بسم الله الرحمن الرحیم

مجله حقوقی دادگستری

سال هشتاد و یکم / شماره نود و هشتم / تابستان ۱۳۹۶

به موجب مجوز شماره ۳/۱۱۱۹۷ مورخ ۱۳۸۹/۱۲/۲٤ صادره از کمیسیون بررسی نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فن‌آوری، مجله حقوقی دادگستری دارای امتیاز علمی پژوهشی می‌باشد.

صاحب امتیاز: قوه قضاییه

مدیر مسئول: علیرضا امینی

سردبیر: حسین میرمحمد صادقی

مدیر اجرایی: مهدی صبوری‌پور

اعضاء هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

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

سام سوادکوهی‌فر، سیدمرتضی قاسم‌زاده، علی‌حسین نجفی ابرندآبادی

حروف‌چینی، 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 درکه، پژوهشگاه قوه قضاییه، دفتر مجله حقوقی دادگستری

صندوق پستی: ۳۵۱۵ ـ ۱۱۱۵۵

تلفکس: ۲۲۰۹۱۸۶۹ ـ ۰۲۱

وب سایت: www.jlj.ir

نشانی پست الکترونیک: Majaleh_hoghooghi@jpri.ir

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

راهنمای تدوین مقالات

ـ مقاله نباید بیش از بیست‌وپنج یا کمتر از ده صفحه باشد.

ـ مقاله باید تایپ شده و شامل موارد زیر باشد:

- ❖ چکیده فارسی در ابتدا و چکیده انگلیسی در انتهای مقاله.
- ❖ کلید واژگان.
- ❖ نام و نام‌خانوادگی نویسنده، نویسنده مسئول، میزان تحصیلات، رتبه علمی و دانشگاهی (فارسی و انگلیسی)، نشانی، کدپستی، شماره تلفن و نمابر و نشانی پست الکترونیک.

ـ ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خارجی در پانویس هر صفحه.

ـ ذکر منابع و ارجاعات در پانویس.

- ❖ در منابع فارسی، ذکر نام خانوادگی، نام، نام اثر، نام مترجم (در صورت ترجمه بودن)، نام ناشر، نوبت چاپ، سال چاپ، شماره صفحه.
- ❖ در صورت تکرار منبع بلافاصله پس از ذکر 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 نام‌خانوادگی صاحب اثر و ذکر کلمه پیشین و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
- ❖ در منابع لاتین، ذکر نام‌خانوادگی، نام، نام اثر، شماره چاپ، محل نشر، ناشر، سال چاپ و شماره صفحه.
- ❖ در صورت تکرار بلافاصله منبع، ذکر کلمه *Ibid.* و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
- ❖ در صورت تکرار منبع پس از منابع دیگر، ذکر نام‌خانوادگی نویسنده و سپس ذکر کلمه *op .cit.* و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.

ـ ذکر کلیه منابع در انتهای مقاله، ابتدا منابع فارسی و سپس لاتین.

ـ مقاله نباید در جای دیگر چاپ شده یا در دست بررسی باشد.

ـ مقاله ترجمه شده پذیرفته نمی‌شود.

ـ مسئولیت صحت مطالب مقاله، به عهده نویسنده مسئول است.

ـ مجله در ویرایش مقالات، آزاد است. مقاله، بازگردانده نمی‌شود.

فهرست مطالب

عنوان **صفحه**

چینش مقالات در این شماره براساس حرف نخست نام‌خانوادگی نویسنده مسئول می‌باشد.

◈ **اجرای کنوانسیون‌های بین‌المللی متضمن قاعده «استرداد یا محاکمه» در ایران..... ۷**
محمدعلی اردبیلی / ندا میرفلاح نصیری

◈ **تعهد به رازداری بانکی و قلمرو آن در حقوق بانکی ایران ۳۷**
محمدعلی خورسندیان / مریم فلاح‌دخت درب‌قلعه

◈ **اصل تناسب تأمین و جایگاه آن در نظام دادرسی کیفری ایران ۶۳**
محمدعلی رجب

◈ **محدودیت‌ها و راهبردهای صلاحیت در جرایم سایبری ۸۳**
بهزاد رضوی‌فرد / سید نعمت‌الله موسوی

◈ **آثار ایجاب ملزِم ۱۰۳**
محمد جعفری فشارکی / محمد ریاحی

◈ **تحلیل قواعد دادرسی مدنی در فرض تعدد اصحاب دعوا ۱۲۵**
علی طهماسبی

◈ **تقابل حق و مصلحت (با تأکید بر جرایم تروریستی) ۱۴۷**
رشید قدیری بهرام‌آبادی

◈ **تقدم حق ولایی قهری مادر نسبت به جد پدری بر مبنای مصالح روز ۱۷۵**
سام محمدی / حسین کاویار / اعظم ابراهیمی

◈ **مسئولیت کیفری احزاب سیاسی در حقوق ایران ۲۰۱**
فرید محسنی / حسام ابراهیم‌وند

شناسه دیجیتال (DOI): 10.22106/JLJ.2017.26773

اجرای کنوانسیون‌های بین‌المللی متضمن قاعده «استرداد یا محاکمه» در ایران

محمدعلی اردبیلی*
ندا میرفلاح نصیری**

چکیده

برای مبارزه با بی‌کیفریِ مرتکبانِ جنایات بین‌المللی و همچنین پیشگیری از ارتکابِ این‌گونه جنایات، «قاعده یا استرداد یا محاکمه» در کنوانسیون‌ها و معاهدات بین‌المللی متعددی مطرح شده است. این تعهد بدین معنی است که دولت محل دستگیری متهم به جرم بین‌المللی، باید یکی از گزینه‌های محاکمه یا استرداد این فرد را اجرا نماید. قاعده مذکور در طول زمان، از قرن هفدهم که اولین بار گروسیوس هلندی آن را مورد توجه قرار داده و در کتاب جنگ و صلح به تشریح آن پرداخته تا عصر حاضر که بررسی این قاعده مهم حقوق بین‌الملل کیفری به کمیسیون حقوق بین‌الملل محول گردیده، دچار تغییر و تحولات مختلفی شده است. با وجود کثرت استعمال این قاعده در کنوانسیون‌های متعدد، در زمینه ماهیت معاهداتی این تعهد تردیدی وجود ندارد، اما عرفی بودن این تعهد همچنان مورد اختلاف حقوق‌دانان بین‌المللی می‌باشد. این مقاله در پی تشریح و بررسی ابعاد گوناگون بیان شده از تعهد به استرداد یا محاکمه در کنوانسیون‌های بین‌المللی مختلف و همچنین امکان وجود این قاعده در نظام حقوقی ایران می‌باشد.

کلیدواژه‌ها: استرداد، محاکمه، جرایم بین‌المللی، جنایت علیه بشریت، تعهد بین‌المللی، صلاحیت کیفری.

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول) M-ardebili@sbu.ac.ir
** کارشناس ارشد حقوق بین‌الملل دانشگاه شهید بهشتی Fallah@gmail.com
تاریخ دریافت: ۹۴/۰۶/۲۰ تاریخ پذیرش: ۹۵/۰۱/۱۸

مقدمه

با گسترش ارتباطات بین‌المللی، شکل‌گیری اَشکال جدید جرایم بین‌المللی از یک سو و ظهور ابعاد جدید جرایم همانند اَعمال تروریستی و عدم وجود تابعیت واحد میان مرتکب و قربانی یا طراحی و سازماندهی این اقدامات در کشوری غیراز کشور محل وقوع جرم از سوی دیگر، امروزه دولت‌ها را با «بین‌المللی شدن پدیده مجرمانه» روبرو ساخته است. به نحوی که یک جرم می‌تواند با چند کشور که سرزمین، اتباع یا منافع آنها در قضیه‌ای دخیل است، مرتبط باشد. از طرف دیگر، برخی از جرایم به دلیل ماهیت یا وسعت انتشار آثار و نتایج آن، نه تنها به نظم عمومی محل وقوع جرم بلکه به نظم عمومی حاکم در قلمرو وسیع‌تری از آن لطمه می‌زنند، به‌گونه‌ای که به تعبیر برخی از حقوق‌دانان در این موارد احساسات و عواطف انسانی و منافع بشریت در سراسر جهان خدشه‌دار می‌گردد. به منظور جلوگیری از بی‌کیفر ماندن مرتکبان این‌گونه جرایم و در مواجه با خطراتی که چنین جرایمی برای کشورها ایجاد می‌کند، هر دولت تدابیر لازم را برای دفاع از خود اتخاذ می‌کند. یکی از این تدابیر، تعقیب و مجازات مرتکبان این جرایم در دادگاه‌های ملی با اِعمال قوانین داخلی دولت مربوط می‌باشد.[1] در این میان، زمانی که یک جرم دارای عنصر خارجی است و به بیش از یک کشور ارتباط دارد، «صلاحیت‌های تجویزیِ[2]» دولت‌ها بر یکدیگر همپوشانی پیدا می‌کنند. این همپوشانی به صورت بالقوه «صلاحیت کیفری متقارن[3]» را ایجاد می‌کند. در این موارد که صلاحیت متقارن به وجود می‌آید، راه‌حل قضیه وجود روابط پویا میان این دولت‌ها در جهت اِعمال «قاعده یا استرداد یا محاکمه»[4] نسبت به متهم به جرمِ مورد نظر می‌باشد.

بنابراین، قاعده سنتی یا استرداد یا محاکمه، با تأکید بر ماهیتِ بین‌المللیِ جرم، خواستار مجازات مرتکبان این جرایم از سوی جامعه بین‌المللی، صرف‌نظر از محل وقوع جرم یا محل دستگیری متهم می‌باشد. این اصطلاح در برخی از معاهدات چندجانبه با

۱. خالقی، علی، مقدمه‌ای بر مطالعهٔ اصول حاکم بر صلاحیت کیفری در حقوق جزای بین‌الملل، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۳، بهار و تابستان ۱۳۸۲، صص. ۳۷ ـ ۳۵.

۲. در حقوق بین‌الملل سنتی پنج اصل بر مبنای صلاحیت کیفری فراسرزمینی وجود دارد، که همگی اَشکال متفاوتی از صلاحیت هستند و به عنوان «صلاحیت تجویزی (Prescriptive Jurisdiction)» شناخته می‌شوند که بر قدرت دولت‌ها در اِعمال صلاحیتشان بر جرم خاصی دلالت دارد. این صلاحیت‌ها در مقابل مفهوم «صلاحیت قضایی دولت» و همچنین «صلاحیت اجرایی دولت» قرار می‌گیرند.

۳. «صلاحیت کیفری متقارن» همان تقارن صلاحیت دولت‌های متعدد در یک قضیه است که در واقع انتخاب میان استرداد یا محاکمه متهم به ارتکاب جرم بین‌المللی می‌باشد. این صلاحیت، اغلب برآمده از اصرار یک کشور بر صلاحیت تجویزی با مبنای فراسرزمینی است، یعنی زمانی که یک کشور در صدد اِعمال حقوق کیفری خود بر اَعمال ارتکابی در خارج از سرزمین خود می‌باشد.

۴. این اصطلاح، معادل اصطلاح لاتین Aut dedere Aut judicare می‌باشد و از این پس در این مقاله با این عنوان بیان می‌شود.

هدف تأمین همکاری‌های بین‌المللی در زمینه مبارزه با انواع خاصی از اَعمال مجرمانه بیان گردیده است. تعهد مذکور از قرن نوزدهم به بعد در معاهدات و کنوانسیون‌های منطقه‌ای و بین‌المللی بسیاری مورد توجه واقع شده و پس از آن کنوانسیون‌های بین‌المللی متعددی در زمینه مبارزه با یک جرم خاص بین‌المللی، در ماده‌ای جداگانه بر این قاعده تأکید نموده‌اند. این امر نشان از وجود ماهیت معاهداتی برای قاعده یا استرداد یا محاکمه در حقوق بین‌الملل می‌باشد. کنسانسوس و وفاق عامی میان حقوق‌دانان، در مورد این حقیقت وجود دارد که «معاهدات بین‌المللی» به طور کلی به عنوان منشأ اصلی قاعده مذکور شناخت شده‌اند. برخی از حقوق‌دانان برای چنین تعهدی منشأ عرفی قائل شده‌اند، لیکن چنین قولی مورد اجماع همه صاحب‌نظران قرار نگرفته است. در هر حال عرفی بودن این قاعده در قبال بسیاری از جنایات بین‌المللی مانند جنایت جنگی، جنایت علیه بشریت، کشتار جمعی و شکنجه امر بعیدی به نظر نمی‌رسد.

با توجه به افزایش تمایل دولت‌های عضو جامعه بین‌المللی برای یافتن راهی در جهت مقابله با جرایم شدید و خشونت‌بار بین‌المللی و همچنین مبارزه با اقدامات تروریستی، به وجود قواعدی مانند تعهد به استرداد یا محاکمه نیاز است که زمینه را برای امحای بی‌کیفری مجرمان بین‌المللی و مبارزه مستمر با جرایم شدید بین‌المللی فراهم کند و بر تمامی افراد مرتکب جرم یا جنایت بین‌المللی، صرف‌نظر از مقام و منصبشان و بدون استثنا، عدالت حقیقی اجرا شود. در واقع اقدامات جنایتکاران و تروریستی در سطح بین‌المللی، جامعه بین‌المللی را به طورکلی تحت‌الشعاع قرار می‌دهد، بنابراین تمامی دولت‌ها ملزم به همکاری در جهت اطمینان از اجرای عدالت بر مرتکبان این جرایم هستند. در صورت اِعمال قاعده یا استرداد یا محاکمه از سوی کلیه دولت‌ها، امکان وجود «مکانِ امن» به منظور فرارِ مرتکبان جنایات بین‌المللی در سطح بین‌المللی منتفی می‌گردد. با فقدان مرجع بین‌المللی دارای صلاحیت ابتدایی بر جرایم خاص بین‌المللی[1]، با کمک مراجع داخلی عدالت را درباره مرتکبان این جرایم اجرا می‌کنند. بدین منظور در ابتدا با تعریفی از قاعده یا استرداد یا محاکمه مذکور در معاهدات چندجانبه بین‌المللی و بررسی اجمالی محتوای آن، زمینه برای ارزیابی برخی کنوانسیون‌های بین‌المللی حاوی این تعهد در چهار دسته متمایز فراهم می‌گردد تا به زوایای مختلف این قاعده مهم حقوق بین‌الملل کیفری به درستی پرداخته شود، در پایان نیز امکان وجود قاعده مذکور در نظام حقوقی ایران مورد توجه قرار می‌گیرد.

۱. دیوان بین‌المللی کیفری دارای صلاحیت تکمیلی می‌باشد. بند ۱۰ مقدمهٔ اساسنامه رم اشعار می‌دارد: «دیوان بین‌المللی کیفری که به موجب این اساسنامه تأسیس می‌شود، مکمل محاکم کیفری ملّی خواهد بود و در ماده ۱ نیز این نکته بیان شده است. ماده ۱۷ (۱) صریحاً به بند ۱۰ مقدمه و ماده ۱ ارجاع می‌دهد (میرعباسی، باقر؛ و حمید الهوئی نظری، مقدمه‌ای بر دیوان بین‌المللی کیفری، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۴، ص. ۹۰).

۱. مفهوم قاعده استرداد یا محاکمه

در حقوق بین‌الملل، قاعده یا استرداد یا محاکمه به تعهد حقوقی دولت‌ها برطبق حقوق بین‌الملل عمومی اشاره دارد که بر اساس این تعهد، دولت‌ها مکلفند متهمان به ارتکاب جرایم شدید و مهم بین‌المللی را محاکمه نمایند یا به درخواست استرداد دولت‌های دیگر پاسخ مثبت داده، آنان را برای محاکمه به دولت متقاضی تحویل دهند. این تعهد صرف‌نظر از ماهیت فراسرزمینی جرم و همچنین بدون توجه به تابعیت مرتکب یا قربانی جرم مطرح می‌شود. اوّلین‌بار در قرن هفدهم، گروسیوس در کتاب «حقوق جنگ و صلح» عنوان «قاعده استرداد یا مجازات» را بیان کرده است. درواقع تعهد به استرداد یا محاکمه شکل مدرن اصطلاح موردنظر گروسیوس می‌باشد. مسأله مربوط به قاعده یا استرداد یا محاکمه، بخش متعارضی از حاکمیت جهانی را تشکیل می‌دهد، بخش غیرمتمرکز که تقابل میان حقوق جزای ملی چند دولت را در پی دارد و نشان‌دهنده چگونگی تفکیک میان منافع ملی و بین‌المللی و در نهایت انتخاب حداقل یکی از گزینه‌ها می‌باشد. به نظر می‌رسد این عنوان منعکس‌کننده نیاز واقعی دولت‌ها در زمینه تدوین و توسعه حقوق بین‌الملل می‌باشد. مخبر ویژه کمیسیون حقوق بین‌المللی[۱] در گزارش دوم خود در زمینه بررسی تعهد به استرداد یا محاکمه، این قاعده را نه یک «تعهد به نتیجه» بلکه آن را «تعهد به فعل» می‌داند.[۲] آنتونی کسسه در زمینه تعهد مزبور معتقد است، که شکل جدیدتر و کامل‌تری از این اصطلاح در اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری بیان شده، که دول عضو و یا دیوان را ملزم به محاکمه متهمین به جرایم مشخصی (نسل‌کشی، جنایت علیه بشریت، جنایت جنگی، تجاوز) می‌نماید. قاعده یا استرداد یا محاکمه در مباحث اصلی حقوق بین‌الملل کیفری قرار دارد و در مواردِ مشخصی قابلیت اِعمال می‌یابد.[۳] در واقع قاعده یا استرداد یا محاکمه جلوه‌ای از همکاری‌های قضایی میان دولت‌ها محسوب می‌گردد و در اغلب معاهدات بین‌الملل کیفری، با عناوین مختلف، به عنوان یک واجب تخییری مطرح شده است. در مواردی براساس مفهوم جدیدی از این تعهد، علاوه بر دو گزینه انتخابی که یا استرداد فرد مظنون به ارتکاب جنایت موضوع معاهده به دولت متقاضی می‌باشد و یا اِعمال صلاحیت کیفری خود را در زمینه تعقیب و محاکمه فرد مذکور در مراجع داخلی، دولت دستگیرکننده

۱. در تاریخ ۵ اگوست ۲۰۰۵، در جلسه ۵۷ام کمیسیون حقوق بین‌الملل موضوع جدیدی با عنوان" تعهد به استرداد یا محاکمه(aut dedere aut judicare)" در دستور جلسهٔ کاری کمیسیون قرار گرفت و آقای گالیکی (Zdzislaw Glicki) به عنوان مخبر ویژهٔ کمیسیون در مورد بررسی تعهد مذکور انتخاب شد.

2. First Report on the obligation to extradite or prosecute (Aut dedere Aut judicare), of 11 june 2007, A/CN.4/585, UN.DOC, p. 15.

3. Cassese, Antonio; and Lal Chand Vohrah, "Man's Inhumanity to Man: Essay on International Law Houner of Antouio Cassese", Hague, Kluwer Law International Publisher, 2003, pp. 697-698.

متهم می‌تواند راه‌حل دیگری را اتخاذ نماید و متهم را به یک دادگاه بین‌المللی کیفری که صلاحیت رسیدگی به اتهامات او را دارد تحویل دهد.[1] در واقع پس از تشکیل یک مرجع دائمی کیفری بین‌المللی، گزینه سومی در اِعمال این تعهد مبنی بر «تسلیم متهم مذکور به دیوان بین‌المللی کیفری» برای دولت‌ها در سطح بین‌المللی ایجاد شده است. کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز با توجه به گزارشهای مخبر ویژه، سعی دارد که در جریان بررسی تعهد به استرداد یا محاکمه، مفهوم «جایگزین سوم[2]» را برای امکان وجود صلاحیت موازی، هم برای دولت‌های منتفع از محاکمه متهم و هم برای دیوان بین‌المللی کیفری ایجاد نماید. این امر اقدام مهمی در جهت توسعه ساختارِ سنتی قاعده یا استرداد یا محاکمه خواهد بود.

از سویی جهت تبیین و تشریح این تعهد، توجه به وجود قاعده مذکور در رویه قضایی بین‌المللی و اختلافات مطروح در دیوان بین‌المللی دادگستری حائز اهمیت خواهد بود. به این دلیل که تصمیمات دیوان در شکل‌گیری و بیان قواعد حقوق بین‌الملل در طول زمان از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. این تعهد در دو قضیه لاکربی در سال۱۹۹۲ و قضیه بلژیک علیه سنگال (یا استرداد یا تعقیب کیفری حسن هابره) که در سال ۲۰۰۹ نزد دیوان بین‌المللی دادگستری مطرح شده است و منجر به صدور رأی مهم ۲۰۱۲ از سوی دیوان شده که بر اهمیت و زمینه عرفی- معاهداتی قاعده مذکور اذعان دارد.[3] نکات مهمی در رأی دیوان وجود دارد که در تعریف دقیق و گسترش مفهومِ «قاعده یا استرداد یا محاکمه» حائز اهمیت فراوانی ست. نکته اول در زمینه تحلیلی است ست که از ماهیت و معنای بند اول ماده ۷ کنوانسیون منع شکنجه ۱۹۸۴ در این رأی صورت گرفته است. دیوان معتقد است تعهد دولت محل دستگیری مرتکب جرایم شدید بین‌المللی به ارجاع پرونده به مقامات صالح داخلی برای تعقیب کیفری وی، صرف‌نظر از وجود درخواست استرداد از سوی دولت‌های دیگری وجود دارد. در واقع انتخاب میان دو گزینه «استرداد» یا «انجام اقداماتی برای محاکمه متهم» (براساس کنوانسیون منع شکنجه) به معنای وجودِ

۱. اردبیلی، محمدعلی، «استرداد یا تعقیب»، حقوق بین‌الملل کیفری: گزیده مقالات ۲، چاپ اول، تهران، نشرمیزان، تهران، ۱۳۹۰، ص. ۱۳۳.

2. Triple Alternative.

۳. دیوان با احراز صلاحیت خود در این قضیه و قابلیت استماع دعوا ، به این نتیجه رسید که دولت سنگال با عدم ایفای تعهدات مندرج در بند دوم ماده ۶ کنوانسیون منع شکنجه در مورد «انجام فوری تحقیقات اولیه درباره جرایم ارتکابی ادعا شده علیه حسن هابره (رئیس جمهور سابق چاد)» و همچنین با «عدم ارجاع پرونده حسن هابره به مقامات صلاحیت دار به منظور تعقیب کیفری وی» موجبات نقض بند اول ماده ۷ کنوانسیون را فراهم آورده است. سرانجام با اتفاق آراء نتیجه می‌گیرد که دولت سنگال باید «بدون هیچ گونه تأخیر بیشتری» پرونده آقای هابره را به مقامات صلاحیت دار خود برای تعقیب کیفری و محاکمه ارجاع نماید، البته در صورتی که قصد استرداد او را به بلژیک نداشته باشد.

(Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Summary of the Judgment of 20 July 2012, No. 2012/4 (Para.122), Invisible on <www.icj-cij.org> Last visited 22 September 2012, p.15.)

دو جایگزین دارای ارزش برابر نیست. بنابراین درخواست استرداد متهم، گزینه و اختیاری است که می‌تواند دولت میزبان متهم با پذیرش آن، خود را از تعهد به محاکمه رها سازد. در حالی که تعقیب کیفری متهم، فی‌نفسه یک تعهد بین‌المللی (برآمده از کنوانسیون مذکور) محسوب می‌شود که نقض آن مسئولیت بین‌المللی دولت را در پی دارد.[1]

نکته دوم در تبیین رأی مذکور این است که اصطلاح «صلاحیت جهانی» برای مقابله با جنایات بین‌المللی (مانند شکنجه) با چراغ سبز از سوی دیوان مواجه شده است. رأی ۲۰ جولای ۲۰۱۲ دیوان مبنایی برای تنبیه یک دولت از سوی دولت دیگر (حتی در صورت فقدان هیچ ارتباط ملموسی با قضیه) ایجاد کرده است. یکی از دلایلی که دولت سنگال (بنا به درخواست بلژیک) گناهکار شناخته شده است، فقدانِ قواعد حقوقی مورد نیاز برای محاکمه جنایات بین‌المللی در قوانین داخلی این کشور می‌باشد. بنابراین دیوان بین‌المللی دادگستری با صدور این رأی اهمیت ویژه‌ای برای مبحث صلاحیت جهانی دولت‌ها و به تبع آن، تعهد مذکور در بند اول ماده ۷ کنوانسیون منع شکنجه (قاعده یا استرداد یا محاکمه) قائل شده است تا زمینه امحای بی‌کیفرمانی در سطح بین‌المللی و در ارتباط با جنایات بین‌المللی فراهم گردد. از سوی دیگر براساس حکم صادره در قضیه مذکور، در واقع این اولین باری ست که دیوان بین‌المللی دادگستری بر پایبندی یک دولت بر «تعهدات عام الشمول مربوط به گروهی از دولت‌ها[2]» تأکید می‌نماید. پیش از این دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی[3] تنها یک بار در رأی صادره در قضیه ویمبلدون در ۱۹۲۳ در این باره اظهارنظر کرده بود. دیوان در پاراگراف ۶۸ رأی خود به قضیه بارسلونا تراکشن اشاره می‌کند.[4] این ارجاعِ دیوان برای تمایز میان دو مفهوم مندرج در قسمت الف و ب در بند اول ماده ۴۸ در «طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل درخصوص مسئولیت بین‌المللی دولت در زمینه اَعمال خلاف بین‌المللی»[5] می‌باشد. این ماده به استناد به مسئولیت بین‌المللی دولت دیگر از سوی دولت‌هایی غیر از دولت زیان‌دیده اشاره دارد که در قسمت الف به «تعهدات نقض شده در قبال گروهی از دولت‌ها» و قسمت ب به «تعهدات نقض شده در قبال جامعه بین‌المللی در کل[6]» می‌پردازد.[7] بنابراین دیوان تعهد مندرج در

1. Ibid, p.12.
2. Erga omnes partes.
3. PCIJ.
4. Uchkunova, Inna, "Belgium v. Senegal: Did the Court End the Dispute between the Parties?", <http://www. ejiltalk. org>, Last visited 20 September 2012, p.1.
5. ARSIWA (The ILC Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts).
۶. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه بارسلونا تراکشن بطور کامل به آن پرداخته است و آن را تعهد عام‌الشمول (erga omnes) می‌داند که به منافع جمعی دولتهای جامعه بین‌المللی درکل مربوط می‌شود.
(Barcelona Traction, Light and Power Company, Second Phase, Judgment, I.C.J.Reports 1970, p.3, at p.32, para.3).
۷. ابراهیم گل، علیرضا، «مسئولیت بین‌المللی دولت (متن و شرح مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل)»، چاپ اول، نشر شهر دانش، ۱۳۸۸، صص. ۲۸۲ ـ ۲۸۰.

کنوانسیون منع شکنجه را (که مورد استناد بلژیک می‌باشد) به عنوان تعهد عام‌الشمول مربوط به منافع جمعی گروهی از دولت‌های عضو کنوانسیون در نظر می‌گیرد و به طور ضمنی این بخش از طرح کمیسیون در مورد مسئولیت بین‌المللی را تبیین می‌نماید.[۱]

النهایه می‌توان گفت که رأی دیوان در این قضیه راهنمای مهمی در جهت اجرای تعهدات مندرج در کنوانسیون منع شکنجه محسوب می‌شود و تأکید بر این امر که در اجرای آن، هیچ‌گونه تعویق و اختلافی پذیرفته نخواهد بود. دیوان به سنگال دستور می‌دهد که اقدامات ضروری برای جریان انداختن پرونده مذکور را بر اساس اختیارات صلاحیتی که در جهت محاکمه آقای هابره در اختیار دارد «بدون هیچ‌گونه تأخیر بیشتری» انجام دهد.[۲] «کمیته بین‌المللی در زمینه محاکمه عادلانه حسن هابره»[۳] اعلام نمود که با این تصمیم دیوان، سنگال[۴] برای محاکمه هر چه سریع‌تر آقای هابره تحت فشار قرار گرفته است و این امر نمونه و رویه بسیار مهمی برای ۱۵۰ دولت عضو کنوانسیون منع شکنجه محسوب می‌شود.[۵]

۲. کنوانسیون‌های بین‌المللی متضمن قاعده استرداد یا محاکمه

در حقوق بین‌الملل هر پیمانی که میان تابعان نظام بین‌المللی یعنی اعضای جامعه بین‌المللی بسته شود، «معاهده» نام دارد. در زمینه تعریف معاهده می‌توان به بند ۱ ماده ۲

۱. البته قاضی ویژه سور در نظریه مخالف خود با رأی دیوان، این امر را مورد انتقاد قرار می‌دهد. وی معتقد است که صرفاً تعهد به مبارزه با شکنجه دارای این ویژگی «تعهدات عام‌الشمول مربوط به منافع جمعی گروهی از دولت‌ها» می‌باشد و نمی‌توان این ویژگی را که صرفاً به یک تعهد مندرج در کنوانسیون مربوط می‌شود، به سایر تعهدات مانند تعهد به انجام اقدامات مربوط به محاکمه متهم به این جرم نیز تسری داد. ر.ک:
(Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Summary of the Judgment of 20 July 2012, No. 2012/4 (Para. 97-98), Invisible on <www.icj-cij.org> Last visited 22 September 2012, pp.17-18.)

2. Bonini, Anna, " ICJ Belgium v Senegal: Temporal Issues and the Prosecution of Torture", < ilawyerblog.com>, Last visited 13 September 2012, p.1.

۳. متشکل از انجمن ترویج و دفاع از حقوق بشر (ATPDH)، انجمن قربانیان جرایم رژیم حسن هابره (AVCRHH)، مجمع آفریقایی برای دفاع از حقوق بشر (RADDHO)، سازمان دیده‌بان حقوق بشر، و فدراسیون بین‌المللی حقوق بشر (FIDH).

۴. در راستای اجرای رأی دیوان بین‌المللی دادگستری، دولت سنگال و اتحادیه افریقا در آگوست ۲۰۱۲، بر ایجاد یک دادگاه ویژه برای محاکمه حسن هابره توافق نموده‌اند. در توافقات منعقده در داکار، از سوی وزیر دادگستری سنگال آقای توره و نمایندهٔ اتحادیه افریقا آقای دوسو، چهار «دفتر ویژهٔ افریقایی 'Extraordinary African Chambers'» ملزم به بررسی پروندهٔ آقای هابره شدند (از مرحله رسیدگی مقدماتی تا سطح تجدیدنظرخواهی). این دفاتر توسط قضات افریقایی با همکاری نمایندگان سنگالی اداره می‌شوند. بودجه‌ای معادل ۸/۶ میلیون یورو برای این امر تخمین زده شده و دادگاه ویژهٔ مذکور تا پایان سال ۲۰۱۲ آغاز به کار نموده تا محاکمه رئیس‌جمهور سابق چاد انجام گیرد.

5. "Senegal: Stop stalling with Habré extradition", <http://www.hrw.org>, Last visited 30 September 2012, p.1.

کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در مورد حقوق معاهدات اشاره نمود.[۱] در مباحث حقوق بین‌الملل، معاهدات به دو صورت کلی (به لحاظ نظم مادی و نظم صوری) طبقه‌بندی شده‌اند. در طبقه‌بندی معاهدات به لحاظ نظم صوری آنها که بر اساس تعداد متعاهدین صورت می‌گیرد، به معاهدات دوجانبه و چندجانبه تفکیک می‌شوند.[۲] در اینجا وجود تعهد به استرداد یا محاکمه در معاهدات چندجانبه بین‌المللی یا منطقه‌ای بررسی شده و بر اساس آن ماهیت معاهداتی این تعهد بیان می‌گردد. «تعهد به استرداد یا محاکمه» در برخی از معاهدات چندجانبه بین‌المللی با هدف تأمین همکاری‌های بین‌الدولی در زمینه مبارزه با انواع خاصی از اَعمال مجرمانه بیان گردیده است.[۳] حدود ۲۶۷ کنوانسیون حقوق بین‌الملل کیفری در زمینه مباحث و جنبه‌های گوناگون کیفری وجود دارد که حدود ۱۰۲ کنوانسیون در زمینه «محاکمه» و ۷۱ کنوانسیون در زمینه «استرداد» مقرراتی وضع نموده‌اند.[۴] سازمان عفو بین‌الملل حداقل ۳۷ سند بین‌المللی و منطقه‌ای که در مقررات خود به تعهد به استرداد یا محاکمه اشاره نموده‌اند را نام برده است[۵] و بر اساس گزارش مخبر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل، از سال ۱۹۲۹ به بعد، حدود ۷۰ سند بین‌المللی و منطقه‌ای حاوی تعهد مزبور می‌باشند. کنوانسیون‌های بین‌المللی حاوی تعهد به استرداد یا محاکمه در زمینه‌های حقوق بشر، حقوق بشردوستانه بین‌المللی[۶] (برای مقابله با جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت در مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و داخلی) و همچنین در مقابله با یک جرم خاص بین‌المللی وجود دارند.[۷] در گزارش‌های مخبر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل بر این امر تأکید شده است که اجماعی در رابطه با این حقیقت وجود دارد که «معاهدات بین‌المللی» به طورکلی منشأ اصلی تعهد به استرداد یا محاکمه شناخته می‌شوند. از طرفی تعداد معاهدات بین‌المللی حاوی قاعده یا استرداد یا محاکمه

۱. به موجب این ماده: «معاهده عبارت است از توافق بین‌المللی منعقد فی‌مابین دو یا چند دولت که به صورت کتبی منعقد شده و تابع قواعد حقوق بین‌الملل می‌باشد، اعم از اینکه در سند واحد یا در دو یا چند سند مرتبط به هم آمده باشد و صرف نظر از عنوان خاص آن.» البته این ماده صرفاً معاهدات مکتوب بین‌الدولی را بیان نموده است و به معاهدات منعقد میان دولت‌ها با سازمان‌های بین‌المللی و سازمان‌های بین‌المللی با یکدیگر توجه نشده است و تعریف محدودتری نسبت به تعریف معاهده از دیدگاه عرف ارائه می‌دهد.

۲. فلسفی، هدایت‌الله، «حقوق بین‌الملل معاهدات»، چاپ دوم، تهران، انتشارات فرهنگ نشر نو، ۱۳۸۳، صص. ۹۸ ـ ۸۸.

3. Bassiouni, Cherif; and Edward Wise, "The Duty to Extradite or Prosecute (Aut dedere Aut judicare)", Martinus Nijhof Publisher, London, 1995, p.3.

4. Bassiouni, Cherif, "International Criminal Law: Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms", Vol.2, 3rd Edition, Martius Nijhoff Publisher, 2008, p. 41.

5. Amnesty international, International Law commission: The Obligation to Extradite or Prosecute (aut dedere aut judicare), London, February 2009, p.22.

۶. شامل کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ و پروتکل اول و دوم الحاقی آنها.

7. Enache-Brown, Colleen; and Ari Fried, "Universal Crime, Jurisdiction and Duty: The Obligation of Aut dedere Aut Judicare in International Law", MC Gill Law Journal, Vol. 43, 1998, pp. 614-616.

هرساله رو به افزایش است و این امر خود تأکیدی بـر وجـود ماهیـت معاهـداتی تعهـد بـه استرداد یا محاکمه در حقوق بین‌الملل می‌باشد. همچنین این افزایش نشان‌دهنده اهمیتی است که اجرای تعهد مذکور برای جامعه بین‌المللی دارد.[1]

این معاهدات بین‌المللی زمینه را برای محاکمه داخلـیِ متهمـان بـه ارتکـاب جـرایم بین‌المللی از طریق اِعمال صلاحیت جهانی فراهم می‌کنند. توسعه مفهومِ تعهد به اسـترداد یا محاکمه، ناشی از اتفاق نظر کلیه دولت‌ها در مورد محاکمه مرتکبان جـرایم بـین‌المللـیِ مندرج در این معاهدات بر اساس صلاحیت ذاتی دولت مـی‌باشـد. در ایـن مفهـوم، اجـرای تعهد مذکور از سـوی مراجـع قضـایی داخلـی دولـت‌هـا، در جهـت حفـظ منـافع جامعـه بین‌المللی یا منافع دولت‌های عضو معاهدات ذی‌ربط مـی‌باشـد و بـه عنـوان ابـزاری بـرای اجرای متمرکز و منسجم حقوق بین‌الملل محسوب می‌گردد.[2] کنوانسیون‌های حاوی تعهـد به استرداد یا محاکمه که در بردارنـده مقرراتـی در زمینـه یـک جـرم خـاص بـین‌المللـی می‌باشند در ۲۵ مورد خلاصه می‌شوند.

در مورد تحلیل جامع کنوانسیون‌های چندجانبه حاوی قاعده یا استرداد یـا محاکمـه می‌توان آنها را در چهار دسته، طبقه‌بندی نمود: ۱ـ کنوانسیون ۱۹۲۹ در زمینه مقابلـه بـا جعل اسکناس و کنوانسیون‌های بعدی دارای تعریف مشابه از تعهد به استرداد یا محاکمـه. ۲ـ کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ و پروتکـل الحـاقی اول ۱۹۷۷. ۳ـ کنوانسـیون‌هـای منطقه‌ای استرداد مجرمین. ۴ـ کنوانسیون لاهه ۱۹۷۰ در زمینه مقابله با تصـرف غیرقـانونی هواپیماها و سایر کنوانسیون‌های دارای تعریف مشابه از تعهد به استرداد یـا محاکمـه. ایـن طبقه‌بندی، ترکیبی از معیار ماهوی و ترتیب تاریخی کنوانسیون‌های مذکور اسـت. در واقع تحولاتِ مقررات مکتوب در مورد گزینه‌های سنتی تعهد مزبور یعنی اسـترداد یـا محاکمه را منعکس می‌سازد که در بررسی تأثیر کنوانسیون‌های خاصی مانند کنوانسـیون ۱۹۲۹ (در زمینه مقابله با جعل اسکناس) یا کنوانسیون لاهـه ۱۹۷۰ (در زمینـه مقابلـه بـا تصرف غیرقانونی هواپیماها) بر رویه‌های معاهداتی و چگونگی تغییر این مقـررات در طـول زمان مفید است. از طرف دیگر این دسته‌بندی، برخـی شـباهت‌هـای اساسـی را در مـورد محتوای مقرراتی که در یک دسته قرار دارند، برجسته می‌کرده و فهـم قلمـرو دقیـق ایـن مقررات و مسائل اصلی مذکور در آنها را در زمینه تعهد بـه اسـترداد یـا محاکمـه تسـهیل می‌نماید.[3] هر یـک از ایـن چهـار دسـته از کنوانسـیون‌هـا، توصـیف‌کننـده یـک یـا چنـد

1. Third Report on the Obligation to Extradite or Prosecute (Aut Dedere Aut Judicare), June 2008, A/CN.4/603, UN.DOC, p. 26.
2. Enache-Brown, Colleen; and Ari Fried, Op. cit, p. 622.
۳. این طبقه‌بندی، در جریان فعالیتِ کارگروه کمیسیون حقوق بین‌الملل در سال ۲۰۰۵، در زمینه بررسی تعهـد به استرداد یا محاکمه مورد استفاده قرار گرفته است و پیش آن نیز، پرفسور بسیونی در بررسی این تعهـد در

کنوانسیون کلیدی و اصلی است که به عنوان نمونه و مدل در این زمینه محسوب می‌شوند و بیان‌گر سازوکار خاصی برای مجازات مجرمین هستند. البته فهرستی از کنوانسیون‌های مختلفی که بر اساس تعریف خاص خود از تعهد مذکور در یکی از این چهار دسته جای می‌گیرند، نیز در هر قسمت بیان می‌شود.

۲ـ۱. کنوانسیون ۱۹۲۹ در زمینه مقابله با جعل اسکناس و کنوانسیون‌های بعدی دارای تعریف مشابه از تعهد به استرداد یا محاکمه

کنوانسیون ۱۹۲۹ در زمینه مبارزه با جعل اسکناس[1] اولین معاهده‌ای است که جرایم بین‌المللی را با مسأله تعهد به محاکمه متهمانی که به دولت متقاضی استرداد مسترد نمی‌شوند، آشنا ساخته است. تعریف مذکور در این کنوانسیون یک نمونه اولیه محسوب می‌شود که در انعقاد معاهدات پس از آن برای بیان قاعده یا استرداد یا محاکمه مورد استفاده قرار گرفته است. سازوکار پذیرفته‌شده در کنوانسیون مقابله با جعل اسکناس متضمن اصلی است که بر طبق آن «جعل اسکناس در هیچ کجای دنیا نباید بدون مجازات باقی بماند».[2] در کنوانسیون مبارزه با جعل ۱۹۲۹برخلاف کنوانسیون لاهه۱۹۷۰، اثبات صلاحیت قضایی دولت محل دستگیری در صورت عدم استرداد متهم به دولت متقاضی در هر قضیه و بررسی موردی این صلاحیت ضرورتی ندارد. این مسأله باعث می‌شود که دولت‌ها دیدگاه‌های متفاوتی درباره تناسب اِعمال صلاحیت بر جرایم ارتکابی در خارج از سرزمین خود، حتی در موارد عدم پذیرش درخواست استرداد، داشته باشند. بنابراین تعهد به محاکمه در صورت رد درخواست استرداد، مشروط به وضعیت کلی هر دولتی براساس قوانین داخلی خود، درخصوص تناسب صلاحیت فراسرزمینیِ قابل اِعمال با جرم ارتکابی می‌باشد.[3]

در این زمینه، تفاوت میان اتباع دولت محل دستگیری متهم با افراد خارجی حاضر در آن سرزمین وجود دارد، البته با این فرض که کشورهایی که از استرداد اتباع خود امتناع می‌ورزند، مشکلی در زمینه محاکمه آنان در مراجع قضایی خود نداشته باشند. بنابراین ماده ۸ کنوانسیون مذکور می‌گوید: زمانی که صرفاً دلیل امتناع از استرداد، تابعیت مجرم باشد (مسأله منع استرداد اتباع[4])، آن جرم حتی اگر در خارج از سرزمین آن دولت

← سال۱۹۹۵، در کتاب «تعهد به استرداد یا محاکمه» Aut Dedere Aut Judicare به این طبقه‌بندی اشاره می‌کند. (UN.DOC.A/CN.4/630,op.cit, p.6.)

1. The International Conference for the Adoption of a Convention for the Suppression of Counterfeiting Currency, Geneva, 9th April to 20th April 1929 (C.328.M.114.1929.II) , annex III, p. 234.
2. UN.DOC.A/CN.4/630,op.cit, P.7.
3. Bassiouni, Cherif; and Edward Wise, Op. cit, p. 12.

۴. از سال ۱۸۴۰ قواعدی به وجود آمده‌اند که طبق آنها اتباع دولت‌ها از شمول معاهدات استرداد مستثنی گشته، موضوع استرداد مجرمین را تابع حقوق عرفی و آداب و رسوم قرار می‌دهند. به موجب این قاعده سنتی، یک

ارتکاب یافته، باید در قوانین کیفری دولت مزبور«قابل محاکمه و رسیدگی کیفری» باشد و امکان اِعمال مجازات بر جرم ارتکابی وجود داشته باشد. ماده ۹ نیز مقرر داشته است: افراد خارجی که مرتکب جرم در خارج از این سرزمین شده‌اند «باید به گونه‌ای مشابه با مرتکبان جرایم در داخل کشور مجازات شوند». این امر تنها در صورتی امکان‌پذیر است که این افراد «در سرزمینی مرتکب جرم شده باشند که قوانین داخلی آن سرزمین، محاکمه جرایم ارتکابی در خارج از آن را به عنوان یک قاعده کلی پذیرفته باشد». یک شرط مکمل نیز در این باره وجود دارد بر اساس آن «این تعهد به محاکمه متهم که مشروط به وجود درخواست استرداد و عدم توانایی دولت محل دستگیری در نگهداری متهم می‌باشد، با وجود دلایل مشابه‌ای که ارتباطی با جرم ارتکابی ندارند نیز ایجاد می‌شود».

مقررات مشابهی در کنوانسیون مبارزه با قاچاق مواد مخدر ۱۹۳۶[1]، کنوانسیون مبارزه با تروریسم ۱۹۳۷[2] (که هرگز لازم‌الاجرا نگردید) و همچنین کنوانسیون مبارزه با قاچاق انسان، بهره‌کشی و فاحشگی اجباری (استثمار جنسی) ۱۹۵۰[3] وجود داشت. هرچند برخلاف آنچه گفته شد، براساس شرایط مربوط، تفاوت‌هایی در زمینه «قابلیت محاکمه و مجازات» مرتکب جرم در قوانین داخلی دولت‌ها وجود دارد، اما در این کنوانسیون‌ها این مسأله به صورت یک الزام بیان شده است. در واقع دولت‌های عضو بدون توجه به قابلیت محاکمه این جرایم در نظام حقوقی داخلی، ملزم به محاکمه و مجازات مرتکب جرم مذکور در این کنوانسیون‌ها هستند. کنوانسیون مبارزه با مواد مخدر ۱۹۶۱[4] نیز جزء دسته اول محسوب می‌شود. البته چگونگی رفتار با متهمانی که جزء اتباع دولت هستند یا حتی افراد بیگانه و غیرتبعه‌ای که در مقررات مجزایی مانند قانون اساسی یا سایر قوانین داخلی دولت‌ها بیان شده است نیز در این کنوانسیون مورد توجه قرار گرفته است (جزء الف از بند ۲ ماده۳۶). مقررات مشابهی در کنوانسیون مقابله با مواد روانگردان ۱۹۷۱[5] وجود دارد.

← دولت، تبعه خود را جهت محاکمه و یا مجازات به دولت دیگر مسترد نمی‌کند. این قاعده تقریباً در تمامی کشورهای تابع نظام حقوقی رومی ـ ژرمنی پذیرفته شده است؛ در حالی که برخلاف آن، در کشورهای پیرو نظام حقوقی کامن‌لا دیده می‌شود که امکان استرداد اتباع در حقوق داخلی آنها اغلب به دلیل فقدان مقررات صریح دال بر ممنوعیت استرداد آنان ناشی می‌گردد. البته در این کشورها نیز این امر به شرط رعایت عمل متقابل توسط کشور متقاضی استرداد صورت می‌گیرد. (خالقی، علی، «قرار جلب اروپایی و تأثیر آن بر حقوق استرداد مجرمین در اتحادیه اروپا»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۷، ۱۳۸۴، ص. ۱۶)

1. Convention for the Suppression of the Illicit Traffic in Dangerous Drugs, (1936).
2. Convention for the Prevention and Punishment of Terrorism, (1937).
3. Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others, (1950).
4. Single Convention on Narcotic Drugs, (1961)
5. Convention on Psychotropic Substances, (1971).

کنوانسیون وین در زمینه مبارزه با قاچاق مـواد مخـدر۱۹۸۸[1] حالـت «دوگانـه‌ای»[2] دارد، اما جزء این دسته قرار می‌گیرد. در حالی که زبان نوشـتاری آن هماننـد کنوانسـیون لاهه۱۹۷۰ است، اما تعریف مذکور در کنوانسیون‌های سابق مربوط به مقابله با مواد مخـدر در مورد تعهد به استرداد یا محاکمه را نیز در بردارد. مقررات این کنوانسـیون، دولـت‌هـا را مختار به اِعمال صلاحیت فراسرزمینی به متهم غیرتبعه و بیگانـه کـه اسـترداد او پذیرفتـه نشده است، می‌نماید (در بند ۹ از ماده ۶ خود).[3]

نکات بارزی که تعریف مذکور از تعهد به استرداد یا محاکمه در کنوانسیون‌هـای دسـته اول را از سایر تعاریف متمایز می‌کند و الزام دولت‌ها را برای انجام اقداماتی در جهـت اجرایـی شدن این تعهد در نظام حقوقی ملی در بر دارد، شامل: (۱) جـرم‌انگـاری جـرایم خاصـی کـه دولت‌های عضو متعهد به قابل مجازات کردن آنها در حقوق داخلی خود هسـتند. (۲) بررسـی مقررات ملی مربوط به استرداد یا محاکمه در میان دولت‌ها (نظرات مختلفی میـان دولـت‌هـا در رابطه با استرداد اتباع و اِعمال صلاحیت فراسـرزمینی بـر جـرایم ارتکـابی از سـوی افـراد بیگانه و همچنین تجویزی یا اجباری بودنِ صلاحیت فراسرزمینی دولت‌هـا بـرای محاکمـه وجود دارد). (۳) تقدم و اولویت تعهد به استرداد متهم به دولت متقاضی استرداد، بر تعهـد به محاکمه متهم در مراجع قضایی داخلی دولت محل دستگیری (تعهد بـه محاکمـه یـک تعهد جایگزین است و به صورت ابتدایی برای دولت مزبور وجود ندارد). (۴) اِعمال مقررات داخلی دولت محل دستگیری برای استرداد متهم، بررسی شروط خـاص و ممنوعیـت‌هـای استرداد، همچنین توجه به امکان یا عدم امکان استرداد مرتکب جرم. (۵) تعیـین مقرراتـی برای محدود کردن تعدّی از مقررات کنوانسیون نسبت به دولـت‌هـای عضـوی کـه مسـأله صلاحیت کیفری دولت‌ها برای محاکمه را به حقوق بین‌الملـل مـرتبط نمـی‌داننـد و آن را یک امر داخلیِ صرف می‌شناسند. (۶) توجه به شرط عدم امکان محاکمـه مرتکبـان برخـی جرایم در قوانین کیفری و نظام اداری بعضی دولت‌های عضو کنوانسیون ذی‌ربط.[4]

۲ـ۲. کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ و پروتکل الحاقی اول ۱۹۷۷

کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ یک نمونه مناسب برای توسـعه مفهـوم صـلاحیت جهانی به واسطه طرح مسأله «تعهد به استرداد یا محاکمه مرتکبان جرایم خاص بین‌المللـی» هستند.[5] هر چهار کنوانسیون در ماده‌ای مشترک[6] سازوکار شناخته‌شده‌ای را بـرای محاکمـه

1. Convention for the Suppression of the Illicit Traffic in Dangerous Drugs, (1988).
2. Hybrid.
3. Bassiouni, Cherif; and Edward Wise, Op.cit, p.14.
4. UN.DOC.A/CN.4/630, Op. cit, p.12.
5. Enache-Brown, Colleen; and Ari Fried, Op.cit, p. 622.
۶. ماده ۴۹ کنوانسیون ژنو در زمینه بهبودی شرایط بیمـاران و مجروحـان جنـگ زمینـی در میـدان جنـگ، ۱۲ آگوست ۱۹۴۹. ماده۵۰ کنوانسیون ژنو در زمینه بهبودی شرایط بیماران و مجروحان و کشتی‌شکسـتگان در

متهمان به نقض فاحش مقررات این کنوانسیون‌ها مقرر می‌کنند و تضمین‌کننده این سازوکار، وجود «اصل صلاحیت جهانی» برای نقض فاحش مقررات این کنوانسیون‌ها می‌باشد. بنابراین تعهد به انجام اقداماتی برای اجرای تعهد مذکور برضد متهمان، مشروط به وجود هیچ‌گونه صلاحیت کیفری دیگری که ناشی از ارتباط جرم ارتکابی با دولت محل دستگیری متهم باشد، نخواهد بود. در زمینه مبارزه با جرمِ نقض فاحش مقررات کنوانسیون مزبور این‌گونه بیان گردیده است که «... هر یک از دول عضو باید بر اساس تعهد خود، مرتکبان یا مأموران به ارتکاب جرمِ نقض فاحش مقررات این کنوانسیون را یافته و این متهمان را صرف‌نظر از تابعیت‌شان، به مراجع قضایی ذی‌صلاح داخلی برای رسیدگی مناسب به جرم ارتکابی ارجاع دهند. البته دول عضو می‌توانند مسأله استرداد متهمان به دولت متقاضی را ترجیح داده و بر اساس مقررات داخلی خود، این افراد را برای محاکمه در مراجع قضایی دولت دیگری به دولت متقاضی استرداد مسترد نمایند. این دولت عضو نیز صلاحیت ابتدایی[1] خود را برای محاکمه متهم شناسایی می‌کند.»[2]

دومین ویژگی کنوانسیون‌های مذکور در دسته دوم، وجود تعهد ابتدایی به محاکمه متهم برای دولت‌های عضو و امکان استرداد به عنوان یک تعهد جایگزین می‌باشد. به عبارت بهتر، تعهد برای تعقیب و محاکمه متهمان به ارتکاب جرم مذکور در کنوانسیون‌ها، صرف‌نظر از وجود یا عدم وجود هرگونه درخواست استرداد دولت دیگری وجود دارد.[3] در این صورت، نیازی به وجود یک تقاضای استرداد برای ایجاد تعهد به استرداد یا محاکمه نخواهد بود و به صرف دستگیریِ متهم به ارتکاب جرایم بین‌المللی مذکور در سرزمین دولت عضو، امکان محاکمه او برای دولت محل دستگیری به وجود می‌آید.

۲ـ۳. کنوانسیون‌های منطقه‌ای استرداد مجرمین

این دسته شامل معاهدات استرداد خاص هستند که لزوماً به جرایم بین‌المللی مربوط نمی‌شوند. این معاهدات نیز بحث محاکمه داخلی متهمان را در صورت نپذیرفتنِ استرداد آنان از سوی دولت میزبان مطرح می‌کنند. هدف اولیه معاهدات استرداد، حل مشکلی است که برای برخی از دولت‌ها در صورت رد درخواست استرداد اتباع‌شان وجود دارد. برای نمونه، کنوانسیون اروپایی استرداد ۱۹۵۷ می‌گوید: «اگر دولت‌های عضو از استرداد اتباع خود امتناع ورزیدند، باید پرونده را به مراجع قضایی صلاحیت‌دار برای رسیدگی مناسب ارجاع دهند». ظاهراً این مسأله منشأ تعریفِ موجود در ماده ۷

← دریا، ۱۲ آگوست۱۹۴. ماده۱۲۹ کنوانسیون ژنو در زمینه رفتار با اسرای جنگی، ۱۲ آگوست ۱۹۴۹. ماده ۱۲۹ کنوانسیون ژنو در زمینه حمایت از افراد غیرنظامی در زمان جنگ، ۱۲ آگوست ۱۹۴۹.

1. prima facie.
2. Bassiouni, Cherif; and Edward Wise, Op.cit, p.15.
3. UN.DOC.A/CN.4/630, Op.cit, p.18.

کنوانسیون لاهه ۱۹۷۰ در زمینه مقابله با تصرف غیرقانونی هواپیماها می‌باشد که می‌گوید: «دولتی که هواپیماربا را مسترد نمی‌سازد، باید قضیه را به مراجع قضایی صالح برای محاکمه متهم مربوط ارجاع نماید.» البته مطالب مشابه بسیاری را می‌توان در معاهدات استرداد دو یا چندجانبه حاوی قاعده عدم استرداد اتباع دولت یافت.[1]

۲ـ۴. کنوانسیون لاهه ۱۹۷۰ در مورد مقابله با تصرف غیرقانونی هواپیما[2] و سایر کنوانسیون‌های دارای تعریف مشابه از تعهد به استرداد یا محاکمه

دسته چهارم از معاهدات حاوی تعهد به استرداد یا محاکمه، کنوانسیون لاهه ۱۹۷۰و توافقات بعدی همانند آن است. سازوکار مجازات مجرمان که توسط کنوانسیون لاهه ۱۹۷۰ در مورد مقابله با تصرف غیرقانونی هواپیما مطرح گردید، به عنوان نمونه و مدل در اغلب کنوانسیون‌های معاصر در زمینه مقابله با یک جرم خاص بین‌المللی اِعمال شده است.[3] کنوانسیون لاهه برخلاف معاهداتی که از تعریف مذکور در کنوانسیون مبارزه با جعل ۱۹۲۹ تبعیت نموده‌اند (دسته اول) ایجاد تعهد به محاکمه متهم برای دولت‌های عضو را تابع وجود قوانین ملی در مورد اِعمال صلاحیت فراسرزمینی آنها نمی‌داند. تنها لازم است که دولت‌های عضو آمادگیِ اِعمال صلاحیت قضایی خود را بر هواپیماربایان، در تمامی مواردی که استرداد آنان صورت نمی‌گیرد، داشته باشند. مسأله تعهد به محاکمه این دولت‌ها، در صورت عدم پذیرش درخواست استرداد در ماده۷ کنوانسیون آمده است: «دولت عضو که در سرزمین خود متهمان را دستگیر می‌کند، در صورت عدم استرداد آنان، باید بدون استثناء و بدون توجه به محل ارتکاب جرم (که در آن سرزمین بوده یا خارج از سرزمین)، قضیه را برای محاکمه به مراجع قضایی صالح ارجاع نماید. این مراجع قضایی نیز باید برای محاکمه این جرایم بین‌المللی با روشی مشابه روش رسیدگی به جرایم عادیِ دارای کیفیات مشدده در نظام داخلی خود، تصمیم‌گیری نمایند.»

بر سر الفاظ مذکور در ماده ۷ در لحظاتِ پایانیِ مذاکرات مربوط به تصویب کنوانسیون لاهه توافق شده است. نویسندگان کنوانسیون مذکور تا حد امکان سعی نمودند تا از ایجاد «مکان امنی» در جهان برای هواپیماربایان که زمینه را برای رهایی این مجرمان بین‌المللی از مجازات عملشان فراهم نماید، اجتناب ورزند. چند راه‌حل در این مذاکرات مطرح شده بود. آنچه که در نهایت مذاکره‌کنندگان با آن موافقت نمودند، تعهد به استرداد متهم و در صورت عدم استرداد جایگزین آن را (یعنی ارجاع قضیه (بدون استثناء) به

1. Bassiouni, Cherif; and Edward Wise, Op.cit, p.11.
2. Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, The Hague, 16 December 1970. United Nations, Treaty Series, vol. 860, p. 105.
3. UN.DOC.A/CN.4/630, P.35.

مراجع قضایی داخلی صلاحیت‌دار برای محاکمه) انجام می‌دهند و این‌گونه محاکمات، براساس همان روش صلاحیتی در زمینه «جرایم عادی با ماهیت شدید» موجود در «قانون محل تشخیص[1]» صورت می‌گیرد.[2]

ساختار تعهد ایجادشده در کنوانسیون لاهه ۱۹۷۰ در یک‌سری توافقات بعدی در زمینه مبارزه با جرایم خاص بین‌المللی تحت توجهات سازمان ملل متحد و نمایندگان ویژه آن، لحاظ گردید. در ماده ۷ کنوانسیون مونترال ۱۹۷۱ در زمینه مقابله با أعمال غیرقانونی علیه امنیت هوانوردی غیرنظامی، در ماده۷ کنوانسیون نیویورک ۱۹۷۲ در زمینه جرایم علیه افراد تحت حمایت بین‌المللی، ماده۸ (بند ۱) کنوانسیون مبارزه با گروگان‌گیری ۱۹۷۹، ماده ۱۰ کنوانسیون حمایت فیزیکی از مواد هسته‌ای ۱۹۸۰، ماده ۷ (بند ۲) کنوانسیون منع شکنجه ۱۹۸۴، ماده ۱۰ کنوانسیون رم ۱۹۸۸ در زمینه امنیت هوانوردی نظامی، ماده ۱۲ کنوانسیون مربوط به استخدام مزدور ۱۹۸۹. هر کدام بر زبان و تعریف ماده ۷ کنوانسیون لاهه ۱۹۷۰ تأکید دارند که تعهد به استرداد متهم یا ارجاع او به مراجع قضایی صلاحیت‌دارِ داخلی برای محاکمه می‌باشد.[3]

همان‌گونه که قبلاً اشاره گردید که تغییر در تعریف و راه‌حل کنوانسیون لاهه ۱۹۷۰، در کنوانسیون وین ۱۹۸۸ در زمینه مبارزه با قاچاق مواد مخدر (به دلیل ساختار دوگانه آن) به کار گرفته شده است. در این کنوانسیون تعهد ارجاع پرونده به مراجع قضایی برای محاکمه، یک تعهد جایگزین محسوب می‌شود نه یک تعهد ابتدایی و تنها زمانی که پای اتباع دولت در میان باشد، دولت اِعمال صلاحیت فراسرزمینی را برای محاکمه تبعه خود انتخاب می‌کند. البته تغییرات دیگری نیز در تعریف قاعده یا استرداد یا محاکمه ایجاد شده است که در کنوانسیون‌های منطقه‌ای متعدد مشاهده می‌شود. کنوانسیون مبارزه با تروریسم سازمان کشورهای آمریکایی ۱۹۷۱، کنوانسیون اروپایی مبارزه با تروریسم ۱۹۷۷، کنوانسیون منع شکنجه سازمان کشورهای آمریکایی ۱۹۸۵. در این کنوانسیون‌های منطقه‌ای تعهد ارجاع پرونده به مراجع قضایی برای محاکمه صرفاً در صورت رد درخواست استرداد مطرح می‌شود، در حالی که کنوانسیون لاهه ۱۹۷۰ بر تعهد ابتدایی به محاکمه متهم دستگیر شده تأکید دارد و تفاوتی ندارد که درخواست استرداد از سوی دولت محل وقوع جرم (یا هر دولت دیگری که منافع صلاحیتی خاص برای محاکمه دارد) صورت بگیرد یا تقاضای استردادی وجود نداشته باشد.

علی‌رغم این تغییرات، حدود دو قرن از وجود تعریف و راه‌حل اصلی (تعهد به «استرداد» یا «ارجاع قضیه به مراجع قضایی صلاحیت‌دارِ داخلی برای محاکمه») می‌گذرد.

1. Lex Loci Deprehensionis.
2. Bassiouni, Cherif; and Edward Wise, Op. cit, pp. 16-17.
3. Ibid, p. 17.

تعریف مذکور در کنوانسیون لاهه ۱۹۷۰ در اغلب معاهدات چندجانبه بعدی که برای مبارزه با جرم بین‌المللی مشخصی تبیین شده، آمده است و تنها استثنا در این زمینه کنوانسیون مبارزه با تبعیض نژادی (آپارتاید) ۱۹۷۳ می‌باشد.[1] تعریفی که در کنوانسیون لاهه۱۹۷۰ آمده، با ترکیب قاعده یا استرداد یا محاکمه با مسأله «مبارزه جهانی با اقدامات تروریستی» بسیار تقویت گردیده است. «اصل مبارزه جهانی»[2] را نباید با اصل صلاحیت جهانی دولت‌ها یا صلاحیت جهانی نهادهای قضایی اشتباه گرفت. اصل مبارزه جهانی در این مفهوم به عنوان نتیجه اجرای تعهد به استرداد یا محاکمه میان دولت‌های ذی‌ربط محسوب می‌شود و دیگر جایی برای فرار مجرمان از مسئولیت کیفری اَعمالشان، که اصطلاحاً «مکان امن» گفته می‌شود، وجود نخواهد داشت.[3]

از سوی دیگر، بر اساس تعریف کنوانسیون لاهه۱۹۷۰، دولت‌های عضو متعهد به انجام تمام مراحل رسیدگی کیفری نیستند، بلکه تنها «تعهد به ارجاع پرونده به مراجع قضایی صلاحیت‌دار داخلی برای محاکمه» دارند. این مراجع قضایی صلاحیت‌دار هستند که باید برای رسیدگی به جرایم بین‌المللی، به همان شیوه‌ای تصمیم‌گیری نمایند که برای جرایم عادی دارای کیفیات مشدده در نظام حقوقی داخلی خود، حکم اتخاذ می‌کنند. بنابراین اگر پس از ارجاع پرونده به آنها، مدارک و شواهد موجود، بیانگر عدم وجود صلاحیت ابتدایی این مراجع برای محاکمه متهم باشد و رسیدگی واقعی انجام نشود، نقض کنوانسیون مزبور صورت نگرفته است. در واقع دولت به صرف ارجاع پرونده به مرجع قضایی مناسب، تعهد بین‌المللی خود را براساس کنوانسیون مزبور انجام داده است. از سوی دیگر، این کنوانسیون، تعهد به انجام کلیه اقدامات لازم برای استرداد متهم را در بر ندارد، بلکه صرفاً به تسهیلِ استرداد متهم در مورد جرایم قابل‌استرداد، در معاهدات استرداد میان دولت‌های عضو یا معاهدات استردادی که در آینده منعقد می‌گردند، اشاره دارد.

راه‌حل مذکور در کنوانسیون لاهه ۱۹۷۰ در جهت اجرای تعهد به استرداد یا محاکمه، اِعمال اصل صلاحیت جهانی را مطرح می‌سازد، اما هیچ‌گونه تقدم و تأخر صلاحیتی، به عبارت دیگر سلسله مراتب صلاحیتی را برای دولت‌ها مقرر نمی‌کند. بنابراین دولت محل دستگیریِ متهم این حق را دارد که صرف‌نظر از نوعِ صلاحیت دولت متقاضی استرداد و میزان ارتباط جرم ارتکابی با دولت مزبور از استرداد متهم امتناع ورزیده و متهم را بر اساس ادعای هر نوع صلاحیت کیفری خود، به مراجع قضایی صلاحیت‌دار داخلی برای محاکمه ارجاع نماید.

1. Bassiouni, Cherif; and Edward Wise, Op. cit, pp.17-18.
2. The Principle of Universality of Suppression.
3. Preliminary Report on the obligation to extradite or prosecute (Aut Dedere Aut Judicare) of 7 June 2006, UN.DOC, A/CN.4/571, P.6.

نکات بارز در تعریف مندرج در کنوانسیون‌های دسته چهارم که دولت‌ها را ملـزم بـه انجام اقدامات مقتضی می‌نماید: (۱) جرم‌انگاری جرایم مربوط که دولت‌هـای عضـو متعهـد به قابل مجازات کردن آنها در حقوق داخلی خود هستند. (۲) وضع مقرراتـی کـه دولـت را متعهد به انجام اقدامات ضروری برای ایجاد صلاحیت بر جرایمی نماید که براسـاس قـانون سابق، ارتباط مشخصی میان دولت مزبور با آن جرم ارتکـابی وجـود نداشـته اسـت، ماننـد صلاحیتی که دولت محل وقوع جرم، دولت متبوع متهم یا مجنیٌ‌علیه برای محاکمـه از آن بهره‌مند هستند. (۳) تعیین مقررات مربوط به انجام اقداماتی در جهت دسـتگیری مـتهم و انجام مراحل ابتدایی کشف جـرم و تعقیـب مـتهم. (۴) وضـع مقرراتـی کـه دولـت محـل دستگیری متهم را درصورت عدم قبول استرداد او ملزم به ارجاع پرونده به مراجـع قضـایی صالح برای رسیدگیِ عادلانه می‌نماید. (۵) تعیین مقرراتی برای دولت‌های عضو کنوانسیون که در شرایط خاصی، برخی جرایم را قابل‌استرداد درنظر بگیرند.[1]

دولت‌ها در روند مذاکرات مربوط به تصویب کنوانسـیون‌هـای پیشـین، ایـن نگرانـی را داشتند که مقررات مندرج در این کنوانسیون‌ها از اصول اساسی دولت‌ها که در نظام حقـوقی ملّی‌شان وجود دارد، تجاوز نکنند. به خصوص در زمینه وضعیتِ مقرراتِ داخلـیِ دولـت‌هـا در مورد صلاحیت کیفری و اِعمال صلاحیت فراسرزمینی برای محاکمه متهمـان کـه از مسـائل مهـمِ حقـوق بـین‌الملـل کیفـری مـی‌باشـد. درنتیجـه، سـاختار محاکمـه متهمـان در ایـن کنوانسیون‌ها دارای روزنه‌های گوناگونی است که قلمرو تعهد استرداد یـا محاکمـه را محـدود می‌سازد. برای حل مسأله مذکور و مسدود ساختنِ راه‌های گریز از این مقررات معاهـداتی، در کنوانسیون لاهه ۱۹۷۰ و کنوانسیون‌هـای بعـدی، یـک نظـام دولایـه‌ای از صـلاحیت بـرای محاکمه را ایجاد کرده‌اند. براساس این نظام صلاحیتیِ دولایه، لازم اسـت هـر دولتـی کـه بـا جرمِ ارتکابی ارتباط دارد و صلاحیتی برای محاکمه متهم دارا شده، در اجرای صلاحیت خـود به ادعای صلاحیت دولت‌های دیگر توجه نماید. در واقع بـرای دولـت عضـو، در مـواردی کـه می‌خواهد صلاحیت خود را اِعمال کند و متهم را مسترد نساخته تا در مراجع قضـایی داخلـی محاکمه نماید، سنجش صلاحیت کیفری دولت‌های مدعی صـلاحیت بـرای انجـام محاکمـه ضرورت خواهد داشت. بنابراین، این کنوانسیون‌ها مانند کنوانسیون‌های چهارگانه ژنـو ۱۹۴۹و پروتکل الحاقی اول آن، تعهد به اِعمال صلاحیت جهانی را صرفاً در شرایط خاصی پذیرفته‌اند.[2]

با توجه به بررسی قاعده یا استرداد یا محاکمه مندرج در طبقات چهارگانه بیان‌شـده از معاهدات چندجانبه بین‌المللی، ترسیم نتایج کلی برای تعیـینِ قلمـرو دقیـق ایـن تعهـد

1. UN.DOC.A/CN.4/630, Op. cit, p. 44.
2. Report on the work of its fifty-ninth session ILC (7 May to 5 June and 9 July to 10 August 2007), General Assembly, Official Records, Sixty-second Session, Supplement No. 10 (UN.DOC, A/62/10), p.20.

معاهداتی که دولت‌ها را ملزم به دو گزینه استرداد یا محاکمه افراد متهم به ارتکاب جنایات بین‌المللی می‌نماید، امر دشواری است. در واقع دستیابی به نتایج کلیِ برای بیان قلمرو دقیق این قاعده نیازمند به بررسی موارد گوناگونی در تمامی این معاهدات می‌باشد، مواردی مانند: ۱) بررسی مسائل مربوط به مفهوم دقیق تعهد به استرداد یا محاکمه در هر معاهده و بررسی شرایط امکان اجرای تعقیب کیفری و محاکمه متهم، برای مثال بررسی حدود اختیارات مراجع قضایی داخلی دولت‌های عضو در رسیدگی کیفری به ارتکاب جرایم مهم وشدید یا جنایات بین‌المللی. ۲) مبنای حقوقی استرداد و بررسی قابلیت پذیرش استرداد متهم در نظام داخلی دولت‌های عضو؛ برای مثال امکان یا عدم امکان بررسی چندین درخواست استرداد از سوی دولت‌های مختلف، استانداردهای بار اثبات دلیل، شروط و استثنائات مربوط به اجرای آن. ۳) بررسی رابطه میان دو گزینه استرداد و محاکمه در این قاعده حقوق بین‌الملل کیفری، ارزیابی تقدم و اولویت یکی از گزینه‌های استرداد یا محاکمه بر دیگری. ۴) بررسی رابطه تعهد مذکور در این معاهدات با سایر اصول صلاحیت کیفری، مانند صلاحیت جهانی، صلاحیت سرزمینی، صلاحیت شخصی و غیره. ۵) دستیابی به اطلاعات کافی در زمینه چگونگی اجرای تعهد به استرداد یا محاکمه در جامعه بین‌المللی با توجه به تعاریف متعدد و ارائه راه‌حل‌های خاص در هر دسته از معاهدات چندجانبه مذکور. ۶) در نهایت بررسی مسأله امکان وجود گزینه سوم در تعهد به استرداد یا محاکمه برای تحویل متهم به یک مرجع بی‌طرف (مانند مرجع کیفری بین‌المللی یا دولت ثالث) برای تعقیب و رسیدگی کیفری می‌باشد.

با بررسی رویه معاهداتی در تمامی این زمینه‌ها به نظر می‌رسد که میزان اختصاص مقررات کنوانسیون‌های مختلف به تنظیم این مسائل، بسیار متفاوت بوده و اندک کنوانسیون‌هایی هستند که ساختار یکسانی (در مورد رابطه میان استرداد یا محاکمه) برای مجازات مجرمین بین‌المللی داشته باشند. البته گوناگونی و تفاوت مقررات مربوط به تعهد به استرداد یا محاکمه در معاهدات مختلف، با وجود چند عامل مشخص می‌شوند. عواملی مانند: ۱ـ چارچوب جغرافیایی، رسمی و موضوعی در مذاکرات مربوط به تصویب هر کنوانسیون، ۲ـ توجه به تقدم وجود کنوانسیون‌های دیگر با تعریف خاص خود از تعهد مذکور در همان منطقه، ۳ـ وجود روابط خاص میان نمایندگان در سطح مذاکرات مربوط به تصویب کنوانسیون‌ها، ۴ـ بررسی مسائل ویژه ناشی از ماهیت جرایم و جنایات بین‌المللی در جریان مخاصمات مسلحانه که در کنوانسیون ذی‌ربط وجود دارد. ۵ ــ در نتیجه، به وجود آمدنِ تحول کلی در تدوین این موارد، به دلیل در نظرگرفتنِ مسائل جدید ناشی از رویه دولت‌ها که توسعه بخش‌هایی در حقوق بین‌الملل، مانند حقوق بشر و عدالت کیفری بین‌المللی را در پی داشته است. درحالی که ممکن است برخی تمایلات کلی و جنبه‌های

عمومی در مقررات مندرج در این معاهدات وجود داشته باشند، در واقع موارد استثنایی در زمینه قلمرو دقیق این مقررات، نیاز به بررسی موردی خواهد داشت.[1]

در پایان به نظر می‌رسد که تحولات دو دهه اخیر، تأثیر خود را بر تنظیم معاهدات بین‌المللی بخشیده و گزینه استرداد یا محاکمه از چارچوب سنتی خود فاصله گرفته و زمینه برای ایجاد گزینه سوم فراهم گردیده است. همچنان که می‌توان نشانه‌های این تحول را در یکی از جدیدترین معاهدات یعنی کنوانسیون بین‌المللی حمایت از تمامی اشخاص در برابر ناپدیدسازی اجباری ۲۰۰۶ مشاهده نمود. در این رابطه، ماده ۱۱ کنوانسیون مقرر می‌دارد: «دولت عضوی که فرد متهم به ارتکاب جرم ناپدیدسازی اجباری در سرزمین تحت صلاحیت آن یافت شده است، اگر برابر تعهدات بین‌المللی خود، فرد را مسترد یا تحویل به دولت دیگری یا دیوان بین‌المللی کیفری با صلاحیت مشخص و مقرر ننماید، باید پرونده را برای تعقیب به مقامات صالح خود تسلیم کند.» بنابراین دولت عضو می‌تواند در اجرای تعهد قراردادی خود از هر سه طریق مذکور اقدام نماید.[2]

۳. «قاعده استرداد یا محاکمه» در نظام حقوقی ایران

همان‌گونه که پیش از این بیان گردید، قاعده یا استرداد یا محاکمه متضمن تعهدی دوگانه برای دولت‌هاست. نخست، برقراری یا تثبیت صلاحیت فراسرزمینی نسبت به جرایم خاص در نظام حقوقی داخلی و دوم، تعهد به اجرای یکی از دو گزینه استرداد یا محاکمه متهم به ارتکاب جنایت بین‌المللی. بنابراین بدیهی است که دولت‌هایی که کنوانسیون‌های حاوی تعهد مذکور را تصویب می‌کنند و از سوی مراجع قانون‌گذاری داخلی می‌پذیرند، در صورتی که چنین صلاحیتی را در قوانین داخلی خود برای تعقیب جرایم مربوط مقرر نکرده باشند، نمی‌توانند در انتخاب گزینه تعقیب و محاکمه، موضوع را به مرجع قضایی صالح داخلی ارجاع نمایند. در این باره این معاهدات بین‌المللی، تعهدات گوناگونی از جمله اقدام تقنینی دولت‌های عضو را ضروری تشخیص داده‌اند. با فرض وجود صلاحیت رسیدگی است که تعهد به استرداد یا محاکمه معنا پیدا می‌کند، در غیر این صورت دولتی که متهم به ارتکاب جرم در قلمرو او دستگیر شده است، ملزم به استرداد وی به دولتی می‌شود که چنین صلاحیتی را به موجب قوانین و مقررات داخلی خود ایجاد نموده است.

در همین زمینه در نظام حقوقی کشورمان می‌توان معاهدات چندجانبه متعددی را که دولت ایران در سطح بین‌المللی پذیرفته و در نظام حقوقی داخلی به درستی تصویب

1. UN.DOC, A/CN.4/630, Op. cit, p. 45.

۲. اردبیلی، محمدعلی، منبع پیشین، صص. ۱۳۶ ـ ۱۳۵.

شده‌اند را فهرست نمود. فهرستی از معاهدات بین‌المللی حاوی شرط «یا استرداد یا محاکمه» که به تصویب مرجع قانون‌گذاری رسیده است:

۱. کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ که در تاریخ ۳۰ تیر ۱۳۳۴ در مجلس شورای ملی تصویب شده است.
۲. معاهده واحد مواد مخدر ۱۹۶۱ نیویورک، مصوب ۱۸ تیر ۱۳۵۱ در مجلس شورای ملی ایران.
۳. کنوانسیون لاهه ۱۶ دسامبر ۱۹۷۰ در مورد مقابله با تصرف غیرقانونی هواپیما که در ۲۷ آذر ماه ۱۳۵۰ در مجلس شورای ملی تصویب شد.
۴. کنوانسیون جلوگیری از اعمال غیرقانونی علیه امنیت هواپیمایی کشوری، ۲۳ سپتامبر ۱۹۷۱ در مونترال امضاء شد و در ایران در تاریخ ۱۳۵۲/۳/۷ در مجلس شورای ملی به تصویب رسید.
۵. کنوانسیون مواد روانگردان ۲۱ فوریه ۱۹۷۱، مصوب ۲۶ خرداد ۱۳۷۷ در مجلس شورای اسلامی ایران.
۶. پروتکل اصلاحی معاهده واحد مواد مخدر ۱۹۶۱ که در ۱۴ مرداد ماه ۱۳۸۰ در مجلس شورای اسلامی ایران تصویب شده است.
۷. کنوانسیون جلوگیری و مجازات جرایم علیه اشخاص مورد حمایت بین‌المللی مانند مأموران سیاسی، ۱۴ دسامبر ۱۹۷۳ امضاء شد و در ایران در تاریخ ۱۳۶۷/۴/۲۸ در مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید که در تاریخ ۱۳۶۷/۵/۴ به تأیید شورای نگهبان رسید.
۸. کنوانسیون بین‌المللی مقابله با گروگانگیری ۱۷ دسامبر ۱۹۷۹، که در ۳ خرداد ماه ۱۳۸۵ قانون الحاق ایران به کنوانسیون علیه گروگانگیری با یک ماده واحد و یک شرط بر ماده ۱۶ (بند ۱) معاهده، در مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید.
۹. کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با قاچاق مواد مخدر و داروهای روانگردان، ۲۰ دسامبر ۱۹۸۸ در وین امضا شد و در ایران در تاریخ ۱۳۷۰/۹/۳ در مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید که در تاریخ ۱۳۷۰/۹/۱۷ به تأیید شورای نگهبان رسیده است.

بنابراین با توجه به کنوانسیون‌های بین‌المللی حاوی ماده‌ای در خصوص تعهد دولت ایران به اِعمال قاعده یا استرداد یا محاکمه متهم دستگیرشده در این کشور بیان شده، در جهت اجرای معاهدات مذکور چند نکته حائز اهمیت می‌باشد. اول اینکه صلاحیت کیفری لازم برای دادگاه‌های ایران به موجب قانون و در زمینه جرایمی که در صورت امتناع از استرداد متهم باید در مراجع قضایی داخلی تعقیب و رسیدگی شود، در نظر گرفته شود.

در واقع این صلاحیت، صلاحیتی فراسرزمینی نسبت به جرایمی است کـه تبعـه بیگانـه در خارج از قلمرو ایران مرتکب شده و هم اکنون در قلمرو کشور یافت یا دستگیر شده اسـت. همانند دیگر صلاحیت‌های مـذکور در حقـوق بـین‌الملـل کیفـری (صـلاحیت سـرزمینی، شخصی و واقعی)، صلاحیت فراسرزمینی (با توجه به محل وقوع جـرم در خـارج از قلمـرو دولت)، یعنی صلاحیت رسیدگی دادگاه‌های داخلی به جرایمی که ارتباط لازم را بـا دولـت ایران نداشته و باید در قوانین این کشور صلاحیت تعقیب و رسیدگی به ایـن گونـه جـرایم تصریح گردد.

در ضمن لزوم رعایت «اصل قانونی بون جرایم و مجازات‌ها» ایجاب مـی‌کنـد کـه در مورد نقض یکایک قواعد مندرج در این معاهدات جرم‌انگاری و ضمانت‌هـای اجرایـی مـؤثر تعیین گردد. در واقع آنچه در اغلب معاهدات بـا ذکـر «تـدابیر لازم یـا تقنینـی» در مقـام تعیین تکلیف دولت‌های عضو آمده، مفید همین معناست.[1] در صـورت عـدم اتخـاذ تـدابیر لازم، دولت متعاهد با نقض تعهد قراردادی در سطح بین‌المللی مواجه می‌گردد که این امـر مسـئولیت بـین‌الملـل دولـت را در پـی خواهـد داشـت، زیـرا بـه صـرف تصـویب ایـن کنوانسیون‌های بین‌المللی در نظام حقوقی داخلی، دولت‌ها الزام خود را بر انجام اقـدامات و تدابیر لازم در جهت اجرایی شدن مقررات کنوانسیون‌ها ابراز می‌نماینـد و بایسـتی تمـامی اقدامات ضروری برای اجرای بهتر این معاهدات را در نظام حقـوقی خـود انجـام دهنـد. در واقع با جرم‌انگاری این جرایم مندرج در کنوانسیون‌ها، دولتِ متعاهـد زمینـه لازم را بـرای تعقیب و محاکمه جرم در دادگاه‌های داخلی خود فراهم می‌کند تا با استفاده از یـک رونـد دادرسی عادلانه و منصفانه به مقابله با ارتکاب جرایم شدید و مهم بین‌المللی همت گمـارد و از بی‌کیفر ماندن مرتکبان این اَعمال وحشیانه در سطح بین‌المللی اجتناب نماید.

البته مطلب دیگری که اهمیت ویژه‌ای در نظام حقـوقی ایـران دارد و در واقـع یـک خلاء حقوقی محسوب می‌شود این است که قانون‌گذار ایرانی در ماده‌ای پـر ابهـام (مـاده ۹ قانون مجازات اسلامی) پذیرفته است که «هرگاه جرمی به موجب قانون خاص و معاهـدات بین‌المللی ارتکاب یافته و مقرر شده است که مرتکب در هـر کشـوری کـه بـه دسـت آیـد همان جا محاکمه شود (توجه به اصل صلاحیت جهـانی)، چنانچـه وی در ایـران دسـتگیر شود مطابق قوانین این کشور محاکمه خواهد شد.» بنابراین این مـاده صـرفاً بـه تعهـد بـه محاکمه در اِعمال صلاحیت جهانی در مورد جرایم بین‌المللی توجه نموده و از گزینه دیگـر این قاعده یعنی تعهد به استرداد سخنی به میان نیاورده است.[2] ایـن نقیصـه زمـانی نمـود بیشتری می‌یابد که محاکم داخلی به دلیل فقدان مستند قانونی جرم و مجازات، صـلاحیت

۱. اردبیلی، محمدعلی، منبع پیشین، ص. ۱۳۷.
۲. همان، ص. ۱۳۸.

رسیدگی به این قبیل جرایم را نداشته باشند و استرداد مرتکب در صورت وجود درخواست استرداد از طرف دولت‌های دیگر، تنها راه گریز ایران برای اجرای تعهد بین‌المللی مذکور باشد و در واقع مجرای قانونی برای استرداد متهم مسدود گردیده است. در فرض دیگری نیز که دولت ایران به دلایلی مانند سیاسی بودن نوع اتهام از استرداد مرتکب امتناع ورزد و یا هیچ درخواست استردادی دریافت نکرده باشد، تعقیب و محاکمه مرتکب دستگیرشده در این کشور، در مراجع قضایی داخلی امکان نخواهد داشت. حال آنکه غرض از وضع چنین مقرراتی در معاهدات بین‌المللی و پذیرش آن از سوی دولت‌های متعدد در جهت جلوگیری از فرار و بی‌کیفر ماندن بزهکارانی است که مکانی امن برای خود جستجو می‌کنند.

بنابراین لازم است در ادامه این ماده، قانون‌گذار این نکته را اضافه نماید که اگر دادگاه ایران که بر اساس اصل صلاحیت جهانی، صالح شناخته شود به هر دلیل پیش‌بینی شده در قانون، تمایلی به رسیدگی در خصوص موضوع را نداشته باشد، می‌بایست متهم یا مظنون را مسترد کند و همچنین ترتیب اینکه متهم را به چه کشوری و بر اساس چه معیاری و یا به یک مرجع بین‌المللی کیفری و بر اساس چه معیاری مسترد کند نیز مشخص شود. از سوی دیگر آنچنان که در ماده ۹ ق.م.ا آمده است، نباید به صرف پیش‌بینی عهود و معاهدات بین‌المللی کفایت گردد، زیرا دادگاه ایرانی می‌بایست به موجب قانون ایران، صالح به رسیدگی شناخته شود و معاهدات بین‌المللی قادر به اعطای صلاحیت آن چنانکه مد نظر دادگاه‌های داخلی است، نمی‌باشند. زیرا برا اساس اصل کلی قانون دولت متبوع قاضی حاکم بر قضیه است و قاضی بر اساس قوانین درون مرزی خود باید به پرونده‌های کیفری رسیدگی نماید و صلاحیت فراسرزمینی و اِعمال مقررات بین‌المللی نیازمند تصریح در قانون داخلی وی خواهد بود.

در زمینه وجود گزینه سوم در قاعده یا استرداد یا محاکمه که همان «تحویل متهم به ارتکاب جرایم مهم و جنایات بین‌المللی به دیوان بین‌المللی کیفری» می‌باشد، با توجه به اینکه ایران اساسنامه رم ۱۹۹۸ که سند مؤسس دیوان بین‌المللی کیفری محسوب می‌شود، امضاء نموده، ولی هنوز مجلس شورای اسلامی آن را تصویب نکرده و وارد نظام حقوقی داخلی ایران نشده است[1]، بنابراین این خلاء در نظام حقوقی و روابط بین‌المللی ایران وجود دارد که بتوان از این گزینه سوم تعهد مذکور در معاهدات بین‌المللی مورد

۱. دیوان بین‌المللی کیفری (International Criminal Court) اولین دادگاه دائمی بین‌المللی است که «رسیدگی به جدی‌ترین جرایم از نظر جامعه بین‌المللی در تمامیت آن» را برعهده دارد. اساسنامه این دیوان در نشست نمایندگان تام‌الاختیار ملل متحد در ۱۵ ژوئن ۱۹۹۸ در رم به تأیید نمایندگان ۱۲۰ دولت رسید و در اول ژوئیه ۲۰۰۲ با تصویب آن توسط ۶۰ کشور، موجودیت پیدا کرد. تاکنون حدود ۱۱۱ کشور به عضویت این نهاد درآمده‌اند. جمهوری اسلامی ایران نیز در ۳۱ دسامبر ۲۰۰۲ اساسنامه رم را امضاءکرده، اما هنوز تصویب آن را در دستور کار مجلس قرار نداده است.

قبول ایران استفاده شود. زیرا در مواقعی که با توجه به کنوانسیون‌های بین‌المللی مصوب در ایران، امکان اِعمال تعهد به استرداد یا محاکمه وجود داشته باشد ولی فرد متهم به جرایمی مانند مواد مخدر یا جنایت علیه بشریت که در ایران دستگیر شده، به دلیل فقدان مقررات کیفری داخلی مربوط به جرم مزبور (بواسطه جنبه بین‌المللی) امکان تعقیب کیفری یا حتی استرداد وی به دولت متقاضی فراهم نگردد، تنها در صورت تصویب اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، این امکان برای ایران فراهم می‌گردد که فرد متهم به ارتکاب جنایت بین‌المللی که در صلاحیت دیوان می‌باشد را به این مرجع بین‌المللی تحویل داده و از ایجاد مسئولیت بین‌المللی دولت جلوگیری شود. بنابراین امید است که با تصویب اساسنامه رم ۱۹۹۸ از سوی مجلس شورای اسلامی و امضاء رئیس قوه مجریه، زمینه اجرای هرچه بهتر گزینه سوم قاعده یا استرداد یا محاکمه فراهم گردد و ایران نیز بتواند در راه مبارزه با بی‌کیفری و مقابله با جنایات مهم و شدید بین‌المللی اقدامات بهتر ومفیدتری انجام دهد تا بتواند با تحویل افراد متهم به ارتکاب این‌گونه جرایم که در خاک خود دستگیر می‌کند به یک مرجع کیفری بین‌المللی با صلاحیت تکمیلی برای رسیدگی به این‌گونه جنایات بین‌المللی، در زمینه برقراری دادرسی عادلانه و مقابله با بی‌کیفری جنایتکاران بین‌المللی گام مؤثری بردارد.

این نکته نیز لازم به ذکر است که هرچند در حال حاضر جامعه جهانی با توجه به وجود یک مرجع کیفری بین‌المللی، این امر را مفید می‌داند که میان سیستم‌های قضایی ملّی و سیستم های قضایی بین‌المللی قایل به تفکیک شود ولی این امر مانع از قانون گذاری داخلی نیست و قانون‌گذار ایرانی می‌تواند نسبت به وضع قوانین مناسب در جهت مقابله با جنایات بین‌المللی اقدام کند؛ لیکن در قانون‌گذاری می‌بایست بالاترین تضمین‌های قضاوت عادلانه، رعایت حقوق انسانی و تشریفات قانونی برای همه افراد متهم، حتی اگر مرتکب شنیع‌ترین جنایات بین‌المللی نیز شده باشند، مد نظر قرار دهد. این موارد به صورت سنتی در مهم‌ترین اسناد مربوط به حقوق بشر بیان شده است، نتیجتاً در این زمینه بایستی اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی[1] و کنوانسیون منع شکنجه ۱۹۸۴ را مد نظر قرار داد که می‌توانند مبیّن اصل تساوی در نزد دادگاه، حق برخورداری از قضاوت بی‌طرفانه، اصل برائت و فرض بی‌گناهی، اصل آگاهی متهم از اتهامی که متوجه اوست، حق برخورداری از وقت کافی برای تدارک دفاع و مشاوره، تحقیقات حضوری، مشاوره حقوقی بدون هزینه با هر کسی که متهم یا مظنون خواهان مشورت با اوست و در تمام مراحل رسیدگی و حتی تحقیقات مقدماتی، حق

۱. میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ در مجمع عمومی سازمان ملل متحد، در ایران در تاریخ ۱۳۵۴/۲/۱۷ در مجلس شورای ملی به تصویب رسید.

اعتراض به مدارکی که علیه وی ارائه شده است، حق برخـورداری از متـرجم و حـق عـدم اجبار به اظهار علیه خود و اقرار به گناه و حق بازجویی شدن به زبـانی کـه بـا آن صـحبت می‌کند باشد. در پایان لازم به یادآوری است که کلیه کنوانسیون‌های بین‌المللـی متضـمن تعهد به استرداد یا محاکمه که از سوی ایران تصویب شـده‌انـد در دو دسـته دوم و چهـارم کنوانسیون‌ها که در قسمت قبل بطورکامل تشریح شده‌اند، جای می‌گیرند.

در نهایت می‌توان به این نتیجه رسید که قانون‌گذار ایرانی باید به دنبال رفع خلاءهـای حقوقی موجود در نظام حقوقی داخلی باشد تا زمینه برای اجرای هرچه بهتر اصل صـلاحیت جهانی و همچنین تعهد به استرداد یا محاکمه مندرج در این کنوانسـیون‌هـا فـراهم گـردد و اقدامات مقتضی مذکور در این معاهدات بین‌المللی را با دقت انجـام دهـد تـا فقـدان مقـررات لازم در این زمینه، مسئولیت ایران را در عرصه بین‌المللی مطـرح نسـازد. ایـران مـی‌توانـد از مقررات کشورهای دیگر در این زمینه الگوبرداری درستی داشته باشد.[1] بنـابراین همـان‌گونـه که تشریح گردید، ضـرورت وجـود مقـررات صـریح و کارسـاز در زمینـه اجـرای ایـن قاعـده معاهداتی حقوق بین‌الملل کیفری در کشورمان به چشم می‌خورد تـا هماننـد دیگـر کشـورها زمینه اِعمال تعهد مذکور در نظام حقوقی داخلی به درستی فراهم شود.

۱. کشورهایی مانند سوئیس، پرتغال (۲۰۰۴)، اروگوئه (۲۰۰۶)، آرژانتین (۲۰۰۷) و فرانسـه (۲۰۰۸) در تصـویب قانون اجرای اساسنامه رم ۱۹۹۸، به قاعده یا استرداد یا محاکمه توجـه نمـوده و آن را در قـوانین خـود وارد نموده‌اند. کشورهای دیگری مانند السالوادور (۱۹۷۷)، هلند (۱۹۹۸)، پرو (۱۹۹۹)، استونی (۲۰۰۰)، کلمبیـا (۲۰۰۰)، مونته‌نگرو (۲۰۰۳)، بوسـنی و هرزگـوین (۲۰۰۳)، آذربایجـان (۲۰۰۵)، صربسـتان (۲۰۰۵)، مالـت (۲۰۰۶)، پاناما (۲۰۰۷)، فنلاند، قزاقستان، مقدونیـه، پرتغـال و برخـی کشـورهای دیگـر نیـز در زمـانی کـه اساسنامه رم را تصویب می‌نمودند، گزینه سوم این تعهد یعنی «تسلیم متهم به دیوان بین‌المللی کیفری برای محاکمه» را به قوانین کیفری خود افزودند (UN.DOC, A/CN.4/571, Op. cit, p.14.).

نتیجه‌گیری

در جهت مبارزه با بی‌کیفری مرتکبان جنایات بین‌المللی و پیشگیری از ارتکابِ این اِعمال مجرمانه، قاعده سنتی استرداد یا محاکمه در معاهدات بین‌المللی متعددی مورد استفاده قرار گرفته است. قاعده‌ای که در طول زمان با تغییر و تحولات بسیاری روبرو شده، تعاریف و تعابیر گوناگونی در این باره در اسناد بین‌المللی و معاهدات دو یا چندجانبه به کار رفته است. میان گزینه‌های موجود در تعهد مزبور سلسله مراتب و تقدم و تأخری وجود ندارد. البته برخی کنوانسیون‌ها (مانند کنوانسیون مبارزه با جعل ۱۹۲۹) این تقدم را برای «استرداد» قائل بوده‌اند، ولی با توجه به تعریف جدید کنوانسیون لاهه ۱۹۷۰ (در زمینه مقابله با تصرف غیرقانونی هواپیما) سلسله مراتب میان گزینه‌های تعهد مذکور مطرح نیست (حتی سلسله مراتب صلاحیتی نیز برای در نظر گرفتنِ اولویت میان دولت‌های مدعیِ صلاحیت بر مرتکبِ جرم نیز بیان نشده است). بدین ترتیب دولت محل دستگیری حق انتخاب برای اِعمالِ یکی از گزینه‌های این قاعده حقوقی بین‌المللی را داراست. البته برای رهایی از بن‌بست عدم اِعمال هیچ یک از گزینه‌های استرداد یا محاکمه متهم از سوی دولت محل دستگیری، اخیراً جایگزینِ سومی تحت عنوان انتقال متهم به یک مرجع قضایی بی‌طرف برای محاکمه (دولت ثالث) یا تسلیم وی به دیوان بین‌المللی کیفری مطرح شده است، که این امر سبب افزایش تأثیرِ قاعده مذکور و گسترش مفهوم آن می‌شود و مورد پذیرش بسیاری از حقوق‌دانان قرار گرفته است که می‌توان به کمک آن مشکلات پیش روی محاکمه و مجازات مرتکبان جنایات بین‌المللی مرتفع نمود، در نتیجه مبنای اصلی این تعهد که همانا امحای بی‌کیفری مجرمان بین‌المللی است، فراهم می‌گردد.

لازم به ذکر است که نمی‌توان قاعده یا استرداد یا محاکمه را به عنوان بهترین راه‌حلی تصوّر نمود که بتواند با انجام اقدامات بین‌المللی خاصی، برطرف‌کننده کلیه ضعف‌ها و نواقصی باشد که در طول این سال‌ها به بحث استردادِ مجرمین لطمه زده است. اجرای این تعهد از سوی دولت‌ها تنها یکی از راه‌های مقابله با جنایات و جرایم شدید بین‌المللی محسوب می‌شود. به منظور اِعمال «تعهد به استرداد یا محاکمه» به عنوان یک قاعده جهانی برای تسهیل استرداد مجرمین، باید تلاش‌ها در جهت دستیابی به پذیرش دو نکته مهم در میان دولت‌ها معطوف باشد: اول اینکه این تعهد یک عنصر ضروری در مبارزه با جنایات بین‌المللی و اجرای عدالت در مورد مرتکبان این‌گونه جرایم در عرصه بین‌المللی محسوب می‌شود. دوم آنکه ادامه روند محدودسازی قلمرو جرایم بین‌المللی با ارائه تعریفی از آنها در معاهدات بین‌المللی خاص، امری اجتناب‌ناپذیر است که زمینه را برای اجرای مؤثرتر تعهد مذکور فراهم می‌سازد.

با توجه به آینده کاری کمیسیون حقوق بین‌الملل در بررسی این عنوان، با عنایت به رأی نهایی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه بلژیک علیه سنگال ۲۰۱۲ (در مورد محاکمه آقای حسن هابره رئیس جمهور سابق چاد از سوی دولت سنگال)، تشکیل دادگاه ویژه آفریقایی در اجرای رأی مزبور و رویه ایجاد شده، همچنین اقدامات و رویه عملی دولت‌ها در پذیرش این قاعده در نظام حقوقی داخلی یا عمل به آن در سطح بین‌المللی و تصویب معاهدات بین‌المللی و منطقه‌ای متعدد حاوی این تعهد، آینده روشنی برای قاعده یا استرداد یا محاکمه درجهتِ عرفی شدن و یافتن جایگاه محکم و تثبیت شده در حقوق بین‌الملل کیفری وجود دارد.

البته دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه حسن هابره، با بررسی برخی مسائل مهم بین‌المللی (برخلاف آنچه در قضیه یرودیا (کنگو علیه بلژیک ۲۰۰۲ صورت گرفت) به یک نتیجه منطقی و عادلانه دست یافت و بر اساس آن اعلام کند که هیچ‌کس حتی رئیس کشور در صورت نقض قواعد آمره مصونیت نخواهد داشت. دیوان با این صراحت، زمینه را برای اِعمال مطلقِ تعهد به استرداد یا محاکمه نسبت به همه متهمان به ارتکاب جرایم شدید بین‌المللی، صرف‌نظر از مقام و منصبشان فراهم نموده است و با تبیین مواد کنوانسیون منع شکنجه زمینه را برای اجرای بهتر آن در سطح بین‌المللی فراهم نمود.

در نهایت به نظر می‌رسد که رویه معاهداتی موجود که در دهه‌های اخیر در سطح بین‌المللی رشد قابل ملاحظه‌ای یافته و همچنین تصویب کنوانسیون‌های متعددِ مبارزه با تروریسم و سایر جرایم تهدیدکننده جامعه بین‌المللی خود یک مبنای کافی برای توسعه فهرست جرایم بین‌المللی مشمول قاعده یا استرداد یا محاکمه خواهد بود که نشانگر اهمیت زیادِ تعهد مذکور در رویه کیفری بین‌المللی است و آن را تبدیل به یک تعهد حقوقیِ مؤثر در حقوق بین‌الملل کیفری می‌نماید.

از طرفی همان گونه که اذعان شد، در سطح داخلی نیز با پذیرش و تصویب برخی کنوانسیون‌های متضمن قاعده یا استرداد یا محاکمه از سوی مقامات صلاحیتدار ایرانی، این تعهد به نظام حقوقی ایران راه یافته است که البته ضرورت تبیین و تصویب قوانین صریح و جامع در ارتباط با اِعمال آن در موارد مواجه با افراد دستگیر شده در داخل کشور که متهم به ارتکاب جنایات فراسرزمینی و بین‌المللی هستند وجود دارد. در واقع برای اِعمال هر سه گزینه تعهد مذکور در حقوق کیفری ایران، نیاز به تصویب کنوانسیون‌ها و مقررات بین‌المللی بیشتری می‌باشد و همچنین با تصویب اساسنامه رم ۱۹۹۸ از سوی مجلس شورای اسلامی، مسیر مقابله با جنایات بین‌المللی و برقراری دادرسی عادلانه برای مرتکبان این‌گونه جرایم بین‌المللی هموار می‌گردد.

از طرف دیگر، با شناسایی و جرم‌انگاری جرایم مهم و شـدید بـین‌المللـی و جنایـات تحت صـلاحیت مراجـع کیفـری بـین‌المللـی در نظـام حقـوقی ایـران و از سـوی مرجـع قانون‌گذاری، زمینه تعقیب و محاکمه این‌گونه جرایم در محاکم داخلی نیز به نحو مقتضـی فراهم می‌شود. در حقوق کیفری ایران نیز می‌توان مانند بسیاری از نظام‌های حقوقی دیگـر با تصویب مقررات صریح و کارساز در زمینه اِعمال «صلاحیت جهانی»، «تعهد بـه اسـترداد یا محاکمه» و همچنین در جهت «مبارزه با کلیه جنایـات بـین‌المللـی» در نظـام حقـوقی داخلی اقدامات مقتضی انجام شود تا اجرای عدالت و مجازات این مجرمـان بـین‌المللـی در دادگاه‌های داخلی ایران نیز به بهترین نحو همسو با سایر کشورهایی کـه در جهـت اِعمـال قاعده مذکور در محاکم ملی خود و مقابله با بی‌کیفرمانی جنایـات شـدید بـین‌المللـی کـه نقض فاحش حقوق بین‌الملل محسوب می‌شوند، ممکن گردد.

منابع

- ابراهیم گل، علیرضا، «مسئولیت بین‌المللی دولت (متن و شرح مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل)»، چاپ اول، نشر شهر دانش، ۱۳۸۸.
- اردبیلی، محمدعلی، «استرداد یا تعقیب»، حقوق بین‌الملل کیفری: گزیده مقالات ۲، چاپ اول، تهران، نشرمیزان، تهران، ۱۳۹۰.
- خالقی، علی، «قرار جلب اروپایی و تأثیر آن بر حقوق استرداد مجرمین در اتحادیه اروپا»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۷، ۱۳۸۴.
- ـــــــــــ ، مقدمه‌ای بر مطالعه اصول حاکم بر صلاحیت کیفری در حقوق جزای بین‌الملل، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۳، بهار و تابستان ۱۳۸۲.
- زمانی، سیدقاسم، دیوان بین‌المللی کیفری و صدور قرار جلب عمرالبشیر، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۴، ۱۳۸۷.
- فلسفی، هدایت‌الله، «حقوق بین‌الملل معاهدات»، چاپ دوم، تهران، انتشارات فرهنگ نشر نو، ۱۳۸۳.
- میرعباسی، باقر؛ و حمید الهوئی نظری، مقدمه‌ای بر دیوان بین‌المللی کیفری، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۴.
- میرمحمد صادقی، حسین، «حقوق جزای بین‌الملل»، چاپ دوم، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۶.

- Amnesty international, International Law commission: The Obligation to Extradite or Prosecute (aut dedere aut judicare), London, February 2009.
- Bassiouni, Cherif; and Edward Wise, “The Duty to Extradite or Prosecute (Aut dedere Aut judicare)”, Martinus Nijhof Publisher, London, 1995.
- Bassiouni, Cherif, “Crime Against Humanity in International Criminal Law”, Martius Nijhoff Publisher, London, 1999.
- Bassiouni, Cherif, “A Draft International Criminal Code and Draft Statute on International Criminal Tribunal”, Martinus Nijhoff Publisher, London, 1987.
- Bassiouni, Cherif, “International Criminal Law: Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms”, Vol.2, 3rd Edition, Martius Nijhoff Publisher, 2008.
- Barcelona Traction, Light and Power Company, Second Phase, Judgment, I.C.J.Reports 1970.

- Bonini, Anna, “ICJ Belgium v Senegal: Temporal Issues and the Prosecution of Torture”, < ilawyerblog.com>, Last visited 13 September 2012.
- Cassese, Antonio; and Lal Chand Vohrah, “Man’s Inhumanity to Man: Essay on International Law Houner of Antouio Cassese”, Hague, Kluwer Law International Publisher, 2003.
- Duffy, Helen, “National Constitutional Compatibility and The International Criminal Court”, Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 6, 2000.
- Enache-Brown, Colleen; and Ari Fried, “Universal Crime, Jurisdiction and Duty: The Obligation of Aut dedere Aut Judicare in International Law”, MC Gill Law Journal, Vol. 43, 1998.
- Galicki, Zdzislaw, The Oblligation to Extradite or Prosecute (aut dedere aut judicare) in International Law, 2006.
- Inezumi, Mitsue, “Universal Jurisdiction In Modern International Law: Expression of National Jurisdiction For Prosecuting Serious Crimes Under International Law”, Interstia Publisher, 2005.
- Nash, Susan; and Hias Bantekas, International Criminal Law, 3rd Edition, Routledge-Cavendish Publisher, 2007.
- Plachta, Micheal, “Aut dedere Aut Judicare, An overview of Modes of Implementation Approaches”, Maastricht Journal of European and Comparative Law, vol.6, No.4, 1999.
- Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Summary of the Judgment of 20 July 2012, No. 2012/4 (Para.122), Invisible on <www.icj-cij.org> Last visited 22 September 2012.
- Rabbat, Paul, Aut dedere Aut Judicare: Constitutional Prohibitions on Extradition and The Statute of Rome, Revue Québécoise de Droit International, Vol.15, 2002.

شناسه دیجیتال (DOI): 10.22106/jlj.2017.26774

تعهد به رازداری بانکی و قلمرو آن در حقوق بانکی ایران

محمدعلی خورسندیان*
مریم فلاح‌دخت درب‌قلعه**

چکیده

مراجعات روزافزون و دائمی مردم به بانک‌ها، بانک‌داران را بر بسیاری از اسرار مشتریان، از جمله وضع مالی و توان اقتصادی و حتی اطلاعات شخصی آنان، مطلع می‌کند. به منظور جلب اعتماد مشتریان و جلوگیری از سوءاستفاده‌های اقتصادی و ضررهای شخصی و تجاری، بانک‌ها این اطلاعات را محرمانه تلقی کرده و از افشای آنها خودداری می‌کنند. اگرچه رازداری بانکی اصلی اجتناب ناپذیر در حقوق همه کشورها است، اما با توجه به ضروریات و نیازهای اجتماعی و به‌ویژه مقابله با فعالیت‌های مجرمانه از قبیل تروریسم، پول‌شویی و فرار از مالیات، بی‌گمان دارای استثناهایی است. این استثناها اگرچه از کشوری به کشور دیگر تفاوت می‌کند، اما روندهای مشترکی نیز درخصوص آنها مشاهده می‌شود.

این مقاله به بیان مبانی و قلمرو رازداری بانکی در حقوق ایران پرداخته است و ضرورت قانون‌گذاری در این زمینه به طور خاص را متذکر می‌شود.

کلیدواژه‌ها: حقوق بانکی، رازداری حرفه‌ای، اسرار بانکی، حقوق مالی، حق خلوت.

* عضو هیأت علمی گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشگاه شیراز (نویسنده مسئول) Mkhorsandian@yahoo.com
** دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شیراز Ma.fallahdokht@gmail.com
تاریخ دریافت: ۹۴/۰۲/۲۲ تاریخ پذیرش: ۹۴/۱۲/۲۵

مقدمه

بانک‌داری به عنوان یک کسب وکار کلیدی در زندگی امروز ما جایگاه حساسی یافته است. از مبادلات روزمره بیشتر شهروندان گرفته تا تأمین سرمایه به شیوه‌های پیچیده که کارآفرینان به آن اتکا می‌کنند؛ و از گردش مالی در بازارها گرفته تا تبادلات تجاری بین کشورها، همه در چرخه عملیات حرفه‌ای بانک‌ها تحقق می‌یابند. بدیهی است این حجم عظیم و طیف گسترده مراجعه‌کننده به بانک، جلب اعتماد او را می‌طلبد. بر بستر این اعتماد است که ارتباط‌های بلندمدت شکل گرفته و سیستم بانک‌داری رونق پیدا می‌کند. با وجود طیف‌های گوناگون و نیازهای متفاوت مشتریان، یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های این مجموعه در هر صنف و با هر سن و سال، حفاظت از اطلاعاتی است که بر مبنای اعتماد در اختیار بانک قرار گرفته است. از این رو و به منظور جلب اعتماد و جلوگیری از سوءاستفاده‌های اقتصادی و ضررهای شخصی و تجاری، بانک‌ها اطلاعات به دست آمده را محرمانه تلقی می‌کنند. اما نبود مقررات مدون و خاص در این زمینه به کاستی اعتماد به نظام بانکی کشور دامن می‌زند و بخش خصوصی را به سرمایه‌گذاری در بازارهای مالی خارج از کشور ترغیب می‌نماید. برای جلوگیری از این مشکل، ممکن است بتوان با بازنگری در قواعد و تبیین اصول نوین درخصوص تعهدات بانک نسبت به مشتریان از دغدغه ذهنی صاحبان سرمایه تا حدی کاست و با ترمیم اعتماد آنان نسبت به امنیت اسرار شخصی و شغلی در نظام بانک‌داری داخلی کوشید. هرچند نظریات حقوقی تنها آغازکننده راهی برای قانون‌گذار است تا چون دیگر کشورها به تدوین قوانین منسجم برای رازداری و بیان ضمانت اجراهای نقض آن بپردازد.

این مقاله نخست به شناسایی مفهوم و پیشینه محرمانگی بانکی می‌پردازد و در ادامه از مبانی، منابع، قلمرو و آثار تعهد به رازداری بانکی سخن خواهد گفت.

۱. مفهوم اسرار بانکی

در دنیای بانک‌داران دو نوع اسرار بانکی معرفی شده است: اسرار بانکی به عنوان اسرار حرفه‌ای که اطلاعاتی است که مطابق قانون یا عرف اهل حرفه ملزم به حفظ آن اسرار مشتریان خود است؛ و اسرار بانکی در معنای آنچه قانون سوییس مقرر داشته است و مطابق آن تحت هیچ عنوان، هیچ یک از اطلاعات مشتری افشا نمی‌شود.[۱] مورد اخیر برای پاره‌ای افراد، به‌ویژه از نظر مالیاتی، جذاب است و موجب جذب سرمایه‌های خارجی

۱. جمالی، جعفر؛ و علی زارع، «تعهد بانک‌ها به حفظ اسرار مشتریان و عملیات تبدیل دارایی به اوراق بهادار»، راهبرد، سال بیستم، شماره ۵۸، ۱۳۹۰ص ۳۲۷.

می‌شود. اما بسیاری از کشورها به این روش واکنش نشان داده و آن گونه که خواهیم دید خواستار وضع استثنائاتی بر آن شده‌اند. آنچه که به طور معقول از اسرار بانکی فهم می‌شود و این مقاله بدان پرداخته، همان نگاه حرفه‌ای به اطلاعات بانکی است.

تعهد نهادهای مالی، مدیران و کارمندان آنها به حفاظت و خودداری از افشای اطلاعات به دست آمده به مناسبت حرفه خود، محرمانگی یا حفظ اسرار بانکی نامیده می‌شود.[1] امروزه در بحث اسرار بانکی به تدریج «حفظ اسرار مشتریان» جایگزین «حفظ اسرار بانک» شده و استفاده‌ای بیشتر یافته است. رازداری بانکی به معنی محافظت از اطلاعاتی است که از آن به «اسرار منفی» یاد می‌شود.[2] اصل حفظ اسرار بانکی تأسیسی عرفی و قانونی مخصوص امور بانکی و متصل به آن است[3] و در محدوده ارتباط میان بانک و مشتری مانع افشای معاملات و اطلاعات حساب خواهد شد.[4] جدا از اختلاف‌نظر در بحث مبنا، امروزه این اصل یکی از ویژگی‌های جدانشدنی بانک‌ها تلقی شده و با سرعت زیادی در حال تبدیل شدن به یک عرف اساسی در میان بانک‌داران است. محرمانگی بانکی بر اساس هنجارهای مدنی و نظام قضایی و تقنینی هر کشور استوار و تحکیم شده[5] و از کشوری به کشوری دیگر متفاوت است.

۲. تاریخچه رازداری بانکی

پیشینه رازداری بانکی مقارن با آغاز بانک‌داری است. اساسنامه بسیاری از بانک‌های غربی و همچنین قوانین سرسختانه بانک‌داری در نظام‌های حقوقی غرب چنین ادعایی را تأیید می‌کند. رازداری و حفظ اسرار حرفه‌ای از دیرباز در بین اقوام مختلف به عنوان یکی از ارکان اخلاقی مورد توجه بوده و افشای اسرار حرفه‌ای تحت عنوان بزه خیانت در امانت مورد مجازات قرار می‌گرفته است.[6] مفهوم محرمانگی امور مالی در دستورالعمل‌ها و قوانین تجاری آلمان و شمال ایتالیا در قرون وسطی موجود بوده است.[7] در گذر زمان با گسترش تجارت نیز نیاز به وجود بانک‌های قابل اعتماد و

1. Grassi, Paolo; and Daniele Calverese, "The Duty of Confidentiality of Banks in Switzerland: Where It Stands and Where It Goes", Pace International Law Review, Vol. 7, Issue 2, 1995, p. 333.
2. Bauen, Marc; and Nicolas Rouiller, Swiss Banking, Schulthess, Zurich, Basel, Geneva, 2013, p. 97.
۳. تاج‌الدین، میاده صلاح‌الدین، السریة المصرفیة: آثارها وجوانبها التشریعیة، مجلد ۳۱، دراسة مقارنة لعدد من الدول الأجنبیة والعربیة، کلیة الإدارة و الاقتصاد، جامعة الموصل، ۲۰۰۰، ص. ۲۶۰.
۴. ایلداری، سهیل، «چالش رازداری بانکی در بهشت امن سرمایه‌داران»، روند اقتصادی، شماره ۱۲، ۱۳۸۴، ص. ۵۴.
۵. تاج‌الدین، میاده صلاح‌الدین، منبع پیشین، ص. ۲۵۹.
6. Guex, Sébastien, "The Origins of the Swiss Banking Secrecy Law and Its Repercussions for Swiss Federal Policy", The Business History Review, Vol. 74, No. 2, 2000, p. 239.
7. Grassi, Paolo; and Daniele Calverese, Op. cit, p. 331.

محرمانگی مالی در قبال فئودال‌ها افزون‌تر شد. در حقیقت اصل رازداری بانکی محصول عصر جدید و یا مختص و زاییده سیستم حقوقی سوییس نیست.[1] اما آنچه که نخست موجودیت رازداری بانکی را به عنوان یک اصل محقق نمود، اصل عدم تعرض به حریم خصوصی افراد در نظام بانک‌داری سوییس و در پی مقابله با فشارهای دو دولت آلمان و فرانسه مبنی بر ارائه اطلاعات مالی اتباعشان بود.[2] در سال ۱۹۳۴ «قانون بانک‌داری و مؤسسات ذخیره مالی فدرال سوییس»[3] در بخش‌هایی وسیع تهیه شد و به تصویب رسید. ماده ۴۷ این قانون اعلام نمود که نقض ارادی رازداری بانکی از جانب هر کس به هر طریق رخ دهد، موجب مسئولیت کیفری است و هر فرد مسئول افشای اطلاعات به مجازات حبسی بیش از سه سال محکوم خواهد شد. همچنین هر کوششی که به افشای این اسرار بیانجامد، مجازات خواهد شد. این مسئولیت پس از پایان رابطه بانک با مشتری نیز امتداد می‌یابد.[4] اما پس از جنگ جهانی دوم، رازداری بانکی در سوییس به خصوص از سوی نیروهای متفقین که خواهان مصادره دارایی‌های نازی‌ها بودند، مورد انتقاد قرار گرفت. در سال‌های اخیر نیز انتقادات به رازداری بانک‌هایی که دارای حساب‌های آزاد و معاف از مالیات می‌باشند، حول محور پول‌شویی و فرار مالیاتی بوده است. فرارهای مالیاتی در دهه ۱۹۷۰ انتقادات شدیدی را نسبت به سیستم محرمانگی بانک‌های کشورهایی همچون سوییس ایجاد کرد و تلاش‌ها از آن زمان برای از بین بردن رازداری در بانک‌هایی با این خصوصیت آغاز شد.[5] فشارهای بین‌المللی به‌ویژه آمریکا و اتحادیه اروپا که از سال ۲۰۰۹ آغاز شد، سرانجام در سال ۲۰۱۲ سوییس را ناچار به تعدیل رویه خود نمود.[6] هم‌اکنون در سطح بین‌المللی اسنادی متعدد بر رازداری بانکی حاکم شده است؛ از جمله کنوانسیون ملل متحد در مقابله با قاچاق مواد مخدر و روان‌گردان (۱۹۸۸ وین)، کنوانسیون متوقف کردن حمایت مالی تروریسم (۱۹۹۹)، کنوانسیون پالرمو در مقابله با جرایم سازمان‌یافته (۲۰۰۰) و کنوانسیون مبارزه با فساد (۲۰۰۳). همچنین ۴۰ توصیه‌نامه صادره از سوی سازمان ملل بر این موضوع حاکمیت دارد.

۳. مبانی رازداری بانکی

از جمله ملاک‌هایی که در ابتدا در حقوق ملی و فراملّی اصل رازداری بانکی را موجودیت بخشیده است، دو نظریه «نسبی‌گرایی» و «مطلق‌گرایی» است. نظریه

1. Chaikin, David. "Policy and fiscal effects of Swiss Bank Secrecy", Revenue Law Journal, Vol. 15, Issue1, 2005, pp. 95-97.
2. Guex, Sébastien, Op. cit, p. 239.
3. Federal Act of Banks and Saving Institutions
4. Bauen, Marc; and Nicolas Rouiller, Op. cit, p. 99.
5. Grassi, Paolo; and Daniele Calverese, Op. cit, p. 331.
6. Bauen, Marc; and Nicolas Rouiller, Op. cit, p. 110.

نسبی‌گرایی به همان دلایلی که خیانت در امانت را جرم می‌دانست، افشای اسرار حرفه‌ای را نیز قابل مجازات دانسته و مجازات در نظر گرفته شده را برای حمایت از منافع افراد مختلف که هر کدام دارای اطلاعات محرمانه هستند، نهادینه کرده است. پیروان این مکتب معتقدند که در صورت افشای راز با رضایت ذی‌نفع دیگر نمی‌توان افشا کننده را مجازات نمود.[1] در مقابل مدافعان مطلق‌گرایی معتقدند که این منافع افراد نیست که با افشای راز به خطر می‌افتد، بلکه با افشای برخی اطلاعات محرمانه نظم عمومی به خطر می‌افتد و لذا علاوه بر استناد به «اعتماد میان طرفین» و «قرارداد فی‌مابین» قانون نیز مجبور به مداخله در این زمینه خواهد بود.[2] حامیان دو نظر، متناسب با ساختارهای حقوقی خود، هر کدام به دنبال یافتن ملاک‌های اساسی رازداری بانکی رفته و عصاره گرایش‌های حقوق‌دانان سرتاسر دنیا برای پاس‌داشت رازداری در چهار نظریه عدم تعرض به حریم‌خصوصی، حسن‌نیت، انصاف و حمایت از اخلاق حرفه‌ای جمع شده است.[3]

نخستین استدلال رسمی دادگاه فدرال سوییس برای حمایت از محرمانگی بانکی عدم تعرض به حریم خصوصی و حق خلوت بود. بر همین اساس بانک‌ها موظف به حفظ اسرار اشخاص ثالثی هستند که در لوای خدمات بانکی با مشتری خود از آنها اطلاع پیدا کرده‌اند. قوانین کیفری کنفدراسیون سوییس نیز مجازات افشای اطلاعات بانکی ولو افشای اسامی متهمان به فرار مالیاتی را از مصادیق نقض حریم خصوصی شهروندان دانسته است و مرتکب را به سه سال حبس یا ۲۵۰۰۰۰ فرانک سوییس محکوم می‌کند.[4]

حسن‌نیت نیز یکی از اصول حقوق قراردادهاست که در برخی از نظام‌ها به عنوان یک قاعده لازم‌الرعایه در مراحل انعقاد، اجرا و تفسیر قرارداد شناخته می‌شود. مطابق این اصل، اگر اطلاعات کاربر متضمن اسراری باشد که در نزد شخص محترم باشد، طرف دیگر حق استفاده از این اطلاعات برای اهداف شخصی و یا افشای آنها را نخواهد داشت. نظام بانک‌داری ژاپن برای محرمانه نگاه داشتن اطلاعات بانکی مشتریان خود مدافع چنین نظریه‌ای است.[5] البته این اصل علاوه بر تبیین وظیفه رازداری به تحدید آن نیز مبادرت ورزیده و در موارد لازم همچون مبارزه با تروریسم و پول‌شویی، مجوزی برای

۱. جعفری، امین، «اسرار حرفه‌ای و حقوق کیفری اقتصادی و تجاری»، فقه و حقوق، سال چهارم، شماره ۱۴، ۱۳۸۶، ص. ۱۴۲.

۲. همان، ص. ۱۴۳.

۳. جمالی، جعفر؛ و علی زارع، منبع پیشین، صص. ۳۱۲ ـ ۳۰۵.

4. Article 273 of the Swiss Criminal Code and Article 47 of the Bank Act.

5. The European Banking Federation. "Report on Banking Secrecy-European Banking Federation (Anti-Fraud and Anti-Money Laundering Committee & Fiscal Committee", Brussels, 2004, p. 68.

افشای اطلاعات خواهد بود.[1] به دلیل وابستگی حسن‌نیت به وجود قرارداد میان بانک و مشتری، نمی‌توان به تنهایی از آن برای الزام بانک‌ها به حفظ اسرار دیگران استفاده کرد، زیرا حسن‌نیت مفهومی مستقل و بیرون از قرارداد ندارد؛[2] لذا اطلاعاتی که به صراحت یا به صورت ضمنی بر محرمانه بودن آن توافق شده یا به گونه‌ای است که بنای عرفی بر حفظ آن است، مورد حمایت قرار می‌گیرد. امروزه تعهد به رازداری بر اساس اصل حسن‌نیت در روابط پیش قراردادی و در جایی که مذاکرات به نتیجه نمی‌رسد خودنمایی می‌کند. به طریق اولی می‌توان گفت که در جایی که رابطه همکاری میان طرفین شکل گرفته، اما صحبتی از محرمانه ماندن اطلاعات رد و بدل نشده است نیز این اصل حاکم خواهد بود. اما در صورتی که بانک موظف به حفظ اطلاعاتی باشد که به هر نحوی بدون وجود هیچ رابطه قراردادی به دست آورده باشد ـ همانند زمانی که در روابط کاری میان بانک‌ها، بانک ثالثی از اطلاعات مشتری بانک دیگری مطلع می‌شود ـ نمی‌توان وظیفه رازداری را بر اساس حسن‌نیت بر او تحمیل نمود.

در انگلیس بر اساس قواعد انصاف پذیرفته شده بود که رابطه مبتنی بر اعتماد متقابل چه رابطه بر پایه قرارداد شکل گرفته باشد یا مبنای آن قرارداد نباشد، موجد تعهداتی برای طرفین است.[3] بنابراین اگر در چنین رابطه‌ای اطلاعاتی به فرد داده شود، مشروط به اینکه آنها را افشا نکند، طبق ضوابط انصاف او ملزم به حفظ اطلاعات مزبور است. به دیگر سخن اگر انتقال اطلاعات محرمانه‌ای که حتی قابلیت مال بودن را دارا نباشند، نقض اعتماد دیگری تلقی شود، طبق اصول انصاف ممنوع است.[4] در پرونده‌ها نیز در بسیاری از روابط حرفه‌ای از جمله رابطه بانک با مشتری نوعی تعهد به حفظ اسرار وجود داشت که بیشتر به شکل ضمنی مورد توافق طرفین بوده است. با گذشت زمان اطلاعات مورد حمایت نظام اسرار حرفه‌ای گسترده‌تر شد، به نحوی که این تحلیل ساده نمی‌توانست پاسخ‌گوی همه پرونده‌ها باشد. به عنوان مثال اگر شخصی خارج از رابطه دوطرفه و کاملاً بیگانه با دریافت‌کننده اطلاعات به آنها دست پیدا کرد، آیا می‌توان او را نیز ملزم به حفظ آن اسرار دانست؟ از اواسط قرن نوزدهم به بعد، نظام انصاف بیان کرد که اگر ثالث از محرمانه بودن اطلاعات مطّلع باشد یا به موجب قانون آگاه فرض شود، او نیز متعهد به حفظ اسرار دانسته می‌شود. بنابراین امروزه حمایت

1. Szarmach, Laura., "Piercing the Veil of Bank Secrecy? Assessing the United States", Settlement in the UBS Case", Cornell International Law Journal, Vol. 43, 2010, p. 420.
2. Powers, Paul, "Defining the Undefinable: Good Faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", Journal of Law and Commerce, Vol. 18, No. 2, 1999, p. 341.
۳. استنلی، پائول، حقوق حفظ اسرار، ترجمه محمدحسین وکیلی مقدم، تهران، انتشارات همگان، ۱۳۹۱، ص. ۵.
۴. همان، صص. ۱۵ ـ ۱۴.

انصاف از این‌گونه اطلاعات، دیگر منوط به وجود رابطه مبتنی بر اعتماد نیست بلکه صرف «وجود اطلاعات محرمانه» مبنای این حمایت خواهد بود.[1]

با توجه به ماهیت اطلاعاتی که در اختیار بانک قرار می‌گیرد و با استقرای قوانین داخلی به نظر می‌رسد که افشای اسرار بانکی تنها موجب زیان صاحب راز نیست، بلکه کل جامعه را متضرر کرده و علاوه بر از بین بردن نظام اعتماد در بانک‌داری نظم اقتصادی و اجتماعی را نیز متزلزل خواهد ساخت. لذا رازداری بانکی در ایران را باید مبتنی بر مکتب مطلق‌گرایی و هم‌سو با نظام اخلاق حرفه‌ای، حق خلوت و مورد حمایت قانون دانست. با همین تحلیل در مواردی که عدم افشا موجب تضرر جامعه شود نیز این الزام برداشته خواهد شد.

۴. منابع حقوقی تعهد به رازداری بانکی

آنچه که در خصوص رازداری بانکی مهم است، ضرورت وجود یک رابطه حقوقی میان متعهد و متعهدٌله است که از نظر حقوقی موضوع را واجد اعتبار و دارای ضمانت اجرا کند. کامل‌ترین شکل آن به این صورت است که مشتری با ارائه‌کننده خدمات حرفه‌ای «قرارداد عدم افشا» منعقد کند. این قرارداد، پیش‌شرط حفاظت از اسرار مراجعان است و انعقاد آن به عنوان یک تکلیف به دارنده تحمیل می‌شود و نقش حمایتی را ایفا می‌کند.[2] دکترین حقوقی انگلستان نیز برای حمایت از محرمانگی بانکی علاوه بر اتکا به انصاف، وجود یک قرارداد میان صاحب راز و بانک را لازم می‌داند.[3] به این دلیل که اگر تعهد ضمنی را مبنا قرار دهیم این دادگاه است که باید این تعهد ضمنی را از قرارداد استنباط کند. اما در شرایط عدم وجود یک قرارداد نیز انصاف محرمانگی بانکی را بر بانک‌ها تحمیل خواهد کرد.[4] البته این نظریه بیشتر در حیطه حقوق اسرار تجاری مطرح است و در نظام‌هایی مورد پذیرش است که اصل رازداری بانکی را حکمی خاص و محصور دانسته، شفافیت مالی و سلامت نظام اقتصادی در قلمرو حاکمیتی را مورد وثوق بیشتری قرار داده و به لزوم برشمردن موارد مخفی معتقد است. در حقوق ایران می‌توان به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی، رأی به اعتبار چنین قراردادی داد و موضوع آن را می‌توان تعهد بانک به ترک فعل دانست، اما چنین قراردادی در میان بانک‌های ایرانی مرسوم نیست.

۱. همان، صص. ۲۰ به بعد.

۲. رهبری، ابراهیم، «نقش قراردادهای محدودکننده در حمایت از اسرار تجاری مطالعه در حقوق آمریکا، انگلستان، فرانسه و ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۰، ۱۳۸۸، ص. ۵۶۹.

۳. استنلی، پائول، منبع پیشین، ص. ۷.

۴. همان.

تصریح به عدم افشای اطلاعات به عنوان یک شرط در قراردادهای معمول بانکی و یا بستن قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی بر مبنای تعهدات ذهنی برحفظ اسرار مشتری در لابه‌لای مذاکرات اولیه اعطای خدمات بانکی، راه دیگری برای ایجاد یک ضمانت اجرای حقوقی در این زمینه است. در مواردی که بین طرفین دعوی قراردادی جداگانه یا تصریحی در ضمن قرارداد بانکی برای عدم افشا نباشد، مطابق عرف بانک‌داری چنین تعهدی به عنوان یک شرط عرفی در قراردادها مفروض به حساب می‌آید. در آمریکا دادگاه‌ها براساس توافقاتی که برای انجام فعالیت می‌شود، به وجود شبه‌قرارداد[1] استناد می‌کنند. در انگلستان نیز در یک پرونده[2] دادگاه شرط صریح طرفین مبنی بر عدم افشای اطلاعات خاص را به طور ضمنی و به طریق اولی توسعه داد و بیان داشت که استفاده از همه اسرار سپرده‌شده از طرف متعهد ولو در غیر از موارد مورد توافق نیز تجاوز به آنها محسوب می‌شود، حتی اگر متعهد هنوز آنها را افشا نکرده باشد.[3] در این پرونده، قاضی دادگاه محرمانه نگاه داشتن همه اسرار کاری را بر طبق عرف به طرف قرارداد تحمیل نمود.[4]

در حقوق ایران با نگاهی به ماده ۱۰ قانون مدنی، همراه با تحلیل قصد طرفین و با استناد به عرف[5] می‌توان نوعی رابطه امانی را به صورت مستقیم میان بانک و مشتری در قبال ارائه اطلاعات وی ملاحظه کرد، زیرا امانت‌داری محدود به حفظ فیزیکی مال امانی نیست، بلکه شامل لوازم و مقتضیات عرفی آن و از جمله اطلاعات بانکی مشتریان نیز می‌گردد. از آنجا که اطلاعات بانکی مشتریان نیز جزء لاینفک ارتباط اشخاص با بانک‌ها است و کلیه این اطلاعات و اسناد آن در فرآیندی ناگزیر از سوی مشتریان به بانک‌ها داده می‌شود تا بتوانند از خدمات بانکی استفاده کنند. بنابراین اطلاعات مذکور قطع نظر از ارزش مالی یا غیرمالی همانند وجوهی است که به بانک سپرده می‌شود. مطابق این قاعده اصولی که هرگاه مطلق بدون قید به کار رود، منصرف به فرد اکمل است. اطلاعات نیز همانند سایر اموال مادی در ید امانی بانک قرار دارد و اختیار هیچ

1. Quasi-Contract
2. Thomas Marshall (Exports) Ltd v Guinle [1979] ChD 227.
3. Angel, John; and Chris Reed, Computer Law, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 272.
4. Ibid, p. 273.
۵. مطابق ماده ۴۳ آیین‌نامه استخدامی نظام بانکی دولتی مصوب ۱۳۷۹ خودداری از اقدامی که عرف بانکی انجام آن را مقرر کرده باشد یا مبادرت به اقدامی که عرف بانکی انجام آن منع نموده باشد، تخلف محسوب می‌شود و با متخلف طبق مقررات انضباطی رفتار خواهد شد. خیل عظیم آیین‌نامه‌ها و دستورهای سازمانی پراکنده، دستورالعمل‌های داخلی بانک‌ها، قراردادهای استخدامی، میثاق‌نامه‌های مسئولان وکارمندان بانک‌ها و غیره مهم‌ترین وظیفه اخلاقی بانک‌ها را حفاظت از اطلاعات مشتریان می‌داند. عملکرد شغلی بانک‌داران نیز همین امر را تصدیق می‌نماید. بنابراین می‌توان مدعی شد که رازداری و محرمانگی بانکی یک عرف میان اصحاب بانک است.

تصرف و استیفایی از طرف صاحبان حساب‌ها و صندوق‌های امانات به بانک داده نشده است. پس امانتی کامل برقرار است که شامل اطلاعات بانکی نیز می‌شود.

۵. اطلاعات مورد حمایت در نظام بانک‌داری

۵ـ۱. اطلاعات تجاری و اقتصادی

اطلاعاتی که دارای ارزش اقتصادی هستند، نقش یک کالای سرمایه‌ای را ایفا می‌کنند و جایگاهی مهم در سوددهی بنگاه‌های تجاری شخص به خود اختصاص می‌دهند،[۱] اسرار تجاری نامیده می‌شوند. این اسرار سبب تولید محصولات یا ارائه خدماتی می‌شوند که مشتریان در ازای آن پول پرداخت می‌کنند یا به طریقی دیگر ممکن است سبب کاهش هزینه تولید یا عرضه شوند. داده‌هایی همانند اطلاعاتی در خصوص محاسبات و اقدامات سودآور برای مشتری، اطلاعات قراردادهای کسب و کار، تدابیر تجاری و یا محصول جدیدی که بانک در طی عملیات استقراضی برای حمایت از تولید از آن‌ها مطلع شده است، «مال» بوده و در این دسته قرار می‌گیرند. علاوه بر آن، ممکن است مزایای رقابتی برای دارنده خود نیز فراهم آورند. بدین معنا که دارنده را از لحاظ رقابتی نسبت به رقبا در موضع قوی‌تری قرار می‌دهد. این اطلاعات مختص موارد حمایت در حقوق مالکیت فکری همچون علایم تجاری یا طرح‌های صنعتی نیست، بلکه اطلاعات ساده‌ای نظیر عضویت اشخاص در اتحادیه‌های تجاری، میزان دارایی، معاملات و حتی دریافت و پرداخت وام نیز از جمله داده‌هایی است که ممکن است اشخاص تمایلی به افشای آن نداشته باشند.[۲] سیستم حقوقی آمریکا نیز اسرار تجاری را «مال قانونی» قلمداد کرده‌است.[۳] این اطلاعات مفید است، نیازهای مادی و معنوی افراد را برآورده می‌سازد، قابل اختصاص یافتن به شخص معین و قابل داد و ستد است.[۴] در واقع حق شخص بر اطلاعات تجاری از حقوق مالی و از اموال غیر مادی او محسوب شده و زیر مجموعه دارایی‌هایش قرار می‌گیرد.[۵] در همین راستا و به جهت حمایت از اسرار تجاری، موسوم به «اطلاعات افشا نشده» ماده ۳۹ معاهده تریپس[۶] که در سال ۱۹۹۴

۱. رهبری، ابراهیم، منبع پیشین، ص. ۱۳۹.

۲. لفته، نصیرصبار؛ و ذکری محمدحسین الیاسین، الحمایه القانونیه للسریه المصرفیه فی التشریع العراقیه، مجله القانون المقارن، العدد ۴۷، ۲۰۰۷، ص. ۱۰.

3. Aubert, Maurice, "The Limits of Swiss Banking Secrecy under Domestic and International Law", Berkeley Journal of International Law, Vol. 2, Issue 2, Fall 1984, p. 276.

۴. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی اموال و مالکیت، تهران، میزان، ۱۳۸۶، ص. ۹.

۵. صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی اشخاص و اموال، جلد اول، تهران، میزان، ۱۳۸۷، ص. ۱۲۳.

۶. موافقت‌نامه جنبه‌های تجاری مالکیت فکری (تریپس) یکی از سه رکن موافقت‌نامه‌های سازمان جهانی تجارت (WTO) (شامل موافقت‌نامه‌های مربوط به تجارت کالا، خدمات و مالکیت فکری) است. این موافقت‌نامه

مورد توافق عمومی قرار گرفت، مقرر می‌دارد که کشورهای عضو از اطلاعـات افشانشـده در برابر استفاده‌های غیرمجاز با رویکردهایی بر خلاف شیوه‌های تجارت صادقانه مشتمل بر نقض قرارداد، نقض رازداری و رقابت غیرمنصفانه حمایـت خواهنـد کـرد.[1] ایـن الـزام متوجه هر شخص حقیقی یا حقوقی است که به اطلاعات دیگری دسترسی دارد. از ایـن رو بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری نیز به واسطه نوع تعاملات مالی و اعتباری وسـیع با بنگاه‌های تجاری و اقتصادی یکی از مهم‌ترین مصادیق این مـاده بـه حسـاب خواهنـد آمد. مطابق با این معاهده اطلاعاتی مورد حمایـت هسـتند کـه بـه طـور عمـومی مـورد شناسایی یا دست‌یابی قرار نگرفته و ذی‌قیمت باشند. باید متـذکر شـد کـه ایـران جـزو معدود کشورهایی است که به این معاهده نپیوسته است.

۵ـ۲. اطلاعات شخصی

بخش دوم از اسرار بانکی مرتبط بـا حـق تمتـع از زنـدگی خصوصـی و شخصـیت معنوی افراد است و شامل اطلاعات شخصی مشتریان می‌شود. بر اساس این حق همـان گونه که نامه‌های خصوصی و مکالمات تلفنی و مخابرات اینترنتی افراد مصون از تعـرض است، صاحبان پاره‌ای مشاغل مانند پزشکان، وکلای دادگستری، مددکاران و بانـک‌داران نیز مکلف به حفظ اسرار اشـخاص شـده‌انـد.[2] منظـور از داده‌هـای شخصـی مشخصـات، ممیزات و اطلاعات مربوط به یک شخص حقیقی یا حقوقی معین یا قابل تمایز است که موجب تمایز او از سایرین گردد. اطلاعاتی از قبیل شماره ملـی و شناسـنامه‌ای شـخص، اقامتگاه، شماره تلفن، شماره حساب مشتریان و میزان موجودی آنها، تعداد حساب‌هـای موجود مشتری در بانک، آدرس ایمیل، رمز عبور اینترنتی حساب اشخاص و غیره، همـه اطلاعاتی است که در چرخه عملیات بانک‌داری در دسترس بانک قرار می‌گیرد. بر خلاف اسرار تجاری، اطلاعات شخصی افراد جزء دارایی او به حساب نخواهد آمـد و حمایـت از اطلاعات شخصی و هویتی او همانند حـق بـر نـام و محـل سـکونت، مبتنـی بـر حقـوق اشخاص بر شخصیت آنها است و از این حیث که شخصیت انسان محترم و مورد حمایت است، این قبیل اطلاعات نیز مورد حمایت خواهد بود.[3]

← جامع‌ترین سند بین‌المللی در مورد حقوق مالکیت فکری است و حوزه‌هایی مثل حق مؤلـف (کپـی رایـت) و حقوق جانبی، علائم تجاری، علائم جغرافیایی، طرح‌های صنعتی، حق اختراع، طـرح‌هـای سـاخت مـدارهای یکپارچه و اسرار تجاری را در بر می‌گیرد.

۱. العجمی، مناع سعد، حدود التزام البنک بالسریه المصرفی هو الآثار القانونیه المترتبه عند الکشف عنهـا، رسـاله الماجستیر فی القانون تخصص القانون الخاص، جامعه الشرق الاوسط، ۲۰۱۰، ص. ۷۵.

۲. صفـایی، سیدحسیـن؛ و سید مرتضـی قاسم‌زاده، حقوق مدنی اشخاص و محجوریـن، تهـران، سـمت، ۱۳۸۶، ص. ۲۵.

۳. همان، ص۲۶.

۶. قلمرو حفاظت از اطلاعات مشتریان

قلمرو رازداری در حالت‌های مختلف و بسته به نظام‌های بانک‌داری در کشورها متفاوت است. در برخی نظام‌ها اصل محرمانگی به صورت مطلق اجرا شده و دارای استثنائات محدود است. اما برخی نظام‌ها بر مبنای اصل شفافیت استوار شده‌اند و محرمانگی مستلزم قانون‌گذاری مستقیم و موردی است.[۱] مستند به همین نظر برخی معتقدند که منظور از اطلاعات سری افراد اطلاعاتی است که محدود باشد، مانند مبلغ اعتباراتی که مشتری گشایش کرده، سررسید دیون وی، ارقام ترازنامه، تقاضای بازپرداخت پیش از موعد بدهی‌ها و اینکه شخصی نزد بانک حساب دارد یا خیر. اما نظرات مخالفی نیز در تعیین مصادیق اطلاعات سری مشتریان وجود دارد.[۲] با این حال قدر متقینی وجود دارد که در هر دو سیستم مد نظر قرار گرفته است.

در محرمانگی بانکی تفاوتی میان مشتریان ثابت و یا موقت نیست. تفاوتی نیز نمی‌کند که مشتری بانک یک مشتری معمولی باشد و یا جزء مشتریان خاص و یا شرکتی قرار گیرد.[۳] طبیعت رابطه کاری و حرفه‌ای میان بانک و مشتری آن است که در برخی موارد بانک از اطلاعاتی که مشتری در اختیارش قرار نداده نیز مطّلع شود. بنابراین اطلاعات تحت حمایت اصل رازداری بانکی تنها اطلاعاتی نیست که در رابطه با عملیات بانکی در اختیار بانک قرار می‌گیرد، بلکه اطلاعاتی که خارج از رابطه میان بانک و مشتری فاش می‌شود نیز از اسرار بانکی است. رأی پرونده مشهور تورنیر[۴] در انگلستان نیز محرمانگی بانکی را محدود به میزان دارایی‌های فرد در حساب بانکی او ندانسته و هر نوع اطلاعات را جزء محرمانگی بانکی قلمداد کرده است. کلیه اطلاعاتی که بانک‌دار بطور غیرمستقیم و در ضمن معاملات با مشتری به دست می‌آورد، مانند باز کردن اعتبار در نزد بانک دیگر، تقاضای اعتبار و قبول یا رد شدن آن، تردید فروشندگان کالا در اعتبار مشتری و تقاضای تضمین اضافی و هزینه‌های شخصی مشتری نیز از اسرار بانکی محسوب می‌شود.[۵] به طور کلی هر نوع اطلاعات میان بانک و مشتری مانند اطلاعاتی در خصوص شرایط مالی مشتری، اطلاعاتی در خصوص رابطه مشتری با سایر بانک‌ها، اطلاعاتی که بانک‌دار در موقع باز کردن حساب یا دادن اعتبار یا شروع به هر معامله‌ای

۱. تاج‌الدین، میاده صلاح‌الدین، منبع پیشین، ص. ۲۶۴.

2. Franz, David; and Ong Lim, "Bank Secrecy Law: A Historical and Economic Analysis", Philipian Law Journal, Vol. 77, 2002, pp. 212-213.

3. Aubert, Maurice, "The Limits of Swiss Banking Secrecy under Domestic and International Law", Berkeley Journal of International Law, Vol. 2, Issue 2, Fall 1984, p. 276.

4. Tournier v. National Provincial and Union Bank of England.[1924] 1 K.B. 473 (Bankes LJ); 485 (Atkin LJ)

۵. رستار، حسن، «اسرار حرفه‌ای در نزد بانک‌دار»، مجموعه حقوقی، شماره ۹۴، ۱۳۷۱، ص. ۲۵.

از مشتری می‌خواهد، مانند جمع ترازنامه، میزان سرمایه فعلی، موجودی‌های نقد، موجودی کالا، جمع بدهی، اموال غیرمنقول و غیره و نیز کلیه عملیاتی که مشتری توسط بانک انجام می‌دهد، مانند نوع و مقدار بروات تنزیلی یا وثیقه‌ای، نام برات‌گیران و پشت‌نوسان، نوع و مقدار سهام سپرده و تضمینی، مانده حساب‌های مشتری و گردش آنها، تمام مکاتبات و مراسلات رد و بدل شده میان آن‌ها، نوع و مقدار حواله‌ها و نام گیرندگان پول آنها و غیره همگی جزء اسرار محسوب می‌شوند.[1] در واقع هر چیزی که افشای آن امکان زیان به مشتریان را داشته باشد، تحت حمایت اصل رازداری بانکی است. این اطلاعات سری صرفاً متعلق به مشتری بانک‌ها نیست، بلکه می‌تواند متعلق به شخص ثالثی باشد که بانک در لوای خدمات بانکی با مشتری خود از آنها اطلاع پیدا کرده است. هم‌چنین بانک موظف به سری نگه داشتن اطلاعات محرمانه‌ای است که بانک یا مؤسسه مالی و اعتباری دیگر به دلایل و ارتباطات کاری در اختیار او قرار می‌دهد.

محدوده زمانی رازداری بانکی از سویی بی‌درنگ از زمان شروع به کار مستخدمان بانک و از طرف دیگر با در اختیار قرار دادن اطلاعات مورد حمایت اصل رازداری توسط مشتری به بانک یا کسب اطلاعات توسط بانک آغاز می‌شود.[2] محرمانگی مشمول ساعات غیرکاری نیز خواهد بود و حتی پس از پایان دوره کاری و قطع ارتباط با بانک باید رعایت شود.[3] تداوم محرمانه بودن اطلاعات حتی پس از پایان همکاری کارکنان با بانک به هر دلیلی (بازنشستگی، اخراج و ...) ضروری است. طبق ماده ۴۷ قانون بانکی فدرال سوییس[4] نقض سرّی بودن، حتی هنگامی که عمل یا رابطه استخدامی پایان یافته یا دارنده راز دیگر در صنعت بانکی کار نمی‌کند نیز باقی است.[5] در نگاه کلی نظام بانکی به مثابه امینی مادام‌العمر است که ملزم به سکوت در برابر خواسته‌های نامشروع سودجویان است. مطابق با قوانین بانک‌داری سوییس، بانک‌های خارجی فعال در سوییس نیز باید از قوانین رازداری تبعیت کنند.[6] اصل محرمانگی بانکی تنها به اطلاعات زمان ارتباط با مشتری اکتفا نمی‌کند، بلکه اطلاعات مربوط به زمان قبل از رابطه با مشتری را نیز در بر می‌گیرد. در این نظام مذاکرات اولیه نیز محترم شمرده شده به نحوی که حتی اگر شخص مذاکره‌کننده و یا حتی بانک از همکاری در آینده پشیمان شود، اصل رازداری و امانت‌داری باید توسط بانک رعایت شود.

۱. أدیب، میاله؛ و می محرزی، «السریة المصرفیة فی التشریع السوری»، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادیة و القانونیة، المجلد ۲۷، العدد الأول، ۲۰۱۱، ص. ۲۵.

۲. العجمی، مناع سعد، منبع پیشین، ص. ۹۷.

۳. همان، ص. ۹۸.

4. Swiss Federal Law on Banks and Savings Banks

5. Aubert, Maurice, p. 275.

6. Ibid, p. 276.

۷. متعهدان به رازداری بانکی

افرادی که از طرف بانک اقداماتی انجام می‌دهند و یا برای بانک کار می‌کنند، مسئول مستقیم حفاظت از اسرار بانکی هستند. دسترسی مدیران و کارکنان بانک باید محدود به اطلاعاتی باشد که برای پیشبرد اهداف بانک مورد نیاز است و قرار دادن این اطلاعات در دسترس افراد درون یا بیرون سازمان که ارتباطی با آن ندارند، غیرمجاز است. یک اصل کلی وجود دارد که کل دستگاه بانک به عنوان شخص حقوقی باید از اطلاعات اشخاص حفاظت کند، اما هر کس به هر میزان که از اسرار مشتریان مطلع بوده است وظیفه حفظ آنها را دارد. با این حال اگر به نحوی دیگر نیز از اسرار مشتریان مطلع شد، باز به عنوان بخشی از دستگاه بانکی حق افشا ندارد.[۱] در یک جمع‌بندی متعهدان به رازداری به دو دسته تقسیم می‌شوند:

۷ـ۱. مطلعان داخل در دستگاه اداری بانک

مدیر عامل، اعضای هیأت مدیره، اعضای مجمع عمومی، کارمندان، مستخدمان، کارگران و هر کس که جزئی از بدنه بانک محسوب و به نسبت وظیفه حرفه‌ای خود از اطلاعات بانکی مشتریان به صورت عام و یا خاص آگاه می‌شود، ملزم به رعایت محرمانگی بانکی است.[۲] قانون فرانسه نیز اشخاصی را که به هر نحو در اداره یا نظارت بر بانک‌ها مشارکت دارند، متعهد به حفظ اسرار شناخته است و هر عضو هیأت مدیره یا هیأت نظارت و هر شخصی که به هر نحو در مدیریت مؤسسه اعتباری مشارکت دارد یا در چنین مؤسسه‌ای کار می‌کند را متعهد به حفظ اسرار حرفه‌ای و مشمول مقررات کیفری نقض رازداری معرفی می‌کند.

۷ـ۲. مطلعان خارج از دستگاه اداری بانک

این گروه شامل هر شخصی است که به واسطه قانون یا قرارداد با بانک در ارتباط شغلی قرار گرفته و به نحوی اطلاعات بانکی در اختیارش قرار می‌گیرد؛ مانند بازرسان، حسابداران، متخصصان حرفه‌ای، سایر بانک‌هایی که به نحوی از اطلاعات بانک حاضر مطلع می‌شوند و سازمان‌هایی که مطابق با دستورات قانونی حق درخواست استعلام اطلاعات از بانک را دارند. مطابق ماده ۴۷ قانون بانک‌داری فدرال سوییس چنانچه مدیران، کارکنان، مدیر تصفیه، ارزیاب، ناظر کمیسیون بانکی یا اعضای مؤسسه

۱. العجمی، مناع سعد، منبع پیشین، ص. ۵۴.
۲. خاوری، محمودرضا، حقوق بانکی، تهران، مؤسسه بانک‌داری بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۲، صص. ۱۳ به بعد.

حسابرسی یا کارکنان آن، سرّی را که در اختیار آنان قرار گرفته و یـا بـه واسـطه عمـل خود، یا رابطه کارمندی به آن آگاهی یافته‌اند افشا کنند و همین طور هرکس دیگـری را تحریک کرده تا تعهد حرفه‌ای حفظ اسرار را نقض کنند و یا از روی غفلت چنین عملـی را مرتکب شده باشد، به مجازات مقرر محکوم می‌شود.

۸. افراد مجاز برای دسترسی به اطلاعات مشتری

نخست باید گفت کسانی که بدهی‌های بانکی خـود را پرداخـت نکـرده‌انـد و همچنـین تجار ورشکسته مورد حمایت قوانین محرمانگی بانکی قرار نمی‌گیرنـد.[۱] هنگـامی کـه مـدیون بودن شخصی توسط دادگاه محرز شود، بانک‌هـا موظفنـد اطلاعـات میـزان دارایـی وی را در اختیار دادگاه قرار دهند. ماده ۴۳۴ قانون تجارت نیز در خصوص صورت‌برداری از اموال تـاجر ورشکسته و افشای اطلاعات مالی مشتری ورشکسته توسـط مـدیر تصـفیه منصـوب دادگـاه مقرر داشته است که مدیر تصفیه می‌تواند برای جمع‌آوری صورت دارایی ورشکسـته از بانـک تقاضای دسترسی به اطلاعات او را داشته باشد، اما طلبکاران وی حـق هـیچ‌گونـه اطلاعـی از حساب‌های مالی او را نخواهند داشت، مگر پس از کسب مجوز از دادگاه. دولت نیز نمـی‌توانـد بدون حکم قانونی یا قضایی بـه اطلاعـات مـالی مشـتریان بانـک‌هـای خصوصـی یـا دولتـی دسترسی داشته باشد. در نظام حقوقی سوییس، در اختیار قرار دادن اطلاعات بانکی بـه طـور مستقیم به مقامات مالیاتی ممنوع است اما اگر حکم قضایی خاص وجود داشـته باشـد بانـک به استناد رأی دادگاه دست به چنین کاری می‌زند.[۲] در ایـن خصـوص اصـولاً احکـام قضـایی شامل تقلب مالیاتی می‌شوند و نه فرار مالیـاتی.[۳] در کشـورهایی کـه ورثـه قـائم‌مقـام متـوفی محسوب می‌شوند، حق دسترسی به حساب و اطلاعات متوفی را نیز خواهـد داشـت. در ایـن حالت وظیفه محرمانگی بانکی صرفاً وظیفه‌ای قائم به شخص نیسـت، بلکـه ایـن تعهـدات در برابر ورثه نیز پابرجاست.[۴] در حقوق سوییس ایـن وظیفـه تنهـا در خصـوص اطلاعـات مـالی متوفی و آنچه ورثه به ارث می‌برد، رعایت می‌شود. اما در قبال اطلاعات شخصی صـرف حتـی به رغم درخواست ورثه نیز رازداری ادامه خواهد یافت.[۵] وکلا نیـز جـزء کسـانی هسـتند کـه می‌توانند به اطلاعات بانکی صاحب حساب دسترسی پیدا کننـد.[۶] البتـه اگـر اعطـای وکالـت برای دسترسی به حساب‌های بانکی برای پس از فوت صادر شده باشد. این دسترسی با پایـان

۱. تاج‌الدین، میاده صلاح‌الدین، منبع پیشین، ص. ۲۶۱.

2. Chaikin, David, "Adapting the Qualifications to the Banker's Common Law Duty of Confidentiality to Fight Transnational Crime", Sedney Law Review, Vol. 33, 2011, p. 270.

3. Ibid.

۴. تاج‌الدین، میاده صلاح‌الدین، منبع پیشین، ص. ۲۶۴.

5. Guex, Sébastien, Op.cit, p. 240.

۶. العجمی، مناع سعد، منبع پیشین، ، ص. ۵۸.

اعطای نیابت و وکالت پایان می‌پذیرد. دسترسی به اطلاعات حساب‌های افراد صغیر نیز توسط ولی و قیم او تا رسیدن به سن بلوغ امکان‌پذیر است.

۹. استثناهای حفاظت از اطلاعات بانکی

مسئولیت بانک به حفظ اسرار بانکی در هیچ نظام حقوقی مطلق نیست و متناسب با نظم اجتماعی و منافع حاکمیتی به حکم قانون با درجات متفاوت و متغیر قابل تخصیص است. در قوانین ما نیز حرمت افشای اسرار دیگران تا آنجاست که در مقام تعارض و تقابل با مصالح جامعه و حاکمیت اسلامی نباشد و با استناد به باب تزاحم اهم و مهم و ترجیح اهم افشای اسرار در این هنگام نه تنها جایز بلکه واجب می‌گردد.[۱] اصل ۴۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز حقوق فردی و اجتماعی را به صورت مطلق و بدون حد و حصر به رسمیت نشناخته و استفاده از حقوق شخصی را تا جایی محترم می‌شمارد که به حقوق و منافع دیگران و جامعه آسیبی نرساند. با این حال باید سعی شود تا در این راه حرمت افراد حفظ شده و در افشای اسرار نیز نهایت مواظبت، خویشتن‌داری و دوراندیشی رعایت گردد تا منجر به نتیجه معکوس نشود و زمینه سلب اطمینان عمومی و خدشه‌دار شدن امنیت فراهم نگردد. ماده ۶۴۸ ق.م.ا مصوب ۱۳۷۵ تنها ماده قانونی است که به این امر تصریح کرده و استثنائات حفظ اسرار را به تصریح قوانین خاص محول نموده است. البته در موجه‌ترین تفسیر از این ماده آمده است که تنها کسانی مجاز به افشای سر هستند که نوعی تکلیف قانونی بر عهده آنان نهاده شده و قانون‌گذار تصریح به افشا کرده باشد. لذا حتی اگر تخلفی صورت گرفته باشد، بانک خارج از قلمرو موارد قانونی مجاز به افشا نیست.[۲] به عنوان مثال وجود بدهکاری گسترده به بانک بدون طی مراحل قضایی و حکم دادگاه مجوزی برای افشای اسامی ایجاد نخواهد کرد. در غیر این صورت بانک تحت شمول عموم ماده قرار گرفته و مسئول خواهد بود. با تمام تلاشی که در حقوق ایران برای شفافیت اطلاعات صورت گرفته است، به استناد این ماده از قانون می‌توان گفت که نظام حقوقی ما رازداری حرفه‌ای را یک اصل تلقی کرده و به صرف حکم و تصریح قانونی اجازه افشای هرگونه اطلاعات شغلی را می‌دهد. نگاهی به قوانین و دستورالعمل‌های خاص اجازه افشا در قبال درخواست استعلام سازمان‌هایی چون سازمان امور مالیاتی کشور، سازمان بازرسی کل کشور، دیوان محاسبات کشور، وزارت اطلاعات، تعزیرات حکومتی، کارشناس رسمی دادگستری، بازرسان اعزامی اداره نظارت بر بانک‌ها و سایر بانک‌ها با شرایط مقرر تصریح

۱. احمدیان، اسدالله، قواعد و احکام حفاظت و اطلاعات، تهران، زمزم هدایت، ۱۳۸۹، ص. ۷۹.
۲. قماشی، سعید، «بررسی جرم افشای اسرار حرفه‌ای»، دادرسی، شماره ۵۸، ۱۳۸۵، ص. ۵.

شده، داده شده است. در ادامه به موارد عام که بانک در قبال سایر اشخاص و نهادهای قانونی ملزم به ارائه اطلاعات تصریح شده می‌باشند، می‌پردازیم.

۹ـ۱. رضایت ذی‌نفع

نخستین موردی که افشای اطلاعات را مجاز می‌کند، رضایت صاحبان راز است. حق شخص بر اطلاعات و اسرار زندگی‌اش درجه ضعیفی از مالکیت به حساب می‌آید. با توجه به اینکه فرد حق همه گونه دخل و تصرف در اموال خود را دارد، مشتری نیز می‌تواند با اعراض از حق خود بر سرّی بودن اطلاعات بانکی‌اش جواز انتشار آنها را بدهد.[۱] چنین اجازه‌ای هم می‌تواند مطلق و شامل کلیه اطلاعات و نسبت به عموم باشد و هم می‌تواند محدود و شامل بخشی از اطلاعات و نسبت به افراد خاصی باشد. بانک تنها باید در محدوده رضایت وی اقدام نماید وگرنه مسئول خواهد بود. قواعد عمومی اعلام رضایت مشتری را تنها به صورت واقعی و ارادی پذیرفته است. در همین زمینه یک رأی از دادگاهی در سوییس اعلام کرد در صورتی که یک دادگاه دارنده حساب را وادار به صرف‌نظر کردن از اسرار بانکی کند، در اینکه آیا دادگاه سوییس می‌تواند چنین اسقاط حقی را به عنوان یک عمل ارادی مورد توجه قرار دهد یا نه شک وجود دارد.[۲] در اتریش، این اجازه می‌تواند به صورت کتبی و یا شفاهی صورت گیرد. در انگلستان علاوه بر اجازه صریح، رضایت مشتری در خصوص افشای اسرارش حتی می‌تواند به صورت ضمنی نیز صورت گیرد. این در حالی است که مطابق با ماده ۳ قانون محرمانگی بانکی لبنان مصوب ۱۹۵۶[۳] هویت دارندگان حساب‌های سپرده بانکی تنها با اجازه کتبی آنها قابل انتشار و افشا است. در ایران نیز مطابق با مصوبه جلسه ۱۱۴۰ مورخ ۱۳۹۱/۰۳/۰۲ شورای پول و اعتبار برای در اختیار قراردادن اطلاعات مربوط به سابقه چک برگشتی مشتری به دیگران از طریق سامانه استعلام همگانی، به منظور ایجاد شفافیت در زمینه کارکرد حساب، اخذ اجازه از دارندگان حساب جاری اشخاص لازم است.

۹ـ۲. اجرای آرای قضایی

به موجب تصویب‌نامه مورخ ۱۳۸۶/۰۱/۲۶ هیأت وزیران، حساب‌های خصوصی افراد در بانک‌ها جزء حقوق ملت مندرج در قانون اساسی است و بانک‌ها به عنوان وکیل یا امین مشتریان موظفند هرگونه اطلاعات در این زمینه را علاوه بر درخواست صاحب

۱. لفته، نصیرصبار؛ و ذکری محمدحسین الیاسین، منبع پیشین، ص.۱۰.

2. Chaikin, David. Op.cit, p. 275.

3. Law of September 3, 1956 On Banking Secrecy

حساب فقط با حکم قضایی دادگاه صالح ارائه نمایند.[1] ماده ۱۶ طرح اداره بانک‌های دولتی که در سال ۸۲ در کمیسیون اقتصادی مجلس مطرح شد نیز افشای حساب بانکی و اسرار و اطلاعات مشتریان به جز مواردی که مراجع صالح قضایی تعیین می‌نمایند را ممنوع دانسته و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی قرار داده است. لذا کلیه افراد جامعه و کلیه بانک‌ها اعم از خصوصی و دولتی موظف به اجرای مفاد احکام قضایی قطعی هستند. البته این الزام برای نهادهای عمومی و دولتی منسجم‌تر و استنکاف از آن دارای تبعات انتظامی و کیفری شدیدتر است. بر همین اساس موادی از قوانین دادرسی نیز سازمان‌های دولتی و خدمات عمومی را ملزم می‌نماید[2] تا در جهت تکمیل تحقیقات قضایی اطلاعات لازم را به محاکم قضایی یا غیرقضایی ارائه دهند. موضوع این مواد ارائه همه اسناد و اطلاعات است لذا هر نوع سند عادی یا رسمی که به صورت مستقیم به امور بانکی هم ارتباط نداشته باشد و مورد نیاز دادگاه باشد باید در اختیار دادگاه قرارگیرد. مخاطبین این مواد قانونی ادارات و شرکت‌های دولتی و عمومی است بنابراین تنها بانک‌های دولتی هم با چنین الزامی روبرو هستند اما بانک‌های خصوصی نه تنها می‌توانند بلکه موظفند با استناد به اصل رازداری بانکی از صرف درخواست دادگاه‌ها مبنی بر ارائه اطلاعات و اسناد بدون صدور حکم قطعی قضایی خودداری کنند.[3]

۹ـ۳. دعاوی میان بانک و مشتریان

در دعاوی حقوقی وظیفه ارائه دلایل بر عهده خواهان است. در این بین ممکن است بانک برای اثبات ادعای خود در برابر مشتری اطلاعاتی را در اختیار دادگاه قرار دهد که از مصادیق اسرار محرمانه بانکی محسوب شود. با توجه به این که این ارائه اطلاعات نه به استناد حکم قضایی و نه به دستور مستقیم دادگاه صورت می‌گیرد، این سئوال مطرح می‌شود که آیا بانک حق دارد چنین اقدامی را انجام دهد یا خیر. به نظر می‌رسد که به موجب قسمتی از اصل حق دفاع برای طرفین دعوا که یکی از نتایج اصل تناظر در دادرسی است، هر یک از اصحاب دعوی باید امکان و فرصت طرح ادعا، ادله و

۱. حساب‌های خصوصی افراد در بانک‌ها جزء حقوق ملت، مندرج در فصل سوم ق.ا جمهوری اسلامی ایران به ویژه اصل ۲۲ آن می‌باشد و بانک‌ها به عنوان وکیل یا امین مشتریان موظفند هر گونه اطلاعات در این زمینه را جز در مواردی که قانون‌گذار ترتیب خاص دیگری برای ارائه اطلاعات راجع به حساب‌های خصوصی افراد در بانک‌ها معین نموده باشد، فقط با درخواست صاحب حساب یا بر اساس استعلام و یا حکم قضایی دادگاه صالح ذی‌ربط ارائه نمایند.

۲. مواد ۲۱۲،۲۱۳ و ۲۲۵ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۴۴ قانون دیوان عدالت اداری.

۳. اداره آموزش و مدیریت بانک ملی ایران، حقوق بانکی، جلدهای ۱ و ۲، تهران، انتشارات بانک ملی ایران، ۱۳۸۶، ص. ۵۲.

استدلال‌های خویش را داشته باشد. دادگاه عالی انتظامی قضات نیز در حکم شماره ۴۳۴۲ ـ ۱۳۲۷/۵/۲۲ از این اصل به عنوان یکی از اصول اساسی و عناصر اصلی عموم دعاوی یاد می‌کند.[۱] بانک نیز به عنوان یک شخص حقوقی از کلیه حقوق اشخاص حقیقی برخوردار است. بنابراین در مقام دفاع از ادعاهای خود می‌تواند هر گونه اسناد و اطلاعاتی را به دادگاه تسلیم کند؛ مشروط بر این که اطلاعات ارائه‌شده مربوط به دعوی جاری و مؤثر در اثبات ادعای بانک باشد.

خروج از دایره رازداری در دعاوی میان بانک و مشتری علاوه بر الزامات حقوقی، مطابق با یک معیار اجتماعی نیز صورت می‌گیرد. مطابق با یک اصل اجتماعی، اگر در امور شخصی رازی به شکلی باشد که موجبات تضییق و ظلم و ستم به دیگری را فراهم آورد، مجاز به افشا است. آموزه‌های دینی نیز آن را مجاز دانسته است.[۲]

۹ـ۴. الزام به افشا در خصوص مبارزه با برخی جرایم

اصول ۴۶ و ۴۷ و ۴۹ ق.ا و همچنین ماده ۶۶۲ ق.م.ا مصوب ۱۳۷۵ و مواد ۳۶ و ۴۷ و ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ همگی به مسأله پول‌شویی و ثروت‌های نامشروع اشاره دارند.[۳] مؤسسه‌های مالی موظفند بر حسب دستورالعمل‌های مربوطه در این قوانین و قانون مبارزه با پول‌شویی مصوب ۱۳۸۶ به شناسایی مشتریان خود و ذی‌نفع واقعی معاملات بپردازند و پس از احراز هویت وی و در نظر گرفتن اساسنامه و سرمایه آن، تمام معاملات او را با دقت زیر نظر گرفته و هرگونه معاملات یا نقل و انتقال وجوه را که با توجه به سرمایه و فعالیت‌های وی و عوامل مذکور در دستورالعمل‌ها به نظر مشکوک می‌رسد، به مقامات ذی‌صلاح گزارش دهند.[۴] در این راه به ناچار اصل رازداری بانکی مخدوش خواهد شد. البته در این قانون باید مشخص شود که شورای مبارزه با پول‌شویی تا چه اندازه می‌تواند در حریم خصوصی و اسرار بانکی افراد دخالت کند. زیرا تعیین چارچوب مشخص قانونی در خصوص این دخالت‌ها مانع از خودسری‌های دولت و فرار سرمایه‌ها به خارج از کشور خواهد شد.[۵]

۱. شاهچراغ، سیدحسین، «معیارهای تمیز اصول دادرسی از تشریفات در رسیدگی‌های حقوقی»، تعالی حقوق، سال دوم، شماره ۷، ۱۳۸۹، ص. ۱۹.

۲. آیات ۲۸۳ و ۱۵۹ سوره بقره به وجوب افشای اسرار پرخطر اختصاص دارد. همچنین جواز افشای اسرار دیگری، در مواقع دادخواهی از بارزترین دلایل افشای اسرار دیگری در آیات الهی است (آیه ۴۸ نساء).

۳. غلامی، علی؛ و سید محمدعلی پوربخش، «مبارزه با پول‌شویی در قوانین ایران و اسناد بین‌المللی»، مطالعات اقتصاد اسلامی، سال چهارم، شماره اول، ۱۳۹۰، ص. ۱۴۴.

۴. پورقهرمانی، بابک، «پول‌شویی و لایحه مبارزه با جرم پول‌شویی»، رواق اندیشه، شماره ۲۱، ۱۳۸۲، ص. ۹۰.

۵. شایگان، فرهاد، «آشنایی با مفهوم پولشویی در اسناد بین‌المللی و حقوق داخلی ایران»، کانون وکلا، شماره ۲۱۰، ۱۳۸۹، ص. ۱۸۹.

۹ـ۵. الزام به افشا در خصوص جلوگیری از فرار مالیاتی

یکی از ارکان ضعف سیستم مالیاتی کشور می‌تواند عدم شناخت مؤدیان و مستند نبودن میزان درآمد آنها باشد که موجب فرارهای مالیاتی در سطحی وسیع شده است. اصلاح این روند نیازمند وضع قوانین خاص در خصوص کسب اطلاعات مالی افراد از بانک‌ها با هدف شناسایی کامل درآمدهای مؤدیان مالیاتی است.[۱] در ماده ۲۳۱ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۶۶ عنوان شده است که در مواردی که مأموران تشخیص کتباً از وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی و عمومی غیردولتی، اطلاعات و اسناد لازم را در زمینه فعالیت و معاملات و درآمد مؤدی بخواهند، مراجع مذکور مکلفند هرگونه اطلاعات لازم را در اختیار آنان قرار دهند، مگر اینکه مخالف مصالح مملکتی باشد. اما تبصره همین ماده در مورد بانک‌ها، وزارت امور اقتصادی و دارایی را نهاد قانونی در قبال مطالبه اسناد و اطلاعات مربوط به درآمد مؤدی و از طریق دادستان کل کشور معرفی کرده است. بنابراین ضرورت وجود حکم دادستانی که به نوعی حکم قضایی محسوب می‌شود، مطابق و همسو با قواعد عام راجع به افشای اطلاعات بوده و درخواست‌های خارج از این روند غیرقانونی محسوب می‌شود. ماده ۳۰ قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب ۱۳۸۷ که به مدت ۵ سال به اجرای آزمایشی گذاشته شد نیز کلیه بانک‌ها، مؤسسات و تعاونی‌های اعتباری، صندوق‌های قرض‌الحسنه و صندوق تعاون را مکلف نموده است تا صرفاً اطلاعات و اسناد لازم مربوط به درآمد مؤدیان که در امر تشخیص و وصول مالیات بر ارزش افزوده (و نه بیشتر) را که مورد استفاده است، حسب درخواست رئیس کل سازمان امور مالیاتی کشور به سازمان مزبور اعلام نمایند. این ماده مؤسسات مذکور را در صورت عدم ارائه اطلاعات مسئول جبران زیان وارده به دولت دانسته است.[۲]

۱۰. مسئولیت بانک در قبال افشای اطلاعات مشتری

اگر تعهد بانک به رازداری در قبال مشتریان خود مبتنی بر یک قرارداد باشد، به استناد اصل نسبی بودن قراردادها آثار عقد صرفاً بر طرفین عقد بار شده و آنها مسئول اجرا و یا تخلف از تعهدات قرارداد هستند. در این بین تفاوتی میان بانک‌های خصوصی و دولتی نیست. مشتری می‌تواند به استناد تعهدات قراردادی به صورت مستقیم به بانک مراجعه کرده و مطالبه خسارت نماید. بانک نیز پس از پرداخت حق مشتری می‌تواند با

۱. رستمی، ولی، «حقوق مؤدیان مالیاتی»، فصلنامه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، شماره ۱، ۱۳۸۸، ص. ۱۱۰.
۲. همان، ص. ۱۱۶.

اثبات تقصیرِ فردی مدیر یا کارمندِ افشاکننده به او مراجعه کرده و آنچه کـه پرداختـه از او مطالبه نماید. او می‌تواند به صـورت مسـتقیم فـرد خـاطی را نیـز خوانـده قـرارداده و خسارت را از او بخواهد و بانک و کارمند افشاکننده متضامناً مسئول شناخته مـی‌شـوند، بانک از باب مسئولیت قراردادی و کارمند از باب ضمان قهری مسئول خواهد بود. اما اگر میان بانک و صاحب راز قراردادی وجود نداشته باشد، همانند اینکه بانک از اسرار شریک مشتری خود و یا مشتریان سایر بانک‌ها در حین رابطه با طرف قراردادِ خود اطلاع پیـدا کرده باشد، همچنان ملزم به رازداری است، وگرنه مسئول خواهد بود. نمـی‌تـوان چنـین مسئولیتی را یک مسئولیت قراردادی دانست، زیرا هیچ قراردادی میـان بانـک و شـخص ثالث وجود ندارد. بنابراین مسئولیت بانک در اینجا یک مسئولیت غیرقراردادی بـر پایـه تقصیر است و الزام به جبران خسارت یک تکلیف عمومی شناخته می‌شود. در این فرض میان بانک‌های دولتی به عنوان بخشی از بدنه دولت و بانک‌های خصوصی اندکی تفـاوت قانونی وجود دارد. مطابق مواد قانون مسئولیت مـدنی، مسـئولیت بانـک‌هـای خصوصـی مسئولیتی مبتنی بر تقصیر به عنوان یک شخصیت مستقل است. در استناد بـه مـاده ۱ قانون مسئولیت مدنی تقصیر سازمانی، مدیریتی، اداری و مسئولیت حقیقی بانک مدنظر است، به نحوی که خطای تصمیم‌گیری نهاد مدیریتی بانک به عنوان نماینـدگان افعـالی شخص حقوقی را مد نظر دارد و در ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی به منظور حمایـت از زیان‌دیده فرض تقصیر و فرض بی‌احتیاطی بر بانک‌ها تحمیل می‌شود. اما در هر دو مورد مسئولیت خاطی اصلی به استناد ماده۱ قانون مسئولیت مدنی هنوز پابرجاست و از ایـن حیث بانک می‌تواند به مدیر تصمیم‌گیرنده و یـا کارمنـد مقصـر مراجعـه نمایـد. امـا در خصوص بانک‌های دولتی، حکم قانون متفاوت است. گرچه شخصیت حقوقی بانـک‌هـای دولتی مستقل از دولت بوده و بانک‌ها مستقلاً مسـئول انجـام تعهـدات خـود هسـتند و مطابق با رأی وحدت رویه شماره ۳۹۵۳۲ مـورخ ۱۳۶۱/۴/۱۶ دعـاوی بانـک‌هـا دعـوی دولتی محسوب نمی‌شود، همچنین تشکیلات اداری و داخلی بانک‌ها تابع قوانین خـاص خود بوده و مشمول ضوابط مربوط به شرکت‌های دولتی نیست. با این حـال بانـک‌هـای مورد بحث ما جزء مؤسسات حقوقی عمومی محسوب شده و بخشی از بدنه دولت اسـت. لذا مسئولیت دولت ناشی از فعل دیگری (کارمندان) در این خصوص بـا بخـش خصوصـی متفاوت است. بنابراین بانک‌های دولتی در خصوص کارمندان صرفاً طبق شـرایط مـاده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی یعنی در صورت ورود خسـارت توسـط کارمنـدان ناشـی از نقـص وسایل اداره اقدام به پذیرش مسئولیت نموده است که از این حیث در نظام حقـوقی مـا، خلاء قانونی وجود دارد. اما در صورتی که به دلیل خطای تصـمیم‌گیـری و مـدیریتی در بانک‌ها، اطلاعات مالی اشخاص منتشر شود می‌توان بانک را جـدا از شخصـیت حقـوقی

مدیرانش به استناد ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی مورد مؤاخـذه مسـتقیم قـرار داد. امـا می‌توان با استناد به بند ج مـاده ۳۵ قـانون پـولی و بـانکی کشـور کلیـه خسـارات را از بانک‌های دولتی نیز مطالبه نمود.

نتیجه‌گیری

حقوق ایران مکتب مطلق‌گرایی را مبنایی برای رازداری حرفه‌ای قرار داده و در کنار اخلاق حسنه، حریم خصوصی را نیز محترم شمرده است. یکی از شروط ضمنی عرفی و یا بنایی را باید منبع رازداری و رابطه متعهدانه میان بانک و مشتری دانست و در صورتی که چنین رابطه‌ای موجود نباشد این الزام ناشی از قانون خواهد بود. با توجه به ضروریات و نیازهای اجتماعی و به خصوص مقابله با فعالیت‌های مجرمانه از قبیل قاچاق مواد مخدر، تروریسم، پول‌شویی، فرار از مالیات و غیره، رازداری بی‌گمان نسبی است و دارای استثنائاتی است. از این رو به حکم قانون، مراجع قضایی، دعوای بین بانک و مشتری، مبارزه با پول‌شویی، تبادل اطلاعات بین بانک‌ها و مانند آن، برای اجرای الزام قانونی یا تسهیل انجام وظایف ناشی از قانون و همین طور وظایف نظارتی مبارزه با جرایم و پول‌شویی، این تعهد برداشته می‌شود. تحدید سیستم محرمانگی بانکی و مخدوش شدن حریم خصوصی بانکی افراد صرفاً باید در حدود حفظ مصالح اجتماعی و مملکتی صورت گیرد. در نتیجه باید با وضع قوانین صریح و شفاف، از افشای افسارگسیخته اطلاعات مالی و شخصی افراد جلوگیری نمود. استعلام اطلاعات نیز باید به صورت موردی صورت گیرد، زیرا استعلام اطلاعات بانکی مشتریان به صورت کلی یا گروهی در عمل منتهی به نقض تعهد عام بانک‌ها در قبال مشتریان مبنی بر رازداری بانکی و از بین رفتن اعتماد سرمایه‌گذاران خواهد شد.

بی‌گمان افشای اطلاعات مربوط به مشتری، خسارات جبران‌ناپذیری را به وی وارد می‌سازد. از این رو در صورتی که اطلاعات مربوط به مشتری به صورت غیرقانونی توسط بانک افشا شود، وی می‌تواند دعوایی برای جبران خسارات وارده متضامناً علیه بانک و فرد افشاکننده طرح کند. مسئولیت بانک از این حیث یک مسئولیت قراردادی است و افشاکننده از باب ضمان قهری مسئول شناخته می‌شود. اما اگر قراردادی در میان نباشد و مسئولیت خارج از قرارداد حادث گردد، بسته به دولتی یا خصوصی بودن بانک‌ها، با در نظر گرفتن ماده ۳۵ ق.پ.ب.ک و مواد ۱۱ و ۱۲ قانون مسئولیت مدنی روش‌های جبران نیز متفاوت است. همچنین نقض تعهدات محرمانه توسط یک بانک به منزله نقض قرارداد و یا تعهدات ناشی از قانون است که مشتری حق تقاضای فسخ فوری روابط معاملاتی با بانک و به ادعای خسارت وارده را دارد. لذا قانون‌گذار نه تنها در بحث وجودی، بلکه در خصوص آثار و مسئولیت‌ها نیز باید ورود داشته باشد و با توجه به اهمیت موضوع در کنار پرداختن به ضمانت‌اجراهای کیفری و انضباطی به بیان ضمانت اجراهای مدنی نیز در قبال افشای اطلاعات بانکی بپردازد و این گونه ضمانت‌اجراها را به قواعد عام مدنی و تجاری نسپارد.

منابع

- احمدیان، اسدالله، قواعد و احکام حفاظت و اطلاعات، تهران، زمزم هدایت، ۱۳۸۹.
- اداره آموزش و مدیریت بانک ملی ایران، حقوق بانکی، جلدهای ۱ و ۲، تهران، انتشارات بانک ملی ایران، ۱۳۸۶.
- أدیب، میاله؛ و می محرزی، «السریة المصرفیة فی التشریع السوری»، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادیة و القانونیة، المجلد ۲۷، العدد الأول، ۲۰۱۱.
- استنلی، پائول، حقوق حفظ اسرار، ترجمه محمدحسین وکیلی مقدم، تهران، انتشارات همگان، ۱۳۹۱.
- ایلداری، سهیل، «چالش رازداری بانکی در بهشت امن سرمایه‌داران»، روند اقتصادی، شماره ۱۲، ۱۳۸۴.
- پورقهرمانی، بابک، «پول‌شویی و لایحه مبارزه با جرم پول‌شویی»، رواق اندیشه، شماره ۲۱، ۱۳۸۲.
- تاج‌الدین، میاده صلاح‌الدین، السریة المصرفیة: آثارها وجوانبها التشریعیة، مجلد ۳۱، دراسة مقارنة لعدد من الدول الأجنبیة والعربیة، کلیة الإدارة و الاقتصاد، جامعة الموصل، ۲۰۰۰.
- جعفری، امین، «اسرار حرفه‌ای و حقوق کیفری اقتصادی و تجاری»، فقه و حقوق، سال چهارم، شماره ۱۴، ۱۳۸۶.
- جمالی، جعفر؛ و علی زارع، «تعهد بانک‌ها به حفظ اسرار مشتریان و عملیات تبدیل دارایی به اوراق بهادار»، راهبرد، سال بیستم، شماره ۵۸، ۱۳۹۰.
- خاوری، محمودرضا، حقوق بانکی، تهران، مؤسسه بانک‌داری بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۲.
- رستار، حسن، «اسرار حرفه‌ای در نزد بانک‌دار»، مجموعه حقوقی، شماره ۹۴، ۱۳۷۱.
- رستمی، ولی، «اقتدارات و اختیارات دستگاه مالیاتی در حقوق مالیاتی ایران»، فصلنامه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۳، ۱۳۸۷.
- ـــــــــــ ، «حقوق مؤدیان مالیاتی»، فصلنامه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، شماره ۱، ۱۳۸۸.
- رهبری، ابراهیم، «نقش قراردادهای محدودکننده در حمایت از اسرار تجاری مطالعه در حقوق آمریکا، انگلستان، فرانسه و ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۰، ۱۳۸۸.
- شاهچراغ، سیدحسین، «معیارهای تمیز اصول دادرسی از تشریفات در رسیدگی‌های حقوقی»، تعالی حقوق، سال دوم، شماره ۷، ۱۳۸۹.
- شایگان، فرهاد، «آشنایی با مفهوم پولشویی در اسناد بین‌المللی و حقوق داخلی ایران»، کانون وکلا، شماره ۲۱۰، ۱۳۸۹.

- صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی اشخاص و اموال، جلد اول، تهران، میزان، ۱۳۸۷.
- صفایی، سیدحسین؛ و سید مرتضی قاسم‌زاده، حقوق مدنی اشخاص و محجورین، تهران، سمت، ۱۳۸۶.
- العجمی، مناع سعد، حدود التزام البنک بالسریه المصرفی هو الآثار القانونیه المترتبه عند الکشف عنها، رساله الماجستیر فی القانون تخصص القانون الخاص، جامعه الشرق الاوسط، ۲۰۱۰.
- غلامی، علی؛ و سید محمدعلی پوربخش، «مبارزه با پول‌شویی در قوانین ایران و اسناد بین‌المللی»، مطالعات اقتصاد اسلامی، سال چهارم، شماره اول، ۱۳۹۰.
- قماشی، سعید، «بررسی جرم افشای اسرار حرفه‌ای»، دادرسی، شماره ۵۸، ۱۳۸۵.
- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی اموال و مالکیت، تهران، میزان، ۱۳۸۶.
- مختارنامه، زهرا، مسئولیت مدنی اشخاص حقوقی حقوق خصوصی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شیراز، ۱۳۹۰.
- لفته، نصیرصبار؛ و ذکری محمدحسین الیاسین، الحمایه القانونیه للسریه المصرفیه فی التشریع العراقیه، مجله القانون المقارن، العدد ۴۷، ۲۰۰۷.

- Angel, John; and Chris Reed, Computer Law, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- Aubert, Maurice, "The Limits of Swiss Banking Secrecy under Domestic and International Law", Berkeley Journal of International Law, Vol. 2, Issue 2, Fall 1984.
- Bauen, Marc; and Nicolas Rouiller, Swiss Banking, Schulthess, Zurich, Basel, Geneva, 2013.
- Chaikin, David, "Adapting the Qualifications to the Banker's Common Law Duty of Confidentiality to Fight Transnational Crime", Sedney Law Review, Vol. 33, 2011.
- Chaikin, David. "Policy and fiscal effects of Swiss Bank Secrecy", Revenue Law Journal, Vol. 15, Issue1, 2005.
- Franz, David; and Ong Lim, "Bank Secrecy Law: A Historical and Economic Analysis", Philipian Law Journal, Vol. 77, 2002.
- Grassi, Paolo; and Daniele Calverese, "The Duty of Confidentiality of Banks in Switzerland: Where It Stands and Where It Goes", Pace International Law Review, Vol. 7, Issue 2, 1995.

- Guex, Sébastien, "The Origins of the Swiss Banking Secrecy Law and Its Repercussions for Swiss Federal Policy", The Business History Review, Vol. 74, No. 2, 2000.
- Powers, Paul, "Defining the Undefinable: Good Faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", Journal of Law and Commerce, Vol. 18, No. 2, 1999.
- Szarmach, Laura, "Piercing the Veil of Bank Secrecy? Assessing the United States", Settlement in the UBS Case", Cornell International Law Journal, Vol. 43, 2010.
- The European Banking Federation. "Report on Banking Secrecy-European Banking Federation (Anti-Fraud and Anti-Money Laundering Committee & Fiscal Committee", Brussels, 2004.

شناسه دیجیتال (DOI): 10.22106/jlj.2017.26775

اصل تناسب تأمین و جایگاه آن در نظام دادرسی کیفری ایران

محمدعلی رجب*

چکیده

صدور قرار تأمین کیفری یکی از اقدامات و اختیارات مقام قضایی در فرآیند رسیدگی کیفری و به ویژه در مرحله تحقیقات مقدماتی است. از الزامات حاکم بر تأمین کیفری، تناسب آن است. تناسب تأمین کیفری باید به مثابه یکی از راهکارها برای محدود و مهارکردن اعمال اقتدار عمومی در موارد غیرضروری سنجیده شود. جان کلام اصل تناسب این است که تأمین کیفری ـ مانند هر تصمیم و اقدام دیگری که از مقامات عمومی صادر می‌شود ـ باید محدود به مورد ضروری و صرفاً در حدود آن ضرورت بوده و از حد لازم برای تمهید هدفی که دنبال می‌کرده است، فراتر نرود. بنابراین، اگر هدف اصیل، تضمین حضور و دسترسی به متهم است، در هر مورد که می‌شود با توجه به شرایط و اوضاع و احوال خاص آن مورد، با اخذ تأمین سبک‌تر این هدف را برآورده نمود، باید به همان بسنده شود. این نوشتار، بسط مفهومی تناسب و ارتباط آن با دیگر اصول و قواعد حقوق عمومی را تحلیل می‌کند و سپس با مروری بر رویه تقنینی و قضایی برخی کشورها، تحلیل ضابطه‌های تناسب تأمین را در نظام دادرسی کیفری ایران مورد بحث قرار می‌دهد.

کلیدواژه‌ها: تأمین، تناسب، آیین دادرسی کیفری، دیوان اروپایی حقوق بشر.

* دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه تهران Ma.rajab@ut.ac.ir

تاریخ دریافت: ۹۴/۰۲/۲۲ تاریخ پذیرش: ۹۴/۰۷/۰۸

مقدمه

تأمین کیفری یکی از قرارهای تمهیدی است که برای تضمین حضور و دسترسی به متهم در تمام مراحل تحقیقات مقدماتی، رسیدگی و اجرای حکم، صادر می‌گردد.[1] قرار تأمین در ماهیت خود، با تحدید حقوق و آزادی‌های متهم ملازمه دارد؛ تا آنجا که قرار تأمین اصلی را قرار بازداشت موقت دانسته و سایر قرارهای تأمین را جانشین‌های قرار بازداشت شمرده‌اند.[2] از این رو، صدور قرار تأمین کیفری پیش از محکومیت قطعی برای متهم چالشی میان حقوق دفاعی متهم و آزادی شهروندان از یک سو، و پیشبرد اهداف نظام عدالت کیفری و تأمین فرآیند رسیدگی سریع و کارآمد از سوی دیگر است. اصل تناسب تأمین، راهکاری میانه برای حل این چالش است. به این معنا که هرچند اهداف موردنظر در رسیدگی کیفری ـ از جمله دسترسی به متهم برای به انجام رساندن تحقیقات به‌هنگام و جامع ـ اقتضا دارد که بخشی از آزادی‌های متهم تا حدی تحدید گردد، لیکن این محدودیت نباید حقوق و امنیت قضایی شهروندان را با تهدید جدی مواجه سازد؛ بلکه باید محدود به حدود ضرورت و متناسب با آن صادر گردد.

هرچند اصل تناسب تأمین کیفری از ابتدا مورد توجه قوانین و نظام حقوقی ایران قرار گرفته است، لیکن مفهوم، معیار، گستره و خصوصاً، جایگاه آن در نظام حقوقی ایران چندان مورد کنکاش قرار نگرفته است. از این منظر مقاله حاضر برآن است تا نشان دهد از سویی، مفهوم، کارکرد و معیارهای اصل تناسب تأمین چیست و از سوی دیگر، زمینه‌های قانونی برای پذیرش و اجرای قاعده در نظام کیفری ایران، هم از حیث سابقه تاریخی در قوانین پیشین و هم از جهت قانون آیین دادرسی کیفری کدام است. بدین منظور، در بند نخست، ضمن بررسی دکترین حقوقی و اسناد بین‌المللی، به تبیین مفهوم و معیارهای اصل تناسب به طور کلی خواهیم پرداخت و در بند دوم، بازتاب تناسب تأمین در نظام حقوق کیفری ایران را بررسی خواهیم کرد.

۱. مفهوم و معیارهای اصل تناسب

در این بند ابتدا مفهوم تناسب در مورد تصمیمات و اقدامات مقامات عمومی را بررسی می‌کنیم و سپس، معیارهای ارائه‌شده برای ارزیابی و احراز تناسب را با نگاهی تطبیقی در دیگر نظام‌های حقوقی و خصوصاً رویه دیوان اروپایی حقوق بشر تحلیل می‌نماییم.

۱. خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، چاپ سوم، تهران، شهر دانش، ۱۳۸۸، صص. ۱۸۹ و ۱۹۰.
۲. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد ۲، چاپ دهم، تهران، سمت، ۱۳۸۸، صص. ۲۵۹ و ۲۶۴.

۱ـ۱. مفهوم تناسب

کانون تمرکز مفهوم تناسب، محدود کردن دامنه شدت و شمول اقدامات مقام عمومی است. به همین دلیل است که مفهوم تناسب از حقوق مخاصمات مسلحانه[۱] تا مقررات ناظر به استفاده از زور در مواجهه با شورش‌های داخلی و قواعد حقوق کیفری (اعم از داخلی یا بین‌المللی) مطرح می‌شود.[۲] تذکر اینکه، تناسب یک اصل حقوقی است[۳] که در تمام مواردی که برخوردی میان یک قدرت ورای اراده فرد با حقوق و آزادی‌های مشروع فرد مطرح می‌شود، مورد توجه قرار می‌گیرد و به تبع آن حوزه، رنگ خاص آن را به خود می‌گیرد. با این حال، خاستگاه نظری اصل تناسب را باید در توصیف منشأ و مشروعیت قدرت سیاسی دید. در واقع، مبنای نظری اصل تناسب بیش از آنکه در نظریه کیفری و حتی نظریه حقوقی استوار گردد، ریشه در نظریه سیاسی دارد.[۴] به تبع آن، جایگاه اصل تناسب را باید در بخشی از حقوق جست که عهده‌دار تنظیم روابط

۱. برای نمونه ر.ک: ژان ماری؛ و لوییس دوسوالد بک، حقوق بین‌المللی بشردوستانه عرفی، ترجمه دفتر امور بین‌الملل قوه قضاییه و کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، جلد ۱، چاپ دوم، تهران، مجد، ۱۳۹۱، صص. ۱۲۱ به بعد.

2. Sullivan, Thomas; and Richard Frase, Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions, New York, Oxford University Press, 2009, pp. 15-35.

۳. منظور از اصل حقوقی، هنجاری عام، کلی و بنیادین است که بر اساس مبانی یک نظام حقوقی و برگرفته از آن، چارچوب‌های کلی آن نظام را شکل می‌دهد و بر آن حکومت می‌کند و گاه خود منشأ وضع چندین قاعده حقوقی دیگر می‌شوند. قاعده حقوقی (Legal Rule) ناظر به هنجارهایی است که وضع شده و متضمن حکمی الزام‌آور (باید/نباید) است که دارای ضمانت اجرای معین است. قاعده حقوقی یا اجرا می‌شود یا نقض می‌شود. از حیث سلسله مراتب، فروتر از اصل می‌نشیند و در صورت تعارض، مغلوب آن می‌شود. در تعریفی دیگر، اصول کلی حقوق، به معنای مفاهیمی تلقی شده‌اند که حاوی ارزش‌ها و معیارهای بنیادین یک نظام حقوقی است و قواعد تشکیل‌دهنده نظام حقوقی، حول محور این اصول شکل می‌گیرد. در این باره ر.ک: صادقی، محسن، اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، تهران، میزان، ۱۳۸۴؛ بولانژه، ژان، «اصول کلی حقوق و حقوق موضوعه» ترجمه علیرضا محمدزاده، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۶، بهار ۱۳۷۶.

۴. برای دیدن تحلیلی از تعامل نظریات سیاسی با حقوق کیفری ر.ک:
Fletcher, George, Political Theory and Criminal Law, Criminal Justice Ethics, Vol. 25, 2006, pp. 18−38.
اخیراً ترجمه فارسی این مقاله نیز منتشر شده است: فلچر، جورج، «نظریه سیاسی و حقوق کیفری»، ترجمه بهمن خدادادی و زینب‌السادات نوابی، در: اصل حداقل بودن حقوق جزا (مجموعه مقالات زیر نظر حسین غلامی)، تهران، میزان، ۱۳۹۳، صص. ۲۰۱ ـ ۱۳۹. سایر مقالات مندرج در این کتاب نیز در این زمینه قابل توجه است. در نظریه‌های سیاسی لیبرترین و لیبرال که فرد مرکزیت داشته، حفظ حقوق و آزادی عمل فردی اولویت و اصالت دارد، مداخله دولت به مثابه یک شر ضروری تصویر می‌گردد که دائماً محکوم به تفسیری حداقلی و استثنایی است. در مقابل می‌توان از نظریات جماعت‌گرایانه (communitarian) و کمال‌طلب (perfectionist) یاد کرد. همچنین ر.ک به: همپتن، جین، فلسفه سیاسی، ترجمه خشایار دیهیمی، تهران، طرح نو، ۱۳۸۹؛ امامی، حبیب، حقوق کیفری و فرمانروایی سیاسی، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، ۱۳۹۲، صص. ۸۳ ـ ۵۲.

نابرابر و اقتداری است؛ یعنی، حقوق عمومی. در عین حال، اصل تناسب مستقل از مبنای سیاسی مورد نظر به مثابه یک نتیجه منطقی عقلی قابل استنتاج به نظر می‌رسد. در واقع، هرچند از حیث مبانی نظریات سیاسی مختلف، حدود اعمال اقتدار و مداخله حاکمیتی دولت می‌تواند بسیار متغیر و متفاوت باشد، این همه در یک نکته مشترک‌اند و یا دست‌کم نمی‌توانند از آن عدول کنند که مداخله دولت، هدفی را دنبال می‌کند و به هر روی، این مداخله باید با برآوردن این هدف «متناسب» باشد. در واقع، مسأله تناسب نتیجه منطقی اصل ضرورت است، چراکه مدلول اصل ضرورت در حوزه حقوق عمومی این است که اعمال قدرت عمومی، امری استثنایی و خلاف اصل است که مجاز نیست مگر در مورد ضرورت. یعنی جواز امر استثنایی تا جایی است که ضرورت موجب جواز آن استثنا، اجازه می‌دهد و این بیان، چیزی جز همان تناسب نیست. سابقه فقهی نیز با این استدلال اگر نه هم‌مبنا، دست‌کم همسو است. اصل بر عدم ولایت است. به بیان دیگر، اصل بر این است که اراده کسی بر دیگری ترجیح ندارد،[1] لذا خروج از این اصل، امری استثنایی است که جز در مورد ضرورت استثنا، جایز نیست و بدیهی است که در استثنا باید به قدر متیقن و محل تصریح استثنا بسنده نمود و از حدودی که ضرورت اقتضا دارد، فراتر نرفت: الضروره لاتقدر الا بقدرها. به بیان دیگر، در تقریر فقهی این موضوع هرگاه احراز کردیم که امری استثنایی و ضروری است، حدود جواز آن امر ضروری تابع حدود ارتفاع ضرورت است و فراتر از آن غیرمجاز خواهد بود.[2] در واقع، اصل تناسب در پیوند با سایر اصول حاکم بر حقوق عمومی، به ویژه اصل ضرورت، اصل عدم صلاحیت، اصل قانونیت و اصل لزوم رعایت تشریفات و بالاخره، اصل قابلیت اعتراض تصمیمات مقامات عمومی معنا می‌یابد.[3]

۱. برای دیدن تقریرهای دیگر درباره محتوای اصل عدم ولایت و نقد و بررسی مبانی متفاوتی که در فقه شیعه ابراز شده است، ر.ک: سروش محلاتی، محمد، «اصل عدم ولایت»، مجله علوم سیاسی، دانشگاه باقرالعلوم، شماره ۲۵، بهار ۱۳۸۳، صص. ۷۲ ـ ۶۳. نویسنده مقاله اخیرالذکر معتقد است که برخلاف رویکرد آزادی‌محور بر مبنای انسان‌شناختی لیبرال، اصل عدم ولایت از حیث منطق کلام شیعی در اصل توحید و انحصار ولایت تکوینی و تشریعی به خداوند ریشه دارد (ر.ک: کدیور، محسن، حکومت ولایی، چاپ پنجم، تهران، نشر نی، ۱۳۷۸، صص. ۲۴۵ ـ ۲۴۲.)

۲. در این باره لازم به یادآوری است که حتی اگر ریشه اصل عدم ولایت در مبانی فقهی و کلامی شیعه را تمکین به ولایت انحصاری و اختصاصی خداوند بدانیم، باز هم این مبنا دست‌کم از حیث نظری، منافاتی با این ندارد که بنابر جعل و تشریع خداوند، هر فرد را مالک و صاحب اختیار سرنوشت خود تلقی کنیم و از این منظر، اعمال ولایت غیر را بالاصاله، و نه بالعرض، ممنوع بدانیم.) به نظر، ظاهر انشای اصل ۵۶ قانون اساسی نیز همین نگاه را بازتاب می‌دهد. ر.ک: ورعی، سیدجواد، مبانی و مستندات قانون اساسی به روایت قانون‌گذار، قم، انتشارات دبیرخانه مجلس خبرگان، ۱۳۸۵، صص. ۳۵۹ ـ ۳۵۱).

۳. مفاهیمی چون ضرورت تضمین قلمرو صلاحیت‌ها و مسأله بنیادین حاکمیت قانون یا دولت قانون‌مدار (دولت حقوقی) و به تبع آن، اصل مسئولیت مقامات عمومی از مفاهیم بنیادین و اصول کلیدی حقوق عمومی تلقی شده است که ضامن همزیستی حقوق و آزادی‌های شهروندان از یک سو و اقتدار سیاسی لازم برای اداره امور

۱ـ۲. معیارهای تناسب تأمین کیفری

بنابر آنچه گفته شد، اخذ تأمین کیفری اساساً یک اقدام مقام عمومی تلقی می‌شود و بر همین اساس، آنچه که در مورد تمام مقامات عمومی متصور است و در بالا به اختصار اشاره شد، در این خصوص نیز حاکم است؛ یعنی تحلیل عمل در چارچوب دو اصل ضرورت و تناسب. بنابراین می‌توان گزاره‌هایی کلی را در مورد نهاد تأمین کیفری مطرح نمود.

- منحصر است به موارد معین قانونی: وصرفاً از سوی مقاماتی که قانون اجازه داده است.
- لزوماً باید در صورتی اخذ شود که ضرورت آن توسط مقام قضایی احراز گردد.
- می‌بایست با حدود ضرورت متناسب باشد و از آن میزان تجاوز نکرده، و متناسب با آن حداقل تضییق ممکن در حقوق و آزادی فرد مورد قرار را ایجاد نماید (در این معنا مفهوم تناسب نمی‌تواند بدون توجه به مفهوم ضرورت تبیین شود.)
- با طی فرآیند قضایی شفاف و مقرر در قانون، اخذ و طی قرار مکتوب و قابل اعتراض به شخص مورد قرار، کتباً تفهیم و ابلاغ گردد.[1]

در واقع، تأمین کیفری را نباید «استحقاق» مرتکب دانست. تأمین کیفری اساساً نهادی است برای تضمین منافع جامعه و به طور فرعی، حمایت از حقوق بزه‌دیده. بنابراین باید به عنوان نهادی تلقی شود که برای اداره امور جامعه و پیشبرد فرآیند کیفری، ضروری است و صرفاً در حدود این ضرورت و به نحو مضیق و استثنایی و طی تشریفات معین باید مورد استفاده قرار گیرد. به همین دلیل است که تناسب اصولاً مطابق قاعده توجه به جایگزین‌ها[2] تفسیر شده است. یعنی در هر مورد باید توجه داشت که وقتی یک تصمیم مقام عمومی متناسب تلقی می‌شود که احراز شود به طور معقول جز با آن تصمیم، هدف موردنظر محقق نمی‌شد. در واقع باید به طور مستدلی نشان داده شود که آن تصمیم «آخرین راهکار» بوده و جز با آن اقدام به شکل دیگری نمی‌شد هدف مطلوب را تأمین نمود. از این منظر، نکته کلیدی، برقراری تناسب میان گستره و

← جامعه از سوی دیگر است. ر.ک: گرجی ازندریانی، علی‌اکبر، مبانی حقوق عمومی، تهران، جنگل، ۱۳۸۸، صص. ۱۵۸ ـ ۱۲۸.

۱. برای نمونه بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در خصوص سلب آزادی شهروندان، که قرار بازداشت موقت می‌تواند یکی از مصادیق آن تلقی شود، بر لزوم «انطباق با فرآیندی که در قانون پیش‌بینی‌شده باشد» تأکید فراوان دارد. بندهای ۲ و ۳ ماده ۵ دقیقاً متوجه بازداشتی است که به ترتیب، به منظور تضمین اجرای حکم یا به منظور جلوگیری از فرار متهم انجام می‌شود. ر.ک: آشوری، محمد، «مفاهیم و عدالت و انصاف از دیدگاه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر» در: حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۲، صص. ۲۹۳ به بعد.

2. Alternative-Means Proportionality; See: Cross, Noel, Criminal Law and Criminal Justice: an Introduction, London, Sage Pub, 2010, p. 40 .

شدت تأثیر اقدام مقام عمومی با اهدافی است که انتظار می‌رود آن اقـدام تـأمین نمایـد. گفته شد که هدف اصلی از اخذ تأمین، تضمین دسترسی به متهم اسـت. بـا ایـن حـال، این امر خود هدفی میانی است که اهداف دورتری را دنبال می‌کند:

- دسترسی به متهم برای کشف واقعیت ضروری است. از سویی، تکمیل تحقیقـات و کشف جرم، در غالب موارد با حضور و دسترسـی بـه مـتهم مـرتبط اسـت و از سوی دیگر، در مواردی، عدم دسترسی به متهم می‌تواند موجـب از میـان رفـتن سایر زمینه‌های کشف واقع شود. مواردی نظیر از میان بردن آثار جـرم، ارعـاب و تهدید شکات یا شهود، فراهم کردن زمینه فرار سایر مرتکبان احتمالی و ... .
- دسترسی به متهـم در برخـی جرایم بـه جریـان انـداختن دادرسـی ضـرورت می‌یابد. در این موارد، رسیدگی غیابی[1] ممنوع اسـت و نـاگزیر بایـد بـه مـتهم دسترسی داشته باشیم.
- هدف نهایی از دسترسی به متهم، تضـمین حفـظ نظـم و امنیـت جامعـه، اجـرای مجازات و جبران خسارات بزه‌دیـده اسـت. در واقـع، تمـام تـأمین‌هـایی کـه اخـذ می‌شود نهایتاً به این می‌اندیشد که مانع از حضور آزادانه شخصـی در جامعـه شـود که برای نظم و امنیت جامعـه مخـل اسـت؛ لـیکن نکتـه اینجاسـت کـه پـیش از رسیدگی کیفری و صدور حکم مبنی بر محکومیت قطعـی شـخص، چنـین امـری محرز نگردیده و لذا نباید شخص تحت تأمین کیفری را با دیـد شـخص خطرنـاک تصور نمود. با این حال، بر کسی پوشیده نیست که دست‌کم در برخی موارد صـدور قرار تأمین با توجه به حالت خطرناک متهم صورت می‌گیرد.

در اینجا، رویه قضایی برخی کشورها و نیز برخی مراجـع بـین‌المللـی در خصـوص تناسب تأمین بررسی می‌شود.

۱ـ۲ـ۱. انگلستان و ایالات متحده

اصلاحیه هشتم قانون اساسی آمریکا تـأمین «اضـافی [غیرمتناسـب]»[2] را ممنـوع کرده است. اصطلاح تأمین اضافی مندرج در اصـلاحیه هشـتم قـانون اساسـی، در رویـه قضایی (Stack V. Boyle)[3] عملاً مشابه آنچه در خصوص «آخرین راهکار» گفته شـد،

۱. عدم امکان رسیدگی غیابی در ماده ۳۶۵ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ مـورد اشـاره قـرار گرفتـه اسـت. همچنین تبصره ماده ۳۹۴ همین قانون تصریح دارد که رسیدگی غیابی در هر مورد مستلزم صـدور و انتشـار قرار رسیدگی غیابی است که قابل اعتراض است. امکان رسیدگی غیابی در ماده ۴۰۶ پیش‌بینی شده و فقـط جرایم حق‌اللهی از رسیدگی غیابی مستثنا شده است. مـاده ۱۷۴ نیـز امکـان رسـیدگی غیـابی را در مرحلـه تحقیقات مقدماتی به طور مطلق پیش‌بینی نموده است.

2. Excessive bail

3. Sammaha, Joel, Criminal Procedure, 8th ed, Belmont, Wadsworth Pub, 2010, pp. 400-401 .

تفسیر شده است.[1] برخی نویسندگان بر مبنای استقرا در آرای صادره در نظام کیفری ایالات متحده، برخی معیارها را برای احراز تناسب پیشنهاد داده‌اند:[2]

- شدت جرم
- دلایل توجه اتهام،
- پیوندهای خانوادگی متهم، شغل، وضعیت مالی، شخصیت و وضعیت روانی
- مدت حضور متهم در جامعه
- سابقه کیفری
- درخواست متهم در خصوص تأمین.

در انگلستان نیز مطابق قانون سال ۱۹۷۶ (Bail Act)[3] بازداشت متهم اصولاً استثنایی است و در مواردی قابل اعمال است که صور دیگر تأمین کافی نباشد. در این صورت دادگاه باید به نحو مستدلی نشان دهد که چرا سایر اشکال تأمین را نپذیرفته است.[4] در واقع در این نگاه، نوعی حق بر اخذ وثیقه پیش‌بینی و طرح شده است.[5] با این حال، نظام قرار تأمین در قانون عدالت کیفری (۲۰۰۳) تا حدی دستخوش تحول شده است.

۱ـ۲ـ۲. رویه دیوان اروپایی حقوق بشر

در نظام اروپایی نیز قرارهای تأمین پیش از محکومیت و خصوصاً قرارهای منتهی به بازداشت متهم، از این حیث که با مدلول مواد ۵ (حق بر آزادی) و ۶ (حق بر دادرسی عادلانه) کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در تناقض قرار می‌گیرند و حقوق و آزادی‌های متهم را از حیث «امری که در آینده ممکن است رخ دهد» و هنوز واقع نشده است، محدود می‌کند، مورد انتقاد قرار گرفته‌اند.[6]

پرادل و همکارانش،[7] با تأکید بر ریشه مفهوم تناسب در مفاهیم کلاسیک حقوق داخلی اعم از مدنی (مثلاً تعیین نفقه به تناسب نیازهای داین و توانایی مدیون) و یا کیفری (تناسب جرم و مجازات، تناسب تهاجم و دفاع در دفاع مشروع، تناسب مدت بازداشت موقت با اهمیت جرم و ضرورت تحقیقات)؛ می‌نویسند که هرچند قاعده تناسب

1. Sullivan, Thomas; and Richard Frase, Op. cit., p. 103.
2. Ibid, p. 401.
۳. در زبان انگلیسی اصولاً bail به معنای وثیقه و تضمینی است که با سپردن آن، متهم ضمن تضمین حضور خود در وقت مقرر در جریان رسیدگی از توقیف و بازداشت رهایی می‌یابد. این تضمین می‌تواند به صورت وجه التزام یا وثیقه و یا حتی کفالت باشد. بنابراین، دامنه شمول bail در زبان انگلیسی محدودتر از تعبیر «تأمین» در زبان فارسی است که ممکن است شامل توقیف فرد نیز بشود.
4. Cross, Noel, Op. Cit., p. 40.
۵. مشابه این نهاد در ماده ۵۱۵ قانون کیفری کانادا نیز دیده می‌شود.
6. Ibid, pp. 40-41.
۷. پرادل، ژان؛ و گرت کورستنز، حقوق کیفری شورای اروپا، ترجمه محمد آشوری، تهران، خرسندی، ۱۳۹۳، ص. ۴۱۰.

به تصریح در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر ذکر نشده «لیکن دیوان اروپایی حقوق بشر در اغلب موارد و از برخی مـواد کنوانسـیون چنـین مفهـومی را اسـتنتاج مـی‌کنـد.» یکـی از معیارهایی که دیوان در موجه یا غیرموجه دانستن تصمیمات مراجع ملی لحـاظ مـی‌کنـد، تناسب آن تصمیمات با ضرورت موجهه آن است. به‌بیان دیگر، «اعمال و به اجـرا گذاشـتن تدابیری که ... با لحاظ اوضاع و احوال موجود، از آنچه که ضروری است، فراتر نرود».[۱]

دیوان در دعوای زوبانی علیه ایتالیا (۱۹۹۶) معیار تناسب را چنین تعریـف کـرد کـه «باید دید آیا میان توقعات ناظر به حفظ منافع عمومی و ضرورت‌های مربوط بـه صـیانت از حقوق فردی تعادل صحیحی برقرار شده است یا خیر».[۲] این توازن میـان اهـداف بـه‌ظـاهر ناهم‌ساز در دیگر تصمیمات این دیوان نیز مورد تأکید قرار گرفته است. از جمله در پرونـده گات علیه دولت مالت (۲۰۱۰) که «مقامات داخلی باید تـوازن منصـفانه‌ای میـان اهمیـت اطاعت از دستور دادگاه در یک جامعه دموکراتیک و اهمیت حق بر آزادی شخصـی برقـرار نمایند.»[۳] در این پرونده گات به دلیل عجز از پرداخت مبلغ وثیقـه‌ای کـه بـرای وی صـادر شده بود، روانه زندان شده بود و به دنبال آن، در اعتراض به این قرار، از حیـث «نامتناسـب و بیش از اندازه» بودن مدت حبس بدل از جزای نقدی نزد دیـوان اروپـایی طـرح شـکایت نموده بود و در این راستا، عدم تعیین سقف معینی بـرای مـوارد تبـدیل جـزای نقـدی بـه حبس را از مصادیق مجازات نامتناسب و غیرانسانی قلمداد کـرده بـود.[۴] در ایـن خصـوص، دیوان، ضمن ارجاع به مواد ۳ و ۵ کنوانسیون اروپایی و ماده ۱ پروتکـل ۴ الحـاقی بـه آن، هرچند استدلال مدعی را (به دلیل عدم شدت لازم برای شمول عنـوان شـکنجه یـا رفتـار غیرانسانی) نپذیرفت[۵]، لیکن با ارزیابی موضوع تناسب به معیارهایی از قبیـل هـدف صـدور قرار، امکان تبعیت از قرار و مدت بازداشت توجه کرده و دست آخـر نتیجـه گرفـت انتظـار تأمین مبلغ مورد قرار پس از این‌کـه مـدت بازداشـت خـانگی آقـای گـات در اقامتگـاهش نزدیک به پنج سال به طول انجامیده، انتظار نامتعارف و نامتناسبی است.[۶]

۱. همان، ص. ۴۰۵.

2. CEDH, 7 aout. 1996, Zubani c/ Italie, p. 50.

نقل شده در: پرادل و دیگران، پیشین، ص. ۴۱۰

3. ECHR, Gatt V. Malta, Application no. 28221/08, 27 Jul 2010, para. 40.

۴. در این پرونده، آقای گات به اتهام قاچاق مواد مخدر تحت قرار صادره از دادگاه صـلح مالـت مکلـف بـوده کـه اقامتگاه خود را جز برای همراهی پسرش از خانه تا مدرسه و بالعکس ترک نکند. برای تضمین این قرار مبلـغ ۲۳،۳۰۰ یورو وجه التزام تعیین گردیده بود که از این مبلغ، ۱،۱۶۵ یورو آن را شاکی در همان زمـان تودیـع کرده بوده است. به دلیل نقض دستور دادگاه، قرار فوق به اجرا گذاشته شد و دادگاه ضمن ضبط ودیعه، گـات را به پرداخت مابقی محکوم نمود که با توجه به ناتوانی وی از تأدیه آن، طبق قوانین داخلی مالت، به نزدیـک به ۲۰۰۰ روز حبس بدل از جزای نقدی (۱۱/۵ یورو برای هر روز) تبدیل شد.

5. Gatt V. Malta, Paras. 26-30.

۶. به علاوه دیوان استدلال نموده است که تعبیر مورد ۲ از شق ب بند ۱ ماده ۵، ناظر بـه «تضـمین» اجـرای تعهد از سوی مرتکب است و نه تنبیه پس از نقض تعهد. مضافاً اینکه، ایـرادات دیگـر از قبیـل خـروج از

دیوان در رأی اخیر خود علیه مالت اشعار می‌دارد که توازن میان شیوه تضمین اجرای یک تعهد و حق بر آزادی شخصی را بر اساس معیارهایی از قبیل «ماهیت تعهد مورد بحث با توجه به قانون منشأ آن تعهد و از جمله، اهدافی که آن قانون با ایجاد آن تعهد دنبال می‌کند، وضعیت شخص تحت بازداشت، اوضاع و احوال خاصی که منجر به توقیف شده و طول مدت توقیف» همگی باید مد نظر قرار گیرد.

۱ـ۲ـ۳. رویه دیوان کیفری بین‌المللی (ICC)

در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، در چند موضع مسأله تناسب مطرح شده است. از جمله ماده (C)(۱)۳۱ در خصوص دفاع مشروع و یا (a)(۲)۸۱ در مورد تناسب جرم و مجازات. بنابراین می‌توان گفت نفس اصل تناسب به طور کلی مورد پذیریش قرارگرفته است. برای نمونه، تصمیم ۱۴ دسامبر ۲۰۰۶ دیوان در قضیه لوبانگا به طور مشخص بند ۱ ماده ۶۸[1] را مفید اصل تناسب می‌داند. بر این اساس، اقدامات حمایتی نسبت به بزه‌دیدگان یا شهود باید متناسب با ضرورت امر بوده و به همین تناسب، حقوق دفاعی متهم یا اقتضائات و لوازم یک دادرسی منصفانه را محدود نماید. در همین ماده، در کنار تصریح به هدف (یعنی حمایت و تأمین امنیت و سلامت شهود و بزه‌دیدگان) معیارهای خاصی نیز برای احراز تناسب مورد اشاره قرار گرفته است؛ از قبیل سن، جنسیت، وضعیت سلامت و ماهیت جرم (خصوصاً در جرایم خشونت‌آمیز).

علاوه بر این، ماده ۵۸ اساسنامه، درخصوص دستگیری و بازداشت متهم قابل توجه است. بند ۱ این ماده صدور قرار را در جایی جایز می‌داند که اولاً دلایل و زمینه‌های معقولی برای توجه اتهام به متهم ارائه شود[2] و ثانیاً، دستگیری متهم به دلایل

← شمول مورد سوم از شق ب بند ۱ ماده ۵ (ناظر به بازداشت موقت یا توقیف احتیاطی) نیز از سوی دیوان ذکر شده است.

See: Gatt V. Malta, paras 43-46.

۱. این ماده مقرر می‌دارد: «دادگاه برای تأمین امنیت، سلامت جسمانی و روانی، کرامت و حریم خصوصی بزه‌دیدگان و شهود اقدامات مناسبی را معمول می‌دارد. در این خصوص، دادگاه تمامی عوامل مرتبط از جمله سن، جنسیت مطابق تعریف ماده ۷، سلامتی، ماهیت جرم، خصوصاً جرایم متضمن خشونت جنسی یا جنسیتی یا خشونت علیه اطفال را مد نظر قرار می‌دهد. دادستان به‌ویژه در مراحل تحقیقات و تعقیب چنین جرایمی این اقدامات لازم را اتخاذ خواهد نمود. چنین اقداماتی نباید منافی یا ناسازگار با حقوق متهم و یا اقتضائات دادرسی منصفانه باشد.»

۲. تذکر اینکه دیوان در جای دیگری در قضیه عمرالبشیر (پرونده سودان) تأکید می‌کند برای صدور قرار بازداشت، مراد از چنین زمینه‌های معقول و قراینی بر ارتکاب بزه از سوی متهم، این نیست که تنها معنای قابل فهم ادله موجود، توجه اتهام به متهم باشد. بلکه کافی است که یکی از برداشت‌های معقول و قابل استنتاج از ادله و قراین موجود در پرونده، توجه اتهام به متهم باشد و همین مقدار کافی است تا دیوان اقناع شود نسبت به صدور قرار اقدام نماید. ر.ک:

ICC, The Appeals Chamber, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the "Descision on the Prosecution's Application for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir", No.: ICC-02/05/01/09-73, 3 Feb 2010, para. 39

ذیل ضروری باشد: «الف) تضمین حضور متهم در جریان دادرسی؛ ب) تضمین اینکه متهم مانع از تحقیقات نمی‌شود یا تحقیقات یا فرایند دادرسی را به مخاطره نمی‌افکند؛ ج) ممانعت از اینکه متهم به ارتکاب آن جرم یا جرایم مرتبطی که داخل در صلاحیت دیوان است یا جرایمی که از شرایط مشابه ناشی می‌شود، ادامه ندهد.»

در رأی دیگری در قضیه آقای لوبانگا (وضعیت جمهوری دموکراتیک کنگو) دیوان تلویحاً ارتباط اصل ضرورت و اصل تناسب را در مواردی که اتخاذ تصمیم به صلاحیت و اختیار مقام قضایی وانهاده شده، از جمله مورد قرار بازداشت پذیرفته‌است.[1] شعبه تجدیدنظر دیوان در پاسخ به اشکال عدم رعایت اصول ضرورت و تناسب در اعطای آزادی موقت از بازداشت، استدلال کرده است که «از آنجا که اتخاذ تصمیم ذیل بند ۲ ماده ۶۰ فاقد ماهیت اختیاری است، هیچ دلیلی ندارد که دادگاه بدوی اصل ضرورت و اصل تناسب را به عنوان ملاحظات مستقلی در تصمیم خود مد نظر قرار دهد.» از این تعبیر دیوان چنین مستفاد می‌شود که اصل ضرورت و اصل تناسب، در جایی قابلیت اعمال می‌یابد که قانون‌گذار قواعد و مقررات اخصی پیش‌بینی ننموده باشد. مثلاً، شرایط و ملاک‌های صدور قرار بازداشت در ماده ۵۸ و ۶۰ اساسنامه پیش‌بینی شده است. بنابراین، آنچه برای صدور قرار باید توسط دیوان احراز گردد، تحقق یا عدم تحقق آن شرایط است. با این حال، باید در نظر داشت که تصریح دیوان به اینکه در چنین مواردی لازم نیست اصول فوق‌الذکر «بالاستقلال» مورد توجه قرار گیرد، نشان از آن دارد که دیوان رعایت این ضوابط را در ضمن قواعد و مقررات پیش‌بینی شده در قانون مفروض می‌گیرد. شعبه بدوی دیوان در یکی از آرای خود با شناسایی وضع محدودیت تماس در حین بازداشت به عنوان یک عمل استثنایی که حقوق متهم را محدود می‌کند، حاکمیت دو اصل ضرورت و تناسب را در خصوص موضوع مورد تأکید قرار داده است.[2]

هم‌چنین در رأی دیگری تصریح کرده که هر اقدامی نافی حقوق متهم باشد، باید در چارچوب مقررات و مستند به رعایت دو اصل تناسب و ضرورت اتخاذ شده باشد.[3]

به علاوه، دیوان همین مبنا را در آرای متعدد دیگر محاکم کیفری بین‌المللی مورد شناسایی قرار داده است. از جمله در رأیی از دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در قضیه فاتمیر لیماج[4] که این دادگاه معیارهای رعایت تناسب را درخصوص اقدام

1. ICC, Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Décision sur la demande de mise en liberté proviso ire de Thomas Lubanga Dyilo, 13 Feb 2007, No.: 01/04−01/06 (OA 7), para. 140.
2. ICC, Decision on the Application for Interim Release of Mathieu Ngudjolo Chui, Trial Chamber I, No.: ICC-01/04-01/07-345, 27 Mar 2008, p. 10.
3. ICC, Decision on Revoking the prohibition of contact and communication between Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, No. ICC-01/04-01/07-322, 27 Mar 2008, p. 9.
4. Fatmir Limaj

مقام قضایی چنین احصا می‌نماید: «۱ـ مناسب باشد؛ ۲ـ ضروری باشد؛ ۳ـ شدت و دامنه آن در ارتباطی معقول با هدف مورد نظر از اتخاذ آن اقدام قرار گیرد.»[1]

۲. اصل تناسب تأمین کیفری در ایران

در این بند ابتدا ویژگی‌های اصلی تأمین را در نظام کیفری ایران مطالعه می‌کنیم و سپس مسأله تناسب تأمین را به طور خاص مورد تحلیل قرار می‌دهیم.

۲ـ۱. تأمین کیفری در نظام حقوقی ایران

قرار تأمین کیفری در ایران از قرارهای اعدادی است که در جریان تحقیق و رسیدگی و به ویژه با هدف تضمین حضور و دسترسی به متهم توسط مقام قضایی ذی‌صلاح صادر می‌شود. هرچند انواع این قرار همگی ذیل عنوان قرار تأمین ذکر شده‌اند (ر.ک ماده ۱۳۲ قانون ۱۳۷۸ و ماده ۲۱۷ قانون ۱۳۹۲) لیکن در واقع، تمام انواع قرار تأمین جانشین قرار بازداشت هستند. قانون جدید آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) برای تبیین و شفاف‌سازی ابهامات پیشین گام‌های مهمی برداشته است؛ از جمله اینکه، صلاحیت انحصاری و غیر قابل تفویض مقام قضایی را در صدور قرار تأمین مورد تصریح قرار داده است و در عین حال، آن را مقید به رعایت مقررات قانونی نموده‌است. قانون مزبور مشحون از مواردی است که ضرورت متناسب بودن تأمین مأخوذه تصریح شده است. از سوی دیگر، عبارات مورد استفاده مقنن (از جمله اشاره به ضرورت «تفهیم اتهام» پیش از صدور قرار تأمین) نشان می‌دهد که این قرار صرفاً به صورت حضوری صادر و به متهم ابلاغ می‌شود.[2] علاوه بر این محدودیت‌ها، تأکید بر مستدل بودن قرار، و نیز اینکه صدور آن تنها علیه «متهم» و نه مظنون و پس از تفهیم اتهام و احراز دلایل کافی جهت توجه اتهام به وی، امکان دارد، خود محدودیت مهمی است که باید مورد توجه قرار گیرد. متهم یعنی کسی که پس از تحقیقات اولیه، قراین و زمینه‌های معقولی برای توجه اتهام به وی یافت شده و لذا می‌توان او را مورد تفهیم اتهام قرار داد و متهم خواند.

قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ صرفاً به قرارهای تأمین معمول بسنده نکرده و از قرارهای دیگری به نام «نظارت قضایی» نیز نام برده است. این قرارها نیز هرچند

1. ICTY, The Prosecutor v. Fatmir Limaj, Descision on Fatmir Limaj's Request for provisional Release, paras. 13; cited in: Ibid, note 25.

۲. موضوع در خصوص قرار منع خروج از کشور متفاوت است و در برخی موارد این قرار ناظر به صورت غیابی صادر می‌شود. تفکیکی که مقنن در ماده ۱۳۳ سابق داشت، این موضوع را تقریباً روشن می‌کرد اما در ماده ۲۴۷ فعلی ممنوعیت خروج از کشور در ردیف سایر قرارهای نظارت قضایی آمده و از این حیث منوط به حضور متهم و تفهیم اتهام به او است، مگر اینکه در چارچوب ماده ۱۸۸ صادر شود. ر.ک: خالقی، علی، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، تهران، شهردانش، ۱۳۹۳، ص. ۲۱۸.

آزادی آمد و شد متهم را در معنای اخص سلب نمی‌کند لیکن با وضع تحدیدات و تضییقاتی برای برخی آزادی‌های علی‌الاصول مشروع متهم، از جمله آزادی تردد با وسایل نقلیه، آزادی اشتغال، آزادی تردد به خارج از کشور و ... همراه است (مواد ۱۸۸ و ۲۴۷). بدین ترتیب، روشن است که این نوع قرار نیز ویژگی‌های پایه‌ای قرار تأمین کیفری را دارد. با این حال، به نظر می‌رسد هدف از اخذ آن نه لزوماً تضمین حضور و دسترسی به متهم بلکه، بیشتر تسهیل اعمال «نظارت قضایی» بر وی و بازداشتن وی از مبادرت به رفتارهایی است که می‌تواند حسب مورد نتایج زیانباری را در پی داشته باشد.

خوب است همین‌جا اشاره کنیم که از حیث مسأله تناسب، علی‌رغم اختلاف قرارهای تأمین و نظارت قضایی از حیث کارکرد و هدف، به نظر اشتراک در ویژگی‌های اساسی با قرار تأمین، مقنن را بر آن داشته تا لزوم رعایت تناسب را در خصوص این نوع از قرارهای قضایی برقرار بدارد و از این حیث، قرار تأمین و قرار نظارت قضایی را یکسان مورد حکم قرار دهد (ماده ۲۵۰). بنابراین، انحصار صلاحیت مرجع قضایی، امکان صدور در مرحله تحقیقات مقدماتی، ضرورت کتبی بودن و ابلاغ شدن به متهم و بالاخره، قابلیت اعتراض از ویژگی‌های کلیدی قرارهای تأمین در نظام کیفری ایران است. بر این فهرست باید ویژگی بسیار مهم متناسب بودن را نیز افزود که شرح آن را در بند بعدی دنبال می‌کنیم.

۲ـ۲. تناسب تأمین در حقوق کیفری ایران

با توضیحاتی که در گفتار پیشین داده شد دیدیم که مفهوم تناسب تأمین جز در پیوند با اهدافی که برای آن ترسیم می‌شود، نمی‌تواند معنا شود. لذا باید ببینیم قانون‌گذار خود از وضع این قرار چه اهدافی را دنبال کرده است. سپس، مصادیق معیارهای منظور مقنن را بررسی می‌کنیم و بالاخره، ضمانت اجرای عدم رعایت تناسب را مطالعه خواهیم کرد.

۲ـ۲ـ۱. هدف مقنن از تأمین کیفری

در این خصوص، نخست مسأله ضرورت و هدف موجهه کلی مورد نظر مقنن باید بررسی شود. از یاد نباید برد که هدف دشوار آیین دادرسی کیفری سازگار کردن و برقراری تعادل و توازن میان تأمین و حفظ نظم و آسایش و امنیت عمومی از یک سو و پاسداشت حقوق و آزادی‌های مشروع شهروندان از سوی دیگر است. بدین ترتیب، فرآیند کشف جرم، تعقیب مظنونان و متهمان، تحقیق در جرایم و در نهایت، رسیدگی به جرایم و عندالاقتضا، صدور و اجرای حکم به مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی؛ به عنوان بخش اعظم مقررات آیین دادرسی کیفری به تمامی در سایه تعقیب این هر دو

هدف در عرض یکدیگر قرار می‌گیرد. طرفه اینکه در ماده ۱ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ «رعایت حقوق متهم، بزه‌دیده و جامعه» به عنوان یکی از اهداف یا کارکردهای آیین دادرسی کیفری ذکر شده است. این مهم نشان می‌دهد که مقنن نیز به روشنی، برقراری تعادل میان دو کفه ترازو را در نظر داشته است.

صدر ماده ۱۳۲ قانون ۱۳۷۸ بیان می‌داشت که قرار تأمین «به منظور دسترسی به متهم و حضور به موقع وی، در موارد لزوم و جلوگیری از فرار یا پنهان شدن یا تبانی با دیگری» صادر می‌شود[1] و در ماده ۲۱۷ قانون ۱۳۹۲ می‌خوانیم «به منظور دسترسی به متهم و حضور به موقع وی، جلوگیری از فرار یا مخفی شدن او و تضمین حقوق بزه‌دیده برای جبران ضرر وی»[2] مقام قضایی حسب مورد نسبت به صدور قرار تأمین اقدام می‌نماید. برخی نویسندگان این موارد را «جهات اخذ تأمین» نامیده‌اند و موارد مذکور در ماده ۱۳۴ قانون ۱۳۷۸ را معیارهای تناسب می‌دانند.[3] بنابراین می‌توان گفت که اصلی‌ترین هدفی که مقنن از وضع قرارهای تأمین دنبال می‌کند، حصول اطمینان از دسترسی به موقع و مؤثر به متهم در روند تحقیقات و در نهایت، تضمین حضور وی در عندالاقتضا، فرآیند رسیدگی و حسب مورد، اجرای مجازات[4] است.

۲ـ۲ـ۲. معیارهای تناسب در قانون ایران

قانون‌گذار ایرانی اصولاً معیارهایی کلی برای تناسب تأمین به دست داده است. ماده ۲۵۰ قانون «نوع و اهمیت جرم، شدت مجازات، ادلّه و اسباب اتهام، احتمال فرار یا مخفی شدن متهم و از بین رفتن آثار جرم، سابقه متهم، وضعیت روحی و جسمی، سن، جنس، شخصیت و حیثیت او» را مورد اشاره قرار داده است. با توجه به تفکیک میان «نوع و اهمیت جرم» و «شدت مجازات» می‌توان فهمید که اولی ناظر به قبح اجتماعی و آثاری است که رفتار مجرمانه در پی داشته است که لزوماً با شدت مجازات سنجیده نمی‌شود.[5] سایر موارد مورد اشاره، چندان با ابهام روبرو نیست و ضرورت توجه به آن در اصدار قرار متناسب روشن به نظر می‌رسد، چه اینکه هر یک از این عوامل منطقاً می‌تواند در احتمال حضور متهم در فرآیند رسیدگی کیفری و یا فرار و فریبکاری او مؤثر باشد.

۱. در ماده ۱۲۹ قانون ۱۲۹۰ فقط به «جلوگیری از فرار یا پنهان شدن متهم» اشاره شده بود. به علاوه، امکان منع خروج متهم از حوزه قضایی معین در ماده ۱۲۸ و تبصره ۱ ماده ۱۲۹ همان قانون پیش‌بینی شده بود.

۲. حذف قید «تبانی با دیگری» در ماده ۲۱۷ اقدام معقولی به نظر می‌رسد؛ چون تنها قراری که می‌تواند چنین کارکردی داشته باشد قرار بازداشت موقت است که وجه مربوط به آن به درستی در جای خود و ذیل بند الف ماده ۲۳۸ آمده است.

۳. آخوندی، محمود، منبع پیشین، صص. ۱۳۷، ۱۳۸ و ۲۱۹.

۴. برای نمونه، ر.ک. مواد ۵۰۷، ۵۰۸ و ۵۲۰.

۵. خالقی، علی، منبع پیشین، ص. ۲۲۰.

در این میان، ادلّه و اسباب اتهام تنها موردی است که به شخص متهم مربوط نیست. لیکن ظاهراً در نظر مقنن هر چه اسباب توجه اتهام به متهم قوی‌تر باشد، باید قرار صادره شدیدتر و سنگین‌تر باشد. به نظر می‌رسد که این معیار می‌تواند محل نقد قرار گیرد، چراکه یا ادلّه توجه اتهام به میزان کافی موجود است، که در این صورت بنابر صدر ماده ۲۱۷ می‌تواند در جمع با سایر شرایط مجوز صدور قرار تأمین باشد و یا چنین ادلّه‌ای به حد کفایت در کار نیست؛ که در این صورت صدور قرار نیز وجهی ندارد. از این حیث، شدت و خفت ادلّه و خصوصاً تأثیر آن در تناسب نوع تأمین مأخوذه معنای محصلی نمی‌تواند داشته باشد، مگر اینکه چنین تصور شود که وجود ادلّه قطعی و قوی‌تر بر اثبات و توجه اتهام می‌تواند انگیزه متهم را در فرار یا عدم حضور تقویت کند و از این حیث، مآلاً مبنایی برای صدور قرار شدیدتر تلقی گردد. از سویی، صدر ماده ۲۱۷ مقرر می‌دارد که «بازپرس پس از تفهیم اتهام و تحقیق لازم، در صورت وجود دلایل کافی» به اصدار قرارهای احصاشده در این ماده (از جمله قرار بازداشت موقت) مبادرت می‌کند و از سوی دیگر، در صدر ماده ۲۳۷ از جواز صدور این قرار آن هم مشروط بر کفایت ادلّه در توجه اتهام سخن می‌گوید.[1] در واقع، این مقام قضایی است که بنابر تشخیص قضایی خود و با توجه به شرایط مندرج در قانون و در صورت احراز ضرورت تأمین متناسب را اخذ می‌نماید. این شیوه تقنین، در واقع، تأکید مجددی است بر اعتماد به تشخیص قضایی مقام ذی‌صلاح در تعیین و انتخاب نوع تأمین مناسب. به هر روی، می‌توان ضوابط فوق را به عنوان ضوابط عام تناسب در نظر گرفت که در برخی موارد با ضوابط دیگری که ضوابط خاص تناسب و ناظر به برخی از انواع تأمین یا برخی از انواع اتهام هستند، تکمیل می‌شوند. برای مثال، در خصوص قرارهای وثیقه و کفالت، ماده ۲۱۹ مبلغ خسارت وارد به بزه‌دیده را به عنوان کف میزان قرار تأمین تعیین نموده است؛ یا در جرم صدور چک بلامحل، صرفاً قرارهای کفالت و وثیقه تجویز شداند؛ یا در ماده ۶۹۰ قرارهای قابل اصدار در خصوص شخص حقوقی محدود به دو مورد ممنوعیت از تغییر در وضعیت حقوقی و ممنوعیت از اشتغال به برخی فعالیت‌های شغلی گردیده است. توضیح اینکه، ماده ۲۱۹ قانون جدید، به تبع مقررات قانون پیشین (ماده ۱۳۴) میزان خسارات وارده به بزه‌دیده را حداقل غیرقابل تخطی در قرارهای وجه التزام، کفالت و وثیقه ذکر نموده است تا بدین ترتیب، تضمینی حداقلی در تأمین خسارات بزه‌دیده فراهم آید. با این حال ناگفته پیداست که در این موارد، قرار صادره نباید به همین میزان بسنده کند و با توجه به اینکه صحبت از وقوع یک جرم در میان است، میزان قرار صادره باید حداقل خسارات وارده

۱. نباید میان مفهوم جواز و اختیار خلط نمود. اصولاً سخن گفتن از اختیار مقامات عمومی به معنای اینکه موضوع در ید مبسوط مقام عمومی و تابع خواست و میل آنها باشد، تعبیر نادرستی است. تعابیری نظیر اینکه صدور قرار «جایز است» یا قاضی «می‌تواند» ناظر به اختیار محدود و مقید مقام قضایی و به تعبیر برخی «تکلیف به انتخاب میان باید و نباید» است (ر.ک: آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، جلد ۵، تهران، میزان، ۱۳۸۴، ص. ۱۳۸).

به علاوه مبلغی بیشتر (از حیث جنبه عمومی جرم و مجازات‌هایی که احتمالاً می‌تواند در پی داشته باشد) تعیین گردد تا تضمین کافی برای حضور متهم فراهم سازد. وانگهی، توجه قانون‌گذار در این مقرره به خسارات وارده به بزه‌دیده نشان از آن دارد که مقنن با قرارهای تأمین نه فقط تضمین حضور و دسترسی به متهم را دنبال می‌کند، بلکه علاوه بر آن می‌خواهد در جرایمی که بزه‌دیده دارد، گوشه‌چشمی هم به وی و خسارات احتمالی او داشته باشد. بدین ترتیب، در این موارد هدف، نه فقط دسترسی به متهم بلکه جبران آسیب‌هایی است که بزه‌دیده متحمل شده است.

نباید از این ماده نتیجه گرفت که موارد صدور قرار کفالت و وثیقه محدود به جرایم دارای بزه‌دیده یا فقط مسأله جبران خسارت است. کما اینکه سیاق عبارت قانون‌گذار تعیین مقداری است که مبلغ قرار «نباید کمتر از» آن باشد و نه به میزان آن. این معنا در تبصره ۳ ماده ۲۱۷ همین قانون نیز محسوس است. این تبصره در جرایم غیرعمدی (که علی‌الاصول مستلزم مجازات‌های خفیفی است و هدف اصلی در آن، حمایت از بزه‌دیده است) به مقام قضایی اجازه داده است تا «اگر تضمین حقوق بزه‌دیده به طریق دیگر امکان‌پذیر» است، از صدور قرارهای کفالت و وثیقه خودداری کند (مثلاً اخذ بیمه‌نامه شخص ثالث در تصادفات رانندگی). با این حال از سیاق انشای این تبصره به خوبی فهمیده می‌شود که مقام قضایی مجاز به اخذ تأمین‌های خفیف‌تر یعنی موارد الف تا چ ماده ۲۱۷ خواهد بود و بدیهی است که منظور و هدف از این قرارها جبران خسارت بزه‌دیده نیست، بلکه تضمین حضور متهم است. این عبارات در تبصره ۳ ماده ۲۱۷ و ماده ۲۱۹ قانون فوق‌الذکر به خوبی دوگانگی هدفی را که مقنن به طور توأمان دنبال نموده، به نمایش می‌گذارد.

قانون‌گذار در موارد خاصی به معیار درجه‌بندی جرایم و مجازات‌ها توجه کرده است. برای مثال در خصوص قرار بازداشت موقت (ماده ۲۳۷) و نیز قرارهای نظارت قضایی (تبصره ۱ ماده ۲۴۷). بدین ترتیب، معیارهای خاص احصاشده در مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ را نیز باید از موارد توجه مقنن به ضابطه‌ای خاص با توجه به نوع قرار دانست که در خصوص بازداشت موقت علاوه بر مدخلیت نوع اتهام، آن‌چنان که در ماده ۲۳۸ می‌بینیم سایر اوضاع و احوال حاکم بر قضیه نیز باید در کنار نوع جرم مورد توجه مقام قضایی قرار گیرد.

نکته قابل طرح اینکه آیا جز موارد مصرح در قانون، آیا می‌توان عامل دیگری را نیز در سنجش تناسب و مستدل شدن تصمیم قاضی دخیل دید. آیا باید موارد ماده ۲۵۰ را حصری دانست و توجه به سایر عوامل در توجیه و تنظیم تناسب قرار تأمین را منتفی شمرد؟ برای نمونه، آن‌چنان که برخی نویسندگان به درستی متذکر شده‌اند «قرارهای جانشینی در حقوق ایران به ویژه قرارهای وثیقه و کفالت با توجه به فرهنگ جامعه و تعلقات خانوادگی و هم‌بستگی‌های موجود از دیرباز نقشی اساسی در اجتناب از زندانی کردن

متهمان در مرحله تحقیقات مقدماتی داشته‌است.»[1] بدین‌ترتیب باید پرسید که آیا می‌توان گفت وضعیت فرهنگی جامعه مورد نظر نیز در نوع و میزان قرار تأمین صادره باید مورد توجه قرار گیرد؟ دشوار بتوان پاسخ صریحی به این پرسش داد. از سویی، تردیدی نیست که عبارات مقنن در موادی نظیر ماده ۲۱۷ و ۲۵۰، حصری است و جهات و ملاک‌هایی که ذکر نموده، به ظاهر منحصر در همان موارد است. این تفسیر ظاهری، در خصوص مقررات خطیری نظیر ماده ۲۳۷ و ۲۳۸ در مورد بازداشت موقت یا ماده ۲۴۷ در مورد نظارت قضایی که به نحوی تحدیدی بر برخی آزادی‌های متهم است، یقیناً تبدیل به یک ضرورت انکارناپذیر می‌شود. با این حال، نباید چندان متصلب با موضوع مواجه شد. فراموش نکنیم که هدف از اصل تناسب، کمک به تحدید اعمال اقتدار عمومی در راستای تأمین یک هدف مشروع است. در عین حال، مفاد ماده ۲۵۰ اشاره به ضرورت رعایت تناسب با عوامل مندرج در این ماده دارد و نافی رعایت سایر جهات تناسب ـ علاوه بر موارد مذکور در این ماده ـ نیست. گو اینکه، تعابیری مثل ضرورت مستدل و موجه بودن قرار و البته، مدخلیت نهایی تشخیص قضایی مقام مربوطه، دست قاضی را به نحو معقولی باز می‌گذارد تا سایر جهات تناسب را نظیر آنچه فوقاً گفته شد، مورد توجه قرار دهد. نکته اینکه رعایت تناسب تأمین هم در مرحله صدور و هم در ادامه ضروری است. به بیان دیگر، گاه قرار تأمینی که در بادی امر متناسب به نظر می‌رسد، با ادامه رسیدگی وصف تناسب خود را از دست می‌دهد و حسب مورد باید تخفیف یا تشدید شود.[2] در این مورد ماده ۲۴۲ قابل ذکر است (مدت‌ها به ۲ ماه و ۱ ماه تقلیل داده شده و تغییراتی نیز از حیث نوع جرایم وجود دارد). ماده ۲۴۳ تصریح دارد که بازپرس در هر مورد که لازم باشد می‌تواند قرار تأمین را تخفیف دهد یا تشدید کند (مشابه صدر بند ح ماده ۳ قانون تشکیل) و ماده ۲۴۴ را نیز امکان درخواست تشدید یا تخفیف از سوی دادستان را در هر مرحله از رسیدگی پیش‌بینی نموده و تأکید می‌کند که هرگاه قرار تأمین متناسب نباشد، دادگاه نسبت به تشدید یا تخفیف آن اقدام می‌نماید (تبصره ۲ همان ماده).

۲ـ۲ـ۳. ضمانت اجرای عدم رعایت تناسب

نکته قابل توجه دیگر پیش‌بینی ضمانت اجرای تخلف از اصل است. علی‌رغم حذف تصریح به ضمانت اجرای اخذ تأمین نامتناسب در قانون ۱۳۷۸[3] و اجمال و ابهام در قانون نظارت بر رفتار قضات ۱۳۹۰ سرانجام در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ مقنن در تبصره

۱. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، ص. ۲۶۴.

۲. خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، ص. ۱۹۱.

۳. برخی نویسندگان به درستی یادآور شده‌اند که در این موارد، همچنان اخذ تأمین نامتناسب یک تخلف انتظامی محسوب می‌شد لیکن، دادگاه انتظامی قضات در تعیین مجازات دست گشاده‌تری داشت و ملزم به صدور حکم محکومیت درجه ۴ به بالا نبود. ر.ک: خالقی، علی، منبع پیشین، ص. ۱۹۱.

ماده ۲۵۰ به رویه سنجیده قانون ۱۲۹۰ باز گشت و به مجازات انتظامی اخذ تأمین نامتناسب تصریح نمود. هرچند ضرورت رعایت تناسب در مورد هر دو نوع قرار تأمین و نظارت قضایی عنوان شده است. لیکن تبصره و ضمانت اجرای مربوط به عدم رعایت تناسب صرفاً از «اخذ تأمین نامتناسب» یاد کرده است که دست‌کم منطوقاً باید آن را منحصر به قرار تأمین دانست. با این حال، علاوه بر اشتراک در مفهوم و امکان تسری قاعده، همچنان عموم بند ۱ ماده ۱۵ قانون نظارت بر رفتار قضات شامل قرارهای نظارت قضایی نیز خواهد بود. مگر اینکه بگوییم سکوت مقنن در مقام بیان در تبصره ماده ۲۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری، عموم مقرره مربوطه از قانون نظارت بر رفتار قضات را مقید می‌سازد و در این مورد، حتی عموم مقررات قانون نظارت بر رفتار قضات نیز قابل استناد نیست. لیکن چنین برداشتی نمی‌تواند بر مبنای نظری موجهی استوار شود و در واقع باید گفت که هیچ خصوصیت و مبنای معقولی برای چنین تخصیص و استثنایی نمی‌توان متصور بود. به‌ویژه اینکه پذیرش ضمانت اجرای تخلف از اختیارات کاملاً با اصول حقوق عمومی نظیر اصل مسئولیت مقامات عمومی هم‌جهت بوده و با حرکت جدید مقنن در راستای وضع ضمانت اجرای خاص در تبصره ۲۵۰ نیز هم‌راستاست. بنابراین، اقتضای تفسیر منطقی و هدفمند از این مقرره این است که حتی اگر شمول تبصره ماده ۲۵۰ را نمی‌پذیریم که آن هم در جای خود قابل تفسیر و تعمیم می‌نماید، دست‌کم دلیلی ندارد از اطلاق و عموم مقررات قانون نظارت بر رفتار قضات دست بشوییم. علاوه بر این ضمانت اجرای انتظامی، می‌توان زمینه دو ضمانت اجرای مدنی و کیفری را نیز بررسی نمود. اولاً هرگاه از محل تعیین تأمین نامتناسب خسارتی متوجه شخص گردد، عموم مقررات و قواعد مسئولیت مدنی که همیشه حاضر و ناظرند، چه از باب تسبیب و چه عندالاقتضا از باب اتلاف قابل تمسک است و در این مورد خاص، مستظهر به اصل ۱۷۱ قانون اساسی نیز خواهد بود. گو اینکه فرض خاص بازداشت ناروا در ماده ۲۵۵ قانون جدید به بعد مبنای مطالبه خسارت قرار گرفته است و برخی[1] به قیاس از تبصره ماده ۵۱۵ آن را به نگهداری تحت نظر نیز تعمیم و توسعه داده‌اند. ثانیاً و از حیث ضمانت اجرای کیفری نیز در صورت صدق بازداشت غیر قانونی شمول مقرراتی نظیر مواد ۵۷۵ و ۵۸۳ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات ــ ۱۳۷۵) درخصوص توقیف غیرقانونی قابل بررسی است.[2] همچنین عموم ماده ۵۷۰ همین قانون در خصوص سلب حقوق و آزادی‌های مشروع شهروندان از سوی مقامات عمومی به قدر وسیع است که بعید نیست دست‌کم صدور عمدی برخی قرارهای تأمین یا قرارهای نظارت قضایی نامتناسب (به ویژه اگر منجر به توقیف و سلب آزادی گردد) را از مصادیق آن دانست.

۱. خالقی، علی، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، منبع پیشین، صص. ۲۴۵ ـ ۲۴۴.
۲. ر.ک. آشوری، محمد، منبع پیشین، صص. ۲۰۴ ـ ۲۰۰.

نتیجه‌گیری

دیدیم که مفهوم تناسب تـأمین، بازتـابی از اصـل عـام تناسـب در تمـام اقـدامات مقامات عمومی به عنوان یکی از نتایج پایبندی به مسأله حاکمیـت قـانون و اصـل عـدم صلاحیت است. در واقع اگر پذیرفته‌ایم که مداخله اقتداری در زندگی شهروندان، امـری استثنایی و دایر مدار ضرورت است، به تبع آن می‌پذیریم که این مداخله نبایـد از مـوارد ضرورت و حدود لازم برای ارتفاع آن ضرورت فراتر رود. ایـن اصـل، نـه فقـط در منطـق حقوق مدرن توجیه شدنی است بلکه سابقه آرای فقهی نیز مـی‌توانـد مؤیـد آن قلمـداد شود. این مقبولیت تا آنجاسـت کـه رویـه تقنینـی و قضـایی گسـترده‌ای در کشـورهای مختلف و حتی مراجع قضایی فراملی بر آن صحه گذارده و ادبیات غنی و چشمگیری در خصوص آن پدید آورده است. نظام کیفری ایران نیز هم در قوانین پیشین و هم بـه‌ویـژه در قانون آیین دادرسی کیفـری ۱۳۹۲ بـه صـراحت مسـأله تناسـب تـأمین را در مـواد مختلف خود پذیرفته و معیارهایی بـرای ارزیـابی آن تعیـین کـرده و نسـبت بـه تعیـین ضمانت اجرای انتظامی خاص در کنار ضمانت اجراهای مدنی و کیفری عام نیز مبـادرت نموده است. در جمع‌بندی طرح اولیه برای معیارها می‌توان شمایی از ایـن قـرار ترسـیم نمود: مرحله‌ای که قرار صادر می‌شود (دادسرا، پیش از صدور حکم بدوی، پیش از صدور حکم قطعی، پس از محکومیت)، شدت و آثار جرم و نحوه، زمان و مکان وقوع آن، شدت و نوع، میزان و درجه مجـازات جـرم، ماهیـت جـرم ارتکـابی، وضـعیت شخصـی (سـن، سلامت، روان) و اجتماعی و اقتصادی متهم، سوابق کیفری مـتهم، مـدت زمـان تـأمین، ساختار و بافت فرهنگی جامعه مورد بحث و نظایر اینها. با این حال، دیـدیم کـه مفهـوم تناسب، مفهومی سیال است که به فراخور مصداق مورد بررسی مـی‌توانـد بـا معیارهـای متفاوتی ارزیابی گردد. به هر روی به نظر می‌رسد که محمـل لازم بـرای اعمـال صـحیح این اصل در قانون جدید آیین دادرسی کیفری فراهم آمده است.

منابع

- آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، جلد ۵، تهران، میزان، ۱۳۸۴.
- آشوری، محمد، «مفاهیم و عدالت و انصاف از دیدگاه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر» در: حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۲.
- ــــــــــــ ، آیین دادرسی کیفری، جلد ۲، چاپ دهم، تهران، سمت، ۱۳۸۸.
- امامی، حبیب، حقوق کیفری و فرمانروایی سیاسی، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، ۱۳۹۲.
- بولانژه، ژان، «اصول کلی حقوق و حقوق موضوعه» ترجمه علیرضا محمدزاده، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۶، بهار ۱۳۷۶.
- پرادل، ژان؛ و گرت کورستنز، حقوق کیفری شورای اروپا، ترجمه محمد آشوری، تهران، خرسندی، ۱۳۹۳.
- خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، چاپ سوم، تهران، شهر دانش، ۱۳۸۸.
- ــــــــــــ ، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، تهران، شهردانش، ۱۳۹۳.
- سروش محلاتی، محمد، «اصل عدم ولایت»، مجله علوم سیاسی، دانشگاه باقرالعلوم، شماره ۲۵، بهار ۱۳۸۳.
- شمس، عبداله، آیین دادرسی مدنی: دوره پیشرفته، جلد ۲، چاپ بیست و چهارم، تهران، دراک، ۱۳۸۹.
- صادقی، محسن، اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، تهران، میزان، ۱۳۸۴.
- فلچر، جورج، «نظریه سیاسی و حقوق کیفری»، ترجمه بهمن خدادادی و زینب‌السادات نوابی، در: اصل حداقل بودن حقوق جزا (مجموعه مقالات زیر نظر حسین غلامی)، تهران، میزان، ۱۳۹۳.
- گرجی ازندریانی، علی‌اکبر، مبانی حقوق عمومی، تهران، جنگل، ۱۳۸۸.
- ماری، ژان؛ و لوییس دوسوالد بک، حقوق بین‌المللی بشردوستانه عرفی، ترجمه دفتر امور بین‌الملل قوه قضاییه و کمیته بین‌المللی صلیب سرخ، جلد ۱، چاپ دوم، تهران، مجد، ۱۳۹۱.
- همپتن، جین، فلسفه سیاسی، ترجمه خشایار دیهیمی، تهران، طرح نو، ۱۳۸۹.
- ورعی، سیدجواد، مبانی و مستندات قانون اساسی به روایت قانون‌گذار، قم، انتشارات دبیرخانه مجلس خبرگان، ۱۳۸۵.
- Cross, Noel, Criminal Law and Criminal Justice: an Introduction, London, Sage Pub, 2010.

- Fletcher, George, Political Theory and Criminal Law, Criminal Justice Ethics, Vol. 25, 2006.
- ICC, The Appeals Chamber, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the “Descision on the Prosecution’s Application for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, No.: ICC-02/05/01/09-73, 3 Feb 2010.
- ICC, Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Décision sur la demande de mise en liberté proviso ire de Thomas Lubanga Dyilo, 13 Feb 2007, No.: 01/04-01/06 (OA 7).
- ICC, Decision on the Application for Interim Release of Mathieu Ngudjolo Chui, Trial Chamber I, No.: ICC-01/04-01/07-345, 27 Mar 2008.
- Sammaha, Joel, Criminal Procedure, 8th ed, Belmont, Wadsworth Pub, 2010.
- Sullivan, Thomas; and Richard Frase, Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions, New York, Oxford University Press, 2009.

شناسه دیجیتال (DOI): 10.22106/JLJ.2017.27617

محدودیت‌ها و راهبردهای صلاحیت در جرایم سایبری

بهزاد رضوی‌فرد*
سید نعمت‌الله موسوی**

چکیده

فضای سایبر به عنوان مجموعه‌ای از ارتباطات انسانی که از طریق رایانه و وسایل مخابراتی بدون در نظر گرفتن جغرافیای فیزیکی به آن نگریسته می‌شود، افزون بر فراهم آوردن منافع بسیار، بستری جدید برایِ ارتکاب رفتارهای مجرمانه است. هدف این نوشتار بررسی معیارهای تعیین صلاحیت کیفری در جرایم سایبری است. در واقع از آنجا که جرایم سایبری به طور مادی و در یک فضای فیزیکی مشخص محقّق نمی‌شود، تعیین مرجع قضایی صالح را دشوار می‌کند. در این راستا، به‌منظورِ تعیین معیارهای قابل اعمال در جرایم سایبری، دو دسته از معیارهای ناظر به تعیین صلاحیت مدنظر قرار گرفته است. یکی تعیین صلاحیت در جرایم سایبری با توجه به معیارهای معمول و دیگری تعیین صلاحیت در جرایم سایبری با توجه به ویژگی‌های این دسته از جرایم. برآیند اینکه گرچه با توجه به معیارهای مورد بحث تعیین مرجع قضایی صالح به رسیدگیِ جرایم سایبری به نحوی از انحاء محقّق می‌شود، اما همچنان در مواردی نظیر اینکه متهم در خارج از قلمرو حاکمیتی است یا جرم خارج از قلمرو حاکمیتی است اما بنابر برخی معیارها قابل رسیدگی در مراجع داخلی است، محدودیت‌هایی وجود دارد که برای رفع آن و در نهایت آغاز رسیدگی در مرجع قضایی صالح، به لحاظ راهبردی، می‌بایست همکاری کیفری بین‌المللی به طور جدی مورد امعان‌نظر قرار گیرد.

کلیدواژه‌ها: صلاحیت کیفری، فضای سایبر، جرایم سایبری، همکاری بین‌المللی.

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبایی (نویسنده مسئول) Razavi1351@yahoo.com
** دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علامه طباطبایی Snm.1396@yahoo.com
تاریخ دریافت: ۹۴/۰۴/۱۸ تاریخ پذیرش: ۹۴/۱۰/۲۹

مقدمه

فضای سایبر با وجودِ منافع بسیار، بستری را فراهم کرده که امنیت اجتماعی، اقتصادی و حتی امنیت ملی را به خطر می‌اندازد. با تدوین و وضع مقررات معرِّف جرایم و مجازات‌های سایبری، نظام عدالت کیفری هر کشوری در پیِ حفظ امنیت داده‌ها و سیستم‌ها بوده و بدین جهت تأمین امنیت اجتماعی و فرهنگی و اقتصادی و حتی امنیت ملی در برابر رخدادهای غیرعمدی یا حملات عمدی را در نظر دارد. ایجاد و تقویت نظام حقوقی و قضایی متناسب و همگام با توسعهٔ فضای سایبر، به‌ویژه در جهت مقابلهٔ کارآمد با جرایم آن، باید همواره مدنظر بوده و با توجه به رشد بسیار سریع فضای سایبری و تکنولوژی‌های مرتبط با آن، نظام حقوقی ما همگام با آن حرکت کند. از جمله ابعاد و مسائل اساسی و البته راهبردی جرایم سایبری چگونگی تعقیب و رسیدگی آن به لحاظ تعیین مرجع قضایی صالح است. روی‌هم‌رفته، در تعیین مرجع قضایی صالح برای رسیدگی اصولاً محل ارتکاب جرم یا محل کشف جرم و محل دستگیری یا محل اقامت مرتکب معیار است و اگر موضوع جنبه بین‌المللی پیدا کند، معیارهای صلاحیت سرزمینی، تابعیت مرتکب، تابعیت بزه‌دیده، اخلال در نظم و امنیت کشور یا اخلال در نظم و امنیت بین‌المللی مدنظر قرار می‌گیرد. افزون بر آن، با توجه به ویژگی جرایم سایبری معیارهای دیگری را هم می‌توان برای تعیین مرجع قضایی صالح ارائه داد؛ نظیر محل بارگذاری یا محل پیاده‌سازی داده‌ها. در رابطه با جرایم سایبری باید توجه داشت که نظر به امکان ارتکاب این جرایم از هر نقطه مکانی و همچنین نظر به مسائلی نظیر حاکمیت ملی کشورها و عدم مداخله در امور داخلی آنها، در فرضی که جرایم سایبری در کشوری دیگر رخ داده باشد، رسیدگی آن در نظام حقوقی داخلی با چالشی اساسی مواجه است. در واقع، ویژگی برجسته جرایم سایبری امکان ارتکاب آن در فضایی مجازی از هر نقطه مکانی است و از این روست که اصولاً جنبه فراملی پیدا می‌کند.

کشف و تعقیب جرایم سایبری و محاکمه مرتکبان به لحاظ ویژگی پیش‌گفته این جرایم به دلالیل مختلف با موانعی اساسی مواجهه است. نخست اینکه حقوق کیفری اصولاً به امور داخلی کشورها مربوط است و بدین‌سان است که اصولاً کشورها نه می‌توانند تعقیب جرمی را به عهده بگیرند که در سرزمین آنها رخ نداده و نه می‌توانند مرتکبی را مورد تعقیب و رسیدگی قرار دهند که تبعه آنها نیست؛ مگر در مواد استثنایی که البته این هم با محدودیت‌هایی مواجه است. در واقع، اگرچه با پیش‌بینی صلاحیت مبتنی بر تابعیت مرتکب و تابعیت بزه‌دیده و نیز صلاحیت واقعی یا صلاحیت جهانی امکان تعقیب و رسیدگی به جرایمی که خارج از محدوده سرزمینی کشور رخ داده ممکن است، اما توسل به این معیارها به تنهایی کفایت نمی‌کند؛ به ویژه اینکه جرایم سایبری در یک محیط مجازی رخ می‌دهند.

البته برخی از عناصر مربوط جنبه فیزیکی و مادی دارند که در تعیین صلاحیت کیفری هم مورد امعان‌نظر قرار گرفته‌اند. بنابر آنچه گفته شد، دو مسأله اساسی در ارتباط با جرایم سایبری باید روشن شود: نخست آنکه با توجه به ویژگی فضای سایبری و جرایم سایبری، چه معیارهایی برای تعیین مرجع قضایی صالح وجود دارد؟ دوم آنکه معیارهای صلاحیت کیفری سایبری با چه محدودیتی روبرو است و راهکار آن چیست؟

برایِ پاسخ به پرسش‌های پیش‌گفته، در این نوشتار تلاش بر آن است که ضمن اشاره به فضای سایبر و جرایم سایبری (شماره ۱)، صلاحیت کیفری (شماره ۲) و چگونگی امکان تعقیب این جرایم به لحاظ معیارهای گوناگون و نیز به لحاظ مقررات آیین دادرسی کیفری در خصوص دادرسی الکترونیکی مورد شاره قرار گیرد (شماره ۳) و سرانجام با اشاره به محدودیت صلاحیت کیفری سایبری (شماره ۴)، با مطالعه تطبیقی اسناد راهبردی سایبری برخی کشورها (شماره ۵)، راهکار راهبردی چگونگی تعقیب جرایم سایبری هم توضیح و تبیین شود.

۱. فضای سایبری و جرایم سایبری

در یک معنای مختصر فضای سایبری ناظر است به «فضای برخط شبکه‌های رایانه‌ای به ویژه اینترنت»[1] یا «فضایی مجازی و غیرواقعی است که در آن داده‌های الکترونیکی بین رایانه‌ها مبادله می‌شود.»[2] همچنین در تعاریف دیگر فضای سایبر ناظر است به «فضای مجازی که جامعه کاربران اینترنت در آن بوده و منابع داده‌های الکترونیکی به واسطه شبکه‌های رایانه‌ای قابل دسترس هستند»[3] یا «مجموعه‌ای از سامانه‌های به هم پیوسته داده‌ها و کاربران انسانی که با این سامانه‌های در تعامل هستند.»[4] بنابراین می‌توان گفت فضا سایبر فضایی غیرملموس و مجازی و غیرواقعی است که به واسطه اتصال و ارتباط بین رایانه‌ها و ابزارهای اینترنتی و اینترنت ایجاد شده است.[5]

باری، با مداقه در تعاریف پیش‌گفته می‌توان سه عنصر اساسی تشکیل‌دهنده فضای سایبر را چنین گزیده آورد: نخست سامانه‌ای رایانه‌ای؛ دوم شبکه اینترنت؛ و سوم کاربران. آنچه باید بدان توجه داشت آن است که گرچه عنصر اول و سوم در فضای مادی موجود و

1. Merriam-webster, Accessed 14 May 2017, [https://www.merriam-webster.com/dictionary/cyberspace].
2. Oxford dictionaries learner's, Accessed 14 May 2017, [http://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/cyberspace?q=cyberspace].
3. Larousse, Consulté le 14 Mai 2017, [http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/cybermonde/21258].
4. NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, Accessed 17 May 2017, [https://ccdcoe.org/multimedia/cyberspace-definition-and-implications.html].
5. Bussell, Jennifer, (2013), Cyberspace, Encyclopædia Britannica, Accessed 25 June 2017, [https://www.britannica.com/topic/cyberspace].

ملموس است اما عنصر سوم موجودیت مادی و ملموسی ندارد و از این روست که تمام کنش‌های انجام‌یافته در این فضایِ مجازی و غیرملموس بعد مکانی مشخص و معینی ندارد؛ چنان که برخی در تعریف فضای سایبر بدان نکته توجه داشته و چنین تعریفی ارایه داده‌اند که «فضای سایبر به مجموعه‌هایی از ارتباطات درونی انسان‌ها از طریق رایانه و وسایل مخابراتی بدون در نظر گرفتن جغرافیای فیزیکی گفته می‌شود.»[1] وانگهی، در فضای مجازی جدای از فعالیت‌های گوناگون مفید و مشروع، فعالیت‌هایی که خلاف اخلاق بوده و یا به نحوی از انحا خلاف مصالح اجتماعی بوده و منجر به صدمه و زیان می‌شوند هم ظهور و بروز کرده است. انجام این فعالیت‌های بزهکارانه در محیطی مجازی و بدون بُعد مکانی فیزیکی ، تعقیب و رسیدگی جزایی را با چالشی اساسی مواجه کرده است. از این رو حقوق جزا چه در بُعد ماهوی و چه در بُعد شکلی ناگزیر به تحول است. در واقع، تمامی قواعد و مقررات حقوق کیفری اصولاً ناظر به رفتارهای فیزیکی و ملموس بوده اما موضوع مطروحه فاقد این ویژگی است و افزون بر آن بُعد مکانی هم ندارد. در واقع، می‌توان در یک تقسیم‌بندی کلی جرایم را به جرایم سنتی و جرایم الکترونیکی[2] یا سایبری[3] تقسیم نمود که هر یک از این انواع بنا به ماهیت و ویژگی‌ها و آثار، به فراخور، نیازمندِ سازوکاری ویژه و متناسب برای تعقیب، رسیدگی و محاکمه و اعمال و اجرای کیفر هستند.[4] بنابراین هم به تعریف جرایم مربوط نیاز هست و هم به بازتعریف قواعد ناظر به دادرسی از جمله قواعد مربوط به صلاحیت نیاز هست؛ چنین است که موضوعی تحت عنوان «صلاحیت سایبری»[5] به میان آمده است.[6]

برآیند اینکه با توجه به ارتکاب جرایمی نظیر دسترسی غیرمجاز به داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای، شنود غیرمجاز محتوای در حال انتقال ارتباطات رایانه‌ای و مخابراتی، جاسوسی رایانه‌ای، تخریب و اخلال در داده‌ها و نیز ارتکاب جرایم سنتی نظیر جرایم علیه عفت و اخلاق عمومی، هتک حیثیت و نشر اکاذیب، سرقت و کلاهبرداری توسط سامانه‌های رایانه‌ای و افزون بر و مهم‌تر از اینها تروریسم سایبری و نیز جنگ سایبری[7] که ممکن است کشورها علیه یکدیگر به منظور اختلال و تخریب سامانه‌ای و تأسیسات یکدیگر انجام دهند[8] و لحاظ امکان لطمه‌های فرهنگی و اقتصادی و حتی تهدید امنیت

۱. زندی، محمدرضا، تحقیقات مقدماتی در جرایم سایبری، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۳، ص. ۲۲.

2. E-Crime

3. Cyber Crime

4. Jewkes, Yvonne; and Majid Yar, Hand book of Internet Crime, USA: Willan Publishing, 2010, pp. 42-43.

5. Cyber Jurisdiction

۶. زندی، محمدرضا، منبع پیشین، ص. ۲۶.

7. Cyber War

8. Sheldon, John, (2016), cyberwar, Encyclopædia Britannica, Accessed 17 May 2017, [https://www.britannica.com/topic/cyberwar]

ملی، تعقیب و رسیدگی جرایم سایبری در مقایسه با جـرایم عـادی اهمیتـی اساسـی و دو چندان پیدا می‌کند. نکته اساسی اینکه با توجه به ارتکاب این جـرایم از هـر نقطـه مکـانی جهان باید چگونگی تعیین صلاحیت را مشخص نمود. اما بنا به دلایلـی کـه توضـیح آن از نظر خواهد گذشت نمی‌بایسـت در حـل مسـأله چگـونگی تعقیـب و رسـیدگی بـه جـرایم سایبری تنها به قواعد صلاحیت کیفری توجه داشت. از این روست که به لحاظ راهبردی و به منظور مقابله مؤثر با این دسته از جرایم، در کنار تعیـین قواعـد صـلاحیت کیفـری بـه راهکارهای راهبردی دیگر هم می‌بایست توجه داشت.

۲. صلاحیت کیفری

صلاحیت در لغت به معنای «شایستگی»، «اهلیت»، «قابلیت» و «توانایی یـک مقـام در انجام یک عمل» آمده است. صلاحیت در معنای اصطلاحی و فنی ناظر است به توانـایی به‌کارگیری و اعمال قانون در مورد موضوعاتی که به موجب قانون در قلمرو صلاحیت یـک مرجع مشخص قـرار مـی‌گیـرد. از ایـن رو صـلاحیت بـه لحـاظ کیفـری عبـارت اسـت از شایستگی و اختیاری که به موجب قـانون بـرای مرجـع کیفـری بـه‌منظـورِ رسـیدگی بـه موضوعات کیفری پیش‌بینی شده است.[۱] به طور کلی قاعده اصلی در مـورد تعیـین مرجـع صالح در امور کیفری توجه به محل وقـوع جـرم اسـت؛ چنانکـه کـه یکـی از ویژگـی‌هـای برجسته حقوق کیفری درون مرزی بودن آن است بدین معنا که قواعد آن به مرزهای یـک کشور محدود می‌گردد و ناظر به روابط اشخاص یـک جامعـه در محـدود سـرزمینی واحـد است.[۲] در این باره، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱ اردیبهشـت ۱۳۹۲ (زیـن پـس: ق.م.ا) چنین مقرر کرده است: «قوانین جزایی ایران درباره کلیه اشخاصی که در قلمـرو حاکمیـت زمینی، دریایی و هوایی جمهوری اسلامی ایران مرتکب جرم شوند اعمـال مـی‌شـود». لازم به ذکر است که اگر محل وقوع جرم نامعلوم باشد، اصولاً به اعتبار محل کشف جرم، محـل دستگیری متهم، محل اقامت متهم هم مرجع قضایی می‌توانـد اقـدام بـه رسـیدگی کنـد.[۳] افزون بر معیارهای پیش‌گفته، گاه عنصر خارجی به صـلاحیت کیفـری جنبـه بـین‌المللـی می‌بخشد چنانکه گاه تبعه یک کشور در کشوری دیگر مرتکب جرم می‌شود یـا تبعـه یـک کشور در کشوری دیگر بزه‌دیده می‌شود و گاه ارتکاب جرم خـارج از مرزهـای سـرزمینی و فارغ از اینکه توسط تبعه یا علیه تبعه کشور باشد، علیه منـافع عـالی کشـور یعنـی نظـم و امنیت آن صورت می‌گیرد و نیز گاه شدت جرم به حدّی است که فارغ از معیار سـرزمینی، تابعیت و منافع عالی کشورها مدنظر قرار گرفته و مرتکب آن در هر کشوری که یافت شـود

۱. آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، چاپ هشتم، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۴، ص. ۲۷۴.
۲. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، چاپ هجدهم، تهران، میزان، ۱۳۸۶، ص. ۴۱.
۳. ماده ۱۱۶ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۴ اسفند ۱۳۹۲.

قابل تعقیب و رسیدگی در محاکم همان کشور خواهد بود. با توجه به معیارهای گفته شده، افزون بر صلاحیت سرزمینی، صلاحیت مبتنی بر تابعیت متهم، صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده، صلاحیت مبتنی بر منافع عالی کشور و صلاحیت جهانی تشکیل‌دهنده مجموعه معیارهایی است که به موجب آن می‌توان مرجع صالح کیفری برای رسیدگی به جرمی را تعیین نمود. اما در مورد موضوع مسئله یعنی جرایم سایبری با توجه به ویژگی‌های مورد اشاره این نوع از جرایم باید با بررسی و تحلیل هر یک از این معیارها صلاحیت کیفری سایبری را توضیح و تبیین نمود. به بیان دیگر، از آنجایی که کنش‌های انجام‌یافته مجازی غیرمادی و غیرملموس بوده و در فضای مکانی مشخص و معینی صورت نمی‌گیرد باید با تحلیل معیارهای ناظر به صلاحیت کیفری ضمن توجه به ویژگی جرایم سایبری، معیار صلاحیت کیفری سایبری را معلوم نمود.

۳. معیارهای صلاحیت

در خصوص جرایم سایبری به عنوان بزهکاری بدون مرز[1] می‌توان قائل بر این نظر بود که از لحاظ صلاحیت چندبُعدی[2] است. به بیان دیگر، با توجه به عدم تعیین مکانی جرم سایبری، برایِ تعیین معیار صلاحیت این نوع از جرایم می‌توان جنبه‌های مختلفی را لحاظ نمود. با مداقه در عناصر جرم سایبری نظیر بستر ارتکاب جرم سایبری و چگونگی انجام آن، کاربر یا مرتکب و نیز بزه‌دیده جرم سایبری[3] و جز اینها می‌توان فروض مختلفی را چنین گزیده آورد: محلی که وسیله ارتکاب نظیر کامپیوتر در آن مستقر است؛ محلی که سرویس‌دهنده خدمات اینترنتی در آن مستقر است؛ محلی که کاربر در آن اقامت است؛ محلی که بزه‌دیده در آن اقامت دارد؛ محلی که بارگذاری و پیاده‌سازی داده‌ها در آن انجام می‌گیرد؛ محلی که جرم در آن محقق می‌شود و جز اینها. وانگهی، درباره چگونگی تعیین صلاحیت کیفری سایبری دو فرض کلی را می‌توان چنین لحاظ نمود: نخست؛ تعیین صلاحیت کیفری سایبری به اعتبار قواعد معمول صلاحیت؛ و دوم؛ تعیین صلاحین کیفری سایبری به اعتبار ویژگی‌های جرم سایبری.

۳ـ۱. تعیین صلاحیت به اعتبار قواعد معمول صلاحیت کیفری

در تبیین و تعیین معیار صلاحیت کیفری جرایم سایبری نخستین فروض متبادر به ذهن ناظر به قواعد معمول صلاحیت کیفری است. از این رو، بررسی آن قواعد و تطبیق آن بر موضوع مسئله به عنوان یکی از فروض ممکن در چگونگی تعیین صلاحیت کیفری در جرایم سایبری مفید خواهد بود. بنابراین، امکان تعیین صلاحیت جرایم سایبری به

1. Borderless Criminality
2. Multi-Jurisdictional
3. Singh, Shikhs, Cyber Laws, New Delhi, Global India Publications, 2011, p. 13.

اعتبار صلاحیت سرزمینی، صلاحیت مبتنی بر تابعیت متهم، صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده، صلاحیت حمایتی و صلاحیت جهانی مورد بررسی قرار می‌گیرد. لازم به ذکر است که هر یک از معیارها با توجه به یک جنبه از موضوع بوده و این موارد در مقابل هم نبوده بلکه باید در کنار هم به طور تلفیقی مورد امعان‌نظر قرار گیرد.

۳ـ۱ـ۱. صلاحیت سرزمینی

قاعده اصلی در تعیین صلاحیت محل ارتکاب جرم است و از این روست که مرجع قضایی محل ارتکاب صالح به رسیدگی است. اما همان طور که پیش‌تر مورد بحث قرار گرفت، جرم سایبری به لحاظ ماهیّت مجازی و غیرواقعی خود همانند جرایم سنتی نظیر قتل، سرقت و جز اینها در بستر مکانی مشخصی رخ نمی‌دهد و از این جهت نمی‌توان گفت که به طور دقیق محل وقوع جرم سایبری کجاست تا بدین‌سان مرجع صالح هم تعیین شود. با وجود این، می‌توان به بستر ارتباطات و مبادلات الکترونیکی شاره نموده که در واقع همین بستر تشکیل‌دهنده فضای سایبر بوده و داده‌های مختلف در آن مورد پردازش قرار می‌گیرند. بدین‌سان می‌توان گفت مراکز تولید بسترهای الکترونیکی که به عنوان مراکز داده به ارایه خدمات میزمانی می‌پردازند محلی است که جرم سایبری در آن واقع شده و محل این مراکز در قلمرو حاکمیت هر کشوری که باشند تابع قوانین کیفری آن کشور بوده و از این رو بنا به معیار صلاحیت سرزمینی مراجع قضایی آن کشور صالح به رسیدگی خواهند بود. در این باره، ماده ۶۴۴ قانون آیین دادرسی کیفری (زین پس: ق.آ.د.ک) چنین مقرر کرده است که «علاوه بر موارد پیش‌بینی شده در دیگر قوانین، دادگاه‌های ایران صلاحیت رسیدگی به موارد زیر را دارند: الف ـ داده‌های مجرمانه یا داده‌هایی که برای ارتکاب جرم به کار رفته‌اند که به هر نحو در سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی یا حامل‌های داده موجود در قلمرو حاکمیت زمینی، دریایی و هوایی جمهوری اسلامی ایران ذخیره شود». این نکته را هم باید افزود که به استناد ۶۵۵ ق.آ.د.ک «چنانچه جرم رایانه‌ای در صلاحیت دادگاه‌های ایران در محلی کشف یا گزارش شود، ولی محل وقوع آن معلوم نباشد، دادسرای محل کشف مکلف است تحقیقات مقدماتی را انجام دهد. در صورتی که محل وقوع جرم مشخص نشود، دادسرا پس از اتمام تحقیقات مبادرت به صدور قرار و در صورت اقتضاء صدور کیفرخواست می‌کند و دادگاه مربوط نیز رأی مقتضی را صادر می‌کند.»

۳ـ۱ـ۲. صلاحیت مبتنی بر تابعیت متهم

یکی دیگر از معیارهای درخور توجه در صلاحیت کیفری سایبری ناظر به معیار قرار دادن تابعیت متهم است. بنابراین دولت‌ها می‌تواند قوانین خود را نسبت به اتباع خود فارغ از اینکه محل ارتکاب جرم کجا بوده است، اعمال کنند. در این باره، ماده ۷ ق.م.ا چنین مقرر نموده است که «... هر یک از اتباع ایران در خارج از کشور مرتکب جرمی شود، در

صورتی که در ایران یافت و یا به ایران اعاده گردد، طبق قـوانین جمهـوری اسـلامی ایـران محاکمه و مجازات می‌شود ...». بنابراین، با توجه به جرم بودن برخـی رفتـاری سـایبری در قوانین جمهوری اسلامی ایران (بند الف ماده ۷ ق.م.ا) و نیـز تعزیـری بـودن ایـن دسـته از جرایم (بند ب ماده ۷ ق.م.ا) و لحاظ باقی شرایط مقرر یعنی اینکـه مـتهم در محـل وقـوع جرم محاکمه و تبرئه نشده یا در صورت محکومیت، مجازات کلاً یـا بعضـاً دربـاره او اجـراء نشده باشد (بند ب ماده ۷ ق.م.ا) و اینکه طبق قوانین ایران موجبی برای منـع یـا موقـوفی تعقیب یا موقوفی اجرای مجازات یا سقوط آن نباشد (بند پ مـاده ۷ ق.م.ا)، پـس از یافـت شدن متهم یا اعاده او به کشور و در نهایت با توجه به مقررات قانون آیین دادرسی کیفری، مرجع قضایی محل دستگیری یا محل اقامت متهم صالح به رسیدگی خواهد بود.

۳ـ۱ـ۳. صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده

معیار دیگری که برای صلاحیت کیفری سایبری می‌تواند مورد اسـتفاده قـرار گیـرد معیار تابعیت بزه‌دیده است، چنانکه در این معیار محل ارتکاب جرم سـایبری و یـا تابعیـت متهم ملاک نیست بلکه کافی است جرمی سایبری علیـه یکـی از اتبـاع رخ داده باشـد تـا مراجع قضایی کشور صلاحیت رسیدگی داشته باشد. در این باره، ماده ۸ ق.م.ا مقرر نمـوده است که «هر گاه شخص غیر ایرانی در خارج از ایران علیه شخصی ایرانی یـا علیـه کشـور ایران مرتکب جرمی ... شود و در ایران یافت و یا به ایران اعاده گردد، طبق قـوانین جزایـی جمهوری اسلامی ایران به جرم او رسیدگی می‌شود». بنابراین، با تحقق سایر شرایط یعنـی اینکه رفتار ارتکابی در جرایم موجب تعزیر به موجب قانون جمهوری اسلامی ایران و قانون محل وقوع، جرم باشد (بند ب ماده ۸ ق.م.ا) و اینکه متهم در جرایم موجب تعزیر در محل وقوع جرم، محاکمه و تبرئه نشده یا در صورت محکومیت، مجازات کـلاً یـا بعضـاً دربـاره او اجراء نشده باشد (بند الف ماده ۸ ق.م.ا)، پس از یافت شدن یا اعاده متهم به کشور فـارغ از اینکه تابعیت او چیست و در نهایت با توجه به مقررات قانون آیین دادرسی کیفری، مرجـع قضایی محل دستگیری یا محل اقامت متهم صالح به رسیدگی خواهد بود.

لازم به ذکر است که در یک مورد ویژگی بزه‌دیده به لحاظ سن و نه تابعیت می‌توانـد معیار صلاحیت محاکم ایران باشد. بند (ت) ماده ۶۴۴ ق.آ.د.ک چنین مقرر کرده است کـه اگر «جرایم رایانه‌ای متضمن سوءاستفاده از اشخاص کمتـر از هجـده سـال، اعـم از اینکـه بزه‌دیده یا مرتکب ایرانی یا غیر ایرانی باشد و مرتکب در ایران یافت شود»، در ایـن صـورت وفق صدر ماده ۶۴۴ دادگاه‌های ایران صلاحیت رسـیدگی خواهنـد داشـت. بنـابراین، اگـر جرایم رایانه‌ای متضمن سوءاستفاده از اشخاص کمتر از هجده سال باشـد، در ایـن صـورت تابعیت مدنظر نبوده و به صرف همان ویژگی سنی، محاکم ایران دارای صـلاحیت خواهنـد بود. در فرض اخیر اگر جرم در بستر سامانه‌های رایانـه‌ای و مخـابراتی یـا حامـل‌هـای داده

موجود در قلمرو حاکمیت زمینی، دریایی و هوایی جمهوری اسلامی ایران ارتکاب یافته باشد، مراجع قضایی مستقر در محل این سامانه‌ها به عنوان محل ارتکاب جرم صلاحیت خواهند داشت. در غیر صورت، به شرط یافت شدن یا اعاده متهم به کشور، با توجه به مقررات قانون آیین دادرسی کیفری، مرجع قضایی محل دستگیری یا اقامت متهم صلاحیت رسیدگی خواهد داشت.

۳ـ۱ـ۴. صلاحیت حمایتی

در برخی موارد جرایم سایبری می‌توان قائل به صلاحیت حمایتی بود. در واقع، به موجب اصل صلاحیت حمایتی هرگاه جرم ارتکابی فارغ از تابعیت مرتکب و محل ارتکاب منجر به لطمه به منافع عالی کشور شود؛ در این صورت، مراجع قضایی کشور نسبت به چنین جرمی صلاحیت خواهند داشتند.[1] از این رو، در خصوص ارتکاب برخی از جرایم سایبری نظیر تروریسم سایبری می‌توان با توجه به این نوع از صلاحیت، برای مراجع قضایی قایل به صلاحیت بود. البته وصف سایبری برای جرایم خصوصیتی ندارد و کافی است که یکی از منافع عالی نظیر امنیت داخلی و خارجی مورد لطمه باشد (ماده ۵ ق.م.ا). بنابراین، در فرض ارتکاب جرم سایبری که به منافع عالی لطمه می‌زند با حصول سایر شرایط یعنی ارتکاب جرم خارج از قلمرو حاکمیتی ایران و فارغ از اینکه مرتکب تابعیت ایرانی یا غیرایرانی داشته باشد (ماده ۵ ق.م.ا) امکان استناد به صلاحیت حمایتی برای رسیدگی به جرایم سایبری در محاکم داخلی فراهم می‌شود. در این باره بنده (پ) ماده ۶۴۴ ق.آ.د.ک هم چینن مقرر کرده است: «جرم توسط تبعه ایران یا غیر آن در خارج از ایران علیه سامانه های رایانه ای و مخابراتی و تارنماهای مورد استفاده یا تحت کنترل قوای سه گانه یا نهاد رهبری یا نمایندگی های رسمی دولت یا هر نهاد یا مؤسسه‌ای که خدمات عمومی ارائه می دهد یا علیه تارنماهای دارای دامنه مرتبه بالای کد کشوری ایران در سطح گسترده ارتکاب یابد». در این صورت، با توجه به مقررات قانون آیین دادرسی کیفری مرجع قضایی محل دستگیری یا اقامت مرتکب صالح به رسیدگی خواهد بود.

۳ـ۱ـ۵. صلاحیت جهانی

برخی جرایم حسب شدّت به عنوان جرم علیه تمام بشریت تلقی می‌شوند که در این صورت مراجع قضایی همه کشورها فارغ از محل ارتکاب جرم، تابعیت متهم، تابعیت بزه‌دیده، صالح به رسیدگی خواهند بود.[2] برای نمونه جرایمی نظیر نسل‌کشی و جنایات علیه بشریت قابل اشاره است که به لحاظ شدّت قابل رسیدگی توسط تمام کشورهاست.

۱. پوربافرانی، حسن، «تحول اصل صلاحیت واقعی در لایحهٔ جدید مجازات اسلامی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵۸، ۱۳۹۱، صص. ۷۷ ـ ۷۵.

۲. پوربافرانی، حسن، حقوق جزای بین‌المللی، تهران، جنگل، ۱۳۹۰، ص. ۱۶۸.

در این باره باید گفت کمینه امکان استفاده از صلاحیت جهانی امکان استناد به آن در حالتی است که مرتکب در سرزمین کشور باشد بدون در نظر گرفتن اینکه ملیّت مرتکب چیست و مکان ارتکاب جرم کجاست. در این راستا، برخی بر این باروند که اجرای بدون محدودیت اصل صلاحیت جهانی ناقض اصل حاکمیت سایر کشورها خواهد بود.[1] به ویژه در مورد کشوری که مرتکب تابع آن است و یا جرم در سرزمین آن رخ داده است. فراروی آن، برخی در رد این استدلال این گونه پاسخ گفته‌اند که جرایمی همانند نسل‌کشی و جنایات علیه بشریت تمام جامعه بین‌المللی را متأثر می‌کند، از این رو، چنین جرایمی در پیوند با امور داخلی کشورها نبوده و ناقض حق حاکمیت آنها نخواهد بود، بلکه چنین جرایمی آنچنان سرزنش پذیر هستند که مرتکب آن دشمن تمام ملل فرض شده و از این جهت هر دولتی حق تعقیب این جرایم را خواهد داشت.[2و3] با توجه به نکته پیشین، محدود ماندن در سایر گونه‌های صلاحیت پذیرفتنی نبوده[4] و همه دولت‌ها بدون لحاظ اینکه ارتباطی با جرم داشته باشند، نسبت به پیگرد جرایم بین‌المللی بنابر اصل صلاحیت جهانی، صلاحیت خواهند داشت.[5]

باید بدین نکته توجه داشت که امکان استناد به صلاحیت جهانی زمانی امکان‌پذیر است که اجماع یا توافقی بین‌المللی در مورد شدید بودن جرم وجود داشته باشد چنانکه پذیرفته شود همه کشورها می‌توانند بنابر صلاحیت جهانی اقدام به رسیدگی کنند. گفتنی است بر خلاف جرایمی نظیر نسل‌کشی، هنوز در مورد جرایم سایبری چنین اجماع و توافقی ایجاد نشده و کنوانسیونی در این باره به تصویب نرسیده است.[6] با این همه، باید توجه داشت که صلاحیت جهانی در دو مفهوم موسع و مضیق به کار رفته است. صلاحیت جهانی در مفهوم موسّع بدین معناست که مراجع قضایی همه کشورها فارغ از محل ارتکاب جرم، تابعیت متهم، تابعیت بزه‌دیده و بدون هیچ قید دیگر می‌توانند رسیدگی کنند. اما صلاحیت جهانی در مفهوم مضیق بدین معناست که مراجع قضایی کشورها زمانی می‌توانند فارغ از محل ارتکاب جرم، تابعیت متهم، تابعیت بزه‌دیده اقدام به رسیدگی

۱. مومنی، مهدی، مبانی حقوق جزای بین‌الملل ایران، تهران، شهر دانش، ۱۳۸۸، ص. ۱۱۵.

۲. میرمحمد صادقی، حسین، «صلاحیت دولت‌ها در رسیدگی به جرایم بین‌المللی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۸، ۱۳۷۶، صص. ۱۴۹ ـ ۱۳۶.

۳. رضوی‌فرد، بهزاد؛ و محمد فرجی، «بایستگی جرم‌انگاری جرایم بین‌المللی و الگوهای آن»، راهبرد، شماره ۸، ۱۳۹۶، صص. ۲۸ ـ ۵.

4. Bantekas, Llias; and Susan Nash, International Criminal Law, Third Edition. UK, Routledge-Cavendish, 2007. p. 71.

5. Kreicker, Helmut, National Prosecution of International Crimes from a Comparative Perspective, Germany, Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, 2006, p. 7.

۶. فروغی، فضل‌الله؛ و امیر البوعلی، «صلاحیت کیفری مراجع قضایی در فضای سایبر»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۸، ۱۳۹۱، صص. ۳۵۶ ـ ۳۱۱.

کنند که متهم در قلمرو حاکمیت کشور اقدام‌کننده یافت شود. بنابراین، به نظر می‌رسد در فرض پذیرش جرایم سایبری به عنوان جرایم بین‌المللی قابل تعقیب بر اساس اصل صلاحیت جهانی، با توجه به مسائلی نظیر اصل حاکمیت دولت‌ها، استناد به اصل صلاحیت جهانی زمانی امکان‌پذیر است که متهم در قلمرو حاکمیتی یافت شود. قانون مجازات اسلامی هم مفهوم مضیق صلاحیت جهانی را پذیرفته است.[1]

۳ـ۲. تعیین صلاحیت به اعتبار ویژگی‌های جرم سایبری

افزون بر توجه به معیارهای معمول تعیین صلاحیت، از چشم‌اندازی دیگر می‌توان با توجه به برخی ویژگی‌های جرایم سایبری معیارهای دیگری را هم برای تعیین صلاحیت کیفری این دسته از جرم پیش‌بینی کرد. از این رو، می‌توان مراجع قضایی محل استقرار سیستم رایانه‌ای یا سرور، محل بارگذاری و محل پیاده‌سازی را به عنوان مرجع قضایی صالح مورد شناسایی قرار داد.

۳ـ۲ـ۱. صلاحیت مرجع قضایی محل استقرار سامانه رایانه‌ای

در خصوص مورد نخست یعنی محل استقرار سامانه رایانه‌ای «جایی که کامپیوتر تأثیرگذار در وقوع جرایم رایانه‌ای قرار دارد و یا جایی که ماهواره وسیله ارتکاب جرم ثبت شده است، محل ارتکاب جرم محسوب شده و نظام قضایی همان محل جهت تعقیب جرم ارتکابی صالح خواهد بود.»[2] در این راستا، قانون جرایم رایانه‌ای به موجب بند الف ماده ۶۴۴ ق.آ.د.ک در مواردی که داده‌های مجرمانه یا داده‌هایی که برای ارتکاب جرم به کار رفته است به هر نحو در سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی یا حامل‌های داده موجود در قلمرو حاکمیت زمینی، دریایی و هوایی جمهوری اسلامی ایران ذخیره شده باشد، دادگاه‌های ایران را صالح دانسته است. وانگهی، این معیار بازنمودی از همان معیار صلاحیت سرزمینی است که اما ایراد اساسی آنست که از آنجایی که اغلب این سیستم‌ها یا سرورها در امریکای شمالی و اروپا مستقر هستند، باید گفت اعمال صلاحیت به شکل پیش‌گفته به عنوان معیار مناسبی نمی‌تواند انگاشته شود، زیرا بزه‌دیدگان سراسر جهان برای اقامه دعوی ناگزیر خواهند بود بدین کشورها مراجعه کنند که غیرعملی بودن این امر آشکار است. در این باره، گفتنی است قانون آیین دادرسی کیفری به ارتکاب جرم از طریق تارنماهای دارای دامنه مرتبه بالای کد کشوری معیاری برای اعمال صلاحیت دادگاه‌های

۱. در این باره ماده ۹ قانون مجازات اسلامی چنین مقرر کرده است: «مرتکب جرایمی که به موجب قانون خاص یا عهدنامه‌ها و مقررات بین‌المللی در هر کشوری یافت شود در همان کشور محاکمه می‌شود، اگر در ایران یافت شود طبق قوانین جزایی جمهوری اسلامی ایران محاکمه و مجازات می‌گردد.»

۲. همان.

ایران قرار داده است. بند (ب) ماده ۶۴۴ ق.آ.د.ک در این خصوص چنین مقرر کرده است: «جرم از طریق تارنماهای دارای دامنه مرتبه بالای کد کشوری ایران (ir.) ارتکاب یابد». نکته قابل ذکر اینکه دامنه مرتبه بالای کد کشوری[1] یک دامنه‌اینترنتی است که برای یک کشور، یا منطقه وابسته به قلمرو یک کشور و ... مورد استفاده قرار گرفته یا رزرو شده است. در نتیجه ویژگی قابل ذکر در خصوص دامنه مرتبه بالای کد کشوری ارتباط آن با یک منطقه جغرافیایی است. گویی ارتکاب جرم از طریق تارنماهای دارای دامنه مرتبه بالای کد کشوری ایران به منزله ارتکاب جرم در قلمرو حاکمیتی ایران است که در این صورت دادگاه‌های ایران صلاحیت خواهند داشت.

۳ـ۲ـ۲. صلاحیت مرجع محل بارگذاری یا محل پیاده‌سازی

در خصوص مورد دوم و سوم یعنی محل بارگذاری و محل پیاده‌سازی باید گفت که فعالیت در فضای سایبر از دو حال خارج نیست؛ یا اطلاعات وارد این فضا می‌شود که به این امر بارگذاری اطلاق می‌گردد یا اطلاعات از آن برداشته می‌شود که به این امر پیاده‌سازی اطلاق می‌گردد. بر این اساس، اگر بارگذاری متضمن رفتاری مجرمانه باشد، در این صورت مراجع قضایی محل بارگذاری صالح به رسیدگی خواهند بود و اگر پیاده‌سازی متضمن رفتاری مجرمانه باشد، در این صورت مراجع قضایی محل پیاده‌سازی صالح به رسیدگی خواهند بود.[2] البته این معیارها هم در پیوند با معیارهای معمول صلاحیت کیفری قابل اعمال است چنانکه برای نمونه اگر این رفتارها اعم از بارگذاری یا پیاده‌سازی در قلمرو حاکمیتی کشور باشد معیار صلاحیت سرزمینی اعمال می‌شود. اما اگر این رفتارها در خارج از قلمرو حاکمیتی باشد به لحاظ قانونی باید به معیارهای دیگر برای تعیین صلاحیت توجه داشت. وانگهی، با توجه به بند (ب) ماده ۶۴۴ ق.آ.د.ک که مقرر کرده است که «جرم از طریق تارنماهای دارای دامنه مرتبه بالای کد کشوری ایران (ir.) ارتکاب یابد»، گویی اگر رفتارهای مورد بحث وفق این بند انجام شود، چنانکه پیش‌تر بحث شد، به منزله این است که محل بارگذاری یا پیاده‌سازی محدود جغرافیایی ایران است. در نتیجه، مقرره پیش‌گفته به نوعی بر معیار مورد بحث یعنی محل بارگذاری یا محل پیاده‌سازی هم دلالت دارد.

۴. محدودیت

اگرچه در فرض ارتکاب جرایم سایبری به لحاظ معیارهای گوناگون، صلاحیت کیفری سایبری مشخص می‌شود اما محدودیت‌هایی وجود دارد که بدون رفع آنها توسل صرف به آن معیارها منتهی به رسیدگی و محاکمه و مجازات جرایم سایبری نخواهد شد.

1. Country Code Top Level Domain

۲. فروغی، فضل‌الله؛ و امیر البوعلی، منبع پیشین.

محدودیت اساسی در این باره ناظر به حالتی است که مرتکب خارج از قلمرو حاکمیتی است؛ چنانکه برای نمونه در صلاحیت مبتنی بر تابعیت متهم دولت‌ها می‌توانند قوانین خود را نسبت به اتباع خود فارغ از اینکه محل ارتکاب جرم کجا بوده است اعمال کنند اما پیش‌شرط ضروری آن «یافت شدن» مرتکب در قلمرو حاکمیتی کشور است. همچنین است در صلاحیت مبتنی بر تابعیت بزه‌دیده که پیش‌شرط اعمال آن «یافت شدن» یا «اعاده شدن» متهم به کشور است. در نتیجه گرچه با معیارهایی مشخص مرجع قضایی صالح تعیین می‌گردد، اما در برخی موارد به تنهایی برای اعمال صلاحیت و تحقق رسیدگی کفایت نمی‌کند. به بیان دیگر، اصولاً «دسترسی» به متهم شرط رسیدگی و محاکمه و مجازات است. گفتنی است که بین‌المللی شدن بزهکاری خاص جرایم سایبری نیست اما بنا به سهولت ارتکاب این جرایم از هر نقطه مکانی و تأثیر آن در مناطق مختلف، مسئله دسترسی به متهم اهمیت بیشتری دارد. از این رو، لازم است که با توجه به شیوع جرایم سایبری و تهدید فزاینده آن برای امنیت کشور در راستای تقویت نظام قضایی و به‌منظورِ تحقق صلاحیت مراجع قضایی داخلی و تمهید امکان رسیدگی توسط آنها، چالش عدم دسترسی به متهمان جرایم سایبری مورد توجه جدی قرار گرفته و به لحاظ راهبردی مدنظر قرار گیرد.

۵. راهبرد تحققِ صلاحیت سایبری

چنانکه گفته شد، صلاحیت یعنی توانایی به‌کارگیری و اعمال قانون در مورد موضوعاتی که به موجب قانون در قلمرو صلاحیت یک مرجع مشخص قرار می‌گیرد؛ با توجه به توضیحات پیشین در مواردی به رغم صلاحیت مراجع قضایی «توانایی اعمال قانون» وجود ندارد. در این باره، مطالعه راهبردهای جرایم سایبری برخی کشورها نظیر بریتانیا، فرانسه و آلمان و حتی در سطح اتحادیه اروپا حاکی از آنست که در این سیاست‌های راهبردی سایبری آنها به همکاری بین‌المللی توجه جدّی شده است. اهمیت این موضوع به لحاظ امر صلاحیت کیفری ناظر به تحقق آنست به واسطه دسترسی به متهم و در نتیجه فراهم آمدن امکان «اعمال قانون» چنانکه در تعریف صلاحیت آمد.

۵ـ۱. مطالعه تطبیقی راهبردهای سایبری

در این باره، در راهبردهای جرایم سایبری بریتانیا به همکاری بین‌المللی به عنوان یکی از راهبردهای این موضوع در خصوص انجام تحقیقات مقدماتی نظیر کسب داده‌های مربوط به جرم ارتکابی و استرداد متهمان اشاره شده و به همکاری این کشور با گروه کشورهای جی ـ هشت و اتحادیه اروپا اشاره کرده است.[1] در راهبردهای جرایم سایبری

1. Home Office (2010), Cyber crime strategy, Accessed 14 June 2017, [https://www.gov.uk/government/publications/cyber-crime-strategy]

کشور آلمان نیز به همکاری بین‌المللی در سطوح مذکور و همچنین در سازمان امنیت و همکاری در اروپا اشاره کرده و پیشنهاد داده است که باید یک کد سایبری تهیه و در سطح بین‌المللی اجرا شود.[1] در کشور فرانسه نیز در خصوص راهبردهای حفاظت و امنیت سیستم‌های داده‌ها به راهبرد اتّحاد در برابر مسائل جمعی[2] که جرایم سایبری از جمله این مسائل است اشاره شده و همکاری بین‌المللی در زمینه سایبری را مدنظر قرار داده است.[3] در سطح اروپا نیز یکی از راهبردهای مورد توجه، همکاری مؤثر بین‌المللی ذکر شده است، چنانکه اساساً جرایم سایبری را به عنوان جرایم فراملی لحاظ کرده که رسیدگی به آن نیازمند همکاری پلیسی و قضایی است.[4] همچنین، در سطح اروپا، کنوانسیون بوداپست در ماده ۲۳ مقرر نموده است که «اعضای کنوانسیون باید ... از طریق اجرای اسناد بین المللی مربوط به همکاری بین المللی در موضوعات کیفری، ترتیبات توافق شده راجع به قانونگذاری متحدالشکل یا متقابل و قوانین داخلی و برای رسیدن به وسیع‌ترین حوزه پی‌جویی یا رسیدگی قضایی راجع به جرایم مرتبط با سیستم‌های رایانه‌ای و داده‌ها یا جمع‌آوری ادله الکترونیک در جرایم ، با یکدیگر همکاری کنند.»[5]

۵ـ۲. تقویت همکاری‌های بین‌المللی

مشخص شد که در رسیدگی و محاکمه و مجازات جرایم سایبری تعیین معیار صلاحیت و در نتیجه تعیین مرجع قضایی صالح کفایت نمی‌کند. چنان که در تعریف نوشته آمد توانایی به کارگیری و اعمال قانون هم بخشی از صلاحیت است و تحقق آن منوط به این توانایی. از این رو، در مواردی که مراجع قضایی صلاحیت دارند اما متهم یا حتی ادله جرم در دسترس نیست؛ بی‌گمان مشخص بودن مرجع قضایی صالح به تنهایی کافی نبوده و در این باره لازم است اقداماتی صورت گیرد تا توانایی به‌کارگیری و اعمال قانون توسط مرجع قضایی صالح فراهم شود. لازم به ذکر است با توجه به ویژگی جرایم سایبری که اصولاً می‌تواند به عنوان جرایم فراملی لحاظ گردد، توجه به همکاری بین‌المللی به عنوان راهبردی اساسی و کارآمد امری ضروری است. گفتنی است در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران گرچه تاکنون اقدامی جدی درباره صورت نگرفته اما

1. Federal Ministry of the Interior (2011), Cyber Security Strategy for Germany, Accessed 14 June 2017, [https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/EN/BSI/Publications/CyberSecurity/Cyber_Security_Strategy_for_Germany.pdf?_blob=publicationFile]
2. Une stratégie unifiée face à des menaces communes.
3. Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (2011), Défense et sécurité des systèmes d'information; Stratégie de la France, Accessed 14 June 2017, [https://www.enisa.europa.eu/media/news-items/French-cyber-security-strategy-2011].
4. Council of Europe (2001), Convention on Cybercrime, Budapest, 23.XI.2001, Accessed 14 June 2017, [http://www.coe.int/en/web/cybercrime/the-budapest-convention]
5. Ibid.

به‌لحاظ سیاستی با خلاء مواجه نیستیم چنانکه در این باره، در یک مورد، در سیاست‌های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران در موردشبکه‌های اطلاع‌رسانی رایانه‌ای، ابلاغی مقام معظم رهبری مصوب ۱۳۷۷/۷/۱۱، بر اقدام مناسب برای دستیابی به میثاق ها و مقررات بین‌المللی تأکید شده است. در نتیجه با توجه به ویژگی برجسته جرایم سایبری یعنی امکان ارتکاب آن در فضایی مجازی، از هر نقطه مکانی و جنبه بین‌المللی آن؛ مقابله کارآمد با چنین جرایمی در سطح ملی و صرف تعیین معیارهای صلاحیت، امکان‌پذیر نبوده و نیازمند همکاری‌های کیفری بین‌المللی است. از این رو، با تعریف جرایم سایبری و معلوم ساختن معیارهای صلاحیت کیفری در این دسته از جرایم و در نهایت پیش‌بینی سازوکارهای همکاری بین‌المللی برای تعقیب و تحقیق و رسیدگی، مراجع قضایی صالح به جرایم مربوط رسیدگی می‌کنند.[1] در نتیجه، مشارکت و همکاری کشورها به دلیل جهانی شدن مسأله بزهکاری باید مدنظر بوده و اساساً از این روست که امضاء و تصویب موافقت‌نامه‌ها و تفاهم‌نامه‌ها و عهدنامه‌های پلیسی ـ قضایی ـ امنیتی دو یا چندجانبه در دهه‌های اخیر مورد توجه قرار گرفته است[2و3]. نتیجه آنکه جرایم سایبری نیز از مسأله اخیر یعنی جهانی‌شدن بزهکاری مستثنی نبوده و از این جهت تعقیب و رسیدگی به این دسته از جرایم اصولاً منوط به یافت شدن متهمان این جرایم در قلمرو حاکمیتی کشور یا اعاده آنهاست. از این رو، افزون بر شناسایی معیارهای صلاحیت کیفری در جرایم سایبری، باید به تحقق صلاحیت مراجع قضایی توجه داشت و برایِ این منظور و امکان تعقیب و تحقیق و رسیدگی و محاکمه و در نهایت اجرای مجازات، همکاری کیفری بین‌المللی را مورد توجه قرار داد. بدین‌سان است که محدودیت‌های ناظر به اعمال صلاحیت در جرایم با جنبه بین‌المللی از جمله جرایم سایبری حل‌وفصل خواهد شد. در این زمینه و در خصوص جرایم سایبری بستر همکاری‌های پلیسی و قضایی فراهم به نظر می‌رسد چنانکه پیرو برخی موافقنامه‌های دوجانبه از جمله موافقت‌نامه همکاری‌های امنیتی ایران و روسیه، گسترش همکاری‌ها در زمینه‌های مختلف امنیتی و پلیسی از جمله مقابله با جرایم مدنظر قرار گرفته است.[4]

۱. فروغی، فضل‌الله، «موانع و محدودیت‌های تعقیب داخلی جرایم بین‌المللی»، مطالعات حقوقی (ویژه‌نامه حقوق جزا و جرم‌شناسی)، شماره ۲، ۱۳۸۹، صص. ۱۶۴ ـ ۱۲۹.

۲. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، جهانی شدن حقوق کیفری و تعاملات دانشگاهی بین‌المللی، دیباچه در: رضوی‌فرد، بهزاد، جلوه‌هایی از حقوق کیفری فرانسه، تهران، انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۹۵.

۳. کلانتری، کیومرث، مجموعه قوانین و مقررات همکاری‌های بین‌المللی ایران و کشورهای جهان در زمینه کیفری، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۴.

4. Iranian Students' News Agency, Accessed 18 June 2017, [http://www.isna.ir/news/94031709582].

نتیجه‌گیری

صلاحیت ناظر است به توانایی به‌کارگیری و اعمال قانون در مورد موضوعاتی که به موجب قانون در قلمرو صلاحیت یک مرجع مشخص قرار می‌گیرد. از این رو صلاحیت به لحاظ کیفری عبارت است از شایستگی و اختیاری که به موجب قانون برای مرجع کیفری به‌منظورِ رسیدگی به موضوعات کیفری پیش‌بینی شده است. در این میان، یکی از موضوعات کیفری ناظر است به فضای سایبری و جرایم سایبری. نکته اساسی در این باره آنست که با مداقه در تعاریف ناظر به فضای سایبری می‌توان به سه عنصر اساسی اشاره کرد. نخست؛ سامانه‌ای رایانه‌ای دوم؛ شبکه اینترنت و سوم؛ کاربران. در این خصوص آنچه باید بدان توجه داشت آن است که گرچه عنصر اول و سوم در فضای مادی موجود و ملموس است اما عنصر سوم موجودیت مادی و ملموسی ندارد و از این روست که تمام کنش‌های انجام‌یافته در این فضای مجازی و غیرملموس بعد مکانی مشخص و معینی ندارد چنانکه برخی در تعریف فضای سایبر بدان نکته توجه داشته و چنین تعریفی ارائه داده‌اند که فضای سایبر به مجموعه‌هایی از ارتباطات درونی انسان‌ها از طریق رایانه و وسایل مخابراتی بدون در نظر گرفتن جغرافیای فیزیکی گفته می‌شود. در نتیجه، با توجه به ویژگی فضای سایبری، تعیین مرجع صالح قضایی مشکل به نظر می‌رسد. افزون بر این، مشکل دیگر با توجه به امکان ارتکاب این دسته از جرایم از هر نقطه مکانی و تأثیر آن در مکانی دیگر است. در خصوص مشکل اول باید متذکر شد که اصولاً با توجه به قواعد تعیین صلاحیت، مسأله تعیین مرجع صالح قضایی ممکن می‌شود. در این خصوص می‌توان به تعیین مرجع قضایی صالح به اعتبار قواعد معمول تعیین صلاحیت و نیز به تعیین مرجع قضایی صالح به اعتبار ویژگی‌های نحوه ارتکاب جرایم سایبری توجه کرد. به اعتبار اوّل محل ارتکاب جرم، تابعیت متهم، تابعیت بزه‌دیده، لطمه به منافع عالی کشور معیارهای صلاحیت سایبری تواند بود و به اعتبار دوم محل بارگذاری و پیاده‌سازی داده‌ها. اما مشکل دوم یعنی امکان ارتکاب جرایم سایبری از هر نقطه مکانی و تأثیر آن در منطقه مکانی دیگر باید توجه داشت که گرچه به اعتبارات مختلف مرجع قضایی صالح تعیین می‌گردد اما به تنهایی راهگشا نیست. در واقع، اساساً نظر به ویژگی فضای سایبر و ویژگی جرایم سایبری می‌توان گفت این دسته از جرایم را اصولاً می‌توان به عنوان جرایم فراملی مورد امعان‌نظر قرار داد. از این رو، اگر بدین نکته اشارت رود که توانایی به‌کارگیری و اعمال قانون در مورد موضوعاتی که به موجب قانون در قلمرو صلاحیت یک مرجع مشخص قرار می‌گیرد از عناصر متشکله تعریف صلاحیت است و تحقق صلاحیت منوط به آن، آنگاه به لحاظ راهبردی ایجاد و امکان این توانایی لازم می‌آید.

با توجه به آنچه گفته شد، نتیجه آن است که نظر به ویژگی برجسته جرایم سایبری یعنی امکان ارتکاب از هر نقطه مکانی و فراملّی بودن آن، تحقق صلاحیت کیفری مراجع قضایی در توجه به معیارهای صلاحیت مقصور نمی‌شود؛ و اما تحقق این منوط است به ایجاد توانایی لازم جهت اعمال قانون مربوط در این زمینه. راهبرد امر مذکور در تقویت همکاری کیفری بین‌المللی است، چنانکه با مطالعه تطبیقی راهبردهای سایبری برخی کشورهای توسعه‌یافته این نکته مشاهده می‌شود که آنها با توجه به ویژگی جرایم سایبری، به راهبرد پیش‌گفته یعنی تقویت همکاری کیفری بین‌المللی در زمینه تعقیب و تحقیق و رسیدگی مربوط به جرایم سایبری توجه ویژه داشته‌اند. کوتاه سخن آنکه نظر به نکات پیش‌گفته و نظر به رهنمود موجود در نظام حقوقی کشور مبنی بر اقدام مناسب برای دستیابی به میثاق‌ها و مقررات بین‌المللی، توجه به اقدام در سطح بین‌المللی برای تعقیب و رسیدگی موثر به جرایم سایبری امری ضروری است که لاجرم باید مورد پیگیری قرار گیرد. به ویژه آنکه در برخی موارد مربوط موافقت‌نامه‌های اولیه امنیتی موجود است و از این جهت امکان پیگیری امر برای تعیین چارچوب همکاری کیفری بین‌المللی در راستای تحقق صلاحیت کیفری و در نتیجه تعقیب و رسیدگی و محاکمه و اجرای مجازات می‌تواند محقق شود.

منابع

الف ـ مکتوب

- آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، چاپ هشتم، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۴.
- اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، چاپ هجدهم، تهران، میزان، ۱۳۸۶.
- پوربافرانی، حسن، «تحول اصل صلاحیت واقعی در لایحه جدید مجازات اسلامی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵۸، ۱۳۹۱.
- ـــــــــــــ، حقوق جزای بین‌المللی، تهران، جنگل، ۱۳۹۰.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۸.
- خالقی، علی، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۵.
- رضوی‌فرد، بهزاد؛ و محمد فرجی، «بایستگی جرم‌انگاری جرایم بین‌المللی و الگوهای آن»، راهبرد، شماره ۸، ۱۳۹۶.
- زندی، محمدرضا، تحقیقات مقدماتی در جرایم سایبری، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۳.
- فروغی، فضل‌الله، «موانع و محدودیت‌های تعقیب داخلی جرایم بین‌المللی»، مطالعات حقوقی (ویژه‌نامه حقوق جزا و جرم‌شناسی)، شماره ۲، ۱۳۸۹.
- فروغی، فضل‌الله؛ و امیر البوعلی، «صلاحیت کیفری مراجع قضایی در فضای سایبر»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۸، ۱۳۹۱.
- کامینگا، منوتی، «اعمال صلاحیت جهانی در رابطه با جرایم سنگین حقوق بشری»، ترجمه محمد جواد شریعت باقری، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۸، ۱۳۸۲.
- کلانتری، کیومرث، مجموعه قوانین و مقررات همکاری‌های بین‌المللی ایران و کشورهای جهان در زمینه کیفری، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۴.
- مؤمنی، مهدی، مبانی حقوق جزای بین‌الملل ایران، تهران، شهر دانش، ۱۳۸۸.
- میرمحمد صادقی، حسین، «صلاحیت دولت‌ها در رسیدگی به جرایم بین‌المللی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۸، ۱۳۷۶.
- ـــــــــــــــــ، حقوق جزای بین‌الملل، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳.
- نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، جهانی شدن حقوق کیفری و تعاملات دانشگاهی بین‌المللی، دیباچه در: رضوی‌فرد، بهزاد، جلوه‌هایی از حقوق کیفری فرانسه، تهران، انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۹۵.
- هولمز، دیانا، آشنایی با تکنولوژی اطلاعاتی، ترجمه مجید آذرخش و جعفر مهرداد، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۷.

- Bajpai, G. S, On Cyber Crime & Cyber Law, India, Serials Publications, 2011.
- Bantekas, Llias; and Susan Nash, International Criminal Law, Third Edition. UK, Routledge-Cavendish, 2007.
- Cowles, Willard, “Universal Jurisdiction over War Crimes”, California Law Review, Vol. 33, Issue 2, 1945.
- Jewkes, Yvonne; and Majid Yar, Hand book of Internet Crime, USA: Willan Publishing, 2010.
- Kreicker, Helmut, National Prosecution of International Crimes from a Comparative Perspective, Germany, Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, 2006.
- Macedo, Stephen, Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law, USA, University of Pennsylvania Press, 2006.
- Ploug, Thomas, Ethics in Cyberspace: How Cyberspace May Influence Interpersonal Interaction, Ballerup, Denmark, Springer Pub, 2009.
- Singh, Shikhs, Cyber Laws, New Delhi, Global India Publications, 2011.

ب ـ اینترنتی

- Agence nationale de la sécurité des systèmes d’information (2011), Défense et sécurité des systèmes d’information; Stratégie de la France, Accessed 14 June 2017, [https://www.enisa.europa.eu/media/news-items/french-cyber-security-strategy-2011].
- Compétence universelle, Législation belge, Consulté le 7 Juin 2017. [https://competenceuniverselle.wordpress.com/legislation-belge/].
- Council of Europe (2001), Convention on Cybercrime, Budapest, 23.XI.2001, Accessed 14 June 2017, [http://www.coe.int/en/web/cybercrime/the-budapest-convention].
- Council of Europe (2012), Global Project Cybercrime @Octopus, Accessed 14 June 2017, [https://rm.coe.int/16802fa34f].
- DaviD’Agostino, Greg Wilshusen (2011), Defense Department Cyber Efforts: DoD Faces Challenges in Its Cyber Activities, DIANE Publishing, P 28. Accessed 25 June 2017,

[http://www.gao.gov/products/GAO-11-75].

- Federal Ministry of the Interior (2011), Cyber Security Strategy for Germany, Accessed 14 June 2017, [https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/EN/BSI/Publications/CyberSecurity/Cyber_Security_Strategy_for_Germany.pdf?_blob=publicationFile].
- Home Office (2010), Cyber crime strategy, Accessed 14 June 2017, [https://www.gov.uk/government/publications/cyber-crime-strategy].
- Iranian Students' News Agency, Accessed 18 June 2017, [http://www.isna.ir/news/94031709582].
- Bussell, Jennifer, (2013), Cyberspace, Encyclopædia Britannica, Accessed 25 June 2017, [https://www.britannica.com/topic/cyberspace].
- Sheldon, John, (2016), cyberwar, Encyclopædia Britannica, accessed 17 May 2017, [https://www.britannica.com/topic/cyberwar]
- Larousse, Consulté le 14 Mai 2017, [http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/cybermonde/21258].
- Larousse, consulté Le 28 mai 2017, [http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/comp%C3%A9tence/17648?q=competence#17517].
- Merriam-webster, accessed 14 May 2017,[https://www.merriam-webster.com/dictionary/cyberspace].
- Merriam-Webster, accessed 28 May 2017,[https://www.merriam-webster.com/dictionary/jurisdiction].
- NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, accessed 17 May 2017, [https://ccdcoe.org/multimedia/cyberspace-definition-and-implications.html].
- Oxford dictionaries learner's, accessed 14 May 2017, [http://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/cyberspace?q=cyberspace]

شناسه دیجیتال (DOI): 10.22106/jlj.2017.26776

آثار ایجاب ملزِم

محمد جعفری فشارکی*
محمد ریاحی**

چکیده

به دنبال انقلاب صنعتی در قرن نوزدهم میلادی، پیشرفت‌های شگرفی در عرصه علمی پدیدار شد. بروز چنین پیشرفت‌هایی در جامعه جهانی، مسائل نوظهور زیادی را به وجود آورد و ذهن حقوق‌دانان را وادار به یافتن پاسخ کرد. یکی از این مستحدثات، نهاد ایجاب ملزِم است. در مورد اثر ایجاب ملزم بر خلاف عقیده برخی از فقها و حقوق‌دانان باید بگوییم که ایجاب یک عمل حقوقی یک‌طرفی است که هیچ التزامی در نتیجه آن برای موجب به وجود نمی‌آید و موجب هر زمانی تا قبل از قبول می‌تواند از ایجاب خود عدول کند؛ یعنی اینکه به صرف مقید کردن ایجاب به مدت معین هیچ التزامی به وجود نمی‌آید، مگر اینکه موجب به طور ضمنی یا صریح اسقاط حق عدول کرده باشد. در مورد مسئولیت مدنی عدول‌کننده نیز، فقط با تمسک به قاعده لاضرر، با توجه به این نکته که لاضرر توان جعل حکم دارد، با وجود شرایطی ملزم به جبران خسارت طرف مقابل می‌شود.

کلیدواژه‌ها: ایجاب، ایجاب ملزِم، اراده، التزام.

* عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد اصفهان (خوراسگان) Dr.fesharaki@yahoo.com
** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد اصفهان (خوراسگان) (نویسنده مسئول)
Mohammadriyahi69@yahoo.com
تاریخ دریافت: ۹۳/۰۷/۳۰ تاریخ پذیرش: ۹۴/۱۲/۲۵

مقدمه

به دنبال تحول در وسایل حمل و نقل، تجارت و معامله نیز رونـق بسـیاری یافـت. به‌طوری‌که به عنوان مثال تاجر اروپایی پیشنهاد خرید مقـادیر هنگفتـی مـواد اولیـه را برای تاجر آسیایی ارسال می‌کند، تاجر آسیایی نیز برای قبول ایجاب مورد اشاره، ناگزیر از فراهم کردن مقدمات عقد می‌شود و به تهیه مقادیر قیدشده در پیشنهاد خریـد تـاجر اروپایی می‌پردازد. اما بعد از تحمل مشقت و هزینه بسیار در آماده‌سازی مقدمات انجـام معامله، برای وی معلوم می‌شود که موجب بنا به هر دلیلی از ایجاب خود عـدول نمـوده است. بدین ترتیب، خسارات هنگفتی بر وی تحمیل می‌شود. برای جلـوگیری از چنـین ضرری نهاد ایجاب ملزم پیشنهاد شد.

در رابطه با آثار ایجاب ملزم و اینکه آیا به موجب اراده یک‌طرفی می‌توان خـود را متعهد کرد یا خیر، اختلاف‌نظر وجود دارد که در ادامه به تحلیل و بررسی مبانی نظرات مختلف و نهایتاً انتخاب نظریه برگزیده خواهیم پرداخت. اما آنچه به نظر مـی‌رسـد ایـن است که چون در حقوق ما اراده یک‌طرفی به عنوان منبع تعهـد شـناخته نشـده اسـت، مگر در ایقاعات که به صورت استثنایی و معین مورد تصریح واقع شده‌انـد و فقـط اراده دوطرفه (عقد) منبع تعهد پذیرفته‌شده در نظام حقوقی ماست. بنابراین، ایجاب به همراه وعده معین و یا همراه با التزام نمی‌تواند موجد التـزام بـه حفـظ و نگهـداری آن باشـد. نظریه مشهور در فقه نیز که التزام (شرط) ابتدایی را موجـد اثـر نمـی‌دانـد، در تقویـت مطلب فوق مؤثر است. به عنوان مثـال، شـیخ انصـاری (ره) هشـتمین شـرط از شـروط صحت شرط را ملتزم شدن به آن در متن عقد ذکر می‌کند و این قول را به مشهور فقها نسبت می‌دهند.[1] به این ترتیب عمل به شرطی که در متن عقـد بیـان نشـده، لازم‌الوفـا نیست؛ برای اینکه هرگاه مشروط‌علیه پیش از انجام عقد، الزام شرط را بر خود انشا کند چنین الزامی ابتدایی بوده و به طور قطع وفای به آن واجب نیست. هرچند اثر شـرط در نفس ملزِم تا زمان عقد، بلکه تا زمان وفا و پس از آن استمرار داشته باشد، ماننـد طلـب امری که در زمانی انشا شده و تا موقع حصول مطلوب اثرش باقی است. حتی اگر وقـوع عقد را مقرون به التزام به آن شرط وعده بدهد، در صورتی که ذکر شرط در متن عقد را ترک کنند، التزامی از شرط حاصل نمی‌گردد.[2]

۱. «الشرط الثامن: ان یلتزم به فی متن العقد، فلو تواطیا علیه قبله لم یکف ذلک فـی التـزام المشـروط بـه علـی المشهور، بل لم یعلم فیه خلاف کتاب المکاسب (ط ـ الحدیثة)، جلد سـوم، چـاپ اول، قـم، کنگـره جهـانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق، صص. ۵۵ ـ ۵۴.

۲. همان.

علاوه بر آن، صاحب ریاض، بعد از نقل اجماع بر عدم لزوم وفا بـه شـرطی کـه در عقد ذکر نشده است، می‌فرماید: چنین شرطی بـه منزلـه «وعـد» اسـت.[1] همچنـین در مورد شروط قبل از عقد نکاح می‌گوید: «لا حکم للشـروط إذا کانـت قبـل العقـد مطلقـاً سائغةً کانت أم لا إجماعاً»، ولی شروط بعد از عقـد نکـاح را بـه موجـب برخـی روایـات لازم‌الوفا دانسته‌اند.[2]

برخی از فقها نیز چنین استدلال می‌کنند که مقصود از اینکه گفته مـی‌شـود بـرای لازم‌الوفا بودن لازم است که شرط در متن عقد ذکر شود این است که به منزله ضمیمه‌ای به یکی از عوضین باشد و از حالت مجانی بودن خارج گـردد و حکـم شـرط ابتـدایی را بـا حکم عقود اذنی یکی دانسته، می‌فرمایند: مستنبط از حکم شارع که عقـود مجـانی، ماننـد هبه و عاریه را جایز دانسته، این است که مطلق تعهدات مجانی لازم‌الوفا نیستند و شاید از اجماع که ظهور دارد بر عدم لزوم شروط ابتدایی و توقف لـزوم آنهـا، بـر اینکـه بـه منزلـه جزئی از احد عوضین شوند، استنباط شود که توجیه عدم لزوم آنها، مجانی‌بودن آنها است، نه صرف ابتدایی بودنشان و به این ترتیب اگر به چیزی از اعیان یا منافع، در مقابـل عـوض ملتزم شود، بعید نیست که قائل به لزوم آن شویم. اولی (التزام به عین در مقابل عـوض) را بیع و دومی (التزام به منفعت در مقابل عوض) را اجاره یا هر دو را صلح بدانیم.[3]

عده‌ای نیز معتقدند که شرط به معنای مطلق الزام نمی‌باشد، تا بگوییم روایاتی که دلالت می‌کنند بر واجب‌الوفا بودن هر الزام و التزامـی، آن (شـرط) را در بـر مـی‌گیرنـد. شرط به معنی ربط است و به تعهد مستقل اطـلاق نمـی‌گـردد. پـس عمومـات شـروط (مانند وجوب وفا به شرط) جز بر شرطی که ضمن عقد واقع شده است، دلالت نمی‌کند. از دید آنها، برخی از اصحاب که شرط بعد از وقوع نکاح را با وجود روایات در این زمینـه لازم‌الوفا دانسته‌اند، آن را حمل کرده‌اند بر اینکه در بین ایجاب و قبول واقع شده است. یـا آن را در مقابل قاعده ـ که همان اصل عدم لزوم شرط است، مگـر در ضـمن عقـد باشـد ـ قرار داده‌اند، در حالی‌که لازم‌الوفا بودن شرط در این مورد، به علـت وجـود نـص خـاص بدون معارض است.[4]

۱. صاحب کشف اللثام نیز می‌فرماید: «و لو قدّمه(الشرط) علیه أو أخّره عنه لم یعتدّ به للاتفـاق علـی عـدم لـزوم الوفاء بما یشترط لا فی عقد، و إنّه بمنزلة الوعد». فاضل هندی اصفهانی، محمد بـن حسـن، کشـف اللثـام و الإبهام عن قواعد الأحکام، جلد هفتم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق، ص. ۲۸۴.

۲. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد، ریاض المسائل (ط ـ الحدیثة)، جلد یازدهم، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البیت علیهم‌السلام، ۱۴۱۸ ق، صص. ۳۳۷ ـ ۳۳۶.

۳. غروی نائینی، میرزا محمدحسین، منیة الطالب فی حاشیه المکاسـب، جلـد دوم، چـاپ اول، تهـران، المکتبـة المحمدیة، ۱۳۷۳ ق، ص. ۱۲۳.

۴. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیه، جلد اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته بـه جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ق، صص. ۲۷۹ ـ ۲۷۸.

در ادامه بحث خواهیم گفت که آیا چنین ایجـابی قابلیـت عـدول دارد یـا خیـر و اینکه چه راه‌حل سازگاری با نظام حقوقی ما وجود دارد که قابلیت عدول را از بین ببرد. در پایان به بررسی مسئولیت مدنی ناشی از عدول و امکان یا عدم امکان جبران خسارت مخاطب خواهیم پرداخت.

۱. عدم ایجاد التزام در نتیجه ایجاب

گاهی ممکن است موجب ضمن ایجاب تصریح کند که تا مـدت معـین ملتـزم بـه حفظ ایجاب است و این تعهد مورد قبول طـرف مقابـل قـرار گیـرد. در صـحت چنـین توافقی با وجود ماده ۱۰ قانون مدنی تردیدی وجود ندارد، زیرا قانون‌گـذار در ایـن مـاده اراده طرفین را در ایجاد قراردادهای خصوصی موافق با قانون آزاد گذاشته اسـت و منـع قانونی در این خصوص وجود ندارد. اما بحث اصلی در اینجا این است که آیـا در نتیجـه ایجاب، موجب ملتزم به ایجاب خویش است و حق عـدول از آن را نـدارد؟ در پـاره‌ای از قوانین جدید مانند مواد ۳ به بعد قـانون تعهـدات سـوئیس و مـواد ۱۴۵ و ۱۴۸ قـانون مدنی آلمان آمده است که ایجاب تا مدتی که اختیار قبول به طرف مقابل می‌دهد، برای اعلام‌کننده آن الزام‌آور است. عدول از ایجاب اثر ندارد و قبـول مـی‌توانـد عقـد را واقـع سازد. در ماده ۸۴ قانون مدنی عراق نیز آمده اسـت: «إذا حـدد الموجـب میعـاداً التـزم بإیجابه إلی أن ینقضی هذا المیعاد». بنابراین در قـانون یادشـده و همچنـین در برخـی قوانین دیگر مانند ماده ۴۱ قانون مدنی کویت، ماده ۳۸ قانون مدنی سودان و ماده ۱۷۹ قانون «الموجبات و العقود» لبنان، نهاد ایجاب ملزم پذیرفته شده‌است.[۱]

اما در حقوق کامن‌لا، قاعده کلی که برای اولین بار در پرونده پاین علیـه کِیـو در سـال ۱۷۸۹ میلادی اتفاق افتاد این است که موجب می‌تواند در هر زمانی قبل از قبـول از ایجـاب خود رجوع[۲] کند، زیرا تا زمانی که قبول به ایجاب پیوند نخورد، هیچ تعهـد و التزامـی وجـود ندارد. حتی در پرونده روتلج علیه گرنت (سـال ۱۸۲۸ مـیلادی) کـه در آن گرنـت (خوانـده دعوی) ایجابی را برای خرید خانه خواهان پیشنهاد کرده بود و در ضمن، مـدت شـش هفتـه برای قبول تعیین کرده بود، مقرر شد که موجب می‌تواند قبل از اتمام شش هفتـه از ایجـاب خود رجوع کند. همچنین مقرر شد که تنها راه برای ملزم کردن موجب به حفظ ایجاب ایـن است که ایجاب‌کننده در قرارداد الزام‌آور جداگانه‌ای ملتزم به حفظ ایجاب شود.[۳]

۱. المظفر، المحمود، الإلتزامات الشرعیه الناشئه عن الإراده المنفرده (بحث فقهی موازن بالقانون الوضعی)، العـدد الثامن، المنهاج، ۱۴۱۸ صص. ۳۰ و ۴۹.

2. Revocation

3. Richards, Paul, Law of Contract, Harlow England, Longman Group Limited, 5th edition, 2002, p. 41.

برخی از حقوق‌دانان داخلی بین ایجاب ساده و ایجاب همراه با التزام تفکیک قائل می‌شوند؛ به طوری که در خصوص ایجاب ساده ابراز می‌دارند: «شخصی که مایل به بستن پیمان ویژه‌ای است، به وسیله ایجاب، مفاد آن را به عنوان یکی از دو مقتضی عقد انشا می‌کند. یعنی تعهد خود را منوط به قبول طرف خطاب می‌سازد. بنابراین پیش از قبول، تعهدی که زمینه آن به وسیله ایجاب فراهم آمده است، محقق نمی‌شود. درباره حفظ ایجاب نیز بنا به فرض، تعهد اضافی نشده است تا بحث درباره آثار آن مفید باشد. به همین جهت، چون گوینده ایجاب تعهدی در باب نگهداری اراده خود نکرده است، نمی‌توان او را پایبند به ایجاب شمرد، عدول از ایجاب مانع از تراضی می‌شود و قبول بعد از آن اثری ندارد».[1] همچنین در مورد ایجاب همراه با التزام می‌فرماید که در عرف دادوستدها، تعیین مهلت قبول که یکی از وسایل شایع و عرفی بیان اراده ضمنی بر التزام گوینده ایجاب است، ظهور در این دارد که پیشنهادکننده علاوه بر اینکه می‌خواهد مهلت ایجاب را تعیین کند، به صورتی‌که بعد از مدت تعیین‌شده ایجاب خودبه‌خود از بین برود، می‌خواهد خود را به نگهداری ایجاب نیز ملتزم سازد و به طور ضمنی اعلام دارد که تا پایان مدت عدول نمی‌کند.[2]

اما با در نظر گرفتن مبانی[3] و به کمک تحلیل موضوع به نظر می‌رسد که نمی‌توان پیش از انضمام قبول، برای موجب هیچ‌گونه تعهد و التزامی نسبت به مفاد ایجاب در نظر گرفت، زیرا اگر التزام و تعهدی برای موجب قابل تصور باشد، ناگزیر باید ارادی و ناشی از قصد موجب باشد و دلیلی بر اراده التزام به مفاد ایجاب از طرف موجب وجود ندارد. آنچه از ایجاب استنباط می‌گردد، بیش از این نیست که موجب با ایقاع ایجاب خود، اراده همکاری و مشارکت در ایجاد ماهیت حقوقی عقد از راه ترکیب ایجاب با قبول طرف و التزام به مفاد عقد، در صورت تحقق آن را دارد، نه پایبند کردن یک‌طرفه خود تا صدور قبول. به علاوه، اگر هم موجب اراده التزام به ایجاب داشته باشد باز تعهدی را نمی‌توان بر عهده او ثابت دانست، زیرا برای تعهد یک‌طرفه نمی‌توان اعتباری شناخت.[4]

برخی از فقها معتقدند که یکی از شروط عقد این است که ایجاب و قبول آن در حالتی واقع شود که هرکدام از موجب و قابل، شایستگی انشا را داشته باشند و موجب،

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ هشتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸، صص. ۳۰۸ ـ ۳۰۷.

۲. همان.

۳. در حقوق ما مبنا این است که فقط عقد به عنوان منبع تعهد شناخته شده است و قانون‌گذار برای اراده یک‌طرفی چنین اثری قائل نیست مگر در موارد استثنایی که صراحتاً اشاره کرده باشد؛ مانند ایقاعات مقرر در قانون.

۴. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ هفتم، تهران، مجمع علمی فرهنگی مجد، ۱۳۸۸، صص. ۱۴۶ ـ ۱۴۵.

بر ایجاب خود باقی باشد. می‌فرمایند: «آنچه عرفاً در معنای تعاقد معتبر است، آن است که هرکدام از طرفین عقد هنگام انشای طرف دیگر، به چیزی که او انشا می‌کند، رضایت داشته باشد ... در صورتی که موجب پیش از قبول مشتری، ایجاب خود را فسخ کند، ایجاب مزبور لغو می‌شود.»[1]

فلسفه وجود این شرط برای تحقق عقد این است که عقد با همکاری دو اراده واقع می‌شود، بنابراین اگر هنگام انشاء یکی، اراده دیگری مفقود باشد، عقد محقق نمی‌شود.[2] بدین ترتیب اگر قبول زمانی انشا شود که موجب از ایجاب رجوع کرده است، خواه ضمن آن ایجاب تعهد به نگهداری هم کرده باشد یا خیر، چون قصد انجام معامله را ندارد و همکاری دو اراده واقع نمی‌شود، هیچ عقدی محقق نمی‌شود. البته از قول یکی از فقها به نظر می‌رسد که ایشان موجب را ملتزم به ایجاب می‌داند؛ به طوری‌که می‌فرمایند: فسخ، ابطال ایجاب است و بدین‌وسیله با ابطال ایجاب قبل از تحقق عقد، از حالت معاهده خارج می‌شود. با این وجود اگر در این خصوص اجماع وجود نداشت مؤثر بودن رجوع، در ابطال ایجاب قابل خدشه است، به طوری که رجوع اثری نداشته باشد.[3]

یکی دیگر از فقها به صراحت می‌فرماید: «با رجوع موجب یا رد ایجاب توسط قابل، دلیلی برای از بین رفتن ایجاب انشاشده وجود ندارد. یعنی اگر بعد از رجوع از ایجاب یا رد آن قابل اقدام به قبول کند، معامله (بیع) صحیح است. علاوه بر آن، در صورت شک در بقای ایجاب، مقتضای اصل استصحاب این است که بگوییم ایجاب باقی است و در صورت الحاق قبول به آن عقد لازم‌الوفا می‌شود. مگر اینکه برخلاف این مطلب اجماع اقامه شود یا از عرف و بنای عقلا چنین استنباط شود که رجوع موجب منجر به از بین رفتن ایجاب می‌شود.»[4]

نظریه دیگری هم در این زمینه ارائه شده است که می‌فرماید: «قصد انشا فقط یک لحظه موجود شده و همان دم معدوم می‌شود. ... آنچه که قابل توجه باید باشد این است که موجود اعتباری ناشی از ایجاب، در ظرف اعتبار، مدتی باقی می‌ماند و مقدار بقاء آن تابع طرز انشا ایجاب‌کننده است ... بنابراین قبول باید در وقتی صادر شود که

۱. انصاری دزفولی، شیخ مرتضی، منبع پیشین، ص. ۱۷۸؛ غروی نائینی، میرزا محمدحسین، منبع پیشین، ص. ۱۱۴؛ مروج جزائری، سید محمدجعفر، هدی الطالب فی شرح المکاسب، جلد دوم، چاپ اول، قم، مؤسسهٔ دار الکتاب، ۱۴۱۶ ق، ص. ۶۰۵؛ مغنیه، محمدجواد، فقه الإمام الصادق علیه السلام، جلد سوم، چاپ دوم، قم، مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱ ق، ص. ۴۲؛ موسوی خویی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهة (المکاسب)، بی‌جا، بی‌تا ۶.

۲. غروی نائینی، میرزا محمدحسین، منبع پیشین.

۳. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، حاشیهٔ المکاسب،جلد اول، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق، ص. ۹۲.

۴. موسوی خمینی، سید روح‌الله (امام)، کتاب البیع، جلد اول و دوم، چاپ اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، ۱۴۲۱ ق، ص. ۲۸۳.

آن موجود اعتباری، نابود نشده باشد زیرا کار قبول این است که موجود اعتباری ناشی از ایجاب را از مرحله وجود اقتضایی، به مرحله وجود نهایی برساند. بدیهی است این کار موقعی میسر است که اثر ایجاب، در ظرف اعتبار، موجود باشد».[1] مطابق با این نظریه بر خلاف نظر مورد اشاره در بالا، موجب می‌تواند مدت پایبندی وی به ایجاب را تا بی‌نهایت! تعیین کند: «از نظر قدرت خلاقه نفس مانعی دیده نمی‌شود که ایجاب‌کننده در حین ایجاب، مقصود خود را طوری انشا نماید که اگر خود وی بعد از ایجاب، فوت کند یا دیوانه شود یا مفلّس گردد، قبول‌کننده بتواند به طرفیت قائم‌مقام او ابراز قبول نماید و عقد به طرفیت قائم‌مقام وی منعقد گردد و نیز مانعی دیده نمی‌شود که ایجاب‌کننده ایجاب را طوری واقع سازد که اگر قبول‌کننده بعد از ایجاب، فوت کند یا مجنون و مفلس گردد، قائم‌مقام او بتواند اظهار قبول نماید».[2]

شایان ذکر است که در خصوص آنچه برخی از فقهای فاضل معاصر ما، از جمله امام خمینی (ره) فرموده‌اند و در بالا به آن اشاره کردیم به این دلیل است که ایشان معتقدند عقود با ایجاب محقق می‌شوند و قبول صرفاً رضای به ماهیت انشاشده توسط موجب است. اما، این تحلیل در حقوق موضوعه ما مورد قبول واقع نشده است، زیرا قانون‌گذار در بند اول ماده ۱۹۰ قانون مدنی «قصد طرفین» را برای تحقق عقد لازم می‌داند و به صرف رضا اکتفا نمی‌کند. علاوه بر آن به نظر می‌رسد که در این خصوص به اصل استصحاب نیز نمی‌توان استناد کرد. زیرا شک از نوع شک در مقتضی است و همان‌طور که می‌دانیم با شک در مقتضی استصحاب جاری نمی‌شود. درست است شک می‌کنیم که آیا رافع (عدول از ایجاب) می‌تواند اثر رافعیت بگذارد یا خیر، اما این شک برمی‌گردد به اینکه آیا مقتضی قابلیت بقا دارد یا خیر. به عبارت دیگر، تردید در رافعیت رافع، برمی‌گردد به قابلیت بقای مقتضی، که آیا مقتضی لازم است و قابل عدول نیست یا قابل عدول است.

تنها یک حالت را می‌توان در نظر گرفت، که در آن، موجب می‌تواند خود را به موجب ایجاب ملتزم سازد و آن حالتی است که موجب، ضمن ایجاب از حق عدول خود صرف‌نظر کند. یعنی احراز شود که موجب صریحاً یا ضمناً حق عدول خود را اسقاط کرده است، به طوری که اراده وی به اسقاط حق تعلق گرفته باشد. در این صورت است که موجب ملزم به حفظ ایجاب است و عدول وی قبل از قبول هیچ اثری ندارد و اگر موضوع ایجاب را به فرد دیگری انتقال دهد، مخاطب ایجاب می‌تواند اعلام بطلان معامله را درخواست کند.

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ دوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷، صص. ۱۵۸ ـ ۱۵۷.
۲. همان، ص. ۵۵.

اما بحثی که در اینجا درخور توجه است، اینکه به عقیده بعضی، تشخیص لـزوم و جواز در عقود و ایقاعات بستگی به مصالح نوعی و شخصی افراد در مورد هر عقد یا ایقاع دارد. ایشان در مورد ایجاب در عقد غائبین می‌فرمایند: «به نظر می‌رسـد کـه مصـلحت نوعی در عقد غائبین طبعاً اقتضاء لزوم را می‌نماید، زیرا در غیر این صورت عقد غـائبین استقرار و ثبات نمی‌گیرد. بنابراین، ایجاب‌کننده ملک لازم را به نفع قبول‌کننـده انشـا و ایجاد می‌نماید نه ملک جایز را ... نظر به آن ملاک و نظر به قدرت خـلاق نفـس مـانعی نیست که ایجاب‌کننده به صرف قصد خود بتواند «تعهـد یـک‌طرفـی لازم» را بـه‌وجـود آورد. این است دلیل لزوم ایجاب در عقد غائبین ...».[1]

اما عده‌ای لزوم و جواز را متکی به اراده طرف یا طرفین می‌داننـد. بـه طـوری‌کـه اراده طرفین می‌تواند ماهیت حقوقی لازم را به جـایز یـا جـایز را بـه لازم تبـدیل کنـد. ایشان با استناد به ماده ۶۷۹ قانون مدنی که اعلام می‌دارد: «موکل مـی‌توانـد هـر وقـت بخواهد وکیل را عزل کند مگر اینکه وکالت وکیل یا عـدم عـزل در ضـمن عقـد لازمـی شرط شده باشد» عقیده دارند که این حکم را که با قاعده «حکومت اراده» موافق اسـت می‌توان به سایر عقود جایز نیز گسترش داد و از این قیاس نتیجه گرفت که عقـد جـایز در این موارد الزام‌آور می‌شود:

- در موردی که عقد جایز ضمن عقد لازم دیگری شرط شـود. در ایـن صـورت، اثـر عقد جایز در زمره تعهدهای تبعی عقد لازم در می‌آید و از آن کسب لزوم می‌کند.
- در موردی که حق فسخ عقد ساقط می‌شود. در ماده ۶۷۹ فرض شده اسـت کـه این اسقاط ضمن عقد لازم انجام می‌شود. ولی بـا وسـعتی کـه مـاده ۱۰ قـانون مدنی برای آزادی قراردادها به وجود آورده‌است، دیگر برای نفوذ خواسته طرفین نیازی به این تکلف وجود ندارد. اراده حاکم به خودی‌خود و قطـع نظـر از قالـب آن، ایجاد الزام می‌کند و دو طرف عقد می‌تواننـد بـه طـور مسـتقل نیـز دربـاره اسقاط حق تصمیم بگیرند. برای مثـال، موکـل مـی‌توانـد، بـدون نیـاز بـه هـیچ تشریفاتی، به نماینده خود وکالت بدون حق عزل بدهد.

علاوه بر آن می‌فرمایند: «همان اراده‌ای که اذن در تصرف را بـرای وکیـل بـه وجـود آورده است می‌تواند آن را به حق و تعهد نیز تبدیل کند. یعنی اختیار وکیل را چنان مقـرر کند که با فوت و حجـر نیـز از بـین نـرود. پـس از تحقـق عقـد، تـا جـایی کـه دو طـرف خواسته‌اند، قرارداد وجود مستقل پیدا می‌کند و تابع اراده باقی نمی‌ماند. برای مثـال بـرای وکالت‌های عادی نیز اگر پس از عقد موکل به کلی آن را فراموش کند، با اینکه در صـفحه دماغ او دیگر اذنی وجود ندارد، عقد وکالت منفسخ نمـی‌شـود. پـس، علـت اینکـه فـوت و

۱. همان، صص. ۱۱۶ و ۱۳۰.

جنون نیابت ایجاد شده را از بین می‌برد، این است که آنان به طور معمول نمی‌خواهند که وکالت به طور کامل از شعور و حیات‌شان مستقل بماند. معنی نیابت و وکالت در عرف نیز همین است و ماده ۶۷۸ قانون مدنی بر معنی عرفی و اراده مفروض طرفین وکالت استوار است. ولی همان‌گونه که اراده حاکم می‌تواند اذن را در برابر فراموشی مستقل سازد یا حق عزل و استعفا را از طرفین بگیرد، می‌تواند نیابت را چنان به وجود آورد که با فوت و جنون نیز از بین نرود. بنابراین، از نظر منطقی و قانونی هیچ مانعی وجود ندارد که عقد جایز نیز به گونه‌ای انشا شود که با فوت و حجر دو طرف نیز باقی بماند و نباید چنین پنداشت که توافق اشخاص نمی‌تواند طبیعت عقد را دگرگون سازد.[۱]

در مقابل، عده‌ای دیگر بر این نظر هستند که لزوم و جواز عقود از احکام و به تعبیری از مقررات آمره است، نه از حقوق و نه مقتضای عقد. به این ترتیب درج اسقاط حق فسخ ضمن عقد جایز یا لازم پنداشتن عقد جایز به موجب توافق بین طرفین، به دلیل مخالفت با حکم شارع غیرممکن است.[۲]

این اختلاف‌نظرها ریشه در فقه دارد. زیرا، در بین فقها نیز چنین بحث‌هایی وجود دارد که به دلیل اجتناب از طولانی شدن مطلب و خارج شدن از موضوع اصلی از ادامه بحث خودداری می‌کنیم.[۳] اما صرف‌نظر از این اختلاف‌نظرها و نیز صرف‌نظر از اینکه اصل لزوم در عقود، قابل تسری به ایقاعات هم می‌باشد یا خیر، باید بگوییم که حتی اگر در مورد ایقاعات هم بتوان این بحث را جاری دانست، تسری بحث به ایجاب امکان ندارد. زیرا مطابق نظری که ما برگزیدیم، در نتیجه ایجاب نه حقی برای مخاطب ایجاب و نه التزامی برای ایجاب‌کننده به وجود می‌آید، تا بگوییم این ماهیت لازم است یا جایز، ایجاب در قصد موجب چنین انشا می‌شود که با ضمیمه شدن قبول به تشکیل عقد بیانجامد و دارای اثر حقوقی شود نه بدون آن. در موردی هم که ایجاب‌کننده قصد دارد خود را ملزم به ایجاب کند، گفتیم که چنین انشایی اثر ندارد. زیرا دلیل قانع‌کننده‌ای که بتوان با استناد به آن تعهد یک‌طرفه را نافذ دانست نه در فقه و نه در قانون وجود ندارد.

به این ترتیب، اگر بخواهیم ایجاب ملزم را تعریف کنیم می‌گوییم یک عمل حقوقی یک‌طرفی است که در ضمن آن، ایجاب‌کننده حق عدول خود از ایجاب (عمل حقوقی یک‌طرفی) صادره را به طور صریح یا ضمنی، اسقاط می‌نماید.

۱. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص. ۳۹؛ صفایی، سیدحسین، حقوق مدنی ـ قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، چاپ هفتم، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۸، صص. ۲۷ ـ ۲۳.

۲. شهیدی، مهدی، منبع پیشین، ص. ۶۴.

۳. برای دیدن نظرات فقها در این زمینه ر.ک: محقق‌داماد، مصطفی؛ عبدی‌پور فرد، ابراهیم؛ قنواتی، جلیل؛ و سیدحسن وحدتی شبیری، قواعد عمومی قراردادها در فقه امامیه، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، ۱۳۹۰، صص. ۱۵۰ ـ ۱۳۳.

۲. مسئولیت مدنی ناشی از عدول

آن دسته از حقوق‌دانان که برای نظریه ایجاب ملزم مبنـای تحلیلـی نیافتنـد، بـه دنبال یافتن راه‌حلی برای جبران خسارت مخاطب ایجاب رفتند. از این جهت با اسـتناد به قاعده سوءاستفاده از حق می‌گویند که عدول از ایجاب تقصیر است و زیان‌های ناشـی از آن باید جبران شود. طرف قبول نمی‌تواند ادعا کند که با وجود عـدول از ایجـاب پـیش از قبول قرارداد واقع می‌شود، ولی حق دارد زیان‌های ناشی از این اقدام را از دادگاه بخواهـد، زیرا نظم در معاملات ایجاب مـی‌کنـد کـه هـیچ‌یـک از دو طـرف قـرارداد نتوانـد اعتمـاد مشـروعی را کـه دیگـری بـه وجـود آورده اسـت، نادیـده بگیـرد. از سـوی دیگـر، چـون عادلانه‌ترین راه جبران خسارت این است که گوینده قبول بـه نتیجـه مـورد انتظـار خـود برسد، دادگاه می‌تواند در مقام رفع ضرر، عقد را واقع‌شده اعلام کنـد. پـس آنچـه گوینـده ایجاب را ملزم به مفاد آن می‌کند، خطای مربوط به عدول از ایجاب است نه خود ایجاب.[۱]

تحلیل یاد شده با این ایراد روبرو است که اگر ایجاب هیچ التزامـی بـرای گوینـده آن به وجود نمی‌آورد، چگونه می‌توان او را از باب اجرای اختیار خویش مقصـر شـمرد و مسئول قرار داد؟ برعکس هرگاه ایجاب الزام‌آور باشد نباید بر رجوع از آن اثری بار شود. به همین جهت بعضی گفته‌اند که پیشنهاد امری که درباره آن مطالعه کافی نشده، خود نوعی تقصیر است. یعنی مبنای مسئولیت خود ایجاب است نه عدول از آن. بعضی دیگر نیز گفته‌اند که اگر عدول از ایجاب همراه با انگیزه نامشروع باشد، سـوءاسـتفاده از حـق محسوب می‌شود و سبب ضمان است.[۲] سرانجام بعضـی بـدین راه رفتـه‌انـد کـه امکـان خسارت گرفتن و مبنای مسئولیت ناشی از داوری عرف است، بدین معنی کـه چـون در عرف تجارتی به عنوان قاعده پذیرفته شده است که هرکس باید پایبند بـه گفتـار خـود باشد و این عرف به طور ضمنی بین طرفین پذیرفته شده است و قانونی هم آن را منـع نمی‌کند، برای گرفتن خسارت هیچ نیازی به اثبات تقصیر گوینده ایجاب وجود ندارد.[۳]

ایراداتی به نظرات فوق وارد است:

نخست آنکه اگر فرض این است که ایجاب‌کننـده حـق عـدول دارد، قبـول‌کننـده نباید به ایجاب او ترتیب اثر بدهد تا دچار ضرر نگردد، وگرنه باید گفت که قبـول‌کننـده شخصاً به ضرر خود اقدام کرده است و مباشر اقوی از سبب است.

دوم آنکه نظریه مسئولیت مدنی، نه تنها با وجود خارجی عقد غـائبین مطابقـت ندارد بلکه به کار بستن این نظریه نظم این‌گونه معاملات را مختل می‌کند، زیرا عدول

۱. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص. ۳۱۵.
۲. همان.
۳. همان، صص. ۳۱۶ ـ ۳۱۵.

از ایجـاب مسـتلزم اضـرار بـه قبـول‌کننـده نیسـت. بنـابراین در ایـن قبیـل مـوارد، ایجاب‌کننده به سهولت عدول خواهد نمود. در مواردی که عـدول از ایجـاب مسـتلزم ضرر قبول‌کننده باشد، ممکن است ایجاب‌کننده ترجیح بدهد که از ایجاب خود عدول نماید و خسارت حاصل از عدول را به طرف خـود بپـردازد. خصوصـاً کـه اثبـات ورود خسارت و طرح دعوای خسارت در روابط بین‌المللـی مسـتلزم صـرف وقـت طویـل و هزینه نسبتاً سنگین است.

سوم آنکه مسئولیت مدنی ایجاب‌کننـده از جهـت عـدول از ایجـاب، مسـتلزم دور است زیرا تحقق مسئولیت وی فرع بر لازم بودن ایجاب است. اگر لازم بودن ایجاب هـم فرع بر مسئولیت مدنی او باشد، دور لازم می‌آید.[1]

برای بررسی مسئولیت مدنی ناشی از عدول ایجاب‌کننده باید به اصول و مبـانی خود بازگردیم و ببینیم آیا می‌توان با تکیه بر این مبانی، تحلیلـی صـحیح بـرای ایـن مسئولیت ارائه کرد یا خیر. مسئولیت مدنی عدول‌کننده را مـی‌تـوان در قالـب قاعـده مشهور «لاضرر و لا ضرار فی الاسلام»، قاعده «غرور» و قاعده «تسبیب» مورد بررسی قرار داد.

۲ـ۱. قاعده لاضرر و لا ضرار فی‌الاسلام

بحث اصلی در اینجا این است که عدول‌کننده بر مبنای تسلطی کـه بـر ایجـاب دارد، اقدام به رجوع از آن می‌کند. اکنون می‌خواهیم بررسی کنیم که موجب با توجه به اصل ۴۰ قانون اساسی که مقرر می‌دارد که «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد» چگونه می‌تواند این حق را اجرا کند. آیا قاعده لاضرر می‌تواند راه‌حلی برای جلـوگیری از اعمـال حـق یـاد شـده باشد یا خیر؟

تعارض بین قاعده لاضرر و قاعده تسلیط را در دو فرض بررسی می‌کنیم:

الف. فرضی که تصرف (عدول) عدول‌کننده موجب ضرر دیگـری نیسـت، ولـی موجـب عدم انتفاع دیگری است. در اینجا قاعـده تسـلیط حکومـت دارد و بـر اسـاس آن، موجب می‌تواند از ایجابش رجوع کند.

ب. تصرف (عدول) ایجاب‌کننده، سبب ورود ضرر به مخاطب ایجاب می‌گردد. ایـن فرض به سه شاخه تقسیم می‌شود:

اول، عدم عدول توسط ایجاب‌کننده منجر به ضرر وی می‌شود، که در این صـورت قاعده تسلیط حاکم است.

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، منبع پیشین، ص. ۱۲۸.

دوم، عدم عدول باعث عدم انتفاع موجب می‌شود که بین فقها در این مورد اختلاف‌نظر وجود دارد. جمعی به حاکمیت قاعده تسلیط[1] و گروهی به حکومت قاعده لاضرر معتقدند.[2]

در دو مورد فوق از عبارت مرحوم شیخ انصاری چنین استفاده می‌شود که ایشان در این مورد، تصرف مالک را جایز دانسته‌اند؛ یعنی به حاکمیت قاعده تسلیط عقیده دارند، زیرا معتقدند قاعده نفی ضرر، هم درباره غیر جاری است و هم درباره خود مالک. پس در این حالت که تصرف به دیگری و عدم تصرف به خود مالک ضرر وارد می‌آورد، قاعده تسلیط حکومت دارد. چراکه در مقام تعارض، دو ضرر فوق‌الذکر تساقط می‌کنند و قاعده تسلیط بلامعارض باقی می‌ماند. با این تفاوت که در اولی عدم عدول منجر به ضرر مالک و در دومی عدم عدول باعث عدم انتفاع موجب می‌شود.[3] برخی که به حاکمیت قاعده تسلیط در این خصوص عقیده دارند در انتهای کلام خود می‌فرمایند: «روشن است که جواز تصرف مالک در این دو صورت (مورد اول و دوم) از حیث اینکه حکم تکلیفی است منافاتی با ثبوت ضمان وضعی بر مبنای اتلاف ندارد.»[4]

فرض سوم این است که عدول از ایجاب برای موجب هیچ ثمره‌ای ندارد. یعنی نه عدم عدول موجب ضرر برای اوست و نه عدول باعث نفعش می‌شود. این فرض مصداق جریان قاعده لاضرر است.[5] از روایت سَمُره بن جندب نیز که در آن سمره به خاطر وجود درختش در حیاط مرد انصاری موجب رساندن آزار و اذیت به او و خانواده‌اش می‌شد و سمره به هیچ‌وجه راضی به معامله ـ نه معامله دنیوی نه اخروی ـ نمی‌شد، فهمیده می‌شود که هدف پلیدی جز اضرار به همسایه را ندارد، از این رو پیامبر اکرم (ص) دستور به قلع درخت داد.

در ماده ۱۳۲ قانون مدنی هم آمده است: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود، مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد». قانون‌گذار ما نیز در این ماده خواسته است سوءاستفاده از حق را ممنوع کند. به عبارت دیگر، حقوق، اجرای حقی را که در آن، صاحب حق، هدفی جز اضرار به دیگری را در سر ندارد، مشروع نمی‌داند.

۱. موسوی بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ، القواعد الفقهیة، جلد اول، چاپ اول، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹ ق، صص. ۲۴۷ ـ ۲۴۲.
۲. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، جلد اول، چاپ سوم، قم، مدرسه امام امیر المؤمنین (ع)، ۱۴۱۱ ق، ص. ۱۰۰.
۳. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه بخش مدنی: مالکیت و مسئولیت، چاپ پانزدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۶، ص. ۱۵۵؛ موسوی بجنوردی، سیدحسن، منبع پیشین، ص. ۲۴۴.
۴. همان، ص. ۲۴۶.
۵. همان، صص. ۱۵۷ ـ ۱۵۴.

اما، موضوعی که قابل بررسی است اینکه با چه معیاری می‌توان تشخیص داد که صاحب حق، از اعمال حق خود قصد اضرار یا به تعبیر دیگر سوءاستفاده از حق را دارد؟ در پاسخ، معیارهای مختلفی ارائه شده است. از جمله، اضرار عمدی، یعنی آنجایی که صاحب حق بدون اینکه نفع واقعی در اعمال حق داشته باشد، با اعمال حق اقدام به اضرار به دیگری می‌کند. یا نظریه تجاوز از مبانی اجتماعی حق، به این معنا که هر جا اقدام صاحب حق با هدف‌های اجتماعی از ایجاد حق مورد نظر در تعارض باشد، در این صورت سوءاستفاده از حق است. نظریه سوم، نظریه تقصیر در اجرای حق است که ضابطه تعیین سوءاستفاده از حق را ارتکاب تقصیر در اجرای حق می‌دانند. مطابق این نظریه، همان‌گونه که اشخاص در روابط خود و هنگام استفاده از آزادی‌ها باید به طور متعارف و با احتیاط رفتار کنند، در اجرای حق نیز باید جانب احتیاط را نگاه دارند و از خطا و زیاده‌روی بپرهیزند. به این ترتیب، کسی که صاحب حق است ممکن است خطاکار باشد و معیار تشخیص خطا، مانند سایر موارد، رفتار انسانی متعارف و معقول است.[1]

به نظر می‌رسد نظریه سوم که نظریه بینابینی است معیار روشن‌تری ارائه می‌کند. در ماده ۱۳۲ قانون مدنی ما نیز با آمدن عبارت «... مگر تصرفی که به قدر متعارف ...» می‌توان گفت قانون‌گذار معیار یادشده را مورد تأیید قرار داده است، چراکه هر فردی در اعمال حق خود ممکن است مرتکب اضرار به دیگری شود. حتی در جایی که دو تاجر در یک موضوع به عمل تجارت مشغول هستند، خواسته یا ناخواسته موجب رساندن ضرر به یکدیگرند. آنچنان که اگر یکی نباشد دیگری با وجود مشتری بیشتر، سود بیشتری هم می‌برد. اما چنین ضررهایی لازمه اعمال حق است و متعارف نیز می‌باشند. به این ترتیب، ارزیابی اقدام صاحب حق با انسانی متعارف در موقعیت صاحب حق می‌تواند معیار خوبی در تشخیص سوءاستفاده از حق باشد.

بحث دیگری که قابل طرح است اینکه قاعده لاضرر فقط شامل امور وجودی است، یا امور عدمی را هم در برمی‌گیرد. به عنوان مثال، در رابطه با ضمان عدول‌کننده که حکمی وجود ندارد، آیا با استناد به لاضرر می‌توان گفت که چون عدم ضمان موجب ضرر است، پس عدول‌کننده ضامن است و حکم به ضمان وی کرد یا خیر. شیخ انصاری (ره) می‌فرماید: «در اینکه قاعده لاضرر، احکام وجودی ضرری ــ اعم از تکلیفی و وضعی ـ را نفی می‌کند تردیدی نیست. اما، در مورد نفی احکام عدمیه ضرری، که لازم است حکم به ضمان بدهیم، اشکال است. زیرا، قاعده ناظر است به نفی احکام ضرری که به موجب عمومات ثابت گشته‌اند و مفهوم نفی ضرر این است که احکام جعل‌شده در اسلام

۱. کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد، جلد اول، چاپ هشتم، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۸۷، صص. ۴۱۷ ـ ۴۱۴.

ضرری نیستند.»[1] با وجود این، شیخ انصاری در برخی موارد برای جعل حکم بـه قاعـده لاضرر استناد کرده‌اند. از جمله در مقبوض به عقد فاسد.»[2]

مرحوم میرزای نائینی نیز معتقدند که لاضرر فقط ناظر به احکام وجودی است بـه چند دلیل:

اول؛ شمول قاعده به احکام عدمی به دلیل قصـور ذاتـی و عـدم اطـلاق در قاعـده امکان ندارد. اکثر فقها، همچون میرزای نائینی عقیده دارند «لا» در «لاضرر» لای نفـی است. ایشان می‌فرماید که حکم وجودی است که قابلیت نفی دارد و حکم عدمی چنـین قابلیتی را ندارد.

دوم؛ عرف نمی‌پذیرد که امر عدمی را نفی کنیم.

سوم؛ قید «فی الاسلام» در قاعده یادشده فقط ناظر به احکامی است که نبی اکرم (ص) آورده است. پس، حکم عدمی در این احکام جایی ندارد.[3]

اما در مقابل، به این دلایل پاسخ داده‌اند.

پاسخ به دلیل اول: وقتی از قاعده صحبت به عمل می‌آیـد کـه هرگونـه ضـرری را نفی می‌کند، دلیلی ندارد که ملتزم شویم به اینکه مصب نفی در قاعـده مخـتص احکـام وجودی و مجعول شرعی است. مطابق این عقیده «لاضرر» هرگونـه ضـرری کـه وجـود خارجی داشته باشد را نفی می‌کند.

ضرر با در نظر گرفتن جهات وجودی‌اش دو قسمت است. یکی احکامی که شـارع حکم کرده‌است، مانند لزوم بیع در معامله غبنـی یـا وجـوب وضـوی ضـرری. دیگـر آن ضرری که در خارج به علت عدم حکم شارع واقع می‌شود، مانند حرمت اضرار. مقتضـی اطلاق نفی ضرر خارجی هر دو وجه را شامل می‌شود.

پاسخ به دلیل دوم: اگر از دید منطقی و فلسفی نگاه کنیم، نفـیِ امـر عـدمی هـم امکان دارد که می‌شود نفیِ نفی. مثلاً وقتی شارع بـه ضـمان حکـم نکـرده چنـین امـر عدمی (چنین نفیی) نفی می‌شود. علاوه بر آن، اگر ضرر را با توجه به وجـود خـارجی و تکوینی‌اش در نظر بگیریم یک امر ثبوتی و وجودی است، خواه از جعـل حکـم یـا عـدم جعل حکم ناشی شده باشد. با این وجود، دیگر چنین نفی خلاف طبع عرف نیست.

پاسخ به وجه سوم: اولاً، قید «فی‌الاسلام» برای حدیث ثابت نیسـت. ثانیـاً، اسـلام عبارت است از حدود و ثغوری که خداوند برای زمان حیات مردم مقرر فرمـوده اسـت و

۱. انصاری دزفولی، شیخ مرتضی بن محمد امین، رسائل فقهیه، چاپ اول، قم، کنگـره جهـانی بزرگداشـت شـیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۴ ق، صص. ۱۱۹ ـ ۱۱۸.

۲. انصاری دزفولی، شیخ مرتضی، کتاب المکاسب (ط ـ الحدیثة)، منبع پیشین، ص. ۱۹۰.

۳. صدر، سید محمدباقر، قاعدهٔ لاضرر و لاضرار، قم، دار الصادقین للطباعه و النشر، ۱۴۲۰ ق، صص. ۳۱۱ ـ ۲۹۳.

واضح است که چنین حدود و ثغوری به احکام وجـودی اختصـاص نـدارد، بلکـه احکـام عدمی را هم شامل می‌شود.[1]

بنابر مطالب بالا، اگر «لا» در قاعـده «لاضـرر» را لای نفـی بگیـریم و بگـوییم، قاعـده یادشده فقط احکام ضرری در عالم تشریع را نفی می‌کند، نمی‌توان با تمسک به آن حکم بـه جعل (حکم) ضمان کنیم. اما اگر راه شهید صدر را برویم یعنی بگوییم قاعده هرگونه ضـرری را که وجود خارجی داشته باشد نفی می‌کند، می‌توان با کمک تمسک به قاعده، جعـل حکـم هم کرد. به این ترتیب، مطابق نظر اول، نمـی‌تـوان بـا تمسـک بـه لاضـرر حکـم بـه ضـمان عدول‌کننده کرد. ولی، بنابر نظر دوم، می‌توان برای جبران ضرر مخاطـب، بـه قاعـده یادشـده استناد کرد. یکی از حقوق‌دانان می‌گوید: «نمی‌توان باور کرد که دایره قاعـده لاضـرر محـدود به رفع احکام و افعال خاص وجودی باشد و نسبت به مواردی که خـلاء قـانونی موجـب ورود زیان و خسارت می‌گردد، نقشی ایفا نکند. با این توجیه که چنانچه عدم جعل حکم از ناحیـه شارع موجب ضرر بر بندگان شود، ورود ضرر و زیان منتسب به شارع نخواهد بـود تـا لاضـرر آن را مرتفع سازد؛ چراکه محیط تشریع و قانون‌گذاری بـه جمیـع شـئون، محـیط حکومـت شرع مقدس است و همان‌طور که جعل قانون ممکن است برای فرد یـا جامعـه زیـان داشـته باشد، سکوت و عدم جعل نیز چه بسیار زیان و خسران به بـار آورد.[2] وقتـی حکـومتی نظـام جامعه و ملتی را به دست دارد، هرگونه سوءجریان در روابط حقوقی اجتماعی، ناشی از عـدم تدبیر او است، خواه ناشی از وضع مقررات نامطلوب باشد و خواه ناشی از عدم وضع مقـررات و انجام ندادن پیش‌بینی‌های لازم. نکته قابل توجه اینکه به موجب یکی از احادیث، رسـول‌اللّـه (ص) هنگام وضع حق شفعه برای شفیع جمله لاضرر و لاضرار را متذکر شدند و ناگفته پیـدا است که در این مورد، وضع و جعل حق شده و به هـیچ‌وجـه، رفعـی صـورت نگرفتـه اسـت. به‌علاوه، امر عدمی را می‌توان به امر وجودی برگرداند، زیرا مثلاً عـدم ضـمان عبـارت اخـرای برائت ذمه است و برائت ذمه امر وجودی است که بی‌تردیـد مـی‌توانـد مشـمول لاضـرر قـرار بگیرد و توسط آن برداشته شود. آنچه می‌تواند مشکل را از بنیاد حـل کنـد آن اسـت کـه در قاعده لاضرر نه فقط به نصوص لفظی، بلکه به بنای عقلا تمسـک شـود ... پشـتوانه اصـلی در قاعده ضرر، همان بنای عقلا و احراز امضای آنان از طریق عدم ردع است».[3]

۲ـ۲. قاعده غرور

غرور در لغت به معنی خدعه و تدلیس به کار رفته است. لغویون «غـرور» مـذکور در آیه ۱۸۵ سوره مبارکه آل‌عمران را خدعه خالی از حقیقت معنا می‌کنند. بـه عبـارت

۱. همان.
۲. محقق داماد، سیدمصطفی، منبع پیشین، صص. ۱۶۱ ـ ۱۶۰.
۳. همان.

دیگر، دنیا کالایی است که طالبش را فریب می‌دهد تا آن را بخرد.[1] در اصطلاح، عملی است مستوجب ضرر، که به واسطه خدعه از جانب دیگری واقع می‌شود.[2] در رابطه با ضمان عدول‌کننده شاید به نظر برسد که موجب با ایجاب خود و متعهد شدن به موضوع ایجاب طرف مقابل را به انجام معامله مغرور کرده و به این ترتیب او را مشتاق به فراهم آوردن مقدمات انجام معامله ـ که گاهی هزینه‌های هنگفتی را هم در پی دارد ـ نموده است. بنابراین مغرور می‌تواند نسبت به خسارتی که به واسطه عمل غارّ (موجب) متحمل شده است به وی رجوع کند و خسارتش را مطالبه کند.

در دو مورد قاعده غرور را قطعاً نمی‌توان جاری دانست. نخست، آنجایی که هر دو طرف (غارّ و مغرور) عالم به ورود ضرر و زیان هستند. دوم جایی که غارّ، جاهل ولی مغرور، عالم به ورود ضرر است. در یک مورد هم قطعاً قاعده غرور جاری است و آن موردی است که غارّ، عالم و مغرور، جاهل به ورود ضرر هستند. در یک مورد نیز اختلاف‌نظر وجود دارد که آیا قاعده غرور می‌تواند جاری شود یا خیر و آن موردی است که هر دو جاهل به ورود ضرر هستند. گروهی می‌گویند که غرور به معنای خدعه و تدلیس است و در مورد کسی که به ورود ضرر آگاه نیست تصور خدعه و نیرنگ منتفی است.[3] در مقابل، گروه دیگر معتقد به ضمان شخص غارّ هستند و معتقدند که اگر کسی دیگری را به امری مغرور کند و او را فریب دهد و در عین حال به ورود ضرر جاهل باشد، دادن عنوان غارّ به او صحیح است.[4] همچنین گفته می‌شود که اگر مدرک قاعده غرور را حدیث نبوی «المغرور یرجع الی من غرّه» بدانیم، فرقی بین غارّ جاهل و عالم وجود ندارد و حکم قاعده، هر دو را شامل می‌شود.[5]

به طور کلی، در اینکه برای جریان قاعده غرور و ضمان شخص غارّ، مغرور باید نسبت به ورود ضرر جاهل باشد، تردیدی وجود ندارد. در رابطه با ضمان عدول‌کننده باید بگوییم که وقتی طرفین می‌دانند موجب حق رجوع از ایجاب را دارد و مخاطب ایجاب همیشه چنین احتمالی را می‌دهد که با وجود ملتزم شدن، موجب می‌تواند

۱. طریحی، فخرالدین، مجمع البحرین، جلد سوم، چاپ سوم، تهران، کتابفروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ ق، ص.۴۲۲؛ مقری فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، جلد دوم، چاپ اول، قم، منشورات دار الرضی، بی‌تا، ص. ۴۴۵؛ واسطی زبیدی حنفی، محب‌الدین؛ و سید محمد مرتضی حسینی، تاج العروس من جواهر القاموس، جلد هفتم، چاپ اول، بیروت، دار الفکر للطباعه و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ ق، ص. ۳۰۰؛ مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، جلد هفتم، چاپ اول، تهران، مرکز الکتاب للترجمهٔ و النشر، ۱۴۰۲ ق، ص. ۲۰۶.

۲. موسوی بجنوردی، سیدحسن، منبع پیشین، ص. ۲۶۹.

۳. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، نهج الفقاهه، چاپ اول، قم، انتشارات ۲۲ بهمن، بی‌تا، صص. ۲۶۹ و ۲۷۳.

۴. حسینی مراغی، سیدمیر عبدالفتاح، منبع پیشین، ص. ۴۴۱.

۵. محقق داماد، سیدمصطفی، منبع پیشین، ص. ۱۷۱.

رجوع کند و اجرای چنین حقی با هیچ مانع قانونی مواجه نیست، شاید استناد به قاعده غرور و ضمان عدول‌کننده چندان صحیح نباشد.

۲ـ۳. قاعده تسبیب

سؤالی که در اینجا باید پاسخ داده شود این است که آیا با تمسک به قاعده تسبیب می‌توان ضرر و زیان واردشده به مخاطب ایجاب را به عدول‌کننده به عنوان سبب نسبت داد و او را ملزم به جبران خسارت کرد یا خیر. آنچه در تسبیب باید مورد توجه قرار گیرد، رابطه انتساب ضرر است. به عبارت دیگر باید احراز شود که ضرر واردشده به چه کسی منتسب است. در مورد ضرر وارد شده به مخاطب ایجاب ملزم، آنچه به نظر می‌رسد و عرف آن را تأیید می‌کند این است که عمل مخاطب رابطه انتساب ضرر به عدول‌کننده را قطع می‌کند. او با آگاهی از اینکه قانون هیچ اثری برای چنین تعهدی نشناخته است و عملاً این تعهد نمی‌تواند منشأ اثر باشد و موجب هر لحظه ممکن است از ایجاب خود عدول کند اقدام به ضرر خود کرده است. برخی از صاحب‌نظران نیز معتقدند: «هرگاه شخصی با توجه و آگاهی، عملی را انجام دهد که موجب ورود زیان توسط دیگران به او گردد، واردکننده زیان، که شخص دیگری است، مسئول خسارت نخواهد بود. فقها عدم مسئولیت واردکننده زیان را مستند به «اقدام» دانسته‌اند. بدین بیان که شخص با اقدام خود موجب از بین رفتن حرمت مالش شده است. در حقیقت «اقدام» در این معنا مانعی است برای اجرای قواعد ضمان قهری از جمله قاعده احترام، اتلاف و تسبیب...».[1]

۱. همان، ص. ۲۲۱.

نتیجه‌گیری

پدیده‌های حقوقی به دو دسته تقسیم می‌شوند. یکی عمل حقوقی و دیگری واقعه حقوقی. عمل حقوقی نیز شامل عقد و ایقاع است. در این تقسیم‌بندی ایجاب در زمره اعمال حقوقی قرار می‌گیرد، زیرا، متکی به اراده و ماهیتی اعتباری است. ولی از بین عقد و ایقاع، نه عقد است و نه ایقاع. بلکه یکی از دو رکن عقد و به ایقاع نزدیک‌تر است. ولی ایقاع به معنی واقعی کلمه نیست چون در ایقاع موقع با انشای خود ماهیتی کامل و دارای اثر را در عالم اعتبار خلق می‌کند ولی در ایجاب ماهیتی خلق می‌شود که اثر آن منوط به انشای طرف مقابل است. پس ایجاب به‌تنهایی هیچ اثری ندارد و موجب مختار است که هر زمان تا قبل از قبول از ایجاب خود عدول کند و آن را از بین ببرد. اینکه گفته می‌شود که موجب ضمن ایجاب متعهد به حفظ ایجاب است صحیح نیست، زیرا در حقوق ما، فرد نمی‌تواند خود را به صورت یک‌طرفه متعهد کند و منبع شناخته‌شده برای ایجاد تعهد، عقد است و در مواردی که قانون‌گذار تصریح کرده باشد، ایقاع می‌تواند موجد تعهد باشد.

تنها راهی که مطابق با قواعد فعلی حاکم بر حقوق ما، می‌توان موجب را از عدول از ایجاب منع کرد، زمانی است که وی حق عدول خود را ساقط کرده باشد. در ماده ۹۵۹ قانون مدنی آمده است: «هیچ‌کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند». برابر مفهوم مخالف ماده یادشده و برخی مواد دیگر از جمله ۲۴۴، ۲۸۹، ۴۴۸ و ۸۲۲ قانون مدنی، اسقاط حق به طور جزئی به عنوان ماهیتی متکی بر اراده یک‌طرفه و ایقاع به عنوان قاعده در حقوق ما پذیرفته شده است. بنابراین اگر موجب به طور صریح و یا ضمنی از حق عدول خود صرف‌نظر نماید، به گونه‌ای که حتی از تعیین مدت برای ایجاب، به همراه قرائن و اوضاع و احوال دیگر چنین استنباط گردد که قصد موجب اسقاط حق عدول بوده است، می‌توان ایجاب را ایجاب ملزِم محسوب کرد.

مسئولیت مدنی عدول‌کننده نیز با توجه به سه قاعده فقهی مورد بررسی قرار گرفت. قاعده لاضرر، قاعده غرور و قاعده تسبیب. نتیجه این بحث به طور خلاصه چنین شد که با وجود شرایطی با تمسک به لاضرر می‌توان ضرر مخاطب ایجاب را جبران کرد. شرط نخست این است که موجب از عدولش، نه نفعی ببرد و نه ضرری از خود دفع کند و تنها هدفش از رجوع فقط اضرار به دیگری باشد. در این صورت ایجاب زائل می‌شود، چون اراده موجب از بین رفته است و با تحقق قبول پیوند اراده‌ها محقق نمی‌شود، ولی موجب ملزم به جبران ضرر مخاطب می‌شود. دیگر آنکه بگوییم قاعده لاضرر توان جعل

حکم را نیز دارد، چون همان‌طور که قبلاً گفته شد عده‌ای از فقها مانند شیخ انصاری عقیده دارند که لاضرر تنها قدرت رفع حکم را دارد و نمی‌تواند جعل حکم کند؛ ولی در مقابل عده‌ای دیگر که نظرات آنها در متن مورد بحث واقع شد معتقدند لاضرر توان جعل حکم را نیز دارد. البته ادله قول دوم به نظر قوی‌تر است. صورت دیگری که عمل عدول‌کننده مستوجب ضمان مدنی است اینکه عدول، در حالی‌که مستوجب ضرر برای دیگری است به جهت کسب منفعت برای خود باشد، زیرا در ماده ۱۳۲ قانون مدنی آمده است: «... مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد ...» و از هیچ‌یک از قیود مزبور در ماده بالا جلب منفعت استنباط نمی‌شود، رفع حاجت امری غیر از به دست آوردن منفعت است. اما، قاعده غرور و تسبیب در رابطه با فرض مسئله نمی‌تواند مؤثر باشد، چون مخاطب ایجاب با علم به اینکه در نتیجه ایجاب التزامی ایجاد نمی‌شود و موجب می‌تواند تا قبل از قبول از ایجاب خود رجوع کند، اقدام به ضرر خود نموده است.

منابع

- قرآن کریم
- انصاری دزفولی، شیخ مرتضی بن محمد امین، رسائل فقهیه، چاپ اول، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۴ ق.
- ـــــــــــــــــــــــــــــــ ، کتاب المکاسب (ط ـ الحدیثة)، جلد سوم، چاپ اول، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ دوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷.
- حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیه، جلد اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ق.
- شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ هفتم، تهران، مجمع علمی فرهنگی مجد، ۱۳۸۸.
- صدر، سید محمدباقر، قاعدة لاضرر و لاضرار، قم، دار الصادقین للطباعه و النشر، ۱۴۲۰ ق.
- ـــــــــــــــــ ، القواعد الفقهیه (بحوث فی علم الأصول)، جلد پنجم، چاپ پنجم، قم، مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم‌السلام، ۱۴۱۷ ق.
- صفایی، سیدحسین، حقوق مدنی- قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، چاپ هفتم، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۸.
- طباطبایی حائری، سید علی بن محمد، ریاض المسائل (ط ـ الحدیثة)، جلد یازدهم، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البیت علیهم‌السلام، ۱۴۱۸ ق.
- طباطبایی حکیم، سیدمحسن، نهج الفقاهه، چاپ اول، قم، انتشارات ۲۲ بهمن، بی‌تا.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، حاشیة المکاسب،جلد اول، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
- طریحی، فخرالدین، مجمع البحرین، جلد سوم، چاپ سوم، تهران، کتابفروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ ق.
- عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، تمهید القواعد الأصولیه و العربیه، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ ق.
- عراقی، آقا ضیاءالدین علی، قاعدة لاضرر، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۸ ق.
- غروی نائینی، میرزا محمدحسین، منیة الطالب فی حاشیه المکاسب، جلد دوم، چاپ اول، تهران، المکتبة المحمدیة، ۱۳۷۳ ق.
- فاضل هندی اصفهانی، محمد بن حسن، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، جلد هفتم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.

- کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد، جلد اول، چاپ هشتم، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۸۷.
- ـــــــــــ ، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ هشتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸.
- کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، الکافی (ط ـ دار الحدیث)، جلد یازدهم، چاپ اول، قم، دار الحدیث للطباعة و النشر، ۱۴۲۹ ق.
- محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه بخش مدنی: مالکیت و مسئولیت، چاپ پانزدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۶.
- محقق داماد، سیدمصطفی؛ عبدی‌پور فرد، ابراهیم؛ قنواتی، جلیل؛ و سیدحسن وحدتی شبیری، قواعد عمومی قراردادها در فقه امامیه، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، ۱۳۹۰.
- مروج جزائری، سید محمدجعفر، هدی الطالب فی شرح المکاسب، جلد دوم، چاپ اول، قم، مؤسسهٔ دار الکتاب، ۱۴۱۶ ق.
- مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، جلد هفتم، چاپ اول، تهران، مرکز الکتاب للترجمة و النشر، ۱۴۰۲ ق.
- المظفر، المحمود، الإلتزامات الشرعیه الناشئه عن الإراده المنفرده (بحث فقهی موازن بالقانون الوضعی)، العدد الثامن، المنهاج، ۱۴۱۸.
- مغنیه، محمدجواد، فقه الإمام الصادق علیه السلام، جلد سوم، چاپ دوم، قم، مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱ ق.
- مقری فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، جلد دوم، چاپ اول، قم، منشورات دار الرضی، بی‌تا.
- مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، جلد اول، چاپ سوم، قم، مدرسه امام امیر المؤمنین (ع)، ۱۴۱۱ ق.
- موسوی بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ، القواعد الفقهیهٔ، جلد اول، چاپ اول، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹ ق.
- موسوی خمینی، سید روح‌الله (امام)، کتاب البیع، جلد اول و دوم، چاپ اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، ۱۴۲۱ ق.
- موسوی خویی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهة (المکاسب)، بی‌جا، بی‌تا.
- واسطی زبیدی حنفی، محب‌الدین؛ و سید محمد مرتضی حسینی، تاج العروس من جواهر القاموس، جلد هفتم، چاپ اول، بیروت، دار الفکر للطباعه و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ ق.
- Richards, Paul, Law of Contract, Harlow England, Longman Group Limited, 5th edition, 2002.

شناسه دیجیتال (DOI): 10.22106/jlj.2017.26777

تحلیل قواعد دادرسی مدنی در فرض تعدد اصحاب دعوا

علی طهماسبی*

چکیده

در فرض تعدد اصحاب بالقوه دعوا، مسائل ظریفی از منظر حقوق دادرسی قابل طرح است که می‌تواند ورود دادرس به ماهیت دعوا را با چالش قانونی مواجه کند. در فرض وجود رابطه تضامن میان خواهان‌ها، هریک از آنان می‌تواند منفرداً علیه خوانده دادخواهی نماید. در صورت فقدان رابطه تضامن، قابلیت یا عدم قابلیت تجزیه خواسته در امکان یا عدم امکان دادخواهی انفرادی خواهان‌ها نقش تعیین‌کننده دارد و ملاک ورود یا عدم ورود دادرس به ماهیت دعواست. در حقوق ایران اشخاص متعدد دارای مسائل حکمی و موضوعی یکسان یا مشترک نمی‌توانند در یک دادخواست علیه خوانده مشترک اقامه دعوا نمایند. اما در حقوق آمریکا چنین سازوکاری با عنوان توأم شدن اختیاری یا اجباری خواهان‌ها و خواندگان پیش‌بینی شده است. فقدان چنین نهادی در حقوق ایران ناکارآمدی، اتلاف منابع و گاه مخدوش شدن اعتبار دستگاه قضایی را در پی دارد. در فرض تعدد خوانده و مسئولیت تضامنی آنان، خواهان می‌تواند علیه همه یا برخی از ایشان دادخواهی کند. اما در صورت فقدان مسئولیت تضامنی، قابلیت یا عدم قابلیت تجزیه خواسته ملاک جواز یا عدم جواز دادخواهی علیه بعضی از خواندگان است. همچنین هرگاه در یک دعوای بالقوه خواهان‌ها و خواندگان متعدد باشند، بر حسب رابطه تضامن میان خواهان‌ها و خواندگان و فقدان تضامن میان ایشان و قابلیت یا عدم قابلیت تجزیه خواسته، فروض مختلفی قابل ترسیم است که تابع احکام قانونی متفاوتی خواهند بود.

کلیدواژه‌ها: دعوای فردی، تعدد خواهان‌ها، تعدد خواندگان، قابلیت تجزیه، توأم شدن اختیاری.

* عضو هیأت علمی دانشگاه رازی A.tahmasebi.7@gmail.com

تاریخ دریافت: ۹۴/۰۴/۱۵ تاریخ پذیرش: ۹۴/۰۷/۰۸

مقدمه

به طور معمول در دعاوی حقوقی، یک خواهان دعوایی علیه خوانده اقامه می‌کند. به همین دلیل قسمت عمدهٔ قواعد دادرسی در مورد دعاوی تک‌خواهانه است. اما در مواردی ممکن است طرفین بالقوه اختلاف بیش از یک شخص باشند. بدین معنا که از یک طرف اشخاصی که حقشان تضییع یا انکار شده بیش از یکی هستند و از طرف دیگر ممکن است خواندگان بالقوه متعدد بوده یا هر دو طرف دعوا اعم از خواهان و خوانده متعدد باشند. در تمام فروض سه‌گانه، مسائل جالبی از منظر حقوق دادرسی قابل تصور است که باید وضعیت آن با توجه به احکام قانونی مشخص گردد. باید دید در فرض تعدد خواهان‌های بالقوه، آیا همه باید دادخواهی کنند یا دادخواهی جمعی آنان ضرورت ندارد و هریک مستقلاً می‌توانند برای کل خواسته یا به نسبت سهم خود طرح دعوا کنند. در صورت لزوم دادخواهی جمعی، دادگاه در مورد دعاوی انفرادی آنان باید چه تصمیمی اتخاذ نماید؟ اصولاً وجود رابطه تضامن میان خواهان‌ها و نیز قابلیت یا عدم قابلیت تجزیه خواسته در این موارد چه نقشی دارد و تأثیر آن بر تصمیماتی که دادگاه اتخاذ می‌کند، چیست؟ همچنین اگر چند شخص علیه خوانده یا خواندگان مشترک، ادعاهای یکسانی داشته باشند، بدون اینکه ارتباطی بین آنان باشد، آیا می‌توانند به موجب یک دادخواست طرح دعوا نمایند یا تقدیم دادخواست‌های مجزا اجتناب‌ناپذیر است؟ برای مثال فرض کنید کارخانه‌ای در یک شهرستان به موجب قراردادهای کاملاً مشابه، صد دستگاه خودرو، به صد نفر از اهالی آن شهرستان می‌فروشد. متعهد خودروها را در تاریخ مقرر به خریداران تحویل نداده، سه ماه تأخیر دارد. اگر خریداران به جهت تأخیر متعهد در ایفای تعهد، در صدد مطالبه وجه التزام مقرر در قرارداد برآیند، آیا باید هریک به موجب یک دادخواست جداگانه دادخواهی نمایند یا می‌توانند به صورت جمعی در یک دادخواست اقامه دعوا کنند؟ اساساً آیا در قواعد دادرسی مدنی ایران، سازوکاری برای این وضعیت پیش‌بینی شده یا باید آن را تابع عمومات آیین دادرسی شمرد؟ به علاوه، آیا از منظر علم اقتصاد و کارآیی، می‌توان توجیهی برای لزوم تقدیم دادخواست‌های جداگانه و طرح دعاوی متعدد یافت؟ در قواعد فدرال آیین دادرسی مدنی آمریکا، توأم شدن خواهان‌ها پیش‌بینی گردیده است (قواعد ۱۹ و ۲۰ از قواعد فدرال آیین دادرسی مدنی). به موجب قاعده ۲۰ گاه طرح دعوای متعدد به وسیله خواهان‌ها، به صلاحدید خود آنان واگذار شده و به همین دلیل از آن به توأم شدن اختیاری خواهان‌ها[1] تعبیر می‌گردد. اما گاهی لزوم دادخواهی جمعی

1. Permissive joinder

خارج از اختیار آنان بوده، سخن از توأم کردن اجباری[1] ایشان در میان است (قاعده ۱۹). در هر حال، نگاه آسیب‌شناسانه به قواعد شکلی موصوف در حقوق ایران مطالعه تطبیقی را در این زمینه اجتناب‌ناپذیر می‌سازد و به همین دلیل در نوشتار حاضر چنین رویکردی دنبال خواهد شد. همچنین اگر خواندگان بالقوه متعدد باشند، آیا خواهان باید علیه همه آنان اقامه دعوا نماید یا می‌تواند علیه بعضی از آنان برای همه یا قسمتی از خواسته دادخواهی کند؟ مسئولیت تضامنی خواندگان و قابلیت یا عدم قابلیت تجزیه خواسته چه نقشی در این خصوص ایفا می‌کند؟ بدین ترتیب این نوشتار در صدد است تا ضمن تبیین احکام قانونی ناظر بر فرض تعدد طرفین دعوا، برخی خلاءهای حقوق ایران را مورد بررسی قرار دهد تا شاید در اصلاح قانون آیین دادرسی مدنی مورد توجه واقع شود. لذا در عین حال که رویکردی عمدتاً اثباتی داشته و به تبیین وضعیت موجود می‌پردازد، از رویکرد هنجاری هم غافل نبوده، ضمن آسیب‌شناسی قواعد حاکم بر این موضوع، در صدد ارائه بایدهای برای حقوق ایران است تا در اصلاحات آتی قواعد دادرسی مورد توجه سیاست‌گذاران قرار گیرد. در ادامه ابتدا مدل پایه دادخواهی، سپس فروض تعدد خواهان‌ها، تعدد خواندگان و سرانجام تعدد هر دو بررسی می‌شود.

۱. وحدت خواهان

می‌توان از نظر تعداد طرفین دعوای حقوقی، یک مدل پایه یا ساده در نظر گرفت که به موجب آن، یک خواهان علیه یک خوانده دادخواهی و محکومیت او را از دادگاه درخواست می‌کند.[2] قواعد دادرسی مدنی هم به طور معمول برای چنین فرضی پیش‌بینی شده‌اند و به همین دلیل می‌توان از این شیوه به عنوان «سنت دادخواهی تک خواهانه»[3] یاد نمود.[4] خواهان یا خوانده ممکن است شخص حقیقی یا حقوقی باشند. قانون آیین دادرسی مدنی ایران جز در موارد بسیار نادر، چندان به فرض تعدد خواهان‌ها نپرداخته و تبعاً چنین فرضی در ادبیات حقوقی داخلی هم جز در برخی موارد، مورد واکاوی قرار نگرفته است. حال آنکه به نظر می‌رسد که یکی از خلاءهای عمدهٔ قواعد دادرسی مدنی در حقوق ایران، در این بحث نهفته است و همچنان که خواهد آمد، چه بسا قواعد فعلی نه تنها نتیجه مطلوبی در بر ندارند؛ بلکه ممکن است علاوه بر اتلاف بی‌دلیل منابع و هدر دادن وقت شاغلان دادگستری اعم از قاضی و غیره، موجبات مخدوش شدن اعتبار دستگاه قضایی را فراهم آورد.

1. Compulsory joinder
2. Uzelac, Alan, Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems, 1st edition, Springer, 2014, p. 24.
3. Single plaintiff litigation
4. Anderson, Brian; and Andrew Trask, The Class Action Playbook, 1st Edition, USA, Oxford University Press, 2010, pp. 2-3.

۲. تعدد طرفین دعوا

بر خلاف مدل ساده دادخواهی که تنها یک خواهـان و یـک خوانـده دارد، گـاهی ممکن است چند خواهان یا خوانده بالقوه یـا چنـدین خواهـان و خوانـده بـالقوه وجـود داشته باشد. دلیل بالقوه خواندن خواهان‌ها و خواندگان آن است که احتمـال دارد همـه یا بعضی از خواهان‌ها اقدام به دادخواهی نکنند. در نتیجه آنان به صورت بالفعل خواهان محسوب نمی‌شوند یا در صورت دادخواهی، صرفاً علیه بعضـی از خوانـدگان دادخـواهی نمایند. بنابراین اشخاصی که طرف دعوا قرار نگرفته‌اند، خوانده بالفعل نیستند. همچنین اگر در مباحث آتی از قابلیت یا عدم قابلیت تجزیه خواسته سخن به میـان مـی‌آیـد نـه دعوا، به این دلیل است که هنوز دعوایی طرح نشده و چه بسا اصلاً اقامه هم نگـردد. بـه هر حال لازم است احکام قانونی فروض مختلف تبیین گردد.

۲ـ۱. تعدد خواهان‌ها

ممکن است خواهان بیش از یک شخص باشد. در این صـورت هرگـاه همـه آنـان تصمیم بگیرند دادخـواهی کننـد و نامشـان در دادخواسـت قیـد گـردد، مشـکلی بـروز نمی‌کند و از این جهت فرقی با فرض واحد بودن خواهان ندارد. اما اگـر صـرفاً بعضـی از آنان دادخواهی کنند، بسته به اینکه رابطه تضامن بین آنان وجود داشته باشد یا نه و در فرض اخیر خواسته قابل تجزیه یـا غیرقابـل تجزیـه باشـد، احکـام متفـاوتی بـر آن بـار می‌گردد. زیرا در هر دادرسی، تنها می‌توان نسبت به اشخاصی رأی صادر کرد که طـرف دعوا باشند و در نتیجه هرگاه دعوایی مطرح گردد که تمام اشخاص ذی‌نفع در دادرسی، به علت عدم دادخواهی له یا علیه ایشان، امکان حضور در آن نداشته باشند، نمـی‌تـوان آن دادرسی را منطبق با موازین حقوقی دانست.

۲ـ۱ـ۱. تضامن خواهان‌ها

هرگاه میان خواهان‌ها رابطه تضامن وجود داشـته باشـد، همـه یـا بعضـی از آنـان می‌توانند علیه خوانده دادخواهی نمایند، اعم از اینکه خواسته قابل تجزیـه یـا غیرقابـل تجزیه باشد. چنان که اگر در قراردادی وجود رابطه تضامن میان طلبکاران شـرط شـود، هر یک از آنان می‌تواند علیه خوانده دادخواهی نموده، محکومیت او را از دادگاه بخواهد. برای مثال اگر دو نفر یک واحد آپارتمان خریداری نمایند و به علت مسافرت‌های متعدد هریک از آنان به خارج کشور، به طور معمول نتوانند همزمان در ایـران باشـند، ممکـن است در قرارداد شرط کنند که هریـک از آنـان مـی‌توانـد تسـلیم مبیـع را از فروشـنده مطالبه نماید، در این فرض قبض مبیع به وسیله هر خریدار، علاوه بر تصرف مادی سهم خود، تصرف سهم شریک دیگر را هم در پی دارد و لذا اگـر دادگـاه در صـدد رسـیدگی

ماهوی و صدور حکم برآید باید قاعدتاً هر دو خریدار دادخواهی نمایند، اما به علـت درج شرط تضامن آنان در قرارداد، هریک می‌توانند تسلیم مبیع را از فروشنده مطالبه کنند.

۲ـ۱ـ۱ـ۱. توقف فعل زیان‌بار[1]

در مواردی میان خواهان‌ها رابطه تضامن وجود نـدارد امـا در صـورت دادخـواهی موفقیت‌آمیز هریک از آنان و محکومیت خوانده، حکم صادره بـه دیگـر خواهـان‌هـا هـم سود می‌رساند. برای مثال اگر پنج شخص مالک ملکی باشند کـه دیگـری آن را غصـب نموده، هریک از مالکین می‌توانند منفرداً علیه غاصب موصوف اقامهٔ دعوا نموده اخراج او را از کل ملک بخواهد. در این فرض دادگاه نمی‌تواند به علت فقدان رابطه تضامن میـان مالکان ملک، دعوا را قابل استماع نداند؛ زیرا خوانده با استیلای غیرقانونی بر ملک غیـر، فعل نامشروعی انجام داده که جزءجـزء آن مـال را در تصـرف خـود گرفتـه و خواهـان، متوقف شدن آن فعل را نسبت به سهم خود درخواست می‌کنـد. در عـین حـال اجابـت خواسته او با خلع ید خوانده از تمـام ملـک ملازمـه دارد و در نتیجـه دیگـر شـرکا هـم (خواهان‌های بالقوه) از آن بهره‌مند می‌شوند.[2] بدیهی است خلع یـد خوانـده بـا تصـرف خواهان در ملک مشاع ملازمه ندارد و تصرف مالکان ملک مشاع (از جملـه خواهـان) در آن، تابع احکام مربوط به تصرف در مال مشاع است (ماده ۴۳ ق.ا.ا.م).

۲ـ۱ـ۲. فقدان رابطه تضامن میان خواهان‌ها

حال باید فرض فقدان رابطه تضامن میان خواهان‌ها و تأثیر آن بـر لـزوم یـا عـدم لزوم دادخواهی جمعی ایشان را بررسی نمود؛ نظر به اینکه در این فرض، قابلیت یا عدم قابلیت تجزیه خواسته در استنباط احکام قانونی نقش بنیادین دارد، لذا مباحث را در دو فرض مستقل بررسی می‌کنیم.

۲ـ۱ـ۲ـ۱. قابل تجزیه بودن خواسته خواهان‌ها

اگر خواسته قابل تجزیه باشد، هر خواهان می‌تواند نسـبت بـه سـهم خـود دادخـواهی نماید و حضور دیگر خواهان‌ها در دادرسی ضروری نیست. برای مثال اگر سه تن بـه موجـب قراردادی یک باب مغازه از یک نفر خریداری نماینـد و بعـداً شخصـی بـه ولایـت از یکـی از خریداران ادعا کند، معامله نسبت به مولی‌علیه به علت مجنون بودن او در زمان معامله باطـل بوده و دو خریدار دیگر نیز مدعی باشند معامله نسبت به آنان اکراهی بـوده و ایشـان آن را رد نموده و در صدد طرح دعوای اعلام بطلان معامله باشند، ولیّ محجور می‌توانـد بـه تنهـایی از

1. Injunction

۲. همانند فرضی که کارخانه‌ای با انتشار آلاینده‌ها در هوا باعث زیان عده زیادی می‌گردد و یکـی از آنـان توقـف آن را درخواست می‌کند. بدیهی است در صورت موفقیت خواهان، زیان‌دیده‌های دیگـر هـم کـه بـه صـورت بالقوه خواهان هستند، از نتیجه دادخواهی آن خواهان منتفع می‌شوند.

جانب مولی‌علیه طرح دعوا نماید و اعلام بطلان معامله را نسبت به سهم او درخواست کند؛ زیرا خواسته، قابل تجزیه است و علت بطلان معامله نسبت به هریک از خواهان‌ها، کاملاً جنبهٔ شخصی دارد. این وضعیت در مورد دیگر خواهان‌ها هم، صادق است.

۲ـ۱ـ۲ـ۲. عدم قابلیت تجزیه خواسته خواهان‌ها

برخی معتقدند در حقوق ایران دعوای غیرقابل تجزیه نسبت به خواهان‌ها قابل تصور نیست و بنابراین در صورت تعدد خواهان‌ها، دادخواهی جمعی ایشان لازم نیست؛ بلکه هریک می‌توانند منفرداً اقامه دعوا نمایند[1]، اما به نظر می‌رسد عدم قابلیت تجزیه خواسته نسبت به خواهان‌ها قانوناً متصور است و چون در این صورت اتخاذ تصمیم در دادرسی درخصوص همه خواهان‌ها اجتناب‌ناپذیر است، باید همه دادخواهی نمایند و نامشان در دادخواست بیاید و الّا علی‌الاصول رسیدگی به دعوا قانوناً ممتنع بوده، با قرار عدم استماع روبرو می‌گردد.[2] به این دلیل اگر در مثال فوق یکی از سه خریدار مدعی باشد معامله به علت نامشروع بودن جهت و تصریح به آن یا مالیت نداشتن مورد معامله باطل است، خواسته قابل تجزیه نیست؛ زیرا بنابر ادعای خواهان کل معامله باطل است و لاجرم قاضی باید نسبت به همه خواهان‌ها (خریداران) اقدام به صدور رأی نماید؛ به عبارت دیگر اگر قاضی دعوای خواهان را وارد دانسته، به علت نامشروع بودن جهت یا مالیت نداشتن مورد معامله، حکم به بطلان آن دهد، نه تنها نسبت به خواهان فعلی، بلکه نسبت به دو خواهان بالقوه دیگر هم، رأی داده و بدیهی است بدون حضور آنان در دادرسی، چنین تصمیمی قانونی نیست. در نتیجه اگر هر سه دادخواهی نکنند و نامشان در دادخواست قید نشده باشد، نمی‌توان به چنین دعوایی رسیدگی نمود. همین وضعیت در فرضی صادق است که یکی از خریداران مدعی انفساخ معامله بوده، اعلام کند قرارداد به دلیل تحقق شرط فاسخی که در قرارداد مورد توافق طرفین قرار گرفته[3]، منحل شده است.

۲ـ۱ـ۲ـ۳. دعاوی خواهان‌های متعدد علیه خوانده یا خواندگان مشترک

در بسیاری از موارد ممکن است اشخاص متعدد با خواسته یکسان (یا مشابه) در صدد دادخواهی علیه یک خوانده یا خواندگان مشترک باشند اما ادعای آنان ارتباطی با

۱. احمدی، خلیل، «مطالعه تطبیقی مفهوم و انواع دعاوی بین اشخاص مختلف»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۸، شماره ۴، ۱۳۹۳، صص. ۱۹ ـ ۱۸.

۲. قانون آیین دادرسی مدنی در مبحث واخواهی (ماده ۳۰۸)، تجدیدنظرخواهی (ماده ۳۵۹)، فرجام (ماده ۴۰۴) و اعتراض ثالث (ماده ۴۲۵) به تجزیه‌پذیری رأی اشاره کرده اما در مورد قابلیت یا عدم قابلیت تجزیه خواسته حکم صریحی ندارد و تنها در بند ۲ ماده ۶۲، به خواهان‌های متعدد که هریک بخشی از خواسته را مطالبه می‌کنند، اشاره کرده است.

۳. شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، چاپ چهارم، نشر حقوقدان، تهران، ۱۳۷۷، ص. ۵۶؛ کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی: قرارداد و ایقاع، چاپ یازدهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵، صص. ۴۵۵ ـ ۴۵۳.

هم ندارد؛ اعم از اینکه منشأ دعاوی آنان واحد یا متفاوت باشد. برای مثال فرض کنید ده نفر به موجب قراردادهای مجزا از یک پیش‌فروشنده ده واحد آپارتمان خریداری نموده‌اند و فروشنده در موعد مقرر از حضور در دفترخانه و تنظیم سند رسمی به نام آنان خودداری می‌کند. مفاد قراردادهای خریداران با پیش‌فروشنده دقیقاً یکسان بوده، فرقی با هم ندارند. به علاوه خوانده هم در تمام دعاوی مشترک است؛ بنابراین تمام خریداران ادعاهای مشابهی علیه خوانده یا خواندگان مشترک دارند. حال باید دید آیا آنان می‌توانند در یک دادخواست طرح دعوا کنند تا به یک شعبه ارجاع شود و با توجه به وجود جهات حکمی و موضوعی واحد، سرنوشت یکسانی برایشان رقم بخورد. در ماده ۳۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری چنین نهادی پیش‌بینی شده است. به موجب این ماده چنانچه اشخاص متعدد، شکایت‌های خود را به موجب یک دادخواست مطرح نمایند، در صورتی که شکایات مزبور منشأ و مبنای واحد داشته باشد، شعبه دیوان نسبت به همه موارد ضمن یک دادرسی اتخاذ تصمیم می‌نماید. در غیر این صورت، مطابق مفاد ماده قبل موارد به تفکیک و جداگانه رسیدگی می‌شود. اما در نظام دادرسی مدنی ایران هرچند در عمل دادگاه‌ها کمتر به جمع چند خواهان در یک دادخواست ایراد گرفته‌اند[1] اما با توجه به اصل استقلال دعاوی، پاسخ این پرسش قانوناً منفی است و هر خریدار باید به موجب دادخواست جداگانه دعوای مستقلی علیه عهدشکن اقامه کند و تجمیع دعاوی آنان در یک دادخواست منتفی است. در نتیجه هریک باید هزینه دادرسی جداگانه بپردازند، در صورت لزوم ارجاع به کارشناس، برای هر پرونده کارشناس یا کارشناسان جداگانه انتخاب و هزینه آن پرداخت گردد، وقت ده شعبه دادگاه صرف رسیدگی به دعاوی کاملاً یکسان گردد یا حتی در صورت ارجاع همه دعاوی به یک شعبه برای هر دعوا وقت جداگانه تعیین گردد و بدتر از همه اینکه ممکن است آرای دادگاه‌ها و حتی یک دادگاه در دعاوی متعدد با هم فرق داشته باشد بدون آنکه جهات حکمی یا موضوعی دعوا متفاوت باشد، در این صورت آیا جز مخدوش شدن اعتبار دستگاه قضایی نتیجه دیگری عاید خواهد شد؟[2] اساساً چرا نباید قواعد دادرسی در چنین فرضی به خواهان‌ها اجازه دهند ضمن پرداخت هزینه دادرسی قانونی، دعاوی متعدد را در یک دادخواست مطرح نمایند. در آن صورت آنان می‌توانند در میزان هزینه‌ها صرفه‌جویی کنند، زیرا در صورت لزوم تعیین کارشناس، تنها یک

۱. نمونه برجسته آن، دعوای مشهور خون‌های آلوده تزریقی به بیماران هموفیلی است که ۹۷۴ زیان‌دیده، به موجب یک دادخواست اقامهٔ دعوا نمودند. ر.ک: سیفی، سید جمال، «رأی پرونده موسوم به هموفیلی‌ها: نگاهی نو به مسئولیت مدنی دولت در رویهٔ قضایی ایران»، مجله پژوهش‌های حقوق، شماره ۸، ۱۳۸۴، صص. ۲۷۱ به بعد.

2. Effron, Robin, "Shadow Rules of Joinder", Georgetown Law Journal, Vol. 100, 2012, pp. 767-770.

کارشناس تعیین می‌گردد و در صورت اعتراض اصحاب دعوا به نظر او، موضوع به هیأت کارشناسان ارجاع می‌گردد نه اینکه در هر دعوا پای کارشناس و هیأت‌های کارشناسی متعدد به میان آید. به علاوه خواهان‌ها می‌توانند وکیلی برای خود انتخاب و هزینه‌های آن را میان خود تقسیم کنند. از طرف دیگر صرف این هزینه‌ها، سودی هم برای جامعه در پی ندارد و از منظر کلان، توجیه منطقی و اقتصادی ندارد.[1]

در قواعد ۱۹ و ۲۰ از قواعد فدرال آیین دادرسی مدنی آمریکا، نهادی با عنوان تجمیع (توأم شدن یا توأم کردن) خواهان‌ها پیش‌بینی شده که ممکن است اختیاری باشد[2] و خواهان‌ها شخصاً تصمیم بگیرند با هم دادخوهی کنند یا توأم شدنشان اجباری بوده، دادگاه آنان را قهراً با هم توأم نماید. در فرض توأم شدن اجباری (قاعدهٔ ۱۹)، بحث خواهان ضروری[3] و خواهان اجتناب‌ناپذیر[4] به میان می‌آید که عدم حضور آنان، ممکن است منجر به رد دعوای خواهان گردد. به طور کلی هرگاه دادگاه نتواند بدون حضور شخصی به دعوا رسیدگی کند، حضور او الزامی و در نتیجه تجمیع خواهان‌ها (و حتی خواندگان) اجباری است.[5] قاعده ۲۰ احکام مربوط به توأم شدن اختیاری خواهان‌ها را بیان کرده است. برابر این قاعده اشخاصی که منشأ دعاوی‌شان واحد و دارای مسائل حکمی یا موضوعی مشترکی هستند، می‌توانند به عنوان خواهان در دادرسی حضور داشته باشند و لازم نیست هریک با تقدیم دادخواست‌های جداگانه به دادگاه‌های بعضاً مختلف، در پی رسیدن به مراد خود بر آیند.

۲ـ۱ـ۲ـ۳ـ۱. فواید طرح دعاوی خواهان‌های متعدد در یک دادخواست

الف) صرفه‌جویی در هزینه‌های طرفین از طریق به اشتراک گذاردن منابع

دادخواهی هزینه‌های مختلفی از قبیل هزینه دادرسی، دستمزد کارشناس، دستمزد وکیل و غیره برای خواهان در بر دارد. لذا اگر وی خواستار ارجاع موضوع به کارشناس باشد (یا دادگاه ارجاع آن را به کارشناس لازم بداند)، خواهان باید هزینه موصوف را بپردازد و گاه ممکن است در نتیجه اعتراض به نظر کارشناس، موضوع به هیأت کارشناسان چندنفره ارجاع گردد و لازم باشد آنان درباره موضوع نظر دهند. بدیهی

۱. قواعد دادرسی مدنی در حقوق ایران، گاه انسان را به این باور می‌رساند که فرمالیسم محض در آن حاکم است و شکل‌ها باید به هر قیمتی رعایت گردند. در حالی که تحقق نتایج عادلانه و در عین سودمند به حال جامعه، دیر زمانی است جای فرمالیسم محض را گرفته و دیوان اروپایی حقوق بشر فرمالیسم افراطی در بعضی کشورهای اروپای شرقی و جنوبی را ناقض حق دادرسی منصفانه می‌داند. در این زمینه ر.ک:
Uzelac, Alan, Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems, 1st edition, Springer, 2014, pp. 24-25.

۲. همانند آنچه در ماده ۳۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت، پیش‌بینی شده است.

3. Necessary plaintiff

4. Indispensable plaintiff

5. Kerley, Peggy; Joanne; Hames; and Paul Sukys, Civil Litigation, 5th Edition, Delmar Cengage Learning, 2009, pp. 125-126.

است اگر خواهان به نظر کارشناس معترض باشد، باید تمـام ایـن هزینـه‌هـا را بپـردازد. همچنین اگر وی بخواهد با وکیلی برای پیگیری دعوا قرارداد منعقد نماید، بایـد شخصـاً عهده‌دار هزینه‌های آن گردد. از یک‌طرف لزوم صرف چنین هزینـه‌هـایی مـی‌توانـد بـه عنوان یک عامل بازدارنـده در دادخـواهی خواهـان عمـل کنـد و از طـرف دیگـر، عـدم دادخواهی ایشان موجب جری‌تر شـدن خوانـده خواهـد شـد. بـه عـلاوه صـرف چنـین هزینه‌هایی از جانب خواهان‌های متعدد، اجتناب‌ناپذیر نیست و می‌توان در تمام دعـاوی اظهارنظر در مورد موضوع دعوا را به یک یا چند کارشناس ارجـاع داد و لازم نیسـت در هر دعوا نظر کارشناسان تکرار گردد. همچنین خواهان‌ها مـی‌تواننـد وکیـل یـا وکـلای مشترک داشته، هزینه دستمزد آنان را بین خود سرشکن کنند.

ب) استفاده بهینه از منابع دادگستری (و جامعه)

جامعه و طبیعتاً دادگستری دارای منابع محدودی اسـت کـه نبایـد بیهـوده آن را هدر داد. یکی از مشکلات قابل توجه دستگاه قضایی در کشور ما تعداد زیـاد دعـاوی‌ای است که همه روزه در دادگاه‌ها طرح می‌گردد و بـه نظـر مـی‌رسـد ناکارآمـدی قـوانین شکلی یکی از علل عمده آن است. در واقع اگر قـوانین مطلـوبی از سـوی مقـنن وضـع می‌گردید چه بسا از حجم دعاوی تا حد زیادی کاسـته مـی‌شـد و طـرح انبـوه دعـاوی، دادگاه‌ها را در مرز انفجار قـرار نمـی‌داد. گذشـته از فقـدان قـدرت بازدانـدرگی لازم در قوانین موضوعه، به نظر می‌رسد قواعد دادرسی در حقوق ایران بسیار کلاسیک مانده‌انـد و تحولات روز دنیا اثری در آنها نداشته است. نیـک پیداسـت اگـر در جامعـه‌ای قواعـد حقوقی ناکارآمد باشند، پیشرفت اقتصادی آن بعید است، زیرا قوانین ناکارآمد، می‌توانند منابع جامعه را به طور کامل هدر دهند و خـلاف هـدف اولیـه خـود، عمـل کننـد. هـر دعوایی، وقت اشخاص مختلف دولتی اعم از معاون ارجـاع، قاضـی، مـدیر دفتـر، منشـی دادگاه، دادورز، مأمور ابلاغ و غیره را می‌گیرد. در عین حال باید برای هـر پرونـده، اوراق متعدد شامل صورت جلسه، برگ اخطاریه، برگ دادخواست، پوشه و غیره مورد استفاده قرار گیرد که هیچ یک از آنها بدون هزینه نیست. با وجود راه‌های جایگزین کم‌هزینه‌تر، پذیرش چنین وضعیتی از منظر عقلی و اقتصادی دشوار است، زیرا مـی‌تـوان بـا صـرف هزینه‌های اداری به مراتب کمتر، به نتیجه‌ای مشابه و حتی بهتر دسـت یافـت (در بنـد بعد دلیل بهتر بودن نتایج تشریح مـی‌شـود). چراکـه اگـر دعـوای ده خواهـان در یـک دادخواست بیان شود، تنها در یک شعبه مورد رسیدگی قرار گرفته، در نتیجه صرفاً یک پرونده تشکیل می‌شود که در مقایسه با پرونده‌های متعدد، به پوشه، برگ صورتجلسه و برگ اخطاریه کمتری (تنها برای یک پرونده به خوانده اخطاریه ارسال می‌گـردد نـه ده مورد) نیاز خواهد بود و تنها یک قاضی، منشی، مـدیر دفتـر، دادورز و غیـره درگیـر آن

می‌شوند، به علاوه اگر ده‌ها کارشناس در مورد یک موضوع در دعاوی متعـدد اظهـارنظر کنند، چه نتیجه مثبتی عاید جامعه خواهد شد؟ بر مجریان قانون پوشـیده نیسـت کـه رسیدگی به دعاوی نیازمند اظهارنظر کارشناس و اتخـاذ تصـمیم نهـایی در مـورد آنهـا، گاهی سال‌ها بطول می‌انجامد و در واقع لزوم اظهارنظر کارشناس خـود یکـی از عوامـل اصلی طولانی شدن زمان دادرسی است، بنابراین باید تا حد لزوم سعی در کاهش تعـداد پرونده‌ها نمود تا برای هریک از دعاوی کارشناسی مجزا ضرورت نداشته باشد. لـذا نهـاد توأم شدن خواهان‌ها نه تنها باعث صرف‌جویی مقیاسی در هزینه‌هـای آنـان مـی‌گـردد، بلکه در بعد کلان هم، مصلحت جامعه را به نحو مطلوب‌تری تأمین می‌کنـد و مـی‌تـوان منابع حاصل از صرفه‌جویی در هزینه‌ها را در جاهای دیگری به کار گرفت.

ج) جلوگیری از صدور آرای متعارض و مخدوش شدن اعتبار دستگاه قضایی

به طور معقول انتظار می‌رود که آرای دادگاه‌ها در مورد دعاوی دارای مسائل حکمی و موضوعی مشترک یکسان باشـد. لـذا در راسـتای دسـت‌یـابی بـه چنـین مطلـوبی بایـد راهکارهای حقوقی لازم توسط سیاست‌گذاران اندیشیده شود تا آرای دادگاه‌هـا در دعـاوی مشابه، با هم فرق نداشته باشند. در غیر این صورت اسـباب وهـن دسـتگاه قضـایی فـراهم گردیده و اعتبار آن مخدوش می‌شود و نتیجتاً نارضایتی مردم را در پی خواهد داشت، زیرا هر عاقلی خواهد پرسید که چـرا در مـورد موضـوعات مشـابه تصـمیمات متفـاوتی اتخـاذ می‌گردد. آیا این قضیه مصداق بارز ضرب‌المثل «یک بام و دو هوا» نیسـت؟ اگـر در مثـال فوق ده خواهان دارای وضعیت مشابه، علیه فروشـنده دادخواسـت الـزام بـه تنظـیم سـند رسمی داده و دعاوی آنان به شعب متعدد ارجاع گردد، ممکـن اسـت بـین آرای صـادره از دادگاه‌ها تعارض وجود داشته، در یک پرونده فروشنده محکوم گردد و در دیگری خریـدار، بدون اینکه جهات حکمی و موضوعی دعاوی با هم متفاوت باشد. اما اگر همـه خواهـان‌هـا بتوانند در یک دادخواست دادخواهی کرده و پرونده واحـدی بـرای دعـاوی آنـان تشـکیل گردد، امکان تعارض آرا منتفی می‌گردد، در نتیجه صرف‌نظر از انطباق یا عدم انطبـاق رأی صادره با موازین قانونی، دست‌کم در تمام دعاوی نتیجـه یکسـانی بـرای خواهـان‌هـا رقـم خورده، اعتبار دستگاه قضایی به جهت صدور آرای متعارض مخدوش نمی‌گردد.

۲ـ۱ـ۲ـ۴. فقدان دعوای گروهی در حقوق ایران

نهاد مرتبط دیگری که خلاء آن در حقوق ایـران کـاملاً محسـوس و منجـر بـه ناکارآمدی قواعد ماهوی شده، دعوای گروهی است که از آن به عنوان مهم‌ترین تحول آیین دادرسی مدنی در قرن ۲۰ یاد می‌شود.[1] این نهاد در قاعـده ۲۳ از قواعـد آیـین

1. Mulheron, Rachael, The Class Action In Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective, 1st Edition, Oxford University Press, 2004, pp. 3-4.

دادرسی مدنی فدرال آمریکا پیش‌بینی شده و به موجب آن، هرگاه تعداد خواهان‌ها زیاد باشد[1]، لازم نیست همه دادخواهی کنند بلکه در شرایط خاص، یک یا چند تن از آنان می‌توانند اصالتاً و به نمایندگی از دیگران، دعوایی علیه خوانده اقامه کنند. البته نمایندگی ایشان قراردادی نیست، بلکه قانون دادخواهان را نماینده غایبان هم می‌داند مگر اینکه برخی از آنان بخواهند از گروه خارج شده، منفرداً دادخواهی کنند.[2] این شیوه عمدتاً برای مواردی طراحی شده که خواسته جداگانه هر خواهان یا ارزش آن چندان نیست که دادخواهی انفرادی برای آن توجیه داشته باشد و در مقابل عدم دادخواهی خواهان هم جری‌تر شدن بیش از پیش خوانده را در پی دارد. لذا برای افزایش دسترسی افراد به دادگستری، تحقق بازدارندگی عام و خاص و اصلاح رفتار خوانده(گان) و خواندگان بالقوه و کارآیی اقتصادی[3] دادخواهی جمعی خواهان‌ها طراحی شده است. نظر به اینکه در این شیوه خواهان ضمن دادخواهی برای خود، به نمایندگی از دیگران هم اقدام می‌کند، لذا برای پیشگیری از تعارض منافع اصیل و نماینده و حفظ مصالح غایبان، دعوای خواهان باید نمونه‌ای از دعاوی دیگر اعضای گروه باشد[4] و وی شایستگی[5] لازم برای سمت نمایندگی را داشته باشد.[6] شرط اول تا حدود زیادی تضمین می‌کند که به موازات جلو رفتن دعوای خواهان، دعاوی دیگر اعضای گروه هم پیش می‌رود و لذا خواهان نمی‌تواند مصالح گروه را فدای منافع شخصی خود کند. شرط دوم هم این اطمینان را ایجاد می‌کند که حتی با وجود شرط اول هم، خواهان آن دعوا لزوماً به عنوان نماینده گروه انتخاب نمی‌شود؛ بلکه باید شایستگی لازم را داشته باشد. شایستگی وی بر مبنای مؤلفه‌های مختلفی، مثل داشتن اطلاعات حقوقی در مورد موضوع دعوا و غیره بررسی می‌گردد.

۱. در مورد تعدد خواندگان متعدد هم قابل اعمال است.

2. Watson, Garry, «Class Actions: The Canadian Experience», Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 11, 2001, pp. 280-281.

3. Hodges, Christopher, The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems A New Framework for Collective Redress in Europe, 1st Edition, Hart Publishing, 2008, p. 201; Good, Mathew, "Exploring the Goals of Canadian Class Actions", Alberta Law Review, Vol. 47, 2009, pp. 269-271.

4. Typicality

5. Adequacy of Representation

البته شرایط متعدد دیگری چون تعدد خواهان‌ها، اشتراک در مسائل حکمی یا موضوعی، غلبه موضوعات مشترک بر مسائل فردی و برتری دعوای گروهی برای حل و فصل دعاوی بر دیگر شیوه‌های حل و فصل دعاوی مقرر شده که باید شرح مفصل آن را در جای دیگری جست؛ ر.ک: طهماسبی، علی، «مطالعه تطبیقی شرایط دعوای گروهی در حقوق آمریکا و کانادا: آموزه‌هایی برای حقوق ایران»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۸، شماره ۳، ۱۳۹۳، صص. ۱۵۹ به بعد.

6. Mulheron, Rachael, Op.cit, p. 276; Anderson, Brian; and Andrew Trask, Op.cit, pp. 30-33.

۲ـ۱ـ۳. تعدد خواندگان

همانند خواهان، خوانده هم صرف‌نظر از حقیقی یا حقوقی بودن آن ممکن است واحد یا متعدد باشد. در فرض تعدد خواندگان آیا لازم است همه آنان طرف دعوا بوده، خواهان نام آنان را در دادخواست قید کند یا می‌تواند تنها علیه بعضی از ایشان دادخواهی کند. در تعیین احکام ناظر بر این وضعیت، از یک‌طرف مسئولیت تضامنی بدهکاران در برابر طلبکار نقش تعیین‌کننده دارد و از طرف دیگر، در فرض فقدان رابطه تضامن میان بدهکاران، قابلیت یا عدم قابلیت تجزیه خواسته از اهمیتی بسزا برخوردار است که به ترتیب بررسی می‌شود.

۲ـ۱ـ۳ـ۱. خواندگان متضامن

هرگاه خواندگان در برابر خواهان مسئولیت تضامنی داشته باشند، خواه یکی مدیون بوده و دیگران مسئول و یا همه آنان نسبت به بخشی از دین بدهکار و نسبت به باقیمانده مسئول باشند، طلبکار می‌تواند علیه همه یا بعضی از آنان دادخواهی نماید. برای مثال اگر دو خریدار در قرارداد بیع متعهد به پرداخت کل ثمن گردیده و متقابلاً مسئولیت تضامنی دو فروشنده هم به تحویل ماشین شرط گردیده است. خواسته خریداران مبنی بر تحویل ماشین قابل تجزیه نیست اما چون در قرارداد مسئولیت تضامنی فروشندگان شرط شده است، لذا حتی در صورت فوت یکی از آنان می‌توان بدون نیاز به دادخواهی علیه وراث فروشنده متوفی، تسلیم مبیع را از فروشنده دیگر درخواست نمود. در مقابل اگر خریداران از پرداخت ثمن خودداری کنند، فروشندگان حق مطالبه تمام ثمن را از هریک از آنان دارند و دادخواهی علیه دو خریدار ضرورت ندارد.[۱] همچنین هر فروشنده می‌تواند صرفاً سهم خود را مطالبه نماید.[۲] البته در این زمینه نظر مخالف هم وجود دارد که مطابق آن طلبکار حق مطالبه انفرادی حتی به نسبت سهم خود و کمتر از آن را هم ندارد.[۳] برخی هم معتقدند دادخواهی هر شریک برای استیفای حق خود مجاز است؛[۴] زیرا اقامه دعوا تصرف حقوقی است و شرکای مال

۱. فرض ما این است که هر دو فروشنده با هر دو خریدار معامله کرده‌اند و نه هر فروشنده با یک خریدار.

۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶، ص.۵۲؛ ایزانلو، محسن؛ و عباس میرشکاری، «نقد مفهوم و آثار طلب مشاع»، فصلنامه حقوق، دوره ۳۹، شماره ۲، ۱۳۸۸، صص. ۱۰۶ به بعد.

۳. کاشانی، محمود، قراردادهای ویژه، چاپ اول، تهران، میزان، ۱۳۸۸، ص. ۵۳.

۴. ظاهراً رویه قضایی هم به این نظر تمایل دارد. در دادنامه شماره ۶۰۹ مورخ ۶۹/۱۱/۲ شعبه ۹ دیوان آمده است: با توجه با اینکه دو نفر از وراث مرحوم "ک" به اسامی بانوان "ن" (دختر) و "م" (عیال دائمی) در تقدیم دادخواست و اقامه دعوا دخالت ننموده‌اند، دادگاه می‌بایست حکم خود را مقید به قدرالسهم خواهان‌ها می‌نمود ... (بازگیر، یدالله، آرای دیوان عالی کشور در امور حقوقی، جلد ۱، چاپ اول، تهران، جاودانه، ۱۳۸۹، ص. ۳۱۳).

مشاع بدون نیاز به اذن دیگران می‌توانند در سهم خود تصرف کنند، اما وصول آن مستلزم تصرف مادی سهم سایر شرکا هم هست. بنابراین بدون اذن آنان، مجاز نیست.[1] در تضامن طولی هم، این قضیه صادق است. برابر ماده ۲۴۹ ق.ت در اسناد تجاری، همه امضاکنندگان در برابر دارنده مسئولیت تضامنی دارند[2]؛ در عین حال دین آنان قابل تجزیه نیست و نمی‌توان از قابلیت یا عدم قابلیت تجزیه دین سخن گفت، زیرا برات‌گیر و صادرکننده چک یا سفته، مدیون و سایر امضاکنندگان صرفاً مسئول پرداخت آن هستند و در صورت پرداخت وجه اسناد، می‌توانند به برات‌گیر و صادرکننده چک یا سفته رجوع نمایند.

در تعاقب ایادی غاصبان متعدد هم علی‌القاعده آخرین غاصب مسئول نهایی است و غاصبان پیشین جهت تضمین حق مالک در رسیدن به مال خود در برابر او مسئولند، لذا دین (در فرض تلف عین و اشتغال ذمه غاصبین به رد بدل) تنها بر ذمه آخرین غاصب است و دیگران ملتزم به تأدیه دین مالک بوده، در صورت پرداخت می‌توانند به غاصب نهایی مراجعه نمایند.[3] در این مورد هم نمی‌توان از قابلیت تجزیه دین سخن به میان آورد؛ زیرا غیر از غاصب نهایی، سایرین مدیون نبوده، بلکه صرفاً در برابر مالک ملتزم به پرداخت هستند.

۲ـ۱ـ۳ـ۲. خواندگان غیرمتضامن

در مواردی خواندگان بالقوه متعددند، بدون اینکه مسئولیت ایشان در برابر خواهان تضامنی باشد. در این فرض قابلیت یا عدم قابلیت تجزیه خواسته معیار ضرورت یا عدم ضرورت دادخواهی علیه همه خواندگان است که در ادامه بررسی خواهد شد.

← همچنین شعبه اول دیوان به موجب دادنامه شماره ۱/۸۸/۷۲ مورخ ۷۲/۲/۲۷ حکم داده است که با توجه به اینکه خواسته مطالبه طلب و سهم‌الارث و منافع حاصل از شرکت در کسب و تجارت [است] و کلاً مالی بوده و قابلیت تقسیم و تفکیک به نسبت سهام شرکا را دارد، لذا طرح دعوا به طرفیت احد از شرکا و یا بعضی از آنان بلامانع بوده است. نتیجتاً صدور قرار عدم استماع دعوا به جهت عدم طرح آن به طرفیت تمام شرکا فاقد مجوز قانونی است (بازگیر، یدالله، آرای دیوان عالی کشور در امور حقوقی، جلد ۲، چاپ اول، تهران، جاودانه، ۱۳۸۹، ص. ۲۴۴).

۱. صفایی، سیدحسین، تصرف در طلب مشاع، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، چاپ اول، تهران، میزان، ۱۳۷۵، ص. ۱۰۱ ایزانلو، محسن؛ و عباس میرشکاری، منبع پیشین، ص. ۹۸.

۲. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت (برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک)، چاپ نهم، تهران، سمت، ۱۳۸۴، صص. ۱۴۴ ـ ۱۴۰؛ کاویانی، کورش، حقوق تجارت ۳: اسناد تجارتی، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۸۷، صص. ۱۳۰ ـ ۱۲۲؛ ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، جلد ۳، چاپ سوم، تهران، دادگستر، ۱۳۷۶، صص. ۶۵ ـ ۵۶.

۳. کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، چاپ اول، تهران، دادگستر، ۱۳۷۹، ص. ۲۲۵.

۲ـ۱ـ۳ـ۲ـ۱. قابل تجزیه بودن خواسته

در صورتی که خواندگان متعدد بوده، خواسته خواهان علیه آنان قابل تجزیه باشد، طرح دعوا علیه بعضی از آنان قانوناً معتبر است و اشکالی بر آن وارد نیست. در نتیجه دادخواهی علیه همه یا برخی از آنان به تصمیم خواهان بستگی دارد. برای مثال اگر شخصی یک دستگاه خودرو از سه نفر خریداری نماید و بعد از تحویل گرفتن آن، عیب خودرو بر وی آشکار گردد، می‌تواند نسبت به سهم همه معامله را فسخ یا از آنان مطالبه ارش کند یا نسبت به یکی از فروشندگان معامله را فسخ و از دیگران مطالبه ارش کرده یا نسبت به همه از فسخ و ارش صرف‌نظر نماید.[1] بنابراین اگر خریدار تنها نسبت به یکی از فروشندگان معامله را فسخ کرده و تنفیذ آن را از دادگاه بخواهد، دادگاه تنها در مورد خواهان و خوانده اتخاذ تصمیم کرده، به هیچ‌وجه در مورد دیگر خواندگان نفیاً یا اثباتاً رأیی صادر نخواهد کرد، زیرا به موجب ماده ۴۳۳ قانون مدنی، اگر در یک عقد بایع متعدد باشد مشتری می‌تواند سهم یکی را رد و دیگری را با اخذ ارش قبول کند. در نتیجه حضور دو فروشنده دیگر و دادخواهی خواهان علیه آنان برای رسیدگی به دعوا ضرورت ندارد.

۲ـ۱ـ۳ـ۲ـ۲. عدم قابلیت تجزیه خواسته

هرگاه خواندگان متعدد بوده، دعوای خواهان علیه آنان قابل تجزیه نباشد و دادرس ناگزیر باشد در مورد همه آنان اتخاذ تصمیم نماید، حضور تمامشان در دادرسی ضروری است. لذا خواهان باید با قید نام آنان به عنوان خوانده در دادخواست، علیه ایشان دادخواهی نماید و الّا رسیدگی به دعوا قانوناً ممتنع بوده، صدور قرار عدم استماع دعوا را در پی خواهد داشت. فرضاً اگر در مثال فوق خریدار مدعی باشد به علت تحقق شرط فاسخ معامله منحل شده یا ولیّ او اعلام بطلان معامله را به علت جنون مولی‌علیه در زمان انعقاد قرارداد درخواست کند، اتخاذ هرگونه تصمیمی در مورد دعوا نسبت به تمام فروشندگان (خواندگان بالقوه) مؤثر بوده و معامله را نسبت به آنان باطل، منفسخ یا صحیح اعلام می‌دارد؛ در نتیجه موازین حقوقی و عدالت ایجاب می‌کند، امکان حضور و داشتن فرصت دفاع برای آنان در دادرسی فراهم گردد و بدون رعایت این قاعده دعوای خواهان قابل استماع نیست.

۲ـ۱ـ۴. تعداد خواهان‌ها و خواندگان

در فرض تعدد خواهان‌ها و خواندگان، می‌توان چهار فرض را از هم تفکیک کرد. اینکه بین خواهان‌ها رابطه تضامن وجود داشته و خواندگان هم مسئولیت تضامنی داشته باشند. بین خواهان‌ها رابطه تضامنی موجود باشد اما خواندگان فاقد مسئولیت

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، منبع پیشین، ص. ۳۰۴.

تضامنی باشند. میان خواهان‌ها رابطه تضامنی وجود نداشته باشد اما خواندگان متضامناً مسئول باشند. و سرانجام نه بین خواهان‌ها رابطه تضامنی وجود داشته باشد و نه خواندگان مسئولیت دارای مسئولیت تضامنی باشند که به ترتیب بررسی می‌گردند.

۲ـ۱ـ۴ـ۱. تضامن خواهان‌ها و مسئولیت تضامنی خواندگان

هرگاه چند خواهان و چند خوانده بالقوه قابل تصور باشد، ممکن است بین خواهان‌ها رابطه تضامن وجود داشته و در عین حال خواندگان هم در برابر آنان مسئولیت تضامنی داشته باشند. لذا همه یا بعضی از خواهان‌ها می‌توانند علیه همه یا بعضی از خواندگان اقامه دعوا نمایند و دادخواهی جمعی خواهان‌ها علیه همه خواندگان ضرورت ندارد. برای مثال دو شخص به موجب قراردادی یک قطعه باغ به دو شخص دیگر فروخته‌اند. در قرارداد تضامن میان خریداران برای قبض باغ و مسئولیت تضامنی فروشندگان به تحویل مبیع شرط گردیده است، در این صورت هریک از خریداران می‌تواند الزام هر فروشنده را به تحویل مبیع درخواست نماید و دادخواهی جمعی آنان علیه هر دو فروشنده الزامی نیست.

۲ـ۱ـ۴ـ۲. تضامن خواهان‌ها و خواندگان غیرمتضامن

گاه ممکن است بین خواهان‌های بالقوه رابطه تضامن وجود داشته باشد، اما خواندگان فاقد مسئولیت تضامنی باشند. در این وضعیت، خواهان‌ها می‌توانند به صورت جمعی یا فردی دادخواهی نمایند. اما در مقابل در مورد لزوم یا عدم لزوم دادخواهی ایشان علیه همه خواندگان، قابلیت یا عدم قابلیت تجزیه خواسته نقش تعیین‌کننده دارد. به این معنا که اگر خواسته قابل تجزیه باشند، می‌توان علیه بعضی از آنان دادخواهی کرد و در صورت عدم قابلیت تجزیه خواسته، دادخواهی علیه همه آنان ضروری است و الا قرار عدم استماع دعوا صادر می‌گردد. برای مثال اگر در قرارداد بیع یک دستگاه ماشین سواری، رابطه تضامن میان خریداران برای قبض مبیع شرط شده باشد، هر یک از آنان می‌توانند با تقدیم دادخواست به دادگاه صالح تحویل مبیع را درخواست کند. در عین حال نظر به عدم قابلیت تجزیه خواسته (چون اقدام هر فروشنده به تسلیم مبیع تصرف در سهم دیگر شرکا هم هست) لازم است همه فروشندگان به عنوان خوانده به دادرسی فراخوانده شوند و الّا ورود در ماهیت دعوا و صدور حکم له یا علیه ایشان ممکن نیست. اما هرگاه فروشندگان مبیع را تحویل خریداران داده و از تنظیم سند به نام ایشان خودداری نمایند و یکی از فروشندگان قبل از دادخواهی خریداران بمیرد و تعیین وراث وی به آسانی ممکن نباشد، هریک از خریداران یا هر دو می‌توانند علیه سایر فروشندگان دعوای الزام به تنظیم سند رسمی (به نسبت سهم آنان) اقامه نمایند؛ زیرا تنظیم سند، تصرف حقوقی است و تنظیم سند

رسمی نسبت به سهم بعضی از فروشندگان با تصرف در سهم سایر شرکا ملازمه ندارد و در نتیجه چون حکمی له یا علیه ایشان صادر نمی‌گردد، حضورشان در دعوا بـه عنـوان خوانده ضرورت ندارد.

۲ـ۱ـ۴ـ۳. عدم تضامن خواهان‌ها و خواندگان متضامن

فرض دیگر آن است که بین خواهان‌ها رابطه تضامن وجود نداشته اما خواندگان مسئولیت تضامنی داشـته باشـند. در ایـن فـرض مـی‌تـوان علیـه همـه یـا بعضـی از خواندگان تظلم‌خواهی و تمام (یا بعض) خواسته را از ایشان مطالبه کرد. متقابلاً بایـد دید دادخواهی جمعی خواهان‌ها ضروری است یا یکی از ایشان مـی‌توانـد بـه نسـبت سهم خود دادخواهی نماید؟ پاسخ به این سوال هم به قابلیت یا عـدم قابلیـت تجزیـه خواسته بستگی دارد، در صورت قابل تجزیه بودن خواسته، یک خواهان می‌تواند تنها نسبت به سهم خود علیه خوانده یا خواندگان طرح دعوا نماید. بر عکس در فرض عدم قابلیت تجزیه خواسته، دادخواهی جمعی ایشان اجتناب‌ناپذیر است، زیرا دادخواهی او با اتخاذ تصمیم نسبت به سهم دیگر خواهان‌های بالقوه هم ضرورت دارد. بـرای مثـال اگر در قرارداد بیع مسئولیت تضامنی فروشندگان به تحویـل مبیـع شـرط شـده امـا تضامن خریداران در قبض مبیع پیش‌بینی نشده باشد، اقامه دعوای الـزام بـه تحویـل مبیع علیه هریک از فروشندگان قانوناً فاقد اشکال اسـت.[1] امـا نظـر بـه عـدم قابلیـت تجزیه خواسته، دادخواهی جمعی خریداران ضروری است. زیرا قبض مبیع به وسـیله هریک از ایشان با قبض سهم دیگـر خریـداران ملازمـه دارد و در نتیجـه اقامـهٔ دعـوا جمعی به وسیله آنان اجتناب‌ناپذیر است و الّا قرار عدم استماع دعوا صادر خواهد شد. بر عکس در دعوای الزام به تنظیم سند رسمی، هر یک از خریداران می‌توانـد دعـوای الزام به تنظیم سند رسمی را نسبت به سهم خود علیه همه یا بعضـی از فروشـندگان اقامه نماید، زیرا چنین دعوایی قابل تجزیه اسـت و دادرس بـه سـود یـا زیـان دیگـر خریداران رأیی صادر نمی‌کند.

۱. پیداست که دعوای الزام به تحویل مبیع با دعوای خلع ید فرق دارد؛ زیرا در اولی خواسته خواهان، قبض ملک است که با تصرف مادی در سهم دیگر خریداران ملازمه دارد؛ اما در دومی (و بطور کلی تمام دعـاوی انتـزاع ید)، صرفاً خارج کردن مال از تصرف خوانده مطرح است و با تصرف مادی خواهان بـر ملـک ملازمـه نـدارد. البته ظاهراً رویه قضایی در خصوص ایـن موضـوع مشـتت اسـت. بعضـی دادگـاه‌هـا، دعـوا را قابـل اسـتماع نمی‌دانند، اما در مقابل برخی دیگر دعوا را قابل استماع دانسته و با استفاده از وحدت ملاک ماده ۴۳ قـانون اجرای احکام مدنی، تصرف محکوم‌له بر مبیع را منوط به توافق شرکا می‌دانند. نظر اول مرجح است، زیـرا در صورت پذیرش نظر اخیر و عدم توافق شرکا، اجرای حکم با مشکل مواجه می‌گردد و قاعدتاً آنان بایـد بـرای تقسیم افراز مال اقدام قانونی لازم را به عمل آورند؛ به علاوه خواسته خواهان تحویل مبیع بوده و دادگـاه در چارچوب خواسته او رسیدگی کرده و حکم می‌دهد.

۲ـ۱ـ۴ـ۴. عدم تضامن خواهان‌ها و خواندگان

سرانجام در بحث تعدد خواهان‌ها و خواندگان باید فرضی را بررسی نمود که نه بین خواهان‌ها رابطه تضامن وجود دارد و نه برای خواندگان مسئولیت تضامنی پیش‌بینی شده است. در این صورت قابلیت یا عدم قابلیت تجزیه خواسته، ملاک لزوم یا عدم لزوم دادخواهی جمعی خواهان‌ها علیه همه یا بعضی از خواندگان است. بر این اساس ممکن است خواسته نسبت به هر دو طرف دعوا (خواهان‌ها و خواندگان) غیر قابل تجزیه یا قابل تجزیه باشد یا نسبت به یک طرف قابل تجزیه و نسبت به طرف دیگر غیر قابل تجزیه باشد. برای مثال دعوای چند خریدار یک دستگاه اتومبیل سواری علیه چند فروشنده آن برای تحویل مبیع نسبت به طرفین غیرقابل تجزیه است. زیرا اقدام به تحویل مبیع به وسیله هر فروشنده مستلزم تصرف مادی در سهم سایر شرکا هم هست؛ متقابلاً قبض آن به وسیله هر خریدار، منجر به تصرف مادی سهم دیگر خریداران می‌گردد که قانوناً مجاز نیست. در نتیجه همه خریداران باید علیه همه فروشندگان دادخواهی نمایند و الّا امکان ورود در ماهیت برای دادرس وجود ندارد. برعکس دعوای الزام به تنظیم سند رسمی علیه چند فروشنده (خواسته از جانب خواندگان قابل تجزیه است؛ زیرا هریک می‌تواند مستقلاً سهم خود را به خریداران منتقل کند) نسبت به هر دو طرف دعوا قابل تجزیه است و هر خریدار می‌تواند علیه همه فروشندگان دعوای الزام به تنظیم سند رسمی اقامه نموده یا علیه یک فروشنده نسبت به سهم او از ملک موصوف اقامه دعوا نماید. لذا اگر سه فروشنده هر یک مالک دو دانگ ملکی بوده و جمعاً آن را به دو خریدار فروخته و سهم خریداران برابر باشد، در این صورت یک خریدار می‌تواند علیه سه فروشنده دعوای الزام به تنظیم سند رسمی سه دانگ سهم خود را درخواست کرده یا علیه یک فروشنده دادخواهی کرده و الزام او را به تنظیم سند یک دانگ سهم خود مطالبه نماید.

اما گاهی ممکن است خواسته تنها نسبت به خواهان‌ها قابل تجزیه باشد. برای مثال فرض کنید دو شخص مالک مالی بوده‌اند که به موجب یک قرارداد به چند خریدار انتقال یافته است. هر دو مالک مدعی فضولی بودن معامله هستند و یکی از آنان دعوای اعلام بطلان معامله فضولی را نسبت به سهم خود علیه خریداران اقامه می‌کند (خواسته از جانب خواهان‌ها، قابل تجزیه است). این دعوا نسبت به خریداران (خواندگان دعوا) غیرقابل تجزیه است زیرا صدور حکم بر صحت یا بطلان معامله مربوط به سهم خواهان، نسبت به همه آنان (خریداران) مؤثر است. در نتیجه دادخواهی علیه همه آنان برای ورود دادرس به ماهیت دعوا ضروری است. بر عکس خواسته از جانب خواهان‌ها قابل تجزیه بوده، دادخواهی جمعی آنان ضرورت ندارد، زیرا اعلام بطلان معامله نسبت

به سهم یک فروشنده، با اتخاذ تصمیم نسبت به سهم فروشنده دیگر ملازمه ندارد، زیـرا حتی بر فرض فضولی بودن معامله نسبت به سهم شریک دیگر، ممکن است او معامله را تنفیذ کرده یا در آینده آن را تنفیذ نماید. همچنین در مواردی ممکن است خواسـته از جانب خواندگان قابل تجزیه و نسبت به خواهان‌ها غیرقابل تجزیه باشد. بـرای مثـال دو شخص سفته‌ای در وجه دو شخص دیگر صادر می‌کنند. در حقـوق ایـران مطـابق نظـر غالب دکترین مسئولیت صادرکننده‌ها نسبی است.[1] در نتیجه می‌توان بـه نسـبت سـهم هر صادرکننده علیه او دادخواهی نمود و حضور هـر دو بـه عنـوان خوانـده در دادرسـی ضرورت ندارد (البته هر عاقلی ترجیح می‌دهد در یک دعوا علیه هر دو دادخواهی نمایـد اما ممکن است یکی از آنان از دنیـا رفتـه و شناسـایی وراث او بـه سـادگی امکـان‌پـذیر نباشد). امـا در مقابـل برابـر برخـی نظـرات، دارنـدگان بایـد بـه صـورت جمعـی علیـه صادرکننده یا صادرکنندگان دادخواهی نمایند، زیرا هر بخش از طلب که وصـول شـود، مال مشاع بوده و متعلق به هر دوی ایشان است.[2]

۱. کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، منبع پیشین، صص. ۲۰۷ ـ ۲۰۶.
۲. کاشانی، محمود، منبع پیشین.

نتیجه‌گیری

در صورت تعدد اصحاب بالقوه دعوا، لزوم یا عدم لزوم دادخواهی همه خواهان‌ها علیه همه خواندگان و امکان یا عدم امکان قانونی دادخواهی بعضی از خواهان‌ها علیه بعضی از خواندگان، مسائل جالب و دقیقی را پیش می‌کشد که عدم توجه به آن از سوی خواهان می‌تواند منجر به صدور قرار عدم استماع دعوا گردد. در صورت تعدد خواهان‌ها و وجود رابطه تضامن میان ایشان، دادخواهی جمعی یا فردی ایشان علیه خوانده کاملاً با موازین حقوقی منطبق است. اما در فرض متضامن نبودن ایشان، در صورت قابلیت تجزیه خواسته، هریک از خواهان‌ها می‌تواند در مورد سهم خود دادخواهی کند. بر عکس در فرض عدم قابلیت تجزیه خواسته، دادخواهی انفرادی ممکن نیست و لازم است آنان جمعاً اقامه دعوا نمایند. هرگاه خواهان‌های متعدد در صدد اقامه دعوا علیه خوانده یا خواندگان مشترک باشند و در عین حال دارای مسائل مشترک حکمی یا موضوعی باشند، بدون اینکه ارتباطی خاص بین خواهان‌ها وجود داشته باشد، در نظام دادرسی مدنی ایران مجوزی برای تجمیع دعاوی خواهان‌ها در یک دادخواست وجود ندارد. در حالی که تجویز قانونی چنین فرایندی می‌توانند صرفه‌جویی در منابع، حفظ اعتبار دستگاه قضایی از طریق صدور احکام یکسان در دعاوی مشابه و کاهش حجم دعاوی را در پی داشته باشد، بدون اینکه تالی فاسدی بر آن مترتب باشد. لذا به نظر می‌رسد که همانند ماده ۳۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری باید در اصلاحات آتی قانون آیین دادرسی مدنی، وجود چنین نهادی پیش‌بینی گردد.

در فرض تعدد خواندگان و مسئولیت تضامنی ایشان، خواهان می‌تواند علیه تمام یا برخی از آنان دادخواهی نموده، محکومیت ایشان را از دادگاه درخواست کند. اما در فرض متضامن نبودن ایشان، هرگاه خواسته قابل تجزیه نباشد، خواهان باید همه آنان را طرف دعوا قرار دهد و الّا دادرس بدون ورود در ماهیت دعوا، قرار رد یا عدم استماع دعوا را صادر خواهد نمود. برعکس در صورت قابلیت تجزیه خواسته، خواهان می‌تواند علیه هر خوانده به نسبت سهمش منفرداً دادخواهی کند. در صورت تعدد هر دو طرف دعوا، هرگاه بین خواهان‌ها رابطه تضامن وجود داشته، خواندگان هم متضامناً مسئول باشند، دادخواهی همه یا برخی از خواهان‌ها علیه همه یا برخی از خواندگان قانوناً بلامانع است. در صورت متضامن نبودن خواهان‌ها و عدم مسئولیت تضامنی خواندگان و عدم قابلیت تجزیه خواسته نسبت به هر دو طرف دعوا، دادخواهی خواهان‌ها باید جمعی و علیه همه خواندگان باشد و الّا ورود به ماهیت دعوا ممکن نیست. در صورت قابلیت تجزیه خواسته از جانب خواهان‌ها، هریک از آنان می‌تواند علیه همه خواندگان

به نسبت سهم خود اقامه دعوا نماید. برعکس هرگاه خواسته نسبت به خوانـدگان قابـل تجزیه و نسبت به خواهان غیرقابل تجزیه باشد، همه خواهان‌ها باید دادخواهی نمایند و به صلاحدید خود می‌توانند علیه همه خواندگان یا بعضی از ایشان دادخواهی کنند.

منابع

- احمدی، خلیل، «مطالعه تطبیقی مفهوم و انواع دعاوی بین اشخاص مختلف»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۸، شماره ۴، ۱۳۹۳.
- اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت (برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک)، چاپ نهم، تهران، سمت، ۱۳۸۴.
- ایزانلو، محسن؛ و عباس میرشکاری، «نقد مفهوم و آثار طلب مشاع»، فصلنامه حقوق، دوره ۳۹، شماره ۲، ۱۳۸۸.
- بازگیر، یدالله، آرای دیوان عالی کشور در امور حقوقی، جلد ۱، چاپ اول، تهران، جاودانه، ۱۳۸۹.
- ـــــــــــ ، آرای دیوان عالی کشور در امور حقوقی، جلد ۲، چاپ اول، تهران، جاودانه، ۱۳۸۹.
- خدابخشی، عبدالله، حقوق دعاوی: قواعد عمومی دعاوی، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲.
- ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، جلد ۳، چاپ سوم، تهران، دادگستر، ۱۳۷۶.
- سیفی، سید جمال، «رأی پرونده موسوم به هموفیلی‌ها: نگاهی نو به مسئولیت مدنی دولت در رویهٔ قضایی ایران»، مجله پژوهش‌های حقوق، شماره ۸، ۱۳۸۴.
- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد ۲، چاپ بیست و ششم، تهران، نشر دراک، ۱۳۹۳.
- شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، چاپ چهارم، نشر حقوقدان، تهران، ۱۳۷۷.
- صفایی، سیدحسین، تصرف در طلب مشاع، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، چاپ اول، تهران، میزان، ۱۳۷۵.
- طهماسبی، علی، «مطالعه تطبیقی شرایط دعوای گروهی در حقوق آمریکا و کانادا: آموزه‌هایی برای حقوق ایران»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۸، شماره ۳، ۱۳۹۳.
- کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، چاپ اول، تهران، دادگستر، ۱۳۷۹.
- ـــــــــــ ، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶.
- ـــــــــــ ، اعمال حقوقی: قرارداد و ایقاع، چاپ یازدهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
- ـــــــــــ ، مشارکت‌ها و صلح، چاپ چهارم، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶.
- کاشانی، محمود، قراردادهای ویژه، چاپ اول، تهران، میزان، ۱۳۸۸.

- کاویانی، کورش، حقوق تجارت ۳: اسناد تجارتی، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۸۷.

- Anderson, Brian; and Andrew Trask, The Class Action Playbook, 1st Edition, USA, Oxford University Press, 2010.
- Effron, Robin, "Shadow Rules of Joinder", Georgetown Law Journal, Vol. 100, 2012.
- Good, Mathew, "Exploring the Goals of Canadian Class Actions", Alberta Law Review, Vol. 47, 2009.
- Hodges, Christopher, The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems A New Framework for Collective Redress in Europe, 1st Edition, Hart Publishing, 2008.
- Mulheron, Rachael, The Class Action In Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective, 1st Edition, Oxford University Press, 2004.
- Kerley, Peggy; Joanne; Hames; and Paul Sukys, Civil Litigation, 5th Edition, Delmar Cengage Learning, 2009.
- Uzelac, Alan, Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems, 1st Edition, Springer, 2014.
- Watson, Garry, «Class Actions: The Canadian Experience», Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 11, 2001.

شناسه دیجیتال (DOI): 10.22106/jlj.2017.26778

تقابل حق و مصلحت (با تأکید بر جرایم تروریستی)

رشید قدیری بهرام‌آبادی*

چکیده

یکی از بنیادی‌ترین مسائلی که در دل فلسفه سیاسی و فلسفه حقوق مورد بحث قرار می‌گیرد، بحث تقابل «حق» و «مصلحت» است. در یک سوی این تقابل، افراد و حقوق آنها قرار می‌گیرند و انتظار دارند حداقل حقوقی که بنابر کرامت و شخصیت انسانی هر فردی به وی تعلق می‌گیرد، از جمله حق بر دادرسی عادلانه، برای آنها به رسمیت شناخته شود. از سوی دیگر، جامعه به لطف و مدد نمایندگان و کارگزاران خود، در عین تلاش برای فراهم نمودن حداقل امکانات برای انسان‌ها و تضمین آسایش و رفاه آنها، نیم نگاهی نیز به حفظ و بقای خود از طریق رعایت برخی مصالح (از جمله برقراری امنیت) دارد. این تقابل و رویارویی میان حقوق افراد و مصالح جامعه، در جرایم تروریستی به بیشترین حد می‌رسد و مهم‌ترین مبنای فلسفی دادرسی کیفری افتراقی در جرایم تروریستی را تشکیل می‌دهد. از طرفی متهمان و مظنونان فعالیت‌های تروریستی، خواهان یک دادرسی عادلانه به عنوان یک حق مسلم و شناخته شده برای نوع بشر هستند و از طرف دیگر، مقامات سیاسی و قضایی به عنوان نمایندگان جامعه، درصدد حفظ امنیت جامعه بوده و یکی از راهکارها جهت نیل به این هدف را در تعلیق و نادیده گرفتن حقوق متهمان و مظنونان جرایم تروریستی می‌بینند. آنها تعلیق و تضییع حقوق این گروه را به مثابه تضمین امنیت می‌دانند. این سناریو، از حوادث تروریستی یازدهم سپتامبر سال ۲۰۱۱ آغاز و نه تنها هرگز پایان نیافت، بلکه روز به روز شدت یافت. در این تحقیق، تلاش می‌شود پس از تبیین این تقابل و تشریح کیفیت آن در جرایم تروریستی، راهکاری منطقی برای حل آن ارائه گردد.

کلیدواژه‌ها: حق، مصلحت، تقابل، جرایم تروریستی، دادرسی عادلانه.

* عضو هیأت علمی دانشگاه شهرکرد Ghadirirashid@gmail.com

تاریخ دریافت: ۹۳/۱۲/۰۶ تاریخ پذیرش: ۹۴/۰۷/۰۵

مقدمه

هر جامعه‌ای در کنار کلیت خود، از انسان‌ها و افراد متعددی تشکیل شده است. از یک سو این جامعه به عنوان یک کل، منافع و مصالحی را مد نظر داشته و سعی در حفظ و حراست از آنها دارد. از سوی دیگر، انسان‌ها یعنی تشکیل‌دهندگان اصلی جامعه، انتظار دارند به حداقل خواسته‌های خود برای یک زندگی راحت و آسوده و مبتنی بر کرامت انسانی، دست یابند. همین واقعیت باعث می‌شود جامعه و نمایندگان آنها بر مصالح خود متمرکز شوند، چراکه بقای خود را در حفظ همین مصالح می‌بینند. افراد نیز به همین ترتیب نسبت به حداقل حق‌های ضروری برای زندگی، حساسیت خاصی داشته و در صورت برآورده نشدن آنها دست به سرکشی و عصیان می‌زنند. همین امر، سبب طرح مسأله پذیرفته‌شده و غیرقابل انکار تقابل «حق» و «مصلحت» می‌گردد. هر یک از این دو مقوله مهم و اساسی، سعی در غلبه و چربش بر دیگری دارند، چراکه در غیر این صورت، هستی و کیان خود را در معرض خطر خواهند دید. این تعارض و تنش، در جرایم تروریستی به بی‌نهایت می‌رسد. به نظر می‌رسد بارزترین و ملموس‌ترین تقابل میان حق و مصلحت را می‌توان به وضوح در جرایم تروریستی مشاهده نمود؛ واقعیتی که اذهان متفکران را به سمت داوری کشانده و در نهایت به این نتیجه رسیده‌اند که در جرایم تروریستی، این مصلحت بوده که در کارزار با حق، برتری یافته است. بداهت این واقعه، چنان است که افراد عادی جامعه نیز آن را پذیرفته‌اند. «به دنبال حملات تروریستی ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱، یک پذیرش عمومی وجود دارد مبنی بر اجتناب‌ناپذیر بودن یک سری تعدیل‌های در شکل آزادی‌های مدنی ما. بخشی از این امر، حاصل بدبینی سیاسی است؛ دولت همیشه در صدد محدود نمودن آزادی است و ظهور تروریسم، فرصت خوبی را برای این کار فراهم می‌کند. مردم بیشتر از همیشه ترسانند که اگر تعدیل‌های پیشنهادی از سوی دولت را مورد انتقاد قرار دهند، به خاطر اینکه به اندازه کافی میهن‌پرست نیستند، مورد سرزنش قرار گیرند. همچنین کاهش آزادی‌های مدنی، کمتر مورد اعتراض دادگاه‌ها قرار می‌گیرد. به هر حال، یک کمبود و فقدان اعتراض سیاسی شدید وجود دارد نسبت به دست‌اندازی به آزادی‌های مدنی.»[1]

مهم‌ترین سئوال در این تحقیق آن است که آیا اساساً هنگام بحث از تقابل حق و مصلحت در جرایم تروریستی، واقعاً می‌توان به یک همگرایی و تعادل دست یافت یا خیر. به نظر می‌رسد اگر عزم و اراده واقعی برای نیل به یک راه‌حل منطقی وجود داشته

1. Waldron, Jeremy, Torture, Terror and Tradeoffs, Oxford University Press, 2010, p.191.

باشد، این امر دور از دسترس نخواهد بود. چنانچه زیاده‌خواهی‌ها، تفاسیر به رأی، منافع و مطامع حزبی و گروهی، کنار گذاشته شود و نگاهی حقوقی و تخصصی به قضیه داشته باشیم و هدف، برطرف‌سازی برهم‌خوردگی این تعادل میان حق و مصلحت در جرایم تروریستی باشد، می‌توان به راهکاری قابل قبول و مورد پذیرش عمومی دست یافت. در واقع، فرض بر این است که تأمین امنیت جامعه به هیچ‌وجه مترادف با کاهش یا دستکاری در حقوق افراد نیست. این دو مقوله باید در طول هم و به صورت موازی محقق گردند. دیدگاهی که تضمین یکی از این دو را به معنای نادیده‌گرفتن و حذف دیگری می‌داند، راه به جایی نخواهد برد.

با نگاهی به پیشینه و سوابق تحقیق‌های انجام‌شده در حوزه جرایم تروریستی مشخص می‌شود که در بسیاری از آنها، تنها نگاهی یک‌سویه به موضوع وجود داشته و تمرکز اصلی بر این بوده که چه تغییر و تحولاتی نسبت به حقوق متهمان و مظنونان جرایم تروریستی ایجاد شده است. هیچ اشاره‌ای به نقش، جایگاه و سهم امنیت جامعه در دگرگونی حقوق این متهمان نشده و به نظر می‌رسد که این ایراد وارد بر آنهاست. لذا جنبه نوآوری تحقیق حاضر را باید در همین امر جستجو نمود که محصور در حوزه حقوق کیفری موضوع نمانده و در کنار آن، حتی‌المقدور مباحث مرتبط و مطروحه در سایر حوزه‌های حقوق، همچون حقوق عمومی و بین‌الملل نیز، مورد بررسی قرار گرفته است. به نظر می‌رسد که این شیوه، پس از تحلیل همه‌جانبه موضوع، می‌تواند بستر لازم را برای طرح راه‌حل‌های لازم جهت برون‌رفت از مشکلات پیش‌آمده فراهم نماید. به رغم تحسین حساسیت‌های محققان نسبت به نادیده انگاشتن حقوق متهمان برخی جرایم خاص از جمله جرایم تروریستی، باید اذعان نمود که صرف بحث از کاهش یا دستکاری در حقوق افراد، دردی را دوا نمی‌کند، بلکه باید به دنبال راه چاره بود. تلاش می‌شود که در این تحقیق، به آن راه‌حل دست یابیم.

تحقیق حاضر، در سه قسمت، ابتدا به نقد و تحلیل نظری دو مقوله حق و مصلحت در جرایم تروریستی و امکان یا عدم امکان ایجاد تعادل میان آنها می‌پردازد. سپس موضوع از بعد عملی مورد بررسی قرار می‌گیرد. در قسمت سوم، نتایج نامطلوب به بار آمده از این تقابل، مورد ارزیابی قرار می‌گیرد و در نهایت در قسمت نتیجه‌گیری، تلاش خواهد شد تا راهکارهای مناسبی برای برون‌رفت از این شرایط مبهم و نامشخص ارائه گردد. در واقع، هدف این است که ابتدا موضوع از دو بعد نظری و عملی مورد تحلیل قرار گیرد و سپس آثار و تبعات به بارآمده بررسی شود و در آخر، حتی‌المقدور با ارائه و پیشنهاد راه‌حل، تلاش گردد تا مشکلات پیش‌رو برطرف گردد.

۱. همگرایی و تعادل حق و مصلحت در جرایم تروریستی

تا قبل از ۱۱ سپتامبر، به لطف و مدد اسناد و نهادهای بین‌المللی، از جمله میثاقین و تلاش‌های سازمان ملل، تعادل قابل قبولی میان حق و مصلحت برقرار و در حال اجرا بود. اما بعد از واقعه فوق، رفته‌رفته یک عدم تعادل میان حقوق افراد و امنیت جامعه مطرح شد و به سمت و سویی حرکت نمود که غلبه و چربش، بیشتر به نفع امنیت بود تا حقوق. بسیاری از متفکران، با این نظر موافق و همراهند که دستیابی به امنیت از یک سو و حمایت از حقوق افراد از سویی دیگر، خواه به عنوان امری موضوعی یا امری حکمی، لزوماً با هم متعارض نیستند. با این حال، از ۱۱ سپتامبر دو لغت «امنیت» و «حقوق بشر»، حاکی از یک اختلاف تقریباً حل ناشدنی هستند. هرکس که به بحث درخصوص امنیت و حقوق بشری می‌پردازد، با این دوگانگی مواجه می‌شود: تقاضای سیاسی برای ایجاد یک تعادل جدید میان آنها و تقاضای روزنامه‌ها در سرتیتر خود برای عقب‌نشینی از حقوق بشر.[1] باید به حمله ۱۱سپتامبر، نگاهی تشخیصی و شناختی داشته باشیم؛ اینکه چه چیزی می‌توانیم یاد بگیریم که به ما اجازه دهد تا هوشمندانه‌تر پاسخ دهیم.[2] تفکر راجع به رابطه بین امنیت و حقوق، بدون مدنظر قرار دادن مبارزه علیه تروریسم، به عنوان نمود اولیه تلاش‌های ما برای برخورد با ناامنی، غیرممکن است. هم در نظر دولت و هم در نظر مردم در جوامع لیبرال دموکرات رفاه‌گرا، بزرگ‌ترین تهدید نسبت به امنیت، تروریسم جهانی است. در ترس اولیه متعاقب ۱۱ سپتامبر، به نظر می‌رسید که بحث در مورد امنیت و حقوق، تقسیم شده بود بین نومحافظه‌کاران که استدلال می‌کردند که تعادل میان امنیت و حقوق باید به گونه‌ای باشد که اهمیت بیشتر به امنیت داده شود. لیبرال‌های طرفدار آزادی‌های مدنی نیز، استدلال می‌کردند که حقوق افراد باید به طور کلی مورد حمایت قرار گیرند.[3] اما شواهد، حکایت از غلبه و برتری طرفداران امنیت داشت. این دودستگی و تضاد میان دو حزب فوق حاوی یک پیام است و آن اینکه حل و فصل یک موضوع با چنین اهمیتی، دستخوش گرایش‌های سیاسی شده و بنابر ارزیابی منافع حزبی و گروهی مشخص می‌شود. گویی نمایندگان مردم، به جای یافتن راه‌حلی برای برون‌رفت از این وضعیت، بیشتر به دنبال منافع و جایگاه حزب خود بوده‌اند. یکی از راه‌های همگرایی میان دو

1. Lazarus, Liora; and Benjamin Gool, "Security and Human Rights: The Search for a Language of Reconciliation", in: Lazarus, Liora; and Benjamin Goold (eds), Security and Human Rights, Oxford, Hart Publishing, 2007, p.1.
2. Ackerman, Bruce, "The Emergency Constitution", Yale Law Journal, Vol. 113, 2004, p. 1029.
3. Dyzenhaus, David, Civil Rights and Security, First Edition, Ashgate Press, 2008, p. 4.

مقوله فوق، به جای طرح و نیل به انگیزه‌های سیاسی، بررسی علمی موضوع است. استفاده از آرا و نظرات اندیشمندان و متخصصین امر جهت ایجاد تعادل، باید جایگزین رقابت‌ها و لجبازی‌های سیاسی شود. این امکان که کاهش تضمین‌هاب مربوط به رسیدگی کیفری بایسته، ممکن است احتمال محکومیت مظنونان تروریستی را بیشتر کند و در نتیجه امنیت جامعه انسانی افزایش می‌یابد، به هیچ‌وجه پذیرفتنی نیست. به بیان بهتر، تعادل و همگرایی باید بین حقوق افراد و امنیت جامعه برقرار شود؛ نه بین کاهش حقوق افراد و افزایش احتمال محکومیت و در نتیجه، افزایش امنیت. افزایش احتمال محکومیت افراد، به هیچ‌وجه تضمین‌کننده یا مترادف با افزایش امنیت نیست. نمی‌توان در جرایم تروریستی، کاهش حقوق افراد مثل حق بردادرسی عادلانه را دلیل بر افزایش امنیت دانست. این راهکار، در عین حال که امکان محکوم شدن مظنونان به تروریسم را افزایش می‌دهد، هیچ تناسب و ارتباطی با افزایش امنیت ندارد. به نظر برخی، یک حرکت مقدماتی برای حل این چالش، به کار بستن یک تعریف گسترده‌تر از آزادی خواهد بود که در صدد حمایت از آزادی افراد به عنوان یک امر اساسی باشد، نه اینکه درصدد ایجاد تنش میان آن دو باشد. به همین ترتیب، امنیتی که به نحو وسیعی تعریف شود، نه تنها حمایت عمومی را در بر می‌گیرد، بلکه امنیت افراد از مداخله بدون تضمین دولت را نیز در بر می‌گیرد.[1] در نوشتگان آمریکایی، مردم‌سالاری موج می‌زند و از نظر برخی نویسندگان آنها، «زمانی که از امنیت داخلی بحث می‌شود، معمولا موضوع حقوق فردی، بخشی از بحث می‌شود. برای ورود به مبارزه علیه تروریسم، خود مردم آمریکا باید بررسی کنند و یک سری اقدام را که می‌پسندند، صادقانه برگزینند. این اقدامات نمی‌توانند توسط قانون‌گذار، نیروی نظامی یا مقامات پلیس تحمیل شوند».[2] اما به نظر می‌رسد آنچه در عمل شاهد آن هستیم، کاملاً برعکس بوده و نقش کمی را بتوان در گزینش کیفیت و ماهیت اقدام علیه تروریسم، برای مردم قائل شد. گویی بیشترین اختیار موجود برای مردم در این زمینه، تنها به همراهی و توافق اولیه آنها برای مبارزه با تروریسم باز می‌گردد، تا اختیار تصمیم‌گیری در کیفیت و ماهیت اقدامات لازم. در این کشور، مقامات دولتی به نمایندگی از هیأت اجتماع و قاطبه مردم، تدابیر لازم را اتخاذ می‌کنند و دو قشر مذکور، خواسته یا ناخواسته، ملزم به گردن نهادن به آن هستند. همچنین برای توفیق در غلبه بر مشکل ایجادشده، «نهادهای دولتی باید اختیارات و منابع قانونی کافی جهت پیشگیری از تروریسم در صورت امکان

1. Zedner, Lucia, "Securing Liberty in The Face of Terror: Reflections from Criminal Justice", Jornal of Law and Society, Vol. 32, 2005, p.532.
2. White, Jonathan, Terrorism and Homeland Security, Fifth Edition, Thomson Press, 2006, p.293.

و تعقیب آن در صورت وقوع را، داشته باشند. اما در پاسخ به تروریسم، ما باید به آزادی‌های سیاسی، دادرسی بایسته و حمایت‌ها از حریم خصوصی که هسته اصلی جامعه آزاد و دموکراتیک را تشکیل می‌دهند، وفادار باشیم»[1] چراکه «تعارض محتومی بین به کار بستن حقوق اساسی و یک استراتژی مؤثر برای مبارزه با تروریسم وجود ندارد».[2] پس این دیدگاه که معتقد است در مرز امنیت و آزادی، هرگونه افزایش در امنیت مستلزم کاهش در آزادی است و بالعکس[3]، بسیار سئوال برانگیز بوده و محتاج بررسی است. بکاریا با تمرکز بر کیفر به عنوان سنگ محک امنیت و آزادی افراد، معتقد است که «کیفری عادلانه‌تر است که براساس آن، امنیت مردم مقدس‌تر و از تعرض مصون‌تر بوده و هیأت حاکمه، آزادی بیشتری به رعایای خود اعطا کند».[4] پس، از نظر او، عدالت کیفری با حفظ و حراست هرچه بیشتر از هر دو مقوله امنیت و آزادی است که معنا می‌یابد.

نوع و شکل مرز میان امنیت و آزادی، در طول زمان تغییر می‌یابد. در بسیاری موارد، سئوال مهم مربوط به حقوق اساسی، یک سطح مطلق از حد و مرز نیست، بلکه مربوط به این است که چگونه شکل و نوع آن، در هنگام بروز، یا از بین رفتن وضعیت اضطراری، تغییر می‌یابد. هنگامی که تهدیدات افزایش می‌یابند، ارزش امنیت افزایش می‌یابد. در این صورت یک دولت منطقی، یک سری کاهش‌هایی در آزادی به نفع افزایش امنیت ایجاد می‌کند.[5] اگرچه واقعیت عملی و اثبات‌شده این دیدگاه، مورد پذیرش نگارنده نیست، اما بر فرض پذیرش اصل آن، آنچه بیش از هرچیز دیگری در اینجا اهمیت می‌یابد، چیستی و ماهیت آن آزادی است که محدود می‌شود. آیا آزادی موضوع تحدید، آزادی راهپیمایی و سخنرانی و تحریک و برانگیختن مردم برای شورش است، که می‌تواند ارتباط مستقیمی با بر هم زدن امنیت داشته باشد، یا رعایت دادرسی عادلانه و دادرسی بایسته است که میان رعایت آن و تأمین امنیت، هیچ تعارضی وجود ندارد؟ پس، این ایده را باید پذیرفت که افزایش پایبندی به ارزش‌های مربوط به دادرسی بایسته، به جای اینکه بر رسیدگی‌های اجرایی و پنهانی و پشت پرده متکی باشد، بر اجرای عدالت توسط نهادهای تعقیب کیفری متکی است. اصرار و تأکید بر محاکمه کیفری به عنوان یک مکان مناسب حتی برای شدیدترین جرایم، گام کوچکی

1. Cole, David; and James X Dempsey, Terrorism and the Constitution, Second Edition, New York, The New Press, 2002, p.1.
2. Ibid, p. 15.
3. Posner, Eric; and Adrian Vermeule, Terror in the Balance: Security, Liberty and the Courts, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 26.
۴. بکاریا، سزار، رساله جرایم و مجازات‌ها، ترجمه محمدعلی اردبیلی، چاپ ششم، نشر میزان، ۱۳۸۹، ص. ۳۳.
5. Posner, Eric; and Adrian Vermeule, Op. cit, p. 27.

خواهد بـود در مسـیر حـق. هنگـامی کـه عـدم توجـه بـه دادرسـی بایسـته منجـر بـه محکومیت‌های نادرست می‌گردد، نه تنها فرد بی‌گناه محکوم می‌گردد، بلکه ممکن است فرد متهم آزاد شود و در نتیجه، امنیت بیشتر از اینکه فراهم شود، کاهش می‌یابـد.[1] بـه هر حال، باید درمورد تدابیر اتخاذی در این زمینه، بسیار مراقب بود؛ چراکـه «اگـر عـدالت رخت بر بندد، هیچ ارزشی در جهان برای زندگی انسان باقی نمی‌ماند».[2] پـر واضـح اسـت که امروزه اصطلاح عدالت حوزه وسیعی را در برمی‌گیـرد کـه فراینـد رسـیدگی نیـز، اگـر نگوییم مهم‌ترین بخش از عدالت است، از جمله مهم‌ترین بخش‌های آن است.

۲. نقد عملی تقابل حق و مصلحت در جرایم تروریستی

حق یا حقوق متهم در جرایم تروریستی چیست و آیا قابل عدول است یـا خیـر؛ و اگر قابل عدول است، تا چه حد و بنا به چه مصالحی؟ به نظر نویسنده، رویکرد اتخـاذی در اسناد بین‌المللی برای مبارزه با جرایم تروریستی، با نهایت حزم و احتیاط اتخاذ شده است. از یک سو حق‌های متهمان جرایم تروریستی به عنوان یک اصـل کلـی، مسـلم و انکارناپذیر پذیرفته‌شده است و از دیگر سو، شرایطی فراهم آمده تا در اوضـاع و احـوالی خاص و استثنایی و البته با رعایت شرایطی، این حق‌ها به نفع و مصلحت جامعه نادیـده گرفته شوند که این قسمت نیز، واجد شروطی است. البته به نظر می‌رسـد کـه در مقـام عمل، تمامی شروط نادیده گرفته شده است. مهم‌ترین حق متهم در رسیدگی به جرایم تروریستی عبارت است از حق بر دادرسی عادلانه که خود شـامل زیرمجموعـه وسـیعی است. از جمله می‌توان به مواردی چون ممنوعیـت شـکنجه، ممنوعیـت بازداشـت‌هـای خودسرانه و نامعین، قانونی بودن جرم و مجازات اشـاره نمـود. در زیـر بـه بررسـی ایـن حق‌ها می‌پردازیم. مهم‌ترین مصلحت در جرایم تروریستی نیز امنیت ملی است.

۲ـ۱. دادرسی عادلانه به مثابه حق

حق بر دادرسی عادلانه یکی از شناخته‌شده‌ترین و مهم‌ترین حقوق انسـان‌هاسـت که در جریان تحول تمدن حقوقی بشر پدید آمده است. سـابقه ایـن حـق را بـه سـنت آنگلوساکسونی «رعایت آیین قانونی» باز می‌گردانـند کـه ریشـه آن بـه منشـور کبیـر[3] انگلستان می‌رسد. البته اصل این حق منطبق با فطرت و سرشت آدمی و مبتنی بر عقل و خرد انسان است و ادیان الهی هم آدمیان را به آن توجه داده و ارشاد نموده‌اند.[4] مـراد

1. Zedner, Lucia, Op. cit, p. 533.

۲. کانت، ایمانوئل، فلسفه حقوق، ترجمه منوچهر صانعی دره‌بیدی، چاپ سوم، نشر نقش و نگار، ۱۳۸۸، ص. ۱۹۲.

3. Magna Carta

۴. فضائلی، مصطفی، دادرسی عادلانه، محاکمات کیفری بین‌المللی، چاپ دوم، نشر شهر دانش، تابستان ۱۳۸۹، ص. ۳۵.

از محاکمه عادلانه «رسیدگی و تصمیم‌گیری قضایی درباره موضوعات مدنی و کیفری میان طرفین دعوا، چه در امور حکمی و چه در امور موضوعی، در دادگاهی قانونی، صلاحیت‌دار، مستقل، بی‌طرف و غیرذینفع، با رعایت اصول و آیین از پیش تعیین‌شده و تضمین حقوق قانونی طرفین دعوا در طی مراحل مختلف دادرسی است».[1] پس با این تعریف، دیگر تعبیر محاکمه عادلانه به «عدالت شکلی در قضاوت»[2] صحیح نیست. «دادرسی منصفانه از نظر قلمرو مفهومی و زمانی، کلیه مراحل آیین دادرسی کیفری، از کشف جرم تا اجرای حکم را شامل می‌گردد».[3] در تعاریف به عمل آمده دیگر هم، که شباهت زیادی به تعاریف فوق دارند، دادرسی عادلانه منوط به رعایت کلیه تضمین‌های شکلی و ماهوی شده است.[4] اگرچه عبارت «دادرسی بایسته» آنطور که باید واضح و آشکار نیست، اما معنای آن از متن خود آن قابل استخراج است؛ بدین مضمون که هیچ فردی نباید بدون یک فرایند بایسته قانونی، از زندگی، آزادی یا اموال محروم شود. عموما این عبارت قرائت می‌شود تا بدین وسیله، قبل از اینکه دولت افراد را از زندگی، آزادی و اموال خود محروم کند، ملزم به رعایت دادرسی عادلانه باشد.[5] بدین ترتیب، عبارت دادرسی بایسته، دولت را ملزم می‌کند که مطابق قانون سرزمینی، یعنی قانون اساسی و سایر مقررات عمل کند.[6] صرف‌نظر از قوانین داخلی، اسناد بین‌المللی مرجع و مورد اجماع نیز بسیاری از مواد خود را به بحث دادرسی عادلانه اختصاص داده‌اند. شاید با مطالعه نوشتگان اساتیدی چون فیلیپ ماری، برخی به این نتیجه برسند که او معتقد است حق حمایت از بزه‌دیده و حق بازپروری مجرم، به تدریج جای خود را به حق برخورداری از امنیت داده‌اند، اما نگارنده می‌خواهد از این نیز فراتر رفته و مدعی این باشد که در جرایم تروریستی، حق بر دادرسی عادلانه متهم و مجرم نیز جای خود را به حق برخورداری از امنیت داده است.

۲ـ۲. پیش‌بینی تعلیق حق در جرایم تروریستی

ممکن است یک جرم تروریستی دارای چنان شدت و اهمیتی باشد که کلیت یک جامعه را زیر سئوال ببرد. در چنین مواردی، به منظور ایجاد تعادل میان امنیت از دست رفته و حقوق متهمان، راهکارهایی اتخاذ شده که به موجب آنها تلاش می‌شود تا از یک

۱. همان، ص. ۳۷.
۲. همان، ص. ۶۰.
۳. قربانی، علی، دادرسی منصفانه در رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر، چاپ اول، نشر حقوق امروز، ۱۳۹۰، ص. ۱۴۷.
۴. رحیمی‌نژاد، اسماعیل، کرامت انسانی در حقوق کیفری، نشر میزان، ۱۳۸۷، صص. ۲۲۱.
5. Smidth, Christofer, "Balancing Test: Time for a New Due Process Test", Southwestern Law Review, Vol. 38, 2008, p. 295.
6. Ibid, p. 301.

سو امنیت حاصل گردد و از دیگر سو، حقوق متهم به نسبت اهمیت، دسته‌بندی شده و برخی از این حقوق در راستای ایجاد توازن مورد نظر، به صورت موقت و استثنایی کنار گذاشته شود. به عبارت دیگر وضعیت پیش‌آمده در اثر عملیات تروریستی شدید را نیز یک وضعیت اضطراری تلقی و برای تأمین آن قسمت از مصلحت (امنیت) که مخدوش گردیده، برخی حقوق افراد موقتاً معلق می‌شوند. اما اینکه در عمل، این دسته‌بندی‌ها و شروط لازم، تا چه حد مورد اتباع و پیروی است، نیاز به بحث فراوانی دارد. در زیر به مبنا، شروط و حق موضوع تعلیق می‌پردازیم.

۲ـ۲ـ۱. وضعیت اضطراری تهدیدکننده حیات ملت، مبنایی برای تعلیق حقوق

اصطلاح وضعیت اضطراری[1] اشاره به یک حادثه یا وضعیت ناگهانی، فوری و معمولاً پیش‌بینی‌نشده دارد که مستلزم انجام اقدام سریع است و اغلب، فاقد زمان برای واکنش و بررسی است. عبارت وضعیت اضطراری، به صورت ذاتی مرتبط است با مفهوم وضعیت عادی، بدین معنی که تصور می‌شود اولی خارج از جریان معمول حوادث یا عملیات‌های پیش‌بینی‌شده قرار می‌گیرد.[2] این وضعیت، مشکلات مربوط به توانایی ما برای پردازش اطلاعات و رسیدگی به وضعیت‌های پیچیده را برجسته می‌سازد.[3] اصطلاح «اختیارات اضطراری» نیز مقتضی تدابیر و اقدامات کوتاه‌مدت و گذراست که برای پاسخ‌دهی به یک وضعیت اضطراری خاص طراحی شده‌اند و در نتیجه، به محض اینکه یا کمی بعد از اینکه آن حالت اضطراری به صورت موفقیت‌آمیزی برطرف شد، این اختیارات هم از بین می‌رود.[4] نظام بین‌المللی حقوق بشر، با شناسایی وضعیت‌های اضطرار عمومی که در آن حیات ملت تهدید می‌شود، به دولت‌ها اجازه تعلیق برخی از قواعد حقوق بشر را داده است. اینکه آیا در جرایم تروریستی «آستانه تهدید حیات ملت به قدری بالا است که بتواند تضمین‌کننده حقوق افراد (منافع فردی) در برابر ادعاهای احتمالی تهدید منافع عمومی باشد»[5] به راحتی قابل پذیرش نیست و باید دقیقاً ارزیابی شود؛ چراکه در عمل، یا آستانه مذکور بسیار پایین آمده یا اینکه از شروط پیش‌بینی‌شده عدول شده است. با این حال در تحکیم استدلال فوق چنین آمده که «بررسی رویه قضایی و عملکرد دولت‌ها در مورد وضعیت اضطراری در مورد مبارزه با تروریسم، نشان می‌دهد که فعالیت‌ها و حملات تروریستی، به طور اصولی نمی‌توانند به وجود آورنده «وضعیت اضطراری که حیات ملت را تهدید می‌کند» باشند، مگر آنکه

1. The Emergency Constitution or The State of Exception
2. Gross, Oren, "Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crisis Always be Constitutional?", The Yale Law Journal, Vol. 11, 2003, p. 1070.
3. Ibid, p. 1039.
4. Ibid, p. 1036.
۵. عبدالهی، محسن، تروریسم، حقوق بشر و حقوق بشردوستانه، چاپ اول، نشر شهر دانش، ۱۳۸۸، ص. ۱۳۴.

فعالیت تروریستی، مانند حادثه ۱۱ سپتامبر، از شدتی بالاتر از یک عملیات انفرادی و پراکنده تروریستی برخوردار بوده، آثار آن به کل یک ملت بازگشته و استمرار آن به حیات سازمان‌دهی‌شده اجتماعی، آسیب بزند».[۱] با نگاه به آرای صادره از سوی دیوان اروپایی حقوق بشر می‌توان به خوبی دریافت که دیوان در اینکه آیا تروریسم از مصادیق اضطرار عمومی است و حیات ملت را تهدید می‌کند یا خیر، آرای تقریباً مشابهی صادر کرده و در آنها امکان تهدید حیات ملت با تروریسم را ممکن دانسته است. به عنوان مثال در پرونده لولس علیه ایرلند در سال ۱۹۶۱[۲]، تروریسم یکی از وضعیت‌هایی شناخته شد که حیات ملت را تهدید کرده و می‌تواند مجوز تعلیق حقوق باشد. این پرونده به دنبال اوج گرفتن فعالیت‌های تروریستی در ایرلند در دهه ۵۰ و تعلیق ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، به منظور تسریع در بازداشت مظنونان به اقدامات تروریستی مطرح شده بود. بر خلاف دولت ایرلند، دولت یونان در سال ۱۹۶۹ نتوانست وجود یک وضعیت اضطراری ناشی از حملات تروریستی را برای تعلیق برخی از حقوق توجیه نماید. با این حال در این پرونده نیز به طور ضمنی پذیرفته شد که حملات تروریستی در شرایطی می‌تواند تهدید علیه حیات ملت محسوب شود. با این حال لرد هافمن[۳] در یکی از پرونده‌های مطروحه در مجلس اعیان[۴] که در آن خواهان‌ها مدعی بودند که تعلیق حقوق آنها غیرقانونی بوده است، اظهار می‌دارد: «من، توان واپس‌گرای تروریستی را برای کشتن و تخریب ناچیز نمی‌شمارم، اما معتقدم آنها حیات ملت را تهدید نمی‌کنند. اگر ما به طور متوازنی بقای خود را در برابر هیتلر حفظ کردیم، تردیدی وجود ندارد که در برابر القاعده نیز باقی خواهیم ماند. مردم اسپانیا با وجود آنکه چیزی که در مادرید رخ داد، جنایتی عظیم بود، آن را تهدیدی برای ملت خود محسوب نکردند. غرور افسانه‌ای، چنین اجازه‌ای را نمی‌دهد. خشونت تروریستی با وجود شدتی که دارد، نهادهای حکومتی ما یا وجود ما را به عنوان یک جامعه مدنی تهدید نمی‌کند.»[۵] به هر حال آنچه حائز اهمیت است اینکه شدت و اهمیت حوادث تروریستی ۱۱ سپتامبر، مبنایی شد برای یک وضعیت اضطراری تهدیدکننده حیات ملت.

به موجب ماده ۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی «در دوران اضطرار عمومی که حیات ملت را تهدید کرده و وجود این وضعیت رسماً اعلام می‌شود، دولت‌های عضو این میثاق می‌توانند دقیقاً به میزانی که وضعیت ایجاب می‌کند، تدابیری برای تعلیق تعهداتی که به موجب این میثاق بر عهده دارند، اتخاذ نمایند.

۱. همان، ص. ۱۳۸.

2. Lawless v. Ireland, 1961.

3. Lord Hoffman

4. A (FC) and others (fc) (appellants) v. Secretary of state for Home Department, 2004.

۵. جهت مطالعه بیشتر، ر.ک. همان، صص. ۱۳۸ ـ ۱۳۴.

مشروط به آنکه این تدابیر با سایر تعهدات آنها که به موجب حقوق بین‌الملل بـر عهـده دارند، مغایر نبوده و به تبعیضی منحصراً بر اساس نژاد، رنـگ، جنسـیت، زبـان و منشـأ مذهبی یا اجتماعی منجر نشود.» کنوانسیون اروپایی حقـوق بشـر نیـز در سـال ۱۹۵۰، یعنی۱۶ سال قبل از میثاق، در ماده ۱۵ خود، مقرره‌ای بسـیار شـبیه مـاده ۴ میثـاق را تصویب نموده است. وضعیت کاملاً مشابهی نیز در ماده ۲۷ کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر به چشم می‌خورد.[۱] پس باید گفت اجماع انسانی، چنین مقرره‌ای را پذیرفته اسـت. البته باید شروط بسیار مهمی هم برای به کار بستن این تدبیر مورد توجه قرار گیرد که عبارتند از ضرورت، تناسب، عدم تبعیض، عدم مغایرت تعلیق با دیگر تعهدات بین‌المللی و موقتی بودن. به نظر می‌رسد کـه راهکـار تعلیـق در نظـام کنـونی موجـود، در مـوارد متعددی مورد استناد قرار گرفته، اما متأسفانه تمـامی شـروط لازم جهـت اجـرای ایـن تدبیر نادیده گرفته شده‌اند. به عنوان مثال دولت ایالات متحده آمریکا، پـس از حمـلات ۱۱ سپتامبر، بدون توجه به ماده ۴ میثاق و ماده ۲۷ کنوانسیون آمریکایی حقوق بشـر، با استناد به بند ۶ ماده ۱ دستور نظامی مورخ ۱۳ نوامبر ۲۰۰۱ جرج دبلیـو بـوش یـک وضعیت اضطراری ملی را اعلام نمود و در پس آن هرگونه اقدامی را لازم دید، انجام داد. گویا این راهکار، برای دور زدن قیود و شروط لازم و مورد تأکیـد در اسـناد بـین‌المللـی برای استفاده از تعلیق بوده است. این در حالی است که «معیارهایی همچـون تناسـب و ضرورت، دولت‌ها را از محدود کردن حقوق افراد از طریق استفاده از تدابیر غیرمتناسـب یا غیرضروری، جهت رسیدن به اهداف مربوط به سیاست عمومی، منع می‌کند.»[۲] شرط ضروری دیگری که نادیده گرفته شده این است که در وضعیت اضطراری، اقـداماتی کـه به کار می‌روند، باید جنبه موقتی داشته و بلافاصله پس از رفـع ایـن وضـعیت، اقـدامات مورد استفاده نیز کنار گذاشته شوند. اما در عمل، به هـیچ‌وجـه چنـین شـرطی رعایـت نشده است. بنا به تعبیری، همان‌گونه که وضعیت عادی قبل از بحران وجود دارد، بعد از پایان وضعیت اضطراری، مجدداً ایجاد می‌شود. تصور اختیارات مربوط به ایـن وضـعیت، تنها مربوط به زمانی است که ادامه دارد. این اختیارات نباید به شـکل فراتـر از آن و در زمان عادی، توسعه یابد.[۳] «با این حال رژیم حاکم بـر وضـعیت اضـطراری، تمایـل دارد خود را دائمی و همیشگی کند، صرف‌نظر از مقاصـد آنهـایی کـه بـه آن رژیـم متوسـل شده‌اند. زمانی که وضعیت اضطراری به وجود آمد، به راحتی پایان‌پذیر نیست».[۴] چنـین واقعیتی به وضوح در جرایم تروریستی و وضـعیت موجـود بعـد از آن، بـه خـوبی قابـل

۱. همان، ص. ۱۳۹.

2. Meyerson, Denise,"Why Courts Should Not Balance Rights against the Public Interests", Melbourne University Law Review, Vol. 31, 2007, p. 878.

3. Gross, Oren, Op. cit, p. 1073.

4. Ibid, p.1073.

مشاهده است. به طور خلاصه، آنچه قبلاً به عنوان استثنا نگریسته می‌شد و در زمان وقوع بحران غیرقابل پیش‌بینی به کار می‌رفت و تقاضایی بود برای تدابیری استثنایی و متناسب، در حال حاضر به یک امر عادی و معمولی بدل شده است. دیک چنی قائم‌مقام رئیس‌جمهور، در سخنرانی خود در ۲۵ اکتبر ۲۰۰۱، اظهار می‌دارد که این وضعیت اضطراری، یک حالت و وضعیت عادی و طبیعی جدید است.[1] منظور از عادی‌سازی وضعیت اضطراری[2] «ایجاد رویه‌ای است که اقدامات ظالمانه و تجاوزکارانه بدون پایان و انتها را تجویز کند».[3] برخی اندیشمندان، به شدت با دیدگاه فوق مخالف بوده و معتقدند که «طرح یک رژیم نهادینه برای وضعیت اضطراری محدود و مقطعی، یک تجارت خدعه‌آمیز است. ما باید سیاستمداران را از استفاده و بهره‌برداری از یک فاجعه لحظه‌ای و گذرا، برای تحمیل محدودیت‌های طولانی مدت بر آزادی، باز بداریم. در صورتی‌که احتیاط‌های مقدماتی لازم اتخاذ نگردد، تدابیر اضطراری حالتی مستمر یافته و به راحتی، فراتر از دوران اضطرار را نیز در بر خواهند گرفت. نباید به دولت‌ها اجازه داد که حتی در دوران اضطراری نیز به راه خودشان پیش بروند.»[4] در میثاق، شرط دیگری نیز پیش‌بینی شده که عبارت است از «پایبندی به تعهدات بین‌المللی». بدون تردید کلمه تعهدات، چنان دامنه شمولی دارد که حقوق متهمان را نیز، در بر می‌گیرد. اما متأسفانه در جرایم تروریستی، بی‌اهمیت‌ترین مسأله، حقوق همین افراد است. بداهت این واقعیت در نظر عموم، چنان است که نیاز به هیچ دلیل و مدرکی ندارد. عدم تبعیض نژادی، مذهبی و غیره نیز از دیگر شروطی است که در رسیدگی به جرایم تروریستی، حلقه مفقوده به حساب می‌آید. به نظر می‌رسد در تعلیق حقوق افراد در جرایم تروریستی، رویکرد کاملاً وارونه بوده و عکس تمامی شرایط فوق عمل شده است. به بیان دیگر آنچه در عمل شاهد آن هستیم، ناقض تمامی قوانین، شرایط و اصول مصوب و مسلم است.

۲ـ۲ـ۲. حق موضوع تعلیق در جرایم تروریستی

برخی از حق‌ها، آنچنان با شأن و کرامت انسانی در هم آمیخته‌اند که در هیچ حال قابل تعلیق نیستند. بند ۲ ماده ۴ میثاق، این حقوق را جزء حقوق غیرقابل‌تعلیق معرفی می‌کند. حق بر حیات، حق بر عدم شکنجه یا مجازات‌ها یا رفتارهای خوارکننده و غیرانسانی، منع برده‌داری، برده‌فروشی و به بردگی کشاندن، منع زندانی کردن به علت ناتوانی در اجرای تعهدات قراردادی، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و اصل عطف به ماسبق نشدن قوانین کیفری، حق شناسایی شخصیت حقوقی افراد و حق بر

1. Lazarus, Liora; and Benjamin Goold, Op. cit, p. 3.
2. Normalization of Emergency Constitution
3. Ackerman, Bruce, Op. cit, p. 1043.
4. Ibid, p.102.

آزادی فکر، وجدان و مذهب. پس منظور از حقوق غیرقابل‌تعلیق ، حقـوقی اسـت کـه در هـر شرایطی پابرجـا بـوده و خدشـه‌ناپذیرنـد. بـه بـاور برخـی «دادرسـی عادلانـه و مصـونیت از دستگیری و بازداشت خودسرانه، در زمره حقوق غیرقابل‌تعلیق نیست. لیکن بـه طـور مسـلم می‌تواند تضمین مؤثری برای حقوق تعلیق‌ناپذیر باشد».[1] «حتی می‌توان گفت بـدون اجـرای دادرسی عادلانه، هرگز نمی‌توان نسـبت بـه رعایـت حقـوق تعلیـق‌ناپـذیر، اطمینـان حاصـل کرد».[2] مفهوم گفته فوق این است که برای عدم تعدی به حقوق غیرقابل‌تعلیق شناخته‌شـده، دادرسی عادلانه لزوماً باید رعایت گردد. ما پا را فراتر نهاده و خواستار آنیم که تمـام آنچـه در دل دادرسی عادلانه قرار می‌گیرد نیز به عنوان حقوق غیرقابل‌تعلیق تلقی گردد. در غیـر ایـن صورت، این فرایند آماج هجمه و سوءاستفاده قرار خواهد گرفت. استدلال مـا نیـز ایـن اسـت که در عمل و در رویه، هیچ یک از شروط تعلیق حقوق، رعایت نمی‌گـردد. در همـین راسـتا شایان ذکر است که سومین پروتکل اختیـاری میثـاق بـین‌المللـی حقـوق مـدنی و سیاسـی مطرح شده و به موجب آن، دسته‌ای از مقررات میثاق که تضمین‌کننـده دادرسـی عادلانـه و جبران موارد نقض حقوق است، در همه وضـعیت‌هـا غیرقابـل‌تعلیـق شـناخته خواهـد شـد. پروتکل فوق، توسط برخی اعضای کمیسیون فرعی ملل متحد راجع به جلوگیری از تبعـیض و حمایت از اقلیت‌ها توصیه شده است. این پروتکل را می‌توان از یک سو دستاوردی جدیـد و منطبق با دادرسی عادلانه به شمار آورد و از سوی دیگـر، مـی‌تـوان آن را مؤیـد تجربـه تلـخ ناشی از سوءاستفاده و عدم رعایت اصول و تضمین‌هـای دادرسـی عادلانـه در وضـعیت‌هـای اضطراری تا زمان فعلی به شمار آورد. نکته مهم دیگر اینکه اگرچه در بنـد ۲ مـاده ۴ میثـاق، هیچ صحبتی از دادرسی عادلانه به میان نیامده‌است. با این حال، بسـیاری از مصـادیقی کـه به عنوان حقوق غیرقابل‌تعلیق بر شمرده شده‌اند، در دل دادرسی عادلانه مطـرح مـی‌گردنـد. شاید بهتـر بـود بـه جـای تخصـیص برخـی مصـادیق دادرسـی عادلانـه بـه عنـوان حقـوق غیرقابل‌تعلیق، نفس دادرسی عادلانه را به عنوان یک حق غیرقابل‌تعلیق مطـرح و سـپس (بـا کمی اغماض)، تنها تعلیق برخی مصادیق کم‌اهمیت‌تر آن را مجاز می‌شمرد. هرچنـد همـین امر نیز می‌تواند دست‌مایه سوءاستفاده قرار گیرد. برخـی معتقدنـد در صـورت تـزاحم حـق و منافع افراد با نفع و مصالح عمومی، علاوه بر امکان محدود نمودن حقوق کم‌اهمیت افـراد، در مواردی محدود و بنابر خواست مشترک افراد یا اکثریت که در قانون اساسی یک کشور نمـود یافته است، می‌توان از حقوق بنیادین بشر نیز به نفع عموم کاست.[3] اما از نظر نگارنده نقطه

۱. فضائلی، مصطفی، منبع پیشین، ص. ۸۳.

۲. همان، ص. ۸۴.

۳. محمودی جانکی، فیروز، مبانی، اصول و شیوه‌های جرم‌انگاری، رساله دکتـری حقـوق جـزا و جـرم‌شناسـی، دانشـکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۲، ص. ۲۸۷.

عطف، همین امر است که اصولاً هیچ چیزی نباید یارای مقابله با حقـوق بنیـادین افـراد را داشته باشد. حقوق بنیادین افراد را باید خط قرمزی دانست که نباید تحت‌الشعاع مـواردی چون امنیت قرار گیرد. حتی استناد به موقتی بودن تحدید حقوق هم نباید مجوزی بـرای ورود به این خط قرمز باشد. اگر هم در قوانین اساسی کشورها تجاوز به حقوق بنیادین بـه صورت استثنایی و محدود پیش‌بینی شده باشد، باید مورد تجدیدنظر قرار گیرد. اسـتدلال ما نیز این است که تعدی به حقوق بنیادین، چوب‌خط دقیق و مشخصی ندارد. همان‌گونـه که شروط تعلیق حقوق در وضعیت اضطراری و در حقوق قابل تعلیق بـه درسـتی رعایـت نمی‌گردد، امکان نادیده گرفتن بسیاری از حقوق اساسی بـه بهانـه‌هـای واهـی نیـز وجـود خواهد داشت. در زیر به برخی از این موارد اشاره می‌شود.

۳. تضییع عملی حقوق متهمان جرایم تروریستی

همان‌گونه که قبلاً اشاره شد، در عمل شـاهد آن هسـتیم کـه بسـیاری از حقـوق متهمان جرایم تروریستی، صرف‌نظـر از دسـته‌بنـدی آنهـا بـه حقـوق قابـل تعلیـق یـا غیرقابل‌تعلیق، نادیده گرفته می‌شوند. به عنوان مثال می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود.

۳ـ۱. تحصیل دلیل از طریق نامشروع

گرچه کشف حقیقت، هدف و منظور اساسی پرونـده کیفـری اسـت و بنـابر اصـل آزادی تحصیل دلیل، قاضی آزاد در تحصیل ادلّه است، ولی در عین‌حـال ایـن حقیقـت نمی‌تواند به هر شیوه و وسیله‌ای ولو نامشروع بـه دسـت آیـد. شـأن و منزلـت دسـتگاه قضایی و احترام به عدالت و حقوق انسانی، مستلزم جلوگیری از بـه کـار بـردن وسـایلی است که ارزش‌های اساسی تمدن بشری و نیل به یک دادرسی منصـفانه را بـه مخـاطره می‌اندازد. بنابراین، اگرچه می‌توان با توسل به انواع و اقسام ادلّه مبادرت به اثبـات جـرم نمود، ولی هر طریق و شیوه‌ای که مبتنی بر معیارهای حقوقی و انسـانی نباشـد، سـبب سلب ارزش اثباتی آن دلیل می‌شود. به این خاطر است که به دنبال قاعده آزادی دلیـل، بحث مشروعیت تحصیل دلیل مطرح مـی‌شـود و هرگونـه دلیـل غیرقـانونی و تحصـیل غیرقانونی دلیل را، محکوم می‌کند.[1]

مشروعیت تحصیل دلیل، باید در توازن با صیانت حقوق فـردی و اعتبـار مجریـان عدالت کیفری و مقام قضا مورد توجه و مداقه قرار گیـرد. امـروزه کشـف جـرم و اثبـات مجرمیت از شیوه‌های مختلفی امکان‌پذیر است، اما در هنگام تحصیل دلیل، عملاً اصول صحت و صداقت در کسب ادلّه، نادیده انگاشته مـی‌شـود و شخصـیت انسـانی و حـق و

۱. تدین، عباس، تحصیل دلیل در آیین دادرسی کیفری، نشر میزان، ۱۳۸۸، ص. ۱۶.

عدالت، غالباً در معرض تهدید و تجاوز قرار مـی‌گیـرد. لازمـه پاسـداری از حقـوق فـردی، احترام به تمامیت جسمانی و نیز محترم شمردن امور شخصی و زنـدگی افـراد اسـت و در عین‌حال، شأن دادگستری و اعتبار مجریان عدالت کیفری ایجاب می‌کنـد کـه زمـانی کـه سخن از نهادهای قضایی است، نقشی از اطمینان خاطر و اعتماد در ذهن‌ها منعکس شـود. مجموعه فرایند کیفری که هدف آن مبارزه با بزهکاری است، خود باید از هرگونه عملکـرد بزهکارانه و حتی هرگونه رفتاری که تنزل کرامت و مقام دستگاه عدالت و نهاد دادگسـتری را درپی دارد، مصون و محفوظ بماند. پس شیوه تحصیل ادلّه معتبر و واجد ارزش اثبـاتی، که در عین پاسداری از حقوق اشخاص جامعه، اعتبار مجریان عدالت کیفری و مقام قضا را حفظ نماید، از اهمیت زیادی برخوردار است. عدم احتـرام بـه تمامیـت جسـمانی افـراد و نقض حریم خصوصی زندگی آنها، یا برانگیختن فرد به ارتکـاب جـرم و توسـل بـه مکـر و خدعه در تحصیل دلیل امری مذموم و ناپسند تلقی مـی‌گـردد و چنانچـه ادلّـه پیشـین و فرایند دادرسی را تحت تأثیر قرار نداده و آنهـا را از درجـه اعتبـار سـاقط نسـازد، حـداقل فی‌نفسه می‌تواند فاقد ارزش قانونی به حساب آید و از عداد ادلّه معتبر خارج شود.[1]

تمایل به ایجاد جامعه‌ای امنیت‌محور که حفظ و بقـای اجتمـاع در آن بـه مراتـب مهم‌تر و برتر از حقوق افراد و شهروندان است، در عمل باعث شـده اسـت کـه سیسـتم قضایی با نادیده انگاشتن برخی از اصول بنیـادین و اساسـی جامعـه حقـوقی، صـرفاً بـه نتیجه و هدف توجه داشته و بر این مبنا، وسیله و شیوه تحصیل را توجیه نماید و حتـی ادلّه نامشروع تحصیلی را پذیرفته و بر مبنـای آن اتخـاذ تصـمیم نمایـد. مراجـع عـالی قضایی دادگستری ایران نیز با درکی درست از جایگاه خود، شیوه‌های نامشروع تحصیل دلیل را ناقض حقوق دفاعی متهم دانسته و در پاره‌ای موارد، رأی صادره بر مبنـای ایـن ادلّه را، درخور تأیید ندانسته‌اند.[2] اگرچه در برهه‌ای از زمان، بـه زعـم برخـی، بیشـترین قلمروی که در آن موضوع تحصیل دلیل به طرق نامتعارف مورد توجه قرار گرفته است، جرایم سازمان‌یافته و به‌ویژه قاچاق مواد مخدر بوده است.[3] اما امروزه به جرأت می‌تـوان مدعی بود که بیشترین تعرض و هجمه به حوزه تحصیل دلیل، بـه جـرایم تروریسـتی و متهمان این جرایم بـاز مـی‌گـردد. مطالعـه نحـوه برخـورد بـا متهمـان ایـن جـرایم در

۱. همان، ص. ۶۹.

۲. برای نمونه، نگاه کنید به: دادنامه شماره ۱۱۶۶ صادره از شعبه ۱۹ دادگاه تجدیدنظر تهران در نقـض دادنامـه شماره ۱۳۱۰ و ۱۳۱۱ مورّخ ۸۳/۷/۱۸ صادره از دادگاه عمومی جزایی تهران، مبنی بر تماس و ارتباط تلفنی مأموران انتظامی با یک زن و پیشنهاد انجام عمل قبیح به او و راضی کردن او و ورود به محل بـرای ارتکـاب فحشا و کشف جرم محسوب نمودن این قبیل اقدامات! جهت مطالعه بیشـتر، ر. ک: دهقـانی، علـی، رویکـرد امنیت‌گرا به نظام دادرسی کیفری؛ مبانی، جلوه‌ها و چگونگی تعدیل آن بـا تأکیـد بـر حقـوق ایـران، رسـاله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، پردیس قم، بهار ۱۳۹۰، صص. ۷۵ ـ ۷۴.

۳. همان، ص. ۸۲.

پرونده‌های مطروحه و مشاهده آنچه از زندان‌های گوآنتانامو و سایر برخوردها با متهمان به جرایم تروریستی که تنها بخش کوچکی از آن در رسانه‌ها پخش می‌شود، مؤید این ادعاست. در ادامه برخی از این موارد بررسی خواهد شد.

۳ـ۲. اماره مجرمیت جایگزین اصل برائت

یکی از موارد تحول حقوق کیفری در تعامل با اسناد بین‌المللی، جابجایی اصل برائت با اماره مجرمیت در دسته خاصی از جرایم است. احراز مجرمیت بزهکاران سازمان‌یافته و یا کشف و شناسایی کلیه اعضای سازمان‌های جنایی که اغلب شاخه‌های فراملی نیز دارند، برای مقامات قضایی کاری بسیار دشوار است و در هر حال مستلزم صرف وقت و هزینه‌های زیاد است. حقوق بین‌الملل و تحت تأثیر آن قانون‌گذاران داخلی، با رعایت اصول دادرسی عادلانه[1]، به جای اصل برائت، اماره مجرمیت را مثلاً در جرم تطهیر سرمایه‌ها و درآمدهای نامشروع پذیرفته‌اند و بدین‌سان، بار اثبات دلیل را جابجا کرده‌اند. «مظنون‌محوری را می‌توان بدترین چهره قوانین ضدتروریسم دانست و این ویژگی، یادآور دوران اثبات بزه از گذر شانس و گمان است. یافتن شانسی تروریست‌ها، عاقبتی جز دو دسته کردن شهروندان به خودی و غیرخودی و سرکوب بیگانگان ندارد.»[2] به قدری دامنه اماره مجرمیت گسترده شده که یک پلیس و ضابط قضایی نیز خود را مجاز به اعمال آن می‌داند. او نیز بنابر تشخیص خود، به صورت فشرده، سریع و کاملاً کم‌هزینه، تمامی فرایند کیفری را گذرانده، در همان‌جا رأی صادر نموده و در نهایت، در همان لحظه رأی اصداری را به اجرا نیز می‌گذارد. چنین رویکردی به مذاق مقامات نیز خوش آمده و چه‌بسا به جای محکومیت این عمل ناپسند، مرتکب را مشمول توجه و عنایات ویژه نیز قرار دهند. از نظر مقامات، یک رسیدگی سریع، قاطع و بدون هزینه نسبت به رفتاری احتمالاً مجرمانه صورت گرفته که ممکن بوده امنیت جامعه را بر هم بزند. به عنوان مثال، در یکی از پرونده‌ها، گِروِیز مک‌کر که در ۱۱ نوامبر سال ۱۹۸۲، در حال رانندگی در جاده تولیگالی بود، به همراه دو تن دیگر به ضرب گلوله پلیس کشته شدند. پلیس به گمان اینکه ماشین در حال

۱. نگارنده با این قید نویسنده مخالف است، چراکه جابجایی اصل برائت با اماره مجرمیت، اصل برابری سلاح‌ها که خود از مهم‌ترین معیارهای رعایت دادرسی عادلانه است را زیر سئوال برده است. البته اگر این جابجایی با رعایت موازین حقوقی و حقوق متهم همراه بود، شاید قابل قبول بود؛ ولی در عمل شاهد آن هستیم که با این تدبیر، همه چیز به ضرر متهم تمام شده است.

۲. توازن میان امنیت و آزادی‌های فردی در مقابله با جرایم تروریستی، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۷، ص. ۲۲۶؛ عالی‌پور، حسن، «امنیت ملی و حقوق متهم؛ مطالعه تطبیقی آیین دادرسی در قبال اقدامات تروریستی»، عدالت و امنیت ملی (مجموعه مقالات)، چاپ اول، نشر پژوهشکده راهبردی، ۱۳۹۳، ص. ۱۱۸.

جابجایی دو تن از متهمان به ارتکاب جرایم تروریستی است، به سوی ماشین آنها آتش گشود و هر سه سرنشین را از پای درآورد. بعد از تفتیش اجساد معلوم شد که هیچ یک از مقتولان سلاح به همراه نداشته‌اند و پلیس اشتباه کرده است.[1] در سال ۱۹۸۸ مک کنن به همراه دو عضو دیگر ارتش جمهوری‌خواه ایرلند، در یک عملیات بمب‌گذاری علیه یکی از واحدهای نظامی انگلستان که برای یک مراسم گرد هم آمده بودند، شرکت کرد. عملیات قبل از انجام لو رفت و نیروی پلیس جبل‌الطارق به همراه نیروهای نظامی، برای دستگیری بمب‌گذاران وارد عمل شدند. سرانجام طی چندین مرتبه تیراندازی، هر سه آنها کشته شدند. ضاربین ادعا کردند که آنها به دلیل ترس از منفجر کردن بمب کنترل از راه دور توسط تروریست‌ها، به سوی آنها شلیک کرده‌اند. اما پس از حادثه، هیچ سلاح یا تجهیزات کنترل از راه دوری یافت نشد.[2]

قانون پیشگیری از تروریسم ۲۰۰۵ انگلستان به وزیر کشور این امکان را می‌دهد که به صرف ظن به درگیر بودن فرد در اقدامات تروریستی، تدابیر محدودکننده شدیدی را در مورد وی اعمال کند.[3] همچنین قوانین ضدتروریسم انگلستان، به‌ویژه قانون تروریسم ۲۰۰۶ گرایش به جابجا کردن بار اثبات دلیل دارند. طرفداران این رویکرد معتقدند که باید بار اثبات بی‌گناهی متّهم بر عهده او باشد، چراکه اولاً تعقیب، تحقیق و گردآوری ادلّه درباره تروریست‌ها بسیار دشوار است. ثانیاً خطرآفرین و مشکل‌ساز است و ثالثاً تروریست‌ها دارای اطلاعات زیادی از همدستان خود و سایر گروه‌های تروریستی و حامیان آنها هستند که با حاکمیت اصل برائت، امیدی به کسبِ این اطلاعات وجود ندارد. اما اگر بار اثبات بر عهده متهم قرار گیرد، می‌توان اطلاعات زیادی از تروریست‌ها به دست آورد. به هر حال، این راهکار از یک سو باعث ایجاد تکاپو در اذهان گشته و به بوته نقد گذاشته شد و از سوی دیگر، موجد اختلافاتی بسیار عمیق و شگرف در عرصه تحصیل دلیل شد.[4]

۳ـ۳. اعمال شکنجه

از ابتدای سال ۲۰۰۴، سالی که با افشاگری در مورد زندانیان ابوغُرَیب مصادف است، طنین آهنگ تغییر می‌کند. دیگر همانند سال ۲۰۰۱ بحث از مبارزه با تروریسم با تمام وسیله‌ها نیست، بلکه به این امر نیز توجه می‌شود که اقدام‌های به‌کاررفته باید با حقوق

۱. عبدالهی، محسن، منبع پیشین، صص. ۲۳۰ ـ ۲۲۹.
۲. همان، صص. ۲۳۳ ـ ۲۳۲.
۳. عالی‌پور، حسن، «امنیت ملی و حقوق متهم؛ مطالعه تطبیقی آیین دادرسی در قبال اقدامات تروریستی»، منبع پیشین، ص. ۱۲۴.
۴. قدیری بهرام‌آبادی، رشید، تحولات تحصیل دلیل در جرم پولشویی با رویکرد به اسناد بین‌المللی، قوانین و مقررات ایران و انگلیس، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹، ص. ۱۳۵.

بین‌المللی، به‌ویژه با حقوق بین‌المللی حقوق بشر که نخستین بار به صورت صریح در قطعنامه ۱۹ سپتامبر ۲۰۰۵ بدان استناد می‌شود، سازگاری داشته باشد.[۱] قوانین ضدتروریسم، به روشنی شکنجه متهم به جرم تروریستی را روا ندانسته‌اند، ولی متهمی که در بازداشت است، از شکنجه بی‌بهره نیست، به ویژه در جایی که این شیوه برای شناساندن همکاران متهم و پیشگیری از حادثه تروریستی در آینده باشد.[۲] شاید دلیل اصلی عدم تجویز تجویز قانونی شکنجه برای این دست از متهمان، تأکید میثاق‌ها و کنوانسیون‌های بین‌المللی و منطقه‌ای بر ممنوعیت شکنجه به عنوان یک حق غیرقابل‌تعلیق (حتی در حالت ضرورت یا وضعیت اضطراری) برای متهمان است هرچند این امر نیز در عمل، تأثیر چندانی بر تجویز و به‌کارگیری شکنجه نسبت به متهمان جرایم تروریستی نداشته است. یکی از مواردی که در این زمینه می‌توان اشاره کرد، پرونده بن‌عمار بن‌عطا می‌باشد که روز ۵ سپتامبر ۲۰۱۱ برابر با ۱۵ شهریور ۱۳۸۰، با مدارک جعلی از آمریکا به کانادا رفت. به همین سبب نیز توسط مأموران مرزی این کشور بازداشت شد. اما روز ۱۲همان ماه مصادف با ۱۲ شهریور ۱۳۸۰، بدون اینکه روحش از حوادث ۱۱ سپتامبر در آمریکا خبردار باشد، توسط کانادایی‌ها به مأموران آمریکایی تحویل داده شد. در حالی‌که هدف بن‌عطا تقاضای پناهندگی از دولت کانادا بود، اما مسلمانی و آشنایی وی با فنون هوایی سبب گردید که مورد این سوءظن قرار بگیرد که با حوادث روز پیشین مرتبط باشد. مأموران امنیتی فدرال وی را در فرودگاه دستگیر و به بازداشتگاه گوانتانامو در خارج از خاک آمریکا منتقل نموده و تحت آزارهای جسمی شامل گرسنه نگه داشتن، قرار گرفتن ۲۴ ساعته در معرض نور شدید برق و کتک خوردن به طوری که یکی از دندان‌هایش را در حین شکنجه از دست داده بود، قرار گرفت. بی‌خوابی دادن، روش دیگر آزار رسانی به وی بود به طوری که هرگاه خوابش می‌گرفت، او را برای بازجویی صدا می‌زدند. در عین حال اجازه نداشت برای استراحت در زیر نور شدید، دست و بازویش را روی چشمانش قرار دهد.[۳]

۳ـ۴. بازداشت‌های خودسرانه و نامعین

در بخش ۴۱۲ قانون میهن‌پرستی، در گام نخست به اصلاح قانون مهاجرت و تابعیت آمریکا پرداخته شده و از رهگذر آن، مظنون به اقدام تروریستی، یک شخص بیگانه است و در گام دوم، بازداشت مظنون بیگانه، دارای مدت نیست و در گام سوم نیز این بازداشت،

۱. دلماس مارتی، میری، «پارادایم جنگ علیه جرم، مشروع ساختن امری غیرانسانی»، ترجمه روح‌الدین کرد علیوند، در: نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین (زیرنظر)، تازه‌های علوم جنایی، کتاب اول، چاپ اول، نشر میزان، بهار ۱۳۸۸، ص. ۱۰۲۸.

۲. عالی‌پور، حسن، «امنیت ملی و حقوق متهم؛ مطالعه تطبیقی آیین دادرسی در قبال اقدامات تروریستی»، منبع پیشین، ص. ۱۱۸.

۳. جوانمرد، بهروز، تسامحِ صفر؛ سیاست کیفری سخت‌گیرانه در جرایم خُرد، نشر میزان، ۱۳۸۸، صص. ۱۴۱ ـ ۱۴۰.

فقط به مظنونان اقدامات تروریستی بار نمی‌شود، بلکه دربردارنده همه بیگانگانی است که به نوعی با عملیات تروریستی پیوند دارند و چه‌بسا خود، مرتکب بزه تروریستی نشده باشند. در آمریکا اکثر بازداشت‌شدگان که به طور نامحدودی در پایگاه نظامیِ گوانتانامو در خلیج کوبا تحت بازداشت هستند، افرادی می‌باشند که در چارچوب جنگ علیه تروریسم و به عنوان رزمنده نامشروع یا فاقد امتیاز رزمندگی، در اسارت به سر می‌برند.[۱]

بر اساس قانون ضدتروریسم، جرم و امنیت ۲۰۰۱[۲] انگلیس می‌توان هر فرد خارجی را که مظنون به شرکت در یک فعالیت تروریستی باشد، بدون صدور اتهام علیه او در زندان نگهداری کرد. چنین مظنونانی در حال حاضر در زندان بلمارش[۳] نگهداری می‌شوند. بنا به گزارش بازرس ارشد زندان‌ها، قوانین حاکم بر این زندان به مراتب شدیدتر از سایر زندان‌هاست. به عنوان نمونه بر اساس این گزارش، تنها ۱۵ درصد از زندانیان روزانه بیش از ۶ ساعت خارج از سلول خود بوده‌اند، حال آنکه این میزان در سایر زندان‌ها ۴۰ درصد است. به علاوه عدم دسترسی به تلفن زندانیان در این زندان دو برابر تعداد صورت گرفته در دیگر زندان‌هاست. نمونه بارز این برخوردهای شدید در پرونده لطفی رئیسی، تبعه الجزایر قابل مشاهده است. رئیسی، اولین فردی بود که پس از واقعه ۱۱ سپتامبر دستگیر و ۵ ماه در زندان مذکور نگهداری شد. پلیس انگلستان وی را متهم به آموزش فن پرواز به هواپیماربایان نموده بود، اما هیچ‌گونه دلیلی برای اثبات ادعای خود ارائه نکرد و در نتیجه قاضی در سال ۲۰۰۲ از تحویل رئیسی به آمریکا خودداری نمود. رئیسی پس از آزادی ادعا نمود که زمانی که وی در زندان بوده است، مورد ضرب و جرح و آزار جسمانی قرار گرفته است و به علاوه پس از آزادی نمی‌تواند با هیچ‌یک از خطوط هوایی مسافرت کند.[۴] همچنین براساس قانون فوق، وزیر کشور اجازه بازداشت بدون مدت مظنون تروریستی را داشت.[۵] اختیار بازداشت نامحدود که در قانون مذکور آمده است، مغایر با کنوانسیون اروپایی حقوق بشر اعلام و مردود شناخته شد. با این وجود دولت اعلام کرده که قواعد اخیر باید تا زمانی که قانون مورد تجدیدنظر قرار گیرد، همچنان لازم‌الاجرا باقی بماند.[۶] دولت بریتانیا یازده تن از مسلمانان مقیم انگلستان را به استناد ماده ۱۱ قانون ضدتروریسم، جرم و امنیت

۱. عبدالهی، محسن، منبع پیشین، ص. ۲۱۸.

2. Anti Terrorism, Crime and Security Act, 2001

3. Belmarsh

۴. مهرا، نسرین، «مسلمانان در سیستم عدالت کیفری انگلستان»، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، شماره چهارم، پائیز سال ۱۳۸۶، صص. ۶۷ ـ ۶۶.

۵. عالی‌پور، حسن، «امنیت ملی و حقوق متهم؛ مطالعه تطبیقی آیین دادرسی در قبال اقدامات تروریستی»، ۱۳۹۳، ص. ۱۱۷.

۶. هیأت پژوهشگران کاوندیش، نظام حقوقی انگلستان، ترجمه نسرین مهرا، چاپ اول، نشر میزان، بهار ۱۳۸۷، صص. ۱۴۹ ـ ۱۴۸.

۲۰۰۱، از دسامبر همان سال تا سال۲۰۰۴ مورد بازداشت قرار داد. افـراد مـذکور اتبـاع دولت‌هایی بودند که اخراج آنها به دولت متبوعشان، آنها را درمعرض نقـض‌هـای شـدید حقوق بشری قرار می‌داد. از این رو دولت انگلستان با استناد به قانون مـذکور و بـه ایـن بهانه که قادر به اخراج افراد موردنظر نبوده و حضور آنها در انگلستان نیز مغـایر امنیـت ملی آن کشور است، آنها را به طور نامحدودی مورد بازداشت قرار داد. در نهایت مجلس اعیان پس از رسیدگی در ۱۶ دسامبر ۲۰۰۴ بـا اکثریـت قابـل توجـه هشـت بـه یـک، بازداشت نامحدود را حتی برای اهداف ضدتروریستی مورد نکوهش قـرار داده و محکـوم نمود. از نظر آنها چنین بازداشتی، تنها برای مدتی که به طور معقول برای رونـد اخـراج ضروری است، قابل پذیرش می‌باشد و مجوز قانونی برای بازداشت دراز مدت یا نامحدود خارجیان که دولت مایل به اخراج آنهاست، وجود ندارد.[۱] شدیدترین انتقـاد بـه حـوادث ۱۱ سپتامبر، بازداشت خودسرانه و طولانی‌مدت متهمـان اقـدامات تروریسـتی بـود کـه برخی از آنها، بدون تفهیم اتهـام و دسترسـی بـه وکیـل، بازداشـت شـدند. عمـده ایـن بازداشت‌شدگان غیرآمریکایی بودند، گرچه در میان آنها برخـی از اتبـاع آمریکـایی نیـز مشاهده می‌شدند.[۲] در پرونده بن‌عمار بن‌عطا، که مـتهم بـه دسـت داشـتن در حـوادث یازده سپتامبر بود، با وجود اینکه اداره تحقیقات فدرال آمریکا، اف بی آی، دو مـاه پـس از زندانی شدن وی بر بی‌گناهی‌اش صحه گذاشته بود، با این حال نزدیک به پنج سال او را همچنان در زندان نگه داشتند. به علاوه قاضی رسـیدگی‌کننـده بـه پرونـده بـن‌عطـا، اظهار داشته بود که به وی توصیه شده بوده که بهتر است ایـن افـراد را در زنـدان نگـه دارد.[۳] روی‌هم‌رفته «بازداشت نامحدود چه در مقـام مبـارزه بـا تروریسـم و چـه در هـر وضعیت اضطراری دیگر، فاقد جایگاه حقوقی در عرصه حقوق بشر است، بـه نحـوی کـه به‌سختی می‌توان سند یا رویه قابل اعتنایی از تجویز این نوع بازداشت پیدا کرد.»[۴]

۳ـ۵. عدم قابلیت اعتراض به احکام

نقض حق تجدیدنظرخواهی در پرتو مبارزه با تروریسم در ایالات متحده آمریکا به طور رسمی در حال اجرا است. ذیل بند ۲ بند (ب) مـاده ۷ دسـتور نظـامی ۱۳ نـوامبر ۲۰۰۱، مرجع نهایی برای بازنگری در احکام صـادره توسـط کمیسـیون‌هـای نظـامی را رییس‌جمهور یا وزیر دفاع معرفی کرده است. همچنین ذیل بند ۳ بنـد (ب) مـاده ۴۱۲ قانون میهن‌پرستی، حق تجدیدنظرخواهی متهمان به ارتکاب جرایم تروریستی را بسـیار

۱. عبدالهی، محسن، منبع پیشین، صص. ۲۱۷ ـ ۲۱۶.
۲ . به نقل از: کارگری، نوروز، «تروریسم و حقوق بشر»، دوماهنامه تعـالی حقـوق، شـماره ۱۵، بهمـن و اسـفند ۱۳۹۰، ص. ۲۷.
۳. جوانمرد، بهروز، منبع پیشین، ص. ۱۴۱.
۴ . عبدالهی، محسن، منبع پیشین، ص. ۲۱۹.

محدود کرده و آن را به دادگاه تجدیدنظر بخش کلمبیا سپرده است و هیچ‌گونه حق تجدیدنظری برای دیگر محاکم وجود ندارد. اگرچه در دورانی در آمریکا وضعیت پیچیده‌ای در اثر کشمکش میان قوه مجریه و قوه قضاییه آن کشور در جریان بود و حکومت آن کشور مدعی جنگ با ترور و در نتیجه خواهان اعمال حقوق بشردوستانه بود. اما رفته‌رفته تجارب تلخ مؤثر افتاد و بالاترین مرجع قضایی این کشور یعنی دیوان عالی این کشور حق اعتراض به بازداشت مظنونان را به رسمیت شناخت. در کشور آمریکا، در تاریخ یازدهم ژانویه سال۲۰۰۲، نخستین گروه از مظنونان به ارتکاب اعمال تروریستی، به زندان گوانتانامو منتقل شدند. در پرونده پادیلا علیه رامسفلد[1]، دولت یکی از شهروندان خود با نام خوزه پادیلا را نه به دلیل اینکه مرتکب عمل مجرمانه‌ای شده، بلکه به خاطر اینکه نقشه یک بمب‌گذاری رادیواکتیوی را در سر داشته، بازداشت کرده بود. به گفته دونالد رامسفلد وزیر دفاع وقت، منفعت ما در این پرونده مجازات و اجرای حکم به دلیل تروریست‌بودن او یا همکاری وی با تروریست‌ها نیست. منفعت ما در این مقطع، دستیابی به هر چیزی است که او می‌داند، به گونه‌ای که بتوانیم در آینده اقدامات تروریستی دیگر را، خنثی کنیم.[2] دیوان آمریکا اگرچه در این پرونده به دلیل ایراد شکلی وارد بر «درخواست قانونی‌بودن بازداشت» وارد ماهیت نشد، در پرونده حمدی علیه رامسفلد[3] در همان سال، مستقیماً تایید کرد که بخش عمده‌ای از آنچه با پادیلا شده بود، موجه بوده است. او بدان دلیل که «دشمن» بود و نه یک «شهروند مجرم»، اجازه ملاقات با وکیل را نداشت و حتی نمی‌توانست عنوانی را که بدان خوانده می‌شد- دشمن محارب- و قانونی بودن بازداشت خود را از نظر قانونی زیر سئوال ببرد.[4] تا ژوئن سال ۲۰۰۴ یعنی زمان صدور رأی دیوان عالی آمریکا در پرونده رسول علیه بوش[5]، متهمان از حق اعتراض به بازداشت خود محروم بودند. اما دیوان عالی آمریکا در این پرونده، حق اعتراض به قرار بازداشت مظنونان تحت بازداشت را به رسمیت شناخت.[6] دیوان آمریکا در پرونده رسول علیه بوش حق بررسی و تجدیدنظر نسبت به قانونی بودن بازداشت را به شهروندان غیرآمریکایی زندان در گوانتانامو نیز سرایت داد و استدلال دادگاه‌های تالی مبنی بر اینکه نه گوانتانامو قلمرو آمریکاست و نه این زندانیان آمریکایی‌اند تا محاکم آمریکا صلاحیت دخالت داشته باشند را باطل دانست. گرچه در

1. Padilla v. Rumsfeld (2004)

۲. صدر توحیدخانه، محمد، حقوق در چنبره دشمن، از سیاست آمریکایی جنگ با ترور تا نظریه آلمانی حقوق کیفری دشمنان، در: نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین (زیرنظر)، تازه‌های علوم جنایی، کتاب اول، چاپ اول، نشر میزان، بهار ۱۳۸۸، ص. ۴۶۸.

3. Hamdi v. Rumsfeld (2004)

۴. همان، صص. ۴۶۹ ـ ۴۶۸.

5. Rasul v. Bush (2004)

۶. دهقانی، علی، منبع پیشین، ص. ۱۸۰.

معاهده اجاره این خلیج میان آمریکا و کوبا در سال۱۹۰۳، قرار بر این بود که حاکمیت کوبا بر این خلیج باقی بماند، ولی در عمل آمریکا حق حاکمیت کوبا بر این سرزمین را نقض کرده و کنترل کامل آن را در دست گرفته است.[1] بر اساس رأی رسول علیه بوش، مقرر شد که حق بررسی قانونی بودن بازداشت باید در مورد غیرآمریکایی‌هایی که نه در قلمرو آمریکا، بلکه به مناطق تحت کنترل طولانی، دائمی و انحصاری آمریکا مانند خلیج گوانتانامو در بازداشت به‌سر می‌برند نیز سرایت یابد.[2]

در انگلستان، قانون جرم، امنیت و تروریسم ۲۰۰۱، حق اعتراض به بازداشت را از متهمان سلب نمود. دادگاه اروپایی حقوق بشر در پی شکایت عبدالله اوجالان از دولت ترکیه[3]، این کشور را به دلیل نقض بند ۴ ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر محکوم کرد. در این پرونده، دولت ترکیه به نقض حق متهم در بررسی سریع قانونی بودن بازداشت وی متهم شده بود. حکم مجلس اعیان در سال ۲۰۰۴ درمورد اعتراض یازده نفر مسلمان بازداشت‌شده نسبت به بازداشت نامحدود خارجیان مقیم آن کشور حکایت از آن دارد که نظام حقوقی انگلستان، حق بر بازبینی قضایی قانونی بودن بازداشت مظنونان به فعالیت‌های تروریستی را، حتی در عالی‌ترین مرجع رسیدگی قضایی آن کشور یعنی مجلس اعیان، که در این موارد به عنوان مرجع بازنگری از تصمیمات دادگاه‌های تجدیدنظر عمل می‌کند، مورد پذیرش قرار داده است. به نظر می‌رسد که هر دو کشور کمی که پیش رفتند، به نادرستی تصمیمات خود در این زمینه اعتراف نموده و به رویه سابق بازگشتند.

۱. همان، ص. ۴۷۰.
۲. همان، ص. ۴۷۱.

3. Ocalan v. Turkey

نتیجه‌گیری

جدال میان حق و مصلحت، پایان‌ناپذیر است و هرگز نمی‌توان نقطه پایانی برای آن در نظر گرفت. به همین نحو، مقوله تعادل میان امنیت و حقوق افراد نیز امری است پویا، نسبی و متغیر، که بسته به شدت و ضعف یک واقعه یا حادثه، که افراد و جامعه را تحت تأثیر قرار می‌دهد، دائماً در حال نوسان است. اما مشکل زمانی بروز می‌کند که متصدی انجام تغییر جهت ایجاد تعادل، یعنی حکومت‌ها و دولت‌ها به عنوان نمایندگان جامعه، رعایت امانت نمی‌کنند. هرچند طرح مسأله تعادل، کاملاً ضروری و لازم بوده و نفس آن به هیچ‌وجه قابل انکار نیست، اما بنا به دلایلی از جمله سیاسی کردن آن، مورد سوءاستفاده و تفسیر به رأی قرار گرفته است. سرکوب افراد و نادیده گرفتن حقوق آنها به نام امنیت، خواه به بهانه تأمین مقاصد مقامات حکومتی باشد و خواه بنا به بهانه تأمین سعادت اکثریت افراد، امری مذموم، نکوهیده و غیراخلاقی است. متعلق امر تعادل، باید همه افراد جامعه باشند، نه عده‌ای محدود با ظاهر یا گونه‌ای تکلم خاص. نباید میان افراد جامعه قائل به تبعیض شد و با برهم زدن تعادل میان طیف یا گروه خاصی از اقشار جامعه، اوضاع را متشنج نمود و به بر هم خوردن تعادل دامن زد. نباید انگیزه‌های سیاسی را وارد بحث تعادل نمود. نهایت اینکه تنها باید مصالح جامعه را به عنوان یک کل، در نظر گرفته و بنا به آن مصالح، حقوق همه افراد را محدود یا تعلیق نمود. البته به شرطی که جامعه هم به آن دسته از حقوق افراد که به عنوان حقوق غیرقابل‌تعلیق شناسایی و به رسمیت شناخته شده‌اند (مانند حق بر حیات، حق بر عدم شکنجه یا مجازات‌ها یا رفتارهای خوارکننده و غیرانسانی، منع برده‌داری، برده‌فروشی و به بردگی کشاندن، حق شناسایی شخصیت حقوقی افراد و حق بر آزادی فکر، وجدان و مذهب) احترام گذاشته و آنها را نادیده نگیرد. به عنوان یک راهکار اساسی، پیشنهاد می‌گردد که فرایند «دادرسی عادلانه» و تمام آنچه در درون آن مطرح شده است و مورد بحث قرار می‌گیرد، جزء حقوق غیرقابل تعلیق افراد در نظر گرفته شود که تحت هیچ شرایطی حتی در وضعیت اضطراری هم قابل تعلیق نباشد. شاید بهتر بود که در بند ۲ ماده ۴ میثاق، دادرسی عادلانه و درون‌مایه آن، به عنوان حقوق غیرقابل‌تعلیق در نظر گرفته می‌شد. خیر و مصلحت جامعه نیز چیزی جز این نیست. این استنتاج، حاصل بررسی موردی و تک به تک پرونده‌هایی است که پس از حادثه یازده سپتامبر مطرح و پس از گذشت چند سال تضییع حقوق متهمان جرایم تروریستی (از سال ۲۰۰۱ تا سال ۲۰۰۷)، مورد رسیدگی قرار گرفتند که مفصلاً بدان‌ها اشاره شد. این پرونده‌ها نشان می‌دهند که در بدو امر، در مقام سخت‌گیری بر مظنونان جرایم تروریستی، بسیاری از حقوق مربوط به دادرسی عادلانه نادیده انگاشته می‌شدند، اما

پس از چند تجربه تلخ، برخی از این حقوق (از جمله قابلیت اعتراض به احکـام صـادره) بازگردانده شدند. از آثار عدم رعایت دادرسـی عادلانـه مـی‌تـوان بـه بهـره‌بـرداری‌هـا و غرض‌ورزی‌های سیاسی اشاره کرد که به موجب آن، امکان دارد مجرم، رها و آزاد باشـد و بی‌گناه، در بند و زندان. این امر، دقیقاً یکی از مواردی است که باعث می‌شود که امنیت از جامعه رخت بر بندد، نه اینکه امنیت را به ارمغان آورد. نکته دیگر اینکه تأمین امنیـت و تضمین حقوق افراد، در عرض هم بوده و هیچ منافات و تعارضی با هم ندارند. اگر جامعـه-ای واقعاً به دنبال خیر و صلاح است، باید این دو را همزمان و در عرض هـم فـراهم نمایـد. رویکردی غیر از این صادقانه نیست و زمینه را برای دست‌اندازی و تجاوز بـه حقـوق افـراد فراهم می‌سازد. بدون تردید گسترش امنیت، مستلزم توسعه حقوق افـراد اسـت و ایـن دو لازم و ملزوم یکدیگرند. نمی‌توان یکی را فدای دیگری نمود. واقعیت دیگر اینکه حتی اگـر بنا به شدت و اهمیت جرایم تروریسـتی، آنهـا را از مـوارد وضـعیت اضـطراری تلقـی و در نتیجه مستلزم تعلیق برخی از حقوق متهمان بدانیم، هیچ یک از شروط لازم بـرای تعلیـق حقوق در جرایم تروریستی رعایت نشده است. این امر به وفور و در عمل به اثبات رسـیده است. بنابراین، برخورد مقامات سیاسی و قضایی در لوا و لباس قانون و بنا بـه برخـورداری از سِمَت و مقام، نباید به مراتب قبیح‌تر از تروریست‌ها باشـد. جایگـاه و موقعیـت فـرد، بـه هیچ‌وجه توجیه‌کننده رفتار نادرست او نخواهد بود. نباید ناکـامی در سـرکوب تروریسـم و ناامنی را، با بر هم زدن نظم عمومی به دست آمده از طریق قـوانین مسـلم و بـه رسـمیت شناخته‌شده، که جوامع بشری بر مبنای آنها شکل گرفته است، جبران نمود.

منابع

- بکاریا، سزار، رساله جرایم و مجازات‌ها، ترجمه محمدعلی اردبیلی، چاپ ششم، نشر میزان، ۱۳۸۹.
- پی‌فلچر، جورج، مفاهیم بنیادین حقوق کیفری، ترجمه سیدمهدی سیدزاده، چاپ اول، نشر دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۴.
- تدین، عباس، تحصیل دلیل در آیین دادرسی کیفری، نشر میزان، ۱۳۸۸.
- جوانمرد، بهروز، تسامحِ صفر؛ سیاست کیفری سخت‌گیرانه در جرایم خُرد، نشر میزان، ۱۳۸۸.
- دلماس مارتی، میری، «پارادایم جنگ علیه جرم، مشروع ساختن امری غیرانسانی»، ترجمه روح‌الدین کردعلیوند، در: نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین (زیرنظر)، تازه‌های علوم جنایی، کتاب اول، چاپ اول، نشر میزان، بهار ۱۳۸۸.
- دهقانی، علی، رویکرد امنیت‌گرا به نظام دادرسی کیفری؛ مبانی، جلوه‌ها و چگونگی تعدیل آن با تأکید بر حقوق ایران، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، پردیس قم، بهار ۱۳۹۰.
- رحیمی‌نژاد، اسماعیل، کرامت انسانی در حقوق کیفری، نشر میزان، ۱۳۸۷.
- صدر توحیدخانه، محمد، حقوق در چنبره دشمن، از سیاست آمریکایی جنگ با ترور تا نظریه آلمانی حقوق کیفری دشمنان، در: نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین (زیرنظر)، تازه‌های علوم جنایی، کتاب اول، چاپ اول، نشر میزان، بهار ۱۳۸۸.
- عالی‌پور، حسن، «امنیت ملی و حقوق متهم؛ مطالعه تطبیقی آیین دادرسی در قبال اقدامات تروریستی»، عدالت و امنیت ملی (مجموعه مقالات)، چاپ اول، نشر پژوهشکده راهبردی، ۱۳۹۳.
- ـــــــــــ ، توازن میان امنیت و آزادی‌های فردی در مقابله با جرایم تروریستی، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۷.
- عبدالهی، محسن، تروریسم، حقوق بشر و حقوق بشردوستانه، چاپ اول، نشر شهر دانش، ۱۳۸۸.
- فضائلی، مصطفی، دادرسی عادلانه، محاکمات کیفری بین‌المللی، چاپ دوم، نشر شهر دانش، تابستان ۱۳۸۹.
- قدیری بهرام‌آبادی، رشید، تحولات تحصیل دلیل در جرم پولشویی با رویکرد به اسناد بین‌المللی، قوانین و مقررات ایران و انگلیس، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹.
- قربانی، علی، دادرسی منصفانه در رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر، چاپ اول، نشر حقوق امروز، ۱۳۹۰.

- کارگری، نوروز، «تروریسم و حقوق بشر»، دوماهنامه تعالی حقوق، شماره ۱۵، بهمن و اسفند ۱۳۹۰.
- کانت، ایمانوئل، فلسفه حقوق، ترجمه منوچهر صانعی دره‌بیدی، چاپ سوم، نشر نقش و نگار، ۱۳۸۸.
- ماری، فیلیپ، «کیفر و مدیریت خطرها؛ به سوی عدالتی محاسبه‌گر در اروپا»، ترجمه حسن کاشفی اسماعیل‌زاده، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۸ و ۴۹، پائیز و زمستان ۱۳۸۳.
- محمودی جانکی، فیروز، مبانی، اصول و شیوه‌های جرم‌انگاری، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۲.
- مهرا، نسرین، «مسلمانان در سیستم عدالت کیفری انگلستان»، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، شماره چهارم، پائیز سال ۱۳۸۶.
- هیأت پژوهشگران کاوندیش، نظام حقوقی انگلستان، ترجمه نسرین مهرا، چاپ اول، نشر میزان، بهار ۱۳۸۷.

- Ackerman, Bruce, "The Emergency Constitution", Yale Law Journal, Vol. 113, 2004.
- Cole, David; and James X Dempsey, Terrorism and the Constitution, Second Edition, New York, The New Press, 2002.
- Dyzenhaus, David, Civil Rights and Security, First Edition, Ashgate Press, 2008.
- Gross, Oren, "Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crisis Always be Constitutional?", The Yale Law Journal, Vol.11, 2003.
- Lazarus, Liora; and Benjamin Gool, "Security and Human Rights: The Search for a Language of Reconciliation", in: Lazarus, Liora; and Benjamin Goold (eds), Security and Human Rights, Oxford, Hart Publishing, 2007.
- Meyerson, Denise,"Why Courts Should Not Balance Rights against the Public Interests", Melbourne University Law Review, Vol. 31, 2007.
- Posner, Eric; and Adrian Vermeule, Terror in the Balance: Security, Liberty and the Courts, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Smidth, Christofer, "Balancing Test: Time for a New Due Process Test", Southwestern Law Review, Vol. 38, 2008.

- Waldron, Jeremy, "Secutity and Liberty: The Image of Balance", The Journal of Political Philosophy, Vol.1, Number 2, 2003.
- Waldron, Jeremy, Torture, Terror and Tradeoffs, Oxford University Press, 2010.
- White, Jonathan, Terrorism and Homeland Security, Fifth Edition, Thomson Press, 2006.
- Zedner, Lucia, "Securing Liberty in The Face of Terror: Reflections from Criminal Justice", Jornal of Law and Society, Vol. 32, 2005.

شناسه دیجیتال (DOI): 10.22106/jlj.2017.26779

تقدم حق ولایی قهری مادر نسبت به جد پدری بر مبنای مصالح روز

سام محمدی*
حسین کاویار**
اعظم ابراهیمی***

چکیده

یکی از اهداف قوانین دادرسی کیفری، حمایت از حقوق و آزادی‌های فردی است. از در عصر جدید با سست شدن بنیاد نظام خانواده گسترده و پدرسالار و رواج روزافزون خانواده هسته‌ای، درباره ولایت قهریِ مندرج در قانون مدنی اشکالات و سئوالاتی پدید آمده است که مقتضیات عصر حاضر پاسخ‌گویی دقیق به آنها را ایجاب می‌کند. مواد ۱۱۸۰ و ۱۱۸۱ قانون مدنی به تبعیت از نظر مشهور امامیه، تنها پدر و جدّ پدری را ولیّ قهری طفل می‌شناسد و هیچ صحبتی از مادر نمی‌کند. قانون‌گذار در سال ۱۳۵۳ به این اشکال پی برد و در ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده نوعی ولایت قانونی برای مادر وضع کرد. لیکن این مقرره دیر زمانی نپایید و پس از نسخ این قانون، پدربزرگ، مجدد همپای فرزندش، ولیّ قهری نوه‌اش شد. قانون حمایت خانواده (مصوب ۱۳۹۱) برای اعطای حقّ ولایت قهری به مادر گام تازه‌ای برداشته است. از این رو بر آن شدیم با پاسخ به سئوالات زیر به اثبات فرضیه خود بپردازیم: آیا سِمَت ولایت قهری بر مادر قابلِ جعل است؟ آیا این سِمَت در فرض برخورد با حقّ ولایی جدّ پدری می‌تواند تقدم داشته باشد؟ فرضیه ما در این پژوهش این است که مادر پس از پدر بر فرزندان صغارِ خود حقّ ولایت دارد و این ولایت بر ولایت

* عضو هیأت علمی گروه حقوق خصوصی دانشگاه مازندران Sammhmd@yahoo.com
** عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه اراک (نویسنده مسئول) Hosseinkaviar@gmail.com
*** عضو هیأت علمی دانشگاه پیام نور Aebrahimi56@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۹۳/۱۱/۱۴ تاریخ پذیرش: ۹۴/۱۲/۲۵

جد پدری ارجح است. در تمام مواردی که پدر، ولایت قهری بر صغیر دارد، مادر هـم ولایـت دارد. این ولایت در طول ولایت پدر و مقدم بر ولایت جد می‌باشد.

کلیدواژه‌ها: ولایت، مادر، پدر، جد پدری، تقدم.

مقدمه

مقتضیات عصر ما ایجاب می‌کند که بسیاری از مسائل مجدداً مورد ارزیابی قرار گیرد و به ارزیابی‌های گذشته بسنده نشود.[1] در مورد اینکه ولایت و سرپرستی صِغار از آن پدر است هیچ تردیدی وجود ندارد. اما اگر پدر فاقد اهلیت لازم برای ولایت شود، آیا این ولایت به مادر نیز منتقل می‌شود یا اشخاص دیگری جانشین پدر می‌شوند؟ قانون مدنی به تبعیت از نظر مشهور فقه، برای طفل صغیر یا سفیه یا مجنون (در صورتی‌که سِفَه یا جنون او متصّل به صِغَر باشد) نوعی نمایندگیِ اجتناب‌ناپذیر مقرر کرده است. این نمایندگی که با نام «ولایت قهری» در ماده ۱۱۸۰ ق.م. نام برده شده است، در درجه اول به پدر و جدّ پدری تعلق دارد. این ولایت از آن رو قهری است که توسط شارع برای آن دو جعل شده است و مانند سایر ولایت‌ها (ولایت ارادی وصیّ و ولایت قضایی قیّم) در قلمرو حاکمیت اراده نیست. لذا ولیّ قهری حق استعفا از سمتش را ندارد. در قانون مدنی و فقه امامیه نامی از مادر به عنوان ولیّ برده نشده است. مشهور در فقه بر این عقیده است که حقّ ولایت پس از پدر، متعلق به جدّ پدری و جدّ جدّ و هرچه بالا رَوَد، است و اگر جدّ پدری زنده نباشد، به حکم ماده ۱۲۱۸ ق.م. برای محجور قیّم نصب می‌شود و ولایت به مادر نمی‌رسد. در این رابطه، ماده ۱۱۸۱ ق.م. مقرر می‌دارد: «هریک از پدر و جدّ پدری نسبت به اولاد خود ولایت دارند». حکم فوق اجماعی بین فقهای امامیه است.[2] گرچه در بین فقهای امامیّه تنها ابن‌جنید (سده ۴ هجری قمری) پس از پدر و جدّ پدری برای مادر اگر رشید باشد، ولایت قائل است،[3] ولی فقها این نظر را نپسندیده‌اند و شهید اول این نظر اسکافی را شاذّ می‌داند.[4] علاوه بر ابن‌جنید، فقیهی به نامِ ابوسعید اصطخری (سده ۴ هجری قمری) معتقد است که مادر از لحاظ ولایت بر مال، بعد از پدر و جدّ پدری و مقدّم بر وصیّ است و علت حکم خود را «زیادت شفقت مادر» بیان کرده است.[5] از میان فقهای معاصر نیز آیت‌الله صانعی در پاسخ به استفتایی در تاریخ ۱۳۸۴/۴/۱۴ چنین مرقوم داشتند که «در تمام مواردی که

۱. مطهری، مرتضی، نظام حقوق زن در اسلام، چاپ شصت‌وششم، تهران، صدرا، ۱۳۹۲، ص. ۱۱.

۲. ادعای اجماع به نقل از: نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد بیست‌وششم، چاپ سوم، قم، دارالکتب الاسلامیه، بی‌تا، ص. ۱۰۱.

۳. ابن جنید اسکافی، محمد بن احمد کاتب بغدادی، مجموعه فتاوی ابن جنید، تصحیح و تعلیق علی‌پناه اشتهاردی، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ ق، ص. ۲۵۲.

۴. شهید اوّل، شمس‌الدّین محمد بن مکّی العاملی، الدروس، چاپ اول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۴ ق، ص. ۳۲۳.

۵. علامه حلی، جمال الدّین الحسن، تذکره الفقهاء، جلد دوم، بی‌جا، منشورات مکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، بی‌تا ، ص. ۸۰.

پدر، ولایت قهری به اعتبار صغیر بودن و قاصر بودن فرزند دارد مادر هم ولایت دارد».[1] ایشان همچنین رساله‌ای دارند تحت عنوان «قیمومت مادر» که در آنجا نیز به طرفداری از نظریه ولیّ قهری‌بودن مادر پرداخت.

با اینکه در اکثر طبقات اجتماعی، پدربزرگ از شمار اعضای خانواده حذف شده است، ولی قانون هنوز وی را همپای پدر، ولیّ قهری می‌داند. این ایده که میراثِ دورانِ پدرسالاری بود با مقتضیات امروز خانواده‌ها منطبق نیست. لذا این سئوال مطرح می‌شود که مادر که ارتباط جسمی، عاطفی و معنوی او با طفل بیش از هرکس دیگری است، چرا نتواند صلاح و فساد طفل خود را تشخیص دهد؟ در خانواده‌های امروزین که شکل خانواده‌ها از عشیره‌ای به خانواده‌های کوچک هسته‌ای بدل شده، آیا علقه و ارتباطی که بین مادر و صغیر است، کمتر از علقه‌ای است که بین جدّ پدری و صغیر است؟

۱. قرن بیست‌ویکم: گذار از خانواده گسترده به سمت خانواده هسته‌ای

در گذشته شکل خانواده به صورت خانواده گسترده بود. خانواده گسترده بر اساس مناسبات خونیِ تعداد بی‌شماری از افراد از جمله والدین، فرزندان، پدربزرگ‌ها و مادربزرگ‌ها، عمه‌ها، عموها، خاله‌ها را شامل می‌شد. به این خانواده گاهی خانواده هم‌خون هم اطلاق می‌شود. در مقابلِ خانواده گسترده، خانواده هسته‌ای قرار دارد. خانواده هسته‌ای عبارت است از واحد خانوادگی بنیانی که شامل شوهر، زن و فرزندان است. نمونه خانواده‌های هسته‌ای را می‌توان در اغلب کشورهای صنعتی و جوامع شهرنشینی پیشرفته ملاحظه کرد.[2] خانواده هسته‌ای اساساً بنیان جوامع صنعتی کنونی را تشکیل داده و در ارتباط با گسترش شهرنشینی و توسعه صنعت در شهرها شکل گرفته است. تفاوت‌هایی چند خانواده هسته‌ای را از سایر انواع خانواده متمایز می‌سازد که اهمّ آنها عبارتند از تفاوت در ابعاد و تفاوت در کارکرد. در ارتباط با ابعاد، خانواده هسته‌ای در مقایسه با انواع خانواده گسترده دارای ابعاد کوچک‌تری است و متشکل از زن و شوهر و فرزندان ازدواج نکرده می‌باشد. تحوّل خانواده از گسترده به هسته‌ای و شکل جدید آن با صنعتی‌شدن اروپای غربی آغاز شد. سنت‌های دیرپا رو به زوال رفت و بر اساس حقوق اجتماعی تازه، که نتیجه انقلاب‌های فکری قرن جدید بود، شکل‌های جدیدی از خانواده پدید آمد.[3] دگرگونی خانواده ایرانی در قرن اخیر آرام و کُند اما

۱. صانعی، یوسف، استفتائات قضایی، جلد دوّم، چاپ سوّم (اوّل ناشر)، قم، انتشارات پرتو خورشید، ۱۳۸۸، ص. ۵۸۹.

۲. کوئن، بروس، مبانی جامعه‌شناسی، ترجمه و اقتباس غلامعباس توسلی و رضا فاضل، چاپ چهاردهم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۲، صص. ۱۷۵ ـ ۱۷۴.

۳. بهنام، جمشید، ساخت‌های خانواده و خویشاوندی در ایران، چاپ اول، تهران، انتشارات خوارزمی، ۱۳۵۰، ص. ۴.

مستمر و قاطع بوده است. زمانی دراز، شکلی از خانواده در ایـن سـرزمین وجـود داشـت کـه جامعه‌شناسان آن را به اصطلاح کلی خانواده گسترده وصف کرده‌اند. خانواده‌ای بود بر اسـاس شرایع و سنت‌های ایرانی و مذهب. این خانواده بر اساس پـدرتباری و اولویـت جـنس مـذکر استوار بود و سازمان مرتبی داشت که زیر نظر پدر اداره می‌شد. خانواده واحد تولید و مصـرف بود. منزلت اجتمـاعیِ زن نـاچیز بـود و بـه فرزنـد آوردن و انجـام کارهـای خـانگی و گـاهی کشاورزی و نساجی محدود می‌شد. فرزندان، نام و نشان از پـدر مـی‌بردنـد و سـرایِ خـانواده نسل‌های مختلف را در خود جای می‌داد و پاسدار سنت‌ها بود. مقررات ازدواج و طـلاق و ارث و نگهداری فرزندان بر اساس فقه اسلامی استوار بود و روابط افراد خانواده بر سلسـله مراتبـی مبتنی بود که همه قبول داشتند. برخورد با تمدن صنعتی غـرب و نتـایج آن، کـه عبـارت از تغییرات ساخت اقتصادی جامعه، رواج شهرنشینی و دخالت دولـت باشـد، موجـب تغییـرات عمده در این شکل از خانواده و خصوصاً شکل شهری آن شده است. نفـوذ تمـدن غـرب کـه گاهی صورت تقلید بدون قید و شرط به خود می‌گیرد، بیش از همـه در روابـط زن و مـرد و فرزندان به چشم می‌خورد و زن به عنوان همدم و همکار مرد پذیرفته شده است.

نتایج یک تحقیق نشان می‌دهد که خانواده در عصر جهانی‌شدن دچار دگرگـونی‌هـایی در ساختار خواهد شد. مردم شکل‌های جدیدی از روابـط خـانوادگی را تجربـه خواهنـد کرد. ساخت قدرت در خانواده تغییر می‌کند و ساختار پدرسالاری در معرض تهدید قرار می‌گیرد. موقعیت در حال تحول زنان در موازنه قـدرت بـا مـردان و نظـام مردسـالار از مهم‌ترین دگرگونی‌هایی است که در عصر جهانی‌شدن در سـاختار نهـاد خـانواده تـأثیر گذاشته است. با جهانی‌شدن، مساوات‌طلبی در روابط دو جنس در همـه جوامـع فزونـی یافته است. این پدیده به افزایش حقوق و قدرت زنان در حوزه‌های عمومی و خصوصـی زندگی منجر شده است.[1] حقوق نمی‌تواند از این تغییر بنیادینی که در سطح جامعه رخ داده است، پا پس بکشد و بی‌تفاوت باشد. «حقوق از علوم اجتماعی است. هـدف حقـوق جستجوی قواعدی است که بر اشخاص از این جهت که عضو جامعه‌اند حکومت کنـد».[2] لذا راهی نیست جز اینکه حقوق تحولات جامعه را رصد کند و از پسِ این رصـد، قواعـد حقوقی منطبق بر تحولات را وضع و یا احیاناً قواعد پیشین را تجدیدنظر کند.

۲. تحریر محلّ نزاع

به درازای نظر مشهور در فقه جعفـری، جـدّ پـدری همپـای پـدر، شـریک وی در ولایت بر طفل است. لیکن این نظر با واقعیـات امـروز خـانواده‌هـای هسـته‌ای منطبـق

۱. عنایت، حلیمه؛ و مجید موحد، «زنان و تحولات ساختاری خانواده در عصر جهانی‌شدن»، پژوهش زنـان، دوره دوم، شماره دوم، تابستان ۱۳۸۳، صص. ۱۶۶ ـ ۱۵۳.

۲. کاتوزیان، امیرناصر، مقدمه علم حقوق، چاپ بیست‌ودوّم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۵، ص. ۷۶.

نمی‌باشد. در عرفِ امروز، جدّ پدری به خود این اجازه را نمی‌دهد که با وجود پدر یا مادر در امور طفل، دخل و تصرّف کند. به خانواده هسته‌ای خود بنگرید: آیا سیطره جدّ پدری بیشتر است یا سیطره پدر و مادر؟ با این اوصاف دو سئوال پیشِ روی ماست که نیازمند تحلیل با توجه به مقتضیات روز و نیازهای خانواده هسته‌ای است:

سوال نخست: آیا سِمَت ولایت قهری بر مادر قابلِ جعل است؟

سوال دوم: آیا این سِمَت در فرض برخورد با حقّ ولایی جدّ پدری می‌تواند تقدم داشته باشد یا خیر؟

در راستای پاسخ به سئوالات فوق و اثبات فرضیه مقاله در ابتدا برآن هستیم که با ادله نقلی و عقلی به اثبات حقّ ولایت قهری برای مادر بپردازیم و بعد از اثبات این حق، در بحث بعدی، موضوع تقدم این حق را در فرض برخورد با حقّ ولایی جدّ پدری مورد بررسی قرار دهیم.

۳. اثبات حقّ ولایی قهری مادر

فرضیه ما مبنی بر اثبات حق ولایت قهری بر مادر برخلاف نظر مشهور فقهای متقدّم و غالب متأخرین قرار می‌گیرد.

صاحب عناوین در عنوان ۷۳ چنین می‌گوید:

«از استقراء در فقه و مسائل فقهی چنین مستنبط است که فقط پدر و جدّ پدری نسبت به جان و مال مولّی‌علیه، ولایت دارند ... مادر هیچ ولایتی بر جان و مال فرزند ندارد هر چقدر که بالاتر برود و این ولایت در هیچ زمینه‌ای برقرار نمی‌باشد. همچنین برادر نسبت به جان و مال برادر یا خواهر در هیچ زمینه‌ای ولایت ندارد.»[۱]

امام خمینی (ره) نیز در تحریر الوسیله چنین گوید:

«مسأله ۵ ـ ولایت تصرف در مال طفل و ملاحظه مصالح و شؤون او با پدر و جدّ پدری است و با نبود آنها، قیّمِ یکی از آنها چنین ولایتی دارد. و قیّم کسی است که یکی از پدر و جدّ وصیت کند که ناظر در امور طفل باشد و با نبود قیّم، ولایت او با حاکم شرع است و اما مادر و جدّ مادری و برادر تا چه رسد به سایر نزدیکان، ولایتی بر او ندارند. البته در صورت نبود حاکم شرع، ولایت او برای مؤمنین است که بنابر احتیاط (واجب) باید دارای صفت عدالت باشند.»[۲]

مشابه این عبارات در کتب و کلمات فقها فراوان و به وفور یافت می‌شود. شهیر فقهای امامیه معتقدند که ولایت قهری، حقی است تنها بر عهده پدر و جد پدری و بعد

۱. حسینی مراغی، میرعبدالفتاح، العناوین الفقهیه، جلد دوم، چاپ اول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ ق، ص. ۵۵۷.

۲. موسوی خمینی، روح‌الله، تحریرالوسیله، چاپ اول، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، بی‌تا، ص. ۱۳.

از آنها و در صورت نبود وصیّ منصوب از جانب ایشان، ولایت به حکومت می‌رسد. بدین صورت، منصب ولایت قهری هرگز بی‌والی نخواهد بود.

به زعم دیدگاه مشهور در فقه امامیه، دلایل ذیل برای اثبات حقّ ولایی قهری مادر می‌تواند دلالت داشته باشند:

۳ـ۱. آیات

از عمومیت و اطلاق آیات زیر می‌توان حقّ ولایت قهری را بر مادر طفل یتیمش اثبات کرد:

- «وَ لا تَقْرَبُوا مالَ الْيَتيمِ إِلاَّ بِالَّتي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَ أَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كانَ مَسْؤُلاً» (اسراء، آیه ۳۴).

ترجمه: و به مال یتیم نزدیک نشوید، مگر به شیوه‌ای که نیکوست تا او به حدّ رشد خود برسد، و به پیمانتان وفا کنید. همانا پیمان مورد سئوال خواهد بود.[۱]

- «وَ لا تَقْرَبُوا مالَ الْيَتيمِ إِلاَّ بِالَّتي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ» (انعام، آیه ۱۵۲).

ترجمه: و به مال یتیم جز به شیوه‌ای که بهتر است، نزدیک نشوید تا به حدّ بلوغ برسد.

هیچ‌یک از مفسّران، آیات فوق را منحصر به شخص خاصی نکرده‌اند. تصرّف احسن (الَّتي هِيَ أَحْسَنُ) با اختلاف زمان و مکان و مناسبت‌ها، مختلف می‌شود. گاه تصرّف در یک مرحله حَسَن است و در مرحله دیگر احسن از آن است و علت آن، اختلاف مصالح و مفاسدِ عارض بر آن است. این آیات شامل تصرفات پدر نمی‌شود؛ در غیر این صورت، توصیف موضوع قضیه به وصف یتیم لغو خواهد شد چون که یتیم آن کسی را می‌گویند که پدرش در حال کودکی فوت شده باشد.[۲] لذا از اطلاق این آیات می‌توان در اثبات فرضیه استفاده کرد. عمومیت این دو آیه شامل مُحسنین و به طریق اولی مادران نیز می‌شود. چه شخصی محسن‌تر از مادر به طفلِ یتیمش و چه شخصی بهتر از او خیر و صلاح فرزندش را تشخیص می‌دهد؟ بی‌تردید، احسانی که مادر به فرزند خود روا می‌دارد، هیچ شخص دیگری را یارای مشابه آن احسان نیست. ظاهر استثنایی که در آیه آمده است، بیانگر این مطلب است که نزدیکی به اموال یتیم، هرگاه نیکو باشد، جایز است[۳] و ولایت مادر بی‌تردید جزء تصرفات نیکوست. آیه قرآن شخص خاصی را مورد خطاب قرار نداده است بلکه ظاهر آن خطاب به عموم است. یکی از حقوق‌دانان معتقد است که:

۱. ترجمهٔ آیات قرآن بر اساس ترجمهٔ علامه مشکینی است.
۲. جرجانی، امیر ابوالفتح، تفسیر شاهی، چاپ اول، تهران، انتشارات نوید، ۱۴۰۴ ق، ص. ۲۱۶.
۳. حسینی مراغی، میرعبدالفتاح، منبع پیشین، ص. ۵۸۰.

«به نظر می‌رسد در متونی که متولّی امـور ایتـام، عُـدول [و مُحسِـن] از مـؤمنین تعیین شده‌اند، دلیلی بر استثنای زنان از عمومات نداریم».[1]

۳ـ۲. عموماتِ ولایتِ عدولِ مسلمین

عموماتی که برای اثبات ولایت عدول مومنین مورد استدلال قرار گرفته اسـت، همگـی از مصادیق قاعده احسان هستند و هر احسانی به حکم عقل جایز اسـت.[2] در قاعـده احسـان فرقی بین افراد وجود ندارد همان‌گونه که پدر را شامل می‌شود مادر را نیـز در بـر مـی‌گیـرد. مؤلف کتاب عناوین در عنوان ۷۵ و همچنین مؤلـف مکاسـب برخـی از ایـن عمومـات در کتاب و سنّت را جمع‌آوری کرده‌اند.[3] در ذیل به برخی از آنها اشاره می‌شود:

- «وتعاونوا علی البر و التقوی» (مائده، آیه ۲).
- «إِنَّ اللَّـهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ» (نحل، آیه ۹۰).
- «وَلِكُلٍّ وِجْهَةٌ هُوَ مُوَلِّيهَا فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ» (بقره، آیه ۱۴۸).
- روایتی وجود دارد که مربوط به وصیت است و درباره شخصـی مـی‌باشـد کـه فوت می‌کند و کسی را به عنوان وصیّ تعیین نمی‌کند. امام (ع) در این روایت می‌فرماید: «اگر فردی مطمئن این کار را انجـام دهـد ایـرادی نـدارد».[4] پـس وقتی اعمال ولایت در وصیت جایز باشد در سایر موارد همچون ولایت قهـری برای مادر عادل نیز جایز است.

مؤلف عناوین معتقد است که:

«اجماع فقها بر آن است که ولایت مؤمنان عادل بر دیگـران را جـایز مـی‌داننـد و هیچ کس با آن مخالفتی نکرده است. همان‌گونه که جستجو در آرای فقها، اجماع ایشان را نشان می‌دهد».[5]

اجماع فقها نیز بر این قرار گرفته است که ولایت مؤمنان عادل بر دیگران جـایز اسـت. حتی مؤلف عناوین معتقد است جواز ولایت مؤمنان بـه معنـای وجـوب آن اسـت؛ زیـرا اگـر اجرای ولایت برای مؤمنانِ عادل واجب نباشد، مستلزم عسر و حرج در نظـام جامعـه و امـور مردم خواهد شد.[6] در مورد ولایت قهری بر طفل، چه کسـی عـادل‌تـر و شایسـته‌تـر از مـادر

۱. روشن، محمد، حقوق خانواده، تهران، چاپ اول، انتشارات جنگل جاودانه، ۱۳۹، ص. ۳۴۶.
۲. حسینی مراغی، میرعبدالفتاح، منبع پیشین.
۳. انصاری، مرتضی، المکاسب، جلد سوم، چاپ اول، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۸ ق، ص. ۵۶۳.
۴. کلینی رازی، ابی جعفر محمد، الفروع مـن الکـافی، جلـد اول و پـنجم و هفـتم، چـاپ سـوم، قـم، دارالکتـب الاسلامیه، ۱۳۶۷، ص. ۶۷.
۵. حسینی مراغی، میرعبدالفتاح، منبع پیشین، ص. ۵۸۱.
۶. همان.

وجود دارد؟ ماحصلِ دلایل منقول از کتاب و سنّت این است که اَعمال مـادر در اِعمـال حـقّ ولایی خود بر طفل صغیرش بی‌تردید جزء «برّ» و «تقوی» و «احسان» و «خیرات» است.[1]

۳ـ۳. بنای خردمندان

در عصر جدید با سست شدن بنیاد نظام خانواده گسترده پدرسالار و رواج روزافـزون خانواده هسته‌ای، در باب ولایت قهری مندرج در قانون مدنی اشکالاتی پدید آمـده اسـت، زیرا جدّ پدری چه بسا با نوه خود در یک خانه و زیر یک سقف زندگی نمی‌کند و به انـدازه پدر یا مادر به سرنوشت او علاقمند نیست تا بتواند با پدر در امور اداره محجور برابری کنـد و یا بعد از پدر ولایت منحصراً به او تعلق داشته باشد. وانگهی، با بـالارفتن سـطح دانـش و رشد فکری بانوان چه‌بسا بعد از پدر، مصلحت طفل در آن باشد که سرپرستی و اداره امـور شخصی و مالی او به مادر واگذار گردد نه به جدّ پدری، بـه ویـژه اینکـه مـادر، دلسـوزتر و فداکارتر از هر شخص دیگری نسبت به فرزند خود است.[2] یکی از حقوق‌دانان معتقد اسـت که ولایت جدّ پدری در زمان حیات و سلامت پدر تقریباً در زمـره احکـام متـروک اسـت. ولایت پدربزرگ بیشتر جنبه نظری دارد و از نظر اجتماعی و اخلاقی، پدربزرگ در خانواده فرزند خویش و اداره اموال نواده‌ها دخالت حقوقی نمی‌کند و بـه نصـایح و راهنمـایی‌هـای پدرانه قناعت می‌ورزد. از سوی دیگر، ولایت اشتراکی چنـد تـن بـر کـودک ممکـن اسـت مفسده‌هایی به بار آورد. بر فرض حسن نیت و لیاقت اولیاء قهری، اخـتلاف سـلایق باعـث می‌شود که منافع مادّی و معنوی کودک به خطر افتد: پدر مایـل اسـت خانـه فرزنـدش را بفروشد و پدربزرگ اجاره آن را ترجیح می‌دهـد. پـدر سـعی دارد کـودک را بـه فراگیـری موسیقی تشویق کند و پدربزرگ موسیقی را حرام می‌داند. قانون‌گـذار در سـال ۱۳۵۳ در قانون حمایت خانواده به این دشواری‌ها که گاه باعث کدورت‌هـایی بـین اعضـای خـانواده می‌شد واقف بود و به همین دلیل، چندی با حذف ولایت جدّ پدری در زمان حیـات پـدر، ترتیبی داد که هیچ‌گاه بیش از یک نفر ولایت و نمایندگی طفل را بر عهده نداشـته باشـند (ماده ۱۵). پس از نسخ برخی مواد قانون حمایت خانواده و احیای دوباره ولایت پـدربزرگ، عرفِ جامعه، خود به درمان این نقیصه پرداخت. از اختیـارات جـدّ پـدری در حضـور پـدر کاست چندان که در عمل می‌توان گفت تا زمانی‌که پـدر زنـده اسـت، بـه تنهـایی ولایـت فرزند را بر عهده دارد.[3] حتی برخی فقها فلسفه جعل ولایت بر پدر و عدم جعل ولایـت بـر مادر را با تردید نگریستند و معتقدند که ولیّ، عـلاوه بـر داشـتن قـوه درایـت، بایـد حـسّ

۱. صانعی، یوسف، قیمومت مادر، چاپ سوّم، قم، انتشارات میثم تمّار، ۱۳۸۵، ص. ۲۲.
۲. صفایی، حسین؛ و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، چاپ بیستم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹، ص. ۳۶۴.
۳. کاتوزیان، امیرناصر، دوره حقـوق مـدنی: خـانواده، جلـد دوم، چـاپ اول، تهـران، شـرکت سـهامی انتشـار، بـا تجدیدنظر کامل و اضافات، ۱۳۸۹، ص. ۱۹۳.

عاطفه و علاقه به مولّی‌علیه نیز داشته باشد. آیت‌الله شبیری زنجانی در بحث تعارض ولایت مادر و عمو یا برادر گوید:

«هرچند نوعِ مردها متعارفاً بهتر از بانوان مصالح و مفاسد امور اجتماعی را تشخیص می‌دهند، ولی معلوم نیست که فلسفه ولایت داشتن ولیّ فقط مسأله درایت او باشد و شاید در این حکم عواطف و علاقه شدیدی که برای حفظ مولّی‌علیه در ولیّ هست نیز مورد توجه قرار گرفته باشد و از این جهت مادر بر عمو و برادر اولویت دارد. یعنی نوعاً از جهت درایت، عمو و برادر اولویت دارند و از جهت عواطف مادر، و مناط ولایت از نظر شارع چیست؟ روشن نیست و عقلاء نیز در صورت نبودن پدر، مادر را قیّم فرزند قرار می‌دهند نه عمو یا برادر را».[1]

مطالعات نشان می‌دهد که امروزه قوه درایت و تدبیر اقتصادی زنان نسبت به مردان بیشتر است.[2] از طرف دیگر، حسّ عاطفه یک مادر قابل قیاس با هیچ موجودی نیست؛ چون زن مظهر عاطفه است. پس اگر از نظر تدبیر، برنامه‌ریزی، قدرت و عاطفه مرد از زن ضعیف‌تر باشد یا در عمل، زن مخارج و امور فرزند را بر عهده دارد، چرا زن نباید حقّ ولایی بر فرزند خود داشته باشد؟

۳ـ۴. تأثیر زمان و مکان در تغییر حکم به اعتبار تغییر موضوع

شکّی نیست که زمان یا مکانی که فقیه در آن به استنباط حکمی می‌پردازد در تعیین و تشخیص موضوع، اثر دارد و مثلاً سبب می‌شود که فقیه به این نتیجه برسد که بازی با شطرنج حرام نیست، زیرا در این ظرفِ زمانی یا مکانی جزء مصادیق قمار که موضوع دقیق حکم حرمت است، قرار نمی‌گیرد. شرایط زمانی و مکانی ممکن است سبب شود که فقیه با نگاه تازه‌ای به نصوص شرعیّه بنگرد.[3] شرایط زمانی و مکانی ممکن است حتی موجب تغییر حکم شود. مقصود از این تغییر، جدای از تغییر موضوع نیست که حلال محمد (ص) تا روز قیامت حلال است و حرام محمد (ص) تا روز قیامت حرام. بلکه هر تغییر و دگرگونی در حکم با تغییر و دگرگون‌شدن موضوع صورت می پذیرد. روشن است که هر حکمی بر پایه موضوع آن استوار است و با آن نسبتی، همانند نسبت معلول به علّت، یا نسبت معروض به عَرَض دارد. به هر روی، لازمه این وابستگیِ حکم و موضوع، آن است که اگر موضوع تغییر یابد، حکم نیز پیرو آن عوض

۱. شُبَیری زنجانی، موسی، کتاب نکاح، جلد یازدهم، چاپ اول، قم، مؤسسه پژوهشی رأی‌پرداز، ۱۴۱۹ ق، ص. ۳۸۱۱.
۲. فروزان، ستاره، «زنان سرپرست خانوار: فرصت‌ها و چالش‌ها»، پژوهش زنان، دوره یکم، شماره پنجم، بهار ۱۳۸۲، ص. ۵۴.
۳. مکارم شیرازی، ناصر، دایره‌المعارف فقه مقارن، چاپ اول، قم، انتشارات مدرسه امام علی (ع)، ۱۴۲۷ ق، ص. ۲۷۰.

می‌شود. از این زاویه روشن است که زمان و مکان می‌تواند در دگرگون شدن موضوع‌های بیرونی، اثر و دخالت داشته باشد.

فاضل مقداد ضمن تصریح به تغییرات و تأثیرات زمان و مکان می‌نویسد:

«یجوز تغییر الأحکام بتغیّر العادات».[1]

ترجمه: تغییر احکام با تغییر عادت و عرف جامعه امکان‌پذیر است.

طبق نظر فاضل مقداد، دگرگونی عرف و عادت، موجب دگرگونیِ موضوعات شده و به تَبَع تغییرِ موضوعات، احکام نیز دچار تحوّل می‌گردد. همچنان که کاشف الغطا در تحریرالمجله ذیل ماده ۳۹ به این نکته اذعان داشته و می‌گوید:

«قد عرفت أن مِن أصول المذهب الإمامیّه، عدم تغییر الأحکام إلّا بتغییر الموضوعات اما بالزّمان و المکان أو الأشخاص، فلا یتغیّر الحکم و دین الله واحد فی الجمیع لا تجد لسنّه الله تبدیلًا».[2]

ترجمه: از اصول مذهب امامیّه این است که احکام اسلام دچار دگرگونی نمی‌شوند، مگر به تغییر موضوعات و یا این تغییر موضوعات ناشی از زمان و مکان است و یا از اشخاص، بنابراین هیچ گاه حکم تغییر نمی‌کند و دین خداوند در هر زمان و مکان یکی است و هرگز سنّت الهی دگرگون نمی‌شود.

فقیه نواندیش دیگری چنین اشعار می‌دارد:

«و لا یمکن القول بکلیّه شیء بل تختلف الأحکام باعتبار الخصوصیّات و الأحوال و الأزمان و الأمکنه و الأشخاص و هو ظاهر، و باستخراج هذه الاختلافات و الانطباق علی الجزئیّات المأخوذه من الشرع الشریف امتاز أهل العلم و الفقهاء».[3]

ترجمه: نمی‌توان به ثابت‌بودن و کلیّت چیزی حکم داد، بلکه احکام به اعتبار خصوصیات و احوال و زمان‌ها و مکان‌ها و اشخاص مختلف است و این مسأله روشن است و با در نظر گرفتن این اختلافات و انطباق بر جزئیات مأخوذه از شرع اسلام، اهمیّت اهل علم و فقهاء نمایان می‌گردد.

شناخت «موضوع» وظیفه فقه و فقاهت نیست، فقه کارش «بیان حکم» با فرض موضوع است. وقتی فقه علم به احکام است، علم به ذوات و اشخاص و موضوعات[4] و علم به صفات آنها از تعریف فقه خارج می‌شود.[5] فقه گاهی علم به موضوعات را به «فهم

۱. فاضل مقداد، ابوعبدالله مقداد بن عبدالله، نضد القواعد الفقهیه علی مذهب الامامیه، چاپ اول، قم، مکتبه آیت‌الله العظمی المرعشی، ۱۴۰۳، ص. ۹۰.

۲. کاشف الغطاء، محمدحسین، تحریر المجله، جلد اول، چاپ اول، نجف، المکتبه المرتضویه، ۱۳۵۹ ق، ص. ۳۴.

۳. اردبیلی، احمد، مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، جلد سوم، چاپ اول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجامعه المدرسین، ۱۴۰۴ ق، ص. ۴۳۶.

۴. منظور موضوعات غیرمستنبطه است.

۵. فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، چاپ بیست‌ودوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۱، ص. ۱۰۸؛

عرفی» محوّل می‌کند و ملاکِ موضوع‌شناسی را فهم عرفی قرار می‌دهد.[1] عـرفِ جامعـه امروز به خوبی قضاوت خواهد کرد که در قرن حاضر ساخت قدرت در خـانواده در حـال تغییر است و ساختار پدرسالاری نسبت به گذشته کم‌رنگ شده است. موقعیتِ در حـالِ تحوّل زنان در موازنه قدرت با مردان و نظام مردسالار از مهم‌ترین تحولاتی است کـه در ساختار نهاد خانواده تأثیر عمیقی گذاشته است. این پدیده به افـزایش حقـوق و قـدرت زنان در حوزه‌های عمومی و خصوصی زندگی منجر شده است. ویژگـی‌هـایی را کـه زنِ امروز، داراست غیر از ویژگی‌هایی است که زن زمان‌های گذشـته دارا بـوده اسـت. پـس حکم عدم ولایت قهری که بر زنان آن زمان، مترتّب بوده از موضوع خودش که زنِ فاقدِ کمال و آگاهی بود، متحوّل شده و این حکم ثبوت ولایت قهری بـرای موضـوع دوم (زن واجد کمال و آگاهی) می‌باشد که بر اثر تحوّل زمان و شرایط آن پدید آمده است.

۳ـ۵. تحـولات جهانی و تأثیر این تحولات در قـانون حمایـت خـانواده مصوب ۱۳۵۳

قبل از پیروزی انقلاب اسلامی، تحولاتی در عرصه بـین‌المللـی[2] در حـوزه حقـوق زنان رخ داده بود که همین امر سبب شده بود تا مقنن ایرانی در قانون حمایت خـانواده مصوب ۱۳۵۳ تحت شرایطی ولایت قهری را برای مادر به رسـمیت بشناسـد. در زمـان حکومت قانون حمایت خانواده (مصوب ۱۳۵۳) یـک ولایـت قهـری خـاصّ بـرای مـادر پیش‌بینی شده بود. این ولایـت، تمـام رنـگ و لعـاب ولایـت قهـری مرسـوم در فقـه را نداشت. فی‌الواقع، این ولایت توسط مقام قضایی برای مادر جعل می‌شـد. مـاده ۱۵ ایـن قانون مقرر می‌داشت:

«طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر خود می‌باشد در صورت ثبوت حجر یا خیانت یا عدم لیاقت او در اداره امور صغیر یا فوت پدر به تقاضای دادسـتان و تصـویب دادگـاه شهرستان حقّ ولایت به هریک از جدّ پدری یا مادر تعلّق می‌گیرد مگـر ایـن کـه عـدم صلاحیت آنان احراز شود که در این صورت حسب مقررات، اقدام به نصب قـیّم یـا ضـمّ

← شهابی، محمود، قواعد فقه، چاپ پنجم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۰، ص. ۹.

۱. موسوی خمینی، روح‌الله، الاجتهاد و التقلید، چاپ اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینـی، ۱۳۷۶، ص. ۱۵؛ خویی، ابوالقاسم، محاضرات فی اصول الفقه، جلـد دوم، چـاپ اول، قـم، مؤسسـه النشـر الاسـلامی، ۱۳۷۸، ص. ۲۴۲.

۲. «کنوانسیون بین‌المللی حذف تمام اشکال تبعیض نسبت به زنان» مصوب ۱۹۷۹ سازمان ملل متحـد در مـاده ۱۶ به دولت‌ها توصیه کرده که موارد زیر را تضمین کنند:

«(د) حقوق و مسئولیت یکسان به عنوان والدین، صرف‌نظر از وضع روابط زناشویی در مسائلی که به فرزندان آنان مربوط می‌شود. در کلیه موارد منافع کودکان از اولویت برخوردار خواهد بود. (و) حقوق و مسئولیت‌های یکسان در مورد سرپرستی، قیمومت، حضانت و به فرزند گرفتن کودکان».

امین خواهد شد. دادگاه در صورت اقتضاء اداره امور صغیر را از طرف جدّ پدری یا مـادر تحت نظارت دادستان قرار خواهد داد. در صورتی‌که مادر صغیر، شوهر اختیار کند، حقّ ولایت او ساقط خواهد شد، در این صورت اگر صغیر، جدّ پدری نداشـته یـا جـدّ پـدری صالح برای اداره امور صغیر نباشد، دادگاه به پیشنهاد دادستان، حسب مورد مادر صـغیر یا شخص صالح دیگری را به عنوان امین یا قیّم تعیین خواهد کرد. امـین بـه تشـخیص دادگاه مستقلاً یا تحت نظر دادستان امور صغیر را اداره خواهد کرد».

این ماده در زمان حکومت خود ابهامات و سئوالات مهمی را برانگیخت. ماده فـوق درباره ولایت قهری، حکم تازه‌ای را وارد نظام حقوق موضوعه کرده بـود کـه صـریحاً بـا ماده ۱۱۸۰ ق.م. در تعارض بود. تحولاتی که این ماده در حقوق ایران ایجاد کرد عبارت بود از:

الف ـ تقدم ولایت پدر بر جدّ پدری؛

ب ـ اعطای ولایت قهری به مادر بعد از سلب اهلیت یا صلاحیت پدر؛

ج ـ هم‌طرازی مادر با جدّ پدری از لحاظ ولایت قهری.

لیکن، بعد از پیروزی انقلاب شورای انقـلاب در سـال ۱۳۵۸ مـاده واحـده لایحـه قانونی الغاء مقررات مخالف با قانون مدنی راجع به ولایت و قیمومیت را بـه شـرح ذیـل تصویب کرد:

«قواعد و مقررات قانون مدنی راجع به ولایت و قیمومیت در مورد اطفال صغار بـه قوّت و اعتبار خود باقی است و مقررات مخالف با آن ملغی می‌گردد».

۳ـ۶. قانون حقّ حضانت فرزندان صغیر یا محجور به مادران آنها

در سال ۱۳۶۴ ماده واحده‌ای به تصویب رسید که به موجب آن:

«حضانت فرزندان صغیر یا محجوری که پدرانشان به مقام والای شهادت رسیده و یا فوت شده باشند با مادران آنها خواهـد بـود و هزینـه متعـارف زنـدگی ایـن فرزنـدان چنانچه از طریق بودجه دولت یا از بنیاد شهید پرداخت می‌شـود در اختیـار مادرانشـان قرار می‌گیرد، مگر آنکه دادگاه صالح در موارد ادعای عدم صلاحیت مادر حکم بـه عـدمِ صلاحیت بکند».

ملاحظه می‌شود که قانون‌گذار در بخش انتهایی این قانون برای مـادر بـه دلالـتِ التزام، حقّ اداره اموال طفلش را به رسمیت شناخته است. این در حـالی اسـت کـه بـه موجب ماده ۱۱۸۳ ق.م. «در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی مـولّی‌علیـه، ولـیّ نماینده قانونی او می‌باشد». علی‌رغم ایـن مـاده، طبـق مـاده واحـده سـال ۱۳۶۴ مـادر همچون ولیّ قهری حق اداره اموال طفل محجورش را داراست.

۳ـ۷. قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱

قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱ در مورد اینکه اولیاء قهری چه کسانی هستند، اتخاذ موضع نکرده است. لیکن از ماده ۶ این قانون می‌توان استفاده کرد که مادر در حالت ضرورت می‌تواند ولیّ قهری طفل یا محجور باشد. در این ماده آمده:

«مادر یا هر شخصی که حضانت طفل یا نگهداری شخص محجور را به اقتضاء ضرورت بر عهده دارد، حقّ اقامه دعوی برای مطالبه نفقه طفل یا محجور را نیز دارد. در این صورت، دادگاه باید در ابتدا ادعای ضرورت را بررسی کند».

ممکن است گفته شود که این ماده در قالب حضانتِ مادر قابل توجیه است. این نظر قابل پذیرش نیست، به چند دلیل:

نخست اینکه، قانون‌گذار با استفاده از کلمه «یا» بین «مادر» و «هر شخصی که حضانت طفل یا نگهداری شخص محجور را ... بر عهده دارد» بین این دو تمایز قائل شده وگرنه می‌توانست از عبارت «هر شخصی که حضانت طفل یا نگهداری شخص محجور را ... به عهده دارد» استفاده می‌کرد.

دوم اینکه، حضانت ناظر به نگاهداری و تربیت کودک و ولایت ناظر به اداره اموال است. علامه بحرالعلوم در تعریف ولایت چنین گوید:

«هی سلطنه علی الغیر عقلیه أو شرعیه، نفساً کان أو مالاً أو کلیهما بالأصل، أو بالعارض».[1]

با توجه به این عبارت، ولایت مختص مدیریت اموال نمی‌شود و شامل حضانت نیز می‌شود. به هر تقدیر، به استناد حقّ حضانت نمی‌توان هیچ عمل حقوقی را به نمایندگی از طرف کودک و به حساب او انجام داد، در حالی‌که ولیّ، نمایندگی مولّی‌علیه را در تمام اموال و حقوق مالی به عهده دارد (ماده ۱۱۸۳ ق.م.). ولیّ می‌تواند به نمایندگی قانونی از طرف کودک تصمیم بگیرد، اموال او را اداره کند، در دادرسی شرکت جوید و قرارداد ببندد.[2] در ماده ۴۴ قانون جدید حمایت خانواده نیز، مقنن اشعار می‌دارد که: «در صورتی‌که دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶/۷/۸ ملزم به تسلیم یا تملیک اموالی به صغیر یا سایر محجوران باشند، این اموال با تشخیص دادستان در حدود تأمین هزینه‌های متعارف زندگی باید در اختیار شخصی قرار گیرد که حضانت و نگهداری محجور را عهده‌دار است».

۱. بحرالعلوم، محمد بن محمدتقی، بلغه الفقیه، جلد سوم، چاپ چهارم، تهران، منشورات مکتبه الصادق، ۱۴۰۳ ق، ص. ۲۱۰.

۲. کاتوزیان، امیرناصر، دورهٔ حقوق مدنی: خانواده، جلد ۲، منبع پیشین، ص. ۱۸۷.

حقّی که قانون‌گذارِ قانون حمایت خانواده به مادر در اقامه دعوی مطالبه نفقه (ماده ۶) و اداره اموال محجور (ماده ۴۴) به مادر داده، شعبه‌ای از اختیارات ولیّ قهری است که قانون‌گذار، خواسته یا ناخواسته، این حق را به مادر اعطا کرده است.

۳ـ۸. قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست مصوب ۱۳۹۲

در سال ۱۳۵۳ قانونی به نام قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست به تصویب رسید. در ماده ۱۱ آن قانون چنین می‌خوانیم:

«وظایف و تکالیف سرپرست و طفل تحت سرپرستی او از لحاظ نگاهداری و تربیت و نفقه و احترام نظیر حقوق و تکالیف اولاد و پدر و مادر است.

تبصره ـ اداره اموال و نمایندگی قانونی طفل صغیر به عهده سرپرست خواهد بود، مگر آنکه دادگاه ترتیب دیگری اتخاذ نماید».

در تبصره ماده ۱۱ ولایت به عهده سرپرست نهاده شده و چون سرپرستی را زن و شوهر به توافق و اشتراک درخواست می‌کنند[1]، معنی قانون این می‌شود که ولایت و نمایندگی نیز به زن و شوهرِ سرپرست داده خواهد شد و پدرخوانده بر مادرخوانده هیچ امتیازی ندارد. دکتر کاتوزیان این اقدامِ قانون‌گذار را نخستین گام در راه الغای ریاست شوهر بر خانواده می‌داند.[2]

در سال ۱۳۹۲ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست به تصویب رسید. مشابه ماده فوق در قانون جدید تکرار شده است. در ماده ۱۷ این قانون چنین آمده است:

«تکالیف سرپرست نسبت به کودک یا نوجوان از لحاظ نگهداری، تربیت و نفقه با رعایت تبصره ماده ۱۵ و احترام نظیر تکالیف والدین نسبت به اولاد است».

اکنون این پرسش فراروی ماست که چرا راه‌حلی که برای فرزندی که از پوست و خون پدر و مادر حقیقی‌اش است، مردود شناخته شده ولی برای فرزندخوانده تجویز

۱. ماده ۱ مقرر می‌دارد: «هر زن و شوهر مقیم ایران می‌توانند با توافق یکدیگر طفلی را با تصویب دادگاه و طبق مقررات این قانون سرپرستی نمایند».

۲. دکتر کاتوزیان در نقد ماده ۱۱ قانون مذکور، ولایت همزمان چند تن بر کودک را همراه با مفسده می‌داند. ایشان معتقد است بر فرضِ حسن نیت کامل و لیاقت اولیاء (پدرخوانده و مادرخوانده) اختلاف سلایق باعث می‌شود که منافع مادی و معنوی کودک به خطر افتد: پدرخوانده مایل است پس‌انداز کودک را در شرکتی سرمایه‌گذاری کند و مادرخوانده خرید جهیز او را مقدّم می‌داند. از این گذشته، تبصره ماده ۱۱ به درستی معلوم نمی‌کند که ولایتِ پدرخوانده و مادرخوانده به نحو اجتماع است یا به نحو استقلال؟ البته از ملاک مواد ۶۶۹ و ۸۵۴ ق.م. استفاده می‌شود که در این قبیل موارد نمایندگان باید به اجتماع عمل کنند (بنگرید به: همان، ص. ۳۵۳).

شده است؟ چرا مادرخوانده، ولیّ قهری فرزندخوانده‌اش باشد ولی نتواند ولایت قهری فرزند حقیقی‌اش را بر عهده بگیرد؟ این دو گانگی بر چه منطقی استوار است؟

اکنون که فرضیه نخست مقاله اثبات شد، در قسمت بعدی چگونگی تقدم ولایت مادر بر جدّ پدری مورد بررسی قرار می‌گیرد. برای اثبات فرضیه دوم، باید نگاهی به ادله مشهور در اثبات حقّ ولایی قهری برای جدّ پدری بیندازیم.

۴. ارزیابی و نقد ادلّه نافیه ولایت مادر

مشهور فقها برای اثبات ولایت جدّ پدری و عدم ولایت مادر به دو دلیل مهم استناد می‌کنند که در ذیل طرح و نقد می‌شود.

۴ـ۱. روایات

مهم‌ترین روایاتی که برای اثبات ولایت جدّ پدری و عدم ولایت مادر مورد استناد مشهور قرار گرفته، بررسی می‌کنیم:

- «عَنْ عُبَيْدِ بْنِ زُرَارَه قَالَ: قُلْتُ لِأَبِی عَبْدِاللَّهِ (ع) الْجَارِيَه يُرِيدُ أَبُوهَا أَنْ يُزَوِّجَهَا مِنْ رَجُلٍ وَ يُرِيدُ جَدُّهَا أَنْ يُزَوِّجَهَا مِنْ رَجُلٍ آخَرَ قَالَ الْجَدُّ أَوْلَى بِذَلِکَ مَا لَمْ يَكُنْ مُضَارّاً».[1]

ترجمه: از عبید بن زراره نقل است که گفت: به امام صادق (ع) گفتم پدری می‌خواهد دخترش را به عقد مردی درآورد در حالی‌که جدّ دختر هم می‌خواهد او را به عقد مرد دیگری درآورد. امام (ع) فرمودند: جدّ بر انجام این عقد اولی است تا زمانی‌که ضرر و مفسده‌ای نداشته باشد.

مشابه مضمون این روایات زیاد است. در کافی بابی است به نام «بَابُ الرَّجُلُ يُرِيدُ أَنْ يُزَوِّجَ ابْنَتَهُ وَ يُرِيدُ أَبُوهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا رَجُلًا آخَرَ» که شش روایت با این مضمون آنجا نقل شده است.[2]

به هر حال، مشهور به این روایات استناد می‌کنند تا ارجحیّت ولایت جدّ پدری را ثابت کنند. لیکن در پاسخ باید گفت که این روایت و امثالهم به مانحن‌فیه ارتباط پیدا نمی‌کند. موضوع حکم دو چیز متفاوت است: موضوع ما پیرامون ولایت قهری بر صغیر یا محجوری است که حجرش متصّل به صِغَر باشد، لیکن موضوع این روایات پیرامون ولایت در نکاح دختر بالغه رشیده است.[3]

۱. شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن، تهذیب الاحکام، جلد هفتم، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق، ص. ۳۹۰.

۲. کلینی رازی، ابی جعفر محمد، منبع پیشین، جلد ۵، صص. ۳۹۷ ـ ۳۹۵.

۳. صانعی، یوسف، قیمومت مادر، منبع پیشین، ص. ۴۱. ولایت پدر و جد پدری در باب نکاح باکره بالغه رشیده، ولایت

صاحب عناوین معتقد است که اگر عقد جدّ با عقد پدر تعارض پیدا کند، عقد جدّ بر پدر مقدّم است. زیرا این حکم در روایت‌های شرعی بیان شده است لذا این حکم جنبه تعبدی دارد وگرنه قواعد فقهی و حقوقی اقتضا می‌کند که هر دو عقد باطل باشد؛ زیرا نمی‌توان میان آنها جمع کرد و دلیلی بر ترجیح یک عقد بر دیگری نیست و تعارض اَعمال اولیاء در همه موارد بر اساس همین قاعده است یعنی هر کجا که دو ولیّ همزمان اقدامی را نسبت به یک مولّی‌علیه انجام دهند اصل و قاعده بر بطلان اقدامات است.[1]

صدوق در جلد سوم کتاب استبصار بابی گشوده تحت عنوان «بَابُ أَنَّ الْأَبَ إِذَا عَقَدَ عَلَى ابْنَتِهِ الصَّغِيرَه قَبْلَ أَنْ تَبْلُغَ لَمْ يَكُنْ لَهَا عِنْدَ الْبُلُوغِ خِيَارٌ». در این باب روایاتی را نقل کرده با این مضمون که تزویج صبیّه توسط پدر نافذ است و دختر پس از بلوغ با وجود پدر حقّ فسخ ندارد. به این دو روایت توجه کنید:

- عَبْدِاللَّهِ بْنِ الصَّلْتِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ (ع) عَنِ الْجَارِيَه الصَّغِيرَه يُزَوِّجُهَا أَبُوهَا أَ لَهَا أَمْرٌ إِذَا بَلَغَتْ؟ قَالَ لَا وَ سَأَلْتُهُ عَنِ الْبِكْرِ إِذَا بَلَغَتْ مَبْلَغَ النِّسَاءِ أَ لَهَا مَعَ أَبِيهَا أَمْرٌ؟ فَقَالَ لَيْسَ لَهَا مَعَ أَبِيهَا أَمْرٌ مَا لَمْ تُثَيَّبْ [2]

ترجمه: از عبدالله بن صلت نقل است که از امام صادق (ع) پرسیدم در مورد کودک صغیره‌ای که پدرش او را به ازدواج درآورده، آیا این کودک بعد از بلوغ اختیار فسخ دارد یا خیر؟ امام فرمودند: خیر، اختیاری ندارد. در ادامه پرسیدم در مورد باکره هنگامی‌که به سن بلوغ می‌رسد، آیا با وجود پدرش اختیار فسخ دارد؟ امام فرمودند: وی نیز تا زمانی‌که ثیّبه نباشد با وجود پدر حق فسخ نکاح ندارد.

استدلال قائلان به ولایت جدّ پدری و عدم ولایت مادر به این روایت قابل پذیرش نیست؛ زیرا این روایت جز این نمی‌گوید که پدری فرزند صغیرش را به نکاح درمی‌آورد. آیا این می‌تواند نفی ولایت بر مادر کند؟ موضوع سئوال راوی، پدر بوده و امام نیز در مقام پاسخ به صورت مسئله، پاسخ داده است. لذا این روایت مفهوم مخالف ندارد و اثبات شیء نفیِ ما عدا نمی‌کند.

- عَلِيِّ بْنِ يَقْطِينٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ (ع) أَتَزَوَّجُ الْجَارِيَه وَ هِيَ بِنْتُ ثَلَاثِ سِنِينَ أَوْ أُزَوِّجُ الْغُلَامَ وَ هُوَ ابْنُ ثَلَاثِ سِنِينَ وَ مَا أَدْنَى حَدِّ ذَلِكَ الَّذِي يُزَوَّجَانِ فِيهِ فَإِذَا بَلَغَتِ الْجَارِيَه فَلَمْ تَرْضَ بِهِ فَمَا حَالُهَا؟ قَالَ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ إِذَا رَضِيَ أَبُوهَا أَوْ وَلِيُّهَا[3]

← دیگری است که با ما نحن فیه که ولایت بر صغار از باب حمایت از محجورین است، متفاوت می‌باشد. ولایت در نکاح مختص پدر و جد پدری است حتی وصیّ و حاکم آن ولایت را ندارد (ر.ک: کاتوزیان، امیرناصر، حقوق مدنی: خانواده، جلد اول، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ ششم، ۱۳۸۲، ص. ۷۹).

۱. حسینی مراغی، منبع پیشین، جلد ۲، صص. ۵۵۹ ـ ۵۵۸.

۲. شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن، الإستبصار فیما اختلف من الاخبار، جلد سوم، چاپ اول، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰، ص. ۲۳۶.

۳. همان.

ترجمه: علی بن یقطین می‌گوید: از امام کاظم (ع) پرسیدم آیا اگر با دختر سه ساله‌ای ازدواج کنم یا به پسر سه ساله‌ای زن بدهم، حداقل سنّ معتبر برای صحّت نکاح آنها چقدر است؟ حال اگر دختر به سن بلوغ برسد و بگوید به این ازدواج راضی نیستم، نکاح چه وضعی پیدا می‌کند؟ حضرت فرمودند: در صورتی‌که آن ازدواج زیر نظر پدر یا ولیّ او انجام گرفته باشد مانعی ندارد و صحیح است.

این روایت بر لزوم عقد صبیّه و عدم خیار برای او دلالت می‌کند. استدلال به این روایت نیز نه تنها قاصر است بلکه با توجه به لغت «وَلِيُّهَا» و عمومیت و اطلاق آن که بر «أبُوهَا» افزوده شده، مُثبِت ولایت مادر نیز می‌شود.

تا اینجا دلیل اول، یعنی روایات، برای اثبات ولایت جدّ پدری و عدم ولایت مادر کارساز نبود.

۴ـ۲. اجماع

گروهی از فقها برای اثبات ولایت برای جدّ پدری به اجماع متمسک شده‌اند. علامه حلی مؤلف تذکره الفقهاء گوید:

«ولایت در مال مجنون و طفل از آنِ پدر و جدّ پدری است و ولایتی برای مادر وجود ندارد. اجماع فقهاء حاکی بر این امر است، مگر برخی از شافعی‌ها که برای مادر ولایت قائل شده‌اند».[۱]

پس از علامه حلی، مؤلف مسالک الافهام[۲]، مؤلف کفایه الاحکام[۳] و همچنین مؤلف حدائق الناظره[۴] نیز بر این امر ادعای «عدم مشاهده خلاف» کرده‌اند. اما اجماع از نظر شیعه بر محور وجود امام معصوم یا قول یا نظر او در میان اجماع‌کنندگان دور می‌زند و همین برای ما بس که اجماع به خودیِ خود در میان شیعه به چیزی گرفته نشده و مبنای درستی ندارد.[۵] بنابراین به چنین اجماع منقولی که ظاهراً علامه حلی در تذکره ادعای آن را کرده نمی‌توان اعتماد کرد. فقهای قبل علامه حلی همچون صدوق، مفید، شیخ طوسی، ابن براج، ابن زهره و ابن حمزه هیچ یک مدعی این اجماع نشده‌اند. از فقهای متقدّم، تنها شیخ طوسی در النهایه متعرّض مسئله ولایت و تصرف در اموال محجورین شده است. ایشان در این کتاب برای نخستین بار بابی تحت عنوان «باب التصرّف فی اموال الیتامی» را در فقه گشودند. عبارت ایشان در این باب چنین است:

۱. علامه حلی، جمال الدّین الحسن، منبع پیشین، ص. ۸۰.
۲. شهید ثانی، زین الدّین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، جلد چهارم، چاپ اول، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۴ ق، ص. ۱۶۱.
۳. سبزواری، محمد باقر، کفایه الاحکام، اصفهان، مدرسه صدر مهدوی، طبع حجریه، بی‌تا، ص. ۱۱۳.
۴. بَحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی‌تا، ص. ۳۷۲.
۵. فیض، علیرضا، منبع پیشین، ص. ۳۵.

«لایجوز التصرّف فی اموال الیتامی الّا لمَن کان ولیاً لهم أو وصیاً قد أذن له فی التصرّف فی أموالهم. فمن کان ولیاً یقوم بأمرهم و بجمع أموالهم».[1]

ترجمه: تصرف در اموال یتیمان مجاز نیست مگر برای کسی که ولیّ آنها باشد یا برای وصیّ که مأذون در تصرّف است. پس، هرکس که ولایت دارد، به امور یتیمان رسیدگی کند.

شیخ طوسی، ولیّ را منحصر به پدر یا جدّ پدری نکرده است. اطلاق عبارت شیخ طوسی در «لِمَن کان ولیّاً» شامل هر ولیّ‌ای که ولایتش اثبات شده باشد می‌شود و منحصر به پدر یا جدّ پدری نیست. حتی از «اطلاق» گفته شیخ می‌توان بر اثبات ولایت مادر استفاده کرد.

عبارات شهید ثانی، محقق سبزواری و محقق بحرانی نیز دلالت بر اجماع ندارد. آنها گویند که «قول خلاف در مسئله ندیدیم». با آنکه اگر به اجماعی دست می‌یافتند، باید از مصدر «اجماع» استفاده می‌کردند.

بنابراین، استناد قائلین به اجماع برای اثبات ولایت جدّ پدری مخدوش است.

۵. دلایل تقدم ولایت مادر

بلاشک، در خانواده‌های هسته‌ای امروزین، هیچ شخصی امین‌تر و دلسوزتر از مادر به امور اولادش نیست. دلبستگی و خیرخواهی مادر، قرابت و نزدیکی او به فرزند از همه طبقات خویشان، به جز پدر، به فرزند بیشتر است. اگر مادر و جدّ پدری در رتبه برابر قرار گیرند، بدون تردید، خردمندان و عرف جامعه، مادر را لایق‌تر و شایسته‌تر برای ولایت می‌داند. امروزه افزایش سطح تحصیلات، بهبود وضع سلامت، برخورداری از حقّ مالکیت قانونی، رفع تبعیضات و حذف باورهای سنتی در افزایش بیش از پیش توانمندی زنان و مادران نقش مؤثر دارد.[2] این توانمندیِ زنانِ امروزین نقش و جایگاه جدیدی را برای زنان در جامعه تعریف می‌کند. دید عرفِ عام به زنان و مادران امروزی با مادران سالیان پیش یکسان نیست. حکمی که مشهور، سلسله‌وار صادر کردند و مادر را از ولایت قهری محروم کردند، چه بسا با تغییر موضوع، که همانا مادران توانمند امروزین هستند، قابل تغییر باشد. یکی از فقهاء معتقد است:

«شاید وجه و علت ولایت پدر و جدّ پدری این باشد که ولایت این دو به حال مولّی‌علیه اَقرب به صلاح باشد به اعتبار قُرب این دو به صغیر و اطلاعشان از احوالات

۱. شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن، النهایه، منبع پیشین، ص. ۳۶۱.

۲. کتابی، محمود، «توانمندسازی زنان برای مشارکت در توسعه»، پژوهش زنان، دوره یک، سال سوم، شماره هفتم، پاییز ۱۳۸۲، ص. ۲۷.

وی، و تردیدی نیست که اطلاع سایرین به احوالات صغیر، بـه مقتضـی ظـواهر، از روی واسطه است».[1]

فقیه دیگر نیز گوید:

«زوال علّت در مواردی که حکم منصوص‌العلّه باشد از اسباب زوال حکم می‌باشـد. رمز تغییر حکم در این قسم آن است که علّت حکم همان موضوع اصلی آن مـی‌باشـد و با زوال آن، موضوعِ حکم، زائل یا متغیر شده است. بنـابراین، تغییـر حکـم بـا توجـه بـه مقتضیات زمان و مکان هیچ منافاتی با روایات دالّ بر اینکه "حلال محمد حلال الی یوم القیامه و حرامه حرام الی یوم القیامه" ندارد؛ زیرا مفادّ این روایات بقـاء احکـام حـلال و حرام نسبت به موضوعات خود می‌باشد و در موارد ذکر شـده، موضـوعات احکـام تغییـر یافته است».[2]

امام خمینی، پایه‌گذار نظریه فقه پویا، نیز چنین گوید:

«زمان و مکان دو عنصر تعیین‌کننده در اجتهادند. مسـأله ای کـه در قـدیم دارای حکمی بوده است به ظاهر همان مسأله در روابطِ حاکم ممکن است حکمِ جدیدی پیـدا کند، بدان معنا که با شناخت دقیق روابط، همان موضوع اول که از نظر ظـاهر بـا قـدیم فرقی نکرده است واقعاً موضوع جدیدی شده است که قهراً حکم جدیدی می‌طلبد».[3]

از گفته‌های فوق می‌توان استفاده کـرد کـه اگـر بنـابر مقتضـیاتِ روز و تحـولات کارکرد خانواده در عصر حاضر، چنین باشد کـه مـادر، صـلاح فرزنـدش را بهتـر از جـدّ پدری تشخیص دهد و به امور و احوال فرزندش، وقوف بیشتری داشـته باشـد، چـرا وی نتواند بر جدّ پدری پیشی گیرد؟ اکنون که علّت ولایت جدّ پـدری، کـه همانـا وقـوف و قُرب بیشتر به مولی‌علیه است، در مادر قوی‌تر است، چرا قائل به حکـمِ ولایـت مـادر در فرض فِقد پدر نشویم؟

نکته دیگر اینکه در سال‌های اخیر شاهد افـزایش پدیـده زنـان سرپرسـت خـانوار بودیم. زن سرپرست خانوار به فردی اطلاق می‌شود که مسئولیت تـأمین معـاش مـادّی خود و اعضای خانواده خود را به طور دائم یا موقت عهده‌دار است. زنان سرپرست خانوار به چند گروه عمده تقسیم می‌شوند: گروه اول خانوارهایی هستند که زنان به دلیل فوت همسر، بیوه شده‌اند. طیّ سرشماری عمومی سال ۱۳۸۵ از مجموع ۱۷۳۵۲۶۸۶ خانوار، در این سال تعداد ۱۵۷۱۱۶۴۲ (۹۰/۵ درصد) به صورت خانوارِ مرد سرپرسـت و تعـداد ۱۶۴۱۰۴۴ (۹/۵ درصد) به صورت خانوارِ زن سرپرست بوده‌اند. به عبارت دیگر در سال

۱. اشتهاردی، علی‌پناه، مدارک العروه، جلد سی‌ام، چاپ اول، تهران، دارالأسوه للطباعه والنشر، ۱۴۱۷ ق، ص. ۱۲۱.
۲. منتظری، حسینعلی، مجازات‌های اسلامی و حقوق بشر، چاپ اول، قم، نشر ارغوان دانش، ۱۳۸۷، ص. ۱۰۰.
۳. موسوی خمینی، روح‌الله، صحیفه امام، منبع پیشین، ص. ۲۸۹.

۱۳۸۵ از ۱۲ خانوار کشور یک خانواده توسط زنان اداره شده است.[۱] مطالعات موجود نشان می‌دهد که مشارکت زنان سرپرست خانوار در امور زندگی به میزان قابل توجّهی بیش از زنان غیرسرپرست خانوار است. از این گذشته، زنانِ سرپرست خانوار برخلاف مردان، تمام درآمدشان را صرف بهبود وضعیت خانواده و ارتقای سطح کیفیت اولاد خود می‌کنند. از طرف دیگر، زنان در مقایسه با مردان، توان بیشتری در تخصیص مناسبِ منابع دارند. در واقع، زنان سرپرست خانوار بهتر می‌توانند درآمد خود را به صورت بهینه مصرف کنند.[۲]

با چنین نگرشی نسبت به توانایی بالقوه زنان و شایستگی آنان نسبت به اداره امورات محجورین خود، می‌توان انتظار تقویت رویکرد توانمندسازی را در قوانین مربوط به این گروه داشت برای مثال، ایشان را در مقابل جدّ پدری در سِمَت ولایت قهری مقدّم بداریم. رویه قضایی نیز می‌تواند در تکمیل قانون، این نقیصه را مرتفع سازد و زنان را نیز ولیّ قهری بشناسد.

۱. باجلان، اکرم، بررسی وضعیت زنان سرپرست خانوار، گزارش مطالعات فرهنگی گروه زنان و خانواده مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، تهران، انتشارات مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۹۰، ص. ۱۱.
۲. فروزان، ستاره، منبع پیشین، ص. ۵۴.

نتیجه‌گیری

اصولاً بسیاری از مشکلاتی که در خصوص مسائل حقوقی زنان مطرح می‌شود به دلیل تغییر خصوصیات و شرایطی است که زنان در دوران خاصی از تاریخ دارا بوده‌اند و براساس آن از یافتن برخی حقوق قانونی، محروم مانده‌اند. با تحول زمان، زنان از نظر ویژگی‌ها متحول شده‌اند؛ زیرا تاریخ نمایانگر این است که اغلب آنان در آن زمان دارای آگاهی و علم و دانش و کمال نبوده‌اند تا بتوانند از حقوق لازم بهره‌مند گردند، لذا از آن منع شده‌اند، ولی امروز دارای همه آن ویژگی‌های لازم می‌باشند. بر این اساس مانعی نیست که قائل به تحول در موضوعات حقوقی زنان بشویم؛ زیرا این حکمی نو برای موضوعی جدید است، نه برای موضوع سابق. دیدیم که موضوعات جدید احکام جدید می‌طلبد. اگرچه در ظاهر، موضوعِ حکم امروز، همان موضوع حکم در زمان‌های گذشته است، ولی در واقع بر اثر تحولی که در آن از نظر ویژگی‌های داخل و خارجی پیدا شده، غیر از آن موضوعِ سابق به شمار می‌رود. چون ویژگی‌هایی را که زن امروز، داراست غیر از ویژگی‌هایی است که زنِ زمان‌های گذشته دارا بوده است.

پس حکم اولی که بر زنان آن زمان، مترتّب بوده از موضوع خودش که زنِ فاقدِ کمال و آگاهی بود، متحول شده و برای همیشه درباره او ثابت است و این حکم دومی برای موضوع دوم (زن واجد کمال و آگاهی) می‌باشد که بر اثر تحول زمان و شرایط آن پدید آمده است. پس زمانی حکم دوم برای موضوع، با حکم اول منافات دارد که موضوع با همه خصوصیات خودش باقی باشد، اما اگر چنین نباشد، منافات با آن ندارد.

بنابراین، باید گفت که حکم مشهور با توجه به فضای فرهنگی، اجتماعی، تربیتی و عرفی زنان در زمان‌های متفاوت از زمان حاضر می‌باشد و با دگرگون‌شدن اوضاع و اقتضائات و احوال زنان، می‌توان از مدلول‌های آن و احکام مترتّب بر آن عدول کرد.

به نظر می‌رسد که دادن اختیار بیشتر به مادر در اداره اموال و تربیت و مواظبت صغیر یک ضرورت اجتماعی است که تحولات جامعه و ساختار خانواده‌های ایران آن را ایجاب می‌کند و از این رو به جاست مقنّن و رویه قضایی تدبیری را در این خصوص با توجه به مصالح خانواده‌های هسته‌ای امروزین بیاندیشد.

منابع

- اردبیلی، احمد، مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، جلد سوم، چاپ اول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجامعه المدرسین، ۱۴۰۴ ق.
- انصاری، مرتضی، المکاسب، جلد سوم، چاپ اول، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۸ ق.
- ابن جنید اسکافی، محمد بن احمد کاتب بغدادی، مجموعه فتاوی ابن جنید، تصحیح و تعلیق علی‌پناه اشتهاردی، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ ق.
- اشتهاردی، علی‌پناه، مدارک العروه، جلد سی‌ام، چاپ اول، تهران، دارالأسوه للطباعه والنشر، ۱۴۱۷ ق.
- باجلان، اکرم، بررسی وضعیت زنان سرپرست خانوار، گزارش مطالعات فرهنگی گروه زنان و خانواده مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، تهران، انتشارات مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۹۰.
- بحرالعلوم، محمد بن محمدتقی، بلغه الفقیه، جلد سوم، چاپ چهارم، تهران، منشورات مکتبه الصادق، ۱۴۰۳ ق.
- بَحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی‌تا.
- بهنام، جمشید، ساخت‌های خانواده و خویشاوندی در ایران، چاپ اول، تهران، انتشارات خوارزمی، ۱۳۵۰.
- جرجانی، امیر ابوالفتح، تفسیر شاهی، چاپ اول، تهران، انتشارات نوید، ۱۴۰۴ ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران، نشر گنج دانش، ۱۳۸۲.
- ــــــــــــــــــــ ، مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ چهارم، تهران، نشر گنج دانش، ۱۳۹۱.
- حسینی مراغی، میرعبدالفتاح، العناوین الفقهیه، جلد دوم، چاپ اول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- خویی، ابوالقاسم، محاضرات فی اصول الفقه، جلد دوم، چاپ اول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۳۷۸.
- روشن، محمد، حقوق خانواده، تهران، چاپ اول، انتشارات جنگل جاودانه، ۱۳۹۰.
- زرقاء، مصطفی احمد، المدخل الفقهیّ العام، جلد دوم، چاپ اول، دمشق، دارالقلم، ۱۴۱۸ ق.
- سبحانی، جعفر، الاسلام و متطلبات العصر أو دور الزمان و المکان فی الاستنباط، چاپ اول، قم، مؤسسه الامام الصادق (ع)، ۱۴۲۴ ق.

- سبزواری، محمد باقر، کفایه الاحکام، اصفهان، مدرسه صدر مهدوی، طبع حجریه، بی‌تا.
- شُبَیری زنجانی، موسی، کتاب نکاح، جلد یازدهم، چاپ اول، قم، مؤسسه پژوهشی رأی‌پرداز، ۱۴۱۹ ق.
- شمس‌الدین، محمدجعفر، نکاح و طلاق در مذاهب پنجگانه اسلامی، چاپ اول، تهران، خرسندی، ۱۳۹۱.
- شهابی، محمود، قواعد فقه، چاپ پنجم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۰.
- شهید اوّل، شمس‌الدّین محمد بن مکّی العاملی، الدروس، چاپ اول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۴ ق.
- شهید ثانی، زین الدّین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، جلد چهارم، چاپ اول، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۴ ق.
- شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن، الإستبصار فیما اختلف من الاخبار، جلد سوم، چاپ اول، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰.
- ـــــــــــــــــــــــــــــــ ، تهذیب الاحکام، جلد هفتم، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
- ـــــــــــــــــــــــــــــــ ، النهایه، قم، انتشارات قدس محمدی، بی‌تا.
- صانعی، یوسف، قیمومت مادر، چاپ سوّم، قم، انتشارات میثم تمّار، ۱۳۸۵.
- ـــــــــــــ ، استفتائات قضایی، جلد دوم، چاپ سوّم (اوّل ناشر)، قم، انتشارات پرتو خورشید، ۱۳۸۸.
- صفایی، حسین؛ و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، چاپ بیستم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹.
- طباطبایی، محمدحسین، بررسی‌های اسلامی (مجموعه مقالات علامه طباطبایی)، چاپ سوم، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۷.
- علامه حلی، جمال الدّین الحسن، تذکره الفقهاء، جلد دوم، بی‌جا، منشورات مکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، بی‌تا.
- علایی رحمانی، فاطمه، «میزان گستره ولایت پدر از نگاه دین»، مجله علوم انسانی دانشگاه الزهرا، سال دهم، شماره بیست‌ودوم، بهار ۱۳۷۹.
- عنایت، حلیمه؛ و مجید موحد، «زنان و تحولات ساختاری خانواده در عصر جهانی‌شدن»، پژوهش زنان، دوره دوم، شماره دوم، تابستان ۱۳۸۳.
- فاضل مقداد، ابوعبدالله مقداد بن عبدالله، نضد القواعد الفقهیه علی مذهب الامامیه، چاپ اول، قم، مکتبه آیت‌الله العظمی المرعشی، ۱۴۰۳.
- فروزان، ستاره، «زنان سرپرست خانوار: فرصت‌ها و چالش‌ها»، پژوهش زنان، دوره یکم، شماره پنجم، بهار ۱۳۸۲.

- فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، چاپ بیست‌ودوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۱.
- کاتوزیان، امیرناصر، مقدمه علم حقوق، چاپ بیست‌ودوّم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۵.
- ــــــــــــــ ، حقوق مدنی: خانواده، جلد اول، چاپ ششم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۲.
- ــــــــــــــ ، دوره حقوق مدنی: خانواده، جلد دوم، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، با تجدیدنظر کامل و اضافات، ۱۳۸۹.
- کاشف الغطاء، محمدحسین، تحریر المجله، جلد اول، چاپ اول، نجف، المکتبه المرتضویه، ۱۳۵۹ ق.
- کتابی، محمود، «توانمندسازی زنان برای مشارکت در توسعه»، پژوهش زنان، دوره یک، سال سوم، شماره هفتم، پاییز ۱۳۸۲.
- کلینی رازی، ابی جعفر محمد، الفروع من الکافی، جلد اول و پنجم و هفتم، چاپ سوم، قم، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷.
- کوئن، بروس، مبانی جامعه‌شناسی، ترجمه و اقتباس غلامعباس توسلی و رضا فاضل، چاپ چهاردهم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۲.
- مطهری، مرتضی، نظام حقوق زن در اسلام، چاپ شصت‌وششم، تهران، صدرا، ۱۳۹۲.
- مکارم شیرازی، ناصر، «پرسش‌های نوپیدای فقهی (۲)»، مجله فقه اهل بیت (فارسی)، شماره هشتم، زمستان ۱۳۷۵.
- ــــــــــــــ ، دایره‌المعارف فقه مقارن، چاپ اول، قم، انتشارات مدرسه امام علی (ع)، ۱۴۲۷ ق.
- منتظری، حسینعلی، مجازات‌های اسلامی و حقوق بشر، چاپ اول، قم، نشر ارغوان دانش، ۱۳۸۷.
- موسوی خمینی، روح‌الله، صحیفه امام، جلد بیست‌ویکم، چاپ اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۸.
- ــــــــــــــ ، تحریرالوسیله، چاپ اول، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، بی‌تا.
- ــــــــــــــ ، الاجتهاد و التقلید، چاپ اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۶.
- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد بیست‌وششم، چاپ سوم، قم، دارالکتب الاسلامیه، بی‌تا.

شناسه دیجیتال (DOI): 10.22106/JLJ.2017.27617

مسئولیت کیفری احزاب سیاسی در حقوق ایران

فرید محسنی*
حسام ابراهیم‌وند**

چکیده

شناسایی مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی از موضوعات بحث‌برانگیز حقوق جزا است. یکی از مهم‌ترین اشخاص حقوقی حزب است که مسئولیت کیفری آن از جوانب مختلف حائز اهمیت است. این مقاله ابتدا به تعریف، مفهوم و پیشینه حزب پرداخته و پس از تبیین شخصیت حقوقی احزاب و تعیین زمان تشکیل شخصیت حقوقی آن از لحاظ ثبوتی و اثباتی، شرایط قانونی برای فعالیت احزاب را بیان نموده است. ضرورت شناسایی مسئولیت کیفری برای احزاب و مبانی و ارکان این نوع از مسئولیت از لحاظ نظری و قانونی از جمله مطالب این مقاله است. در این میان با تفکیک فعالیت‌های حزبی، راهکاری را برای نحوه تعیین مسئولیت کیفری احزاب پیشنهاد گردیده است تا ابهامات و ایرادات قانون مجازات اسلامی جدید در تبیین مسئولیت کیفری احزاب مرتفع گردد. قواعد حاکم بر جرایم حزبی، تمایز بین جرایم ارتکاب‌یافته از سوی افراد عادی و اشخاص حقوقی مانند احزاب سیاسی، فرق جرایم حزبی با تخلفات حزبی، شناسایی شخص مسئول در جرایم حزبی، تلازم مجازات شخص حقیقی به همراه شخص حقوقی، مجازات‌هایی که در این خصوص قابلیت اعمال دارند و نحوه اعمال این مجازات‌ها نیز از مسائلی است که در این نوشتار به آنها پرداخته شده است. در بین این سطور به موادی از «قانون نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی» اشاره و ضرورت بازبینی آن و

* عضو هیأت علمی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری (نویسنده مسئول) Mohseni@afranet.com
** دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه تربیت مدرس Ebrahimvand@Dr.com
تاریخ دریافت: ۹۳/۰۹/۱۳ تاریخ پذیرش: ۹۴/۰۲/۲۷

مقدم شـدن رویکـرد حقوقـی بر سایر مقوله‌های سیاسـی و غیـره مـورد تأکیـد قـرار گرفته است.

کلیدواژه‌ها: حزب، مسئولیت کیفـری، شخصـیت حقـوقی، جـرایم حزبـی‌شـده، جرایم حزبی.

مقدمه

اهمیت حزب در نظام سیاسی بر هیچ کس پوشیده نیست. در یک نظام دموکراتیک و یا مبتنی بر مردم‌سالاری، حزب لازمه و ضامن توسعه سیاسی و رشد جامعه مدنی است. البته این امر در تاریخ سیاسی ایران آن‌چنان که بایست رشد نیافته است و عملاً با آنچه برخی کشورهای دیگر تجربه نموده‌اند، تمایز فراوانی دارد. از آنجا که نگاه این مقاله به موضوع حزب صرفاً از منظر حقوقی است، لذا بررسی چرایی این امر مجال دیگری می‌طلبد. شاید پس از بررسی حقوقی موضوع از جنبه‌های مختلف، بتوان علل و راهکارهای لازم در این خصوص را به دست آورد. بنابراین کلیه تشکل‌هایی که در کشور پس از طی مراحل قانونی به عنوان حزب مجوز گرفته‌اند، در محدوده این بررسی قرار می‌گیرند. بر همین اساس تعابیر و قیل و قال‌های مختلف در تعریف و تحلیل موضوع از دیدگاه سیاسی، خارج از قلمرو بحث قرار دارند. نکته حائز اهمیت در مطالعه حقوقی پیرامون احزاب آن است که پدیداری و تولد یک حزب در بستر قانونی محقق می‌گردد. حیات یک حزب به معنی انجام فعالیت‌های حزبی توسط گردانندگان حزب است. اعمال صادره از سوی احزاب که در راستای اهداف تعریف شده حزب در اساسنامه و مرامنامه آن و در چارچوب قانون باشد به «فعالیت‌های حزبی» تعبیر می‌شود. به عبارتی این فعالیت‌ها نباید مخالف قانون باشد، چه‌بسا در مواردی این اعمال جرم تلقی شوند. به همین ترتیب مسأله مسئولیت کیفری احزاب نیز در قلمرو یک قانون قابل بررسی است. بر این اساس باید بررسی نمود که آیا اصولاً احزاب سیاسی به عنوان اشخاص حقوقی به طور تام و کامل محسوب می‌گردند؟ قلمرو مسئولیت آنها تا چه حدی است؟ چه جرایمی از سوی احزاب قابلیت ارتکاب دارند؟ قواعد حاکم بر این جرایم چگونه است؟ آیا بین جرایم ارتکاب‌یافته از سوی افراد عادی و اشخاص حقوقی مانند احزاب سیاسی تفاوت وجود دارد؟ چه موقع می‌توان جرم را به احزاب منتسب کرد؟ فرق جرایم حزبی با تخلفات حزبی چیست؟ مجازات این جرایم بر چه کسی بار می‌شود: مدیران و اشخاص حقیقی تصمیم‌گیرنده یا شخص حقوقی حزب یا هر دوی آنها؟ اصولاً چه مجازات‌هایی در این خصوص قابلیت اعمال دارند؟ و نحوه اعمال این مجازات‌ها چگونه است؟

پاسخ به این سئوالات در گرو تبیین مسئولیت کیفری احزاب و شناسایی آن است. در این مقاله ابتدا تعریف، مفاهیم و پیشینه آن مطرح می‌گردد و پس از بیان شرایط قانونی برای فعالیت احزاب، لزوم شناسایی مسئولیت کیفری احزاب، مبانی و ارکان آن از لحاظ نظری و قانونی و نیز تحولات قوانین مرتبط با موضوع بررسی

می‌شود. طبق تبصره ۵ ماده ۲ قانون نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی، گروه‌های متقاضی پروانه علاوه بر داشتن شرایط قانونی برای فعالیت‌های حزبی[1] باید در اساسنامه و مرامنامه خود صراحتاً التزام خود را نسبت به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بیان کنند. فعالیت حزبی در خارج از چهارچوب قانون اساسی و اهداف نظام جمهوری اسلامی نه‌تنها ممنوع می‌باشد، بلکه می‌تواند جرم نیز تلقی شود. این فعالیت‌ها محور بحث ما را تشکیل می‌دهند. در این نوشتار به دنبال پاسخی برای این سئوالات هستیم که چه موقع فعالیت احزاب وارد قلمرو حقوق کیفری می‌شود و چه کسی مسئول اعمال انجام‌شده محسوب می‌گردد؟

اصولاً وقتی از احزاب سخن می‌گوییم، احزاب سیاسی را به ذهن متبادر می‌نماید، یعنی تشکلی که فعالیت سیاسی دارد حزب خوانده می‌شود. به عبارت دیگر، اصطلاح حزب در زمینه‌های اقتصادی یا حقوقی و نظائر آن به کار نمی‌رود. بنابراین «احزاب سیاسی» معرف تشکل‌هایی هستند که طبق قانون به وجود آمده‌اند و در جهت اهداف سیاسی و کسب قدرت به فعالیت خود ادامه می‌دهند. واژه «سیاسی» در این عبارت به ماهیت اهداف و اعمال این تشکل‌ها اشاره دارد که حول محور «قدرت سیاسی» که جوهره سیاست است، قرار دارد.[2] لذا به نظر می‌رسد عبارت «احزاب» وافی به مقصود بوده و به کار بردن واژه سیاسی در این عبارت، تخصیصی را به وجود نمی‌آورد.

در اروپا از قرن هجدهم، واژه حزب در ادبیات سیاسی متداول شد.[3]

۱. طبق ماده ۵ قانون فعالیت احزاب، برخی از افراد مانند «مظنونان به جاسوسی حسب تشخیص وزارت اطلاعات یا سازمان اطلاعات سپاه پاسداران انقلاب اسلامی تا قبل از صدور حکم برائت از دادگاه صالح» از تأسیس حزب، شرکت در هیأت مدیره مشارکت در احزاب و فعالیت حزبی محرومند. علاوه بر این ماده در قوانین دیگری نیز فعالیت حزبی، به مناسبت شغل و حرفه برای برخی از افراد منع شده است. برخی از این افراد عبارت‌اند از:

ـ کارمندان وزارت امور خارجه (ماده ۸۹ مقررات تشکیلاتی، استخدامی، مالی و انضباطی وزارت امور خارجه مصوب ۱۳۵۲/۳/۷)

ـ وزیر اطلاعات (بند چهار ماده واحده قانون تعیین ضوابط و شرایط وزیر اطلاعات مصوب ۱۳۶۲/۲/۲۹)

ـ کارکنان وزارتخانه اطلاعات و سازمان‌های حفاظت اطلاعات و واحدهای اطلاعاتی (ماده۱۲ قانون تأسیس وزارت اطلاعات جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۶۲/۵/۲۷ و بند هـ ماده ۸ قانون استخدامی وزارت اطلاعات مصوب ۱۳۷۴/۴/۲۵)

ـ کارکنان سپاه پاسداران انقلاب اسلامی (بند د ماده ۱۶ قانون مقررات استخدامی سپاه پاسداران انقلاب اسلامی مصوب ۱۳۷۰/۷/۲۱)

ـ کارکنان نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران (بند هـ ماده ۱۷ قانون مقررات استخدامی نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۴/۴/۲۵)

۲. تیندر، گلن، تفکر سیاسی، ترجمه محمود صدری، تهران، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۷۴، ص. ۷۷.

۳. نقیب‌زاده، احمد، حزب سیاسی و عملکرد آن در جوامع امروز، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۸، ص. ۱۳

لاپالمبارا[1] و واینر[2] تعریفی از احزاب جدید به دست می‌دهند که مورد قبول اکثر نویسندگان قرار گرفته است.[3] این تعریف متضمن چهار شرط می‌باشد و به خوبی ویژگی احزاب جدید و فرق آنها با دیگر تشکلات سیاسی و اجتماعی را نشان می‌دهد:

۱ـ حزب مستلزم وجود سازمان و تشکیلات پایداری است که حیات سیاسی آن از حیات بنیان‌گذاران آن فراتر باشد. این شرط دوام و بقای حزب و استقلال آن از بنیان‌گذاران اولیه آن است.[4]

۲ـ تشکیلات حزبی دارای سازمان مستقر در محل همراه با زیرمجموعه‌هایی می‌باشد که در سطح ملی فعالیت داشته و با یکدیگر روابط منظم و متقابلی داشته باشند. این شرط فرق حزب با گروه‌های پارلمانی که فاقد تشکیلات مستقر در یک محل و فاقد فعالیت در سطح ملی است را نشان می‌دهد.

۳ـ اراده رهبران ملی و محلی سازمان بر کسب قدرت استوار باشند نه بر اعمال نفوذ. این شرط وجه تمایز گروه‌های ذی‌نفوذ و گروه‌های فشار است.[5]

۴ـ حزب باید در پی کسب حمایت عمومی، به‌ویژه از طریق انتخابات، باشد. این شرط ویژگی دموکراتیک احزاب جدید و فرق آنها با گروه‌های بریده از مردم را یادآور می‌شود. همچنین معیار اخیر وجه مناسبی برای تمیز احزاب سیاسی از گروه‌های تروریستی است که به جای تکیه بر رأی مردم به زور متوسل می‌شوند. از سوی دیگر این معیار رابطه نزدیک احزاب با انتخابات را آشکار می‌کند.[6]

در تعریفی ساده می‌توان حزب را در علم سیاست این‌گونه تعریف کرد: «حزب اجتماع افرادی است که از نظر اجتماعی و اقتصادی و فکری دارای مصالح و منافع مشترکی هستند و برای تحصیل قدرت در چارچوب یک برنامه کلی فعالیت می‌کنند».[7] در علم حقوق بر خلاف علوم سیاسی چندان تلاشی برای به دست دادن یک تعریف

1. Joseph Lapalombara
2. Myron Weiner

۳. جهت اطلاعات بیشتر، ر. ک: خرمی، قاسم، توسعه‌نیافتگی فرهنگ سیاسی و ناکارآمدی احزاب سیاسی ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۷، صص. ۳۰ ـ ۲۶.

۴. بالعکس، در تاریخ سیاسی ایران شاهد مرگ احزاب زیادی با مرگ حیات سیاسی بنیانگذاران آنها بوده‌ایم. ر.ک: رحیمی، اکرم، موانع ساختاری نظام استبدادی و شکست احزاب سیاسی ایران پایان‌نامه کارشناسی ارشد علوم سیاسی، سازمان برنامه و بودجه، ۱۳۷۵.

۵. اکثر احزابی که در ایران، قبل و بعد از انقلاب فعالیت کرده‌اند واجد این خصیصه نیستند و بیشتر گروه فشار تلقی می‌گردند تا حزب؛ هر چند که عنوان حزب را به صورت قانونی برای خود گزیده‌اند. ر. ک: تبریزی‌نیا، حسین، علل ناپایداری احزاب سیاسی در ایران، تهران، نشر بین‌الملل، ۱۳۷۱؛ دلاوری، ابوالفضل، «زمینه‌های ناپایداری احزاب سیاسی»، فصلنامه نقد و نظر، شماره سوم و چهارم، ۱۳۷۵.

۶. نقیب‌زاده، احمد، منبع پیشین، ص. ۱۷.

۷. یوسفی، ولی‌اله، احزاب سیاسی، تهران، انتشارات عطایی، ۱۳۵۱، ص. ۹.

حقـوقی از حـزب سیاسـی نشـده اسـت. امـا یـک تعریـف قـانونی از حـزب در قـانون لازم‌الاجرای کنونی در رابطه با احزاب، یعنی «قانون نحوه فعالیـت احـزاب و گـروه‌هـای سیاسی» وجود دارد. بر اساس بند ۱ ماده ۱ این قانون: «حزب: تشکیلاتی است متشکل از اشخاص حقیقی که با برنامه مشخص در جهت کسب و مشارکت در قدرت سیاسـی و نقد و اصلاح آن، در چهارچوب قوانین و مقررات نظام جمهوری اسلامی ایران بر اسـاس مرامنامه و اساسنامه مصوب خود در سطح ملی یا استانی فعالیت می‌کند. حزب می‌تواند تحت عناوین دیگری مانند گروه، جمعیت، انجمن، جامعـه، مجمـع و سـازمان سیاسـی فعالیت کند.»[1]

اصولاً تعاریف قانونی بنابر آثاری که بر آنها مترتب می‌گردد، می‌بایست بـه صـورت دقیق، جامع و مانع ارایه شوند. قانون‌گذار «گـروه، جمعیـت، انجمـن، جامعـه، مجمـع و سازمان سیاسی» را نیز در حکم حزب دانسته است. آوردن عبارت «عناوین دیگری» در میان مفاهیمی که قانون‌گذار قصد تعریف آنها را دارد باعث می‌شود تعریف قانونی آمـاج تفاسیر خلاف مقصود قانون و عدالت واقع شود. بـه هـر حـال طبـق ایـن مـاده احـزاب سیاسی باید دارای مرامنامه و اساسنامه بوده و باید به صورتی به اداره کشور و خط‌مشی کلی نظام مربوط باشد. هرچند این معیار با هـدف تعیـین‌شـده در علـم سیاسـت بـرای احزاب، یعنی کسب قدرت و مشارکت در قدرت همخوانی دارد، در عین حال وسیع‌تر از آن بوده و اعمال نفوذ توسط «گروه‌های فشار» را هم در بر می‌گیرد.[2]

طبق اصل ۲۶ قانون اساسی، فعالیت احزاب آزاد است. مشـروط بـر اینکـه اصـول استقلال، آزادی، وحدت ملی، موازین اسلامی و اساس جمهوری اسلامی ایـران را نقـض نکند و هیچ کس را نمی‌توان از شرکت در آنها منع کرد و یا به شرکت در یکـی از آنهـا مجبور ساخت. ماده ۱۳ «قانون نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی»[3] نیز حقـوق و امتیازاتی را به عنوان فعالیت‌های مجاز احزاب معرفی نمـوده اسـت؛ مشـروط بـر اینکـه مرتکب تخلفات مندرج در بندهای ماده ۱۸ این قانون و نیز رفتار خلاف سایر قـوانین و مقررات (ازجمله جرایم) نگردند. فعالیت‌های غیرقانونی کـه موجـب مسـئولیت کیفـری می‌گردد، محور اصلی بحث حاضر می‌باشد.

۱. ماده ۱ «قانون فعالیت احزاب، جمعیت‌ها و انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمن‌های اسلامی یـا اقلیـت‌هـای دینی شناخته شده» مصوب ۱۳۶۰/۶/۷ مجلس شورای اسلامی بیان داشته بود: «حـزب، جمعیـت، انجمـن، سازمان سیاسی و امثال آنها تشکیلاتی است که دارای مرامنامه و اساسنامه بوده و توسط یک گروه اشـخاص حقیقی معتقد به آرمان‌ها و مشی سیاسی معین تأسیس شده و اهداف، برنامه‌ها و رفتـار آن بـه صـورتی بـه اصول اداره کشور و خط مشی کلی نظام جمهوری اسلامی ایران مربوط باشد.»

۲. برای شناخت تمایز «گروه فشار» و «حزب» ر.ک: نقیب‌زاده، احمد، منبع پیشین، ص. ۲۱.

۳. «ماده ۱۳ ـ احزاب دارای پروانه فعالیت در چهار چوب قوانین و مقررات جمهوری اسلامی ایران و برابـر مفـاد این قانون از حقوق و امتیازات زیر برخوردارند: ...»

نکته دیگر در تعریف ذکرشده این است که حزب توسط یک گروه اشخاص حقیقی تأسیس می‌شود و این نشانگر آن است که حزب دارای شخصیت حقوقی می‌باشد. برای روشن شدن مسئولیت کیفری احزاب لازم است ابتدا شخصیت حقوقی حزب از منظر حقوقی مورد توجه قرار گیرد.

۱. شخصیت حقوقی احزاب

در ادبیات حقوقی کامن‌لو، اساساً «شخصیت حقوقی» با «شخص حقوقی» بسیار متفاوت است. به بیانی ساده «شخصیت حقوقی ظرفی برای دارا شدن حقوق و تکالیف برای اشخاص است.»[1] اشخاص نیز در علم حقوق به دو دسته‌ی «اشخاص حقیقی (طبیعی)» و «اشخاص حقوقی (ساختگی یا مصنوعی)» تقسیم می‌شوند. به عبارتی، شخص حقوقی به شرکت‌ها و نهادها و مؤسساتی اطلاق می‌شود که با اجازه قانون‌گذار، مستقل از اشخاص حقیقی تشکیل‌دهنده آنها، دارای حقوق و تکالیفی می‌شوند و محدودیت‌ها و تشریفاتی نیز بر آنها تحمیل می‌شود تا در نهایت، مصلحت اشخاص حقیقی بهره‌مند از این شخص حقوقی، مراعات گردد. بنابراین وجود شخص حقوقی و شخصیت آن، به اعتباری است که ناشی از دیدگاه‌های فلسفی حقوقی می‌باشد. بر اساس یکی از تعاریف ارائه شده «شخصیت حقوقی عبارت از مجموعه اموال یا اشخاص است که برای تحقق هدفی معین و مطابق ضوابط یا تشریفات خاصی شکل یافته و صلاحیت دارا شدن حقوق و تکالیف مستقل را دارد.»[2]

همان‌طور که اشاره گردید، بر اساس بند ۱ ماده ۱ قانون فعالیت احزاب، حزب توسط یک گروه اشخاص حقیقی تأسیس می‌شود.[3] بنابراین حزب از مصادیق بارز شخصیت حقوقی می‌باشد که توسط اشخاص حقیقی تأسیس می‌گردد. ذکر اینکه لازم است که حزب تنها توسط اشخاص حقیقی شکل می‌گیرد و اشخاص حقوقی قادر به ایجاد آن نیستند.[4] از دیگر دلایل مثبت شخیصت حقوقی برای احزاب، لزوم وجود

1. Martin, Elizabeth, Oxford Dictionary of Law, 7th edition, Oxford, Oxford University Press. 2003.

۲. پاسبان، محمدرضا، حقوق شرکت‌های تجاری، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۹، ص. ۱۳. به نظر می‌رسد که تعریف فوق، به تعریف شخص حقوقی نزدیک‌تر است و نویسنده نیز قصد تعریف شخص حقوقی را داشته است. به عبارتی، در ادبیات حقوقی کشور ما شخصیت حقوقی و شخص حقوقی یکی در نظر گرفته می‌شود.

۳. «ماده ۱ ـ اصطلاحات به کار رفته در این قانون دارای معانی مشروح زیر می‌باشند: ۱ـ حزب: تشکیلاتی است متشکل از اشخاص حقیقی ...»

۴. طبق ماده ۲ «آیین‌نامه اجرایی قانون فعالیت احزاب، جمعیت‌ها و انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمن‌های اسلامی یا اقلیت‌های دینی شناخته شده» نیز تأسیس‌کنندگان گروه (هیئت مؤسس) الزاماً اشخاص حقیقی بودند.

«اساسنامه»[1] و «هیئت مؤسس»[2] برای تشکیل احزاب است. این دو، مخصوص اشخاص حقوقی و از لوازم اساسی برای تشکیل غالب شخصیت‌های حقوقی می‌باشند.

یکی از مسائل مربوط به مسئولیت کیفری احزاب که به شخصیت حقوقی احزاب مربوط می‌شود، زمان تشکیل شخصیت حقوقی احزاب است. این موضوع در مورد سایر انواع اشخاص حقوقی نظیر شرکت‌های تجاری نیز حائز اهمیت است. مثلاً، قانون در مورد زمان تشکیل شخصیت حقوقی شرکت‌های تجاری بر اساس نوع آنها احکام متفاوتی را پیش‌بینی نموده است.[3] یکی از نکات مهم در مورد زمان تشکیل شخصیت حقوقی برای احزاب سیاسی، تفکیک میان مرحله ثبوتی و اثباتی آنها است. شخصیت حقوقی از مقوله و جنس شخصیت اعتباری است، نه وجود خارجی. وجود اعتباری تنها از طریق رعایت تشریفات قانونی و ثبت در دفتر مخصوص به منصه ظهور می‌رسد و قبل از آن در عالم خارج هیچ اعتباری ندارد.[4] این تفکیک در مورد زمان تشکیل شخصیت حقوقی حزب نیز لازم است. با این توضیح که شخصیت حقوقی احزاب نیز در زمان تشکیل هیئت مؤسس و امضای اساسنامه آن از لحاظ ثبوتی تشکیل می‌شود. اما تا این زمان گویی نطفه حزب شکل گرفته ولی برای موجودیت یافتن در جهان خارج و قابلیت دارا شدن حقوق و تکالیف وجود شرایط دیگری نیز ضروری است. از جمله لازم است ابتدا اساسنامه آن از طریق فرمانداری به اطلاع وزارت کشور برسد. از آنجا که قابل اجرا بودن اساسنامه از شرایط اساسی برای فعالیت حزب می‌باشد،[5] لذا زمان انتشار اساسنامه حزب در روزنامه رسمی را می‌توان به عنوان مرحله اثباتی و زمان قانونی تشکیل حزب دانست. مسئولیت کیفری احزاب نیز از این زمان مستقر می‌گردد و جرایم ارتکابی قبل از آن را نمی‌توان به شخصیت حقوقی حزب منتسب دانست.

۱. بر اساس بند ۱۲ ماده ۱ قانون نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی «اساسنامه، سند مصوب مجمع عمومی است که بیان‌کننده ساختار تشکیلاتی و ارکان و حدود وظایف و اختیارات، نحوه تعیین و تغییر اعضاء، شرایط تغییر و اصلاح مرامنامه و اساسنامه، مبنای اعتبار اسناد اداری و مالی، تعیین منابع مالی، نحوه انحلال حزب و سایر موارد مصرح در این قانون می‌باشد.»

۲. بر اساس بند ۱۲ ماده ۱ قانون نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی: «هیأت مؤسس: اشخاص حقیقی می‌باشند که امور مربوط به تأسیس و وظایف مرتبط را پیگیری نموده و برای دریافت مجوز تأسیس و پروانه فعالیت اقدام می‌نمایند.»

۳. به عنوان مثال انتهای ماده ۱۷ لایحه اصلاح قانون تجارت به زمان تشکیل شرکت‌های سهامی اشاره کرده است.

۴. شاملی، مجید، «زمان تحقق شخصیت حقوقی در شرکت‌های سهامی»، نشریه وکالت، شماره ۲۷ و ۲۸، دی‌ماه ۱۳۸۴، ص. ۵۲.

۵. همانند حکم تبصره ۲ ماده ۵ آیین‌نامه اجرایی قانون فعالیت احزاب.

۲. مبانی و ارکان مسئولیت کیفری احزاب

همان‌طور که پیش‌تر بیان گردید، احزاب دارای شخصیت حقوقی هستند و لذا هنگام نقض قوانین کیفری توسط آنها باید همانند واکنش حقوق کیفری نسبت به اشخاص حقوقی، به آنها نیز واکنش کیفری نشان داد. البته گاهی از اوقات فعالیت احزاب رنگ جرایم سیاسی را به خود می‌گیرد که در این صورت بر اساس قانون و اصول بنیادین آیین دادرسی کیفری باید به شیوه‌ای متفاوت نسبت به سایر شخصیت‌های حقوقی با آنها رفتار کرد. شخص حقوقی بودن نیز مستلزم برخورد کیفری متفاوتی با اشخاص حقیقی است. مانند مجازات‌های خاص این اشخاص که در ادامه به آنها اشاره خواهد شد.

پذیرش شخصیت حقوقی و آثار آن برای قبول مسئولیت کیفری و قابلیت انتساب فعل مجرمانه به آن کافی نیست. «به عبارتی دارا شدن حق، مستلزم قبول مسئولیت کیفری نیست و این یکی از نقاط افتراق حقوق جزا با حقوق خصوصی است.»[1] هرچند در میان حقوق‌دانان نیز برخی به مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی معتقدند و برخی نیز منکر وجود آن هستند،[2] اما گرایش غالب در اغلب کشورها به سوی پذیرش مسئولیت کیفری این اشخاص است.

در قانون اساسی مشروطیت کلمه «حزب» یا «احزاب» به کار برده نشده بود و به جای آن در اصل بیست و یکم متمم قانون اساسی از اصطلاح «انجمن‌ها و اجتماعات» بهره جستند. قوانینی که بعدها توسط مجلسین یا هیأت دولت در ارتباط با احزاب تدوین شد متأثر از این ماده بودند و بدان تصریح و استناد کردند. از آغاز مشروطیت تا انقراض رژیم سلطنتی ایران، هرچند پاره‌ای از قوانین در رابطه با احزاب تصویب شد، ولی می‌توان گفت که این قوانین اهمیت چندانی نداشتند و بیشتر در رابطه با تعیین تکلیف اموال احزابی بودند که به استناد اصل مذکور منحل گشته بودند. با این حال، در اصل بیست و ششم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اصطلاح «احزاب» و «جمعیت‌ها و انجمن‌های سیاسی» صریحاً به کار برده شد و بعدها نیز توسط هیأت دولت و مجلس شورای اسلامی قوانینی در این باره تدوین گردید، که بیانگر اهمیت تحزب در نظام جمهوری اسلامی ایران است. قانون لازم‌الاجرای کنونی «قانون نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی» است که جایگزین قانون فعالیت احزاب، جمعیت‌ها

۱. محسنی، فرید، «تحولات مسئولیت کیفری شرکت‌ها از نظر تا عمل»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵۱ و ۵۲، پاییز و زمستان ۱۳۸۹، ص. ۳۰.

۲. ر.ک: مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق فرانسه، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۸، ص. ۱۹؛ صفار، محمدجواد، شخصیت حقوقی، تهران، نشر دانا، ۱۳۸۲، ص. ۹۹.

و انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمن‌های اسلامی یا اقلیت‌های دینی شناخته‌شده مصوب ۱۳۶۰/۶/۷ شده است. قانون فوق مشتمل بر بیست‌وسه ماده و چهل‌وهشت تبصره در تاریخ ۹۴/۱۱/۴ در مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۳۹۵/۸/۸ از سوی مجمع تشخیص مصلحت نظام با تأیید بندهای (۲) و (۱۳) ماده (۱)، تبصره (۲) ماده (۷)، ماده (۸)، بند (۵) و تبصره (۵) ماده (۱۰) و تبصره (۲) ماده (۲۲) موافق با مصلحت نظام تشخیص داده شد. ضمناً اعتبار مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام ده سال است و پس از انقضاء این مدت قابل تمدید خواهد بود.

ماده ۱۸ قانون نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی برخی از فعالیت‌هایی ممنوع برای احزاب را برشمرده است. این ماده در مقام بیان تخلفات احزاب بوده و نه تعیین جرایم احتمالی برای ارتکاب توسط احزاب. با دقت در این ماده مشخص می‌گردد که برخی از موارد مذکور در این ماده (مانند دریافت هر گونه کمک مالی از بیگانگان) فی‌نفسه جرم نیستند و یا حداقل با تحقق برخی شرایط دیگر جرم به شمار می‌آیند. به عبارت دیگر این ماده در پی جرم‌انگاری برای فعالیت احزاب نبوده و اینها تخلفاتی هستند که تنها در کمیسیون ماده ۱۰ ـ که یک مرجع اداری و نه قضایی است ـ قابل رسیدگی می‌باشد.

علاوه بر قانون مذکور، در هیچ‌کدام از قوانین قبلی نیز به مسئولیت کیفری احزاب اشاره‌ای نشده و فقط به ذکر تخلفات و اعمال ممنوعه از سوی احزاب بسنده شده است. در قانون جدید، پس از ذکر تخلفات و عنوان برخی جرایم، مقرر گردیده است که تصمیم کمیسیون[1] درباره تخلفات گروه‌ها، مانع از تعقیب قضایی جرایم ارتکابی نخواهد بود و بر اساس تبصره ۳ ماده ۱۹ در مواردی که جرم مربوطه عنوان جرم سیاسی داشته باشد، این رسیدگی با حضور هیأت منصفه موضوع اصل ۱۶۸ قانون اساسی صورت می‌پذیرد.[2] در بند پ ماده ۲ قانون جرم سیاسی مصوب ۱۳۹۵ نیز به این امر تصریح

۱. ماده ۱۰ این قانون مقرر می‌دارد: «به منظور صدور پروانه جهت تشکیل حزب و نظارت بر فعالیت احزاب و انجمن‌های اقلیت‌های دینی و انجام وظایف تصریح‌شده در این قانون، کمیسیون احزاب به شرح زیر در وزارت کشور تشکیل می‌شود:
۱ـ نماینده دادستان کل کشور
۲ـ نماینده رئیس قوه قضاییه
۳ـ یک نماینده از میان دبیران کل احزاب ملی و یک نماینده از میان دبیران کل احزاب استانی دارای پروانه فعالیت بدون حق رأی
۴ـ معاون سیاسی وزارت کشور
۵ـ دو نماینده به انتخاب مجلس شورای اسلامی از بین نمایندگان داوطلب.»

۲. طبق ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی مصوب ۱۳۹۲، رسیدگی به جرایم سیاسی در صلاحیت «دادگاه کیفری یک» است که جایگزین دادگاه کیفری استان شده است.

شده است و «جرایم مندرج در بندهای (د) و (هـ) ماده (۱۶) قانون فعالیت احزاب، جمعیت‌ها، انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمن‌های اسلامی یا اقلیت‌های دینی شناخته‌شده مصوب ۱۳۶۰» از مصادیق جرم سیاسی شناخته شده است. به عبارت دیگر، قانون فعالیت احزاب کاربردی در دادگاه‌های کیفری ندارد و تنها کمیسیون ماده ۱۰ است که می‌تواند به آن رجوع کند. دلیل این مسأله آن است که «قانون نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی» فاقد هر گونه نگاه کیفری به احزاب است و تکلیفی برای مراجع قضایی در این قانون آورده نشده است. بر همین مبنا قانون‌گذار تنها وظایف و اختیارات خاصی را (به شرح ماده ۱۱) به کمیسیون ماده ۱۰ نسبت داده است. در ماده ۱۹ آمده است: «احزاب سیاسی که دارای پروانه فعالیت نهایی هستند، در صورتی‌که مرتکب تخلفات مذکور در ماده (۱۸) شوند، کمیسیون احزاب متناسب با موارد تخلف یک یا چند مورد از موارد زیر را اعمال می‌کند:

۱ـ تذکر شفاهی؛

۲ـ تذکر کتبی با ذکر دلیل و تعیین تخلف با قید محرمانه؛

۳ـ اخطار و اعلان از رسانه‌ها؛

۴ـ محرومیت از تمام یا بخشی از یارانه‌ها و کمک‌های دولتی؛

۵ـ تعلیق فعالیت حزب حداکثر به مدت سه ماه؛

۶ـ توقیف پروانه به مدت سه ماه تا یک‌سال؛

۷ـ توقیف پروانه فعالیت و تقاضای انحلال از دادگاه.»

به عبارتی، کمیسیون حق انحلال احزاب را به طور مستقل ندارد و این امر در اختیار محاکم قضایی قرار دارد. متأسفانه قانون جدید نیز فاقد هر گونه نگاه متخصصانه حقوق کیفری به احزاب است، زیرا کمیسیون ماده ۱۰ با توجه به سابقه فعالیت سی‌ساله خود و در نظر داشتن صرف تجربیات محدود به حوزه کاری کمیسیون، اصلاحاتی را در طرح گنجانده که اغلب در راستای تصمیمات و اختیارات خود کمیسیون است و با توجه به اینکه کمیسیون از اختیارات قضایی برخوردار نبوده و پیگیری جرایم احزاب قانوناً در محاکم قضایی صورت می‌گرفته است، تدوین‌کنندگان طرح اصلاح قانون احزاب، صرفاً از بُعد خاصی این طرح را تدوین نموده‌اند. لذا طبیعی است که پاسخ برخی از سئوالات جزایی را نمی‌توان در آن یافت.

بر اساس اصول کلی، جرایم احزاب نیز در محاکم قضایی رسیدگی می‌شود. اما اینکه چه کسی مسئول جرایم ارتکاب‌یافته است، در این قوانین مشخص نشده است. آیا مسئولیت کیفری بر شخصیت حقوقی حزب بار می‌شود و یا اشخاص حقیقی گرداننده احزاب و افرادی که مستقیماً در ارتکاب جرم نقش داشته‌اند، مسئول هستند؟

برای پاسخ به این سئوال در حال حاضر باید به اصول موجود در قوانین جزایی مراجعه نمود. البته قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تا حدی تکلیف را روشن ساخته است که در ادامه به آن نیز اشاره می‌شود.

اغلب جرایمی که از سوی احزاب قابلیت ارتکاب دارند، جرایم تعزیری هستند. در مورد جرایم مستوجب مجازات دیه، به خاطر ماهیت خاص این مجازات و غلبه داشتن جنبه مالی آن، مشکلی در مورد مسئول دانستن حزب وجود ندارد و با توجه به تبصره ماده ۱۴ ق.م.ا و ماده ۵۰۵ همین قانون می‌توان یک حزب را در صورت جمع بودن شرایط قانونی به پرداخت دیه محکوم نمود. در مورد جرایم مستوجب قصاص نیز تکلیف مشخص است و امکان ارتکاب جنایت و اجرای قصاص در مورد احزاب وجود ندارد؛ هرچند که اعضای حزب، در راستای اهداف حزب بتوانند مرتکب جنایت بر تمامیت جسمانی افراد شوند. در مورد جرایم مستوجب مجازات‌های حدی ابهاماتی وجود دارد که در هنگام تشریح «جرایم حزبی» و «جرایم حزبی‌شده» و به آن می‌پردازیم. در اینجا تنها به ذکر این نکته بسنده می‌کنیم که با توجه به ریشه فقهی حدود و اصول و قواعد خاص حاکم بر آنها، امکان بار نمودن مجازات جرایم حدی بر شخصیت حقوقی حزب وجود ندارد، هرچند که اعضای حزب در قبال ارتکاب آن مسئول هستند. به هر حال، طبق ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی جدید، شخص حقوقی حزب در صورتی دارای مسئولیت کیفری است که نماینده قانونی حزب به نام و یا در راستای منافع آن حزب مرتکب «جرمی» شود. مفهوم «جرمی» در این ماده اطلاق دارد و محدود به جرایم تعزیری نشده است. ولی به نظر می‌رسد امکان تحقق جرایم حدی از سوی اشخاص حقوقی منطبق با شرع و مطابق نظر مقنن نباشد، چراکه این جرایم ریشه در منابع فقهی دارند و برای ایجاد حکم جدید در آنها نیاز به نص یا حداقل فتوای فقهای معاصر است. شایسته است که قانون‌گذار، امکان ارتکاب جرایم مستوجب حد از سوی اشخاص حقوقی را صراحتاً مشخص نماید.

سئوال دیگری که باید به آن پاسخ گفت این است که آیا اساساً لزوم یا ضرورتی بر شناسایی مسئولیت کیفری احزاب وجود دارد؟ در ادامه به این بحث می‌پردازیم.

۲ـ۱. ضرورت شناسایی مسئولیت کیفری احزاب

با توجه به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، در وجود مسئولیت کیفری برای شخصیت حقوقی حزب تردیدی وجود ندارد. اما قبل از بررسی احکام آن، جواب دادن به این سئوال بسیار مهم است که آیا لزومی بر بار کردن مسئولیت بر خود شخصیت حقوقی حزب وجود دارد؟ یک نظر این است که با توجه به اینکه تحزب یکی از

مهم‌ترین ابزارها برای نیل به جامعه سیاسی مردم‌سالار و ضامن توسعه سیاسی و پیشرفت کشور است، افراد نمی‌توانند در پوشش احزاب برای نیل به مقاصد شخصی خود و رسیدن به اهداف سیاسی و غیرسیاسی از مجاری غیرقانونی گذر کرده و از مسئولیت کیفری بگریزند. لذا در صورت وقوع جرم تنها اشخاص حقیقی هستند که بایستی تاوان اعمال خود را بپردازند. نظر متصور دیگر این است که شخصیت حقوقی حزب جدای از شخصیت اشخاص تشکیل‌دهنده آن است. همان‌طور که موفقیت‌های یک حزب در عرصه سیاسی برای خود حزب شناخته می‌شود، نه اعضای آن و حتی اغلب ارتکاب جرم نیز در راستای اهداف سیاسی حزب صورت می‌پذیرد، بهتر است که خود شخصیت حقوقی حزب مسئول کیفری قلمداد شود، زیرا اراده افراد یک حزب با هم ادغام شده و تصمیمی که در نهایت گرفته می‌شود، برخاسته از نهاد حزب است. به علاوه، جرایم حزبی دارای انگیزه سیاسی بوده و چه‌بسا اعمالی این‌چنین که از یک حزب سر می‌زند، مورد قبول حامیان و توده‌های مردمی پشتیبان آن باشد. از این رو بایستی نسبت به آنان نگاهی ملایم‌تر داشت. این دیدگاه باعث ایجاد انگیزه برای افزایش فعالیت‌های حزبی و تحزب‌گرایی در جامعه می‌شود که بی‌گمان عامل مؤثری در توسعه نظام سیاسی و پیشرفت کشور است. نظر دیگر که شاید بهتر از این دو باشد این است که قائل به تفکیک باشیم که در ادامه به بررسی آن می‌پردازیم. البته این نظر صرفاً یک پیشنهاد برای منطبق کردن مسئولیت کیفری مستقیم احزاب با مبانی حقوق اسلامی و حقوق موضوعه می‌باشد و در مواد قانونی همه جزئیات این نظر وجود ندارد، هرچند قانون‌گذار می‌تواند این شیوه را با تصویب در قوانین مربوطه در پیش بگیرد.

نقش کلیدی احزاب در کنترل قدرت در جامعه و لزوم تداوم حیات حزب به عنوان یکی از مؤلفه‌های حیاتی در شناسایی احزاب، ضرورت تفکیک مسئولیت حزب از مسئولیت اعضای آن را می‌طلبد. از آثار این تفکیک، توجه به مرتبه سازمانی اعضای حزب است. تفاوت اعمال «گردانندگان حزب» به عنوان قوه عاقله و هدایت‌گر شخصیت حقوقی و «اعضای معمولی» که از دستورات مدیران پیروی می‌کنند و مجری منویات آنان هستند، بایستی موجب تفاوت امکان مسئول دانستن شخصیت حقوقی حزب شود. چنانچه ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی جدید را مبنای مسئولیت کیفری حزب بدانیم، این مهم برآورده نخواهد شد. توضیح اینکه «قانون‌گذار در مقام اعمال مسئولیت نیابتی، هیچ تلاشی برای تفکیک بین مرتبه سازمانی نمایندگان شخص حقوقی نکرده است، حال آنکه بین رفتار مدیران و نمایندگان معمولی تفاوت وجود دارد. اهتمام به جایگاه این دو گروه به اعتبار آثاری که در پی دارد، حائز اهمیت است. از جمله چنانچه نماینده معمولی شخص حقوقی، مقررات را نقض کند، مدیران قادرند با اثبات اینکه

کوشش لازم را برای جلوگیری از ارتکاب جرم به خرج داده‌اند، موجبات تبرئه شخص حقوقی را فراهم سازند.»[1] شورای اروپا نیز در اصول راهنمای خود، خطاب به کشورهای عضو به این موضوع تصریح نموده است.[2]

قانون‌گذار انگلستان در فصل بیستم از «قانون احزاب سیاسی، انتخابات و همه‌پرسی‌ها، مصوب سال ۲۰۰۰»[3] به این مطلب توجه داشته و در مورد جرایم و تخلفات احزاب به تفکیک بین مسئولیت حزب، گردانندگان اصلی و اعضای عادی آن پرداخته است.

۲ـ۲. نظریه مسئولیت کیفری احزاب سیاسی

به منظور تبیین مسئولیت کیفری احزاب سیاسی، جرایم سرزده از یک حزب را می‌توان به دو دسته «جرایم حزبی» و «جرایم حزبی‌شده» تقسیم نمود. جرایم حزبی جرایمی هستند که یا تنها از سوی نهاد حزب قابل ارتکاب هستند و یا اینکه در راستای اهداف اصیل حزب که در مرامنامه و اساسنامه آمده باشند، ارتکاب یافته و خالی از هر گونه خشونت باشند. به عبارتی این جرایم از مصادیق بارز «جرم سیاسی» هستند. اما جرایم حزبی‌شده جرایمی هستند که در پوشش احزاب ارتکاب یافته‌اند و هیچ‌گونه ملازمه‌ای با اهداف مشروع احزاب نداشته و نیز منطبق با تعریف جرایم سیاسی نباشد. اما اکثر حقوق‌دانان ویژگی‌های خاصی را برای جرایم سیاسی قبول کرده‌اند، از جمله داشتن هدف کاملاً سیاسی، عاری بودن از خشونت و متوجه بودن جرم نسبت به دولت.[4]

طبق این نظر «جرایم حزبی» جرایمی هستند که در مورد آنها امکان حمل مسئولیت کیفری بر شخصیت حقوقی وجود دارد. در حالی‌که در «جرایم حزبی‌شده» تنها اشخاص حقیقی دخیل در ارتکاب جرم را می‌توان مسئول دانست. بر این اساس جرایمی که مستلزم مجازات قصاص، دیات و حدود هستند و یا مشتمل بر ویژگی خشونت می‌باشند، به طور کلی یا قابل انطباق با عنوان جرایم حزبی نیستند و یا اصولاً از سوی شخصیت حقوقی حزب قابل ارتکاب نیستند تا بتوان مسئولیت کیفری را بر حزب بار کرد. بنابراین، در این موارد مسئولیت کیفری متوجه اشخاص حقیقی خواهد بود. البته باید توجه داشت که در مواقعی که شخص حقوقی حزب مجازات می‌گردد،

۱. شریفی، محسن؛ حبیب‌زاده، محمدجعفر؛ عیسایی‌تفرشی، محمد؛ و محمد فرجیها، «انتساب مسئولیت کیفری به اشخاص حقوقی در نظام کیفری ایران و انگلستان»، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۶، پاییز و زمستان ۱۳۹۲، ص. ۶۸.

2. Wells, Celia, Corporation and Criminal Responsibility, 2nd edition, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 122.

3. Political Parties, Elections and Referendums Act 2000, Parliament of the United Kingdom.

۴. برای اطلاعات بیشتر ر.ک: زراعت، عباس، جرم سیاسی، چاپ اول، تهران، انتشارات ققنوس، ۱۳۷۷، ص. ۲۸.

چنانچه اشخاص حقیقی با سوءنیت و انگیزه‌های مجرمانه در ورای شخصیت حقوقی حزب مرتکب جرم شده باشند، این امر نباید مانعی برای مسئول دانستن اشخاص حقیقی مرتکب جرم باشد. زیرا هم منافع سوء خود را پیگیری کرده‌اند و هم به رشد و توسعه فعالیت‌های حزبی و تحزب آسیب رسانده‌اند. در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز بر این امر تأکید شده است.

بنابراین تفاوت ویژگی‌های جرایم حزبی و حزبی‌شده را می‌توان به شکل زیر بیان کرد:

در جرایم حزبی، ماهیت جرم سیاسی است؛ انگیزه جرم سیاسی است؛ تنها از سوی احزاب قابلیت ارتکاب دارند و یا در راستای اهداف اصیل حزب که در مرامنامه و اساسنامه آمده باشند ارتکاب می‌یابند؛ خالی از هر گونه خشونت می‌باشند؛ گردانندگان اصلی حزب دستور ارتکاب جرم را می‌دهند یا از وقوع جرم مطلع هستند؛ و انگیزه‌های شخصی در ارتکاب جرم بی‌تأثیر است و یا اینکه در درجات بعد از مناسبات سیاسی قرار دارد. اما در جرایم حزبی‌شده، یک یا چند مؤلفه از موارد مذکور موجود نیست. در مورد ارتداد ممکن است شبهه‌ای وجود داشته باشد. کما اینکه مواردی از این قبیل در تاریخ انقلاب اسلامی نیز قابل بررسی است. در این خصوص باید گفت که هرچند در قانون مجازات سابق و جدید ارتداد مورد تصریح قرار نگرفته است، ولی بر اساس ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در مورد حدودی که در قانون ذکر نشده است (ازجمله ارتداد) طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی عمل می‌شود. به عبارتی ارتداد به طور غیرمستقیم جرم‌انگاری شده است و می‌توان با رجوع به منابع فقهی معتبر مجازات و احکام ارتداد را تعیین نمود.

اما به نظر می‌رسد این مورد نیز از «جرایم حزبی» به شمار نمی‌آید، زیرا طبق ماده تبصره ۵ ماده ۲ قانون فعالیت احزاب، احزاب باید صراحتاً التزام خود را به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اساسنامه و مرامنامه خود ذکر کنند. بنابراین، نفی ضروریات دین مبین اسلام پس از تشکیل حزب مغایر با اساسنامه و مرامنامه حزب تأسیس‌شده خواهد بود و این امر باعث می‌شود تا ارتداد با تعریفی که از «جرایم حزبی» عنوان کردیم، همخوانی نداشته باشد. از سوی دیگر، ارتداد در زمره جرایم سیاسی نیست. در قانون جرم سیاسی مصوب ۱۳۹۵ نیز به ارتداد اشاره نشده و حتی با تعریف جرم سیاسی در ماده ۱ و مصادیق جرم سیاسی در ماده ۲ این قانون نیز سازگار نیست. بنابراین، در این مورد نیز اشخاص حقیقی پاسخگوی اعمال و رفتار خود خواهند بود، هرچند که می‌توان احزاب چنین افرادی را توسط اقدامات تأمینی و یا اختیار دادگاه با تقاضای کمیسیون ماده۱۰ منحل نمود. انحلال حزب از این طریق به عنوان

مجازات شخصیت حقوقی حزب نخواهد بود و جدای از مسئولیت کیفری مستقل حزب، اعمال خواهد شد.

اما در مورد «جرایم حزبی» که همگی تحت عنوان تعزیرات قرار دارند، با توجه به بنیادهای حقوقی که در این جرایم کاربرد دارند، ازجمله نهاد تبدیل مجازات، مسئولیت کیفری ناشی از فعل غیر و تفاوت رسیدگی در جرایم سیاسی با جرایم عادی، هیچ‌گونه منعی برای مسئول دانستن شخص حقوقی حزب نداریم. قانون مجازات اسلامی جدید نیز مشکل انتخاب مجازات خاص برای شخصیت حقوقی حزب را برطرف کرده است. هرچند که مجازات‌های مذکور تناسب زیادی با احزاب به عنوان یک شخص حقوقی خاص و متفاوت از سایر اشخاص حقوقی ندارد.

از لحاظ نظری، مشکل عنصر معنوی را نیز می‌توان با تمسک به نظریات طرفداران مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی حل نمود.[1] از نظر وجود قصد در احزاب باید از «اراده جمعی» در مورد آنها نام برد که همچون اراده فردی می‌تواند خطا کند. بی‌تردید اشخاص حقوقی چون اشخاص حقیقی و به مانند ایشان عمل فیزیکی خارجی که مبین تجلی اراده مجرمانه آنها باشد انجام نمی‌دهند، اما چون محرک در فعالیت‌های مادی هستند، می‌توان آنها را به عنوان «فاعل حقیقی» یا در برخی موارد تحت عنوان «معاون» شناسایی کرد. ممکن است ایراد شود که این مسأله به اصل شخصی بودن جرایم خلل وارد می‌کند. اما چنین نیست. زیرا همچنان که عنوان شد، اراده فردی جای خود را به اراده جمعی می‌دهد. احزاب توسط اعضایی که دارای اراده و اختیار آزاد هستند (به عنوان مثال اعضای هیأت رهبری یا اجرایی) اداره می‌شوند که شخص حقوقی حزب بالتبع دارای چنین اراده‌ای است و باید پاسخگوی اعمال خود باشد. لذا شخص حقوقی حزب در صورت ارتکاب جرم دارای مسئولیت کیفری است.

همچنین می‌توان به «نظریه مسئولیت کلی‌نگر» که طرفداران مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی ارائه نموده‌اند، اشاره کرد که از دیدگاه آنان به مبنایی برای مسئولیت مستقیم و مستقل اشخاص حقوقی بدل شده است. «بر مبنای این نظریه، یک شخص حقوقی می‌تواند باعث ایجاد یک محیط خطرناک گردد که جرایم در آن قابلیت ارتکاب دارند و در چنین حالتی اشخاص حقوقی مستقیماً در مقابل چنین اعمال مجرمانه‌ای مجازات می‌شوند.»[2]

در شرایط کنونی و با توجه به قوانین حاکم، به نظر می‌رسد تدوین‌کنندگان لایحه قانون احزاب با سکوت خود نخواسته‌اند که خود را درگیر این مسائل کنند و مسئولیت

۱. ر.ک: فرج‌اللهی، رضا، جرم‌شناسی و مسئولیت کیفری، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹، ص. ۲۹.
2. Delmas Marty, Mireille, Droit Penal Des Affaires, Partiene General, Tome 1, Pfi, 1996, p. 122.
به نقل از همان، ص. ۱۸۳.

کیفری در مورد احزاب را به سکوت نهاده‌اند. بر اساس اصل برائت، تا زمانی که قانون‌گذار مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را جداگانه به رسمیت نشناخته است، نمی‌توان بر مسئول بودن آنها حکم صریح نمود. اما همان‌گونه که اشاره کردیم، در اقدامی مثبت در قانون مجازات اسلامی جدید، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی شناسایی شده است. ماده ۱۴۳ این قانون که در این رابطه است، فقط تا حدی منطبق با نظر ارائه‌شده ما برای تبیین مسئولیت کیفری احزاب است. گفتیم که «جرایم حزبی» جرایمی هستند که یا تنها توسط نهاد حزب قابل ارتکاب هستند و یا اینکه در راستای اهداف اصیل حزب که در مرامنامه و اساسنامه آمده باشند، ارتکاب یافته و خالی از هر گونه خشونت باشند؛ لذا اکثر مواردی که طبق این قانون مسئولیت کیفری بر شخصیت حقوقی حزب تحمیل می‌شود، همان «جرایم حزبی» می‌باشند. زیرا جرایم حزبی در هر حال در راستای اهداف حزب ارتکاب می‌یابد. «جرایم حزبی‌شده» نیز جرایمی هستند که خود شخص حقیقی بار مسئولیت آن را به دوش خواهد کشید. البته همان‌گونه که قبلاً توضیح دادیم، در مواردی که شخص حقوقی حزب مجازات می‌شود، این امر نباید مانع مسئولیت کیفری اشخاص حقیقی مرتکب جرم باشد و در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی جدید نیز به درستی به این امر اشاره شده است. با این حال با توجه به اینکه در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی جدید، بر خلاف ماده ۱۹ قانون جرایم رایانه‌ای، برای مسئولیت کیفری شخص حقوقی، ارتکاب جرم به نام «یا» در راستای منافع آن کافی است، بنابراین در مواردی احکام مستنبط از ماده ۱۴۳ برای بار کردن مسئولیت کیفری بر حزب با آنچه مدنظر ما در مورد جرایم حزبی یا حزبی‌شده است ـ در جایی‌که شخص حقیقی تنها «به نام» حزب مرتکب جرم می‌شود ـ تفاوت دارد. زیرا ممکن است یک فرد، اعمالی خشونت‌بار را ـ که در واقع خارج از مصادیق جرم حزبی است و در آن کیفر دادن شخصیت حقوقی حزب ناموجه می‌نماید ـ به نام حزب سیاسی خود مرتکب شود و حتی این اعمال در راستای منافع آن حزب هم نباشد. وجهه و اعتبار نام یک حزب، نقاب مناسبی برای انجام فعالیت‌های مجرمانه خواهد بود و ممکن است مورد استفاده اعضای عادی و سودجوی احزاب گردد که تنها با انگیزه‌های سوء به عضویت احزاب در آمده باشند. به عنوان مثال فردی از اعضای یک حزب به نام حزب و بدون اطلاع گردانندگان حزب اقدام به قاچاق انسان نماید. یا فعالیت‌های سودآور مجرمانه‌ای را به نام حزب و با انگیزه شخصی انجام دهد که هیچ مناسبتی با اهداف حزب در اساسنامه و مرامنامه آن نداشته باشد. این اعمال درست همان جرایم حزبی‌شده هستند که در لوای وجهه و اعتبار یک حزب سیاسی ارتکاب می‌یابند. در این حالت طبق ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی، شخصیت حقوقی حزب نیز مجازات خواهد شد. با توجه به مطالبی که گذشت، این نوع برخورد با جرایم سرزده از فعالان حزبی با مصالح تحزب سازگار نیست.

شاید بهتر است که کلمه «یا» از متن این ماده حذف شود و همانند ماده ۱۹ قانون جرایم رایانه‌ای رفتار شود.[۱] هرچند که این تغییر باعث سهل‌گیری در مورد اشخاص حقوقی جرم‌ساز می‌شود. قانون‌گذار نیز در زمان تصویب این قانون به اشخاص حقوقی عادی (مخصوصاً تجاری) که معمولاً در ارتکاب جرایم نقش پررنگی دارند، توجه داشته است و کمتر به اشخاص حقوقی خاص مانند احزاب توجه نموده است که ارتکاب جرم از ناحیه آنها کم‌بسامد است. اما باز هم این راهکار مشکل ما را حل نخواهد کرد، چراکه ممکن است جرمی هم در راستا و هم به نام شخصیت حقوقی حزب ارتکاب یابد ولی با تعریفی که از جرایم حزبی ارائه گردید، هماهنگ نباشد. به نظر می‌رسد که شایسته است به علت خاص بودن این شخصیت‌های حقوقی و ارتباط اغلب جرایم احزاب با قواعد و احکام مربوط به جرایم سیاسی، مسئولیت کیفری آنها بر مبنای ماهیت سیاسی این جرایم به صورت جداگانه تبیین شود.

دلیل دیگر بر لزوم قانون‌گذاری افتراقی در مورد مسئولیت کیفری و جرایم و مجازات‌های احزاب آن است که از یک‌سو «امروزه احزاب سیاسی در غالب کشورهای جهان دارای منابع عظیم مالی و غیرمالی بوده و بعضاً از اقتدارات و اختیارات فوق‌العاده‌ای برخوردارند. این وضعیت تا بدان جا توسعه یافته که حتی انواع بزهکاری این احزاب نیز همگام با تحولات مدرن، تغییر شکل داده است و در قالب بزهکاری سازمان‌یافته و بعضاً مافیایی نمود می‌یابد.»[۲] از سوی دیگر، حساسیت نقش احزاب در توسعه سیاسی کشور و لزوم «تداوم حیات حزب، جدای از گردانندگان حزب» بر لزوم تحدید امکان مسئول شناختن احزاب تأکید می‌کند. لزوم تحدید مسئولیت در این مورد تا جایی است که کشورهایی مانند اتریش و لتونی و مقدونیه برای احزاب مصونیت از تعقیب قائل هستند.[۳] همچنین، توان مالی بالای احزاب و انگیزه‌های سیاسی آنها فارغ از مسائل اقتصادی باعث می‌شود که سودمندی مجازات‌های معمول برای اشخاص حقوقی، که بیشتر متناسب با طبع تجاری و اقتصادی آنها تبیین می‌شود، در مورد احزاب صدق نکند. این امر دلیل دیگری بر لزوم قانون‌گذاری افتراقی در مورد احزاب و لزوم تبیین مجازات‌های متناسب با خود آنهاست. در نتیجه، در شرایط کنونی، به نظر می‌رسد که ملاک ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ جهت تعریف مسئولیت کیفری برای احزاب سیاسی چندان با ماهیت سیاسی فعالیت آنها و خاص

۱. جهت دیدن نظر موافق با تبدیل «یا» به «و» ر.ک: شریفی، محسن؛ و همکاران، منبع پیشین، ص. ۸۶.

۲. غلامی، حسین، «بررسی جرایم احزاب سیاسی در حقوق کیفری ایران»، فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست، سال دوازدهم، شماره ۳۰، پاییز ۱۳۸۹، ص. ۱۷۱.

3. See: Federal Act on the Financing of Political Parties (Political Parties Act 2012 [Parteiengesetz 2012]).
Federal Law Gazette I No. 56/2012. & POLITICAL PARTIES ACTs, Official Gazette of the Republic of Macedonia" no. 76/2004, 5/2007, 8/2007, 5/2008.

بودن شخصیت حقوقی آنها سازگار نیست و بهتر است که در لایحه قانون احزاب اقداماتی در این جهت انجام شود.

۲ـ۳. عدم تناسب مجازات‌های مذکور در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با مسئولیت کیفری احزاب

مستند قانونی موجود برای مجازات احزاب، ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ است و چنانچه احزاب را طبق همین ماده کیفر دهیم، مجازات این اشخاص حقوقی بر مبنای ماده ۲۰ این قانون اعمال خواهد شد. با توجه به طبیعت متفاوت احزاب و سایر اشخاص حقوقی مانند شرکت‌های تجاری -که در نگارش ماده ۱۴۳ کانون توجه بوده‌اند- متأسفانه علاوه بر اینکه قوانین جاری، در مورد مسئولیت کیفری احزاب مناسب نیست، مجازات‌های پیش‌بینی شده نیز نامتناسب است. در ماده ۲۰ این قانون آمده است: «در صورتی‌که شخص حقوقی بر اساس ماده (۱۴۳) این قانون مسئول شناخته شود، با توجه به شدت جرم ارتکابی و نتایج زیان‌بار آن به یک تا دو مورد از موارد زیر محکوم می‌شود، این امر مانع از مجازات شخص حقیقی نیست:

الف ـ انحلال شخص حقوقی

ب ـ مصادره کل اموال

پ ـ ممنوعیت از یک یا چند فعالیت شغلی یا اجتماعی به طور دائم یا حداکثر برای مدت پنج سال

ت ـ ممنوعیت از دعوت عمومی برای افزایش سرمایه به طور دائم یا حداکثر برای مدت پنج سال

ث ـ ممنوعیت از اصدار برخی از اسناد تجاری حداکثر برای مدت پنج سال

ج ـ جزای نقدی

چ ـ انتشار حکم محکومیت به وسیله رسانه‌ها

تبصره ـ مجازات موضوع این ماده، در مورد اشخاص حقوقی دولتی و یا عمومی غیردولتی در مواردی که اعمال حاکمیت می‌کنند، اعمال نمی‌شود.»

در این ماده نکاتی وجود دارد. در لایحه قانون مجازات اسلامی متن این ماده به صورت دیگری بود و به جای عبارت «این امر مانع از مجازات شخص حقیقی نیست» عبارت «علاوه بر مجازات شخص حقیقی، درباره مرتکب جرم» به کار رفته بود که گویای این مطلب است که مجازات شخص حقیقی در هر صورت بر وی اعمال خواهد شد. کما اینکه در ماده ۱۴۳ نیز آمده است که در مسئولیت کیفری، اصل بر مسئولیت شخص حقیقی است و این به معنای شناسایی مسئولیت کیفری مستقل برای اشخاص

حقوقی نیست. هرچند عبارت «مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی مانع مسئولیت اشخاص حقیقی مرتکب جرم نیست» که در ماده ۱۴۳ آمده است، درست می‌باشد و در هر حال لزوم مجازات شخص حقیقی از آن برداشت نمی‌شود؛ اما متن ماده ۲۰ به گونه‌ای نگارش یافته بود که این لزوم را به ذهن متبادر می‌ساخت. شاید به همین جهت این ماده اصلاح شده و عبارت جدید که منطبق با ماده ۱۴۳ آن قانون است در متن ماده آورده شد. به نظر می‌رسد که در برخی از موارد، خصوصاً در مورد فعالیت‌های حزبی، بایستی این تلازم وجود نداشته باشد و به مجازات شخص حقوقی بسنده نمود و همیشه این‌گونه نباشد که با مجازات شخص حقوقی، اشخاص حقیقی نیز مجازات گردند. شناسایی مسئولیت کیفری مستقل برای احزاب به رشد و توسعه تحزب و به افزایش فعالیت‌های حزبی کمک می‌کند. از سویی دیگر، گاهی در عمل لزوم این استقلال احساس می‌شود. هرچند با قرائتی ضعیف از متن ماده ۲۰ مذکور در لایحه اولیه قانون مجازت اسلامی هم می‌شد عدم ملازمه مسئولیت شخص حقیقی را نیز برداشت کرد. اما در اقدامی مثبت، در نگارش این ماده تجدیدنظر شد و به عبارت انتهای ماده ۱۴۳ بسنده شد، تا این قاضی باشد که تشخیص دهد در چه مواردی شخص حقیقی همراه با شخص حقوقی مجازات شود. شاید گفته شود که این کار به افزایش قدرت قاضی و اختیار او در مجازات و عدم مجازات شخص حقیقی منتج خواهد شد، اما این‌گونه نیست؛ زیرا ارکان و شرایط مسئولیت کیفری اشخاص حقیقی در قانون مشخص شده است.

انحلال شخص حقوقی و مصادره اموال آن دارای شرایط خاصی است که در ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی ذکر شده است: «انحلال شخص حقوقی و مصادره اموال آن زمانی اعمال می‌شود که برای ارتکاب جرم به وجود آمده یا با انحراف از هدف نخستین، فعالیت خود را منحصراً در جهت ارتکاب جرم تغییر داده باشد». در مورد انحلال احزاب در قانون فعالیت احزاب شرط خاصی ذکر نشده و تنها انحلال آن به دادگاه واگذار شده است. در نتیجه برای انحلال احزاب دادگاه بایستی شرایط مذکور در ماده ۲۲ را در نظر بگیرد. این ماده برای شخصیت‌های حقوقی، مخصوصاً برای احزاب، حاوی نتایج مفیدی است. زیرا باعث تداوم عمر حزب شده و دست قضات را در پایان دادن به عمر احزاب کوتاه می‌کند. این تداوم از ویژگی‌های بارز حزب در علوم سیاسی مطرح شده است.[1] همچنین این ماده به درستی مواردی را ذکر کرده که انحلال حزب در این شرایط کاملاً منطقی جلوه کند.

۱. برای اطلاعات بیشتر، ر.ک: رحیمی، حسین، «نقش احزاب در توسعه سیاسی و امنیت ملی»، فصلنامه مطالعات راهبردی، دوره ۲، شماره ۴، تابستان ۱۳۷۸، ص. ۱۴۶.

بند سوم این ماده عام‌ترین مجازاتی را ذکر می‌کند که در مورد احزاب می‌توان به کار بست. مدت محرومیت می‌بایستی متناسب با جرم ارتکاب‌یافته و شرایط و اوضاع و احوالی باشد که جرم در آن ارتکاب یافته است. تدوین‌کنندگان قانون مجازات جدید، عبارت «یک یا چند فعالیت» را به کار برده‌اند، زیرا ممنوعیت از تمامی فعالیت‌ها به گونه‌ای همان انحلال حزب می‌باشد. باید توجه داشت که در مورد اعمال این بند در مورد احزاب نبایستی فعالیت‌های بنیادی احزاب که حیات حزب در گرو آن است را به طور دائم از حزب سلب نمود. به عنوان مثال نمی‌توان در راستای این بند، یک حزب را از مشارکت در انتخابات به طور دائمی محروم نمود، زیرا اساسی‌ترین هدف یک حزب شرکت در انتخابات برای کسب قدرت است و محرومیت از این فعالیت فرق چندانی با انحلال حزب ندارد و انحلال در بند اول ماده ۲۰ ذکر شده و در ماده ۲۲ مشروط به وجود شرایط خاصی شده است. بند چهارم و پنجم ماده ۲۰ بیشتر مربوط به اشخاص حقوقی تجاری می‌باشد. در بند ششم به جزای نقدی اشاره شده که معمول‌ترین مجازات اشخاص حقوقی در نظام‌های حقوقی است. برای اعمال مجازات نقدی نیز حد و معیاری تعیین شده که در ماده ۲۱ همین قانون آمده است. طبق این ماده: «میزان جزای نقدی قابل اعمال برای اشخاص حقوقی دو برابر و حداکثر چهار برابر مبلغی است که در قانون برای ارتکاب همان جرم به وسیله اشخاص حقیقی تعیین می‌شود». طبق ماده ۱۹ همین قانون نیز میزان جزای نقدی برای اشخاص حقیقی با توجه به درجه جرم تعزیری مشخص شده است. پس قاضی برای محاسبه جزای نقدی اشخاص حقوقی بایستی به ماده ۱۹ مراجعه کند. به نظر می‌رسد که جزای نقدی به عنوان مجازات برای احزاب چندان مفید نباشد، زیرا از یک سو احزاب معمولاً به منابع مالی گسترده‌ای متصل هستند و از سوی دیگر میزان جزای نقدی با توجه به سقفی که ماده ۲۱ برقرار نموده است، مبلغ بالایی نخواهد بود تا باعث ایجاد فشار بر روی احزاب گردد. به نظر می‌رسد که مناسب‌ترین مجازات برای احزاب بند دوم (ممنوعیت از یک یا چند فعالیت شغلی یا اجتماعی به طور دائم یا حداکثر برای مدت پنج سال) و بند هفتم این ماده (انتشار حکم محکومیت به وسیله رسانه‌ها) می‌باشد. مسأله مهم دیگر این است که چه جرمی چه مجازاتی دارد. این مسأله را باید با توجه به عبارت «با توجه به جرم ارتکابی و نتایج زیان‌بار آن» در متن ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی حل نمود. احتمال اول این است که درجات هشت‌گانه مجازات تعزیری در اینجا ملاک قرار گرفته شود. علاوه بر مشکلات اجرا نمودن این فرضیه (برای مثال: عدم انطباق جرایم اشخاص حقیقی و حقوقی و ناکارآمد بودن درجات هشت‌گانه در انتخاب مجازات‌های مذکور در ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی) به نظر می‌رسد که عبارت «با توجه به جرم ارتکابی و نتایج

زیان‌بار آن» این امر را مدنظر ندارد و اختیار تعیین مجازات به طور کامل بر عهده قاضی نهاده شده است. در این صورت، قانون‌گذار علاوه بر دادن اختیارات فراوان به قضات هیچ ملاک مشخصی در دسترس آنها قرار نداده است. عبارات «جرم ارتکابی» و «نتایج زیان‌بار آن» نیز مبهم هستند. به نظر می‌رسد منظور از جرم ارتکابی، نوع جرم و اگر تعزیری باشد درجه مجازات آن جرم باشد. عبارت «نتایج زیان‌بار جرم» بسیار مبهم‌تر می‌باشد و معلوم نیست که قانون‌گذار چه نوع نتایجی را مدنظر داشته است. آیا تنها نتایج مادی مدنظر است و یا اینکه نتایج غیرمادی از جمله سیاسی، اجتماعی را نیز شامل می‌شود. در هر صورت تخمین آثار، یک امر نسبی است و از هر قاضی به قاضی دیگر ممکن است میزان آن نوسان شدیدی پیدا کند. با این حال، بهتر است که قانون‌گذار مجازات‌های اشخاص حقوقی را نیز مانند اشخاص حقیقی درجه‌بندی کند تا انتخاب مجازات و کیفرگذاری، که امری بسیار حساس است، برای دادگاه آسان‌تر باشد. این کار باعث می‌شود که اهداف مجازات نیز بهتر حاصل شود.

نتیجه‌گیری

با توجه به اهمیت حزب در جامعه به‌ویژه برای توسعه سیاسی و فرهنگی و اصل آزادی فعالیت احزاب و نقش احزاب در تحولات سیاسی اجتماعی جامعه، تدوین قوانین منسجم و همه‌جانبه نگر در مورد فعالیت احزاب هم می‌تواند مسیر رشد و ترقی احزاب را فراهم آورد و هم آنها را در مسیر صحیح و سازنده حرکت دهد. فارغ از اهمیت احزاب تا کنون قوانین جامعی در این خصوص تهیه نگردیده است. قوانین موجود نیز خالی از نگاه متخصصانه حقوق کیفری نسبت به احزاب بوده است.

هرچند مسئولیت کیفری احزاب مسئله مهمی است که با سؤال‌ها، موانع و راهکارهای متنوّعی مواجه است ؛ ولی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲به نحو مستقل مورد بحث قرار نگرفته و لذا صرفاً در قالب مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی قابل پیگیری می‌باشد. بر اساس قانون مجازات اسلامی جدید، در مواردی که جرم در راستای اهداف و یا به نام احزاب انجام گرفته باشد می توان احزاب را به یک یا دو مورد از مجازات‌های مذکور در ماده‌ی ۲۰ این قانون محکوم کرد. اما این احکام جهت تبیین مسئولیت کیفری احزاب کافی نیست. زیرا هرچند انتساب مسئولیت کیفری به شخصیت حقوقی حزب امکان‌پذیر گردیده است و از این جهت در پاره‌ای از موارد مفید می‌باشد ولی در برخی دیگر از موارد از جهت اجرایی و نیز ملاحظات جرم شناسانه قابل تأمل است. به همین دلیل در این مقاله تلاش گردید با تفکیک بین عناوین «جرایم حزبی» و «جرایم حزبی‌شده»، راهکاری برای نحوه‌ی تعیین مسئولیت کیفری احزاب ارائه گردد.

در اغلب کشورها، احزابی که اعضای آن مرتکب جرایم می‌شوند، عملاً در یک روند صرفاً سیاسی و نه حقوقی از عرصه‌ی سیاسی حذف می‌گردند. این امر به خاطر فقدان قوانین کیفری در مورد احزاب و گرایش دولت‌ها به سکوت و ابهام‌گذاری در این عرصه است. در ایران، هرچند امکان کیفر دادن و مسئول دانستن حزب با توجه به مواد قانونی مختلف وجود دارد و تصویب نهایی قانون مجازات اسلامی جدید نیز راه را برای این امر هموارتر ساخته است؛ اما چنانچه ملاک عمل قانون مجازات اسلامی باشد، علاوه بر مواردی که شخصیت حقوقی حزب به ناچار پاسخگوی جرم خواهد بود، باز هم اصل بر مجازات اشخاص حقیقی است و مجازات اشخاص حقوقی فرع بر مسئول دانستن اشخاص حقیقی است. به نظر می‌رسد که این رویه قابل تأمل می‌باشد و بهتر است بین مسئولیت کیفری اشخاص حقیقی و حقوقی ـ خصوصاً در مورد فعالیت‌های حزبی ـ تفکیک صورت پذیرد. اولین گام برای نیل به چنین مقصودی شناسایی و تعریف جرایم حزبی و جرایم حزبی شده و نیز تعریف جرایم سیاسی می‌باشد. بر این اساس لازم است

ضمن توجه به مبـانی نظـری مسـئولیت کیفـری اشـخاص حقـوقی در قـانون مجـازات اسلامی، قانون احزاب از منظر حقوق کیفری صرف، مورد توجّه قرار گیـرد و مسـئولیت کیفری احزاب بر این پایه تنظیم گردد.

منابع

- پاسبان، محمدرضا، حقوق شرکت‌های تجاری، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۹.
- تبریزی‌نیا، حسین، علل ناپایداری احزاب سیاسی در ایران، تهران، نشر بین‌الملل، ۱۳۷۱.
- خرمی، قاسم، توسعه‌نیافتگی فرهنگ سیاسی و ناکارآمدی احزاب سیاسی ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۷.
- دلاوری، ابوالفضل، «زمینه‌های ناپایداری احزاب سیاسی»، فصلنامه نقد و نظر، شماره سوم و چهارم، ۱۳۷۵.
- رحیمی، اکرم، موانع ساختاری نظام استبدادی و شکست احزاب سیاسی ایران پایان‌نامه کارشناسی ارشد علوم سیاسی، سازمان برنامه و بودجه، ۱۳۷۵.
- رحیمی، حسین، «نقش احزاب در توسعه سیاسی و امنیت ملی»، فصلنامه مطالعات راهبردی، دوره ۲، شماره ۴، تابستان ۱۳۷۸.
- زراعت، عباس، جرم سیاسی، چاپ اول، تهران، انتشارات ققنوس، ۱۳۷۷.
- شاملی، مجید، «زمان تحقق شخصیت حقوقی در شرکت‌های سهامی»، نشریه وکالت، شماره ۲۷ و ۲۸، دی‌ماه ۱۳۸۴.
- شریفی، محسن؛ حبیب‌زاده، محمدجعفر؛ عیسایی‌تفرشی، محمد؛ و محمد فرجیها، «انتساب مسئولیت کیفری به اشخاص حقوقی در نظام کیفری ایران و انگلستان»، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۶، پاییز و زمستان ۱۳۹۲.
- صفار، محمدجواد، شخصیت حقوقی، تهران، نشر دانا، ۱۳۸۲.
- غلامی، حسین، «بررسی جرایم احزاب سیاسی در حقوق کیفری ایران»، فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست، سال دوازدهم، شماره ۳۰، پاییز ۱۳۸۹.
- فرج‌اللهی، رضا، جرم‌شناسی و مسئولیت کیفری، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹.
- ـــــــــــ ، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق فرانسه، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۸.
- تیندر، گلن، تفکر سیاسی، ترجمه محمود صدری، تهران، شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۷۴.
- محسنی، فرید، «تحولات مسئولیت کیفری شرکت‌ها از نظر تا عمل»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵۱ و ۵۲، پاییز و زمستان ۱۳۸۹.
- نقیب‌زاده، احمد، حزب سیاسی و عملکرد آن در جوامع امروز، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۸.
- یوسفی، ولی‌اله، احزاب سیاسی، تهران، انتشارات عطایی، ۱۳۵۱.

– Delmas Marty, Mireille, Droit Penal Des Affaires, Partiene General, Tome 1, Pfi, 1996.

– Martin, Elizabeth, Oxford Dictionary of Law, 7th edition, Oxford, Oxford University Press. 2003.

– Wells, Celia, Corporation and Criminal Responsibility, 2nd edition, Oxford, Oxford University Press, 2001.

Criminal Liability of Political Parties in Iranian Law

Farid Mohseni
Hesam Ebrahimvand

Abstract

Identifying criminal liability for legal entities is one of controversial issues in criminal law. A party is considered as one of the most important legal entities whose criminal liability is important, from different aspects. The paper primarily defines concept and background of political parties; then, discusses legal conditions for activity of political parties, after explaining their legal personality and determining the time for formation of legal personality in substantive and affirmative terms. Necessity of identifying criminal liability for political parties, and also foundations of such kind of liability from theoretical and legal points of view are among those subjects discussed, in the paper. Meanwhile, making separation in activities pertaining to political parties, some strategies have been proposed to determine criminal liability for political parties; so that, uncertainties and objections to Islamic Penal Code in explaining criminal liability would be removed. Following subjects are among those issues dealt with here, in the paper: rules and regulations governing crimes performed by political parties, identification of responsible person in those crimes pertaining to political parties, correlation between penalties imposed on real person along with legal entity, those penalties imposable in this respect, and the way these penalties are imposed. Also, references have been made to some articles of the "Law on Activities of Political Parties and Political Groups"; while, making emphasis on necessity of its review and prioritizing legal approach over other political categories, etc.

Keywords: Criminal Liability, Legal Entity, Crimes Committed By Political Parties, Crimes Pertaining To Political Parties.

Priority of Natural Guardianship Right of Mother on the Paternal Grandfather on the Basis of Modern Interests

Sam Mohammadi
Hossein Kaviyar
Azam Ebrahimi

Abstract

In new era with the loosening of patriarchal and extended family foundation and the increasing popularity the nuclear families, about natural guardianship mentioned in Iranian Civil Code, has been emerged some questions and problems. Articles 1180 and 1181 Iranian Civil Code provides: "a minor is under the natural guardianship of its father or paternal grandfather". In Iranian Civil Code does not natural guardianship right to her minor child. In year 1353 the Iranian legislator understand this problem and enacted Family Protection Act and in article 15 provide the special natural guardianship for mother. However, this rule did not last and after the rescission of this rule, paternal grandfather alongside of his son was special guardian of his grandson. In year 1391 Family Protection Act for granting the natural guardianship right to mother has taken a fresh step. This rule confirmed by Council of Constitutional Guardians. Hence we in this article decide with answer to following question, prove our hypothesis: whether position of natural guardianship is able concoct for mother? Whether this position in case of encounter to natural guardianship right of paternal grandfather is precedence? Hypothesis of this paper is that after death of father natural guardianship right is belong to mother and she has guardianship right to her minors. This guardianship is precedence than guardianship right of paternal grandfather. In any case that father has guard to minors, as well as mother has this right. Her guardianship is parallel to father guardianship and preeminent than paternal grandfather guardianship.

Keywords: Natural Guardianship, Mother, Father, Paternal Grandfather, Priority.

Confrontation of Right and Expediency (with an Emphasis on Terrorist Offences)

Rashid Ghadiri Bahramabadi

Abstract

One of the most fundamental philosophical issues, which is examined in political philosophy and philosophy of law, is confrontation of right and expediency. One side of this confrontation are people and their rights who expect the recognition of minimum fundamental rights, like the right to a fair trial, which belongs them under the humans dignity and personality. On the other side, society by the aid of its representatives, while trying to produce minimum resources for people and securing their welfare, has also a glance to its maintainance and continuance, by complying with some interests. This confrontation between humans rights and community interests, arrives its summit in terrorist offences and this, forms the most important philosophical base of differential criminal proceeding in terrorist offences. On one hand, suspects of terrorist activities want a fair trial as an undeniable right for human kind and on the other hand, political and judicial authorities seek to retain security of society, and see suspending and ignoring terrorist suspects' rights, as one of resorts for achieving this aim. They regard suspension and ignorance of this group's rights, as securing security. After explanation of this confrontation and its quality in terrorist offences, in this essay, is tried to produce logical resorts for its resolution.

Keywords: Right, Expediency, Confrontation, Terrorist Offences, Fair Trial.

Analyzing Civil Procedure Rules in the Case of Multiple Parties

Ali Tahmasebi

Abstract

In the case of multiple potential parties of litigation, some delicate issues can be raised that is able to prevent judge from trying substance of the claim. If there is solidarity among plaintiffs, every plaintiff can litigate. In the absence of solidarity, severability or non-severability of relief has a determining role in permitting individual litigation and is the test for adjudicating the substance of the action by judge. In Iran's law various plaintiffs with common or similar issues of law or fact, are not allowed to sue against common defendant in one statement of claim, but in American law such a device with the title of compulsory or permissive joinder has been devised. The absence of joinder in Iran's law is followed by inefficiency, wasting resources and sometimes conflicting judgments that undermines judiciary's reputation. In the case of various defendants and their solidary obligation, the plaintiff can start an action against all or some of them, but when there is no solidarity among them, severability of relief is the test for litigating against some of them. Whenever there are many potential plaintiffs and defendants, depending upon solidarity among plaintiffs and defendants and relief severability, miscellaneous assumptions can be drawn that are governed by different legal injunctions.

Keywords: Individual Claim, Multiplicity of Plaintiffs, Multiplicity of Defendants, Severability, Permissive Joinder.

Effects of Firm Offer

Mohammad Jafari Fesharaki
Mohammad Riyahi

Abstract

After industrial revolution in nineteenth century, some amazing improvements appeared in scientific field. Outbreak of these improvements in world society created a lot of new problems and made jurists to find solution. One of these accessions is firm offer. So about the effect of firm offer in the opposite of some jurists and lawyers we should say, offer is an unilateral juridical act that it doesn't create any obligation for offeror, and he can withdraw of his offer in every time before acceptance. it means, it doesn't make any obligation, merely, by binding the offer with limited time. Unless, the offeror has extincted revocation right impliedly or expressly. So, about the tortious liability of withdrawer only by resort on the rule of la-zarar (or causing loss and damage is prohibited in Islam, through abusing one's own property) - according to this point that rule can be able to create ordinance - under some circumstances is obliged to compensate for another party's losses.

Keywords: Offer, Firm Offer, Effects, Intention, Obligation.

Limitations and Strategies of Jurisdiction in Cybercrimes

Behzad Razavifard
Seyed Nematollah Moosavi

Abstract

Cyber space is regarded as a body of human connections that functions thorough computers and communications without any physical space. It provides not only numerous benefits, but also a new opportunity for committing criminal behavior. This article is to determine cybercrime jurisdiction. Actually, as cybercrime is not committed in a physical space, determination of competent jurisdiction is demanding. In order to determine cybercrime jurisdiction, two kinds of criteria are taken into account: one is criminal jurisdiction based on classic rules and another is based on cybercrime's characteristics. Therefore, it is possible to determine competent jurisdiction regarding those criteria, however, in some cases like that the accused is abroad or crime is committed in that way, there is obstacle with internal competent jurisdiction. Strategically, it is seriously required to take into account international cooperation in order to realize criminal jurisdiction.

Keywords: Criminal Jurisdiction, Cyber Space, Cybercrime, International Cooperation.

The Principle of Proportionality of Bails in Iranian Criminal Procedure

Mohammadali Rajab

Abstract

Use of Bail is one of decisions allowed for judiciary authorities within Criminal Procedure particularly during the pre-trial investigations and forensic searches in order to assure the accessibility to and presence of the accused or defendant for trial. However, at the same time taking any kind of Bail or pre-trial detention actually limits the accused's rights and liberties or even, deprives him thereof. Therefore, this will be a scene of the dual status of criminal procedure again: to protect the society and to guaranty the rights and prerogatives of the defendant-which makes the case a reasonable ground to survey this challenge again. There are principles and frames like legality or limitations on pre-trial searches and forensic investigations which are provided to ensure the respect for rights and liberties of citizens. Amongst all, the principle of proportionality for bails and pretrial detention must be construed as a resort to restrict the appliance of public authority in unnecessary cases. In other words, the public authority must be merely restricted to the cases it is necessary to achieve a legitimated good according to the principle of proportionality. Therefore, if there is a goal of ensuring the accessibility and presence of the defendant then it must be restricted to the minimum level of penal intervention of state as far as the goal is obtained. This article is to provide an analysis of principle of proportionality with respect to other principles of public law and then, having an inquiry over the judicial practices of legal systems - particularly jurisdictions of the European Court of Human Right (ECHR), we shall try to assay for legal grounds of the principle in Iranian legal system.

Keywords: Bail, Pre-trial Detention, Proportionality, Criminal Procedure, ECHR.

The Obligation of Banking Secrecy and its Territory in Iranian Banking Law

Mohammadali Khorsandiyan
Maryam Fallahdokht Darb Ghale

Abstract

Increasing resort of people to the banks make them to access classified information of the customers such as financial status, balance of the account and personal information. In order to gain the trust of customers and prevent Personal and commercial losses and economic abuse, banks make these data confidential and refused disclosure of them. Although the protection of banking secrets is an inevitable principle concerning social necessities such as confronting crimes like money laundering, terrorism financing, tax evasion and the need for financial transparency, it is appropriable in such areas. These exceptions, however, varies from country to country but we seen more common trends in all.

This paper shows the basis, sources, scopes and the effects of banking secrecy in Iranian law and note the necessities of legislation by that.

Keywords: Banking Law, Professional Secrecy, Bank Secrecy, Privacy, Financial Law.

Enforcement of International Criminal Law Conventions Establishing a "Duty to Extradite or Prosecute" (Aut Dedere Aut Judicare) in Iran

Mohammadali Ardebili
Neda Mirfallah Nasiri

Abstract

In order to militate against the impunity of perpetrators of grave and significant crimes having international character and also to prevent commission of international crimes, "the duty to extradite or prosecute" is provided for in various conventions and treaties. The duty is loaded with the meaning that the state in which the person accused of international crime has been arrested, must choose between the options of prosecution or extradition. This rule during the time since the seventeenth century when it was set out by Grotius in "The Law of War and Peace" book, have witnessed various developments. Being set on ILC's agenda, this subject of international Criminal law has been attached with more significance. Despite frequent use of this maxim in various international conventions, there is no doubt about the treaty nature of this commitment, but its customary character is highly controversial amongst scholars. This essay is to scrutinize and analyze the mentioned different aspects of the obligation to "Extradite or Prosecute" (aut dedere aut judicare) in several international conventions and also, the possibility of having such a rule in legal system of Iran.

Keywords: Extradition, Prosecution, International Crimes, Crimes against Humanity, International Obligation.

Contents

Enforcement of International Criminal Law Conventions Establishing a "Duty to Extradite or Prosecute" (Aut Dedere Aut Judicare) in Iran ..... **a**
Mohammadali Ardebili / Neda Mirfallah Nasiri

The Obligation of Banking Secrecy and its Territory in Iranian Banking Law ..... **b**
Mohammadali Khorsandiyan / Maryam Fallahdokht Darb Ghale

The Principle of Proportionality of Bails in Iranian Criminal Procedure ..... **c**
Mohammadali Rajab

Limitations and Strategies of Jurisdiction in Cybercrimes ..... **d**
Behzad Razavifard / Seyed Nematollah Moosavi

Effects of Firm Offer ..... **e**
Mohammad Jafari Fesharaki / Mohammad Riyahi

Analyzing Civil Procedure Rules in the Case of Multiple Parties..... **f**
Ali Tahmasebi

Confrontation of Right and Expediency (with an Emphasis on Terrorist Offences) ..... **g**
Rashid Ghadiri Bahramabadi

Priority of Natural Guardianship Right of Mother on the Paternal Grandfather on the Basis of Modern Interests ..... **h**
Sam Mohammadi / Hossein Kaviyar / Azam Ebrahimi

Criminal Liability of Political Parties in Iranian Law ..... **i**
Farid Mohseni / Hesam Ebrahimvand

The Judiciary's

Law Journal

The 81st Year of Publication/ No.98/ 2017 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 Eskini, 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