل فرآیند عرضه عمومی اوراق بهادر در سراسر یک کشور می‌گردد. ترکیب کنسرسیوم و تعداد اعضای آن بسته به میزان عرضه اوراق بهادر، نوع آن، شهر یا کشور مکان عرضه متفاوت خواهد بود.

علاوه بر انجام فعالیت‌های فوق، برخی از خدمات تخصصی در بازار سرمایه تحت عنوان فعالیت‌های فرعی شرکت‌های تأمین سرمایه در اساسنامه این شرکت‌ها قرار گرفته است. فعالیت‌هایی از قبیل از کارگزاری / معامله‌گری^۱، سبدگردانی^۲ و بازارگردانی^۳ که فعالیت‌های مربوط به بازار ثانویه می‌باشد. بازار ثانویه به بازاری اطلاق می‌گردد که نقل و انتقال اوراق بهادر پس از انتشار و عرضه عمومی در آن صورت می‌گیرد. بازار بورس اوراق بهادر و بازار فرابورس از مصادیق بازار ثانویه می‌باشند.

از دیگر فعالیت‌های فرعی شرکت‌های تأمین سرمایه، مهندسی مالی به معنای طراحی ابزارهای نوین مالی است بهنحوی که ارزش افزوده جدیدی ایجاد نموده، بازدهی را بالا برده یا ریسک‌ها را کاهش دهد. با افزایش تنوع ریسک‌ها در فضای کسب‌وکار تجارت داخلی و همچنین تجارت بین‌الملل، نیاز به مدیریت ریسک و پوشش ریسک مناسب روزبه‌روز بیشتر می‌شود. بنابراین نقش شرکت‌های تأمین سرمایه در مهندسی مالی با توجه به شناختی که از فعالان اقتصادی و نیازهای آنان دارد، برای بازار سرمایه حیاتی خواهد بود.

۱. کارگزار / معامله‌گر: شخص حقوقی است که اوراق بهادر را برای دیگران و به حساب آنها و یا به نام و حساب خود معامله می‌کند.

۲. سبدگردان: شخص حقوقی است که در قالب قراردادی مشخص و بهمنظور کسب انتفاع، به خرید و فروش اوراق بهادر برای سرمایه‌گذار می‌پردازد.

۳. بازارگردان: کارگزار / معامله‌گری است که با اخذ مجوز لازم با تعهد به افزایش نقدشوندگی و تنظیم عرضه و تقاضای اوراق بهادر معین و تحدید دامنه نوسان قیمت آن، به دادوستد آن اوراق می‌پردازد.

-
- شرکت‌های تأمین سرمایه در نظام مالی کشورهای مختلف با توجه به قلمرو فعالیت آنها به سه نوع شرکت‌های تأمین سرمایه با خدمات کامل^۱، شرکت‌های تأمین سرمایه هلدینگ مالی^۲ و شرکت‌های تأمین سرمایه تخصصی^۳ تقسیم می‌شوند:
- شرکت‌های تأمین سرمایه با خدمات کامل: در تمام فعالیت‌های ممکن شناسایی شده از سوی نظام حقوقی هر کشور برای تأمین مالی، تخصص لازم را داشته و خدمات بسیار متنوعی را به سرمایه‌گذاران و فعالان اقتصادی ارائه می‌دهند. درآمد این شرکت‌ها نیز بسیار بالا بوده و به راحتی تحت تأثیر نوسانات اقتصادی بازار سرمایه قرار نمی‌گیرند.
 - شرکت‌های تأمین سرمایه هلدینگ مالی: شرکت‌های مذکور علاوه بر کارکردهای شرکت‌های تأمین سرمایه با خدمات کامل به مشتریان خود اعتبار نیز می‌دهند. این شرکت‌ها تحت نظام بانکداری جامع در اروپا و زاپن وجود دارند که در آن کشورها، بانک‌های بزرگ به صورت همزمان هر دو فعالیت بانکداری و ارائه خدمات تأمین مالی را انجام می‌دهند.
 - شرکت‌های تأمین سرمایه تخصصی: این شرکت‌ها صرفاً در یک حوزه از فعالیت‌های مرتبط با شرکت‌های تأمین سرمایه متخصص بوده و تمرکز دارند. این شرکت‌ها در مدیریت دارایی‌ها، مشاوره در خصوص ادغام و تملک شرکت‌ها، تجدید ساختار مالی شرکت‌ها و مؤسسات مالی فعالیت دارند.^۴

۲. ضوابط و الزامات حاکم بر شرکت‌های تأمین سرمایه

شرکت تأمین سرمایه به عنوان یکی از مصادیق نهادهای مالی جزء اشخاص تحت نظارت^۵ نهادهای ناظر بر بازار سرمایه محسوب می‌شود که مQNEN الزامات خاصی را همانند سایر اشخاص تحت نظارت برای آن وضع نموده است. در این بند مهم‌ترین الزامات حاکم بر شرکت تأمین سرمایه تبیین می‌شود.

1. Full service
 2. Financial Services Holding Company (FSHC)
 3. Boutique
۴. صادقی، محسن؛ داود جعفری سرشت، نهادهای مالی، جلد دوم، نشر شرکت اطلاع‌رسانی و خدمات بورس، ۱۳۸۹، صص. ۶۴۳ - ۶۴۱.
۵. اشخاص تحت نظارت: کلیه نهادها و تشکل‌های هستند که براساس قانون بازار اوراق بهادار، مجوز تأسیس یا فعالیت خود را از شورای عالی بورس و اوراق بهادار و یا سازمان بورس دریافت نموده باشند. بورس‌ها، بازارهای خارج از بورس، کانون‌ها، بازارهای مشتقه، بورس‌های کالایی، شرکت‌های سپرده‌گذاری مرکزی اوراق بهادار و تسویه وجوه و نهادهای مالی از مصادیق اشخاص تحت نظارت محسوب می‌شوند (ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی قانون بازار اوراق بهادار).

۱-۲. اخذ مجوز تأسیس و فعالیت از ارکان ناظر بازار سرمایه

شرکت تأمین سرمایه بایستی در ابتدا نسبت به اخذ مجوز تأسیس و فعالیت از ارکان ناظر بازار سرمایه (شورای عالی بورس و اوراق بهادر و سازمان بورس)^۱ اقدام نماید. پس از اخذ مجوزهای مذکور، این شرکتها جهت استمرار فعالیت نیز تحت نظارت^۲ مراجع مذکور بوده و بایستی مقررات مصوب از سوی نهادهای ناظر را رعایت کنند.

شورای عالی بورس و اوراق بهادر بالاترین رکن بازار سرمایه بوده و وضع سیاست‌های کلان جهت انتظامدهی به بازار سرمایه، بر عهده شورا است. شرکت تأمین سرمایه نیز به عنوان یکی از فعالان بازار حسب مورد مشمول سیاست‌ها و الزامات مصوب شورای عالی بورس قرار گرفته و ارائه خدمات تخصصی آن بایستی در چارچوب ترسیمی از سوی این نهاد سیاست‌گذار قرار گیرد.

یکی از مهم‌ترین ایرادات وارد بر نظارت شورای عالی بورس بر شرکت‌های تأمین سرمایه و همچنین سایر اشخاص فعال در بازار سرمایه این است که ترکیب اعضا شورای مذکور ترکیبی با اکثریت اعضای دولتی و یا منتخب هیأت دولت می‌باشد، در حالی که مطابق یکی از اصول مهم سازمان بین‌المللی کمیسیون‌های اوراق بهادر (IOSCO)^۳ نهاد ناظر باید از نظر عملیاتی مستقل بوده و در اجرای وظایف و اختیارات خود در مقابل اشخاص فعال در بازار سرمایه پاسخگو باشد. این موضوع از جمله ایرادات مطرحه توسط سازمان بین‌المللی کمیسیون‌های اوراق بهادر پیرامون موانع ورود و عضویت ایران در این سازمان جهانی است.

سازمان بورس و اوراق بهادر پس از شورای عالی بورس و اوراق بهادر مهم‌ترین رکن نظارتی بازار سرمایه است. این سازمان که پس از تصویب قانون بازار اوراق بهادر با هدف تفکیک بخش نظارتی بازار سرمایه از بخش اجرایی آن^۴ ایجاد گردیده است، متولی نظارت بر بخش‌های مختلف عملیاتی بازار و فعالان آن بوده و نهادهای واسطه از جمله شرکت‌های تأمین سرمایه موظف به رعایت مصوبات آن هستند.

۱. مواد ۴ و ۷ قانون بازار اوراق بهادر.

۲. مواد ۲ و ۲۸ قانون بازار اوراق بهادر.

3. International Organization of Securities Commissions

۴. بخش اجرایی بازار سرمایه شامل بدن انجام معاملات یعنی بورس‌ها اعم از بورس اوراق بهادر، بورس کالا، بورس انرژی و فرابورس و بازارهای خارج از بورس همچنین بدن مربوط به تسويه معاملات یعنی شرکت سپرده‌گذاری و تسويه وجهه مرکزی و سایر فعالان در این دو بخش اعم از کارگزاری‌ها، شرکت‌های سرمایه‌گذاری، شرکت‌های تأمین سرمایه و ... همچنین ناشران اعم از کلیه شرکت‌های سهامی عام و برخی شرکت‌های سهامی خاص و سرمایه‌گذاران می‌باشند.



چالش مهمی که در وضع مقررات از سوی نهادهای ناظر بر بازار سرمایه وجود دارد، حدود صلاحیت آنان در وضع مقررات و محدود نمودن فعالان در بازار سرمایه از جمله شرکت‌های تأمین سرمایه است. حدود و ثغور اختیارات نهادهای ناظر در مقررات گذاری در نظام‌های حقوقی مختلف، محدود به رعایت چارچوب‌ها و معیارهای تعريف شده در آن نظام حقوقی است. در نظام حقوقی ایران، وضع مقررات بایستی با رعایت چارچوب مقرر در قوانین به معنای خاص یعنی مصوبات مجلس شورای اسلامی صورت پذیرد. بنابراین در صورت نقض حقوق مکتبه اشخاص در قوانین به واسطه وضع مقررات از سوی نهادهای ناظر بازار سرمایه اعم از شورای عالی بورس و اوراق بهادر و همچنین سازمان بورس، امکان درخواست ابطال آن مصوبات از دیوان عدالت اداری وجود دارد. بدین توضیح که چنانچه حقوق سرمایه‌گذاران اعم از سرمایه‌گذاران داخلی یا خارجی با مصوبات سازمان بورس و یا شورای عالی بورس و اوراق بهادر چه در قالب تصویب آیین‌نامه، دستورالعمل، ضوابط و غیره محدود و یا نقض گردد، در هر صورت قابل ابطال در دیوان عدالت اداری است.

۲-۲. افشار اطلاعات

اطلاعات صحیح مالی در بازار سرمایه واحد نقش بسیار مهمی بوده و در اختیار داشتن آن می‌تواند باعث برتری یافتن دارنده اطلاعات بر سایر رقبا گردد. مبنی با درک اهمیت اطلاعات در بازار سرمایه سعی نموده است که مجرای صحیح افشار اطلاعات را تعیین و هدایت نماید؛ به نحوی که سودجویان با سوءاستفاده از آنها باعث تضرر سایر فعالان بازار نگردند. در واقع، بهمنظور اطمینان‌بخشی به سرمایه‌گذاران برای ورود در بازار سرمایه و امنیت سرمایه آنان بایستی بستر مناسب جهت تصمیم‌گیری آگاهانه و انتخاب‌های هوشمندانه برای سرمایه‌گذاران فراهم آورد؛ به گونه‌ای که نتیجه و ماحصل عملکرد افراد، قیمت منصفانه را در بازار سرمایه به ارمنان آورد و درنتیجه بازار کارآمد و با کارآیی مطلوب را ایجاد نماید.

به همین دلیل در حقوق ایران، قانون گذار به منظور ایجاد شفافیت اطلاعات، تشکلهای فعال در بازار سرمایه را ملزم به انتشار اطلاعات جامع فعالیت و افشار آنها مطابق استانداردهای حسابداری و حسابرسی ملی به سازمان بورس نموده است. سئوال اساسی که پیرامون افشار اطلاعات توسط تشکلهای فعال در بازار سرمایه از جمله شرکت‌های تأمین سرمایه مطرح می‌شود آن است که افشار اطلاعات در چه زمانی بایستی صورت پذیرد؟ بهنظر می‌رسد که باید میان دو دسته از اطلاعات بایستی تفاوت گذاشت. دسته اول اطلاعاتی که همواره محترمانه هستند و جز برای مراجع خاص

همانند محاکم دادگستری نباید افشا شوند. از مصاديق اين گونه اطلاعات مى توان به مشخصات مشتريان خدمات شركت هاي تأمین سرمایه اشاره نمود. دسته دوم، اطلاعاتي که تا زمان انتشار عمومي باید محروماني تلقی شوند.

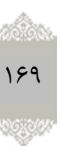
زمان افشای اطلاعات دسته اول، پس از درخواست مراجع صالح با رعایت ضوابط قانونی خواهد بود. لیکن زمان افشا برای دسته دوم از اطلاعات در نظام های حقوقی مختلف متفاوت می باشد. ماده ۶ دستورالعمل اتحادي اروپا مصوب ۲۰۰۳ در این خصوص مقرر می دارد: «افشاي اطلاعات باید در نخستین زمان ممکن صورت پذیرد.» به همین دلیل در هر زمان که خطر استفاده از اطلاعات محروماني توسط دارندگان پیش از افشای عمومی آن وجود دارد، تأخیر جایز نیست.^۱ الزام به فوریت افشای اطلاعات برای عموم به منظور کاهش امکان سوءاستفاده احتمالی دارندگان اطلاعات محروماني و وقوع معاملات مبتنی بر آن است، یعنی کارآمدی مطلوب بازار سرمایه هنگامی تأمین می گردد که اطلاعات مورد نیاز سرمایه گذاران نسبت به وضعیت مالی شرکت ها و طرح های مختلف توسعه ای آن به صورت شفاف و به موقع از سوی آنان برای عموم افشا گردد، زیرا مؤلفه های مذکور در ارزش اوراق بهادر تأثیرگذار است. در حقوق ایران برای افشای این قبیل اطلاعات، تقسیم بندی موضوعی صورت گرفته و برای هر موضوع، مهلتی در دستورالعمل «ثبت، نگهداری و گزارش دهنی استناد، مدارک و اطلاعات توسط اشخاص تحت نظارت» مصوب ۱۳۹۰/۲/۲۴ هیأت مدیره سازمان بورس پیش بینی شده است.

در مورد اطلاعات افشناسده اشخاص خاص از قبیل مدیران، بازرس و حسابرس شرکت ها که تحت عنوان اطلاعات نهانی^۲ از آن یاد می شود، اطلاعات مذکور می تواند به صورت مستقیم یا غیرمستقیم از سوی دارندگان آن مورد استفاده قرار گیرد. از میان مصاديق مختلف استفاده مستقیم دارندگان اطلاعات نهانی از اطلاعات افشناسده در خصوص انجام معاملات اهمیت ویژه ای دارد. این گونه معاملات که از آنها تحت عنوان «معاملات مبتنی بر اطلاعات نهانی» یاد می شود، دارای وضعیت حقوقی پیچیده ای بوده و نیاز به تبیین دارد.

۱. برای مطالعه بیشتر، ر. ک:

Mackey,Tom, London Stock Exchange Alternative Investment Market (AIM) and Regulation of The Main Market, in: Financial Market and Exchanges Law, Michael Blair (ed), Oxford University Press, London, 2007.

۲. اطلاعات نهانی: هرگونه اطلاعات افشناسده برای عموم که به طور مستقیم و یا غیرمستقیم به اوراق بهادر، معاملات یا ناشر آن مربوط می شود و در صورت انتشار بر قیمت و یا تضمیم سرمایه گذاران برای معامله اوراق بهادر مربوط تأثیر می گذارد (بند ۳۲ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادر).



یک تحلیل آن است که با توجه به فقدان نص قانونی مبنی بر بطلان معاملات مبتنی بر اطلاعات نهانی و یا حتی قابلیت ابطال آن بایستی اصل صحت معاملات را حاکم دانسته و معامله را صحیح قلمداد نمود، همچنان که در معاملات مدیران در شرکت های سهامی موضوع مواد ۱۲۹، ۱۳۰، ۱۳۱ و ۱۳۳ لایحه اصلاحی قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ اصل بر صحت معامله مدیران و جبران خسارت از سوی آنان نهاده شده و قابل ابطال بودن صرفاً با رعایت شرایط مصرح قانونی امکان پذیر است. تحلیل دیگر آن است که با لحاظ جرم انگاری انجام معامله مبتنی بر اطلاعات نهانی از سوی مقنن در بند ۲ ماده ۴۶ قانون بازار اوراق بهادار معامله مذکور باطل محسوب گردد؛ چرا که ممنوعیت انجام معامله در نظر مقنن به گونه ای واحد آثار سوء بوده که ضمانت اجرای کیفری برای آن تعیین گردیده است. لذا خود معامله نیز فی نفسه اعتباری نداشته و فاقد آثار می باشد.

از میان تحلیل های فوق به نظر می رسد که تحلیل نخست منطبق با قواعد حاکم بر معاملات در حقوق مدنی و همچنین حقوق تجارت بوده و با ثبات معاملات هماهنگ می باشد. از سوی دیگر ابطال معاملات در بازار سرمایه با توجه به مکانیزه بودن سیستم معاملات و گردش مالی که در کمتر از لحظه ای باعث انتقال اوراق بهادار از دارنده ای به دارنده دیگر و سپس انتقالات مکرر بعدی می گردد، نظم بازار را مختل می کند. رویکرد مناسب آن است که معاملات انجام شده، صحیح قلمداد شوند و اشخاص متخلص که مبادرت به استفاده از اطلاعات نهانی نموده و بر مبنای آن معامله کرده اند را به جبران خسارات وارد محاکوم نمایند.

سؤال دیگری که ممکن است در خصوص افشاء اطلاعات نهانی توسط شرکت های تأمین سرمایه مطرح شود آن است که چنانچه این شرکت ها مشتریان ناآگاه خود را ترغیب به معامله ای نمایند که معامله مذکور در صورت انجام توسط خود شرکت مصدق معامله مبتنی بر اطلاعات نهانی باشد، چنین معامله ای چه وضعیتی خواهد داشت؟ ترغیب افراد ناآگاه به انجام معامله از سوی دارندگان اطلاعات نهانی، استفاده غیرمستقیم از اطلاعات نهانی محسوب می شود که در حقوق اروپا وفق بند ب ماده ۳ دستورالعمل اتحادیه اروپا مصوب ۲۰۰۳ ممنوع اعلام گردیده است. چنین معامله ای فاقد اعتبار می باشد. لیکن در در نظام حقوقی ایران چنین منع وجود ندارد. از این رو، به نظر می رسد که با توجه به صحیح قلمداد شدن خود معاملات مبتنی بر اطلاعات نهانی، به طریق اولی معاملاتی که با ترغیب افراد ناآگاه از سوی دارندگان اطلاعات نهانی صورت می پذیرد نیز صحیح خواهد بود. در واقع، با اقتباس از نتیجه منطقی قیاس اولویت که به موجب آن نص قانون در موارد سکوت به دلالت التزامی حکومت

می‌کند، می‌توان از حکم به صحت معاملات مبتنی بر اطلاعات نهانی استنباط نمود که ترغیب اشخاص به معاملات از سوی شرکت‌های تأمین سرمایه فاقد ایراد حقوقی بوده و معاملاتی که براساس آن صورت می‌پذیرد نیز صحیح می‌باشد.

سازمان در اجرای وظایف نظارتی خویش پس از کسب مجوز دادستان کل کشور وفق مواد ۱۹ قانون بازار اوراق بهادار و ۱۶ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید مجاز است تا اطلاعات موردنیاز را از کلیه بانک‌ها، مؤسسات اعتباری، شرکت‌های دولتی، دستگاه‌های عمومی و دولتی، از جمله دستگاه‌هایی که شمول حکم نسبت به آنها مستلزم ذکر یا تصریح نام است، و همچنین اشخاص حقیقی و یا حقوقی غیردولتی مطالبه نماید. براساس الزامات مذکور، شرکت‌های تأمین سرمایه به عنوان یکی از اشخاص تحت نظارت سازمان موظف هستند در صورت درخواست سازمان بورس اسناد، مدارک، اطلاعات و گزارش‌های موردنیاز را برای انجام وظایف و مسئولیت‌های قانونی سازمان ارائه نمایند. بدین ترتیب سازمان امکان ارائه اطلاعات به مراجع بین‌المللی پس از اخذ موافقت دادستان کل را دارد. دلیل وضع این اختیار قانونی، الزامات مراجع بین‌المللی مربوط به بازار سرمایه از جمله IOSCO است که جهت پذیرش عضویت ایران در بازارهای سرمایه جهانی، خواستار ارائه اطلاعاتی از سوی نهادهای ناظر بازار سرمایه ایران هستند.

از محاسن مقرر مذکور آن است که چنانچه شخص دارنده اطلاعات، اسناد و مدارک؛ این موارد را جزء اسرار تجاری خود و غیرقابل انتشار اعلام نماید، می‌تواند پس از کسب نظر هیأت مدیره سازمان بورس، اطلاعات را ارائه نکند. نقصه‌ای نیز بر مقرر قانونی مذکور وارد است زیرا مرجعی که خواهان دریافت اطلاعات است، خود بایستی نسبت به ادعای دهنده اطلاعات مبنی بر «اسرار تجاری بودن اطلاعات» رسیدگی نماید. با این وجود، وجود تعارض منافع میان سازمان بورس و شرکت تأمین سرمایه به عنوان یکی از اشخاصی که باید اطلاعات، اسناد و مدارک مدنظر سازمان بورس را ارائه دهد، سبب می‌شود که نظر سازمان بورس در موارد وجود اصطکاک در منافع، بی‌طرفانه و منصفانه نباشد. به همین دلیل، به نظر می‌رسد که حقوق شرکت‌های تأمین سرمایه به عنوان یکی از اشخاصی که موظف به ارائه اطلاعات به سازمان بورس می‌باشند، در معرض تهدید قرار گیرد. به همین دلیل، مناسب است مرجع قانونی ثالثی که نفع مشترک در اخذ یا ارائه اطلاعات، اسناد و مدارک با یکی از طرفین دهنده یا گیرنده اطلاعات نداشته باشد، در خصوص تجارتی بودن یا نبودن اسرار مرتبط با اطلاعات اظهارنظر کند تا بتوان پیرامون غیرقابل انتشار بودن اطلاعات، اسناد و مدارک اعلام نظر کرد.

حسن دیگر مقرره مذکور این است که بهمنظور حمایت از حقوق سرمایه‌گذاران و فعالان بازار سرمایه و در تعامل میان آنها و سازمان بورس، سازمان را موظف به محترمانه تلقی نمودن اسرار تجاری اشخاص کرده است. سازمان بورس در صورت افشای غیرقانونی اسرار تجاری اشخاص، مسئول شناخته می‌شود. این ضمانت اجرا باعث کنترل نهاد ناظر بازار سرمایه از اعمال غیرقانونی و تدقیق بیشتر در انجام وظایف می‌گردد.^۱ لیکن ایرادی که بدان وارد است آن است که مسئولیت سازمان بورس در صورت افشای غیرقانونی اسرار تجاری اشخاص، صرفاً مسئولیت به جیران ضرر زیان وارد به ارائه‌دهنده اسناد، مدارک و اطلاعات می‌باشد؛ یعنی به لحاظ تحلیل ماهوی مسئولیت از نوع مسئولیت مدنی می‌باشد، حال آنکه مناسب بود جهت تضمین بیشتر حقوق سرمایه‌گذاران و فعالان بازار سرمایه، افشای غیرقانونی اسرار تجاری اشخاص در حکم خیانت در امانت تلقی می‌گردد و مرتكب به مجازات مقرر برای آن در قانون مجازات اسلامی محکوم می‌شد.

در حقوق امریکا، صرفاً افشای اطلاعات مهم ضروری دانسته شده است. کمیسیون اوراق بهادر امریکا، اطلاعات مهم را اطلاعاتی می‌داند که به لحاظ منطقی باید پیش از خرید اوراق بهادر ثبت شده به یک سرمایه‌گذار متعارف و محتاط داده شود. به عبارت دیگر ملاک تشخیص مهم بودن، معیار عینی است. ضمناً در خصوص افشای اطلاعات نادرست مسئولیت کیفری و مدنی برای مرتكبان پیش‌بینی شده است.^۲

۳-۲. الزامات ناشی از نوع شرکت تأمین سرمایه

مؤسسان شرکت‌های تأمین سرمایه با مجوز شورای عالی بورس مقرر در «ضوابط فعالیت شرکت‌های تأمین سرمایه» مصوب ۸۶/۵/۱۵ شرکت در قالب شرکت سهامی (عام و یا خاص) و یا شرکت تعاونی سهامی عام را یافتند. در فرضی که شرکت تأمین سرمایه در قالب سهامی عام تأسیس گردد، الزامات و قواعد کلی حاکم بر شرکت‌های سهامی عام در کنار الزامات خاص حاکم بر شرکت‌های تأمین سرمایه بایستی از سوی شرکت‌های تأمین سرمایه رعایت گردد.

پیچیدگی حقوقی زمانی است که شرکت تأمین سرمایه در قالب شرکت تعاونی سهامی عام تأسیس گردد، زیرا شرکت تعاونی سهامی عام براساس بند ۹ ماده ۱ قانون

۱. علاوه بر الزام قانونی مزبور در مقررات دیگری (غیر از قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی) مواردی جهت افشای اطلاعات شرکت‌های تأمین سرمایه به چشم می‌خورد که می‌توان به موارد ۲، ۳ و ۷ «دستورالعمل ثبت، نگهداری و گزارش‌دهی اسناد، مدارک و اطلاعات توسط اشخاص تحت نظرات» اشاره نمود.
2. Stowell, David, An Introduction to Investment Banks, Hedge Funds and Private Equity, Academic Press, 2010, p. 23.

اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی^۱ نوعی شرکت سهامی عام تعریف شده است که با رعایت قانون تجارت و محدودیت‌های مذکور در قانون فوق الذکر تشکیل می‌شود. بنابراین رعایت سه نوع الزامات اعم از قواعد کلی حاکم بر شرکت‌های سهامی عام، قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و الزامات خاص شرکت‌های تأمین سرمایه (وفق قانون بازار اوراق بهادار، قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید و سایر مقررات مربوطه) در این موارد ضروری می‌باشد. مسأله حائز اهمیتی که در صورت تشکیل شرکت تأمین سرمایه در قالب شرکت تعاضی سهامی عام می‌تواند ایجاد چالش نماید، مراجع ذی صلاح جهت نظارت بر اجرای صحیح الزامات حاکم بر شرکت‌های مذکور است. بدین توضیح که شرکت‌های سهامی عام تحت نظارت سازمان بورس و اوراق بهادار و شرکت‌های تعاضی تحت نظارت وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی قرار دارند. مراجع ناظر مذکور جهت اعمال نظارت بایستی ضمن اعمال تکالیف قانونی خود، موجبات ایجاد اختلال در عملکرد اجرایی شرکت‌های تأمین سرمایه را با نظارت‌های واجد همپوشانی خود فراهم نیاورند.

در مبحث پذیره‌نویسی سهام شرکت تأمین سرمایه‌ای که در قالب سهامی عام و یا تعاضی سهامی عام تشکیل می‌شود، الزام مهم این است که مؤسسین پیش از عرضه عمومی سهام بایستی نسبت به ثبت اوراق بهادار مذکور نزد سازمان بورس^۲ اقدام نمایند. نحوه نقل و انتقال سهام این‌گونه از شرکت‌های تأمین سرمایه با تصویب ماده ۹۹ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه، تغییرات حائز اهمیتی نموده است. بدین معنا که کلیه معاملات اوراق بهادار آنها بایستی فقط در بورس‌ها و بازارهای خارج از بورس دارای مجوز و با رعایت مقررات معاملاتی هریک از آنها صورت پذیرد و ضمانت اجرای عدم رعایت ترتیبات مذکور، فقدان اعتبار معامله پیش‌بینی شده است.

سؤال اساسی آن است که «فقدان اعتبار معاملات اوراق بهادار» در بازارهای غیر از بازار بورس و فرابورس به منزله بطلان معاملات یا بطلان نسی (یعنی صحیح میان طرفین قرارداد و غیرقابل استناد در مقابل ثالث) و یا قابل‌ابطال است؟ بهنظر می‌رسد که حکم بطلان نسبی و همچنین قابلیت ابطال نیاز به نص صریح قانونی داشته باشد. از میان وضعیت‌های مربوط به معاملات که عبارت‌اند از صحت، بطلان، فسخ، قابلیت ابطال و بطلان نسبی. آنچه می‌تواند با ماهیت حقوقی «فقدان اعتبار معامله» مذکور در ماده ۹۹ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه هماهنگ باشد، بطلان معاملات اوراق بهادری است که خارج از بازارهای بورس و فرابورس صورت می‌پذیرد.

۱. قانون مذکور مبدع قالب شرکت تعاضی سهامی عام در نظام حقوقی ایران است.

۲. ماده ۲۰ قانون بازار اوراق بهادار.



نقل و انتقال سهام شرکت‌های تأمین سرمایه که در قالب سهامی خاص ثبت می‌شوند، دارای ویژگی متمایز از قواعد حاکم بر نقل و انتقال سهام شرکت سهامی خاص در قانون تجارت نمی‌باشد. صرفاً ماده ۱۲ نمونه اساسنامه شرکت‌های تأمین سرمایه (در قالب سهامی خاص) پیش‌بینی کرده که سهامداران عمدۀ^۱ شرکت باید مورد تأیید سازمان بورس باشند؛ لذا هرگونه نقل و انتقال سهام یا پذیره‌نویسی‌های جدید ناشی از افزایش سرمایه شرکت که موجب شود شخصی به یک سهامدار عمدۀ تبدیل شود، بایستی قبلًاً توسط خریدار و یا نماینده وی به سازمان بورس اعلام و به تأیید آن برسد. ضرورت تأیید سازمان بورس نسبت به سهامداران عمدۀ شرکت‌های تأمین سرمایه محل ایراد است؛ بدین توضیح که نقل و انتقال سهام عمدۀ در شرکت‌های تأمین سرمایه با محدودیت مواجه می‌گردد. موضوعی که یکی از اصول حاکم بر شرکت‌های سهامی که همان اصل سرمایه محور بودن شرکت است را با چالش مواجه می‌کند، به گونه‌ای که همچون شرکت‌های تضامنی یا شرکت‌های نسبی، اعتبار و شخص خریدار سهام شرکت موضوعیت می‌یابد. از سوی دیگر، اینکه مرجع نظارتی به عنوان شخص ثالث وارد فرآیند نقل و انتقال سهام یک شرکت و تأیید یک طرف شود، ممکن است با اصل بی‌طرفی نهاد ناظر در بازار سرمایه مخالف بوده و موجبات ایجاد انحصار در ارائه خدمات مالی توسط برخی اشخاص گردد.

۲-۴. تأیید ارکان مدیریتی و مواد مهم اساسنامه شرکت تأمین سرمایه از سوی نهاد ناظر

نهادهای مالی از جمله شرکت تأمین سرمایه همانند سایر اشخاص حقوقی می‌توانند مسائل بنیادین خود از قبیل موضوع فعالیت شرکت، میزان سرمایه یا انتخاب مدیران را از طریق ارکان قانونی شرکت (اعم از مجتمع عمومی و هیأت مدیره) تصمیم‌گیری نموده و یا تغییری در آن ایجاد کنند. لکن مقتن به این دلیل که نهادهای مذکور به عنوان درگاه ورودی اشخاص به بازار سرمایه محسوب می‌شوند و وجوده عموم را در اختیار می‌گیرند، ملاحظاتی را در این خصوص منظور نموده است. ملاحظاتی از قبیل تأیید صلاحیت حرفه‌ای اعضای هیأت مدیره و مدیران، حداقل سرمایه، موضوع فعالیت در اساسنامه، نحوه گزارش‌دهی و نوع گزارش‌های ویژه حسابرسی در خصوص شرکت‌های تأمین سرمایه.

در خصوص مدیران نهادهای مالی شامل اعضای هیأت مدیره و مدیر عامل، مقتن مقرر نموده که باید فاقد محاکومیت قطعی مؤثر بوده و از صلاحیت حرفه‌ای لازم

۱. سهامدار عمدۀ سهامداری است که به همراه اشخاص وابسته به خود حداقل ۱۰ درصد سهام شرکت را داشته باشد (ماده ۱ اساسنامه نمونه شرکت‌های تأمین سرمایه).

برخوردار باشند. مرجع انتخاب‌کننده موظف است در صورت فقدان یا سلب صلاحیت حرفه‌ای مدیران از انتخاب آنان به سمت‌های مذکور خودداری نموده و یا مدیران انتخاب شده را از آن سمت برکنار نماید. متن جهت اجتناب از اعمال سلیقه نهاد ناظر بر بازار سرمایه به هنگام تأیید صلاحیت حرفه‌ای مدیران پیش‌بینی کرده است که شرایط و معیارهای صلاحیت حرفه‌ای صرفاً از حیث تحصیلات و سوابق تجربی مرتبط و همچنین نحوه سلب صلاحیت آنان مطابق مقررات مصوب شورا صورت پذیرد. تأکید متن بر لزوم تأیید «صلاحیت حرفه‌ای» نشان از تعیین حدود و ثغور مداخله قانونی نهاد ناظر بر بازار سرمایه در نحوه انتخاب مدیران نهادهای مالی از جمله شرکت‌های تأمین سرمایه دارد؛ به صورتی که این مداخله را صرفاً در مسائل حرفه‌ای و تخصصی بازار سرمایه مجاز دانسته است. این تدبیر از سوی متن جهت احتراز از اعمال سلایق سیاسی در انتخاب مدیران نهادهای اجرایی و ارائه‌دهنده خدمات مالی در بازار سرمایه صورت گرفته است.

موضوع تأیید صلاحیت مدیران نهادهای مالی در نظر قانون‌گذار چنان حائز اهمیت بوده که مجدداً در ماده ۹۹ قانون برنامه پنجم توسعه مطرح گردیده است. در این قانون نیز تأیید صلاحیت حرفه‌ای مدیران نهادهای مالی برمبانی مقرراتی نهاده شده است که به تصویب شورای عالی بورس و اوراق بهادار می‌رسد. در این راستا دستورالعمل «تأیید صلاحیت حرفه‌ای مدیران نهاد مالی» به تصویب شورای عالی بورس رسیده است که با جمع مقررات فوق الذکر، صلاحیت حرفه‌ای هریک از اشخاص حقیقی داوطلب تصدی پست مدیریت در شرکت تأمین سرمایه باید قبل از انتصاب و قبولی سمت عضویت در هیأت مدیره یا مدیر عاملی به تأیید کمیته‌ای با عنوان کمیته تأیید صلاحیت‌ها برسد. صلاحیت حرفه‌ای مدیران شرکت تأمین سرمایه وفق مقرره مذکور در سه حیطه سوابق تجربی، سوابق تحصیلی و صلاحیت علمی مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که چنانچه اعضای هیأت مدیره یا مدیر عامل شرکت‌های تأمین سرمایه، صلاحیت لازم وفق قوانین و مقررات حاکم بر بازار سرمایه را نداشته باشند یا در دوران تصدی مدیریت صلاحیت حرفه‌ای مذکور را از دست بدهنند، تصمیمات مأموریت توسط آنان در مقابل سهامداران و اشخاص ثالث چگونه خواهد بود. قانون بازار اوراق بهادار و قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید مصوب ۱۳۸۸ پیرامون موضوع مذکور ساخت است، اما به نظر می‌رسد که با لحاظ ماده ۱۲۶ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت که مقرر می‌دارد: «اشخاص مذکور در ماده ۱۱۱ نمی‌توانند به مدیریت عامل شرکت انتخاب شوند و همچنین هیچ‌کس نمی‌تواند در عین حال مدیریت عامل بیش از یک شرکت را داشته باشد.

تصمیمات و اقدامات مدیرعاملی که برخلاف مفاد این ماده انتخاب شده است، در مقابل صاحبان سهام و اشخاص ثالث معتبر و مسئولیت‌های سمت مدیرعامل شامل حال او خواهد شد.» بتوان چنین استنباط نمود که تصمیمات مأخوذه توسط مدیران فاقد صلاحیت حرفه‌ای در مقابل سهامداران و اشخاص ثالث معتبر می‌باشد چراکه مصادیق ممنوعیت‌های مقرر در ماده ۱۱۱ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت یعنی حجر، ورشکستگی، داشتن محکومیت قطعی به جرایمی چون سرقت، کلاهبرداری و اختلاس در فقدان صلاحیت مدیر تردیدی ایجاد نمی‌کند. لیکن تصمیمات مدیران فاقد صلاحیت در مقابل سهامداران و اشخاص ثالث معتبر شناخته می‌شود. بنابراین در فقدان صلاحیت حرفه‌ای مدیران وفق قوانین و مقررات بازار سرمایه به طریق اولی حکم اعتبار تصمیمات استنتاج می‌گردد.

۲-۵. الزامات ناشی از فعالیت‌های تخصصی

شرکت تأمین سرمایه می‌تواند به منظور انجام فعالیت‌های فرعی موضوع اساسنامه خود مبادرت به ارائه خدمات تخصصی از قبیل کارگزاری، بازارگردانی و سبدگردانی نماید. هرچند این فعالیت‌ها، موضوع اصلی فعالیت شرکت تأمین سرمایه به شمار نمی‌رود، لکن بدیهی است که عمل به الزامات خاص این فعالیت‌ها نیز برای شرکت تأمین سرمایه ضروری می‌باشد.

از دیگر الزامات ناشی از فعالیت‌های تخصصی شرکت تأمین سرمایه این است که باید وجوده حاصل از اقدامات تأمین مالی از طریق انتشار اوراق بهادار را در حساب خاصی متمرکز نماید و هرگونه برداشت از این حساب نیز بایستی تحت نظرارت سازمان بورس و با تأیید آن انجام گیرد.^۱ مقتن این الزام را به منظور پیشگیری از سوءاستفاده شرکت‌های تأمین سرمایه از مزایای قانونی درخور توجهی که برای این گونه شرکت‌ها در خصوص معافیت‌های مالیاتی قابل شده مقرر نموده است. بدین توضیح که مقتن معافیت مالیاتی از پرداخت هرگونه عوارض نقل و انتقال و مالیات بر درآمد نسبت به آن دسته از دارایی‌هایی که تأمین مالی آن از طریق انتشار اوراق بهادار به عموم صورت می‌گیرد را وضع نموده است. از سوی دیگر، جهت مسدود نمودن امکان فرار مالیاتی، شرکت‌های تأمین سرمایه دیگری را در سایر حوزه‌های مالی پیش‌بینی نموده که باید شرکت‌های تأمین سرمایه، وجوده حاصل از اقدامات تأمین مالی از طریق انتشار اوراق بهادار را در حساب خاصی متمرکز نموده و این حساب و برداشت از آن تحت نظرارت نهاد ناظر بر بازار سرمایه یعنی سازمان بورس باشد.

۱. ماده ۱۱ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید.

پیش‌بینی معافیت‌های مالیاتی برای شرکت‌های تأمین سرمایه سبب می‌شود که تأمین مالی از طریق بازار سرمایه دارای جاذبه‌های بیشتری در مقایسه با سایر شیوه‌های تأمین مالی بازارهای رقیب باشد و متقاضیان خدمات شرکت‌های تأمین سرمایه افزایش یابند. افزایش مشتریان نهادهای مالی یکی از نشانه‌های کمی رونق فعالیت اقتصادی جامعه است که منجر به توسعه نهادهای مالی و افزوده شدن تعداد آن برای ارائه خدمات تخصصی می‌شود. این امر رقابت میان شرکت‌های تأمین سرمایه بهمنظور جذب مشتریان و سرمایه‌گذاران را افزایش می‌دهد تا با تبلیغات و مطرح نمودن خویش، گویی سبقت را از سایر رقبا بربایند.

تبلیغات، در صورتی که در چارچوب ضوابط و مقررات معینی نظام‌مند نگردد، می‌تواند منجر به بسط اطلاعات واهی و گمراه کننده از سوی آن شرکت‌ها نسبت به توانایی‌ها و صلاحیت‌هایشان شود. تبلیغات نادرست، تبعات منفی بر بازار سرمایه ایجاد کرده و اطلاعات نادرست ارائه شده به سرمایه‌گذار، انتظارات غیرقانونی و نابجایی را در وی شکل می‌دهد که در بلندمدت موجب عدم رغبت سرمایه‌گذاران نسبت به تأمین مالی از طریق بازار سرمایه می‌شود. به همین دلیل نهادهای مالی بایستی در خصوص نشر اطلاعات و تبلیغات اوراق بهادار ضوابط سازمان بورس^۱ را رعایت نمایند.

۶-۲. مرجع حل اختلاف

اختلافات میان فعالان بازار سرمایه لزوماً با نقض قوانین و مقررات از سوی آنان تؤمن نمی‌باشد. به همین دلیل مرجع رسیدگی کننده به اختلافات متمایز از مراجع رسیدگی کننده به جرایم و تخلفات است. شرکت تأمین سرمایه به عنوان یکی از فعالان بازار سرمایه جهت رفع هرگونه اختلاف ناشی از فعالیت حرفه‌ای خود با سایر اشخاص، موظف به طرح دعوا و یا دفاع در هیأت داوری موضوع ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار^۲ است. حال آنکه مرجع رسیدگی کننده به جرایم، دادسرا و دادگاه و مرجع رسیدگی کننده به تخلفات سازمان بورس می‌باشد.

سؤالی که مطرح می‌شود آن است که طرح دعوا شرکت‌های تأمین سرمایه در هیأت داوری موضوع ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار و یا اقامه دعاوى اشخاص علیه شرکت‌های مذکور در هیأت داوری، همانند داوری مصطلح در قانون آین

۱. ماده ۹ آیین نامه اجرایی قانون بازار اوراق بهادار.

۲. اختلافات میان کارگزاران، بازارگردان، کارگزار / معامله‌گران، مشاوران سرمایه‌گذاری، ناشران، سرمایه‌گذاران و سایر اشخاص ذی‌ربط ناشی از فعالیت حرفه‌ای آنها در صورت عدم سازش در کانون‌ها توسط هیأت داوری رسیدگی می‌شود (ماده ۳۶ قانون بازار).



دادرسی مدنی مبتنی بر توافق است یا اینکه هیأت داوری موضوع ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادر صلاحیت انحصاری در رسیدگی به دعاوی دارد؟ مستنبط از ماده ۳۶ قانون بازار که مقرر می‌دارد: «... در صورت عدم سازش در کانون‌ها توسط هیأت داوری رسیدگی می‌شود» در می‌یابیم که رسیدگی هیأت داوری مبتنی بر توافق نبوده و در صورت عدم سازش در کانون، هیأت داوری صلاحیت ذاتی خواهد داشت.^۱ سئوالی که مطرح می‌شود آن است که آیا طرفین دعوی بعد از مرحله عدم سازش در کانون با وجود صلاحیت ذاتی هیأت داوری موضوع ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادر می‌توانند دعوی خود را به داور یا هیأت داوری منتخب خود ارجاع دهند یا بایستی صرفاً در هیأت داوری موضوع ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادر به دعوی ایشان رسیدگی نمود؟

در پاسخ به سئوال مذکور، دو دیدگاه قابل طرح است. دیدگاه نخست آنکه با لحاظ اصول ۳۴ و ۱۵۹ قانون اساسی اصل بر صلاحیت عام دادگاه‌های دادگستری است و هرگونه تخطی از اصل و پیش‌بینی استثناء نیازمند تصویب قانون است؛ همچنان که جواز مراجعته به داوری در قانون آیین دادرسی مدنی از سوی مقنن تصریح گردیده است. بنابراین با عنایت به صلاحیت ذاتی هیأت داوری موضوع ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادر در رسیدگی به دعاوی فعالان بازار سرمایه، هرگونه تخطی از صلاحیت مذکور مستلزم نص قانونی است؛ در حالی که در قانون بازار اوراق بهادر و سایر قوانین مرتبط چنین جوازی وجود نداشته و موضوع به سکوت برگزار شده است.

دیدگاه دوم مبتنی بر این قاعده کلی حاکم بر آیین دادرسی مدنی است که چنانچه مرجع رسیدگی به دعاوی مدنی توسط مقنن یک مرجع اختصاصی تعیین گردید ولی آیین دادرسی و نحوه رسیدگی در آن مرجع اختصاصی از سوی مقنن تعیین نشد، عمومات قانون آیین دادرسی مدنی بر جریان رسیدگی آن مرجع اختصاصی حاکم خواهد بود. بنابراین، در هیأت داوری موضوع ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادر که آیین دادرسی حاکم بر آن توسط مقنن تعیین نگردیده است نیز عمومات قانون آیین دادرسی مدنی حاکم می‌باشد. لذا، امکان رجوع به داور یا هیأت داوری منتخب طرفین وجود دارد و در صورت عدم توافق، هیأت داوری موضوع ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادر با داشتن صلاحیت ذاتی به دعوی طرفین رسیدگی می‌کند.

۱. برای مطالعه بیشتر، ر. ک: «عبدی‌پور فرد، ابراهیم؛ پارساپور، محمدباقر؛ و علیرضا رجبزاده، «ماهیت حقوقی و صلاحیت‌های هیأت داوری بازار اوراق بهادر»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۷، ۱۳۸۹، صص. ۴۰۹ - ۴۲۵».

ترکیب هیأت داوری متشکل از سه عضو است که یک عضو توسط ریاست قوه قضائیه از میان قضاط باتجربه و دو عضو از میان صاحب نظران اقتصادی و مالی به پیشنهاد سازمان بورس و تأیید شورای عالی بورس انتخاب می شوند.

سؤالی که در این مورد مطرح می شود این است که چنانچه شرکت های تأمین سرمایه در دعاوی مطروحه بخواهند نسبت به جرح یا رد اعضای هیأت داوری موضوع ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادر اقدام کنند، آیا بایستی به احکام جرح داور موضوع مواد ۴۶۹، ۴۷۰ و ۴۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی استناد نمایند یا حکم رد دادرس موضوع ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی بایستی مستند باشد؟ پیرامون آیین دادرسی هیأت داوری موضوع ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادر، قانون و مقررات خاصی وجود ندارد. در مسأله مذکور حسب آنکه ماهیت هیأت داوری را یک مرجع داوری و یا مرجع شبہ قضایی شناسایی کنیم، پاسخ متفاوت خواهد بود. چنانچه هیأت داوری را یک مرجع داوری قلمداد کنیم، بالطبع اعضای آن نیز داور محسوب می شوند و احکام جرح داور موضوع مواد ۴۶۶، ۴۶۹ و ۴۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی بایستی اجرا شود. اما در صورتی که هیأت داوری را یک مرجع شبہ قضایی محسوب نماییم، در این صورت اعضای انتصابی آن مشمول حکم رد دادرس موضوع ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی می شوند. یک راه دیگر آن است که فارغ از ملاک نوع مرجع رسیدگی کننده با لحاظ ترکیب اعضای هیأت داوری موضوع ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادر میان اعضای هیأت داوری تفاوت گذارده و در خصوص عضو قاضی، حکم رد دادرس موضوع ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی و در مورد سایر اعضاء، احکام جرح داور موضوع مواد ۴۶۶، ۴۶۹ و ۴۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی اعمال شود. بهنظر می رسد که دیدگاه دوم موجه تر باشد.

از جمله دعاوی مهم مطرح در هیأت داوری به طرفیت شرکت های تأمین سرمایه، دعاوی الزام به جبران خسارات می باشد که مطابق ماده ۴۳ قانون بازار اوراق بهادر، شرکت های تأمین سرمایه مسئول جبران خسارات سرمایه گذاران شده اند که بر اثر قصور، تقصیر، تخلف و یا به دلیل ارائه اطلاعات ناقص و یا خلاف واقع در عرضه اولیه، متضرر شوند.

مقنن در عین پایبند بودن به سیاست حمایت از حقوق سرمایه گذاران به منظور حفظ سرعت در معادلات بازار و فعال نگه داشتن تمامی بازیگران آن، دو شرط را جهت طرح دعوی در هیأت داوری موضوع ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادر مقرر نموده است: شرط نخست آن است که خسارتمدار گذاشت ظرف مدت یکسال پس از تاریخ کشف تخلف در هیأت داوری طرح دعوی کنند و این موضوع بیش از سه سال از عرضه

عمومی اوراق بهادر نگذشته باشد. شرط دوم آن است که فقط اشخاصی که اوراق بهادر ناشر را قبل از کشف و اعلام تخلف خریده باشند، مجاز به طرح دعوای خسارت هستند. در واقع شخصی که بر خلاف مصلحت خویش اقدام به خرید اوراق بهادری نموده که مسئله‌دار بوده است، هم‌اکنون نمی‌تواند با طرح ادعای خود باعث توقف در چرخه بازار و یا مشغول نمودن مراجع رسیدگی به اختلافات بازار گردد. با این وصف اشخاصی که پس از کشف و اعلام تخلف به خرید اوراق بهادر مذکور اقدام کنند، علاوه‌بر آنکه امکان استفاده از امتیازات موضوع ماده ۴۳ قانون بازار را ندارند.^۱ در صورت طرح دعوای در مراجع دادگستری نیز به بی‌حقی محاکوم می‌شوند، چرا که اقدام ایشان از اسباب سقوط ضمان و مانع ایجاد مسئولیت بر عهده دیگران است.^۲ با وجود این، علم زیان‌دیده به شرایط لازم در جری قاعده اقدام است و جز در موارد منصوص باید از وجود آن اطمینان حاصل کرد.^۳

۱. میرزا‌یی‌منفرد، غلامعلی، سازوکارهای حل و فصل اختلافات در بازار سرمایه ایران: با مطالعه تطبیقی در بازارهای سرمایه خارجی، نشر شرکت اطلاع‌رسانی و خدمات بورس، ۱۳۷۸، ص. ۸۱.
۲. لطفی، اسدالله، موجبات و مسقطات ضمان قهری در فقه و حقوق مدنی ایران، انتشارات مجد، ۱۳۷۹، ص. ۱۸۶؛ کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی؛ الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، نشر مؤسسه انتشارات، ۱۳۷۴، ص. ۱۶۷ – ۱۶۶.
۳. رامین، محمدعلی، حل و فصل اختلافات در بازار سرمایه، نشر شرکت اطلاع‌رسانی و خدمات بورس، ۱۳۹۲، ص. ۲۰۷.

نتیجه‌گیری

نظام حقوقی حاکم بر فعالیت‌های اقتصادی همگام با رشد و توسعه بخش‌های مختلف اقتصادی نیازمند اصلاح ساختاری و ارتقای کیفیت در زمینه کارکردهای اجرایی می‌باشد. الزامات حقوقی وضع شده پیرامون تأمین مالی بنگاهها و پروژه‌ها نیز از این امر مستثنی نیستند.

امروزه که تغییرات در نهادهای مالی بالاخص شرکت‌های تأمین سرمایه، گستره جهانی یافته و اصلاح نظام اعمال نظارت، این امکان را به نهادهای مالی داده است که خدمات متنوع‌تری عرضه کنند و بدل به سوپرمارکت‌های مالی شوند^۱، مناسب است که از تفکیک‌های غیرضروری میان فعالیت بانکداری و خدمات تأمین مالی اجتناب شود. البته این اقدام هرگز به معنای بازگشت به دوره‌ای که خدمات تأمین مالی به صورت فعالیت فرعی در کنار فعالیت بانکداری دیده می‌شد، نخواهد بود. بلکه دو فعالیت بانکداری و ارائه خدمات تأمین مالی همپایه و همسنگ، جزء فعالیت‌های شرکت‌های تأمین سرمایه قرار گیرد.

اجتماع دو فعالیت مذکور در شرکت‌های تأمین سرمایه مزایای بسیاری را برای توانمند کردن نظام تأمین مالی در کشور خواهد داشت و از مراجعه متلاطیان منابع مالی به بخش بانکی و غفلت از شیوه‌های تأمین مالی جدید از طریق بازار سرمایه خواهد کاست. بازار سرمایه به جهت امکان طراحی ابزارهای مالی جدید در مقایسه با نظام بانکی مرجح بوده و متخصصان بازار سرمایه بالاخص شرکت‌های تأمین سرمایه با مهندسی مالی کارآمد می‌توانند ابزارهای مالی متنوعی را ابداع کنند. نظام‌های تأمین مالی باید جهت کاهش ریسک، وجود سرمایه‌گذاران را میان ابزارهای مالی تقسیم کرده و به عبارت دیگر «تمام تخم مرغ‌های خود را درون یک سبد نگذارند».^۲

این موضوع ممکن است در بدو امر، دغدغه‌هایی را برای نهادهای ناظر بر بازار پول (اعم از شورای عالی پول و اعتبار و بانک مرکزی) و همچنین نهادهای ناظر بر بازار سرمایه (شورای عالی بورس و اوراق بهادار و سازمان بورس) ایجاد نماید که هماهنگی مراجع یادشده در اعمال نظارت و وضع مقررات رافع مسائل خواهد بود؛ همچنان که این هماهنگی در مورد اعمال نظارت بر شرکت‌های بیمه از سوی بیمه مرکزی و سازمان بورس دیده شد و برطرف گردید.

۱. فبوزی، فرانک؛ مودیلیانی، فرانکو؛ و مایکل فری، مبانی بازارها و نهادهای مالی، ترجمه حسین عبده تبریزی، انتشارات پیشبرد، چاپ سوم، ۱۳۸۹، ص. ۸۸.

2. Nuradi Ridzwan Shah, Bin Mohd, "Islamic Investments and Contemporary Issues in Islamic Banking Products", University Tenaga National Paperwork, 2009, p. 5.

از جمله ضروریات هدف مذکور، تهیه نمونه اساسنامه شرکت‌های تأمین سرمایه در قالب شرکت سهامی عام و همچنین تعاونی سهامی عام است. هرچند مبنای قانونی تصویب نمونه اساسنامه مذکور در ضوابط فعالیت شرکت‌های تأمین سرمایه مصوب شورای عالی بورس وجود دارد، لیکن بهمنظور فراهم آوردن امکان نظارت نهادهای ناظر بازار پول به همراه بازار سرمایه نیاز به تغییراتی می‌باشد و سایر مقررات مربوط به شرکت‌های تأمین سرمایه نیز بایستی تغییراتی یابد.

با فراهم آوردن بستر لازم جهت تشکیل شرکت‌های تأمین سرمایه در قالب سهامی عام یا تعاونی سهامی عام، امکان تأمین مالی پروژه‌های کلان مهیا می‌شود و نیاز به تشکیل کنسرسیوم چند شرکت تأمین سرمایه کمتر خواهد بود؛ زیرا شرکت‌های سهامی عام به جهت عرضه عمومی سهام خود، دارای دو مزیت نسبت به شرکت‌های تأمین سرمایه در قالب سهامی خاص می‌باشند. نخست آنکه با عرضه عمومی سهام، سرمایه قابل ملاحظه‌ای را ثبت خواهند کرد و کفايت سرمایه لازم جهت تأمین مالی بنگاه‌های اقتصادی را خواهند داشت. مزیت دوم شرکت‌های سهامی عام، وجود سهامداران از اقتشار مختلف به دلیل عرضه عمومی سهام این شرکتها نسبت به شرکت‌های سهامی خاص است که میان اعضای خانواده و آشنايان تشکیل می‌شود، زیرا سهامداران متنوع امکان نظارت درونی بر ساختار شرکت را فراهم می‌آورد. با دلایل عنوان شده، بهنظر می‌رسد که اجتماع فعالیت بانکداری و ارائه خدمات تأمین سرمایه در شرکت‌های تأمین سرمایه و در قالب شرکت سهامی عام، موجب پویایی نظام تأمین مالی در کشور خواهد شد.

منابع

- تقی، مهدی، نهادهای پولی و مالی بین‌المللی، نشر پژوهشکده امور اقتصادی، چاپ دوم، ۱۳۸۴.
- جعفری‌سرشت، داود؛ و علی جهانخانی، « مؤسسات تأمین سرمایه و ضرورت ایجاد آن در ایران »، فصلنامه تحقیقات مالی دانشکده مدیریت دانشگاه تهران، شماره ۴، ۱۳۷۳.
- جهانخانی، علی؛ و علی پارساییان، مدیریت مالی، انتشارات سمت، ۱۳۷۹.
- رامین، محمدعلی، حل و فصل اختلافات در بازار سرمایه، نشر شرکت اطلاع‌رسانی و خدمات بورس، ۱۳۹۲.
- شمس‌الهی، محسن، رژیم حقوقی حاکم بر بانک‌های سرمایه‌گذاری آمریکا، گزارش تحقیقاتی سازمان بورس، ۱۳۹۲.
- صادقی، محسن؛ و داود جعفری‌سرشت، نهادهای مالی، جلد دوم، نشر شرکت اطلاع‌رسانی و خدمات بورس، ۱۳۸۹.
- عبدالپور فرد، ابراهیم؛ پارساپور، محمدباقر؛ و علیرضا رجبزاده، « ماهیت حقوقی و صلاحیت‌های هیأت داوری بازار اوراق بهادار »، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۷، ۱۳۸۹.
- فیوزی، فرانک؛ مودیلیانی، فرانکو؛ و مایکل فری، مبانی بازارها و نهادهای مالی، ترجمه حسین عیده تبریزی، انتشارات پیشیرد، چاپ سوم، ۱۳۸۹.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی؛ الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، نشر مؤسسه انتشارات، ۱۳۷۴.
- لطفی، اسدالله، موجبات و مسقطات ضمان قهری در فقه و حقوق مدنی ایران، انتشارات مجد، ۱۳۷۹.
- میرزایی‌منفرد، غلامعلی، سازوکارهای حل و فصل اختلافات در بازار سرمایه ایران: با مطالعه تطبیقی در بازارهای سرمایه خارجی، نشر شرکت اطلاع‌رسانی و خدمات بورس، ۱۳۷۸.
- Fleuriet, Michel, *Investment Banking Explained*, McGraw-Hill, 2008.
- Geisst, Charles, *Encyclopedia of American Business*, 2006.
- Greene, Edward, "Determining the Responsibilities of Underwriters Distributing Securities within an Integrated Disclosure System", *The Notre Dame Law Review*, Vol. 56, 1981.

-
- Guterman, Alan, *The legal Considerations in Business Financing: A Guide for Corporate Management*, Greenwood Publishing Group, 1994.
 - Iannotta, Giuliano, *Investment Banking: A Guide to Underwriting and Advisory Services*, Berlin, Springer, 2010.
 - Mackey, Tom, *London Stock Exchange Alternative Investment Market (AIM) and Regulation of The Main Market*, in: *Financial Market and Exchanges Law*, Michael Blair (ed), Oxford University Press, London, 2007.
 - Megginson, William; and Scott Smart, *Introduction to Corporate Finance*, 2008.
 - Morrison, Allan; and William Wilhelm, “*Investment Banking: Past, Present and Future*”, *Journal of Applied Corporate Finance*, 2007.
 - Nuradi Ridzwan Shah, Bin Mohd, “*Islamic Investments and Contemporary Issues in Islamic Banking Products*”, University Tenaga National Paperwork, 2009.
 - Ritter, Jay, *Investment Banking and Securities Issuance*, University of the Economics of Finance, 2003.
 - Stowell, David, *An Introduction to Investment Banks, Hedge Funds and Private Equity*, Academic Press, 2010.

مطالعه تطبیقی حقوق شخص تحت نظر در نظام دادرسی کیفری ایران و آمریکا

غلامحسن کوشکی*

سحر سهیل مقدم**

چکیده

یکی از اهداف قوانین دادرسی کیفری، حمایت از حقوق و آزادی‌های فردی است. از جمله اقدامات ناقض حقوق فردی، بازداشت پلیسی و یا تحت نظر است. پلیس در دو نظام حقوقی ایران و آمریکا طبق شرایط مشخصی حق دستگیری اشخاص را دارد. این موضوع جنبه استثنایی دارد. در حقوق ایران، رعایت دو قید «مشهود بودن جرم» و «احراز ضرورت» الزامی است. در حقوق آمریکا نیز برای اقدام به جلب و دستگیری علی‌الاصول صدور قرار توسط مرجع قضایی ضروری است و در جرایم مشهود، امکان دستگیری برای پلیس وجود دارد. با عنایت به اینکه این اقدام برخلاف فرض بی‌گناهی است، قانون‌گذاران دو نظام، حقوقی از قبیل دسترسی فوری به وکیل را فراهم کرده‌اند. با وجود این، در نظام حقوقی آمریکا متهم تا پیش از دسترسی به وکیل می‌تواند سکوت کند. از سوی دیگر در هر دو نظام برای تأمین حقوق متهم، تدارک بازجویی عادلانه و منصفانه و ضوابطی از قبیل تفہیم اتهام و ادله آن پیش‌بینی شده است. در حقوق آمریکا، تفہیم جلب و پیش‌بینی ابزار الکترونیکی برای ثبت و ضبط اظهارات متهم در نظر گرفته شده است؛ به علاوه، ضمانت‌اجراهای مناسبی از قبیل رد ادله، برای نقض حقوق دفاعی متهم پیش‌بینی شده است. در هر صورت با توجه به خلاف قاعده بودن بازداشت و دستگیری در این مرحله، هر دو نظام حقوقی تلاش خود را برای تقویت حقوق دفاعی متهم به کار گرفته‌اند.

hassankooshki@yahoo.fr

* عضو هیأت علمی دانشگاه علامه طباطبائی (نویسنده مسئول)

s.moghadam1992@gmail.com

** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علامه طباطبائی

تاریخ پذیرش: ۹۵/۰۲/۰۱

تاریخ دریافت: ۹۴/۰۷/۲۳

کلیدواژه‌ها: آین دادرسی کیفری، کشف جرم، حقوق شخص تحت نظر، حقوق ایران و آمریکا.

مطالعه تطبیقی حقوق شخص تحت نظر در نظام دادرسی کیفری ایران و آمریکا

مقدمه

آزادی یکی از حقوق اساسی شهروندان است که باید مورد توجه و اهتمام نظامهای حقوقی قرار گیرد. با این حال شاید در راستای کشف جرم و جمع‌آوری ادله در برخی موارد ضروری باشد که به صورت موقت و تحت شرایط خاص، آزادی شخص سلب گردد. با توجه به وجود مراحل مختلف در فرآیند دادرسی کیفری، یکی از مراحلی که بهشت آزادی‌های اشخاص را محدود می‌نماید، مرحله کشف جرم است. بنابراین وجود قواعد و مقرراتی شفاف با هدف تأمین حقوق و آزادی‌های اشخاص ضروری است. به منظور عملیاتی شدن فرآیند کشف جرم، قانون‌گذار اختیار و تکالیفی به ضابط دادگستری اعطا کرده است. یکی از مهم‌ترین اختیارات ضابط دادگستری، تحت نظر قرار دادن اشخاص است. ضابطان دادگستری بنابر ضرورت تحقیقات و مطابق با شرایط و تشریفات خاصی اختیار سلب آزادی اشخاص را به دست می‌آورند. در این موقعیت است که حقوق و آزادی‌های اشخاص رویاروی حقوق و منافع جامعه قرار می‌گیرد. هنر یک آیین دادرسی کیفری مطلوب، ایجاد تعادل میان این دو است.

با عنایت به آنکه مرحله کشف جرم اولین مقطع حضور مرتکب نزد مقامات رسمی و موقعیتی رعب‌آور و همراه با ترس است، ضروری است حقوقی برای مرتکب درنظر گرفته شود؛ چرا که مقتضی اصل برائت آن است که با شخص تحت نظر همانند یک شخص بی‌گناه رفتار شود و تمام حقوقی که برای یک فرد آزاد متصور است، برای او نیز در نظر گرفته شود. در همین راستا مفنن در ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ به اصل برائت اشاره نموده است. در واقع مهم‌ترین آثار اصل برائت کیفری را بایستی در بخش حقوق دفاعی متهم جستجو نمود، زیرا هدف نهایی از پیش‌بینی اصل برائت، حفظ حقوق مرتکب و جلوگیری از تضییع حقوق او است.

در حقوق آمریکا نیز اصل برائت از لزوم احراز وجود «دلیل موجه»^۱ در دستگیری‌ها برداشت می‌گردد. به عبارت دیگر اصل بر آن است که شخص بی‌گناه است مگر آنکه پلیس دلیل موجهی برای دستگیری شخص مظنون داشته باشد. افزون بر دلیل مذکور، طبق دکترین آمریکا، از یک سو مقام تعقیب (دولت)، بار اثبات عناصر تشکیل‌دهنده جرم را بر عهده دارد و از سوی دیگر حقوقی مانند حق سکوت، تکلیف نداشتن متهم به دفاع از خویشتن و اثبات بی‌گناهی خود به روشنی بر اصل برائت دلالت می‌کند.^۲

1. Probable cause

2. Barton, Ingraham, "The Right of Silence, the Presumption of Innocence, the Burden of Proof and a Modest Proposal", Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 86, Issue 2, Winter 1996, pp.562 - 563.



در ادبیات آین دادرسی کیفری «تحت نظر» یک اقدام سالب آزادی است که به موجب آن یک صاحب منصب پلیس قضایی (ضابط دادگستری) دستور می‌دهد که شخصی برای مدت کاملاً محدود و مشخص، تحت نظارت مقامات قضایی و به اشکال مذکور در قانون، تحت نظر و در اختیار او قرار گیرد.^۱

همان‌گونه که در این تعریف بیان شده است، تحت نظر اقدامی سالب آزادی است که حسب قانون و به دنبال شرایط و تشریفات خاصی در نظر گرفته می‌شود. برای تبیین مفهوم تحت نظر به عنوان اقدامی سالب آزادی چاره‌ای نیست که این نهاد با سایر نهادهای حقوقی سالب آزادی از قبیل جلب، دستگیری و بازداشت وقت مقایسه گردد. در مفهوم دستگیری به سلب آزادی متهم و یا مجرم اشاره شده است.^۲ در قوانین آین دادرسی کیفری تعریفی اصطلاحی از دستگیری بیان نشده است و از نظر حقوق دانان کیفری، مفهوم جلب و دستگیری مترادف انگاشته شده است.^۳ اما می‌توان گفت که دستگیری، اقدامی است که مأموران پلیس براساس تشریفات قانونی، آزادی شخصی را به منظور نگهداری وقت در اداره پلیس، با هدف کشف جرم و معرفی او نزد مقامات قضایی انجام می‌دهند و حال آنکه جلب نوعی دستگیری است که متعاقب دستور مقام قضایی صورت می‌گیرد. بازداشت وقت نیز نگهداری شخص در مراکز معین طی صدور قرار توسط مقام قضایی است و مدت آن نیز طولانی است. بر این اساس دستگیری و جلب (با وجود تمايز مفهومی که بیان شد) را باید شروع سلب آزادی قلمداد کرد که حسب مورد، شرایط و تشریفات قانونی ممکن است منجر به تحت نظر و یا بازداشت وقت گردد.^۴ دستگیری در لغت به معنای گرفتار ساختن و اسیر کردن است.^۵ در اصطلاح حقوقی، مستفاد از بند ت ماده ۴۵ قانون آین دادرسی کیفری، دستگیری برای جلوگیری از

1. Buisson, Jacques, "La Garde à Vue Dans la Loi du 15 Juin 2000", Revue de Sciences Criminelles et de Droit Pénal Comparé, no. 1, Janvier et Mars 2001, p. 25.

همچنین، ر. ک:

- انصاری، ولی‌الله، حقوق تحقیقات جنایی، انتشارات سمت، چاپ دوم، ۱۳۹۰، ص. ۴۳۵.

- اربیلی، محمدعلی، «نگهداری تحت نظر»، در: مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکtor محمد آشوری، انتشارات سمت، ۱۳۸۳، ص. ۲۰۷.

2. جعفری لنگرودی، محمدمجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد اول، گنج دانش، ۱۳۸۶، ص. ۱۹۰۶.

3. برای نمونه بنگرید به: آشوری، محمد آین دادرسی کیفری، جلد اول، انتشارات سمت، چاپ چهاردهم، ۱۳۸۸، صص. ۱۵۶ - ۱۵۵؛ و خالقی، علی، آین دادرسی کیفری، شهر دانش، چاپ بیست و پنجم، ۱۳۹۲، ص. ۱۸۲.

4. برای اطلاع بیشتر مراجعه کنید به: پرویزی فرد، آیت‌الله، «دستگیری متهم بدون دستور قضایی: مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و انگلیس»، فصلنامه حقوق، دوره ۴۲، شماره ۲، تابستان ۱۴۹۱، صص. ۹۱ - ۷۵.

5. معین، محمد، فرهنگ فارسی، انتشارات امیر کبیر، چاپ بیست و چهارم، ۱۳۸۶، ص. ۱۵۳۳.

فرار مرتکب جرم مشهود و آوردن او نزد مقام قضایی توسط ضابطان دادگستری است. اختیارات ضابطان در جرایم مشهود و غیرمشهود تفکیک گردیده است. بدین‌گونه که اختیارات آنان در جرایم مشهود وسیع‌تر از جرایم غیرمشهود می‌باشد. متن در ماده ۴۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مانند قانون سابق به جای تعریف جرایم مشهود به ذکر مصاديق آن پرداخته است. در جرایم مشهود، ضابطان دادگستری طبق ماده ۴۴ قانون موظفند «تمام اقدامات لازم را به منظور حفظ آلات، ادوات، آثار، علایم و ادلّه وقوع جرم و جلوگیری از فرار یا مخفی‌شدن متهم و یا تبانی، به عمل آورند، تحقیقات لازم را انجام دهنند و بلافاصله نتایج و مدارک به دست آمده را به اطلاع دادستان برسانند». اختیارات ضابطان در جرایم مشهود به اندازه‌ای است که حتی اگر برای حفظ دلایل جرم و جلوگیری از فرار متهم یا تبانی او با دیگران لازم تشخیص دهنده، می‌تواند بدون اجازه مالک وارد منزل او شوند و یا حتی متهم را جلب کنند.^۱ از حقوق شخص دستگیرشده نیز می‌توان به بندهای ۵ و ۶ ماده واحده قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳ اشاره نمود.^۲

در جرایم غیرمشهود نیز مطابق مواد ۴۴^۳ و ۴۵^۴ قانون آیین دادرسی کیفری رفتار خواهد شد. منظور از اجازه موردي در ماده ۴۵ قانون مزبور، دستور صریح مقام قضایی با ذکر نام متهم و یا ذکر نشانی مکان موردنظر است.^۵

چنانچه ملاحظه می‌شود، در این تعریف مقام مجری تحت نظر به صورت انحصاری، ضابط دادگستری قلمداد شده و این به دلیل تأثیرپذیری از تعریف ضوابط و تشریفات قانونی تحت نظر در فرانسه بوده است. در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ قلمرو تحت نظر از حیث مقامات مجاز به مقامات قضایی گسترش داده شده است. این مفهوم

۱. خالقی، علی، پیشین، ص. ۶۳.

۲. بند ۵ - اصل منع دستگیری و بازداشت افراد ایجاد می‌نماید که در موارد ضروری نیز دستگیری و بازداشت به حکم و ترتیبی باشد که در قانون معین گردیده است

۳. بند ۶ - در جریان دستگیری و بازجویی یا استطلاع و تحقیق، از ایداع افراد نظیر بستن چشم و سایر اعضاء، تحقیر و استغفار به آنان، اجتناب نمود.

۴. «ضابطان دادگستری می‌بایست به محض اطلاع از وقوع جرم، مراتب را برای کسب تکلیف و اخذ دستورهای لازم به دادستان اعلام کنند و دادستان نیز پس از بررسی لازم، دستور ادامه تحقیقات را صادر و یا تصمیم قضایی مناسب اتخاذ می‌کند.»

۵. «ورود به منازل، اماكن تعطيل و بسته و تفتیش آنها، همچنین بازرسی اشخاص و اشیاء در جرایم غیرمشهود با اجازه موردي مقام قضایی است، هرچند وی اجرای تحقیقات را به طور کلی به ضابط ارجاع داده باشد.»

۶. خالقی، علی، نکته‌ها در آیین دادرسی کیفری، شهر دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۳، ص. ۶۴.

با توجه به مواد ^۱۱۸۵ و ^۲۱۸۹ قانون آیین دادرسی کیفری قابل برداشت است. اصطلاح تحت نظر از قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه وارد قوانین آیین دادرسی کیفری ایران شده است. از تحت نظر به بازداشت پلیسی هم تعبیر می شود. در هر صورت، تحت نظر متعاقب دستگیری صورت می گیرد و شرایط و تشریفات خاصی بر آن حاکم است که در ادامه به آن پرداخته می شود.^۳

در کشورهای مبتنی بر نظام کامن لا و از جمله نظام دادرسی کیفری آمریکا از اصطلاح تحت نظر استفاده نمی شود، بلکه سلب آزادی اشخاص در قالب جلب و یا دستگیری است. در حقوق آمریکا میان توقيف و دستگیری تمایز وجود دارد. بدین گونه که هر توقيفي، جلب یا دستگیری محسوب نمی گردد، در حالی که هر جلبی، مستلزم دستگیری می باشد. افزون بر آن، زمانی جلب محقق می شود که چهار رکن جلب محقق شود:

- رکن اول تحقق توقيف و بازداشت^۴ است که از دو جزء توقيف حقيقي^۵ و توقيف قانوني^۶ تشکیل می شود. توقيف حقيقي، بدین معنا است که بردن شخص به

۱. «ماده ۱۸۵ - ضابطان دادگستری مکلفند متهم جلب شده را بلافاصله نزد بازپرس بیاورند و در صورت عدم دسترسی به بازپرس یا مقام قضایی جانشین، در اولین وقت اداری، متهم را نزد او حاضر کنند. در صورت تأخیر از تحويل فوری متهم، باید علت آن و مدت زمان نگهداری در پرونده درج شود. به هر حال مدت نگهداری متهم تا تحويل وی به بازپرس یا قاضی کشیک نباید بیش از بیست و چهار ساعت باشد.»

۲. «ماده ۱۸۹ - بازپرس مکلف است بلافاصله پس از حضور یا جلب متهم، تحقیقات را شروع کند و در صورت عدم امکان، حداقل طرف بیست و چهار ساعت از زمان تحت نظر قرار گرفتن او توسط ضابطان دادگستری، با رعایت ماده (۹۸) این قانون مبادرت به تحقیق نماید ...»

۳. ماده ۲ - ۶۲ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه مقرر می کند که: «تحت نظر تدبیر الزام اور است که از سوی پلیس قضایی و تحت نظر انتظام مقام قضایی، نسبت به فردی که علیه او یک یا چند دلیل قابل قبول بر طن به ارتکاب یا شروع به ارتکاب یک جنایت یا جنحه با مجازات حبس وجود دارد، اعمال می گردد. این تدبیر باید تنها شیوه برای تحقق حداقل یکی از اهداف زیر باشد:

۱- فراهم شدن امکان اجرای تحقیقاتی که نیازمند حضور یا مشارکت فرد است؛
تضمين حضور شخص نزد دادستان شهرستان به گونه ای که این مقام قضایی نسبت به تداوم تحقیقات، اطمینان حاصل نماید؛

۲- منع از ایجاد تغییرات در دلایل یا شواهد عینی موجود؛

۳- منع از اعمال فشار مرتكب بر شهود، قربانیان و همچنین خانواده یا نزدیکان ایشان؛

۴- منع از تبانی فرد با سایر افرادی که مظنون به معاونت یا مشارکت در جرم ارتکابی هستند؛

۵- تضمين اجرا و به نتیجه رسیدن اقدامات و تدابیر طراحی شده جهت توقف جنایت یا جنحه.
برای اطلاع بیشتر مراجعه کنید به: آشوری، محمد؛ و روح الله سپهری، «بررسی تطبیقی مرحله تحت نظر در آیین دادرسی کیفری ایران و فرانسه، آموزه های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۶، پاییز - زمستان ۱۳۹۲، صص. ۳۱ - ۳۳.

4. Seizure and Detention

5. Actual seizure

6. Constructive seizure

بازداشت (حبس) با استفاده از قدرت دست یا اسلحه (مبنی بر استفاده از اجبار بدون تماس با شخص) یا صرفاً از طریق تماس یافتن با شخص بدون استفاده از اجبار حاصل می‌شود. توقیف قانونی نیز زمانی محقق می‌شود که بدون هیچ‌گونه تماس فیزیکی و اجباری، خود شخص به صورت مسالمت‌آمیز در برابر خواسته مأمور تسلیم می‌شود. بنابراین اگر هیچ‌یک از دو جزء مذکور، تحقیق نیابد، جلب صورت نگرفته است.

- دومین رکن، قصد جلب^۱ می‌باشد. احراز قصد جلب با توجه به گفتار و رفتار مأمور قابل برداشت می‌باشد. حتی اگر شخص به صورت موقت توقیف شود، در صورتی که قصد جلب وجود نداشته باشد، جلب تحقیق نیافته است. احراز قصد، امری است دشوار؛ زیرا فقط در ذهن مأمور وجود دارد. با این حال دیوان عالی آمریکا مقرر نموده است: «زمانی که احراز قصد از طریق رفتار مأمور امکان‌پذیر نباشد، ملاک، انسان متعارف بدون توجه به قصد و نیت مأمور است.»^۲

- سومین رکن آن است که مأمور برای جلب اشخاص مجاز و صلاحیت داشته باشد.^۳ در دو مورد جلب غیرقانونی است: زمانی که مأمور به اشتباه تصور می‌کند که دارای مجوز دستگیری است و زمانی که خود مأمور می‌داند و آگاه است که مجوز ندارد اما به هر حال اقدام به جلب شخص می‌نماید.

- چهارمین رکن، تفهیم جلب به شخص جلب شده است.^۴ تفهیم یا از طریق گفتار یا رفتار مأمور به شخص دستگیرشده منتقل می‌شود. بعضی از رفتارهای مأمور را به جرأت می‌توان بیانگر تفهیم دانست؛ مانند موردی که شخصی مرتكب دزدی شده است و پلیس به تعقیب او می‌پردازد و سرانجام به او دستبند می‌زند و او را بدون هیچ صحبت و گفتاری به اداره پلیس می‌آورد. تفهیم جلب در سه موقعیت الزامی نمی‌باشد: زمانی که شخص مظنون مست یا تحت تأثیر مواد مخدر می‌باشد و متوجه نیست که چه چیزی در حال روی دادن است؛ زمانی که شخص مظنون مجنون است؛ و زمانی که شخص مظنون بی‌اختیار و فاقد هوشیاری است.^۵

1. The intention to arrest

2. Berkemer V. Mc Carty, 468 U.S. 420 (1984)

3. Arrest authority

4. Understanding by the arrestee

5. Del Carmen, Ronaldo, Criminal Procedure: Law and Practice, Wadsworth Cengage Learning Publishing, 8th Edition, 2008, pp.157 - 160.

در این نوشتار در گام نخست شفافیت ضوابط و تشریفات توسل به تحت نظر و سپس حقوق اشخاص در فرآیند تحت نظر مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱. شفافیت ضوابط و تشریفات توسل به تحت نظر: گامی اساسی برای ارتقای حقوق فردی

یکی از حقوق بنیادین اشخاص، حق برآردی است و متهم نیز از این قاعده مستثنی نیست. در این راستا، قانون‌گذاران شرایط و الزاماتی را برای استفاده از تحت نظر تعیین می‌کنند. هدف از الزامات یادشده این است که موارد و قلمرو تحت نظر به عنوان اقدامی ناقض حقوق متهم به کمترین میزان ممکن برسد.

با توجه به اصل برائت و نیز قانونی بودن اقدامات ضابطان، بهمنظور تضمین حقوق شخص تحت نظر در صورت عدم رعایت ضوابط و مقررات قانونی، در هر دو نظام ضمانت اجراهایی تبیین شده است. در حقوق ایران مطابق ماده ۶۳ قانون آیین دادرسی کیفری، محکومیت به سه ماه تا یک سال انفصال از خدمات دولتی درنظر گرفته شده است. در حالی که در رویه دادرسی آمریکا، افزون بر ضمانت اجراهای مدنی، اداری و کیفری برای ضابطان، قاعده بطلان دلیل^۱ نیز به رسمیت شناخته شده است. بدین معنا که قاعده مذکور با بیاعتبار شمردن دلایل حاصل از دستگیری‌ها، توقیف‌ها و تفتیش‌های غیرقانونی، به حمایت از حقوق اشخاص پرداخته است.^۲ اجرای قاعده مذکور نه تنها در سطح فدرال بلکه در ایالت‌های آمریکا نیز الزامی است.^۳ بنابراین احراز دلیل موجه و یا معقول برای جلب و دستگیری ضروری است.

در تعریف رویدای (عملی)، ضابطه دلیل معقول، چیزی کمتر از ضابطه فراتر از هر شک معقول^۴ که برای صدور حکم محکومیت لازم است و فراتر از ضابطه ظن معقول^۵ است. به عبارت دیگر، دلیل موجه زمانی وجود دارد که بیش از پنجاه درصد علم مبنی بر ارتکاب جرم توسط متهم وجود داشته باشد. اگر دلیل موجه پس از تفتیش یا دستگیری غیرقانونی ایجاد شود، غیرقابل قبول است. بنابراین، احراز دلیل موجه مقدم بر هرگونه دستگیری می‌باشد.

1. Exclusionary rule
2. Kaminski, Daniel, “Concluded to Exclude: The Exclusionary Rule’s Role in Civil Forfeiture Proceedings”, Seventh Circuit Review, Vol. 6, Issue. 1, Fall 2010, p.269.
3. Mapp V. Ohio, 367 U.S. 643 (1961)
4. Beyond a reasonable doubt
5. Reasonable suspicion

عدم احراز دلیل موجه موجب استناد به قاعده بطلان دلیل و سبب خروج دلیل به دست آمده از شمار ادله و نیز سبب اقامه دعواه حقوقی علیه ضابط ناقض قانون می‌گردد. البته می‌بایست متذکر گردید که اختیار داده شده به اشخاص در دستگیری‌ها مشمول قاعده بطلان دلیل قرار نمی‌گیرد.^۱ قلمرو مجاز دستگیری توسط شهروندان در رویه قضایی آمریکا ثابت مانده است. البته باز اثباتی که بر دوش آنان قرار می‌گیرد بسیار سنگین‌تر از مأموران رسمی است و نیز محدوده اختیار داده شده به شهروندان در هر حوزه قضایی متفاوت است.^۲ در حقوق کامن‌لا، مانند حقوق ایران (تبصره ۱ ماده ۴۵ قانون آیین دادرسی کیفری) افراد عادی می‌توانند بدون وجود قرار به دستگیری اشخاصی که مرتکب جرم از درجه جنایت یا موجب اخلال در نظم و امنیت عمومی شده‌اند، بپردازنند.

این نکته نیز شایان ذکر است که صدور قرار جلب افراد به شکل غیرترافعی بوده و تنها بر مبنای تقاضای پلیس یا دادستان، توسط قاضی دادگاه بخش صورت می‌گیرد.^۳

در حقوق آمریکا نیز مانند حقوق ایران به تفکیک جرایم از حیث الزام به صدور قرار و عدم الزامی بودن صدور قرار، پرداخته شده است. به عنوان مثال در ایالت نگراس، موقعیت‌هایی که نیاز به صدور قرار نمی‌باشد عبارتند از:

- جرم جنایت^۴ در مرئی و منظر مأموران روی داده باشد. منظور از روی دادن جرم در حضور پلیس آن است که او مستقیماً با حواس پنج گانه (بینایی، شنوایی، چشایی، لامسه و بویایی) به ارتکاب جرم آگاهی یابد.^۵
- جرم جنحه^۶ در مرئی و منظر مأمور واقع شده باشد.

1. Hall, Daniel, Criminal Law and Procedure, Delmar Cengage Learning Publisher, 5th Edition, 2009, p. 326.

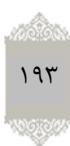
2. Nemeth, Charles, Private Security and the Law, U. S. A, Elsevier, 4th Edition, 2012, pp.73 - 74.

^۳ یوسفی، ایمان، تحقیقات مقدماتی در آیین دادرسی کیفری، انتشارات جنگل، ۱۳۹۲، ص. ۱۸۱.

^۴ جنایت (felony) جرایمی مانند قتل، سرقت و ایراد ضرب و جرح مشدد هستند که مجازات آنها یک سال حبس یا بیشتر از آن است.

^۵ حس بینایی: مأمور می‌بیند که شخصی به ایراد ضرب نسبت به شخص دیگر می‌پردازد. حس شنوایی: مأمور پلیس صدای فریاد یا گریه‌ای را از داخل آپارتمانی می‌شنود که همراه با تقاضای کمک است. حس بویایی: مأمور بوی بنزین، باروت، گاز یا ماری‌جوانا استشام می‌کند. حس لامسه: مأمور به بررسی درب‌ها (راهروها) یا پنجره‌های واقع در مکان تاریک می‌پردازد یا به لمس صدا خفه کن موجود در ماشین می‌پردازد. حس چشایی: مأمور ماده‌ای سفید را می‌چشد، برای آنکه تشخیص دهد که ماده موردنظر شکر است یا نمک یا مواد مخدور. حس چشایی در مقایسه با حواس دیگر کمتر مورد استفاده قرار می‌گیرد و کمتر قابل اعتماد است، به همین دلیل در بعضی بخش‌ها استناد به این حس ممنوع شده است.

^۶ جنحه (misdemeanor) جرایمی هستند که از نظر شدت از جنایت خفیفتر هستند و مجازات آنها جرای نقدي یا محکومیت به حبس کمتر از یک سال است.



- جرایمی که در مکان‌های عمومی واقع می‌شود؛ حتی اگر مأمور زمان و فرصت دریافت قرار را هم داشته باشد، نیازی به اخذ قرار نمی‌باشد، چه جرم ارتکابی جنحه باشد و چه جنایت. دستگیری بدون قرار در اینجا به این دلیل معتبر است که مکان عمومی کمتر مورد حمایت اصلاحیه چهارم قانون اساسی و حق حریم خصوصی واقع شده است.

- وجود اوضاع و احوال غیرمنتظره و فوری. این موقعیت دارای معانی گوناگونی می‌باشد. به عنوان مثال زمانی که احتمال فرار شخص وجود داشته باشد.

- خطری مأمور را تهدید کند.

در قرار می‌بایست نام دادگاه صادرکننده، نام شخص مظنون، موضوع اتهام، تاریخ صدور قرار و امضای قاضی ذکر شود. البته در صورتی که نام شخص مظنون مشخص نباشد، قراری بی‌نام صادر می‌شود. این قرار در صورتی اعتبار دارد که در برگیرنده توضیحات و توصیفاتی از شخص مظنون باشد، به‌طوری که با اطمینان معقولانه قابل شناسایی باشد. در غیر این صورت اعتباری ندارد، زیرا ممکن است پلیس با استناد به آن هر شخصی را دستگیر کند و زمینه سوءاستفاده مهیا شود.

«قاعده در زدن و اعلام هویت»^۱ یکی از قواعد و ضوابط مهم است که باید در هنگام دستگیری، تفتیش و بازرسی رعایت شود. طبق قانون فدرال و قانون بسیاری از ایالت‌ها، مأمور پلیس به منظور اجرای قرار جلب یا تفتیش، مکلف است هدف (اجرامی قرار) و صلاحیت خویش را قبل از ورود به محل موردنظر اعلام نماید؛ زیرا حمایت از حریم خصوصی اشخاص و نیز امکان تسلیم شدن ارادی شخص و عدم بروز هرگونه خشونت مقتضی قاعده موصوف است.^۲

قاعده مذکور تحت شمول اصلاحیه چهارم قانون اساسی (الزامات مربوط به موجه و متعارف بودن تفتیش‌ها و توقيف‌ها) قرار می‌گیرد، لیکن قاعده‌ای انعطاف‌پذیر است و دارای استثنائاتی می‌باشد. بدین معنا که در اوضاع و احوال ضروری و فوری که بیم به خطر افتادن امنیت مأموران یا اشخاص ثالث یا از بین رفتن ادلّه وجود دارد، جاری نمی‌گردد. موقعیت‌های زیر نمونه‌هایی از شرایط فوری و اضطراری^۳ است:

- اعلام حضور سبب آسیب رسیدن به مأمور می‌شود. به عنوان مثال شخص مظنون فراری و مسلح است.

- احتمال از بین رفتن آلات و ابزار مربوط به جرم یا ادلّه وجود دارد.

1. Knock and announce rule

2. Scheb, John M; and John M Scheb ll, Criminal Procedure, U.S.A, Wadsworth, 6th Edition, 2012, p. 67.

3. Exigent circumstances

-
- مأموران به طور معقول و موجه بر این باورند که یک خطر جسمی قریب الوقوع برای شخصی در محل مذکور در حال رویدادن است؛ مانند زمانی که پلیس صدای فریاد کمک را می‌شنود.
- شخص موردنظر در حال ارتکاب جرم است.
- موارد مذکور تمثیلی هستند و مطابق تصمیم دادگاه، اوضاع و احوال هر پرونده‌ای می‌باشد جدای از آنکه بررسی شوند.^۱

در بعضی موقعیت‌ها که صدور قرار الزامی است، به عنوان مثال زمانی که جرم در مرئی و منظر مأمور واقع نشده باشد؛ بزهديه به پلیس اطلاع می‌دهد و مأمور به تحقیق می‌پردازد؛ سپس با یک سوگندنامه نزد قاضی حاضر می‌شود و تقاضای صدور قرار می‌نماید. در صورتی که قاضی به این نتیجه برسد که دلیل موجهی وجود دارد، به صدور قرار می‌پردازد. البته پلیس در اوضاع و احوال ضروری به منظور جلوگیری از فرار شخص می‌تواند بدون قرار اقدام به دستگیری نماید.

هنگامی که شخص مظنون در محل سکونتش است و دلیلی برای یک دستگیری فوری وجود ندارد، پلیس نمی‌تواند به اقامتگاه خصوصی شخص وارد شود و نیز برای جرایم کم‌اهمیت (خرد) نیاز به مجوز می‌باشد. به عنوان مثال، فرض کنید مأمور به مست بودن راننده‌ای مظنون می‌شود. به دنبال وی به خانه شخص می‌رود تا پیش از خارج شدن الكل از بدنش، او را دستگیر نماید. در این موقعیت مأمور نمی‌تواند بدون قرار یا رضایت وارد خانه شخص شود.

شایان ذکر است که در حقوق آمریکا در برخی موقعیت‌ها^۲ با توجه به اینکه تحت حمایت اصلاحیه چهارم واقع می‌شوند، احرار «دلیل موجه» الزامی نیست؛ بلکه وجود «ظن متعارف» کفايت می‌کند، زیرا این موقعیت دستگیری نمی‌باشد که احرار دلیل موجه الزامی باشد. شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر این وضعیت این‌گونه است که مأمور پلیس می‌باشد رفتار غیرمعمولی از جانب شخصی را مشاهده و به طور متعارف و در پرتو تجربیاتش به این نتیجه رسد که رفتار مجرمانه‌ای روی داده یا در حال اتفاق افتادن است و شخص موردنظر ممکن است مسلح باشد. در برخورد نخست پلیس مکلف است در ابتدا خودش را معرفی نماید و سپس به پرس و جوی متعارف بپردازد. یکی از مهمترین و برجسته‌ترین پرونده‌ها در زمینه توقيف و بازرسی بدنه، «پرونده تری» است.^۳ در این پرونده دیوان عالی رأی داده است:

1. Del Carmen, Op. Cit., p. 174.

2. Stop and frisk.

3. Terry V. Ohio, 392 U.S 1(1968).

«پلیس دارای اختیار و صلاحیت است که شخصی را برای مدت کوتاه، به منظور سؤال کردن حتی بدون دلیل موجه، در پرتو تجربیاتش در صورت اعتقاد به ارتکاب جرم بازداشت و توقيف کند. توقيف شخص به منظور تحقیق و پرسیدن سؤال، دستگیری محسوب نمی شود».

مأمور پلیس این حق را ندارد که شخص توقيف شده را به پاسخ دادن به پرسش‌ها مجبور کند. در پرونده‌ای دادگاه تأکید کرد که اگرچه پلیس صاحب اختیار است که هر شخصی را دستگیر و از او بازجویی کند، ولی شخصی که مورد پرسش قرار می‌گیرد هیچ الزامی به پاسخ‌گویی ندارد.^۱ البته امتناع این شخص ممکن است منجر به قرینه‌ای برای بازرسی بدنی گردد.

توقيف تحقیقاتی می‌باشد و نباید مدت آن بیشتر از آنچه که ضرورت اقتضا می‌کند، باشد. در غیر این صورت توقيف به دستگیری بی‌اعتبار تبدیل می‌شود، مگر آنکه دلیل موجهی وجود داشته باشد. در موقعیت توقيف و بازرسی بدنی حقوق میراندا اطلاع داده نمی‌شود.

پس از آنکه شخص توقيف شد، مأمور پلیس ممکن است به بازرسی بدنی^۲ شخص پردازد؛ البته این بازرسی محدود به داشتن ظن متعارف مبنی بر آسیب‌رسیدن به خود مأمور یا به اشخاص دیگر می‌باشد. حدود اختیار مأمور برای بازرسی بدنی محدود است؛ بدین معنا که اگر مأمور در بازرسی بدنی احساس کند که شیء مورد نظر اسلحه نمی‌باشد، قانونی نیست که آن را ضبط کند و در صورت ضبط، دلیل به دست آمده معتبر نمی‌باشد.

توقيف اشخاص با دستگیری متفاوت است. بدین گونه که در توقيف درجه قطعیت ظن معقول است؛ محدوده نفوذ بازرسی بدنی برای کشف اسلحه؛ و هدف، پیشگیری از رفتار مجرمانه است. قرار لازم نیست و مدت آن هم نباید از آنچه برای دستیابی به هدف لازم است، تجاوز کند.

در دستگیری درجه قطعیت دلیل موجه است؛ محدوده نفوذ، کل بدن؛ و هدف، بازداشت شخص یا تعیین اینکه جرمی رخ داده است. صدور قرار الزامی است مگر در استثنایات و مدت آن در بازداشت است تا آزاد شدن قانونی.

مأموران پلیس حتماً باید با مقررات دستگیری آشنا باشند، زیرا تعقیب موفق منوط به قانونی بودن دستگیری است. اگر دستگیری قانونی باشد، بازرسی شخص دستگیرشده نیز قانونی است. در غیر این صورت، مدارک به دست آمده در دادگاه

1. Florida V. Royer, 460, U.S.491 (1983).
2. Frisk.

غیرقابل پذیرش خواهند بود. بنابراین، طبق دکترین میوه درخت مسموم^۱، در صورتی که توقیف و تفتیش غیرقانونی باشد (درخت مسموم)، دلیل حاصل از آن^۲ نیز (میوه) غیرقابل قبول می‌باشد.

در دستگیری اشخاص، همان‌گونه که اصلاحیه اشاره نموده است، احراز دلیل موجه الزامی است. دلیل موجه دارای دو تعریف حقوقی و رویه‌ای می‌باشد. در تعریف حقوقی این‌گونه آمده است: «دلیل موجه زمانی وجود دارد که مأمور مبتنی بر دانش و تجربیاتش به این نتیجه رسد که شخصی مرتکب جرمی شده است، یا در حال ارتکاب جرمی است. به طوری که یک شخص متعارف محظوظ در همان اوضاع و احوال به این نتیجه رسد که رفتار مجرمانه‌ای روى داده یا در حال ارتکاب است.» بنابراین نه ادراک پلیس و نه ادراک شخص مظنون معیار تعیین‌کننده دستگیری نمی‌باشد، بلکه انسان متعارف^۳ ملاک می‌باشد.^۴

همان‌گونه که در حقوق ایران، دادستان بر اقدامات ضابطان نظارت دارد؛ در حقوق آمریکا، قراری به نام «قرار احضار زندانی»^۵ وجود دارد. بدین معنا که نظارت و کنترل پلیس در طول مدتی که متهم را تحت نظر دارد، به دادگاه یعنی مرجعی که رابطه همکاری مستقیمی با پلیس ندارد، محل شده است. این قرار که در محاکم فدرال و نیز ایالت‌ها جاری است، قراری است خطاب به مأمور بازداشت‌کننده بدین منظور که شخص بازداشت‌شده را در دادگاه حاضر نماید تا موجه‌بودن بازداشت یا توقیف صورت گرفته و ادامه دادن آن را توضیح دهد. اجرای این قرار در هر مرحله از مراحل آیین دادرسی کیفری و نسبت به هر شخصی که از آزادی محروم شده، امکان‌پذیر است. به عبارت دیگر، هر شخصی که بر این باور است به صورت غیرقانونی بازداشت شده، ممکن است از این قرار به منظور تحصیل آزادی استفاده نماید، زیرا هدف این قرار ممانعت از هرگونه بازداشت و توقیف غیرقانونی توسط مأموران دولتی است و در بیشتر اوقات «بزرگ‌ترین قرار آزادی»^۶ نامیده می‌شود.

قرار مذکور با تجدیدنظرخواهی متفاوت است. تجدیدنظرخواهی برای تجدیدنظر کردن در محکومیت صورت گرفته می‌باشد، در حالی که این قرار برای آزادشدن از زندان است. در تجدیدنظرخواهی متهم محکوم شده، اما ممکن است با قرار وثیقه آزاد باشد؛

1. The fruit of the poisonous tree
2. "Secondary evidence" Or "Derivative evidence"
3. Michigan V. Chesternut, 486; U.S 567(1988)
4. Del Carmen, Op. Cit., p. 154.
5. The writ of Habeas Corpus
6. The Great Writ of Liberty



۲. حقوق اشخاص در مرحله تحت نظر

یکی از منابع حقوق حقوق آمریکا اصلاحیه‌های قانون اساسی این کشور می‌باشد؛ از جمله اصلاحیه چهارم (ممنوعیت تفتیش‌ها و توقيف‌های غیر قانونی)، اصلاحیه پنجم (منع اجبار به اقرار به جرم)، اصلاحیه ششم (حق دسترسی به وکیل) و اصلاحیه هشتم (منع مجازات‌های غیرقانونی) که از مهم‌ترین اصلاحیه‌های مرتبط با آیین دادرسی کیفری می‌باشند. یکی از مهم‌ترین و قابل توجه‌ترین اصلاحیه‌ها، اصلاحیه چهارم قانون اساسی آمریکا (مصوب ۱۷۹۱) می‌باشد که مقرر می‌دارد:

«حق امنیت جان، مسکن، اوراق و اسناد و (مصطفونی) دارایی‌های مردم در برابر تفتیش و توقيف غیرموجه تضمین می‌شود و هیچ‌گونه حکم بازداشت اشخاص یا توقيف اموال صادر نمی‌شود، مگر بر پایه یک دلیل موجه با سوگند یا اعلام رسمی، و محل مورد تفتیش و اشخاص یا اموالی که باید توقيف شود، باید دقیقاً مشخص شود.»

اصلاحیه چهارم یکی از بنیادی‌ترین اصولی است که به تضمین حقوق شخص چه پیش از دستگیری و چه پس از آن می‌پردازد. اصلاحیه مذکور یکی از موارد قابل توجه

1. Ibid, p. 165.

در تأمین و تضمین حقوق اشخاص در دستگیری‌ها، تفتيش‌ها و توقيف‌ها می‌باشد. هدف از وضع آن حمایت از اشخاص در برابر قدرت نامحدود مأموران در موقعیت‌های تفتيش، توقيف و نیز حفظ حریم خصوصی می‌باشد. اصلاحیه چهارم نه تنها در سطح فدرال لازم‌الاتّابع است، بلکه ایالت‌های آمریکا هم ملزم به تبعیت از آن می‌باشند. اگرچه در ایالت‌ها، مقتن می‌تواند از آنچه که اصلاحیه مقرر نموده است، فراتر روند و تضمین‌ها و حمایت بیشتری برای اشخاص درنظر گیرد.^۱

در حقوق آمریکا زمانی که شخصی تحت بازداشت قرار می‌گیرد، اعلامیه میراندا^۲ می‌بایست رعایت شود و برای عدم رعایت این الزام، ضمانات‌اجراهای کیفری، مدنی و اداری در نظر گرفته شده است. پیش از آنکه متهمی مورد بازجویی قرار گیرد، پلیس ملزم به اعلام هشدار میراندا شده است. ابتدا می‌بایست متذکر شد که در همه موقعیت‌ها هشدار میراندا اطلاع داده نمی‌شود، بلکه در موقعیت «بازجویی در حین بازداشت»^۳ این کار می‌بایست انجام شود و در دو وضعیت است که موقعیت مذکور ایجاد می‌شود. این موقعیت از دو حالت تشکیل شده است، نخست موقعیت بازداشت (Interrogation) و سپس موقعیت بازجویی (Custody).

در دو وضعیت، موقعیت بازداشت ایجاد می‌شود. موقعیت اول زمانی است که فرد دستگیر شده است، بدون تفکیک میان جرایم جنایت و جنحه و نیز بدون تفکیک میان جرایمی که الزام به صدور قرار وجود دارد و ندارد، می‌بایست حقوق شخص مظنون که معروف است به حقوق میراندا، به وی اعلام شود. لازم به ذکر است که پرسش مختصر پلیس در صورتی که قصد دارد شخص را پس از بازداشت کوتاه آزاد کند، دستگیری نیست و نیز توقيف وسائل نقلیه موتوری بهمنظور دیدن گواهی‌نامه دستگیری محسوب نمی‌شود. بنابراین اعلام حقوق میراندا موضوعیت نمی‌یابد، حتی اگر پلیس سئوالاتی را هم بپرسد.

1. Scheb and Scheb II, Op. Cit., p. 48.

۲. Miranda warning: بروندۀ میراندا ناظر به شخصی بود که در خانه‌اش در فونیکس ایالت آریزونا دستگیر شد و سپس برای تحقیق در ارتباط با زنا و آدمربایی به اداره پلیس برده شد. ضابطان از او به مدت دو ساعت بازجویی کردند و در حالی که اقرار کنی امضاشده میراندا را اخذ کرده بودند، از اتاق بازجویی خارج شدند. در زمان محکمه، اقرار به دست آمده تصدیق شد و میراندا محکوم شد. دادگاه تجدیدنظر هم محکومیت میراندا را تأیید کرد اما میراندا از دیوان عالی تقاضای رسیدگی کرد و دیوان اعلام کرد: «هنگامی که شخصی توقيف می‌شود یا مقامات صلاحیت‌دار او را از حقوق محروم می‌کنند و مورد پرسش و بازجویی قرار می‌گیرد، امتیاز منع خود اتهامی (اقرار اجباری) در خطر قرار می‌گیرد. بنابراین شخص مظنون قبل از هر پرسش و تحقیقی می‌بایست از حقوقش آگاه گردد که این حقوق عبارتند از: حق سکوت، هچیزی که شخص می‌گوید علیه او در دادگاه به کار خواهد رفت، حق حضور وکیل و اگر توانایی وکیل گرفتن را نداشته باشد، وکیلی برایش تعیین خواهد شد.»

3. Custodial interrogation

-
- موقعیت دوم هنگامی است که شخص دستگیر نشده است، بلکه به طریق قابل توجهی از آزادی محروم شده است.^۱ البته اوضاع و احوال هم در تعیین این موقعیت‌ها مؤثر می‌باشند. در واقع در این موقعیت، یک انسان متعارف احساس خواهد کرد که در حبس (توقیف) است، یعنی به او بعد از تحقیق و پرسش اجازه خروج داده نمی‌شود.^۲
- دادگاه در چندین پرونده رأی داده است که «معیار تعیین در حبس بودن شخص، همیشه مبتنی بر ضابطه عینی است.» افزون بر آن بیان داشته است که الزام مأموران به درنظر گرفتن ویژگی‌های شخصی مانند سن یا پیشینه، معیار را به یک ملاکی ذهنی تبدیل می‌کند که این معیار برای مأموران بسیار سخت است.
- هرگاه پلیس شخصی را برای پاسخگویی به چند سؤال به اداره پلیس فرا خواند، در این بازجویی هشدارهای میراندا الزاماً باید ارائه شود، زیرا فضای اداره پلیس یک محیط اجبارکننده برای بازجویی است. البته این امر دارای استثنای به شرح زیر می‌باشد:
- شخص مظنون با اراده خویش به اداره پلیس می‌رود و آگاه است که هر زمان بخواهد می‌تواند آن محل را ترک کند.
 - زمانی که شخص مظنون با دعوت پلیس فراخوانده می‌شود، اما به او گفته می‌شود که در موقعیت دستگیری نمی‌باشد و آزاد است که هر زمان خواست برود.
- حتی زمانی که شخص در ماشین پلیس مورد پرسش قرار می‌گیرد، الزامی است که هشدارهای میراندا ارائه شود. زیرا آنجا محیطی بالذات اجبارکننده است و شخص به صورت قابل توجهی از آزادی خود محروم شده است.
- حال به بررسی موقعیت بازجویی می‌پردازیم. بازجویی در یکی از دو موقعیت زیر حاصل می‌شود:
- هنگامی که پلیس به منظور متهم کردن شخص سؤوالاتی می‌پرسد. بسیاری از بازجویی‌ها در این طبقه واقع می‌شوند. سؤوالاتی مانند «آیا تو او را کشته؟»، «اسلحة کجاست؟» و «چرا این کار را انجام دادی؟». چنین سؤوالاتی با هدف اخذ اقرار یا قبول جرم از جانب شخص مظنون پرسیده می‌شود. البته سؤوالاتی مانند نام و محل اقامت که مخصوص شناسایی هویت مظنون است، مشمول حقوق میراندا نمی‌شود.
 - هنگامی که پلیس سؤوالاتی نمی‌پرسد اما شرایط به وجود آمده، با توجه به اقداماتش مساوی با بازجویی است.

1. Suspect is deprived of freedom in a significant way.
2. Del Carmen, Op. Cit., p. 356.

حقوق میراندا می‌بایست در موقعیت‌های مذکور به شخص ارائه شود. حقوق میراندا قاعده‌ای اساسی و بنیادین است و اگر کنگره قانونی را تصویب کند که سبب تعلیق یا نسخ هشدارهای میراندا شود، آن قانون معتبر نخواهد بود.

ممکن است این پرسش مطرح شود که آیا هر رویارویی و برخوردی که میان پلیس و شخص مظنون واقع می‌شود، تحت هشدارهای میراندا قرار می‌گیرد یا خیر. همان‌گونه که اشاره شد، می‌بایست موقعیت‌های فوق الذکر وجود داشته باشد تا حقوق میراندا ارائه شود. از این‌رو، موقعیت‌های ذیل بازجویی محسوب نمی‌شوند و تحت شمول حقوق میراندا نیز واقع نمی‌شوند:

- سوالات متداول که معمولاً منجر به خوداتهمامی نمی‌شوند، مانند سؤال درباره نام، سن، آدرس و شغل؛ زیرا این‌گونه پرسش‌ها بازجویی محسوب نمی‌شوند.
- زمانی که امنیت عمومی در مخاطره است یا آنکه خطری مأموران را تهدید می‌کند.
- مأموران مخفی ملزم نمی‌باشند که هشدارهای میراندا را ارائه دهند زیرا هیچ‌گونه حبسی به وقوع نپیوسته است.^۱

۱-۲. اعلام حقوق پیش‌بینی شده در قانون

ماده ۵ قانون آیین دارسی کیفری مقرر نموده است که «متهم باید در اسرع وقت، از موضوع و ادله اتهام انتسابی آگاه و از حق دسترسی به وکیل و سایر حقوق دفاعی مذکور در این قانون بهره‌مند شود.» حق اطلاع متهم از اتهام خود و ادله آن و نیز حق وی به دسترسی به وکیل و سایر حقوق دفاعی خود محدود به مکان و نزد مقامی خاص نبوده و در سریع ترین زمان ممکن، چه نزد ضابطان باشد و چه نزد مقام قضایی، باید رعایت گردد.^۲ رعایت حقوق متهمان در این مرحله، بستگی به آموزش‌های خاص انتظامی و قضایی ضابطان دادگستری و آگاهی آنان نسبت به مقررات آیین دارسی کیفری در مرحله کشف جرم دارد.^۳

در حقوق آمریکا نیز می‌بایست حقوق شخص مظنون که همان هشدارهای میراندا است، به او تفهیم شود. بدین‌گونه که به شخص گفته می‌شود:

1. Hall, Op. Cit., p. 400.

۲. خالقی، علی، نکته‌ها در آیین دارسی کیفری، پیشین، ص. ۲۶.

۳. مؤذن‌زادگان، حسنعلی، «مطالعه تطبیقی وظایف و اختیارات ضابطان دادگستری در مقررات کنونی و لایحه آیین دادرسی کیفری»، در: علوم جنایی، کتاب دوم، میزان، ۱۳۹۱، ص. ۵۳۷.



۱. برای جزئیات بیشتر، ر. ک:

- شما حق سکوت دارید و می‌توانید به پرسش‌ها پاسخ ندهید. متوجه شدید؟
 - هر چیزی که بگویید، ممکن است در دادگاه علیه شما مورد استناد قرار بگیرد. متوجه شدید؟
 - حق دارید پیش از پاسخ دادن به پرسش‌های پلیس با یک وکیل مشورت کنید یا یک وکیل همراه داشته باشید. متوجه شدید؟
 - چنانچه توانایی انتخاب وکیل را ندارید، با درخواست شما، پیش از بازجویی برای شما وکیلی تعیین خواهد شد. متوجه شدید؟
 - در صورتی که بدون حضور وکیل تصمیم به پاسخ دادن به پرسش‌ها بگیرید، هنوز این حق را دارید که هر زمان بخواهید، پاسخ را متوقف کنید تا وکیلی حضور یابد. متوجه شدید؟^۱
- البته هشدار پنجم مبنی بر آنکه شخص حق دارد که به گفتگو در هر زمان خاتمه دهد، بعداً به تصمیم میراندا افزوده شده است و تحت الزامات تصمیم میراندا واقع نمی‌شود. در یک پرونده^۲ دادگاه اعلام کرد اگر شخص به هر طبقی و در هر زمانی چه پیش از تحقیق و پرسش و چه در اواسط آن نشان دهد که خواهان سکوت است، بازجویی باید متوقف شود. در غیر این صورت، اطلاعات به دست آمده به عنوان دلیل، غیرقابل پذیرش خواهد بود، مگر آنکه ثابت شود که شخص عالمانه و آگاهانه حقش را اسقاط کرده است.
- پس از ارائه حقوق میراندا و حتی اگر شخص مظنون از حقوقش صرف‌نظر نموده باشد و بازجویی متوقف شود و مدت طولانی از بازجویی نخست بگذرد، مأمور پلیس مجدداً برای بازجویی دوم نیز باید هشدارهای میراندا را اعلام نماید. دادگاه در تصمیمات قضایی معیار روشنی برای وقفه طولانی مشخص نکرده، اما گفته شده است که در صورت گذشت مدت زمانی قابل توجه و نیز در اوضاع و احوالی که در مورد ارائه مجدد حقوق مذکور تردید هست، بهتر است حقوق مذکور بیان شود.

ممکن است پرسشی مطرح شود مبنی بر آنکه اسقاط حقوق میراندا امکان‌پذیر است یا خیر و در صورت صرف‌نظر، با وجود چه شرایطی می‌توان به صرف‌نظر کردن از حقوق مذکور استناد نمود. در پاسخ باید گفت که می‌توان از حقوق مذکور صرف‌نظر کرد، ولی بار اثبات اسقاط بر عهده مقام تعقیب است که ثابت کند که شخص آگاهانه حقوق مذکور را اسقاط کرده است. اصل بر عدم اسقاط حقوق میراندا در محاکمات می‌باشد. اسقاط حق لازم

Acker, James; and David Brody, Criminal Procedure: A Contemporary Perspective, Jones and Bartlett Publishers, 2nd Edition, 2004, pp. 251 - 265.
2. Duckworth V. Eagan; 492 U.S 195 (1989)

نیست کتبی باشد و به امضای متهم رسیده باشد.^۱ اما سکوت متهم پس از ارائه هشدارهای میراندا بیانگر اسقاط حقوق میراندا نمی‌باشد. حتی اگر مرتكب در ابتدا حقوقش را اسقاط نماید، پیوسته این فرصت را دارد که پیش از خاتمه بازجویی به حقوقش استناد نماید.^۲

هشدار دوم میراندا (هر چیزی که بگویید ممکن است در دادگاه علیه شما مورد استناد قرار گیرد) در مرحله تحقیقات پلیسی در حقوق ایران پیش‌بینی نشده است، اما در مرحله تحقیقات مقدماتی مستند به ماده ۱۹۵ قانون آیین دادرسی کیفری بازپرس پیش از شروع به تحقیق با توجه به حقوق متهم به وی اعلام می‌کند که مراقب اظهارات خود باشد و نیز در مرحله رسیدگی در دادگاه، مستند به ماده ۳۹۶ قانون آیین دادرسی کیفری پیش‌بینی شده است که خطاب به متهم گفته شود «درموقع محکمه مواطبه گفتار خود باشد.»

در مورد اسقاط حقوق میراندا توسط نوجوانان دو دیدگاه ارائه شده است. از دیدگاه نخست^۳ نوجوانان می‌توانند حقوق میراندا را ساقط نمایند و دادگاه در ارزیابی آن معیار اوضاع و احوال را درنظر می‌گیرد که آیا ارادی و آگاهانه بوده است یا خیر و همچنین سن، ادراک، بلوغ و تجربیات پیشین شخص در فرآیند کیفری مورد توجه قرار می‌گیرد. طرفداران دیدگاه دوم^۴ بر این باورند که پیش از آن می‌بایست والدین ذینفع، سرپرست یا وکیل وی حضور داشته باشند و او را نسبت به صرفنظر کردن از حقوقش که همان حق مشورت کردن با وکیل و حق سکوت است، نصیحت نمایند. در غیر این صورت اسقاط صورت گرفته معتبر نخواهد بود.^۵

۲-۲. تفهیم اتهام

«منظور از تفهیم اتهام، اعلام صريح و روشن عنوان مجرمانه‌ای است که به متهم نسبت داده می‌شود تا بدین ترتیب وی بداند که برای ارتکاب چه عملی سزاوار سرزنش و قابل تعقیب کیفری شناخته شده است.»^۶ ماده ۴۶ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌دارد:

1. North Carolina V. Butler, 441 U.S (1979)

2. White, Welsh, "Police Trickery in Inducing Confessions", University of Pennsylvania Law Review, Vol. 127, No. 3, January 1979, p. 588.

۳ که در سال ۱۹۷۹ دیوان عالی آمریکا این دیدگاه را به عنوان معیار قانون اساسی تأیید کرد.

۴ per se approach می‌بایست مذکور شد که برخی مخالف این دیدگاه هستند؛ زیرا معتقدند این نظریه حمایت کافی از حقوق نوجوان به عمل نمی‌آورد و عکس العمل‌های عاطفی و نفعی که والدین در این روند دارند سبب می‌شود که نوجوان نسبت به حقوقش آگاه نگردد.

5. Grisso, Thomas, "Juveniles' Capacities to Waive Miranda Rights", California Law Review, Vol. 68, Issue 6, December 1980, p. 1135.

۶ خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، پیشین، ص. ۱۸۸.

»... چنانچه در جرایم مشهود، نگهداری متهم برای تکمیل تحقیقات ضروری باشد، ضابطان باید موضوع اتهام و ادله آن را بلافصله و بهطور کتبی به متهم ابلاغ و تفهیم کنند و مراتب را فوری برای اتخاذ تصمیم قانونی به اطلاع دادستان برسانند ...« از تفهیم اتهام علاوه بر «اعلام آن» به متهم، ضرورت تبیین و تشریح اتهام به زبانی که متهم به آن آشنایی دارد، استنباط می‌گردد.^۱ ماده مذکور تنها به تفهیم اتهام در جرایم مشهود، در صورتی که نگهداری شخص برای تکمیل تحقیقات ضروری باشد، اشاره نموده و شایسته بود به جرایم غیرمشهود نیز به جهت تضمین بیشتر حقوق شخص اشاره می‌شد. لیکن با توجه به ماده ۶۱ و ۱۹۵ قانون مذکور که به تفهیم اتهام بدون تفکیک میان جرایم مشهود و غیرمشهود پرداخته است، چنین برداشت می‌شود که تفهیم اتهام در جرایم غیرمشهود هم جاری است.

در حقوق آمریکا، مطابق رأی دادگاه‌های تالی، نیازی نیست که مأموران بازجو، مظنون را از ماهیت اتهامات به منظور کسب اسقاط معتبر حقوقش آگاه نمایند. البته دیوان عالی آمریکا در مورد این مسئله نظر جدیدی ارائه کرده است که چندان واضح نیست. طبق این نظر اسقاط معتبر وجود نخواهد داشت مگر اینکه متهم کاملاً منصفانه و بدون تزویر از نتایج اسقاط حقوقش آگاهی یابد. بنابراین وقتی که اسقاط این حقوق مطرح است، ارائه اطلاعات دقیق و صریح مربوط به ماهیت اتهامات علیه او الزامی است.^۲ معمولاً در کشورهای مبتنی بر نظام اتهامی، در صورتی که متهم بازداشت شده باشد، حاضر کردن وی نزد یک قاضی الزامی است. در این مرحله که به «حضور اولیه»^۳ مشهور است، متهم از اتهام خود و دلایل آن آگاهی می‌یابد.

حق اطلاع از موضوع اتهام و دلیل دستگیری از حقوقی است که درباره آن استثنایی مقرر نشده است. در قانون ایران و نیز برخی از کشورها از قبیل فرانسه نیز استثنایی بیان نشده است و ماده ۶۳-۱ قانون آیین دارسى کیفری فرانسه در این خصوص به صورت مطلق بیان شده است.^۴

۳-۲. حق سکوت

مبنای اصلی حق سکوت را باید در فرض بی‌گناهی جستجو کرد. بر این اساس، الزام مقام تعقیب به ارائه دلیل اتهام و عدم الزام متهم به ارائه دلیلی مبنی بر بی‌گناهی

۱. آشوری، محمد، عدالت کیفری؛ مجموعه مقالات، دادگستر، ۱۳۹۲، ص. ۴۴.

2. White, Op. Cit., p.611.

3. Initial appearance or First appearance

۴. آشوری، محمد؛ و روح الله سپهری، پیشین، ص. ۱۷.

خود، وی را از حق سکوت بهره‌مند می‌کند. متهم در پناه فرض یادشده، بی‌گناه انگاشته می‌شود و مدعی مجرمیت باید دلایل خود را ارائه کند. ناتوانی از ارائه دلیل را نمی‌توان با سکوت متهم جبران کرد.^۱ در حقوق ایران، مبنای حق سکوت را می‌توان اصل ۲۸ قانون اساسی^۲ دانست. در قانون آینین دادرسی کیفری در مرحله کشف جرم، صراحتاً به حق سکوت اشاره نشده، ولی ماده ۱۹۷ قانون مذکور پیش‌بینی نموده است که: «متهم می‌تواند سکوت اختیار کند. در این صورت مراتب امتناع وی از دادن پاسخ یا امضای اظهارات، در صورت مجلس قید می‌شود.»

با توجه به ماده ۶۱ قانون مذکور مبنی بر حاکم بودن مقررات تحقیقات مقدماتی در مرحله کشف جرم و نیز این واقعیت که مرحله تحقیقات مقدماتی ویژگی خاصی ندارد که حق سکوت را تنها مختص این مرحله بدانیم، از زمان آغاز فرآیند دادرسی کیفری تا انتها این حق وجود دارد.

در حقوق آمریکا، همان‌گونه که اشاره گردید یکی از حقوق شخص در بازجویی‌ها حق سکوت است که می‌بایست به شخص تفهیم شود. رأی دادگاه در پرونده میراندا صریحاً اعلام می‌دارد که هنگامی که شخص به حق سکوت استناد می‌کند، چه پیش از تحقیق و پرسش یا در طول آن، بازجویی می‌بایست متوقف شود.^۳

۴-۲. حق دستری به وکیل

این حق از چنان جایگاهی برخوردار است که در اصل ۳۵ قانون اساسی به آن اشاره شده است و با توجه به اطلاق این اصل نیاز به هیچ تفسیری برای اینکه وکیل باید در کدام یک از مراحل حضور داشته باشد، نیست. برای نخستین بار قانون آینین دادرسی کیفری به صراحت اجازه حضور وکیل شخص تحت نظر را در ماده ۴۸^۴ قانون

۱. رحمدل، منصور، «حق سکوت»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۶ - ۵۷ پاپیز و زمستان ۱۳۸۵، ص. ۱۸۵.

۲. «هرگونه شکنجه برای گرفتن اقرار و یا کسب اطلاع منوع است. اجبار شخص به شهادت، اقرار یا سوگند مجاز نیست و چنین شهادت و اقرار و سوگندی فاقد ارزش و اعتبار است. مخالف از این اصل طبق قانون مجازات می‌شود.»

۳. Hall, Op. Cit., p. 400.
۴. «با شروع تحت نظر قرار گرفتن، متهم می‌تواند تقاضای حضور وکیل نماید. وکیل باید با رعایت و توجه به محمله بودن تحقیقات و مناکرات، با شخص تحت نظر ملاقات نماید و وکیل می‌تواند در پایان ملاقات با متهم که نباید بیش از یک ساعت باشد، ملاحظات کتی خود را برای درج در پرونده ارائه دهد.

تبصره - در جرایم علیه امیت داخلی یا خارجی و همچنین جرایم سازمانی‌افته که مجازات آنها مشمول ماده (۳۰۲) این قانون است، در مرحله تحقیقات مقدماتی طرفین دعوا، وکیل یا وکلای خود را زین وکلای رسمی دادگستری که مورد تأیید رئیس قوه قضائیه باشد، انتخاب می‌نمایند. اسامی وکلای مزبور توسط رئیس قوه قضائیه اعلام می‌گردد.»

آیین دادرسی کیفری در مرحله تحقیقات پلیسی پیش‌بینی کرده است. حضور وکیل در مراحل ابتدایی تشکیل پرونده باعث می‌شود که سنگ بنای پرونده کیفری به درستی و با دقت گذاشته شود. ماده مذکور حق تقاضای حضور وکیل را با شروع تحت نظر قرار گرفتن به رسمیت شناخته و نیز برای ملاقات، مدت زمانی تعیین کرده است. ولی با الزام به انتخاب وکیل از بین وکلای مورد تأیید رئیس قوه قضائیه در جرایم مذکور در تبصره، شخص با نوعی محدودیت رو به رو خواهد شد، زیرا متهم می‌باشد وکیل خویش را از میان کسانی انتخاب کند که به تأیید رسیده باشند، در غیر این صورت از حق داشتن وکیل محروم خواهد شد.

ماده مذکور تحت شمول موضوع ماده ۶۳ قانون که به تعیین ضمانت اجرا برای اقدامات غیرقانونی ضابطان پرداخته است، نمی‌باشد. لیکن با توجه به تبصره ۲ ماده ۱۹۰^۱ قانون آیین دادرسی کیفری، این مسئله را می‌توان از جمله مواردی دانست که لطمہ اساسی به حقوق و منافع شخص وارد می‌سازد و از این‌رو می‌توان اقدام‌های ضابطان را بدون رعایت تفھیم این حق اساسی بی‌اعتبار دانست.^۲

در حقوق آمریکا، اصلاحیه ششم قانون اساسی این کشور (به سال ۱۷۹۱)

مقرر می‌دارد:

«در کلیه دادرسی‌های کیفری، متهم از حقوق ذیل برخوردار خواهد بود: حق محاکمه سریع و علنی توسط هیأت منصفه بی‌طرف ایالت و منطقه‌ای که جرم در آن رخ داده است ... حق آگاهی از ماهیت و دلیل اتهام، حق مواجهه با شهودی که علیه او شهادت می‌دهند، حق اظهار شهود به نفع خود و حق داشتن وکیل برای دفاع از خود.» درست است که حق بهره‌مند شدن از وکیل در حقوق میراندا تصریح شده است اما منشأ اصلی آن اصلاحیه ششم قانون اساسی آمریکا و اصلاحیه چهاردهم^۳ (مصوب ۱۸۶۸) می‌باشد. در صورت نقض این حق، دلیل به دست آمده قابل اعتبار نخواهد بود. اصلاحیه پنجم به حمایت از منع اجبار به اقرار می‌پردازد که حقوق میراندا هم در راستای آن است؛ در حالی که اصلاحیه ششم به حق داشتن وکیل پرداخته است. به دلیل آنکه این حق بسیار مورد توجه و مهم است، در سال ۱۹۶۴ و پیش از حقوق

۱. در جرایمی که مجازات آن سلب حیات یا حبس ابد است، چنانچه متهم اقدام به معرفی وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی ننماید، با پرس برای وی وکیل تسخیری انتخاب می‌کند.»

۲. ساقیان، محمدمهردی، «تفویت حقوق و آزادی‌های متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی آیین دادرسی کیفری مصوب ۹۶۲»، پژوهش حقوق کیفری، شماره ۶ بهار ۱۳۹۳، ص. ۱۱۹.

۳. اصلاحیه چهاردهم: ۱: ... هیچ ایالتی کسی را بدون طی مراحل قانونی مقتضی از زندگی، آزادی، یا حق مالکیت و نیز از حمایت مساوی قانون در حوزه قضایی خود محروم نمی‌سازد.

میراندا (۱۹۶۶) در پرونده مسیحا^۱ به آن اشاره شده است. در این پرونده دادگاه رأی داد: «بعد از اتهام به جرمی، اقرار به جرم چنانچه بدون حضور وکیل باشد و از شخص در غیاب وکیلش سئوال پرسیده شود، آن جملات در دادگاه فاقد اعتبار می‌باشد.» در پرونده‌های متعاقب نیز به این حق تصریح شده است.^۲

همانند حقوق ایران، در حقوق آمریکا نیز برای اشخاص معسر، وکیل تسخیری تعیین می‌شود که حق‌الزحمه آنان از محل بودجه عمومی تأمین می‌شود. علاوه‌بر این، آنها می‌توانند برای موضوع محول شده، مأمور تحقیق استخدام کنند.

۲-۵. عدم تجاوز مدت سلب آزادی بیش از زمان مقرر

فاصله زمانی بین لحظه دستگیری و معرفی شخص به دادسرا در قانون ایران تعیین شده، در حالی که در قوانین و آرای دیوان عالی آمریکا تعیین نشده است که مدت زمان مجاز از لحظه دستگیری تا زمانی که شخص به قاضی معرفی می‌شود چه مدت می‌تواند باشد. مطابق ماده ۴۶ قانون آیین دادرسی کیفری، ضابطان نمی‌توانند بیش از بیست و چهار ساعت متهم را تحت نظر قرار دهند.

طبق حقوق آمریکا، مدت توقيف نباید از آنچه که اوضاع و احوال اقتضا می‌کند، بیشتر شود. به عبارت دیگر، معیار کیفی تعیین شده است که باید متنضم کمترین میزان توقيف باشد؛ به گونه‌ای که عرفًا موجبات ظن مأمور برطرف گردد.^۳

۲-۶. منع به اجبار اقرار و اظهارات

ماده ۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری^۴ و بند ۹ ماده واحد قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی^۵ به ممنوعیت اجبار یا اکراه متهم اشاره نموده است.

در همین زمینه، اصلاحیه پنجم قانون اساسی آمریکا مقرر نموده است:

1. Massiah V. United States, 377 U.S.201 (1964)

2. Del Carmen, Op. Cit., p. 350.

3. Ibid, p. 157.

۴. «در بازجویی‌ها اجبار یا اکراه متهم، استفاده از کلمات موهن، طرح سئوالات تلقینی یا اغفال‌کننده و سئوالات خارج از موضوع اتهام ممنوع است و اظهارات متهم در پاسخ به چنین سئوالاتی و همچنین اظهاراتی که ناشی از اجبار یا اکراه است، معتبر نیست. تاریخ، زمان و طول مدت بازجویی باید در اوراق صورت مجلس قید شود و به امضا یا اثر انگشت متهم برسد.»

۵. «هرگونه شکنجه متهم به منظور اخذ اقرار و یا اجبار او به امور دیگر ممنوع بوده و اقرارهای اخذشده بدین وسیله حجیت شرعی و قانونی نخواهد داشت.»

۷-۲. ثبت اظهارات و وقایع

ماده ۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر نموده است:

«ضابطان دادگستری مکلفند اظهارات شخص تحت نظر، علت تحت نظر بودن، تاریخ و ساعت آغاز آن، مدت بازجویی، مدت استراحت بین دو بازجویی و تاریخ و ساعتی که شخص نزد قاضی معرفی شده است را در صورت مجلس قید کنند و آن را به امضای اثر انگشت او برسانند. ضابطان همچنین مکلفند تاریخ و ساعت آغاز و پایان تحت نظر بودن را در دفتر خاصی ثبت و ضبط کنند.»

1. Ibid, p. 342.

2. White, Op. Cit., p. 609.

«هیچ کس در هیچ مورد کیفری، به ادای شهادت علیه خود مجبور و یا از زندگی، آزادی و دارایی خویش بدون طی مراحل قانونی لازم محروم نخواهد شد.» در حقوق آمریکا، اقرارهای ناشی از اجبار یا اکراه، در دادگاه غیرقابل پذیرش هستند. نه تنها اجبار فیزیکی (مانند کتکزدن، شلاق زدن و ایجاد ضرب و جرح) بلکه اجراءات روانی نیز سبب بی اعتباری دلایل خواهد شد. فریب دادن نوعی فشار روانی است که موجب نقض حقوق اساسی می شود. قبل از تصمیم میراندا، معیار تعیین مسموم و مجاز بودن اظهارات مظنون، ارادی بودن اظهارات بود؛ اما با تصمیم میراندا معیار جدیدی به وجود آمد. به این معنا که اگر شخص مظنون به سوالات ذیل پاسخ «بله» بدهد، نتیجه گرفته می شود که اظهاراتش ارادی و بدون هیچ گونه اجبار و اکراهی بوده است:

– آیا هشدارهای میراندا اعلام شده است؟

– اگر اعلام شده، آیا اسقاط شده است؟

– اگر اسقاط شده، آیا آگاهانه و ارادی بوده است؟

در حقیقت، با معیار جدید که ناشی از تصمیم میراندا است، دیگر لازم نیست که ارادی بودن اقرار در هر پرونده جداگانه تعیین شود و زمان طولانی صرف شود؛ بلکه با پاسخ «بله» به همه سوالات مذکور فرض می شود که دلیل به دست آمده معتبر می باشد. البته شایان ذکر است که با وجود معیار جدید، باز هم ارادی بودن اظهارات الزامی است.^۱

اگر مأمور پلیس اقدام به تغییر مفاد حقوق میراندا نماید، دلیل به دست آمده اعتباری نخواهد داشت. به عنوان مثال اگر مأمور به مرتكب بگوید اظهاراتش علیه او به کار نخواهد رفت یا اینکه بگوید نمی تواند بیشتر از این از حق سکوت استفاده نماید و سبب گردد مرتكب سخنانی را بیان نماید، دلیل به دست آمده معتبر نیست.^۲

در حقوق آمریکا نیز زمان ورود به اداره پلیس، نام مظنون، زمان دستگیری، نوع جرم ارتکابی باید ثبت شود.^۱ در حقوق ایران همان‌طور که مقнن تصریح کرده است ثبت اظهارات به صورت مکتوب می‌باشد. در حالی‌که در قانون برخی از ایالات‌های آمریکا^۲ الزامی شده است که ثبت اظهارات با وسائل الکترونیکی انجام شود؛ مثلاً در قانون ایالت ایلینویز مصوب ۲۰۰۵ پیش‌بینی شده است که «اظهارات متهم در مدت بازجویی در محاکمات مربوط به قتل بی‌اعتبار فرض می‌شود، مگر اینکه تمام بازجویی به صورت الکترونیک ضبط و دقیقاً حفظ شود.»

۸-۲. حق اطلاع خانواده و آشنايان

احترام به حقوق دفاعی شخص ایجاد می‌کند که خانواده وی از تحت نظر قرار گرفتن او آگاهی یابند تا بتوانند مقدمات دفاع و تسهیلات لازم مانند وکیل را برای او در نظر گیرند. ماده ۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری پیش‌بینی کرده است که «شخص تحت نظر می‌تواند به وسیله تلفن یا هر وسیله ممکن، افراد خانواده یا آشنايان خود را از تحت نظر بودن آگاه کند و ضابطان نیز مکلفاند مساعدت لازم را در اینخصوص به عمل آورند، مگر آنکه بنابر ضرورت تشخیص دهند که شخص تحت نظر نباید از چنین حقی استفاده کند. در این صورت باید مراتب را برای اخذ دستور مقتضی به اطلاع مقام قضایی برسانند.»

علی‌رغم عدم پیش‌بینی در ماده مذکور، با توجه به فلسفه وضع این ماده، شخص تحت نظر باید در کوتاه‌ترین زمان ممکن، یعنی ساعات نخستین تحت نظر بتواند این حق خود را اعمال کند و این حق چنان دارای اهمیت است که مقнن فقط به تلفن کردن اکتفا نکرده است، بلکه با توجه به قید «هر وسیله» در ماده مذکور برداشت می‌شود که طرق اطلاع‌رسانی موضوعیت ندارد، بلکه آنچه که مهم است، آگاه کردن خانواده یا آشنايان می‌باشد. جمله اخیر ماده مذکور در راستای تضمین حقوق شخص، اطلاع‌رسانی به مقام قضایی را، که شخصی غیر از دادستان نیست، به عنوان تکلیفی برای ضابطان مقرر نموده است. بند ۱ اصل ۱۶ مجموعه اصول برای حمایت از همه افراد در هرگونه بازداشت یا زندان^۳ نیز مقرر داشته است:

«فرد در بازداشت یا زندان باید این حق را داشته باشد که بی‌درنگ پس از دستگیری و پس از هر بار انتقال از یک محل بازداشت یا زندان به محلی دیگر، اعضای



خانواده خویش و دیگر افراد مناسب را به انتخاب خود، از دستگیری، بازداشت یا زندانی شدن خویش یا منتقل شدن و همچنین از محل نگهداری خویش آگاه سازد، یا از مقامات دارای صلاحیت بخواهد که آنان را آگاه سازند.»
در حقوق آمریکا نیز معمولاً به شخص اجازه داده می‌شود که با خانواده‌اش تماس بگیرد.^۱

۹-۲. معاینه پزشکی

حق مذکور برای اولین بار است که مورد تأکید مقتن قرار گرفته است. این حق در راستای احترام هرچه بیشتر به حیثیت و کرامت انسانی اشخاص است و در واقع هیچ نوع عملکردی نباید مانع از حفظ سلامت روحی و جسمی انسان گردد. ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر کرده است:

«بنا به درخواست شخص تحت نظر یا یکی از بستگان نزدیک وی، یکی از پزشکان به تعیین دادستان از شخص تحت نظر معاینه به عمل می‌آورد. گواهی پزشک در پرونده ثبت و ضبط می‌شود.»

در حقوق محلی و ملی ایالات متحده آمریکا، برای کنترل پزشکی مقررات ویژه‌ای وجود ندارد. رویه عملی دادگاه‌های آمریکا به استعانت از قانون اساسی، متنضم حمایت از مظنونان و متهمان در همه حال و از جمله بازداشت پلیسی است. در مواردی که اشخاص موضوع بازداشت پلیسی تقاضا نمایند که بهوسیله پزشک معاینه شوند، با این تقاضا موافقت می‌شود.^۲

اصل ۲۴ مجموع اصول برای حمایت همه افراد در هرگونه بازداشت یا زندان مقرر نموده است:

«یک معاینه پزشکی مناسب باید در اسرع وقت پس از پذیرش در محل بازداشت یا زندان، از فرد در بازداشت یا زندان به عمل آید، و پس از آن باید در هنگام لزوم مراقبت و درمان پزشکی برای وی فراهم شود. این مراقبت و درمان باید رایگان باشد.»

۱۰-۲. تعیین تکلیف در اسرع وقت

حمایت از آزادی اشخاص ایجاب می‌نماید که شخص تحت نظر هرچه سریع‌تر مورد تعیین تکلیف قرار گیرد. از نوآوری‌های قانون آیین دادرسی، اعلام بلافصله وضعیت متهم به دادسرا به محض تحت نظر قرار گرفتن می‌باشد. بنابراین، پس از

1. Hall, Op. Cit., p. 440.

2. انصاری، ولی‌الله، پیشین، ص. ۴۷۰.

اقدامات صورت‌گرفته توسط ضابطان، مقام دیگری می‌باشد تعیین تکلیف نماید. مطابق ماده ۴۶ قانون آیین دادرسی کیفری، ضابطان دادگستری مکلفند نتیجه اقدامات خود را فوری به دادستان اطلاع دهند. چنانچه دادستان اقدامات انجام‌شده را کافی نداند، می‌تواند تکمیل آن را بخواهد. افزون بر آن، مطابق ماده ۴۹ قانون آیین دادرسی کیفری، به محض آنکه متهم تحت نظر قرار گرفت، حداقل ۳۰ دقیقه یک ساعت، مشخصات سجلی، شغل، نشانی و علت تحت نظر قرار گرفتن وی به هر طریق ممکن، به دادسرای محل اعلام می‌شود. دادستان هر شهرستان با درج مشخصات مزبور در دفاتر مخصوص و رایانه، با رعایت مقررات راجع به دادرسی الکترونیکی، نظارت لازم را برای رعایت حقوق این افراد اعمال می‌نماید و فهرست کامل آنان را در پایان هر روز به رئیس کل دادگستری استان مربوط اعلام می‌کند تا به همان نحو ثبت شود.

در حقوق آمریکا، بعد از آنکه متهم توسط پلیس دستگیر شد، می‌باشد بدون هیچ‌گونه تأخیر غیرضروری نزد یک مقام قضایی حاضر شود. این مقام قضایی در سطح فدرال همان قضاوهای دادگاهی بخش می‌باشد. این مرحله با عنوان «حضور اولیه» شناخته می‌شود. بسیاری از حوزه‌های قضایی علاوه بر ارائه حقوق میراندا در مرحله دستگیری، قاضی مجیستریت را ملزم نموده‌اند که در این مرحله نیز هشدارهای میراندا را به شخص مظنون ارائه دهد. هدف از حضور اولیه از مکانی به مکان دیگر متفاوت است، اما معمولاً اهداف ذیل را می‌توان برشمرد:

– قاضی، اتهام متهم را به زبانی که متوجه شود و نیز دلایل علیه او را به وی تفهیم نماید.^۱

– قاضی، شخص را از حقوقش که همان حقوق میراندا است، آگاه کند.

– قرار تأمین لازم، از جمله قرار بازداشت متهم را صادر نماید.

نتیجه‌گیری

با توجه به آنکه شخص تحت تعقیب مشمول امتیاز اصل برائت می‌گردد و هنوز مجرمیت او مسجل نشده است، می‌بایست حقوق دفاعی مناسبی برای وی در نظر گرفت. در همین راستا قانون‌گذاران هر دو نظام حقوقی ایران و ایالات متحده تلاش نموده‌اند که با اختصاص دادن ضوابط و مقرراتی شفاف در جهت تحت نظر قراردادن اشخاص، نه تنها موارد تحت نظر را کاهش دهند بلکه در جهت امنیت فردی و حقوق مرتبط با آن، تضمینات بیشتری را فراهم آورند.

با عنایت به آنکه در حقوق آمریکا تأسیسی به اسم تحت نظر وجود ندارد، می‌توان جلب و دستگیری پلیسی را معادل تحت نظر قلمداد کرد که با تحقق یافتن الزامات و شرایط مقرر، مأموران حق دستگیری اشخاص را خواهند داشت. به هر حال در پارهای از موقع، بنا بر ضرورت‌های اجتماعی و پاسداشت نظم عمومی، چاره‌ای جز توسل به تحت نظر نیست. ولی با توجه به مغایرت جدی این تأسیس با حقوق بنیادین اشخاص، شایسته است که این وضعیت به کمترین موارد و کوتاه‌ترین زمان اختصاص یابد. بیشترین حقوق دفاعی هم باید به این موارد اختصاص یابد تا از ورود آسیب‌های جدی به اشخاص غیربزهکار جلوگیری شود، زیرا همه کسانی که تحت تدبیر سالب آزادی تحت نظر قرار می‌گیرند، مجرم نیستند.

هر دو نظام حقوقی در راستای تقویت حقوق اشخاص تحت نظر، تلاش‌هایی نموده‌اند که نشانه‌های این تلاش را در چند مقوله می‌توان جستجو کرد. نخست آنکه هر دو نظام با اختصاص ضوابط و قواعد خاص، تلاش خود را برای تقلیل اعمال این تدبیر مغایر با حقوق اشخاص تحت تعقیب به کار گرفته‌اند؛ بدین‌گونه که فقط در صورت تحقق ضوابط و الزامات قانونی مقرر، حق تحت نظر قرار دادن اشخاص شکل می‌گیرد. همان‌گونه که اشاره شده، یکی از موارد تحت نظر قرار دادن اشخاص، وقوع جرم مشهود است که قلمرو آن در حقوق آمریکا در مقایسه با حقوق ایران گستردگر است. در راستای محدود نمودن اقدامات مأموران در سلب آزادی اشخاص در چارچوب قانونی مقرر، قانون‌گذاران هر دو نظام با اختصاص ضمانت اجراء‌های خاصی، مأموران را از هرگونه تحت نظر قرار دادن مغایر با مقررات منع نموده‌اند. دوم آنکه از دیدگاه سازمانی، اشخاص و مقاماتی محدود و مشخص حق به کارگیری چنین تدبیری را دارند. با توجه به تخصصی بودن احراز شرایط تحت نظر، تنها اشخاص مطلع به مبانی و موازین حقوقی می‌توانند از این تدبیر استفاده کنند. از این‌رو در حقوق آمریکا تعداد زیادی از نهادهای محلی، ایالتی و فدرال در اجرای قانون و پیشگیری از جرم و مبارزه با آن

مشارکت دارند که مأموران آنها، اشخاصی آموزش دیده هستند. به عنوان مثال می‌توان به مأموران تحقیقاتی اداره فدرال اشاره نمود که علاوه بر بهره بردن از متخصصان کارдан، از روش‌های فنی بهمنظور پیشگیری و کشف جرم استفاده می‌نمایند. در حقوق ایران نیز تنها ضابطان دادگستری و مقامات قضایی می‌توانند از تدبیر تحت نظر استفاده کنند و با توجه به محدود شدن قلمرو ضابطان دادگستری در قانون جدید، شمار افراد و مقاماتی که می‌توانند از این تدبیر استفاده کنند، کاهش یافته است. سوم آنکه قانون گذاران با در نظر گرفتن حقوقی برای اشخاص تحت نظر و الزام ضابطان به تفهیم حقوق مذکور، موثرترین گام را برای تضمین حقوق شخص تحت نظر پیش‌بینی نموده‌اند که از جمله می‌توان به حق مشورت با وکیل اشاره نمود که در حقوق آمریکا، حق نامبرده بدون تفکیک میان جرایم و حضور پیوسته وکیل در مدت بازجویی و محدود نکردن مشورت با وکیل به مدت زمانی خاص به رسمیت شناخته شده است و در حقوق ایران، مدت ملاقات با وکیل و انتخاب کردن وکیل در برخی جرایم با قیودی همراه است.

یکی دیگر از اقدامات حمایتی قابل توجه در حقوق آمریکا ضبط گفتگوهای بازجویی با وسائل الکترونیکی است که مانع هرگونه اقدامی همچون اجبار و اکراه به اقرار و توهین نسبت به شخص تحت نظر می‌گردد. شایسته بود که مقتن ایرانی نیز در قانون آیین دادرسی کیفری جدید چنین اقدامی را برای جرایم مهم پیش‌بینی می‌نمود. در نهایت می‌توان گفت که با توجه به آثار شدیدی که تدبیر تحت نظر بر روح و روان شخص بر جای می‌گذارد، قانون گذاران هر دو نظام بر تعیین تکلیف سریع و بدون تأخیر تأکید نموده‌اند.

با تطبیق صورت گرفته می‌توان به این نتیجه رسید که هریک از دو نظام تلاش‌های شایسته و مؤثری را در جهت تضمین آزادی اشخاص و حفظ حقوق آنان هنگام تحت نظر واقع شدن، به عمل آورده‌اند. در پایان می‌توان مواردی همچون پیش‌بینی صریح حق سکوت در مرحله تحقیقات پلیسی، افزایش زمانی مشورت با وکیل، ثبت و ضبط گفتگوهای بازجویی، درنظر گرفتن مقررات شفاف در جهت صرف نظر نمودن از حقوق مقرر توسط شخص تحت نظر و نیز گستردگی نمودن قلمرو جرایم مشهود را به نظام حقوقی ایران پیشنهاد کرد.

منابع

- آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، انتشارات سمت، چاپ چهاردهم، ۱۳۸۸.
- _____، عدالت کیفری: مجموعه مقالات، دادگستر، ۱۳۹۲.
- آشوری، محمد؛ و روح الله سپهری، «بررسی تطبیقی مرحله تحت نظر در آیین دادرسی کیفری ایران و فرانسه»، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۶، پاییز - زمستان ۱۳۹۲.
- اردبیلی، محمدعلی، «نگهداری تحت نظر»، در: مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری، انتشارات سمت، ۱۳۸۳.
- انصاری، ولی‌الله، حقوق تحقیقات جنایی، انتشارات سمت، چاپ دوم، ۱۳۹۰.
- پرویزی‌فرد، آیت‌الله، «دستگیری متهم بدون دستور قضایی: مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و انگلیس»، فصلنامه حقوق، دوره ۴۲، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۱.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد اول، گنج دانش، ۱۳۸۶.
- حسینی، سیدحسین؛ شایگان‌فرد، مجید؛ و عطا عرفانی، «فرآیند تحقیقات جنایی و کشف جرم توسط پلیس ایران با نگاهی به حقوق انگلستان و آمریکا»، دانش انتظامی استان خراسان، شماره ۲۱، پاییز ۱۳۹۲.
- خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، شهر دانش، چاپ بیست و پنجم، ۱۳۹۲.
- _____، نکته‌ها در آیین دادرسی کیفری، شهر دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۳.
- رحمدل، منصور، «حق سکوت»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۷ - ۵۶، پاییز و زمستان ۱۳۸۵.
- ساقیان، محمدمهدی، «تقویت حقوق و آزادی‌های متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی آیین دادرسی کیفری مصوب ۹۲»، پژوهش حقوق کیفری، شماره ۶، بهار ۱۳۹۳.
- سرمست بناب، باقر، اصل برائت در حقوق کیفری، دادگستر، ۱۳۸۷.
- معین، محمد، فرهنگ فارسی، انتشارات امیر کبیر، چاپ بیست و چهارم، ۱۳۸۶.
- مهدی‌پور، کاظم، آنچه که لازم است ضابطان دادگستری بدانند، مجد، چاپ سوم، ۱۳۸۶.
- مؤذن‌زادگان، حسنعلی، «مطالعه تطبیقی وظایف و اختیارات ضابطان دادگستری در مقررات کنونی و لایحه آیین دادرسی کیفری»، در: علوم جنایی، کتاب دوم، میزان، ۱۳۹۱.
- یوسفی، ایمان، تحقیقات مقدماتی در آیین دادرسی کیفری، انتشارات جنگل، ۱۳۹۲.

-
- Acker, James; and David Brody, Criminal Procedure: A Contemporary Perspective, Jones and Bartlett Publishers, 2nd Edition, 2004.
 - Barton, Ingraham, “The Right of Silence, the Presumption of Innocence, the Burden of Proof and a Modest Proposal”, Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 86, Issue 2, Winter 1996.
 - Buisson, Jacques, “La Garde à Vue Dans la Loi du 15 Juin 2000”, Revue de Sciences Criminelles et de Droit Pénal Comparé, no. 1, Janvier et Mars 2001.
 - Campbell Black, Henry, Black’s Law Dictionary, U.S.A, West Publishing Co, 5th Edition, 1968.
 - Grisso, Thomas, “Juveniles’ Capacities to Waive Miranda Rights”, California Law Review, Vol. 68, Issue 6, December 1980.
 - Grisso, Thomas, “Juveniles’ Capacities to Waive Miranda Rights”, California Law Review, Vol. 68, Issue. 6, December 1980.
 - Hall, Daniel, Criminal Law and Procedure, Delmar Cengage Learning Publisher, 5th Edition, 2009.
 - Kaminski, Daniel, “Concluded to Exclude: The Exclusionary Rule’s Role in Civil Forfeiture Proceedings”, Seventh Circuit Review, Vol. 6, Issue. 1, Fall 2010.
 - Nemeth, Charles, Private Security and the Law, U. S. A, Elsevier, 4th Edition, 2012.
 - Oran, Daniel, Oran’ Dictionary of the Law, West Legal Studies Thomson Learning, 3rd Edition, 2000.
 - Del Carmen, Ronaldo, Criminal Procedure: Law and Practice, Wadsworth Cengage Learning Publishing, 8th Edition, 2008.
 - Scheb, John M; and John M Scheb II, Criminal Procedure, U.S.A, Wadsworth, 6th Edition, 2012.
 - Sullivan, Thomas, “Electronic Recording of Custodial Interrogation: Every Body Wins”, Journal of Criminal and Criminology, Vol. 95, Issue. 3, Spring 2005.
 - White, Welsh, “Police Trickery in Inducing Confessions”, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 127, No. 3, January 1979.

بررسی آثار ترمیمی اجرای مراسم خونصلح؛ مطالعه موردی در استان کرمانشاه

بهزاد رضوی‌فرد*

حسین مرادقلی**

سیروس ضرغامی***

چکیده

خونصلح یا خونبس، یکی از روش‌های غیررسمی حل و فصل اختلافات کیفری محسوب می‌شود که، از جمله، در میان اقوام و طوایف عشاير کرد ساکن استان کرمانشاه رواج دارد. از این روش غیرکیفری و عرفی برای حل و فصل اختلافات مربوط به جرم قتل عمدى استفاده می‌شود. این تحقیق میزان پذیرش قاتل در جامعه را پس از اجرای مراسم خونصلح، از دیدگاه سه گروه خانواده قاتل، خانواده مقتول و ریش‌سفیدان جامعه محلی بررسی کرده است. نتایج تحقیق نشان می‌دهد که در مجموع پذیرش قاتل در جامعه موققیت‌آمیز بوده و وی توانسته است زندگی عادی را در جامعه در پیش بگیرد. در این مقاله با رویکردی میدانی-تحلیلی به شرح میزان پذیرش قاتل در جامعه پرداخته شده است.

کلیدواژه‌ها: خونصلح، قتل عمد، حل و فصل غیررسمی اختلاف، عشاير و طوایف.

* عضو هیأت علمی گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علامه طباطبائی razavi1351@yahoo.com

** کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی از دانشگاه علامه طباطبائی (نویسنده مسئول)

moradgholi.hossein@gmail.com

*** دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علامه طباطبائی szn120@gmail.com

تاریخ دریافت: ۹۴/۰۲/۰۶ تاریخ پذیرش: ۹۵/۰۱/۲۳

مقدمه

قتل همواره به عنوان بزرگ‌ترین جنایت در همه ادوار تاریخ زندگی بشری مذموم بوده است. پروفسور آشورث^۱، حقوقدان کیفری مشهور انگلستان، اهمیت جرم قتل را در قالب این کلمات بیان می‌کند: «مرگ صدمه نهایی است. همین نهایی بودن ایجاب می‌کند که مرگ را شدیدترین صدمه‌ای که می‌تواند به دیگری وارد شود دانسته و کسی را که بدون هیچ عذر یا توجیهی، آنرا به دیگری تحمیل می‌کند، گناهکارترین مجرم بشناسیم.»^۲ در برخی جوامع آثار این پدیده جنایی به همین معایب ختم نمی‌شود. در این جوامع یک قتل می‌تواند شروعی برای ارتکاب انواع جرایم باشد. با این توضیح که در نظام عشیره‌ای، هر فرد علاوه بر هویت فردی دارای یک هویت جمعی نیز هست. در این جوامع انسجام و همبستگی بالا است و ارتکاب جرم نسبت به یک نفر تجاوز به تمام افراد آن نظام است. با وقوع قتل مردم به دو گروه بژهکار و بزهده‌یده تقسیم می‌شوند. پیامد این شکاف در جامعه وقوع و استمرار جرایم مختلف توسط این دو گروه علیه یکدیگر است. پاسخ جامعه محلی به قتل، برای احتراز از این عواقب و احساس عدم امنیت، خون‌صلح می‌باشد. در خصوص تاریخچه خون‌صلح سند معتبری در دست نیست، اما در لابه‌لای اشعار شعرای قدیمی اشاره‌هایی به اجرای این مراسم شده است.^۳ آیین خون‌صلح در حال حاضر در استان کرمانشاه قابل ملاحظه است.

کرمانشاه از لحاظ بقایای سکونت‌های پیش از تاریخ، یکی از مناطق بسیار غنی و مهم در ایران و غرب آسیا است. قدیمی‌ترین آثار سکونت بشر در کرمانشاه مربوط به دوران پارینه‌سنگی قدیم است.

ساختمار اصلی استان کرمانشاه را ایلات و عشایر مختلفی تشکیل می‌دهند. از جمله این ایلات می‌توان به ایل‌های سنجابی، زنگنه، کلهر، گوران و لک‌ها اشاره کرد که وجه مشترک همه، سادگی و همبستگی قابل توجه میان اعضاء می‌باشد.

باتوجه به مزایای خون‌صلح، همبستگی در این جوامع و امکان حضور ریش‌سفیدان از هریک از ایلات در اجرای مراسم خون‌صلح در یک نقطه از استان، می‌توان بر این عقیده بود که کمابیش در میان اکثر ایلات خون‌صلح و یا حداقل مراحلی از آن جاری و ساری است. اما بدون تردید رواج آن در میان قوم لک که بیشتر در مناطق شرقی و مرکزی استان پراکنده می‌باشند بیش از دیگران می‌باشد.

1. Ashworth

۲. به نقل از: میرمحمد صادقی، حسین، جرایم علیه اشخاص، میزان، چاپ دوم، بهار ۱۳۸۷، ص. ۲۰.

۳. مولوی: «می‌نهم پیش تو شمشیر و کفن می‌کشم پیش تو گردن را بزن»

در آیین خونصلح پس از طی فرایند اخذ رضایت از اولیاء دم عده زیادی از مردم گرد هم می‌آیند و با ابراز احساسات و گریه کردن کدورت‌ها را کنار می‌گذارند. در این مراسم معمولاً دختری از اقوام قاتل به ازدواج فردی از بستگان مقتول در می‌آید که می‌توان عوض خون‌بها یا قسمتی از آن هم باشد.

نحوه اجرای خونصلح بدین شکل است که گروهی از ریش‌سفیدها و افراد آبرومند، قاتل کفن‌پوش را با دستان بسته در حالی که یک جلد قرآن و چاقویی را به همراه دارند به سمت اولیاء دم مشایعت می‌کنند تا آنها یا قاتل را به عظمت قرآن مورد بخشش قرار دهند یا به وسیله چاقو او را قصاص نمایند. اولیای دم نیز با بوسیدن قرآن قاتل را مورد عفو قرار می‌دهند و حاضرین در این مراسم در کنار هم و لیمه‌ای تناول می‌کنند که بیانگر خوردن نان و نمک با یکدیگر است.

۱. مباحث نظری

در این قسمت به توضیح بحث‌های نظری راجع به خونصلح از جمله مفهوم خونصلح، شیوه اجرای مراسم خونصلح و نیز ارتباط خونصلح با مفهوم عدالت ترمیمی پرداخته شده است.

۱-۱. مفهوم خونصلح

خونصلح واژه‌ای است که بیشتر در کرمانشاه کاربرد داشته و در میان اقوام دیگر از جمله بختیاری‌ها و اهالی لرستان بیشتر با عنوان خونبس شناخته می‌شود. به همین دلیل معنای لغوی آن را باید ذیل کلمه خونبس یا خونبست یافت.

در فرهنگ دهخدا ذیل خونبست به فدیه قتل، خون‌بها و دیه؛ و ذیل خونبست کردن به خون بر کردن، قصاص قتلی را به ادای دیه بدل کردن، دیه قتل را گرفتن و از قصاص عفو کردن اشاره شده است.^۱ به هر ترتیب وجه تسمیه خونبس احتمالاً جلوگیری و بند آوردن خونریزی‌هایی است که پیامد قتل اولیه و در مقام انتقام از سوی طرفین صورت می‌گیرد. اما خونصلح در اصطلاح پاسخی جامعوی به قتل از سوی جامعه محلی و در جهت ترمیم شکاف به وجود آمده است؛ به این شکل که در این سنت و طی مراسمی خاص بزرگان و ریش‌سفیدان با به همراه داشتن کارد و قرآن، قاتل را دست بسته نزد خونداران حاضر کرده تا اینکه آنها او را قصاص کرده یا به عظمت قرآن او را ببخشند.

۱-۲. تاریخچہ خون صلح

در جوامع بشری گذشته بسیاری از مردم در جهت حفظ سنت‌ها و قوانین خود از کتابت آنها بر سنگ و غیره استفاده می‌کردند. با این حال فرهنگ‌هایی نیز وجود داشته‌اند که برای نگارش و ثبت سنت‌های شاخص به طور مکتوب ارزش چندانی قائل نبوده‌اند.^۱ شاید به همین دلیل، در خصوص مبدأ تاریخی خون‌صلح مدرکی قابل استناد و یا سندی مکتوب متعلق به یک دوره زمانی خاص در دست نیست و آنچه در این مورد عنوان می‌گردد مبنای روایی - شفاهی دارد. برخی از نویسندهای با ذکر وقایعی تاریخی، آغاز این سنت و نیز سنت فصل را اوایل دوره اسلامی یا دوران جاهلیت می‌دانند.^۲ خانم شکوفه ماسوری در مقاله‌ای با عنوان خی‌صل می‌نویسد: «درباره خی‌صل حدود زمانی دقیقی در دست نیست، عده‌ای معتقدند که از قدیم‌الایام این سنت وجود داشته است و همراه و همپا با زندگی اجتماعی لرها به وجود آمده است».^۳

۱-۳. بسترهاي خون صلح

رسم خون‌صلح در هر جامعه‌ای قابل اجرا نیست. هریک از جامعه‌شناسان بر مبنای معیارهایی جوامع را از یکدیگر تفکیک می‌کنند و برای هر نوع ویژگی‌هایی را بر می‌شمارند. از یک طرف این تقسیم‌بندی‌ها نسبی هستند و از طرف دیگر نیز هر نوع جامعه نیز به طور کامل معرف یک نمونه تمام‌عیار نیست و امکان دارد چند ویژگی موردنظر را نداشته باشد. امروزه بهندرت می‌توان جامعه‌ای را یافت که به‌طور کامل و در تمام ابعاد با ویژگی‌های مطروحه در یک نوع هماهنگی کامل داشته باشد.

از میان مورخان قدیمی، ابن خلدون را می‌توان در زمرة اولین کسانی دانست که به تقسیم‌بندی جوامع اشاره کرده است. اهمیت کار ابن خلدون در این است که بسیاری از مفاهیم به کار رفته در فلسفه تاریخ و جامعه‌شناسی نوین متأثر از اصطلاح‌ها و واژه‌هایی است که توسط او ابداع شده است.^۴ او جوامع را به دو دسته شهری و بدوعی تقسیم می‌کند و برای هریک ویژگی‌هایی را بر می‌شمارد. او جوامع بدوعی را دارای ویژگی‌هایی

۱. کیپنبرگ، جولیان، تاریخ حقوق کیفری بین‌النهرین، مترجمان علی حسین نجفی ابرندآبادی و حسین بادامچی، انتشارات سمت، ۱۳۸۳، ص. ۱۴.

۲. رجوع کنید به: عطاشنه، منصور، فصل با رسیدگی‌های شبیه‌قضایی در مناطق عرب‌نشین خوزستان، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران، داشکده حقوق و علوم سیاسی، سال تحصیلی ۱۳۶۹-۷۰، ص. ۳۰؛ ارجمندی، غلامرضا؛ ابوالقاسم نوروزی، «حل منازعات قومی در میان عشایر بختیاری شهرستان ایذه و رسم خون‌بری یا خون‌بس»، مجله بررسی مسائل اجتماعی ایران، سال اول، شماره اول، بهار ۱۳۸۹.

۳. ماسوری، شکوفه، «خی‌صل»، نامه انسان‌شناسی، شماره سوم، بهار و تابستان ۱۳۸۲، ص. ۷۴.

۴. شیخ محمدعلی، «بن‌خلدون و فلسفه تاریخ و اجتماع»، مجله آینه معرفت، شماره ۱۸، بهار ۱۳۸۸، ص. ۵۷.

همچون اکتفا به ضروریات زندگی، جمعیت کم، تقسیم کار و تخصص ساده، عصیت قومی و مذهبی، عدم تغییر یا محدود بودن تغییرات در آداب و رسوم و عادات رایج، کنترل اجتماعی غیررسمی، رهبریت دموکراتیک و در مقابل جامعه شهری دارای ویژگی‌هایی از جمله زندگی مرفه و تجملاتی، جمعیت زیاد با تراکم بالا، مشاغل متعدد، تقسیم کار پیچیده، تخصصی شدن امور، اختلاط قومی، عصیت ضعیف، کجرویی و دارای صفات ناپسند، غیرمذهبی، دارای تغییر و تحول زیاد، کنترل اجتماعی رسمی با استفاده از قوانین بازدارنده و بهوسیله حکومت و تمرکز قدرت می‌دانست.^۱

امیل دورکیم جامعه‌شناس فرانسوی نیز در کتاب تقسیم کار اجتماعی جوامع را به دو دسته تقسیم می‌کند و برای هریک ویژگی‌هایی ذکر می‌کند. دیدگاه اصلی دورکیم در این کتاب این بود که جوامع از حالتی ساده و غیرتخصصی (مکانیکی) به سوی شکلی پیچیده و کاملاً تخصصی‌شده (ارگانیک) حرکت می‌کنند.^۲

او معتقد است که همبستگی و نوع دوستی در این دو جامعه متفاوت است. در جوامع دسته اول او معتقد است که انسجام درونی جوامع مکانیکی ناشی از نیرو یا قدرت وجود جمعی است. وجود جمعی روی هم رفته یکپارچه است و لذا این الزامات و فشارهای بیرونی (ناشی از وجود جمعی) و سرزنش جمعی یا اخطار و تقبیح مردم نقش بسیار قوی در حفظ انسجام جامع دارد، زیرا جرم این انسجام را از بین می‌برد. در جامعه مکانیکی همبستگی از راه همانندی است و افراد در آن هنوز نمایش اجتماعی پیدا نکرده‌اند. مباحث مربوط به همبستگی دورکیم با عصیت این خلدون مشابهت نزدیکی دارد، زیرا هر دو میزان انسجام و حالت اجتماعی را که فرد در عین فردیت و شخصیت متمایز خود طوری در جامعه‌اش جایگزین و ادغام می‌شود که گویی در آن منحل شده است به مفهومی به نام همبستگی یا عصیت نسبت می‌دهند.^۳

در جامعه مکانیکی مجموعه‌ای از باورها و احساسات مشترک در بین افراد حکم فرماست. هر مقدار که این احساسات و باورهای مشترک در بین افراد (وجود جمعی) قوی‌تر باشد، نقض آن واکنش شدیدتری را از سوی افراد جامعه برمی‌انگیزد. در این جوامع نوعی همبستگی رواج دارد که افکار و گرایش‌های شخصی اعضای آن بیشتر است. به عبارت دیگر همبستگی مکانیکی در جایی رواج دارد که حداقل تفاوت‌های

۱. این خلدون، عبدالرحمن، مقدمه، ترجمه محمد پروین گلابادی، جلد دوم، انتشارات علمی و فرهنگی، چاپ هشتم، ۱۳۷۵، ص. ۲۳۴.

۲. ویلیامز، فرانک پی؛ و ماری لین دی مک شین، نظریه‌های جرم‌شناسی، ترجمه حمیدرضا ملک‌محمدی، میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۸، ص. ۱۰۵.

۳. توسلی، غلامعباس، «دورکیم و تقسیم کار اجتماعی»، مجله نشر دانش، شماره ۵ و ۶، آبان ۱۳۶۰، ص. ۲۷.

فردی وجود داشته باشد و اعضای جامعه از نظر دلبستگی به خیر همگانی بسیار همسان یکدیگر باشند. همبستگی ناشی از همانندی، زمانی به اوج خود می‌رسد که وجودان فردی یکاک اعضای جامعه منطبق با وجودان جمعی پرورش یابد و با آن تقریباً یکی شود. در جوامع مکانیکی تقسیم کار ابتدایی است و همکاری میان افراد جامعه زیاد است. علائم مشخصه این جوامع وجود ارزش‌های یکسان، انسجام اجتماعی، همدردی میان افراد، تبعیت از رسوم اخلاقی و ... است. افراد قبایل ابتدایی و اعضای یک روستا را می‌توان نمونه‌هایی از جوامع مکانیکی دانست.

اما صورت متمایز و مقابله همبستگی مکانیکی، همبستگی ارگانیکی است. در این نوع جوامع تقسیم کار پیچیده است و برخلاف نوع قبلی، با تکثر و فنی شدن مشاغل مواجه هستیم. این جامعه سرکوبگر بوده و خطاکار در آن مجازات می‌شود. انواع مجازات‌های زاجره و تنبیه‌ی در آن وجود دارد.

همبستگی ارگانیک نه از همانندی جامعه بلکه از تفاوت‌هایشان پرورش می‌یابد. این نوع همبستگی فرآورده تقسیم کار است. اعضای این جامعه به وظایف و نقش‌های تمایز یافته به شدت وابسته می‌باشند. وابستگی متقابلشان بیشتر است و کمتر به باورهای مشترک می‌رسند. در جوامع با ساختار ارگانیک، حقوق کیفری جنبه سرکوبگر داشته و خطاهای یا جرم را کیفر می‌دهند؛ اما در جوامع مکانیکی حقوق ترمیمی که ذات آن به کیفر رساندن افراد به دلیل تخطی‌شان از قواعد اجتماعی نیست، بلکه احیاء امور در صورت ارتکاب خطای ایجاد همکاری بین افراد است، حاکم می‌باشد.

با توجه به مباحث قبل باید گفت که رسم خون‌صلح را باید در میان جوامع بدوى و مکانیکی یافت.

۱-۴. مراحل و چگونگی اجرای خون‌صلح

خون‌صلح هنگامی شروع می‌شود که قتلی واقع شود. هرچند در سایر جرایم نیز ریش‌سفیدان (میانجی‌گران) اقدام به وساطت کرده و اختلافات را حل می‌کنند و تقریباً به غیر از اختلافاتی جزئی به خصوص در احرای مراسم خاص خون‌صلح فرآیندی یکسان را در جهت اخذ رضایت طی می‌نمایند.

پس از وقوع قتل افراد طایفه مقتول باید رابطه خود را با طایفه قاتل قطع کنند و اگر دیدار میان افراد طایفه مقتول با افراد طایفه قاتل ثابت شود، به عنوان خبرچینی آن فرد یا هر وابسته دیگر مورد بی‌حمرمتی قرار می‌گیرد.^۱

۱. ارجمندی و نوروزی، پیشین، ص. ۲۲.

اقوام مقتول با تجمع در خانه بازماندگان او و ابراز همدردی در جهت انتقام‌جویی اعلام آمادگی می‌کنند. به طور کلی واکنش اقوام مقتول به گونه‌ای است که ارتکاب خیلی از جرایم را در آن وضعیت مباح می‌دانند.

معمولًاً قاتل و خانواده او در این زمان به محل دیگری نقل مکان می‌کنند که اقدامی مناسب در جهت پیشگیری از تکرار جرم می‌باشد. در بعضی موارد قاتل خود را به مقامات رسمی معرفی می‌کند و بازداشت می‌شود. در این مورد بازداشت موقت وسیله‌ای برای تأمین امنیت او و مصون نگاهداشتن وی از انتقام بزهبدیدگان یا بستگان اوست و بدین ترتیب سلب موقت آزادی متهم به نفع او و برای کمک به اوست.^۱

به هر حال بعد از وقوع قتل فضای متشنجی به وجود می‌آید. در این میان نقش ریش‌سفیدان بسیار پرنگ می‌شود. ریش‌سفیدان و بزرگان قبایل با رفت و آمد و چانه‌زنی در پی منصرف کردن خانواده مقتول از تقاضای فصاص یا حتی انتقام هستند.

این رفت و آمد بزرگان آن قدر ادامه می‌یابد تا بالاخره خانواده مقتول کم‌کم متلاعده می‌شوند؛ البته پس از سپری شدن مدت زمانی نسبتاً طولانی که در آن مدت احساسات ناشی از به قتل رسیدن فرزندشان کم‌کم تسکین می‌یابد.^۲ پس از موفقیت در اخذ رضایت، جلساتی جهت تعیین مقدار خون‌بها و دیگر مسائل تشکیل می‌شود. اخذ خون‌بها و نوع آن با تحول جوامع تغییر یافته است. در روزگار قدیم و زندگی روستایی اولین موضوعی که خانواده مقتول در این جلسات روی آن اصرار و پافشاری می‌کردند مسائله زمین‌های کشاورزی، باغ‌ها و سایر مایملک قاتل یا قاتلان به عنوان دیه است و آن هم در هر منطقه‌ای معیار خاصی دارد؛ زیرا زندگی یک کشاورز به زمین بستگی دارد و در صورت اخذ زمین، زندگی در روستا برایش مشکل خواهد شد. بنابراین تصمیم به کوچ به محل دیگر می‌گیرد.^۳

میزان خون‌بها با توجه به عرف و به صورت قراردادی تعیین می‌گردد و در شهرها معمولاً به صورت وجه‌نقد رایج است. در عشایر بختیاری شرق لرستان دیه قتل را در قالب «کالات، خون‌بها» از قاتلان می‌گیرند. «کالات» جدای از دیه اصلی است و عبارت است از ملک و محلی که خانواده قاتل در جوار بازماندگان مقتول دارند، احشام و گوسفندانی که در روزهای اولیه حادثه از قبیله قاتل به غارت رفته‌اند و هر آن چه

۱. خالقی، علی، آینه دادرسی کیفری، چاپ ششم، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۹، ص. ۲۱۹.

۲. عطاشنه، پیشین، ص. ۷۴.

۳. ماسوری، پیشین، ص. ۸۰.

بخواهند و در مجلس توافق کنند.^۱ به ازدواج در آوردن دختری از خانواده قاتل به یکی از افراد خانواده مقتول نیز می‌تواند از جمله موارد خون‌بها یا خون‌بس باشد.

پس از توافقات صورت‌گرفته و تلاش‌های خالصانه ریش‌سفیدان، روز مشخصی جهت اجرای مراسم تعیین می‌شود. اجرای مراسم خاص خون‌صلح فقط مخصوص جرم قتل است و در این جرم اجرا می‌شود. هرچند فرآیند میانجی‌گری ریش‌سفیدان در جهت اخذ رضایت با اختلافاتی جزئی در همه جرایم یکسان است. عموماً زمان اجرای مراسم در یک روز تعطیل یا یکی از اعیاد است و مکان آن نیز با توجه به عرف مناطق مختلف، متفاوت است. در مناطق روستایی در سیاه‌چادرهایی که مهیای این امر گردیده یا در منزل خانواده مقتول برگزار می‌شود. در شهر کرمانشاه از مساجد، حسینیه‌ها، تالارهای پذیرایی و حتی سالن‌های ورزشی استفاده می‌شود. به عنوان نمونه در سال ۱۳۹۰ با حضور وزیر دادگستری، چندین مراسم خون‌صلح در سالن ورزشی امام خمینی (ره) کرمانشاه برگزار شد. در این مراسم صدها نفر از اهالی و بزرگان عشایر و طوایف به همراه مسئولان محلی دعوت می‌شوند تا مراسم دیرینه خود را با شکوه خاصی برگزار کنند.

هزینه برپایی مجلس مانند قند و چای، برنج و دیگر موارد عموماً بعهده قاتل یا اقوام او است. هر قدر مقتول سرشناس‌تر باشد، انجام مراسم هزینه بیشتری دارد و مسلماً افراد بیشتری در انجام مراسم حضور خواهند داشت. در روز مراسم، قاتل و نزدیکان او طی مراسم و مراحل خاصی به حضور بازماندگان مقتول برای صلح می‌روند. البته تعداد زیادی از افراد چابک و قوی در جهت تأمین امنیت و جلوگیری از هرگونه صدمه آنها را همراهی می‌کنند. بنابراین نوعی تعاون عمومی در گرفتاری‌ها باعث می‌شود فشار عاقب خاص یک قتل قبیله‌ای متوجه عده معذوبی نباشد و فرد خاطی در پناه طایفه خود قرار گیرد.

در روز مراسم با اجرای مراسم سوگواری از قبیل نواختن ساز و دهل (چمری)، سرودهای محلی (مور و شیون و زاری) در مقابل یکدیگر قرار گرفته و نسبت به هم ادای احترام می‌کنند. در این هنگام در حضور اولیاء دم مقتول فاتحه‌ای خوانده و چند لحظه‌ای همه چشم‌ها را به زمین دوخته و یارای نگاه همدیگر را ندارند. در ادامه گروهی از ریش‌سفیدان قاتل کفن‌پوش را با دستان بسته (در جهت شفاعت بهتر و ترحم بازماندگان مقتول) و در حالی که یک جلد قرآن و چاقویی را بر روی یک سینی نهاده‌اند، همراهی کرده و به سمت اولیای دم می‌روند. با این پیام که یا قاتل را به

۱. گودرزی، حسین، سیمای عشایر شرق لرستان، انتشارات ترسیم، ۱۳۷۴، ص. ۱۳۷.

عظمت قرآن و آبروی ریش‌سفیدان مورد بخشش قرار داده و یا با چاقو وی را قصاص کنند. اولیاء دم نیز با بوسیدن قرآن قاتل را مورد عفو قرار می‌دهند. در مراسم خون‌صلح به خصوص در روستاهای استان کرمانشاه اسب یا وسیله نقلیه‌ای را که مورد استفاده مقتول بوده است به وسیله پارچه‌ای پوشانده و برخی از وسائل شخصی متوفی (عموماً لباس‌های مقتول) را بر روی آن قرار می‌دهند. کارکرد این شیوه متوجه نمودن قاتل و دیگر افراد شرکت‌کننده در مراسم نسبت به بزرگی صدمه ناشی از قتل و غیرقابل جبران بودن آن است. البته در برخی موارد دیگر که مراسم خون‌صلح به شکل دیگری اجرا شده، روایت شده است که پس از ورود قاتل و اقوام او به محل و مواجهه آنها با اقوام مقتول در یک فضای باز و گسترده حمله‌ای آغاز می‌شود و تقریباً همه کتک می‌خورند؛ علی الخصوص قاتل و نزدیکانش. باید ذکر شود که رسم چنین است که همراهان قاتل و محافظان فقط می‌توانند از خود دفاع کنند، اما اجازه جواب مقابل را ندارند. گاه افرادی اقدام به تیراندازی هم می‌کنند که بلافضله جلوی آنان گرفته می‌شود؛ بالاخره در میان این زد خورد، گروه راه خود را به سختی به سوی چادرهایی که برای مراسم خون‌صلح تدارک دیده شده است می‌پیمایند و سرانجام همه زخمی و خسته به محل استقرار اولیه می‌رسند. سیاه‌چادرهایی برای استقرار اولیه قاتل و همراهان و محافظین و کدخدايان درنظر گرفته شده که اغلب مفروش نیستند و حتی خار نیز در کف آن پنهان کرده‌اند.^۱ پس از انجام مراسم خون‌داران، مدعوین، همراهان قاتل و سایر اقوام همگی در یک نشست صمیمی بر روی یک سفره ولیمه‌ای تناول می‌کنند که این امر نیز نشانی بر رفع کدورت‌های دیرینه می‌باشد.

۱-۵. پذیرش قاتل در جامعه از دیدگاه عدالت ترمیمی

۱-۵-۱. مفهوم عدالت ترمیمی

عدالت ترمیمی فرایندی است که طی آن تمامی اشخاصی که در پدیده مجرمانه دخیل هستند، گرد هم می‌آیند تا با مشارکت هم‌دیگر در مورد آثار و نتایج عمل مجرمانه و آینده بزه‌دیده و بزهکار و جامعه بعد از وقوع جرم چاره‌اندیشی کنند.^۲ هوارد زهر^۳ نیز عدالت ترمیمی را این‌گونه تعریف می‌کند: «عدالت ترمیمی فرایندی است برای درگیر نمودن - تا آنجا که امکان‌پذیر است - کسانی که دارای سهمی در یک جرم خاص هستند تا به طریق جمعی نسبت به تعیین و توجه به صدمات و زیان‌ها، نیازها و

۱-۵-۲. بروز عدالت ترمیمی در خون صلح

با وقوع قتل در جوامع مقید به خون صلح موجی از ناآرامی و تشنجه، روابط بین افراد و امنیت جامعه را دستخوش التهاب می‌کند. جامعه‌ای که وجه بارز و شاخصه آن روابط نزدیک بین افراد است، پس از وقوع قتل مستعد ارتکاب جرم می‌گردد. بنابراین در خون صلح اصل اول عدالت ترمیمی کاملاً مشهود است.

دومین اصل مهم عدالت ترمیمی موجب معهد گردیدن افراد جامعه شده و به دنبال یک سیاست جنایی مشارکتی است تا اعضای جامعه اعم از بزهدي‌گان، بزهکاران، جامعه محلی و تقریباً تمامی کسانی که تحت تأثیر جرم قرار گرفته‌اند از اعضای خانواده، دوستان و اطرافیان بزهدي‌ده و بزهکار سهمی تعیین‌کننده در تعیین سرنوشت خود داشته باشند. بدین ترتیب برخلاف عدالت کیفری کلاسیک که با توجه به اصول حاکم بر آن از جمله غیرعلنی بودن دادرسی از حضور دیگر اشخاص به استثنای بزهدي‌ده و بزهکار و شهود جلوگیری می‌نماید، در عدالت ترمیمی همگی اعضای جامعه خود را متعهد به مشارکت می‌دانند. بنابراین در خلال برنامه‌های عدالت ترمیمی علاوه بر مقامات رسمی عدالت کیفری، بزهکاران و بزهدي‌گان، خانواده‌ها و وابستگان آنها، شهود و مطلعان و دوستان، همسایگان و افراد کهنسال محترم و با نفوذ، سازمان‌ها، و نهادها و نمایندگان

۱. زهر، هوارد، کتاب کوچک عدالت ترمیمی، ترجمه حسین غلامی، تهران، انتشارات مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۸، ص. ۷۴.

۲. همان، ص. ۵۱.

۳. غلامی، حسین، عدالت ترمیمی، میزان، ۱۳۸۵، ص. ۲۱.

تعهدات جدید التیام و بهبود بخشیدن و راست گردانیدن امور به اندازه‌ای که امکان‌پذیر است، اقدام نمایند.^۱ هوارد زهر معتقد است که اصول عدالت ترمیمی عبارت‌اند از:

- جرم، تعدی و تجاوز نسبت به مردم و روابط میان فردی است.

- تعدی و تجاوز موجد تعهداتی است.

- اصلی‌ترین تعهد، اصلاح امور (درست کردن آنچه تخریب شده است) می‌باشد.^۲

مطابق اولین اصل، عمل مجرمانه اولاً و بالذات تعرض به مناسبات و روابط انسان‌هاست. پذیرش این اصل به معنای نادیده انگاشتن اهمیت قانون نیست، بلکه قانون راهنمای ابزار بسیار مهمی در تنظیم روابط میان افراد با یکدیگر و دولت است.^۳ علت این است که مهم‌ترین هدف قانون محافظت و دفاع از سلامت روابط انسانی است، لذا تعرض به نفس این روابط جرم است. این بزهدي‌ده است که در درجه اول مورد تعرض قرار گرفته، اوست که مضروب شده، احساساتش جریحه‌دار شده و به طور واقعی متحمل ضرر و زیان شده است.

جامعه مدنی به صحنه تصمیم‌گیری و مشارکت فراخوانده می‌شود. در خون‌صلح نیز بستر مناسبی برای حضور تمام کسانی که به نحوی از جرم متاثر گردیده‌اند فراهم می‌آید و دایره افراد شرکت‌کننده همانند عدالت ترمیمی، گستردگ است.

سومین اصل عدالت ترمیمی بر اصلاح آنچه در اثر جرم تخریب شده است تأکید دارد. این مهم از طریق توجه به بروز نیازهای ایجادشده به‌وسیله جرم، نظیر آرامش، امنیت، جبران و ترمیم خسارت‌های وارده بر افراد و مناسبات انسانی، ضربه‌های روحی و معنوی و لطمات جسمانی و سایر نیازهای ایجادشده از طریق جرم امکان‌پذیر می‌گردد. بزهکار طی فرایندهای ترمیمی ضمن درک آثار ناشی از عمل مجرمانه خود و روبرو شدن با آنها با بزهده‌گان همدردی نموده و تمام تلاش خود را در جهت جبران این مورد به کار خواهد بست و ارزش‌های والای انسانی در وی ترمیم و احیاء می‌شود. همچنین این روش بزهکار را نسبت به آسیب و خسارتی که به وجود آورده است، مسئولیت‌پذیر نموده و آشتی را در میان گروه‌ها به وجود می‌آورد.^۱ به این ترتیب او آگاهانه مسئولیت عمل خویش را خواهد پذیرفت. اما از طرفی از دیگر اهداف عدالت ترمیمی رسیدن به صلح و آشتی میان طرفین و ترمیم شکاف و تنیش به وجود آمده است. «در حالی که پس از ارتکاب جرم، امکان اعمال مجازات و حتی اخذ انتقام از بزهکار وجود دارد، عدالت ترمیمی روشی است برای حصول به توافق و حل و فصل سازنده و مفیدی که درنتیجه اجرای آن بزهکار نه مغضوب و نه مظلوم تلقی می‌گردد. وی باید با احساس مسئولیت و ندامت نسبت به جبران آثار زیان‌بار جرم اقدام کند تا امکان ترمیم روابط گسترشده فراهم گردد.»^۲

در بررسی اصل سوم عدالت ترمیمی و فقدان یا وجود آن در خون‌صلح باید گفت صدمه اولیه در قتل که همان کشته شدن انسانی بی‌گناه است، برگشت‌ناپذیر است. اما در کنار این آسیب، تنیش و ناآرامی ناشی از آن در جامعه اگر نگوییم بیشتر از صدمه ناشی از فقدان قاتل است، کمتر از آن هم نیست. در راستای بهبود این اوضاع قاتل با پذیرفتن آگاهانه مسئولیت خود، پرداخت خون‌بها، کسب تکلیف کردن از بزرگان و اولیای دم و هر روشی که با توجه به شرایط موجود توسط ریش‌سفیدان مناسب تشخیص داده شود، موجب فروکش نمودن حس انتقام‌جویی بزهده‌گان می‌گردد. پس از این اقدامات شرایط مساعدی برای ایجاد صلح و آشتی فراهم می‌آید، به نحوی که در قریب به اتفاق موارد شاهد بازگشت آرامش به جامعه هستیم. با توجه به اصول عدالت ترمیمی می‌توان گفت فرد قاتل که در همان جامعه تا حدود زیادی مورد بخشش قرار گرفته است، پس از ترمیم

۱. شیری، عباس، «فرایندهای عدالت ترمیمی»، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، شماره اول، ۱۳۸۵، ص. ۲۲.

۲. غلامی، پیشین، ص. ۲۲.

تشنج به وجودآمده، می‌تواند به زندگی خود در جامعه ادامه دهد. البته یک نکته را نباید فراموش کرد و آن این است که در صورتی که خون‌بها از نوع ازدواج باشد، چنین اقدامی اگر چه ممکن است از وقوع اختلافات بعدی تا حدود زیادی جلوگیری کند، ولی در صورت عدم تمایل زن به ازدواج مذکور در غیرترمیمی بودن آن تردید نیست.^۱

۲. یافته‌های میدانی

در این قسمت یافته‌های میدانی به شکل جداول و نمودارهایی مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است.

۱-۲. پذیرش قاتلان توسط جامعه

جدول ۱: میزان پذیرش قاتلان در جامعه پس از اجرای مراسم خون‌صلح

درصد	تعداد	قاتلان پس از اجرای مراسم مورد پذیرش جامعه قرار گرفتند
قاتلان و خانواده آنها		
۶۰.۰	۹	بله
۴۰.۰	۶	تا حدودی
خانواده مقتولان		
۷۳.۳	۱۱	بله
۲۶.۷	۴	تا حدودی
ریش سفیدان		
۷۰.۶	۳۶	بله
۲۹.۴	۱۵	تا حدودی

بررسی این موضوع که «آیا پس از اجرای مراسم، قاتلان مورد پذیرش جامعه قرار می‌گیرند؟» از نظر قاتلان و خانواده آنها نشان داد که ۶۰/۰ درصد افراد پاسخ مثبت دادند و ۴۰/۰ درصد افراد گزینه تاحدودی را اعلام نمودند. بررسی این مورد از نظر خانواده مقتولان نشان داد که ۷۳/۳ درصد افراد پاسخ مثبت دادند و ۲۶/۷ درصد افراد گزینه تاحدودی را اعلام نمودند. در بین ریش‌سفیدان نیز ۷۰/۶ درصد افراد پاسخ مثبت دادند و ۲۹/۴ درصد گزینه افراد تاحدودی را اعلام نمودند. جالب اینکه هیچ‌یک از افراد گزینه منفی را انتخاب نکرده‌اند که بیانگر مقبول بودن رسم خون‌صلح در بین جامعه می‌باشد.

۲-۲. وضعیت زندگی قاتلان پس از اجرای مراسم خونصلح

جدول ۲: وضعیت زندگی قاتلان پس از اجرای مراسم خونصلح

درصد	تعداد	وضعیت زندگی قاتلان پس از اجرای مراسم خونصلح
		قاتلان و خانواده آنها
۱۰۰	۱۵	زنگی معمولی
		خانواده مقتولان
۱۰۰	۱۵	زنگی معمولی
		ریش سفیدان
۱۹.۶	۱۰	بی‌پاسخ
۸۰.۴	۴۱	زنگی معمولی

بررسی وضعیت زندگی قاتلان پس از اجرای مراسم خونصلح از نظر قاتلان و خانواده آنها نشان داد که ۱۰۰/۰ درصد این افراد گفتند که زندگی عادی و معمولی دارند. وضعیت برای خانواده مقتولان نیز همین گونه است. اما بررسی این مورد از نظر ریش سفیدان نشان داد که ۸۰/۴ درصد افراد گزینه زندگی عادی و معمولی را انتخاب نموده‌اند؛ جالب اینکه هیچ‌یک از افراد گزینه زندگی سخت و بد را انتخاب نکردند.

۳-۲. بررسی امنیت و آرامش پس از اجرای مراسم

جدول ۳: بازگشت امنیت و آرامش پس از اجرای مراسم

درصد	تعداد	وضعیت بازگشت امنیت به جامعه پس از اجرای مراسم خونصلح
		قاتلان و خانواده آنها
۴۶.۷	۷	بله
۵۳.۳	۸	تا حدودی
		خانواده مقتولان
۱۰۰	۱۵	بله
*	*	تا حدودی
		ریش سفیدان
۲۱.۶	۱۱	بی‌پاسخ
۵۴.۹	۲۸	بله
۲۳.۵	۱۲	تا حدودی

بررسی وضعیت بازگشت امنیت به جامعه پس از اجرای مراسم خونصلح از دیدگاه قاتلان و خانواده آنها نشان داد که ۴۶/۷ درصد افراد پاسخ مثبت و ۵۳/۳ درصد افراد گزینه «تا حدودی» را انتخاب نمودند. بررسی این مورد از دیدگاه خانواده مقتولان نشان داد که ۱۰۰/۰ درصد افراد پاسخ مثبت را انتخاب نمودند. بررسی این امر از دیدگاه ریش‌سفیدان نیز نشان داد که ۵۴/۹ درصد افراد پاسخ مثبت و ۲۳/۵ درصد افراد تا حدودی را انتخاب نمودند. جالب اینکه هیچ‌یک از افراد گزینه «خبر» را انتخاب ننمودند.

۴-۲. عکس‌العمل جامعه محلی پس از اجرای مراسم خونصلح

جدول ۴: عکس‌العمل جامعه محلی پس از اجرای مراسم خونصلح

درصد	تعداد	کیفیت عکس‌العمل جامعه محلی پس از اجرای مراسم خونصلح
قاتلان و خانواده آنها		
۹۳.۳	۱۴	مثبت
۶.۷	۱	تفرقه‌افکن
خانواده مقتولان		
۱۰۰	۱۵	مثبت
ریش‌سفیدان		
۲۱.۶	۱۱	بی‌پاسخ
۷۴.۵	۳۸	مثبت
۳.۹	۲	تفرقه‌افکن

بررسی عکس‌العمل جامعه محلی پس از اجرای مراسم خونصلح از نظر قاتلان و خانواده آنها نشان داد که ۹۳/۳ درصد افراد پاسخ مثبت و ۶/۷ درصد افراد گزینه «تفرقه‌افکن» را انتخاب نموده‌اند. بررسی این مورد از نظر خانواده مقتولان نشان داد که ۱۰۰/۰ درصد افراد عکس‌العمل جامعه را مثبت دانستند و بررسی آن از نظر ریش‌سفیدان نیز نشان داد که ۷۴/۵ درصد افراد پاسخ مثبت و ۳/۹ درصد افراد گزینه «تفرقه‌افکن» را انتخاب نمودند. جالب اینکه هیچ‌یک از افراد گزینه منفی را انتخاب نکردند.

۵-۲. رفتار بزه‌دیدگان پس از اجرای مراسم خون‌صلح

جدول ۵: رفتار بزه‌دیدگان پس از اجرای مراسم خون‌صلح

درصد	تعداد	رفتار بزه‌دیدگان پس از اجرای مراسم خون‌صلح
قاتلان و خانواده آنها		
۹۳.۳	۱۴	فراموش کردن واقعه و رفتار عادی
۶.۷	۱	فراموش نکردن واقعه و رفتار غیرعادی
خانواده مقتولان		
۹۳.۳	۱۴	فراموش کردن واقعه و رفتار عادی
۶.۷	۱	فراموش نکردن واقعه و رفتار غیرعادی
ریش‌سفیدان		
۹۲.۲	۴۷	فراموش کردن واقعه و رفتار عادی
۷.۸	۴	فراموش نکردن واقعه و رفتار غیرعادی

بررسی رفتار خانواده مقتولان پس از اجرای مراسم خون‌صلح نشان داد که ۹۳/۳ درصد افراد فراموش کردن واقعه و رفتار عادی و ۶/۷ درصد افراد فراموش نکردن واقعه و رفتار غیرعادی را انتخاب نمودند. در بین دو گروه دیگر (خانواده قاتلان و نیز ریش‌سفیدان) نیز وضعیت تقریباً همین‌گونه است. ملاحظه می‌شود که نظر به اینکه مراسم خون‌صلح مراسمی پذیرفته شده و دارای قدمت فراوان می‌باشد؛ در صورت اجرا، مردم این مناطق به آن متعهد بوده و مفاد آن را محترم شمرده و نسبت به آن پایبند می‌باشند.

نتیجه‌گیری

خون‌صلح یا خون‌بس از جمله مراسم عرفی- قبیله‌ای است که تا حد زیادی به مباحث جزایی و جرم‌شناسی ارتباط پیدا می‌کند. این مراسم که طی آن قاتل در ازای چیزی یا بدون مابهای بخشیده می‌شود، از قصاص قاتل جلوگیری می‌کند و باعث می‌شود وی دوباره به اجتماع باز گردد. اینکه انتظار داشته باشیم که قاتل بخشیده شده، به‌طور کامل همان زندگی قبلی را در پیش بگیرد و دیگران به‌طور کامل واقعه را فراموش کرده و با قاتل مانند قبل رفتار کنند، چه‌بسا دور از واقعیت باشد. ولی خون‌صلح به هر حال تأثیرات مثبتی دارد. بررسی‌های میدانی نشان می‌دهد که افراد درگیر در اجرای مراسم خون‌صلح از جمله خانواده قاتلان، مقتولان و نیز ریش‌سفیدان نسبت به بازگشت آرامش و امنیت به جامعه پس اجرای مراسم خون‌صلح اصولاً خوشبین بوده‌اند، به‌طوری که $60/0$ درصد پاسخ‌دهندگان نتیجه را کاملاً مثبت دانسته‌اند و $40/0$ درصد پاسخ‌دهندگان تا حدودی با قابل‌پذیرش بودن آن موافق بوده‌اند. بررسی این مورد از نظر خانواده مقتولان نیز نشان داد که $73/3$ درصد افراد پاسخ مثبت دادند و $26/7$ درصد افراد گزینه «تا حدودی» را انتخاب نمودند. همچنین در میان ریش‌سفیدان $70/6$ درصد افراد پاسخ مثبت دادند و $29/4$ درصد افراد نیز گزینه «تا حدودی» را برگزیدند.

از طرف دیگر قاتلان نیز توانسته‌اند پس از اجرای مراسم خون‌صلح زندگی عادی در پیش گیرند؛ به‌طوری که بررسی وضعیت زندگی قاتلان پس از اجرای مراسم خون‌صلح در استان کرمانشاه نشان داد که در میان قاتلان و خانواده آنها $100/0$ درصد افراد گفتند که زندگی عادی و معمولی دارند. همچنین از نظر خانواده مقتولان $100/0$ درصد پاسخ‌دهندگان زندگی قاتلان را عادی و معمولی توصیف نمودند. بررسی این مورد از نظر ریش‌سفیدان نشان داد که $80/4$ درصد افراد گزینه «زندگی عادی و معمولی» را انتخاب نموده‌اند. جالب اینکه هیچ‌یک از افراد گزینه «زندگی سخت و بد» را انتخاب نکرده‌اند.

بررسی رفتار بزه‌دیدگان پس از اجرای مراسم خون‌صلح نیز نشان داد که بیشتر آنها توانسته‌اند با فراموش کردن واقعه، به زندگی عادی خود برگردند؛ به‌طوری که بررسی رفتار بزه‌دیدگان پس از اجرای مراسم خون‌صلح نشان داد که $92/2$ درصد افراد فراموش کردن واقعه و رفتار عادی و $7/8$ درصد افراد فراموش نکردن واقعه و رفتار غیرعادی را انتخاب نمودند.

این موارد نشان می‌دهد که خون‌صلح علی‌الاصول دارای نقشی ترمیم‌کننده است که نتایج مثبت آن می‌تواند قاتل و خانواده او، خانواده مقتول و جامعه محلی را دربرگیرد، اگرچه در مواردی نیز دارای کارکردهای نامناسب و غیراصولی است؛ مانند جایی که دختری از خانواده قاتل به اجبار به نکاح پسری از خانواده قاتل در می‌آید.

منابع

- ابن خلدون، عبدالرحمن، مقدمه، ترجمه محمد پروین گنابادی، جلد دوم، انتشارات علمی و فرهنگی، چاپ هشتم، ۱۳۷۵.
- ارجمندی، غلامرضا؛ ابوالقاسم نوروزی، «حل منازعات قومی در میان عشایر بختیاری شهرستان ایذه و رسم خونبری یا خونبس»، مجله بررسی مسائل اجتماعی ایران، سال اول، شماره اول، بهار ۱۳۸۹.
- توسلی، غلامعباس، «دورکیم و تقسیم‌کار اجتماعی»، مجله نشر دانش، شماره ۵ و ۶، آبان ۱۳۶۰.
- خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، چاپ ششم، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۹.
- دهخدا، علی‌اکبر، فرهنگ متوسط دهخدا، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۹۰.
- زهر، هوارد، کتاب کوچک عدالت ترمیمی، ترجمه حسین غلامی، تهران، انتشارات مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۸.
- شیخ، محمدعلی، «ابن‌خلدون و فلسفه تاریخ و اجتماع»، مجله آینه معرفت، شماره ۱۸، بهار ۱۳۸۸.
- شیری، عباس، «فرآیندهای عدالت ترمیمی»، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، شماره اول، ۱۳۸۵.
- عباسی، مصطفی، میانجیگری کیفری، انتشارات دانشور، چاپ اول، ۱۳۸۲.
- عطاشنه، منصور، فصل یا رسیدگی‌های شبه قضایی در مناطق عربنشین خوزستان، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، سال تحصیلی ۱۳۶۹ - ۷۰.
- غلامی، حسین، عدالت ترمیمی، میزان، ۱۳۸۵.
- کیپنبرگ، جولیان، تاریخ حقوق کیفری بین‌النهرین، مترجمان علی‌حسین نجفی ابرندآبادی و حسین بادامچی، انتشارات سمت، ۱۳۸۳.
- گودرزی، حسین، سیمای عشایر شرق لرستان، انتشارات ترسیم، ۱۳۷۴.
- ماسوری، شکوفه، «خی‌صل»، نامه انسان‌شناسی، شماره سوم، بهار و تابستان ۱۳۸۲.
- میرمحمد صادقی، حسین، جرایم علیه اشخاص، میزان، چاپ دوم، بهار ۱۳۸۷.
- نجفی‌ابرندآبادی، علی‌حسین، تقریرات جامعه‌شناسی جنایی، به کوشش مهدی صبوری‌پور، دوره کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، نیمسال دوم سال تحصیلی ۱۳۸۳ - ۸۴.
- ویلیامز، فرانک پی؛ و ماری لین دی مک‌شین، نظریه‌های جرم‌شناسی، ترجمه حمیدرضا ملک‌محمدی، میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۸.

قاعده تعیین مسئول جبران خسارت بر مبنای فعل زیانبار

علیرضا یزدانیان*

چکیده

یکی از ارکان مسئولیت مدنی فعل زیانبار است، که در حقوق ایران ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی و در حقوق فرانسه ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی فرانسه به آن اشاره داشته‌اند. فعل زیانبار در جهت تعیین متعهد جبران خسارت ضروری است. مسئول جبران در زنجیره اسباب، شخصی است که «فعل زیانبار» را انجام داده است که به‌طور سنتی این فعل باید تقصیرآمیز باشد. در کنار این مبنای سنتی، یعنی تقصیر، مبانی دیگری مانند نظریه خطر، نظریه مختلط، نظریه تضمین و نظریه تعهد اینمی نیز ارائه شده است. با وجود این، نظرات در یک نکته اشتراک دارند و آن اینکه مسئولیت مدنی، نیازمند فعل زیانبار است و بنابراین در تعیین شخص مسئول، قاعده این است که اصولاً شخصی به عنوان مسئول جبران خسارت تعیین می‌گردد که مرتكب فعل یا ترک فعلی شده باشد. در اینجا این سؤال اهمیت پیدا می‌کند که آیا قاعده ضرورت فعل زیانبار، هنوز به قوت خود باقی است یا خیر؛ و با لحاظ تفکیک بین تقصیر و فعل زیانبار، آیا تقصیر هنوز مبنای مسئولیت است یا صرف فعل زیانبار کفایت می‌کند. از نظر تحلیلی نمی‌توان تقصیر را به کلی از حقوق مسئولیت مدنی حذف کرد، اما در عین حال، حقوق در این چارچوب نیز ممحصر نمی‌ماند. امروزه در کنار این قاعده، نظرات دیگری مطرح شده که بر دامنه قاعده نقش فعل در تعیین مسئول اثر گذاشته است. نظرات مذبور بیشتر در ادبیات حقوق تعهدات فرانسه قابل مشاهده است که در این مقاله به صورت تطبیقی مورد مطالعه قرار خواهد گرفت.

کلیدواژه‌ها: فعل، ترک فعل، مسئولیت، مسئول، تقصیر.

مقدمه

هنگام وقوع ضرر، اولین سؤال این است که کدام فعل یا ترک فعل سبب خسارت شده و با پاسخ به همین سؤال می‌توان مسئول را تعیین نمود، زیرا طرح مسئولیت این ضرورت را ایجاب می‌کند که نهایتاً شخصی به عنوان مسئول شناخته شود.^۱ در مسئولیت ناشی از عمل غیر و مسئولیت ناشی از اشیا نیز نیاز به فعل است. نه تنها در مسئولیت مدنی قهری، بلکه در مسئولیت مدنی قراردادی نیز فعل مولّد خسارت لازم است که معمولاً^۲ به صورت نقض تعهدات قراردادی است. با وجود این، در حقوق مسئولیت مدنی گاه مواردی ملاحظه می‌شود که بدون فعل نیز مسئولیت به وجود می‌آید، مانند مسئولیت عاقله. به این ترتیب می‌توان این قاعده را در حقوق مسئولیت مدنی بنا نهاد که اولین معیار در تعیین مسئول این است که شخصی مسئول است که مرتكب فعل یا ترک فعلی شده باشد و بدون فعل یا ترک فعل نمی‌توان مسئولیت را بر شخصی تحمیل کرد. به عبارت دیگر در حقوق مسئولیت مدنی اصولاً خوانده یا مسئول^۳ شخصی است که فعل زیان‌بار را انجام داده است.^۴ بنابراین حتماً باید فعلی وجود داشته باشد تا بتوان مرتكب آن را به عنوان مسئول، تعیین نمود؛^۵ می‌توان با پذیرش مسئولیت محض، از اثبات تقصیر چشم‌پوشی نمود، اما نمی‌توان از فعل زیان‌بار چشم‌پوشی کرد،^۶ مگر در مواردی که قانون معین کرده باشد. به قاعده ضرورت فعل در ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی اشاره شده و واژه «عمل» گویای این قاعده است که مسئولیت اصولاً نتیجه فعل شخص است. در ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی فرانسه نیز واژه «فعل»^۷ به چشم می‌خورد^۸ که به نظر مفسرین قانون مدنی فرانسه، اصل این است که حتماً باید فعل وجود داشته باشد.^۹

1. Grynbaum, Luc, Droit Civil, Les Obligations, Hachette Supérieur, 2é. Ed., 200, p.189
2. Maistre du Chambon, Patrick, Régime De La Réparation, Action en Réparation, Les Modes de Preuve, Responsabilité Civile et Assurances, 2001, p. 40.
3. Malinvaud, Philippe; Droit Civil, Les Obligations, Lexis Nexis, 9é. Ed., 2005, p. 334.
4. سلطان، انور، مصادر الالتزام، بيروت، دارالثقافه للنشر والتوزيع، ۲۰۰۷، م، ص. ۴۳۸.
5. Jourdain, Patrice, "La Responsabilité du Fait d'autrui Fondée sur l'article 1384, Alinéa 1er, du Code Civil est une Responsabilité de Plein Droit", Recueil Dalloz, 1997, p. 496.
6. Le fait.
7. Flour, Jaques; Aubert, Jean-Luc; et Eric Savaux, Droit Civil, Les Obligations, T. 2, Le Fait Juridique, Sirey, 13é. Ed., 2008, p. 111.
8. Poumaréde, Matthieu, Droit des Obligations, Montchrestien, Lextenso Editions, 2011, p. 527.

فعل در مسئولیت مدنی حتماً باید «زیان‌بار» باشد.^۱ این نتیجه، یعنی ورود زیان است که فعل خوانده را به عنوان فعل «تولیدکننده زیان» توصیف می‌نماید.^۲ همچنین بر مبنای فعل مذبور می‌توان مسئولیت مدنی را به عنوان یکی از منابع تعهدات^۳ به سه بخش کلی، شامل مسئولیت ناشی از «فعل شخصی»، «فعل غیر» و «فعل اشیاء» تقسیم نمود.^۴ همچنین منظور از فعل اعم از «فعل مثبت یا ايجابی» یا «فعل منفي یا سلبي» است.

در مسئولیت مدنی قهری «هر فعل» زیان‌باری می‌تواند به عنوان فعل مورد نظر مورد لحاظ قرار گیرد. اما در مسئولیت مدنی قراردادی، فعل زیان‌بار باید به صورت نقض تعهد قراردادی قابل انتساب به معهده جلوه کند (ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی فرانسه و ماده ۲۲۷ قانون مدنی)^۵ در نتیجه به عنوان یک قاعده باید پذیرفت که در مسئولیت مدنی قراردادی و قهری، وجود فعل زیان‌بار است که می‌تواند مسئول را تعیین نماید. نظرات دیگری نیز مطرح شده که قلمرو قاعده را دستخوش تغییراتی کرده است و ذیلاً به آنها می‌پردازیم.

۱. قاعده نقش فعل در تعیین مسئول و تحولات آن

بحث تعیین مسئول، همیشه یکی از مضامالت حقوق مسئولیت مدنی بوده^۶ و اهمیت آن به اندازه‌ای است که برخی معتقدند که اگر مسئولیت مدنی بر سه پایه ضرر، فعل زیان‌بار و رابطه سببیت استوار باشد، رکن چهارم آن، تعیین شخص مسئول است.^۷ در یک تعریف ساده می‌توان گفت که مسئول، اصولاً شخصی است که خسارت از فعل زیان‌بار وی ناشی شده باشد.^۸ به این ترتیب می‌توان این قاعده را در حقوق

۱. کسوانی، عامر محمود، احکام الالتزام، بیروت، دارالثقافه للنشر والتوزيع، ۲۰۰۸، م، ص. ۲۳.

۲. Jourdain, Patrice, "Droit À Réparation, Responsabilité Fondée sur la Faute, Responsabilité du Fait Personnel", Juris Classeur Responsabilité Civile et Assurances, 2008, p. 2.

۳. قاسمزاده، سیدمرتضی، الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد، نشر میزان، چاپ هفتم، ۱۳۸۸، ص. ۱۱.

۴. Canin, Patrick, Droit Civil, Les Obligations, 3é. Ed., Hachette Supérieur, 2007, p. 96.

۵. Saint-Pau, Jean-Christophe, Droit à Réparation, Conditions de la Responsabilité Contractuelle, Fait Générateur, Inexécution Imputable au Débiteur, Responsabilité Civile et Assurances, 2004, p.1.

6. Engel, Laurence; La Responsabilité en Crise, Hachette, 1996, p. 66.

7. Malaurie, Philippe; Aynès, Laurent; et Philippe Stoffel-Munck, Droit civil, Les Obligations, Editions Juridiques Associées, Défrenois, 2004, p. 3.

8. Goguelin, Pierre, Que Sais Je, La Prévention des Risques Professionnels, Presses Universitaires de France, 1996, p. 13.

مسئولیت مدنی بنا نهاد که معیار در تعیین مسئول این است که شخصی مسئول است
 که مرتکب « فعل یا ترک فعلی » شده باشد.^۱

۱-۱. فعل ایجابی و سلبی

فعل زیان‌باری که سبب تحقق تعهد به جبران خسارت می‌شود ممکن است،
 مثبت یا منفی باشد. به عبارتی همان‌گونه که ارتکاب عملی می‌تواند زیان‌بار باشد، گاه
 نیز انجام ندادن عملی سبب ورود خسارت می‌گردد.

۱-۱-۱. فعل ایجابی

در برخی موارد، ارتکاب عملی سبب ورود خسارت می‌گردد. در این موارد عمل به نوعی است که شخص نمی‌باشد آن عمل را انجام می‌داد.

۱-۱-۱-۱. مفهوم فعل ایجابی

« فعل زیان‌بار » که سبب خسارت شده است، می‌تواند ایجابی یا مثبت باشد، یعنی شخصی با انجام فعلی سبب ورود زیان به دیگری شده باشد که این فعل می‌تواند اتلاف یا تسبیب باشد. فعل ایجابی عبارت است از عملی که شخص نمی‌باشد انجام می‌داد.^۲

در مواردی که مبنای مسئولیت، تقصیر باشد، فعل باید مقصراً باشد.^۳
 هرچند در حقوق فرانسه، بیشتر به تعهد اینمی استناد می‌شود و شاید در آینده‌ای نه چندان دور ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی فرانسه جزء یادگارهای تاریخی حقوق مدنی به شمار رود.^۴

اگر مبنای مسئولیت، تئوری خطر^۵ یا تضمین حق^۶ یا تعهد اینمی^۷ باشد، نیازی به تقصیر نیست، اما برای تعیین مسئول، شخص باید فعلی را مرتکب شده باشد.
 چنانچه برخی فعل زیان‌بار را به « فعل با معیار ذهنی » و « فعل با معیار عینی » تقسیم

1. Maistre du Chambon, Patrick, Op. cit., p. 40.

2. Flour, Jaques; Aubert, Jean-Luc; et Eric Savaux, Op. cit., p. 111.

3. قاسم‌زاده، سیدمرتضی، مبانی مسئولیت مدنی، نشر دادگستر، ۱۳۷۸، ص. ۲۰.

4. Lambert-Faivre, Yvonne, "Fondement et Régime de l'obligation de Sécurité", Recueil Dalloz, 1994, p. 81.

5. Viney, Geneviève; et Patrice Jourdain, Traité de Droit Civil, Les Conditions de la Responsabilité Civile, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2é. Ed., 1998, p. 82.

6. Starck, Boris, Droit Civil, Obligations, Librairies Techniques, 1972, p. 34.

7. Mazeaud, Henri; et Jean Léon, Leçons de Droit Civil, T. 2, Volume Primier, Obligations, François Chabas, Paris, Montchrestien, 6é. Ed., 1978, p. 372.

نموده‌اند^۱ و منظور این است که فعل زیان‌بار، گاهی مقصراً نه هست و گاهی هم لزومی به تقصیر نیست.

۲-۱-۱. مسئولیت ناشی از فعل ايجابي مباشرتي
فعل ايجابي می‌تواند به صورت مباشرتي يا مستقيم و در حالت عمدی يا غير عمدی منتهی به خسارت شود. (ماده ۳۲۸ قانون مدنی)

۲-۱-۲. مسئولیت ناشی از فعل ايجابي غير مباشرتي
فعل ايجابي يا مثبت می‌تواند به صورت غير مباشرتي يا به صورت تسبیب منتهی به خسارت دیگری گردد. در این موارد فعل، مستقيم نبوده و زمینه‌ساز تحقق خسارت است، بهنحوی که اگر نبود، خسارت هم رخ نمی‌داد (ماده ۳۳۱ قانون مدنی).

۲-۱-۳. فعل سلبی
در مواردی «عدم ارتکاب» عملی، سبب ورود خسارت می‌گردد. در این موارد عمل به نوعی است که شخص می‌بايست آنرا انجام می‌داد.

۱-۲-۱. مفهوم فعل سلبی
فعل زیان‌بار می‌تواند به صورت سلبی يا منفی باشد، يعني شخصی با عدم انجام کاری و ترک عملی سبب ورود خسارت به دیگری می‌شود (ماده ۹۵۲ قانون مدنی). فعل مثبت می‌تواند منتهی به مسئولیت به جبران ضرر گردد، زیرا حقوق و اخلاق همیشه خودداری از امری را سرلوحه دستورات خود قرار می‌دهد. در موضوع مورد بحث يعني مسئولیت مدنی این تعليم به صورت یک قاعده کلی موردنظر است که به دیگری ضرر نزنید.^۲ در این موارد به محض اشتباه در رفتار، تقصیر مثبت شکل گرفته که این فعل ممکن است صراحتاً يا ضمناً مورد منع قرار گیرد. به عکس این جای تعجب است که چگونه فعل منفی يا خودداری از انجام امری که می‌تواند منبع مسئولیت به شمار آید. زیرا این سؤال مطرح می‌شود که عدم انجام امری که شخص آزاد است انجام ندهد، اگر موجب مسئولیت شود، آیا به نوعی مخالف اصل آزادی افراد نیست؟ در عصر فردگرایی و آزادی مانند اوضاع و احوال موجود در قرن نوزدهم ممکن بود بتوان نسبت به این سؤال حساسیت نشان داد. اما امروزه این ایراد اهمیت خود را از دست داده است.^۳

1. Neyret, Laurent, *Atteints au Vivant et Responsabilité Civile*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2006, p. 474.

2. مغربی، جعفر محمود؛ و حسين شاكر عساف، المسئولية المدنية عن الاعتداء على الحق في الصورة بواسطة الهاتف المحمول، بيروت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٤١٣ق، ص. ١٦٥.

3. Flour, Jaques; Aubert, Jean-Luc; et Eric Savaux; Op. cit., p.122.

۱-۲-۲. مسئولیت ناشی از فعل سلبی مبادرتی

برای درک مفهوم فعل سلبی مبادرتی باید این‌گونه تصور نمود که عدم انجام امری به صورت مستقیم و مبادرتی، سبب خسارت دیگری گردد. به عبارتی منظور از فعل سلبی مبادرتی، اتلافی است که با ترک فعل محقق می‌گردد.^۱ به نظر برخی، طرح فعل سلبی مبادرتی امکان‌پذیر است و در موقع عبور دادن حیوانات از معابر مصدق پیدا می‌کند. بر مبنای نظر این عده، در فرضی که شخص حیوان را متوقف می‌سازد، به نوعی مباشر است نه مسبب و این مباشرت نیز سلبی است^۲ (در حقوق ایران، مواد ۵۲۴ و ۵۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به این موضوع می‌پردازد).

با وجود این، به نظر می‌رسد که مورد مذبور، اتلاف یا فعل سلبی مبادرتی نیست و از نوع تسبیب است. همچنان که ماده ۳۳۴ قانون مدنی در مسئولیت ناشی از حیوان در قسمت تسبیب مطرح گردیده است. البته مسئولیت ناشی از حیوان می‌تواند به صورت اتلاف نیز باشد. مانند فرضی که شخصی حیوانی خطرناک را در بستر دیگری رها سازد.^۳ با وجود این، بعيد نیست در اینجا مسأله سبب اقوى از مباشر با مبادرت خلط شده باشد. شخصی که حیوان را در جایی متوقف می‌سازد، سبب بوده و حیوان، مباشر در ورود خسارت می‌باشد، ولی عرفًا در اینجا سبب اقوى از مباشر بوده و مسئولیت را باید بر عهده سبب نهاد.^۴ به همین جهت عده‌ای امکان اتلاف یا مباشرت با فعل منفی را منتفی دانسته‌اند.^۵

۱-۲-۳. مسئولیت ناشی از فعل سلبی غیرمبادرتی

مسئولیت ناشی از فعل سلبی غیرمبادرتی یا فعل منفی در تسبیب عبارت از مسئولیت ناشی از جبران خسارتی است که به جهت کوتاهی در انجام امری به دیگری وارد می‌شود. در این موارد، تعهد یا تکلیفی بر دوش مسؤول بار شده است که با عدم انجام آن تعهد یا تکلیف، خسارتی به دیگری وارد می‌آید. اما این عدم انجام تعهد یا تکلیف، یعنی این فعل سلبی، شرط تحقق خسارتی است که ممکن است علت آن، امر دیگری باشد؛ مانند موردی که دیواری متمایل به ملک دیگری شده و کج می‌شود و مالک اطلاع داشته است، ولی با وجود این، اقدام به تعمیر نمی‌کند (سبب) و سقوط دیوار (عامل اصلی) بر روی دیگری منتهی به خسارت وی می‌گردد.

۱. ادریس، عوض احمد، دیه، ترجمه علیرضا فیض، نشر وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۷۷، ص. ۱۴۰.

۲. همان.

۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد، جلد ۱، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ هشتم، ۱۳۸۶،

ص. ۵۸۹.

۴. موسوی یجنوردی، محمدحسن، القواعد الفقهیه، جلد ۲، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹ ق، ص. ۳۷.

۵. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، جلد ۱، نشر اندیشه‌های نو در علوم اسلامی، ۱۳۷۰، ص. ۱۲۰.

نمونه دیگری از فعل منفی غیر مبادرتی در مواردی رخ می‌دهد که پزشک اطلاعات کافی به بیماری نمی‌دهد.^۱ به نظر برخی نویسندها، قصور پزشک در دادن اطلاعات شناس بیمار را در مداوا یا عدم ادامه درمان از بین می‌برد و از این جهت پزشک مسئول است.^۲

در مسئولیت مدنی قراردادی نیز فعل زیان‌بار لازم است که اصولاً عدم انجام تعهد یا نقض آن با خودداری از وفای به عهد صورت می‌پذیرد.^۳ با توجه به اینکه این مسئولیت نیز با عمومات باب تسبیب قابل تجزیه و تحلیل است، فعل منفی غیرمبادرتی متعهد اصولاً سبب ورود خسارت است. در تعهدات به نتیجه مثبت، عدم حصول نتیجه، تقصیر بوده و این امر تشکیل‌دهنده فعل زیان‌بار نیز هست^۴ که در ایران از مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی و در فرانسه از مواد ۱۱۴۷ و ۱۱۴۸ قانون مدنی فرانسه قابل استنباط است.^۵ اما در تعهدات به وسیله، عدم حصول نتیجه، تقصیر نبوده و متعهدله باید تقصیر متهد را به اثبات رساند که با اثبات تقصیر در واقع، وقوع عمل زیان‌بار محزز می‌گردد (ماده ۶۱۴ قانون مدنی ایران و ماده ۱۱۳۷ قانون مدنی فرانسه).^۶

در تعهدات قراردادی منفی نیز که تعهد متعهد، مبتنی بر عدم انجام کاری است،^۷ نقض تعهد با انجام عملی که به وسیله قرارداد منع شده است، صورت می‌پذیرد. بنابراین در یک نگاه کلی، مسئولیت قراردادی نتیجه عدم عمل به مفاد تعهد است که سبب مسئولیت می‌شود،^۸ یعنی فعل سلبی غیرمبادرتی.

۲-۱. تحولات حقوق مسئولیت مدنی در مورد فعل سلبی و فعل شیء

مطالعه حقوق مسئولیت مدنی نشان می‌دهد که فعل زیان‌بار، بیشترین تحولات را در دو زمینه فعل سلبی و فعل اشیاء به خود دیده است.

۱. ژوردن، پاتریس، تحلیل رویه قضایی در زمینه مسئولیت مدنی، ترجمه مجید ادیب، نشر میزان، ۱۳۸۶، ص. ۴۵.

2. Deshayes, Olivier, "Perte de chance", Revue des Contrats, No. 3, 2009, p. 1032.

3. Jourdain, Patrice, "Reflection sur la Notion de Responsabilité Contractuelle", In: Les Métamorphoses de la Responsabilité, Presses Universitaires de France, 1997, p. 73.

4. Saint-Pau, Jean-Christophe, Op. cit., p.1.

5. Radé, Christophe, Le Renouveau de la Responsabilité du Fait d'autrui, Recueil Dalloz, 1997, p. 34.

6. Ibid, p. 35.

7. Lattier, Yves-Marie, "Une Curiosité: L'obtention de Dommages-Intérêts Sans Dommage", Revue des Contrats, No. 4, 2007, p. 1118.

8. Saint-Pau, Jean-Christophe, Op. cit., p. 4.



۱-۲-۱. تحولات حقوق مسئولیت مدنی در مورد افعال سلبی

یکی از مسائل مورد تردید رویه قضایی و دکترین فرانسه، مسئله فعل سلبی یا تقصیر به صورت ترک فعل است. این تردید به این امر باز می‌گردد که اصل آزادی انسان‌ها مانع از آن است که بتوان به سهولت شخصی را به جهت عدم انجام امری و صرفاً به این دلیل که هیچ کاری انجام نداده است، مسئول شمرد؛ همان‌گونه که فردگرایان قرن نوزدهم ارتکاب تقصیر با فعل منفی را انکار می‌کردند.^۱ با وجود این، استدلال مذکور امروزه سست شده است، زیرا در حالی که ترک فعل، می‌تواند به مسئولیت کیفری منتهی شود، طرح مسئولت مدنی ناشی از ترک فعل نباید تعجب‌آور باشد.^۲ اصل ایمنی شهروندان اقتضا می‌کند تا گاهی آزادی دیگران در عدم انجام کاری محدود شود که نمونه‌ای از آن را می‌توان در ماده ۶-۲۲۳ قانون مجازات فرانسه مشاهده نمود که به نوعی پذیرفته است که تقصیر می‌تواند به صورت فعل منفی یا ترک فعل باشد.^۳ در حقوق ایران وضعیت روش نیست.^۴ بنابراین با توجه به ابهام در مسئولیت ناشی از ترک فعل، بهنظر برخی از نویسندها در حقوق فرانسه باید بین «امتناع از عمل» یا «ترک فعل در انجام عمل»^۵ و «امتناع محض»^۶ قائل به تفاوت شد.^۷ بهنظر

1. Malaurie, Philippe; Aynes, Laurent; et Philippe Stoffel-Munck, Op. cit., p. 33.

2. Kirchheimer, Otto, "Criminal Omissions", Harvard Law Review, Vol. 55, No. 4, 1942, p. 615.

3. Flour, Jaques; Aubert, Jean-Luc; et Eric Savaux, Op. cit., p. 124.

۴. ماده ۵۱۴ قانون مجازات اسلامی به گونه‌ای تظییم یافته است که گویا عدم انجام فعل، ضمان‌آور نیست؛ ولی ماده ۹۵۲ قانون مدنی، تغیریت را که نوعی ترک فعل است، به عنوان تقصیر مطرح نموده است. همچنان که ماده ۱ قانون مجازات خودداری از کمک به مصدومین و رفع مخاطرات جانی مصوب ۵ خرداد ۱۳۵۴ نیز برخی از مصادیق ترک فعل را جرم دانسته است.

5. L'abstention dans l'action

6. L'abstention pure et simple

۷. امتناع از عمل، به موردی اطلاق می‌گردد که شخصی ابتدا مکلف به انجام امری است و از انجام آن خودداری می‌کند و این ترک فعل خود نوعی تقصیر است؛ مانند راننده‌ای که با سرعت زیاد حرکت کرده و از سرعت خود نمی‌کاهد. در حالی که وظیفه داشته با سرعت متناسب خودداری کند و عدم کاهش سرعت، نقض این وظیفه است و به همین جهت مسئول است. ترک فعل در انجام عمل، یک امتناع و خودداری از انجام عملی است که در میان تعدادی از اعمال مثبت شکل می‌گیرد. مانند راننده‌ای که به موقع ترمز نکند، که این امر صرفاً یک ترک فعل نیست، بلکه در مجموع این انجام فعل است که سبب مسئولیت می‌گردد. چنانچه عدم ترمز به موقع (فعل منفی) همان راننگی در کمال بی‌احتیاطی است که راننگی با مسامحة و بی‌احتیاطی خود نوعی فعل مثبت است، زیرا راننده‌ای که به موقع ترمز نمی‌کند، کمتر از راننده‌ای که با سرعت زیاد راننگی می‌نماید، نیست. اما در امتناع محض شخص از قبل دارای تکلیفی نیست و به همین جهت عدم اقدام وی، تقصیر به شمار نمی‌رود. مانند موردی که شخصی در حال غرق شدن است و رهگذری با آنکه می‌تواند او را نجات دهد، اما از انجام این امر امتناع می‌نماید. به همین جهت، تصور مسئولیت برای وی دشوار است.

بعضی، چنین ترک فعلی به همان اندازه ثقل است که انجام فعل. به گفته «لوسل»^۱ در چنین مواردی «شخصی که می‌تواند، اما مانع نمی‌شود، مقصو و گناهکار است.» به عقیده برخی نیز در این موارد یک تکلیف قانونی به انجام فعل وجود دارد.^۲ برخی معتقدند که ترک فعل زمانی سبب مسئولیت می‌گردد که عامدانه باشد و قصد اضرار به غیر وجود داشته باشد.^۳ به هر حال بهنظر برخی طرح مسئولیت مدنی ناشی از ترک فعل نباید چندان تعجب آور باشد.^۴

۲-۲-۱. تحولات حقوق مسئولیت مدنی در مورد فعل شیء

فعل اشیا می‌تواند باعث مسئولیت اشخاصی گردد که این اشیاء را در اختیار دارند. مسئولیت ناشی از اشیاء تبدیل به قاعده شده و «اصل مسئولیت ناشی از اشیاء» به وجود آمده است. مسئولیت ناشی از «فعل اشیاء»^۵ تحولات زیادی داشته است.

در پایان قرن نوزدهم، با تفسیر وسیع بند ۱ ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی فرانسه اصل «مسئولیت ناشی از اشیاء» به وجود آمد. سپس تحولات ادامه یافت. در ۱۶ژوئن ۱۸۹۶ مسئولیت ناشی از اشیاء در رأی مشهور «تفن»^۶ ظاهر شد که به آن رأی «یدککش»^۷ نیز گفته شده است.^۸ بهنظر برخی از نویسندها، گسترش مسئولیت در همه زمینه‌ها مدیون استنباط قاعده مسئولیت ناشی از اشیاء و ایجاد مسئولیت بدون تقصیر در مورد اشیاء می‌باشد.^۹

در ۱۳ فوریه ۱۹۳۰ رأی «زاندور»^{۱۰} نوعی اماره مسئولیت را پذیرفت. در رویه قضایی فرانسه، مسئولیت ناشی از اشیاء منوط به این دانسته شده است که شیء باید «نقش فعل» داشته باشد و منظور از «فعل ایجابی» اشیاء نیز همین است. بهنظر برخی منظور از فعل شیء، این است که شیء با زیان دیده برخورد داشته باشد. منظور فقط برخورد مادی نیست، بلکه برخورد می‌تواند مادی نباشد و بدون قطع رابطه سببیت، خسارت محقق گردد، مانند موردی که حیوانی سبب ورود شوک عصبی به زیان دیده گردد.

1. Loysel.

2. Flour, Jaques; Aubert, Jean-Luc; et Eric Savaux, Op. cit., p. 123.

3. Ibid. p.101.

4. Kirchheimer, Otto, Op. cit., p. 615.

5. Fait des choses.

6. Taffaine.

7. Remorqueur.

8. Viney, Geneviève; et Patrice Jourdain, Op. cit., p. 601.

9. Malaurie, Philippe, "La Responsabilité Civile Médicale", Répertoire du Notariat Defrénois, No. 23, 2002, p. 1516.

10. Jand'heur.

در حقوق فرانسه برخی معتقدند که دوران اصل مسئولیت مدنی ناشی از اشیاء به سر آمده است.^۱ بهنظر ایشان، قاعده مسئولیت مدنی ناشی از اشیاء در حقوق تعهدات فرانسه لازم نیست و حذف آن به دیگر مقررات حقوق تعهدات هیچ خلی وارد نمی‌آورد و زیان‌دیده نیز نفعی را از دست نمی‌دهد. به هر صورت رویه قضایی فرانسه این اصل را در موارد دیگری تسری داده است. چنانچه درمورد مسئولیت مدنی پزشک در مورد مواد و وسائلی که استفاده می‌کند، به تقلید از اصل مسئولیت مدنی ناشی از اشیاء، نوعی مسئولیت مدنی در نظر گرفته است.^۲

۲. ظهور نظریه‌های نوین در تعیین مسئول

به عنوان قاعده، در حقوق مسئولیت مدنی فقط فعل یا ترک فعل اشخاص است که می‌تواند مسئولیت‌آفرین باشد. با وجود این، در حقوق مسئولیت مدنی در مواردی می‌توان به نظریاتی برخورد نمود که به این تردید دامن می‌زنند که گویا در تعیین مسئول، نیازی به ارتکاب فعل یا ترک فعل نیست. ممکن است به ذهن برسد که نظریات مذبور نوعی استثناء بر قاعده کلی یعنی قاعده ارتکاب فعل در تعیین مسئول هستند، ولی تحلیل آنها نشان می‌دهد که این نظریات نیز گاه بازتابی از همان قاعده کلی است.

۲-۱. نظریه مسئولیت در برابر منفعت

در این نظریه به جای تکیه بر فعل زیان‌بار، بر انتفاع به دست آمده تکیه شده و بنابراین، مسئولیت مدنی ما به ازای منفعتی است که شخص برده است.^۳

1. Borghetti, Jean-Sébastien, "La Responsabilité du Fait des Choses, Un Régime qui a Fait Son Temps", RTD Civ, 2010, p. 1.

2. Jourdain, Patrice, "Une Nouvelle Avancée de l'obligation de Sécurité de Résultat du Médecin", Recueil Dalloz, 2000, p. 117.

3. ممکن است سوال شود که نظریه مذبور چه تفاوتی با نظریه تضمین حق یا نظریه خطر دارد. بدیهی است که نمی‌توان منکر تشابه استدلال‌ها در همه این نظرات شد. در همه این نظرات گویا روح واحدی موج می‌زند و آن معاف نمودن زیان‌دیده از اثبات تقصیر است. با وجود این، تفاوت نظریه مسئولیت در برابر انتفاع با دیگر نظرات در این است که محور اساسی در نظریه خطر، ایجاد محیط خطرناک و استفاده از ابزار خطرآفرین است. در حالی که نظریه مسئولیت در برابر انتفاع عیناً مانند نظریه خطر نیست و اتفاقاً نظریه‌ای بود که برای تعدیل نظریه خطر مطرح شد و این نشان می‌دهد که نظریه مسئولیت در برابر انتفاع با خطر یکسان نیست. همچنین این نظریه با نظریه تضمین حق که به وسیله استارک ارائه شد یکسان نمی‌باشد. زیرا در تضمین حق، به حق زیان‌دیده توجه می‌شد اما در مسئولیت در برابر انتفاع به مقدار نفعی که قابل فعل زیان‌بار برده است توجه می‌شود.

۱-۲. توجیه نظریه

بر مبنای این نظریه، مسئولیت در مقابل انتفاع است و در تعیین مسئول، کافی است تا شخص منفعتی کسب کرده باشد (قاعده من له الغنم عليه الغرم).^۱ بر مبنای این نظریه می‌توان گفت که در تعیین مسئول جبران خسارت باید دید کدام شخص نفع برده است. مسئولیت مدنی، توان قدرت بهره‌مندی است.^۲ در حقوق رم نیز این قاعده پذیرفته شده بود که «هر جا نفع باشد، مسئولیت نیز هست».^۳ همان‌گونه که در حقوق فرانسه نیز وجود دارد و مثلاً مسئولیت کارفرما چنین توجیه می‌شود که در قبال نفعی است که از عمل کارگر و احداث کارگاه می‌برد.

۲-۱-۲. نقد نظریه

حسن نظریه این است که مسئولیت اشخاصی که هیچ فعلی مرتكب نشده‌اند، قابل توجیه است. با این حال وسعت دامنه انتفاع آن چنان است که هیچ انسانی در فعل یا ترک فعل خویش بدون قصد انتفاع نیست. هر انسان معقولی در فعل و ترک فعل خویش، نفع خود را در نظر می‌گیرد، و تنها محجورین ممکن است بدون در نظر گرفتن نفع معقول خود، اقدام به امری نموده یا فعلی را ترک کنند. تفسیر موسوع انتفاع این نتیجه را در پی دارد که همه مسئولیتها را باید بر مبنای این نظریه توجیه نمود، زیرا همه اشخاص در فعل و ترک فعل خویش نوعاً دنبال لذت‌جویی و انتفاع هستند. عده‌ای مفهوم انتفاع را محدود به مفهوم «تصدی» کرده و معتقدند که منظور از انتفاع، موردی است که شخصی به قصد انتفاع، مؤسسه یا کارگاهی احداث نماید. از سوی دیگر، زیان‌دیده نیز گاه در اقدام یا عدم اقدامی، ذینفع است و برای تعیین مسئول در میان فعل و ترک فعل زیان‌دیده و خوانده دعوی، باید دید کدام یک نفع بیشتری برده است تا مسئول باشد. در حالی که حقوق مسئولیت مدنی پاسخی به این سؤال ندارد.

۲-۲. نظریه مسئولیت بر مبنای وضعیت اقتصادی

در این نظریه، مسئول فقط بر مبنای ارتکاب فعل زیان‌بار تعیین نمی‌شود. بلکه این وضعیت اقتصادی است که مشخص می‌کند که بهتر است چه شخصی جبران خسارات را بر عهده بگیرد.

۱. شریف کاشانی، ملاحیب‌الله، تسهیل المسالک الی المدارک فی رئوس القواعد الفقهیه، قم، المطبعه اللمه، ۱۴۰۴ق، ص. ۱۰.

۲. جعفری‌تبار، حسن، مسئولیت مدنی کالاه، انتشارات دادگستر، ۱۳۸۹، ص. ۸۷.

3. Ubi emolumentum ibi onus.

۱-۲-۲. توجیه نظریہ

طبق این نظریہ، از بین عاملان خسارت، آنکہ از نظر اقتصادی توانایی بیشتری دارد، باید مسئولیت را تحمل کند. بهنظر برخی، سابقہ نگرش اقتصادی به مسئولیت مدنی در نوشته‌های جرمی بتام و آدام اسمیت وجود دارد.^۱ نگرش اقتصادی به حقوق مسئولیت مدنی از حقوق آمریکا شروع شده است. در حقوق ژاپن، با این که مقررات جبران خسارت در قانون مدنی شبیه فرانسه است،^۲ اما در عمل گویا قواعد عرفی دیگری نیز بر نحوه جبران خسارت حکومت دارد. چنانچہ شیوه تفکرات و روحیات ژاپنی‌ها اصل دیگری را در عمل به وجود آورده است که خسارت را همواره شخص توانگر و غنی تحمل می‌کند، زیرا یک ژاپنی اگر خسارت شخص فقیر را جبران نکند، این امر را مخالف شئون و حینیت خود می‌داند؛ چنانچہ حتی اگر فاعل فعل زیان‌بار مرتکب هیچ تقصیری نشده باشد، اما غنی باشد، برای حفظ آبروی خود، خسارت را جبران می‌کند.^۳ اثر این نظریہ در مسئولیت مدنی ناشی از عیب تولید، غیرقابل انکار است،^۴ چنانچہ حتی اگر تولیدکننده مقصرا نباشد، وضعیت اقتصادی وی می‌تواند توجیه کننده مسئولیت وی به شمار آید. همچنین با اینکه مبنای سنتی مسئولیت مدنی والدین در حقوق فرانسه تقصیر مفروض والدین در تربیت و نگهداری کوکان بوده است، اما از زمان صدور رأی «برتران»^۵ در شعبه دوم مدنی دیوان عالی کشور فرانسه در تاریخ ۱۹ فوریه ۱۹۹۷ این مبنای تغییر نموده و مبدل به نوعی «مسئولیت محض»^۶ شده است،^۷ که والدین نمی‌توانند از آن معاف گردند، مگر با اثبات علت خارجی.^۸ عده‌ای این تحول را مبتنی بر نگرش اقتصادی می‌دانند. چنانچہ غالباً کوک مالی برای جبران ندارد و مسئولیت مدنی والدین تا حدودی از توجیهی اقتصادی برخوردار است.^۹ بهنظر برخی، گسترش مسئولیت مدنی ناشی از عمل غیر، با نگرش اقتصادی به مسئولیت مدنی قابل توجیه است.^{۱۰}

۱. بادینی، حسن، فلسفہ مسئولیت مدنی، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴، ص. ۳۸۹.
2. Oda, Hirochi, Japanase Law, Oxford University Press, 1999, p. 195.
۳. افشار، حسن، کلیات حقوق تطبیقی، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ چهارم، ۱۳۳۵، ص. ۴۰.
۴. ردیعان العزاوی، سالم محمد، مسئولیت المنتج فی القوانین المدنیه و الانفاقیات الدولیه، بیروت، دارالثقافه للنشر والتوزیع، ۲۰۰۸، م، ص. ۳۳۱.
5. Bertrand
6. Responsabilité objective
7. Buffelan-Lanore, Yvaine; et Virginie Larribau-Terneyre, Droit Civil, Les Obligations, Siry, 11é. Ed., 2008, p.675.
8. Martini, Philippe; et Karine Losfeld, Droit des Obligations, Librairie Vuibert, 2000, p. 49.
9. Vignon-Barrault, Aline, "Droit à Réparation, Responsabilité du Fait d'autrui, Domaine. Responsabilité des Père et Mère", Juris Classeur Responsabilité Civile et Assurances, Fasc, 141, 2008, p. 29.
10. Viney, Geneviève, Traité de Droit Civil, Introduction à la Responsabilité, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2é. Ed., 1995, p. 822.

۲-۲. نقد نظریه

نظریه مزبور، با اهداف حقوق مسئولیت مدنی یعنی جبران کامل خسارت سازگار بوده و در توجیهات برخی از حقوق دانان فرانسوی قابل مشاهده است. با این حال داشتن، ثروت و وضعیت اقتصادی قوی توجیه چندان مناسی برای تحمیل مسئولیت، و فقدان ثروت بهانه‌ای برای معافیت از مسئولیت نیست. همچنین اگر کسی به علت داشتن ثروت بهتر بتواند خسارت را تحمل کند، باید این ملازمه منطقی را پذیرفت که اگر ثروتمندی خسارتی دید، عملاً باید از مطالبه خسارات چشم‌پوشی کند. اشکال دیگر اینکه موجب تجری اشخاصی می‌گردد که ثروت چندانی ندارند.

۳-۲. نظریه مسئولیت بر مبنای مسئولیت بهره‌بردار

در این نظریه مسئولیت بر عهده بهره‌بردار است. نمی‌توان انکار نمود که این نظریه با نظریه مسئولیت در برابر انتفاع بی ارتباط نیست، اما این نظریه، خاص‌تر است و منظور از بهره‌بردار، شخصی است که مورد تصریح قانونی قرار گرفته است.^۱

۳-۱. توجیه نظریه

یکی از قواعد جدید مسئولیت مدنی، در تعیین مسئول، اصل مسئولیت بهره‌بردار است. طبق این اصل، بهره‌بردار یک فعالیت مسئول جبران خسارات می‌باشد. بر مبنای این اصل، هر بهره‌بردار، و به عبارت دیگر متصدی بهره‌برداری از یک تأسیسات، در خصوص خساراتی که از این بهره‌برداری ناشی شده است و نیز نسبت به خسارات ناشی از ساختمان‌ها و تأسیسات و مواد حمل شده، مسئول جبران خسارات می‌باشد.^۲ این اصل در حقوق داخلی فرانسه وارد شده است. (قانون شماره ۶۵۱۲-۹۵۵ نوامبر ۱۹۵۵ و

۱. همچنین در تفاوت آن با نظریه مسئولیت بر مبنای وضعیت اقتصادی می‌توان گفت که نظریه تعیین مسئول بر مبنای وضعیت اقتصادی در دکترین حقوقی برای توجیه برخی از مسئولیت‌ها کاربرد دارد. در حالی که نظریه مسئولیت بهره‌بردار فقط در مواردی قبل طرح است که قانون وجود داشته باشد و قانون بهره‌بردار را تعریف کرده باشد. چنان که در بند ۶ ماده ۱ کنوانسیون پاریس بهره‌بردار مورد تعریف قرار گرفته و بهره‌بردار شخصی است که توسط مقام صالح مورد تعریف قرار گرفته است. در نظریه مسئولیت بر مبنای وضعیت اقتصادی لزومی به بهره‌برداری شخص مسئول نیست، چنانچه در فرانسه یکی از توجیهات مسئولیت مدنی والدین، وضعیت اقتصادی والدین است. در حالی که توجیه این مسئولیت بر مبنای نظریه مسئولیت بهره‌بردار ممکن نیست، زیرا والدین از کودک بهره‌برداری نمی‌کنند.

2. Courtieu, Guy, "Assurances Terrestres, Assurance Responsabilité des Entreprises", Assurance Responsabilité Civile Exploitation, Responsabilité Civile et Assurances, 2004, p. 3.

قانون ۹۵۶ - ۶۵۱۲ نوامبر ۱۹۶۵^۱ در عرصه بینالمللی نیز و مخصوصاً در مسائل هسته‌ای این قاعده کاربرد زیادی پیدا نموده است.^۲

۲-۳-۲. نقد نظریه

حسن این نظریه در این است که در مواردی که خسارت گسترده‌ای به بار آمده است، مانند خسارات ناشی از انرژی هسته‌ای، مسئول دانستن بهره‌بردار، حقوق زیان‌دیدگان را تأمین می‌نماید. به همین جهت در کنوانسیون‌های مربوط به انرژی هسته‌ای از این ضابطه استفاده شده است.

با وجود این، نظریه مزبور نمی‌تواند یک نظریه عام به شمار رود. گروهی از حقوق‌دانان معتقدند که پذیرش مسئولیت انحصاری بهره‌بردار به معنی معاف دانستن کسانی است که در جریان فعالیتی مرتکب تقصیر و بی‌احتیاطی شده‌اند. به همین جهت در برخی از کشورها مانند آلمان و یونان این نظریه پذیرفته نشده است.^۳

۴-۲. نظریه مسئولیت بر مبنای اصل مداخله دولت

در این نظریه، به جای تکیه بر فاعل فعل زیان‌بار، مسئولیت به سمت دولت سوق داده می‌شود. عموماً چنین امری در جایی رخ می‌دهد که حجم خسارات چنان گسترده است که جبران آن از توان اقتصادی فاعل خارج است.

۱-۴-۲. توجیه نظریه

گاه جبران از توان یک شخص خارج است. در این موارد یکی از راه حل‌های پیشنهادی، تحمیل مسئولیت بر عهده دولتها می‌باشد. در کنوانسیون‌های بینالمللی تمایل دولتها بر این بوده است که مسئولیت بهره‌بردار سقف معینی داشته باشد.^۴ امروزه اصلی تحت عنوان «اصل مداخله دولت» به عنوان یکی از اصول مسئولیت مدنی هسته‌ای به رسمیت شناخته شده و در بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون وین منعکس است. به نحوی که در مواردی، دولت عهده‌دار پرداخت خسارات زیان‌دیده خواهد بود.

1. Weill, Alex; et François Terré, Droit Civil, Les Obligations, Dalloz, 2é. Ed., 1975, p. 648.

۲. به عنوان مثال در بند الف ماده ۶ کنوانسیون پاریس در خصوص مسئولیت مدنی مربوط به انرژی هسته‌ای، مسئولیت بر ذمه بهره‌بردار است و این قاعده به عنوان یک اصل در کنوانسیون وارد شده است که «حق مطالبه جبران خسارت ناشی از یک حادثه اتمی قابل اعمال نیست مگر علیه بهره‌بردار بر طبق کنوانسیون حاضر». در بند الف ماده ۳ کنوانسیون پاریس نیز به این اصل اشاره شده است.

۳. اسکینی، ریغا، مباحثی از حقوق تجارت بینالمللی، نشر دانش امروز، ۱۳۷۱، ص. ۲۵۱.

۴. جعفری، فیض‌الله، «حوادث اتمی و اصول مسئولیت مدنی»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۳، ۱۳۸۷، ص. ۱۴۳.

نمونه دیگری از مسئولیت دولت را می‌توان در مورد خسارات ناشی از اعمال تروریستی مطرح نمود.^۱ در حقوق ایران مصدقی از دخالت دولت در خسارات وارد بر اصحاب دعوی مطرح شده است که نمونه‌ای از آن در ماده ۱۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ است.

۲-۴-۲. نقد نظریه

حسن این نظریه تضمین حقوق زیان‌دیدگان است و زیان‌دیدگان یک حادثه مانند حادثه اتمی، با توجه به مسئولیت محدود بهره‌بردار تأسیسات هسته‌ای، از جبران خسارت خویش محروم نمی‌مانند. وانگهی عادلانه نیست که منافع یک فعالیت، همانند انرژی هسته‌ای نصیب همه افراد جامعه گردد، اما خسارت آن بر بخشی از افراد یعنی فقط زیان‌دیدگان تحمیل گردد. درنتیجه همان‌گونه که همه در نفع آن سهیم هستند، بهتر است همه اشخاص نیز در جبران آن سهیم باشند و در این موارد بخشی از خسارت را بهره‌بردار جبران می‌کند و بخش دیگر را دولت می‌پردازد.

با وجود این، در استخراج یک قاعده کلی در مورد مسئولیت دولت باید تأمل نمود؛ زیرا ایجاد مسئولیت مغض بر دولت، بدون اینکه واقعاً تقصیری منسوب به دولت باشد، نیازمند نص قانونی است.

۲-۵. نظریه مسئولیت بر مبنای مسئولیت آلوده‌کننده

در این نظریه، به جای تکیه بر فعل زیان‌بار، به آلایندگی توجه شده و شخصی مسئول تلقی شده که آلوده‌کننده بوده است. این نظریه بیشتر در زمینه مسئولیت مدنی زیستمحیطی مورد استفاده قرار گرفته است.

۲-۵-۱. توجیه نظریه

حق بر محیط‌زیست سالم از حقوق بنیادین است.^۲ ممکن است تصور شود که بین حقوق خصوصی و مخصوصاً حق مالکیت خصوصی از یک طرف و حقوق محیط‌زیست، همیشه نوعی تعارض وجود دارد، زیرا علی‌رغم اینکه حق مالکیت نیز یکی از بنیادی‌ترین حقوق شهروندان به شمار می‌رود، کم نیستند قوانینی که به بانه حمایت از محیط‌زیست، روزبه‌روز دامنه امتیازات مالکانه و قلمرو مالکان را کاهش می‌دهند.^۳ با وجود این، گویا منافع عمومی دیگری در نظامهای حقوقی وجود دارد که ارزش حقوقی بالایی دارد.

1. Renoux, Thierry; et André Roux, "Responsabilité de l'Etat et Droits des Victimes d'actes de Terrorisme" AJDA, 1993, p. 75.
2. Rochfeld, Judith, Droit à un Environnement Equilibré, RTD Civ, 2005, p. 470.
3. Collart Dutilleul, François; et Raphaël Romi, "Propriété Privée et Protection de L'environnement", AJDA, 1994, p. 571.

بحث مسئولیت مدنی محیط‌زیستی پیچیدگی‌های خاصی دارد. در این موارد، اگر آلاینده‌های محیط‌زیست سبب خسارت اشخاصی گردد، تردیدی نیست که با قواعد کلاسیک حقوق مسئولیت مدنی می‌توان آلوده‌کننده را به جبران خسارات مجبور نمود. اما در مواردی که آلاینده‌ای صرفاً اثر مخرب و زیان‌باری بر محیط‌زیست وارد نماید، اما سبب خسارت ملموس و عینی بر شخص خاصی نگردد، بحث جبران خسارت دشوار است. مانند فرضی که نشت مواد رادیواکتیو یا آزمایش‌های هسته‌ای سبب آلوگی دریا می‌شود، یا انفجاری سبب از بین رفتن یک چشم انداز طبیعی گردد که به نظر می‌رسد قواعد سنتی مسئولیت مدنی، چندان به کار نیاید.^۱ زیرا از لحاظ اقتصادی ضرر یک فرد مطرح نیست بلکه گاه فعلی سبب خسارت به منافع جمعی می‌گردد.^۲ به همین دلیل در این زمینه مناسب‌تر است تا قواعد ویژه و رژیم خاصی از مسئولیت مدنی به وجود آید تا خسارات زیستمحیطی را جبران کند.^۳ یکی از قواعد خاصی که در این مورد شکل گرفته «اصل مسئولیت آلوده‌کننده» است که از آن به «اصل آلوده‌کننده می‌پردازد»^۴ تعبیر می‌گردد. بر مبنای این نظر، با توجه به وضعیت اقتصادی برتر صاحبان مؤسسه‌ها و تشکیلات آلوده‌ساز، آلوده‌کننده باید هزینه‌های پاکسازی و حفظ محیط‌زیست و جبران زیان آلوگی ناشی از فعالیت خویش را بپردازد.^۵ بر مبنای این نظریه در مورد مؤسسه‌ها صنعتی و شرکت‌های بزرگ که سبب آلوگی محیط‌زیست می‌شوند، باید بهره‌برداران را به عنوان آلوده‌کننده تلقی نمود که نظارت بر یک فعالیت زیان‌بار دارند. به دیگر سخن، آلوده‌کننده کسی است که نظارت و کنترل عملی بر یک فعالیت دارد.

گذشته از پیچیدگی فوق، طرح مساله «آلوگی تاریخی» در مسئولیت مدنی سنتی گاه باعث بروز اشکالاتی می‌گردد.^۶

۱. کاتوزیان، ناصر، و مهدی انصاری، «مسئولیت ناشی از خسارات‌های زیستمحیطی»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۲، دوره ۳۸، ۳۸۷-۳۸۹، ص. ۲۸۹؛ رجبی، عبدالله، «بررسی معیارهای ویژه در طراحی نظام مسئولیت مدنی خسارات زیستمحیطی»، در: حقوق محیط‌زیست، خرسندی، ۱۳۸۸، ص. ۱۷۶.

2. Boutonnet, Mathilde; et Laurent Neyret, "Préjudice Moral et Atteintes à L'environnement", Recueil Dalloz, 2010, p. 913.

3. Leblond, Nicolas, Le Préjudice Ecologique, Responsabilité Civile et Assurances, 2010, p. 4.

4. Principle pollueur-payeur

5. Larroumet, Christian, La Responsabilité Civile en Matière d'Environnement, Le Projet de Convention du Conseil de l'Europe et le Livre Vert de la Commission des Communautés Européennes, Recueil Dalloz, 1994, p. 101.

۶ آلوگی تاریخی آن آلوگی است که در گذشته بوده ولی انسان به جهت عدم اطلاع و عدم پیشرفت علم نسبت به این قسم آلوگی حساس نبوده و با آن زندگی می‌کرده است؛ اما امروزه با پیشرفت دانش، بشر پی برده که برخی از فعالیت‌های گذشته منشأ آلوگی محیط‌زیست بوده است. حال آیا می‌توان با کمک قواعد عمومی مسئولیت مدنی، اشخاص آلوده‌کننده که اعمال آنها را هیچ شخصی خطان نمی‌دانسته است با تحریک

۲-۵-۲. نقد نظریه

بر مبنای این نظریه، یکی از اقدامات احتیاطی هر بهره‌بردار، جلوگیری از آلوده‌سازی محیط زیست است که با وظیفه پیشگیرانه مسئولیت مدنی همسو است، زیرا امروزه در کنار وظیفه سنتی موجود در مسئولیت مدنی که عبارت از وظیفه جبران کردن خسارت است، وظیفه نوین دیگری نیز برای این رشته از حقوق پیدا شده و آن وظیفه احتیاطی و پیشگیری از ورود خسارت است. نکته قابل توجه این است که این دو وظیفه با هم ارتباط دارند. چنانکه در رویکرد پیشگیرانه مسئولیت مدنی، ضرر کاملاً حذف نمی‌گردد، بلکه طبق اصل احتیاط همراه با تدبیر پیشگیرانه، خسارات نیز جبران می‌گردد، به حدی که وضعیت زیان‌بار و خطرآفرین از بین برود.^۱ با وجود این، در عمل همچنان مسأله تعیین مسئول در هاله‌ای از ابهام باقی می‌ماند. به عنوان مثال در آلودگی ناشی از دود اتموبیل آیا راننده آلاینده به حساب می‌آید یا سازنده و تولیدکننده خودرو یا واردکننده یا مونتاژ کننده آن؟^۲ اشکال دیگر در این است که دامنه شمول آن گستره است؛ زیرا اصولاً هر فعالیتی نهایتاً دارای مواد غیرقابل استفاده است و معلوم نیست چگونه همه افراد در هر فعالیتی می‌توانند مسئولیت داشته باشند؟^۳

۲-۶. نظریه مسئولیت بر مبنای مالکیت یا نگهداری از اشیاء

در این نظریه، مسئول، شخصی است که مالک شیء بوده یا در لحظه تحقق خسارت، نگهداری و مواضع از شیء را بر عهده داشته است.

۲-۶-۱. توجیه نظریه

در مورد مسئولیت ناشی از اشیاء به دو معیار اشاره می‌کنیم. معیار مالکیت بر شیء و معیار نگهداری و محافظت از شیء. معیار اول در تعیین مسئول در خسارات ناشی از اشیاء، مالکیت بر شیء است. مالکیت رابطه اعتباری بین شیء معین و شخص در عالم اعتبار می‌باشد. بر این مبنایاً به صرف اینکه در عالم اعتبار، مالکیت یک شیء متعلق به شخصی باشد و از این شیء خسارتی وارد آید، می‌تواند مالک را مسئول

← تقصیر، مسئول جبران خسارت تلقی نمود؟ به همین دلیل معمولاً صندوق تأمین خساراتی باید پیش‌بینی شود تا خسارات را جبران سازد.

۱. ژوردن، پاتریس، پیشین، ص. ۶۱.

۲. رجبی، عبدالله، پیشین، ص. ۱۶۵.

3. Jourdain, Patrice, Toujours pas de Responsabilité des Fabricants de Tabac, RTD Civ, 2008, p. 107.

جبران خسارت کند. چنین امری به معنی نفی رابطه سببیت نیست^۱ (ماده ۳۳۳ قانون مدنی و ماده ۱۳۸۶ قانون مدنی فرانسه). معیار دوم در تعیین مسئول در خسارات ناشی از اشیاء، معیار نگهداری و مواظبت از شیء است (ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی فرانسه). بین مالکیت در ماده ۱۳۸۶ قانون مدنی فرانسه و محافظت در ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی فرانسه تفاوت وجود دارد و محافظت در حقوق فرانسه طبق رأی «فرانک»^۲ مورخ ۲ دسامبر ۱۹۱۴ به معنای استفاده، راهنمایی و کنترل مال می‌باشد.^۳ اما در مالکیت، این امور لازم نیست و از این منظر اگر ساختمانی در تصرف قانونی یا غیرقانونی شخصی باشد، مالک یعنی شخصی که سند به نام اوست، مسئول است.

۲-۶. نقد نظریه

معیار تعیین مسئول بر مبنای مالکیت، بر معیار تعیین مسئول بر مبنای محافظت و نگهداری ترجیح دارد. این امر سبب سهولت تعیین مسئول می‌شود و تفسیرهای پیچیده‌ای که در برخی رژیم‌ها در خصوص محافظت شده است، در اینجا مورد نیاز نیست.^۴ همچنان که در استناد به این مسئولیت اصولاً نباید تفاوتی وجود داشته باشد که آیا مالک حقوق و اختیارات مالکانه خویش را اعمال می‌کرده است یا نه. همچنین در مواردی که مالک به طور موقت استفاده از مال خود را به دیگری می‌سپارد، مانند اجاره حق انتفاع، تغییری در مسئولیت مالک داده نمی‌شود. به هر حال، حسن این نظریه در سهولت تعیین مسئول جبران خسارات است، زیرا در مواردی تعیین مسئول بیشتر یک معماست تا مسأله حقوقی.^۵

1. Leduc, Fabrice, *La Spécificité de la Responsabilité Contractuelle du Fait des Choses*, Recueil Dalloz, 1996, p. 164.
2. Franck
3. Bertolaso, Sabine, "Droit à Réparation, Responsabilité du Fait des Choses, Gardien, Détermination du Gardien", *Juris Classeur Responsabilité Civile et Assurances*, 2002, p. 4.
4. سنهوری، عبدالرازاق احمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، جلد ۱، مجلد ۲، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، چاپ سوم، ۱۹۹۸ م، ص. ۱۲۱۱.
5. Jourdain, Patrice, "L'énigme de la Détermination du Conducteur Lorsque les Circonstances sont Indéterminées" RTD Civ, 2008, p. 114.

نتیجه‌گیری

در مباحث سنتی حقوق مسئولیت مدنی این قاعده وجود دارد که یکی از ارکان دعوای مسئولیت مدنی، وجود ارتکاب فعل زیان‌بار است و با همین فعل زیان‌بار است که فاعل آن متعهد به جبران خسارات است و به عنوان مسئول جبران خسارات تعیین خواهد شد؛ خواه این فعل مقصراً نباشد یا نه. این قاعده از یک مبنای عقلی برخوردار است و طبق قاعده، هر فاعلی مأمور باشد به فعل خود است. با وجود این، امروزه در کنار این قاعده سنتی، نظرات دیگری ارائه شده است و گاه اشخاص دیگر نیز می‌توانند با نظریه‌های دیگری به عنوان مسئول تعیین گردند. این امر نشان از آن دارد که حقوق مسئولیت مدنی به عنوان بخش پویای حقوق تعهدات نمی‌تواند در چهارچوب نظرات سنتی محصور بماند. در حقوق فرانسه با اینکه مواد قانون مدنی در زمینه جبران خسارات چندان زیاد نیست، ولی رویه و دکترین حقوقی فرانسه، ادبیات غنی را در این زمینه به وجود آورده‌اند. در حقوق ایران، تکیه بر قانون گذار می‌تواند با شناخت نظرات جدید و پاسخگوی نیازهای فعلی باشد. بنابراین قانون گذار می‌تواند با شناخت نظرات جدید و تدوین قوانین در این زمینه، ادبیات حقوق مسئولیت مدنی ایران را غنا ببخشد.

منابع

- ادریس، عوض احمد، دیه، ترجمه علیرضا فیض، نشر وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۷۷.
- اسکینی، ریبعا، مباحثی از حقوق تجارت بین‌المللی، نشر دانش امروز، ۱۳۷۱.
- افشار، حسن، کلیات حقوق تطبیقی، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ چهارم، ۱۳۳۵.
- بادینی، حسن، فلسفه مسئولیت مدنی، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴.
- جعفری، فیض‌الله، «حوادث اتمی و اصول مسئولیت مدنی»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۳، ۱۳۸۷.
- جعفری تبار، حسن، مسئولیت مدنی کالاهای انتشارات دادگستر، ۱۳۸۹.
- حر عاملی، محمدبن حسن بن علی، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، جلد ۱۸، قم، آل‌البیت، ۱۴۰۹ ق.
- رجبی، عبدالله، «بررسی معیارهای ویژه در طراحی نظام مسئولیت مدنی خسارات زیستمحیطی»، در: حقوق محیط‌زیست، خرسندی، ۱۳۸۸.
- ردیعان العزاوی، سالم محمد، مسئولیه المنتج فی القوانین المدنیه و الاتفاقيات الدولیه، بیروت، دارالثقافه للنشر والتوزیع، ۲۰۰۸ م.
- ژوردن، پاتریس، تحلیل رویه قضایی در زمینه مسئولیت مدنی، ترجمه مجید ادیب، نشر میزان، ۱۳۸۶.
- سلطان، انور، مصادر الالتزام، بیروت، دارالثقافه للنشر والتوزیع، ۲۰۰۷ م.
- سنهوری، عبدالرازاق احمد، الوسيط فی شرح القانون المدنی الجديد، جلد ۱، مجلد ۲، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقية، چاپ سوم، ۱۹۹۸ م.
- شریف کاشانی، ملاحیب‌الله، تسهیل المسالک الی المدارک فی رؤوس القواعد الفقهیه، قم، المطبعه اللمه، ۱۴۰۴ ق.
- قاسم‌زاده، سیدمرتضی، الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد، نشر میزان، چاپ هفتم، ۱۳۸۸.
- —————، مبانی مسئولیت مدنی، نشر دادگستر، ۱۳۷۸.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد، جلد ۱، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ هشتم، ۱۳۸۶.
- کاتوزیان، ناصر، و مهدی انصاری، «مسئولیت ناشی از خسارات‌های زیستمحیطی» فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۲، دوره ۳۸، ۱۳۸۷.
- کاشف‌الغطاء، محمدحسین، تحریر‌المجله، جلد ۱، نجف، المکتبه المرتضویه، ۱۳۵۹ ق.

-
- کسوانی، عامر محمود، احکام الالتزام، بیروت، دارالثقافه للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨، م.
 - کیس، الکساندر؛ سند، پیتر؛ و وینفراید لانگ؛ حقوق محیط‌زیست، جلد ۱، ترجمه محمدحسن حبیبی، مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم، ۱۳۹۰.
 - محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، جلد ۱، نشر اندیشه‌های نو در علوم اسلامی، ۱۳۷۰.
 - مصطفوی، سیدمحمد‌کاظم؛ مائۀ قاعده فقهیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ چهارم، ۱۴۲۱.
 - مغربی، جعفر محمود؛ و حسین شاکر عساف، المسؤولیه المدنیه عن الاعتداء على الحق فى الصوره بواسطه الهاتف المحمول، بیروت، دارالثقافه للنشر والتوزيع، ۱۴۱۳، ق.
 - مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، جلد ۲، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین علیه السلام، چاپ سوم، ۱۴۱۱، ق.
 - موسوی بجنوردی، محمدحسن، القواعد الفقهیه، جلد ۲، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹، ق.

- Aubry, Charles; et Charles Frédéric Rau, *Cours de Droit Civil Français*, T. 3, Librairie de la Cour de Cassation, 3é. Ed., 1856.
- Bertolaso, Sabine, *Droit à Réparation, Responsabilité du Fait des Choses, Gardien, Détermination du Gardien, Juris Classeur Responsabilité Civile et Assurances*, 2002.
- Blanc, Gérard, *A Propos de La Responsabilité des Grands-Parents*, Recueil Dalloz, 1997.
- Borghetti, Jean-Sébastien, *La Responsabilité du Fait des Choses, Un Régime qui a Fait Son Temps*, RTD Civ, 2010.
- Boutonnet, Mathilde; et Laurent Neyret, "Préjudice Moral et Atteintes à L'environnement", Recueil Dalloz, 2010.
- Buffelan-Lanore, Yvaine; et Virginie Larribau-Terneyre, *Droit Civil, Les Obligations*, Siry, 11é. Ed., 2008.
- Canin, Patrick, *Droit Civil, Les Obligations*, 3é. Ed., Hachette Supérieur, 2007.
- Collart Dutilleul, François; et Raphaël Romi, "Propriété Privée et Protection de L'environnement", AJDA, 1994.
- Courtieu, Guy, *Assurances Terrestres, Assurance Responsabilité des Entreprises, Assurance Responsabilité Civile Exploitation, Responsabilité Civile et Assurances*, 2004.
- Deshayes, Olivier, *Perte de chance, Revue des Contrats*, No. 3, 2009.

-
- Engel, Laurence; La Responsabilité en Crise, Hachette, 1996.
 - Flour, Jaques; Aubert, Jean-Luc; et Eric Savaux, Droit Civil, Les Obligations, T. 2, Le Fait Juridique, Sirey, 13é. Ed., 2008.
 - Goguelin, Pierre, Que Sais Je, La Prévention des Risques Professionnels, Presses Universitaires de France, 1996.
 - Grynbaum, Luc, Droit Civil, Les Obligations, Hachette Supérieur, 2é. Ed., 2007.
 - Husak, Douglas, "Omissions, Causation and Liability", The Philosophical Quarterly, Vol. 30, No, 121, 1980.
 - Jourdain, Patrice, Droit À Réparation, Responsabilité Fondée sur la Faute, Responsabilité du Fait Personnel, Juris Classeur Responsabilité Civile et Assurances, 2008.
 - _____, La Responsabilité du Fait d'autrui Fondée sur l'article 1384, Alinéa 1er, du Code Civil est une Responsabilité de Plein Droit, Recueil Dalloz, 1997.
 - _____, L'énigme de la Détermination du Conducteur Lorsque les Circonstances sont Indéterminées, RTD Civ, 2008.
 - _____, "Reflection sur la Notion de Responsabilité Contractuelle", In: Les Métamorphoses de la Responsabilité, Presses Universitaires de France, 1997.
 - _____, Toujours pas de Responsabilité des Fabricants de Tabac, RTD Civ, 2008.
 - _____, Une Nouvelle Avancée de l'obligation de Sécurité de Résultat du Médecin, Recueil Dalloz, 2000.
 - _____, La Responsabilité des Père et Mère: Une Responsabilité Principale et Directe, Indépendante de Celle du Mineur, Recueil Dalloz, 2003.
 - _____, Les Principes de la Responsabilité Civile, Dalloz, 7é. Ed., 2007.
 - Kirchheimer, Otto, "Criminal Omissions", Harvard Law Review, Vol. 55, No. 4, 1942.
 - Lambert-Faivre, Yvonne, Fondement et Régime de l'obligation de Sécurité, Recueil Dalloz, 1994.
 - Larroumet, Christian, La Responsabilité Civile en Matière d'Environnement, Le Projet de Convention du Conseil de

l'Europe et le Livre Vert de la Commission des Communautés Européennes, Recueil Dalloz, 1994.

- Lattier, Yves-Marie, "Une Curiosité: L'obtention de Dommages-Intérêts Sans Dommage", Revue des Contrats, No. 4, 2007.
- Leblond, Nicolas, Le Préjudice Ecologique, Responsabilité Civile et Assurances, 2010.
- Leduc, Fabrice, La Spécificité de la Responsabilité Contractuelle du Fait des Choses, Recueil Dalloz, 1996.
- Likillimba, Guy-Auguste, Le Préjudice Individuel et/ou Collectif en Droit des Groupements, RTD Com, 2009.
- Maistre du Chambon, Patrick, Régime De La Réparation Action en Réparation. Parties à l'instance, Responsabilité Civile et Assurances, 1998.
- Maistre du Chambon, Patrick, Régime De La Réparation, Action en Réparation, Les Modes de Preuve, Responsabilité Civile et Assurances, 2001.
- Malaurie, Philippe, "La Responsabilité Civile Médicale", Répertoire du Notariat Defrénois, No. 23, 2002.
- Malaurie, Philippe; Aynes, Laurent; et Philippe Stoffel-Munck, Droit Civil, Les Obligations, Editions Juridiques Associées, Défrenois, 2004.
- Malinvaud, Philippe, Droit Civil, Les Obligations, Lexis Nexis, 9é. Ed., 2005.
- Martin, Gilles, Principe de Précaution, Prévention des Risques et Responsabilité: Quelle Novation, Quel Avenir?, AJDA, 2005.
- Martini, Philippe; et Karine Losfeld, Droit des Obligations, Librairie Vuibert, 2000.
- Mazeaud, Henri; et Jean Léon, Leçons de Droit Civil, T. 2, Volume Primier, Obligations, François Chabas, Paris, Montchrestien, 6é. Ed., 1978.
- Mazeaud, Henri; Leon, Jean; et François Chabas, Leçons de Droit Civil, Les Personnes, T. 1, Montchrestien, Paris, Deuxieme Volume, 7é. Ed., 1986.
- Neyret, Laurent, Atteints au Vivant et Responsabilité Civile, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2006.
- Oda, Hirochi, Japanase Law, Oxford University Press, 1999.

-
- Pignerol, Bernard, Responsabilité et Socialisation du Risque, AJDA, 2005.
 - Poumaréde, Matthieu, Droit des Obligations, Montchrestien, Lextenso Editions, 2011.
 - Radé, Christophe, La Responsabilité Civile Contractuelle, Les quasi-Contrat, Presses Universitaires de Grenoble, 2001.
 - _____, Le Renouveau de la Responsabilité du Fait d'autrui, Recueil Dalloz, 1997.
 - Renoux, Thierry; et André Roux, "Responsabilité de l'Etat et Droits des Victimes d'actes de Terrorisme" AJDA, 1993.
 - Rochfeld, Judith, Droit à un Environnement Equilibré, RTD Civ, 2005.
 - Saint-Pau, Jean-Christophe, Droit à Réparation, Conditions de la Responsabilité Contractuelle, Fait Générateur, Inexécution Imputable au Débiteur, Responsabilité Civile et Assurances, 2004.
 - Starck, Boris, Droit Civil, Obligations, Librairies Techniques, 1972.
 - Terré, François; Simler, Philippe; et Yves Lequette, Droit Civil, Les Obligations, Dalloz, 9é. Ed., 2009.
 - Vignon-Barrault, Aline, Droit à Réparation, Responsabilité du Fait d'autrui, Domaine. Responsabilité des Père et Mère, Juris Classeur Responsabilité Civile et Assurances, Fasc, 141, 2008.
 - Viney, Geneviève, Traité de Droit Civil, Introduction à la Responsabilité, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2é. Ed., 1995.
 - Viney, Geneviève; et Patrice Jourdain, Traité de Droit Civil, Les Conditions de la Responsabilité Civile, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2é. Ed., 1998.
 - Weill, Alex; et François Terré, Droit Civil, Les Obligations, Dalloz, 2é. Ed., 1975.

The Rule of Determining Responsible Person on the Basis of the Harmful Act

Alireza Yazdanian

Abstract

The principle of tort law is that the liability is based on the act prejudicial that in Iranian law in conformity with the article 1 of Tort Law Code and in French law in conformity with the article 1382 of Civil Code, this act must be guilty. The harmful act in determining responsible in tort law is necessary. If the chain of causes of action for compensation for damaging responsible is a person who has committed a fault. In addition to the traditional basis of the theory of fault, there are other foundations, such as the theory of complex, theory of garanty or theory of obligation of security. However, all these comments have one thing in common that harmful act is necessary for liability. The origin of these new approaches is sometimes conventions and customs in some countries. However, these comments can be found in the literature of law of obligations in France law. Nowadays, as well as this rule, there are some other theories that relate to the scope of the necessity of act in determining the responsible person to remedy the damages. These theories are mainly originated from French law that will be studied comparatively in this article.

Keywords: Act, Ommission, Liability, Responsible Person, Fault.

Life of Murderer after "Khunsolh" In Kermanshah Province

Behzad Razavi Fard

Hossein Moradgholi

Sirous Zarghami

Abstract

"Khunsolh" or "Khunbas" is an unofficial procedure to solve criminal matters that is common in Kurd people of Kermansha. This customary and non-criminal procedure is used to solve disputes resulting from murder. In this paper, we have done a filed study about the acceptability of murderer in society after the Khunsolh from the viewpoints of three groups: murderer's family, victim's family and elderly people of the concerned society. Findings show that Khunsolh has been successful in resolving the conflicts and restoring peace to harmed society. The murderer comes back to society and is accepted as an ordinary member of that society. So we can say that Khunsolh has a restorative function.

Keywords: Khunsolh, Murder, Informal Dispute Resolution, Tribes and Clans.

The Comparison of the Surveillance's Rights in the Criminal Procedures of Iran and the U.S.A

Gholam Hasan Kooshki

Sahar Soheil Moghaddam

Abstract

Support of the individual rights and freedom is one of the purposes of criminal procedural rules. Police detention or surveillance is contrary to the individual rights. In accordance with obvious rules, police at both American and Iranian systems of justice might arrest someone. This matter has an exceptional aspect. It is essential to observe two provisions in which include "visible crime" and "the principle of necessity". A warrant is issued by judicial authorities to arrest someone is a requirement under American rules and it is possible to arrest someone at visible crime. Legislator of both legal systems has been considering rights like having promptly access to a lawyer since this proceeding to the presumption of innocence. Nevertheless, the accused has a right to be silent until a lawyer comes under American system of justice. On the other hand, fair and just interrogation such as realization of the accusation and its evidences to secure accused' rights is predicted by both legal systems. In line with American rules, the realization of the arrest and predicting electronic devices to record accused' statements is considered. Moreover, appropriate sanctions like exclusionary rule beside other sanctions at this legal system is predicted. Anyway, considering the regularity of the arrest and detention at this stage, both legal systems have put their efforts into reinforcing the accused' rights.

Keywords: Criminal Procedure, Crime Detection, Surveillance Rights, Iranian and American law.

The Structure of the Investment Banks and their Legal Requirements

Homayoun Mafi

Zeynab Fallah Tafti

Abstract

Economic growth and development of any country is indebted to the efficient financing system that helps investors to transfer funds to the economic enterprises and projects as well. Financing system is formed in money markets and capital markets and it needs suitable financial intermediates to approach considered goals. Financing companies are some of the new financial intermediates in the Iran capital markets, that the governing legal system of it is not determined. In this article, while understanding the structure of the finance companies, we analyze the governing regulations and related challenges. At the end, we suggest the suitable structure that is compatible with the economic policies, in accordance with the development of these types of financial institutions in some other countries.

Keywords: Investment Bank, Financial Institution, Financing System, Capital Markets.

Role of Executive Branch in Social Crime Prevention

Adel Sarikhani

Maryam Soltani Bohlouli

Abstract

Prevention of crime has always been one of the main concerns of the legal system and in order to achieve this goal, different theories have been proposed. One divides crime prevention to two types of social crime prevention and developmental crime prevention, both aim at personality and social structural reforms. According to the Article 156 of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, the prevention of crime is one of the tasks of the Judiciary. However, by virtue of the tasks foreseen for the Executive branch, this branch has many functions related to crime prevention. Therefore, the Executive functions to improve living standards and social welfare of the nation. The role of Executive branch in crime prevention can be clearly seen in Article 3 of the Constitution of the Islamic Republic of Iran which states that providing education is one of the responsibilities of this branch.

Keywords: Executive Branch, Social Crime Prevention, Community Based Crime Prevention, Developmental Crime Prevention.

The Role of Administration Justice Court in Protecting the Constitution

Mohammad Jalali

Hamideh Saeedi Roshan

Abstract

Normative constitution is the highest law system and the consistency of this system requires, following the rules below from the Superior rules. From this view, preservation of the Constitution as the fundamental law governing the legal system of each country needs to legal ways of controlling instruments. This process is followed from two distinct complementary routes of constitutionalization of administrative law and administration of constitution law by administrative courts and the administrative proceedings in government regulations.

Administrative Justice Court (AJC), as the Supreme Court Established under Article 173 of the Constitution, is the court to monitor the actions and decisions of government officials, to adjudication the rights of people, and has the possibility of annulling unlawful decisions and outside of the scope of competence of public administration; in the absence of the Constitutional Court in Iran doing the duty of judicial constitution and judicial protection of the constitution, in practice, has played significant role for monitoring and safeguarding the constitution, especially in the field of public administration that is widest part of the state. In this article, we want to analyze the changing mechanisms of court in the process of constitutionalization of administrative law as a means to monitor the control constitutional of government regulations and most exaltation of processes protection of constitution. According to this, we will consider tools such as revocation of unconstitutional law regulations, supporting to principles of Constitution, interpretation of them and judicial procedure. Also are evaluated tools and Consequences of the process administration of the constitutional law in procedure of administration Justice Court.

Keywords: Protecting the Constitution, Supporting Constitution, Administration Justice Court, Governmental Regulations.

Depenalization of Business Law

Mojtaba Jaafari

Abstract

Today, the economy and economic prosperity is one of the most important and vital elements of the development and the power for any country. Therefore, one of the most important concerns of the politicians at the moment is effort to develop the economic activities. In effect, the economic development leads to State authority on the one hand and to the general satisfaction of people on other hand. Naturally, the realization of this purpose requires an efficient policy in economic area among which could be mentioned the providing the necessary conditions for investment as a most important and a most serious policy. The governments have many tools to support investment and privatization. Adjusting the criminal arsenal's tools to deal with any economic crime and anomaly is one of the best policies that will run by decriminalization.

Keywords: Punishment, Depenalization, Decriminalization, Investment, Privatization.

**The Principle of Equality of Arms in Preliminary
Investigation Phase in Iranian Criminal Procedure Code 2013
and International Human Rights Instruments**

Manouchehr Tavassoli Naeini

Ghodratollah Khosroshahi

Zohreh Nasrollahi

Abstract

The Principle of Equality of Arms means that each party in an action shall present her claim in an environment so that this does not put him in a worse condition compared to the other party of the trial. This principle has been internationally and locally embraced by authorities. From the perspective of international documents, the acceptance of this principle is partly influenced by the acceptance of global principle of fair trials which has been shaped by a shift toward the criminal justice system, especially in preliminary investigation phase. This requires that at the first encounter of the accused, the victim and etc. with the criminal justice system that is formed on the basis of a criminal case, i.e. police preliminary investigation phase, facilities of the aforementioned persons shall be specified and basic rules are predicted in law in order to comply with them. Fortunately, Iranian Criminal Law which was approved in 2013 has generally considered acceptance of the Principle of Equality of Arms inspired by international documents as one of the strategic principles of Criminal Law and apparently has predicted some of the basic rules of the Principle of Equality of Arms at the Judicial Police Investigation phase and it has established some of the regulations based on the alignment of each party in a claim. However, these innovations are confronted with limitations in some criminal cases and have inevitably tarnished the total equality of the parties including the relative balance of the accused, the prosecuting attorney and the victim at the police investigation phase.

Keywords: Preliminary Investigation, Principle of Equality of Arms, Rights of Other Parties, Defense Rights.

Jurisdiction over Terrorist Crimes in Iranian Laws

Mahdi Esmaeili

Abstract

Terrorism is a phenomenon that has been challenging the security of many countries throughout the history, particularly in the last decade, and inflicted irreversible losses. One of the most important plans of all countries, particularly those that are victims of the terrorism, is to punish the terrorists. According to statute of the International Criminal Court (ICC), the task of investigating this crime lies outside of the jurisdiction of ICC, and rests upon the governments. Countries that are victims of terrorism, such as Iran, use their criminal jurisdiction in an attempt to punish the perpetrators of the terrorist events. By accepting the principle of individual jurisdiction, Iran has taken important steps towards fighting against this heinous crime. The method that Iran has adopted for handling this crime is totally different from those adopted for the other crimes. This method is among the internal laws such as Iranian aviation and maritime laws.

Keywords: Terrorism, Universal Jurisdiction, Passive Compliance, Active Compliance.

The Right to Be Forgotten and the Challenges Ahead

Reza Eslami

Farinaz Feizi

Abstract

This article first reviews the importance and the positive impact of the internet in our environment, and refers to the threats to users' personal data, especially those very difficult to delete. The article then examines the possibility of removing personal data from the internet known as the right to be forgotten, and studies the European standards as to data protection and the right to informational self determination. The article finally analyses the theoretical as well as practical challenges between the right to be forgotten and freedom of expression, and, as a conclusion, provides certain suggestions in order to resolve the conflict between the two.

Keywords: Right to be Forgotten, Data Protection, Right to Privacy, Freedom of Expression, EU's General Data Protection Regulation.

Contents

The Right to Be Forgotten and the Challenges Ahead	a
Reza Eslami / Farinaz Feizi	
Jurisdiction over Terrorist Crimes in Iranian Laws	b
Mahdi Esmaili	
The Principle of Equality of Arms in Preliminary Investigation Phase in Iranian Criminal Procedure Code 2013 and International Human Rights Instruments.....	c
Manouchehr Tavassoli Naeini / Ghodratollah Khosroshahi / Zohreh Nasrollahi	
Depenalization of Business Law	d
Mojtaba Jaafari	
The Role of Administration Justice Court in Protecting the Constitution.....	e
Mohammad Jalali / Hamideh Saeedi Roshan	
Role of Executive Branch in Social Crime Prevention	f
Adel Sarikhani / Maryam Soltani Bohlouli	
The Structure of the Investment Banks and their Legal Requirements	g
Homayoun Mafi / Zeynab Fallah Tafti	
The Comparison of the Surveillance's Rights in the Criminal Procedures of Iran and the U.S.A.....	h
Gholam Hasan Kooshki / Sahar Soheil Moghaddam	
Life of Murderer after "Khunsolh" In Kermanshah Province....	i
Behzad Razavi Fard / Hossein Moradgholi / Sirous Zarghami	
The Rule of Determining Responsible Person on the Basis of the Harmful Act.....	j
Alireza Yazdanian	

The Judiciary's
**Law
Journal**

The 80th Year of Publication/ No.94/ 2016 Summer

**Scientific - Research Quarterly
Concessionary: The Judiciary**

Director-in-charge: Alireza Amini

Editor-in-Chief: Hossein Mir Mohammad Sadeghi

Executive Director: Mehdi Sabouri Pour

The Editorial Board (in Alphabetical Order):

Nejad Ali Almasi, Mohammad Ali Ardabili,
Mohammad Ashouri, Rabiaa Eskinini, Mohammad
Javad Javid, Sam Savad Koohi far, Seyed
Morteza Ghasem Zadeh, Ali Hossein Najafi
Abrand Abadi

Circulation: 4500

Price: 50000 R

Fax: 021-22091869

Web Site: www.jlj.ir

E-mail: majaleh_hoghooghi@jpri.ir
