

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

● ●

مجله حقوقی

ادب و ادبیات

سال هشتاد و دوم / شماره یکصد و دوم / تابستان ۱۳۹۷

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

صاحب امتیاز: قوه قضائیه

مدیر مسئول: علیرضا امینی

سرمدیر: 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، علی حسین نجفی ابرندآبادی

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

قیمت: ۵۰۰۰۰ ریال

شمارگان: ۱۰۰۰

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

پژوهشگاه قوه قضائیه، دفتر مجله حقوقی دادگستری

صندوق پستی: ۳۵۱۵ - ۱۱۱۵۵

تلفکس: ۲۲۰۹۱۸۶۹ - ۰۲۱

وب سایت: www.jl.jl.ir

نشانی پست الکترونیک: Majaleh_hoghooghi@jpri.ir

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

راهنمای تدوین مقالات

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

مجموعه حقوقی

از نشریات
اداره فنی وزارت عدلیه

در رُس آموزشگاههای وزارت عدلیه

مواد امتحانات سخنرین قضائی
بحث در موضوعات حقوقی

تقسیمات محاکم
من قوانین و تعلیمات رسمی
حقوق تطبیقی

هفته یکبار منتشر میشود

مخصوص مستخدمین عدلیه و داوطلبان خدمت قضائی

چهارشنبه ۵ مرداد ماه ۱۳۱۷

شرکت چاپ خودکار و ایران

صفحه	نویسنده	موضوع
		دروس آموزشگاههای وزارت عدلیه
		آموزشگاه قضائی
۱	آقای دکتر شایگان	حقوق مدنی
۳	آقای دکتر جلال‌عبد	اصول مکات حقوقی
۷	» » اخوی	قانون مجازات عمومی
۹	» » ادیب	طب قانونی
۱۱	آقای سپهبدی مبصر	حقوق تجارت
		مواد امتحانات مستخدمین قضائی
۱۳	آقای مظاهر	حقوق بین الملل عمومی
۱۵	آقای دکتر زنگنه	حقوق تجارت
		بحث در موضوعات حقوقی
۱۷	آقای دکتر آقاییان	حقوق جزائی
۲۱	» » امیریان	شرایط تشکیل عقد نکاح
۲۳	» مهدی وحدت	مسئولیت حقوقی وحادثه انومبیل
۲۶	» کشاورز صدر	تصرف عدوانی و رفع مزاحمت
۲۹	» ابوالحسن رازبان	وظیفه مدعی العموم و مستنطق در جرمهایی که باگذشت شاکی خصوصی قابل تعقیب نیست
		تصمیمات محاکم
۳۲		تصمیم دیوان عالی تمیز بر نقض در مورد حکم بعدم اعسار با وجود شهود
۳۲		» » » بر نقض در مورد محکومیت بایمی که قادر بر تسلیم مبیع نیست
۳۴		تصمیم هیئت عمومی دیوان عالی تمیز بر نقض در مورد شروع بسرقت جنائی که جنحه تشخیص شده
۳۴		تصمیم دیوان عالی تمیز بر نقض راجع بحکم به بیحقی زن در مورد الزام شوهر بطلاق
۳۵		» » » » در مورد اختلاف در صلاحیت محلی مستنطق
۳۶		» » » » بر نقض در مورد محکومیت متهم بمجازات اشد در صورت وقوع جرم پیش از قانون مجازات اشد
۳۶		» » » » بر نقض در مورد محکومیت متهم بسرقت مقرون باآزار و جرح که مجازات از حداقل کمتر معین شده باشد
۳۷		» » » » بر نقض در مورد تقاضای استینافی اداره کمرک که بامتهم از حکم محکمه جنحه استیناف داده است
		حقوق تطبیقی
۳۹	آقای امیر علائی	هیئت اتهامیه در حقوق جزائی فرانسه

درس آموزشگاه‌های وزارت عدلیه

آموزشگاه قضائی

درس آقای دکتر شایگان دنباله شماره ۱۴ سال دوم

حقوق مدنی

اختلاف در وجود اشخاص حقوقی

پس از این مقدمات بشرح چگونگی و ماهیت اشخاص حقوقی و اصول عقایدی که در این خصوص وجود دارد میپردازیم. در باب وجود و عدم وجود حقیقی یا فرضی اشخاص حقوقی عقاید علمای حقوق مختلف است و شرح تمام آن عقاید در این کتاب خارج از موضوع. در اینجا فقط دو عقیده مهم را که سایر عقاید کم و بیش از آنها ناشی میشود مختصراً شرح میدهیم:

الف- شخص حقوقی وجود فرضی است

تا اوائل قرن نوزدهم میلادی در موضوع شخص حقوقی اختلافی نبود و علمای حقوق شخص حقوقی را وجود فرضی دانسته و این فرض را برای آسان شدن جریان کار ادارات و مؤسسات و موقوفات و شرکت‌ها لازم می‌شمردند. شخص حقیقی در نظر آنها منحصر بانسان بود و حقوق و تکالیف از مختصات و مزایاتی که انسان در مقابل سایر هم‌نوعان خود دارد زیرا بعقیده آنها حق و تکلیف فرع بر وجود اراده است و بنا بر این جز برای انسان تصور آن باطل - پس شخصیت برای غیر انسان فرض صرف است و حقیقتی ندارد.

بعضی از فرضیون بهمین اندازه اکتفا میکردند ولی بعضی دیگر در تعمیم این عقیده و نتایج وجود فرضی شخص حقوقی افراط نموده میگفتند دولت و شهر هم وجود مستقلی ندارد و آنچه باموال دولت یا شهر تعبیر میشود

متعلق بافرد است منتهی اموالی که ملک جمعی دستۀ از افراد بشر است باسَم شخص حقوقی که دولت یا شهر یا شرکت نامیده میشود درآمده. صاحبان اموال افراد کشور یا اهالی شهر یا اعضاء شرکت هستند و خود دولت و شهر و شرکت وجود علیحده ندارند. بر وجود فرضی شخص حقوقی دو نتیجه مترتب است:

اولاً- اشخاص حقوقی چون موجودات فرضی هستند وجود یافتن آنها با اختیار و اراده دولت است و فقط دولت میتواند چنین اشخاصی را ایجاد کند.

ثانیاً- و بهمین دلیل این اشخاص فقط برای اموری اهلیت دارند که قانون اهلیت آنها را برای آن امور شناخته باشد و بنابراین درباره اشخاص حقوقی بعکس انسان عدم اهلیت اصل و اهلیت استثنائی است.

ب- شخص حقوقی وجود حقیقی دارد

عقاید مزبور را دستۀ دیگر از علمای حقوق مخصوصاً عدۀ از دانشمندان آلمان رد نموده اظهار داشتند که شخص حقوقی وجود حقیقی دارد.

بعقیده این علماء :

اولاً- شخص حقوقی را شخص مصنوعی دانستن و وجود آنرا از اختراعات قانون شمردن بر خلاف حقیقت است زیرا قانونگذار ناچار است وجود شخص حقوقی را بشناسد و قبول یا رد آن از قدرت او خارج است چه همینکه زندگانی..

اجتماعی توسعه پیدا کند و حقوق در کشوری تکمیل شود وجود شخص حقوقی هم مثل وجود شخص انسان ضرورت پیدا میکند و شخص حقوقی ابتدا بشکل دولت و شهر ظاهر میشود و ظهور این دو قسم شخص حقوقی بقدری قدیم است که هیچکس نمیتواند بصحت تاریخ پیدایش آنها را بیابد.

بعد خرده خرده اشخاص حقوقی زیاد می‌شوند و مظاهر تازه پیدا میکنند و بنابراین باید اذغان نمود که وجود شخصیت حقوقی را ضرورت ایجاد میکند نه قانون و عبارت دیگر احتیاجات جامعه قانونگذار را بشناختن آن وادار می‌نماید.

ثانیاً- گفتن اینکه اموال شخص حقوقی ملک جمعی اعضاء آنست صحیح نیست زیرا بین حقی که اعضاء جمعیت بر اموال شخص حقوقی دارند و حق مالکیت هیچ نوع شباهتی نیست. برای مثال میدان توپخانه یا موزه ملی یا راه آهن را در نظر بگیریم. استفاده از این اموال اندک شباهتی هم باستفاده مالک از ملک خود ندارد. حقی را که مردم طهران راجع بمیدان توپخانه دارند بحق العبور و حق آنها را بر موزه ملی بحق تماشا و بر راه آهن بحق مسافرت تعبیر کنیم. هیچیک از این حقوق حق مالکیت نیست زیرا مالکیت حق انحصاری است و حال آنکه تمام مردم ایران و حتی خارجی‌ها حق دارند از میدان توپخانه عبور کنند یا از موزه ملی یا راه آهن ایران استفاده نمایند و هیچ نمیتوان گفت که طهرانی‌ها در عبور از میدان توپخانه یا خیابان لاله‌زار بیش از شیرازی‌ها یا خارجی‌ها حق دارند و اگر اموال مزبور را باین معنی اموال جمعی بدانیم باید بگوئیم این اموال جمعی تمام مردم دنیاست و بطلان این عقیده محتاج باثبات نیست. بنابراین عنوان جمعی ما را از وجود شخص حقوقی بی‌نیاز نمیکند و اموال شخص حقوقی با اموال افراد یکی نیست و حقوق افراد در آن اموال هر چه باشد با مالکیت تفاوت دارد و اگر بگویند اموال مزبور ملک مشاع افراد است و بمنافع

عمومی اختصاص دارد بنحوی که هر یک از افراد را سهم مستقلی در آن اموال نیست تصدیق این امر است که در حقیقت مالک اموال جمعی خود جمعیت (شخص حقوقی) است نه افراد.

دلیل دیگر که بر رد عنوان اموال جمعی میتوان آورد این است که جمعیت‌ها را فقط عبارت از مقداری اموال دانستن دور از حقیقت و خلاف واقع است زیرا دارائی جمعیت جزئی از جمعیت است و خود آن نماینده منظور و مقصود معینی است مثلاً جمعیتی که برای جلوگیری از شیوع بعضی از امراض یا بر ضد استعمال مسکرات یا بمنظور کمک بدانشمندان در تحقیقات علمی یا بقصد تشویق هنرمندان تأسیس می‌شود فقط عبارت از مقداری از اموال نیست و این‌گونه تعبیرات چنانکه «ژسران» حقوق دان معاصر فرانسوی (صفحه ۳۴۸ جلد اول حقوق مدنی فرانسه) می‌گوید ناشی از راه یافتن مذهب مادی در علم حقوق است و الا بفکر هیچکس نمی‌آید که شهر یا کشور را عبارت از مقداری اموال مشاع بدانند.

نتیجه بحث

خلاصه قائل شدن شخصیت برای جمعیت‌ها و موقوفات بهیچوجه مورد ایراد نمی‌تواند باشد و شخص حقوقی وجود حقیقی دارد ولی البته در وجود او هم نباید براه اغراق رفت و مثلاً جمعیت را دارای روح مخصوص و اراده بمعنای اراده انسان دانست و مانند بعضی از افراطیون ما که برای کلی طبیعی وجود جسمانی قائل شده و حتی بعضی ادعای رؤیت او را هم بصورت پیرمردی ریش سفید نموده‌اند وارد امور موهوم و یا لاقط مسائل ماوراءالطبیعه شده شک نیست که حقوق همانطور که در اول این بحث گفته شد خاص انسان است ولی در جامعه‌های متمدن قبول شخصیت یعنی قبول حقوق و تکالیف برای جمعیت‌ها و مؤسساتی که انسان ایجاد مینماید ضروری است.

چون شخص حقوقی در حقوق‌ها تازگی داشت اندکی بشرح آن پرداختیم.

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
چینش مقالات در این شماره براساس حرف نخست نام خانوادگی نویسنده مسئول می‌باشد.	
◆ عوامل افزایش جمعیت کیفری ناشی از بازداشت‌های پیش از محاکمه..... ۱۱	محمد آشوری / جمال انصاری
◆ حق حبس زوجه و ابهامات موجود در رویه قضایی..... ۳۷	امیر خواجه‌زاده / سیدروح‌اله حسینی‌میقان
◆ رابطه دوسویه ارزش‌ها و پیش‌فرض‌های شرکتی و فرهنگ سازمانی جرم‌زا..... ۵۹	باقر شاملو / حمیدرضا دانش‌ناری
◆ حاکمیت قانون اساسی در رویارویی با بزه رایانه‌ای..... ۸۵	حسن عالی‌پور / محمد یکرنگی
◆ تخفیف مجازات در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲..... ۱۱۵	ابوالقاسم فلاحی
◆ سیاست جنایی ایران در قبال رفتارهای ناقض امنیت غذایی..... ۱۳۵	جعفر کوشا / مهدی قربانی قلجلو
◆ میزان صدور احکام بازپرورانه در بزهکاری کودکان و نوجوانان بعد از تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲..... ۱۶۹	مجید قورچی‌بیگی / معصومه شهرانی
◆ گونه‌شناسی جرایم سایبری با نگاهی به قانون جرایم رایانه‌ای و آمار پلیس فتا..... ۱۹۹	روح‌الدین کردعلیوند / محمد میرزایی
◆ اهلیت جنایی اشخاص حقوقی..... ۲۱۷	ایرج گلدوزیان / امین گلریز
◆ شرایط و موجبات تعارض آراء با تکیه بر رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری..... ۲۴۳	مرتضی نجابت‌خواه
◆ تفسیر قضایی در حقوق عمومی..... ۲۷۱	اسدالله یآوری / پرهام مهرآرام

عوامل افزایش جمعیت کیفری ناشی از بازداشت‌های پیش از محاکمه

محمد آشوری*

جمال انصاری**

چکیده

جمهوری اسلامی ایران از حیث شمار جمعیت کیفری، هشتمین و از حیث تعداد بازداشت‌های پیش از محاکمه نهمین کشور جهان است. افزایش نرخ زندان از ۱۷۲ نفر در سال ۱۳۷۲ به ۲۸۷ نفر در سال ۱۳۹۳ و همچنین افزایش نرخ بازداشت پیش از محاکمه از ۳۹ به ۷۲ نفر در مدت یاد شده، به‌تنهایی نشانگر این است که ایران دچار افزایش جمعیت کیفری است. رشد فزاینده شمار و نرخ بازداشت‌های پیش از محاکمه یکی از عوامل اصلی افزایش جمعیت کیفری و متعاقب آن ازدحام بیش از حد در زندان‌ها در ایران است. افزایش نرخ بازداشت‌های پیش از دادرسی نیز به نوبه خود ناشی از عوامل متعدد تقنینی و قضایی است. گسترش مداخله حقوق کیفری ماهوی - از طریق جرم‌انگاری حداکثری و حبس‌گرایی افراطی، کنترل موارد ویژه مانند مواد مخدر و کافی نبودن تدابیر غیرحیسی - بزه‌دیده‌مدار بودن سیاست جنایی، کافی نبودن تدابیر غیربازداشتی و جایگزین تعقیب و در نهایت ضعف مقنن در تقنین مقررات مربوط به بازداشت موقت از جمله مهم‌ترین عوامل تقنینی و اتکای بیش از حد و ناکارآمد قضات به مجازات زندان، تمایل دادستان‌ها به کنترل جرم، استفاده حداقلی و محدود از اقدامات غیربازداشتی و ضعف‌های ساختاری و سازمانی قوه قضاییه نیز از عمده‌ترین عوامل قضایی افزایش شمار متهمان منتظر محاکمه می‌باشد.

کلیدواژه‌ها: بازداشت‌های پیش از محاکمه، افزایش جمعیت کیفری، ازدحام بیش

از حد در زندان‌ها، عوامل قضایی، عوامل تقنینی.

* استاد گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه

آزاد اسلامی، تهران، ایران، مسئول مکاتبات
Mashoori@ut.ac.ir

** دانش‌آموخته دکتری گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و

تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

j.ansari.1397@gmail.com

تاریخ دریافت: ۹۶/۰۲/۲۷

تاریخ پذیرش: ۹۶/۰۷/۲۳

مقدمه

از دحام بیش از حد در زندان‌ها که خود از آثار افزایش جمعیت کیفری است، علاوه بر اینکه مدیریت زندان را با چالش‌های جدی در ارائه خدمات حداقل امنیتی، بهداشتی، پزشکی، اصلاحی، آموزشی، کار و ... مواجه می‌سازد، اصل شخصی بودن مجازات‌ها را نیز کنار گذاشته و کانون خانواده را به عنوان لایه دوم جمعیت متأثر از جمعیت کیفری نشانه رفته است. تبعات اجتناب‌ناپذیر افزایش جمعیت کیفری به حوزه‌های اجتماعی بسنده نکرده، بلکه با تحمیل هزینه‌های گزاف بر دولت‌ها به یک مسأله اقتصادی هم مبدل شده است. به دلیل وجود همین تبعات و چالش‌هاست که ازدحام بیش از حد در زندان‌ها و افزایش جمعیت کیفری را به عنوان یکی از پیچیده‌ترین مسائل نظام عدالت کیفری در جهان می‌شناسند؛ مسأله‌ای که علی‌رغم تلاش‌ها و تحقیقات فراوان، هنوز راه‌حل جامعی برای برون‌رفت از آن معرفی نشده است.

بی‌تردید عوامل متعددی در افزایش جمعیت زندانیان مؤثر هستند؛ عواملی که ترکیب آن از یک کشور به کشور دیگر متفاوت است. بیشترین سهم از تأثیرگذاری بر روی افزایش جمعیت کیفری، از آن افزایش نرخ جرایم است که خود در نابسامانی‌های اقتصادی و اجتماعی ریشه دارد. در این بین، عوامل حقوقی تورم شمار زندانیان را می‌توان به دو دسته کلی عوامل تقنینی و قضایی تقسیم نمود. تورم قوانین کیفری، جرم‌انگاری حداکثری، کیفرگرایی و حبس‌گرایی افراطی، محدود و استثنایی بودن تدابیر غیربازداشتی و جایگزین‌های تعقیب و حبس و کنترل موارد ویژه مانند مواد مخدر از جمله مهم‌ترین عوامل تقنینی و اتکای بیش از حد قضات به کیفر حبس، تقاضای کنترل جرم از سوی دادستان‌ها، استفاده حداقلی از جایگزین‌های تعقیب و مجازات حبس، تأخیر در تحقیق و رسیدگی و گسترش استفاده از بازداشت‌های پیش از محاکمه و صدور حکم قطعی، از جمله اصلی‌ترین عوامل قضایی مسأله افزایش جمعیت کیفری به شمار می‌روند.

در این بین یکی از عوامل اصلی و عمده افزایش جمعیت کیفری، افزایش شمار و نرخ بازداشت‌های پیش از محاکمه است، زیرا تقریباً یک چهارم از ۱۰/۱۰۰/۰۰۰ نفر زندانی در سراسر دنیا - یعنی ۲/۵۰۰/۰۰۰ نفر - را متهمانی تشکیل می‌دهند که هنوز برای آنها حکم قطعی صادر نشده است^۱ و آمار بازداشت‌های پیش از محاکمه در ایران نیز از همین الگو تبعیت می‌کند، چه اینکه تقریباً ۲۵٪ از جمعیت کل زندانیان کشور را متهمان تحت قرار تشکیل داده‌اند.^۲ با این وصف یکی از مهم‌ترین تدابیر برای کاهش

1. United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Handbook on Strategies to Reduce Overcrowding in Prison, New York, U. N Office at Vienna, 2013, p. 7.

۲. ۵۵/۰۰۰ نفر از ۲۲۵/۶۲۴ نفر بر اساس:

جمعیت کیفری کل، شناخت عوامل افزایش شمار بازداشت‌شدگان و سپس تعریف راهکارهایی برای کاهش نرخ آن است. بنابراین در این مقاله تلاش می‌گردد تا ضمن بیان مفهوم ازدحام بیش از حد در زندان‌ها و افزایش جمعیت کیفری از یک طرف و بازداشت پیش از محاکمه از طرف دیگر، از رهگذر توصیف و بررسی اجمالی اطلاعات موجود (که از منابع کتابخانه‌ای و مجازی به ویژه پورتال مرکز مطالعات بین‌المللی زندان استخراج شده و متکی به اطلاعات مستند و قابل اطمینان می‌باشند) و تبیین رویه‌های موفق، عوامل افزایش بازداشت‌های پیش از دادرسی شناسایی و راهکارهایی برای برون‌رفت از آن معرفی گردد.

بی‌توجهی به مسأله بازداشت‌های پیش از محاکمه به عنوان یکی از پیچیده‌ترین چالش‌های نظام عدالت کیفری می‌تواند افزایش جمعیت کیفری را تشدید نموده و احتمال نقض حقوق متهمان در مراحل تحقیق و دادرسی را افزایش دهد. این مسائل، ضرورت پرداختن به این موضوع را دو چندان کرده است.

هدف از این پژوهش، ضمن بیان وضعیت جمعیت کیفری در ایران و جهان با تأکید بر شمار و نرخ بازداشت‌های پیش از محاکمه، شناسایی عوامل اصلی افزایش جمعیت کیفری ناشی از این بازداشت‌ها و در نهایت معرفی راهکارهای تقنینی و قضایی مبتنی بر بهره‌گیری از تجربه‌های موفق دنیا برای خروج از این بحران می‌باشد.

در این مقاله به این سؤالات اساسی پاسخ داده می‌شود که عوامل تقنینی افزایش بازداشت‌های پیش از محاکمه که به افزایش جمعیت کیفری می‌انجامد، کدامند؟ عوامل قضایی رشد شمار و نرخ بازداشت‌ها چیست؟ و در نهایت چه راهکارهایی برای کاهش شمار و مدت زمان بازداشت‌های پیش از دادرسی وجود دارد؟ در پاسخ به این سؤالات می‌توان گفت که گسترش مداخله حقوق کیفری از طریق جرم‌انگاری حداکثری، حبس‌گرایی افراطی و کنترل موارد ویژه مانند جرایم مرتبط با مواد مخدر، بزه‌دیده مدار بودن سیاست جنایی و کافی نبودن تدابیر غیر بازداشتی از جمله مهم‌ترین عوامل تقنینی و از طرف دیگر، تمایل دادستان‌ها برای کنترل جرم و استفاده حداقلی از جایگزین‌های تعقیب در کنار مشکلات ساختاری قوه قضاییه از مهم‌ترین عوامل قضایی افزایش بازداشت‌های پیش از محاکمه به شمار می‌آیند و برای خروج از این بحران، ضمن بهره‌گیری از تجربه‌های موفق دنیا لازم است پس از اصلاح سیاست جنایی و اصلاح قوانین کیفری راجع به بازداشت‌های پیش از محاکمه و آموزش قضات دادگستری به ویژه دادستان‌ها، در انتخاب پاسخ مناسب به بزه و انحراف، بیش از پیش بر شیوه‌های اجتماعی - نسبت به پاسخ‌های دولتی و قهرآمیز - تمرکز نماییم.

۱. مفهوم «ازدحام بیش از حد در زندان‌ها»^۱ و افزایش «جمعیت کیفری»^۲

علی‌رغم تلاش‌های فراوان، تعریف دقیق و یا استاندارد جهانی پذیرفته‌شده‌ای در مورد مفهوم ازدحام بیش از حد در زندان‌ها وجود ندارد.^۳ رفع این خلأ به حدی ضروری است که برخی اسناد بین‌المللی - مانند اعلامیه سالوادور به عنوان نتیجه یکی از پنج کارگاه رسمی کنگره دوازدهم سازمان ملل متحد برای پیشگیری از جرم و عدالت کیفری که در سال ۲۰۱۰ در برزیل برگزار شد - کشورهای عضو را به تلاش برای تعریف شفاف از ازدحام در زندان ملزم کرده‌اند.^۴

این مشکل حتی در اسناد منطقه‌ای و جزئی‌تر هم دیده می‌شود. به عنوان نمونه در توصیه‌نامه ۲۲ (۹۹) R هیأت وزیران شورای اروپا که در سال ۱۹۹۹ به تصویب رسیده و به طور ویژه به ازدحام در زندان و تورم جمعیت زندانیان پرداخته نیز تعریف روشنی از شلوغی بیش از حد ارایه نشده و صرفاً به بیان این نکته که افزایش جمعیت کیفری از نقطه نظر حقوق بشر و مدیریت نهادهای کیفری، چالشی بزرگ برای نظام عدالت کیفری می‌باشد، بسنده شده است.^۵ با این وصف در اسناد، پژوهش‌ها و رویه‌های قضایی، معیارهای متفاوتی جهت احراز ازدحام در نظر گرفته شده است. به عنوان نمونه طبق معیار «حداقل فضا»^۶ در آرای دادگاه اروپایی حقوق بشر در مورد استاندارد حداقل فضای لازم برای هر زندانی به معیار وضع شده توسط «کمیته پیشگیری از شکنجه و رفتارها یا مجازات‌های غیرانسانی و اهانت‌آمیز»^۷ استناد و در نهایت مساحت ۷ متر برای هر زندانی به عنوان حداقل فضای استاندارد در نظر گرفته شده است. معیار دیگر، معیار «ظرفیت زندان»^۸ می‌باشد که بر اساس آن ازدحام در زندان‌ها را زندانیانی رقم می‌زنند که تعدادشان بیشتر از حداکثر ظرفیت پذیرش یک زندان است. رویکرد اصلی اسناد و رویه‌های بین‌المللی در مسأله تعریف ازدحام در زندان‌ها، بیشتر منطبق بر معیار «مجموعه شرایط»^۹ است که ترکیبی از معیارهای کمی حداقل فضا و ظرفیت و کیفی شرایط اساسی می‌باشد.^{۱۰} به بیان دیگر در این مقیاس، هر جا فضای حداقلی در

1. Prison Overcrowding
2. Penal Population
3. European Committee on Crime Problems (CDPC), White Paper on Prison Overcrowding, Strasbourg, PC-CP, 2015, p. 3.
4. United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Op. cit., p. 4.
5. Recommendation No. R (99)22, concerning prison overcrowding and prison population inflation, CE, Committee of Ministers, 1999.
6. Minimum Space
7. The European Committee for prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or punishment (CPT)
8. Prison capacity
9. Totality Conditions
۱۰. آلبرشت، هانس یورک، ازدحام در زندان‌ها، ترجمه دکتر حسین غلامی، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۹۵، ص. ۱۹.

دسترس نباشد یا امکان ارایه خدمات انسانی به خطر افتاده باشد و یا حتی چنانچه ظرفیت اسمی یا واقعی یک زندان، پر شده باشد، ازدحام قابل احراز است. از سوی دیگر منشأ ازدحام، افزایش جمعیت کیفری است که تغییرات آن از طریق معیار نرخ زندان - که بر اساس هر یک نفر در هر صد هزار نفر جمعیت کل یک کشور محاسبه می‌گردد - تعیین می‌شود.

در حقوق ایران نیز نه تنها تعریفی از «ازدحام در زندان‌ها» و یا «تورم جمعیت کیفری» وجود ندارد، بلکه حتی این اصطلاحات نیز در قوانین اساسی و عادی و مقررات تا قبل از دستورالعمل ساماندهی زندانیان و کاهش جمعیت کیفری زندان‌ها مصوب ۱۳۹۲ رئیس قوه قضاییه به کار گرفته نشده بود. اما در خصوص حداقل فضای مناسب زندان در حقوق ایران مقررات مختلفی وجود دارد. در ماده ۷۰ آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمین و تربیتی کشور مصوب ۱۳۸۴ به استاندارد یک اتاق برای هر محکوم اشاره کرده اما مساحت مشخصی ذکر نشده است. در تبصره یک ماده ۱۳ آیین‌نامه اجرایی بازداشتگاه‌های موقت مصوب ۱۳۸۵ حداقل فضای مسقف بازداشتگاهی برای هر بازداشتی ۷ متر مربع تعیین شده است. در نهایت طبق ماده ۳ آیین‌نامه نحوه تفکیک و طبقه‌بندی زندانیان مصوب ۱۳۸۵، اتاق‌های تک‌نفره جداگانه با فضای حداقل ۱۰ متر مربع را برای زندانیانی که مخل نظم عمومی بوده یا موجب آزار و اذیت دیگر زندانیان شوند در نظر گرفته شده است.

۲. شمار جمعیت کیفری زندان‌ها در ایران و جهان

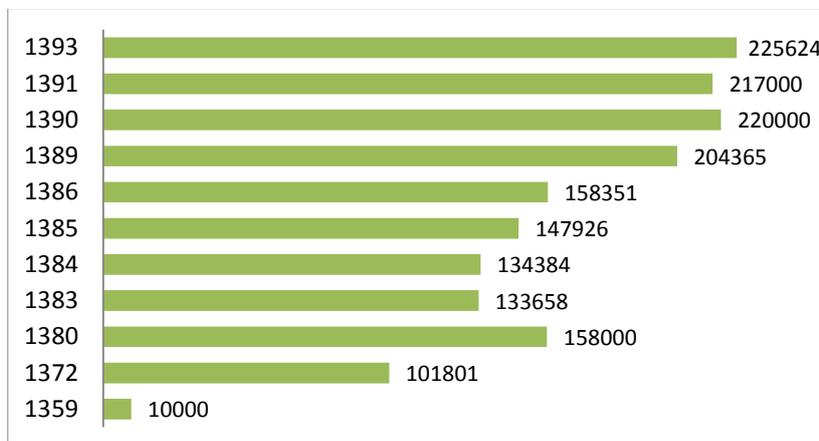
بر اساس گزارش مؤسسه اروپایی پیشگیری و کنترل جرم وابسته به سازمان ملل متحد، در سال ۲۰۰۰ تعداد زندانیان جهان بیش از ۸/۵۰۰/۰۰۰ نفر بوده^۱ که در سال ۲۰۱۵ به ۱۰/۳۵۰/۰۰۰ نفر افزایش یافته است. با این حساب و با توجه به جمعیت جهان در سال‌های ۲۰۰۰ و ۲۰۱۵، نرخ زندانیان جهان از ۱۴۰ نفر در ۱۰۰/۰۰۰ نفر در یک سال به ۱۴۴ نفر افزایش یافته است.^۲

افزایش تعداد کل زندانیان در نهادهای کیفری ایران نیز از ۱۰۱/۸۰۱ نفر در سال ۱۳۷۲ به ۲۲۵/۶۲۴ نفر در سال ۱۳۹۳ و همچنین افزایش نرخ زندانی از ۱۷۲ به ۲۸۷ در مدت مشابه یادشده، به تنهایی گواه معتبری بر وجود مسأله افزایش جمعیت کیفری در این کشور است.^۳

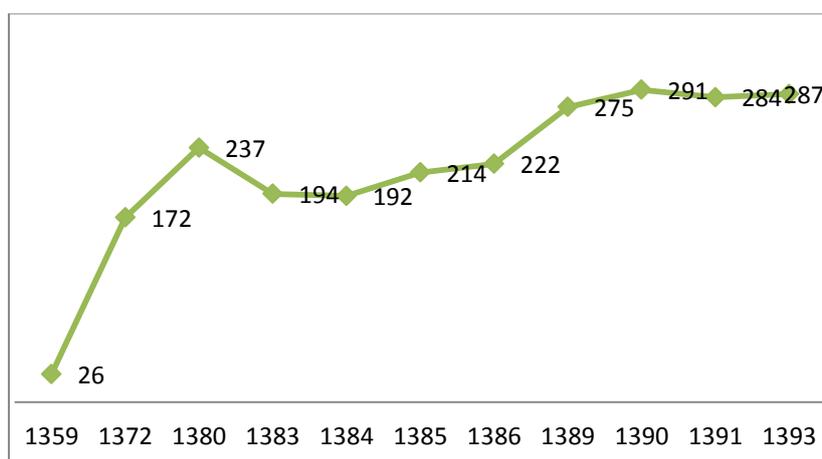
1. Tkachuk, Brian; Walmsley, Roy, World Prison Population: Facts, Trends and Solutions, Helsinki, 2001, p. 4.

2. Ibid.

3. ICPR, WPB.
Available at, www.prisonstudies.org/country/iran



نمودار شماره ۱ - شماره کل زندانیان ایران از ۱۳۵۹ تا ۱۳۹۳ هجری شمسی^۱



نمودار شماره (۲) - نرخ جمعیت کیفری در ایران از ۱۳۵۹ تا ۱۳۹۳ هجری شمسی

از طرف دیگر در خصوص ازدحام بیش از حد نیز بر اساس آمارهای ICPR، ظرفیت رسمی زندان‌های ایران در دسامبر ۲۰۱۴، گنجایش نگهداری ۱۴۰/۰۰۰ زندانی را داشته^۲ که با توجه به تعداد کل زندانیان ایران در همان تاریخ (یعنی ۲۲۵/۶۲۴ نفر)، نه تنها در ایران با کمبود فضای حداقلی مواجهیم بلکه درصد اشغال زندان‌ها، حداقل به ۱۶۱ درصد رسیده است.

۱. مستخرج از WPB-2016، قابل دسترسی در:

www.prisonstudies.org/resouces/WPPL-11
2. WPB, Available at: www.Prisonstudies.org/country/iran.

۳. مفهوم و شمار بازداشت‌های پیش از محاکمه

تعاریف متعددی از وضعیت بازداشت پیش از محاکمه و افراد بازداشتی ارائه شده است. در کتاب راهنمای دفتر سازمان ملل متحد درباره جرم و مواد مخدر، بازداشتی به هر فرد مظنون اطلاق می‌شود که در راستای دستور مقامات قضایی [بدون وجود حکم قطعی] به زندان معرفی و در انتظار محاکمه قرار می‌گیرد.^۱ در برخی نظام‌های قضایی، واژه زندانی تنها در مورد کسانی به کار می‌رود که طبق احکام دادگاه‌ها به حبس محکوم شده‌اند. از سایر افرادی که هنوز محاکمه نشده‌اند، تحت عنوان بازداشتی یاد می‌شوند. برای توصیف چنین اشخاصی از عباراتی همچون تحت تحقیقات، تحت رسیدگی، منتظر رسیدگی یا تحت بازداشت استفاده می‌شود.^۲ در نهایت در یک تعریف ساده می‌توان گفت زندانیان قبل از محاکمه، افراد بازداشت شده‌ای هستند^۳ که هنوز در خصوص آنها حکم محکمه صادر نشده و تنها به دلیل تفهیم اتهام از سوی مقامات صالح قضایی و عجز از ارائه تأمین مد نظر و یا به دلیل صدور قرار بازداشت موقت در زندان به سر می‌برند.

از نقطه نظر تحلیل آماری نیز در حالی که طبق آخرین آمار منتشر شده توسط ICPS^۴ در هجدهم ژوئن ۲۰۱۴، شمار بازداشتی‌ها در حدود ۵۶٪ از کشورهای جهان بین ۱۰٪ تا ۴٪ از کل جمعیت کیفری آنها را تشکیل می‌دهد،^۵ ایران نیز با شمار ۵۵/۰۰۰ نفری تحت بازداشت پیش از محاکمه که ۲۵٪ از کل زندانیان را شامل می‌شود، از این حیث در جایگاهی نزدیک به میانگین جهانی قرار دارد.^۶ اما جایگاه ایران از نقطه نظر نرخ بازداشت پیش از محاکمه در وضعیت مطلوبی قرار ندارد، زیرا در حالی که ۵۵٪ از کشورهای جهان دارای نرخ کمتر از ۴۰ نفر بازداشتی در هر ۱۰۰/۰۰۰ نفر جمعیت کل در یک سال می‌باشند،^۷ نرخ جمعیت کنونی در ایران در سال ۲۰۱۰ میلادی، ۵۸ نفر و در سال ۲۰۱۲، ۷۳ نفر در هر ۱۰۰/۰۰۰ نفر در سال بوده است که از نرخ میانگین یاد شده بسیار بالاتر است.^۸ به بیان دیگر نرخ و شمار افراد تحت بازداشت در ایران در مقایسه با سایر کشورها به نسبت جمعیت کل زندانیان در وضعیت

1. United Nations Office on Drugs and Crime, Op. Cit., p. 95.
۲. کویل، آندرو، رویکرد حقوق بشری به مدیریت زندان، ترجمه حسن طغرانگار، نشر وفاق، ۱۳۸۴، ص. ۱۱۵.
3. International center for Prison studies, Guidance Notes on prison reform (5), pre-Trial detention, p. 2. Available at: <http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/down/oads/gn-8-0.pdf>
4. International center for prison studies
5. Walmsley, Roy, Op. cit., p.1.
6. Ibid, p. 4
7. Ibid, p.1.
8. Ibid.p.4.

- هر چند در بخش ایران در پورتال ICPS (قابل دسترسی در: www.prisonstudies.org/contry/iran) آمار سال ۲۰۱۴ هم قرار دارد اما آمار کلی سال ۲۰۱۴ مرتبط به سراسر دنیا هنوز توسط ICPS بر روی پورتال قرار نگرفته است.

متوسط قرار گرفته اما به نسبت کل جمعیت کشور دچار افزایش شدید جمعیت کیفری می‌باشد. به طور کلی می‌توان علت این امر را در بالا بودن جمعیت کیفری کل ناشی از عوامل تقنینی، قضایی و ... جستجو کرد.

جدول شماره ۱ - کشورهای دارای بیشترین زندانی منتظر محاکمه طبق آمار ۲۰۱۴ - ICPS^۱

ردیف	کشور	تعداد بازداشتی
۱	آمریکا	۴۸۰/۰۰۰
۲	هند	۲۵۵/۰۰۰
۳	چین (تخمینی)	۲۵۰/۰۰۰
۴	بزریل	۱۹۵/۰۰۰
۵	روسیه	۱۱۶/۰۰۰
۶	مکزیک	۱۰۷/۰۰۰
۷	فیلیپین	۷۰/۰۰۰
۸	تایلند	۶۶/۰۰۰
۹	ایران	۵۵/۰۰۰

طبق آخرین آمار ICPS، جمهوری اسلامی ایران از حیث شمار افراد بازداشت‌شده (با احتساب کشور چین که آمار آن به طور تخمینی اعلام شده است) در رتبه نهم دنیا قرار گرفته که نشان دهنده ازدحام و افزایش جمعیت بازداشت پیش از محاکمه می‌باشد^۲ در جدول شماره ۲ به وضوح می‌توان افزایش شمار و نرخ افراد تحت بازداشت در ایران را در طول زمان ملاحظه نمود.

جدول شماره ۲ - افزایش شمار و نرخ بازداشت پیش از محاکمه در ایران^۳

ردیف	سال		جمعیت کل کشور (میلیون نفر)	جمعیت کل زندانیان (نفر)	شمار کل بازداشت‌شدگان (نفر)	درصد بازداشت‌شدگان نسبت به جمعیت کل زندانیان	نرخ بازداشت پیش از محاکمه (در هر ۱۰۰/۰۰۰ نفر جمعیت کل کشور)
	شمسی	میلادی					
۱	۱۳۷۲	۱۹۹۳	۶۵	۱۰۱۸۰۱	۲۵۲۴۸	۲۴/۸٪	۲۹
۲	۱۳۸۹	۲۰۱۰	--	۲۰۴۳۶۵	۴۲۹۰۰	۲۵/۷٪	۵۸
۳	۱۳۹۰	۲۰۱۲	۷۵/۶۸	۲۲۰۰۰۰	۵۵۰۰۰	۲۵٪	۷۳
۴	۱۳۹۳	۲۰۱۴	۷۸/۵۹	۲۲۵۶۲۴	۵۶۶۵۰	۲۵/۱٪	۷۲

1. Ibid, p.1.

۲. ن.ک. جدول شماره ۱.

۳. استخراج‌شده از گزارش اول (30/1/2008) و دوم (18/jun/2014) ICPS مرکز بین‌المللی مطالعات زندان قابل دسترسی در:

www.prison studies.org/news/close-three-million-people-pre-trial-detention-worldwide-new-report-1st-edition.

۴. عوامل افزایش جمعیت کیفری ناشی از بازداشت‌های پیش از محاکمه در ایران

با اندک تأملی در آمارهای مربوط به جمعیت کیفری در ایران، متوجه افزایش این جمعیت ناشی از بازداشت‌های پیش از محاکمه خواهیم شد. شمار کلی بازداشت‌شدگان در نظام عدالت کیفری ایران از ۲۵۲۴۸ نفر در سال ۱۳۷۲ به ۵۶۶۵۰ نفر در سال ۱۳۹۳ افزایش یافته و همچنین نرخ بازداشت پیش از محاکمه نیز در همین دوره زمانی از ۳۹ به ۷۲ رسیده است. در حال حاضر از هر ۴ نفر زندانی یک نفر تحت بازداشت و منتظر محاکمه است.^۱

به طور کلی عوامل افزایش شمار و نرخ بازداشت پیش از محاکمه را به عنوان یکی از عوامل افزایش جمعیت کیفری کل باید در عوامل تقنینی و عوامل قضایی جستجو کرد^۲ که در ادامه به طور مجزا هر یک از این عوامل را بررسی خواهیم نمود.

۴-۱. عوامل تقنینی افزایش بازداشت‌های پیش از محاکمه در ایران

اصولاً هر گونه اقدام قضایی محدودکننده یا سالب آزادی، به حکم قانون و بر طبق مقررات ممکن خواهد بود و این قانون و سیاست‌های جنایی قانون‌گذاران است که خط مشی اصلی را تعیین می‌نماید. بنابراین هر قدر الگوی مدنظر مقنن در فرآیند تحقیق و دادرسی کیفری به قواعد کنترل جرم،^۳ سخت‌گیری و عوام‌گرایی کیفری و نظریات مبتنی بر سزادهی و بازدارندگی نزدیک‌تر و از الگوهای دادرسی منصفانه، عدالت ترمیمی و ... دورتر باشد، شاهد اقدامات بازداشتی بیشتری خواهیم بود. در ادامه با اذعان به تأثیرگذاری سیاست‌های جنایی ماهوی بر وضعیت حقوق کیفری شکلی و از جمله قرارهای تأمین کیفری، عوامل تقنینی را از منظر ماهوی و شکلی بررسی خواهیم کرد.

۴-۱-۱. گسترش مداخله حقوق کیفری ماهوی

عدم اعتقاد عملی به حبس‌زدایی و جرم‌زدایی و اعمال سیاست سخت‌گیری کیفری در عمل، کنترل موارد ویژه مانند جرایم مرتبط با مواد مخدر و نهایتاً ناکافی

۱. آمارها طبق جدول شماره ۲ بیان گردیده است.

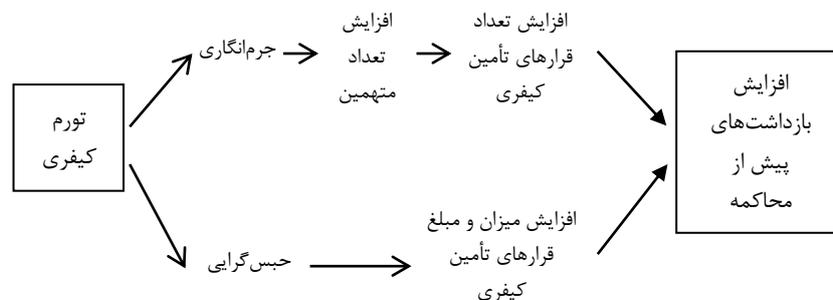
۲. عوامل اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و ... نیز در افزایش شمار بازداشت‌های پیش از محاکمه و به طور کلی در افزایش جمعیت کیفری زندان‌ها تأثیر فراوانی دارند که در این مقال نمی‌گنجد و به دلیل فقدان ماهیت حقوقی از بیان آنها صرف نظر می‌گردد. به عنوان نمونه عجز متهمان از تودیع وثیقه به دلیل فقر اقتصادی یکی از مهم‌ترین عوامل افزایش بازداشت‌های پیش از محاکمه است. برای مطالعه بیشتر در خصوص عوامل اقتصادی، اجتماعی و ... ر.ک: معصومی، زیبا، «تبیین اصول و معیارهای طراحی فضاهای بازداشتگاهی شهری»، فصلنامه مدیریت شهری، شماره ۴۰، پاییز ۱۳۹۴، ص. ۲۱۵.

۳. ر.ک. قباچی، حسام؛ دانش‌ناری، حمیدرضا، «الگوهای دوگانه فرایند کیفری: کنترل جرم و دادرسی منصفانه»، مجله آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۱، صص. ۱۸۴-۱۶۷.

بودن تدابیر غیر حبسی - به معنای عدم توفیق در سیاست‌های جایگزین حبس - از جمله مهم‌ترین نمودهای گسترش مداخله حقوق کیفری ماهوی در ایران است که به شرح زیر تبیین می‌گردد:

۴-۱-۱-۱. جرم‌انگاری و حبس‌گرایی

بدیهی است در شرایط تورم قوانین کیفری، جرم‌انگاری افراطی از طریق افزایش تعداد متهمان، تعداد قرارداهای تأمین کیفری را افزایش خواهد داد و از طرف دیگر حبس‌گرایی حداکثری - با لحاظ ضرورت تناسب مبلغ قرارداهای تأمین با نوع و میزان مجازات - در بسیاری موارد افزایش میزان و مبلغ این قرارها را به دنبال خواهد داشت. نتیجه منطقی این تأثیرات، افزایش احتمال بازداشت پیش از محاکمه خواهد بود.^۱



شکل شماره ۱ - تأثیر تورم قوانین کیفری بر افزایش شمار بازداشت‌های پیش از محاکمه

لایحه قضازدایی و حذف برخی عنوان‌های مجرمانه از قوانین مدت زیادی است که در دستور کار قوه قضاییه قرار داد و طی آن در راستای سیاست‌های جرم‌زدایی مقرر در قوانین توسعه کشور و توسعه قضایی به شرحی که گذشت، پیشنهاد گردیده است که برخی عناوین مجرمانه در خصوص جرایم زیست محیطی،^۲ شیلات و منابع طبیعی، جرایم امور پزشکی، بهداشتی، درمانی و دامپزشکی، جرایم امور اقتصادی، دارایی و بازرگانی، جرایم مربوط به کار و امور اجتماعی، حمل و نقل و نظام مهندسی معدن و ساختمان، مقررات مربوط به ثبت اسناد و املاک و مقررات مربوط به ثبت احوال که به نظر می‌رسد امکان عقب‌نشینی حقوق کیفری در مورد آنها وجود دارد، مشمول جرم‌زدایی

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص جرم‌زدایی و حبس‌زدایی در ایران ر.ک. زارعی محمودآبادی، محمود، زندان‌زدایی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا، دانشگاه آزاد اسلامی، ۱۳۸۲؛ داودی گرمارودی، هما، «اندیشه‌های مجازات و عوامل موثر بر حجم جمعیت کیفری»، مجموعه مقالات همایش راهکارهای کاهش جمعیت کیفری، چاپ اول، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۶، صص. ۶۴-۴۷.

۲. بدیهی است جرم‌زدایی از جرایم زیست محیطی، با توجه به شرایط حاد محیط زیست در ایران، به تخریب بیش از پیش آن خواهد انجامید.

گردد. بهترین فرصت برای این کار، زمان بررسی و تصویب قانون مجازات اسلامی - از طریق یکپارچه‌سازی قوانین - بود که نه تنها این اتفاق رخ نداد بلکه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مواردی از جرم‌انگاری جدید هم - مانند جرم دانستن بغی و افساد فی الارض^۱ - به وقوع پیوست.

علاوه بر جرم‌انگاری‌های جدیدی که در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ رخ داد، تصویب چند قانون کیفری دیگر در دهه ۱۳۹۰ نیز تعدادی عناوین مجرمانه جدید را به سیاهه عناوین جزایی کشور اضافه نمود. تشدید مجازات قاچاق کالای ممنوع^۲ نسبت به کالای مجاز و جرم‌انگاری و تشدید مجازات قاچاق سازمان‌یافته و حرفه‌ای و تعیین مجازات حبس برای تمام انواع قاچاق حرفه‌ای^۳ - حتی در خصوص موارد قاچاق کالاهای مجاز و مجاز مشروط - در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب سال ۱۳۹۲، (که ضرورت‌های اقتصادی و مبارزه با فساد توجیه‌گر آن بوده و هست). جرم‌انگاری ایجاد ممانعت و مزاحمت در برابر اجرای امر به معروف و نهی از منکر و تعیین مجازات حبس برای آن در قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر مصوب سال ۱۳۹۴^۴ از جمله موارد جرم‌انگاری و حبس‌گرایی در دهه ۱۳۹۰ می‌باشد که عمدتاً فاقد سابقه تقنینی بوده و احتمال بازداشت‌های پیش از دادرسی را افزایش می‌دهد.

۴-۱-۱-۲. سخت‌گیری کیفری در قوانین ماهوی

جرم‌انگاری برخی افعال در قوانینی همچون قانون اصلاح قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت غیرمجاز می‌کنند مصوب ۱۳۷۲، قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۸۹ و طرح تشدید مبارزه با جرایم خشونت‌بار نمونه‌هایی از سخت‌گیری کیفری مقنن ایرانی در حوزه‌های خاص و در پی مطالبه عمومی مردم در یک زمان خاص هستند.^۵

۴-۱-۱-۳. کنترل موارد ویژه (جرایم مرتبط با مواد مخدر)

ممکن است در یک کشور، قانون‌گذار بر اساس سیاست جنایی خاص خود با جرم‌انگاری برخی انحرافات مانند اعتیاد به مواد مخدر، سعی در کنترل این موارد ویژه

۱. موضوع فصل نهم از بخش دوم کتاب دوم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.
۲. در بندهای پ و ت ماده ۲۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ برای قاچاق کالای ممنوع بر حسب ارزش ریالی کالاهای قاچاق، به ترتیب شش ماه تا دو سال و دو سال تا پنج سال حبس در نظر گرفته شده است.
۳. مواد ۲۸ و ۲۹ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲.
۴. ماده ۹: «... ایجاد هر نوع مانع و مزاحمت که به موجب قانون جرم شناخته شده است، علاوه بر مجازات مقرر، موجب محکومیت به حبس تعزیری یا جزای نقدی درجه هفت می‌گردد...»
۵. برای مطالعه بیشتر در خصوص سیاست سخت‌گیری کیفری و تحلیل قوانین یاد شده، ر.ک. طاهری، سمانه، سیاست کیفری سخت‌گیرانه، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۹۲، صص. ۱۸۰-۱۶۷.

داشته باشد که این جرم‌انگاری با توجه به کثرت متهمان مرتبط با آن، به طور منطقی احتمال افزایش بازداشت‌های پیش از دادرسی را به دنبال خواهد داشت.

حسب آمارهای رسمی موجود، بیش از ۴۰٪ کل زندانیان کشور را زندانیان جرایم مواد مخدر تشکیل می‌دهند.^۱ علت این امر سیاست جنایی قانون‌گذار ایرانی برای کنترل مورد ویژه مواد مخدر و مبارزه با عرضه و تقاضای آن است.

۴-۱-۲. عوامل تقنینی در مقررات شکلی

سیاست جنایی مبتنی بر کنترل جرم و متاثر از عوام‌گرایی کیفری در عرصه قوانین شکلی هم، افزایش جمعیت کیفری را از طریق بازداشت‌های پیش از محاکمه به‌همراه خواهد داشت. تقویت جنبه‌های حمایت از حقوق بزه‌دیده، کافی نبودن تدابیر غیر بازداشتی و عدم لحاظ واقعیت‌ها در خصوص بازداشت موقت از مهم‌ترین عوامل تقنینی مؤثر در افزایش بازداشت‌های پیش از محاکمه می‌باشد:

۴-۱-۲-۱. سیاست جنایی بزه‌دیده مدار^۲

«تضمین حقوق بزه‌دیده برای جبران ضرر و زیان وی»، به عنوان یکی از اهداف قرارهای تأمین کیفری در ماده ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ احصاء گردیده،^۳ امری که در قوانین قبلی آیین دادرسی کیفری فاقد سابقه است.^۴ در ماده ۲۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ نیز شرط «تقاضای شاکی» جهت تأثیر میزان ضرر و زیان در مبلغ قرار تأمین کیفری حذف گردیده و به بیان دیگر «مبلغ وجه التزام، وجه الکفاله و وثیقه نباید در هر حال از خسارت وارد به بزه‌دیده کمتر باشد...» مقررات یادشده تصویری آشکار از تقویت سیاست جنایی بزه‌دیده‌مدار می‌باشد که به نوبه خود جنبه‌های تسامح صفر و سخت‌گیری کیفری را به دنبال خواهد داشت. منوط شدن تمام جایگزین‌های تعقیب به تضمین یا تأمین حقوق بزه‌دیده نیز از نشانه‌های آشکار بزه‌دیده‌مداری در مقررات شکلی کیفری است.

۱. ستاد مبارزه با مواد مخدر، کتاب سال ۱۳۹۱ ستاد مبارزه با مواد مخدر، چاپ اول، انتشارات ریاست جمهوری، ۱۳۹۱، ص. ۱۲۶؛ همچنین آمار اعلامی توسط رئیس سازمان زندان‌ها در تاریخ ۱۳۹۵/۶/۲۰، قابل دسترسی در:

<http://www.asriran.com/fa/news/492970/70>

2. Victim-Oriented Criminal Policy

۳. «به منظور دسترسی به متهم و حضور به موقع وی، جلوگیری از فرار یا مخفی شدن او و تضمین حقوق بزه‌دیده برای جبران ضرر و زیان وی بازپرس پس از تفهیم اتهام و تحقیق لازم، در صورت وجود دلایل کافی، یکی از قرارهای تأمین زیر را صادر می‌کند...»

۴. در ماه ۱۲۸ قوانین موقتی محاکمات جزایی مصوب ۱۳۹۰، جلوگیری از فرار و یا مخفی شدن متهم و در ماده ۱۳۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸، دسترسی به متهم و حضور به موقع وی در موارد لزوم و جلوگیری از فرار یا پنهان شدن یا تبانی با دیگری، به عنوان اهداف قرار تأمین کیفری ذکر شده بود.

۴-۱-۲. کافی نبودن «تدابیر غیر بازداشتی»^۱ و «جایگزین‌های تعقیب»^۲

در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ تدابیر بازداشتی متعددی از جمله قرار نظارت قضایی،^۳ قرار بایگانی پرونده،^۴ قرار تعلیق تعقیب^۵ و ... پیش‌بینی شده اما مقررات ناظر بر این نهادها به گونه‌ای استثنایی تدوین شده و صرفاً جرایم تعزیری درجه ۷ و ۸ را شامل می‌شود، پس در عمل امکان استفاده از آنها به طور گسترده وجود ندارد. به بیان دیگر گویی مقنن اصل تدابیر جایگزین بازداشت پیش از محاکمه را پذیرفته اما نظر به اعمال گسترده آن نداشته بلکه عملاً به اصل حداقل بودن استفاده اعتقاد داشته است.

۴-۲-۳. بازداشت موقت در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ (حذف

موارد نادر و الحاق موارد مبتلا به)

هر چند قانون‌گذار در زمان تدوین مقررات مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ - به جای مواد ۳۲ و ۳۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ - اصل عدم جواز صدور بازداشت موقت (جز در موارد ضروری) را جایگزین اصل اختیاری یا الزامی بودن (جواز) آن نموده که این امر در راستای روزآمدسازی قوانین شکلی و کاهش توسل به این نهاد سخت‌گیرانه است اما حقیقت این است که افزایش تعداد بازداشت‌های پیش از محاکمه، ممکن است نتیجه عملی این تغییرات باشد، زیرا صرف نظر از مواردی همچون جرایم با مجازات سلب حیات، حبس ابد، قطع عضو و جرایم سرقت، کلاهبرداری، ارتشا، اختلاس و ... که در هر دو قانون آیین دادرسی (مصوب ۱۳۷۸ و ۱۳۹۲) مشترک است، مواردی که در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ از شمول قرار بازداشت موقت حذف و خارج گردیده - مانند جرایم درجه ۶ و خفیف‌تر ضد امنیت داخلی و خارجی، مهلت شش روزه جهت ارایه بینه در قتل عمد و جرایم عمدی دارای ۳ تا ۵ سال حبس - مواردی بسیار نادر هستند اما جرایمی که به شمول امکان صدور بازداشت موقت در قانون اخیر التصویب الحاق گردیده - مانند جنایات عمدی علیه تمامیت جسمانی که میزان دیه آنها ثلث دیه کامل یا بیشتر از آن است، ایجاد مزاحمت و آزار و اذیت بانوان و اطفال و تظاهر و قدرت‌نمایی و ایجاد مزاحمت به وسیله چاقو یا هر نوع اسلحه و همچنین شرط جدید مندرج در بند پ ماده ۲۳۸ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ - آزاد بودن متهم مخل نظم عمومی، به خطر افتادن جان شاکی یا شهود یا خانواده آنان و خود متهم

1. Non-detention measures
2. Alternatives to prosecution

۳. تبصره ۱ ماده ۲۴۷ ق.آ.د.ک مصوب سال ۱۳۹۲.

۴. ماده ۸۰ ق.آ.د.ک مصوب سال ۱۳۹۲.

۵. ماده ۸۱ ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲.

باشد - اگر چه از موارد مبتلابه می‌باشند، لیکن نتیجه منطقی از وضعیت بیان شده، امکان افزایش بازداشت‌های پیش از محاکمه است.

۲-۴. عوامل قضایی افزایش بازداشت‌های پیش از محاکمه در ایران

هر چند خط مشی‌های اصلی به ویژه در امور شکلی کیفری، توسط قوه مقننه تعیین می‌شود اما دیدگاه و نحوه عملکرد مدیران قضایی و قضات هم بسیار تعیین‌کننده است. رأی وحدت رویه شماره ۷۴۶ - ۱۳۹۵ در خصوص مقید نبودن اعمال مجازات‌های جایگزین حبس به رضایت شاکی موضوع ماده ۶۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، نمونه‌ای بارز از نقش اثرگذار جامعه قضایی در پر کردن خلأهای تقنینی است. علاوه بر رویه‌های قضایی، بی‌شک ساختار و وضعیت سازمانی قوه قضاییه هم بر وضعیت جمعیت کیفری مؤثر خواهد بود. عوامل قضایی افزایش شمار و نرخ بازداشت‌های پیش از محاکمه به شرح زیر قابل بررسی است.

۱-۲-۴. تقاضای دادستان‌ها برای کنترل جرم

تلاش دادستان‌ها و مقامات تعقیب برای کنترل جرایم و واکنش سریع و بازدارنده در برابر رفتارهای مجرمانه از مهم‌ترین عوامل افزایش بازداشت‌های پیش از محاکمه در سراسر جهان است. در راستای تعدیل همین تقاضاست که نظام‌های عدالت کیفری، نوعی نقش نظارتی برای دادگاه‌های کیفری نسبت به قرارهای تأمین منتهی به بازداشت تعریف نموده و از همین رهگذر، مبانی دادرسی منصفانه را تضمین می‌کنند. از طرف دیگر، مدعی‌العموم تکلیف دیگری به نام «احیای حقوق عامه» و حفظ حقوق شهروندی دارد. در اینجا وضعیت دادستان به چیزی شبیه سازمان حمایت از حقوق تولیدکننده و مصرف‌کننده مانند می‌گردد که علی‌القاعده جمع این دو وظیفه (کنترل جرایم و کاهش بازداشت‌های پیش از محاکمه) بسیار دشوار است.^۱

۲-۲-۴. اقدامات بازداشتی به مثابه شمشیر عدلیه

حبس‌گرایی افراطی نه تنها در عقیده قانون‌گذاران کیفری در عمل به وفور یافت می‌شود بلکه در بین مقامات قضایی هم اتکای زیاد و نا کارآمدی به اقدامات حبسی و بازداشتی وجود دارد. علت این امر را باید در دیدگاه‌های مبتنی بر سزادهی و بازدارندگی و به ویژه آثار ناشی از عوام‌گرایی کیفری جستجو کرد.

شهروندان نظم و امنیت را از مقامات قضایی مطالبه می‌کنند. بیشتر مردم به جرم و مجازات فکر می‌کنند و به ویژه در جوامع غیر صنعتی تقاضای وصف ناشدنی از ناحیه

1. United Nations Office on Drugs and Crime, Op. cit., p. 103.

شهروندان برای اعمال مجازات‌های سخت و از جمله حبس از سیستم قضایی وجود دارد^۱ اما شهروندان و حتی سیاستمداران به این نکته اساسی توجه ندارند که کلید کاهش یا افزایش جرایم در دستان قضات نیست و با توجه به واقعیت‌های قانونی، اجتماعی و اقتصادی، فرآیندهای تعیین کیفر، تأثیر محدودی بر نرخ جرایم دارند.^۲

۴-۲-۳. استفاده حداقلی از اقدامات غیربازداشتی

قواعد و شیوه‌های مبتنی بر کنترل جرم با استفاده از تدابیر غیر بازداشتی و جایگزین‌های تعقیب در تعارض بوده و مانع استفاده حداکثری از ظرفیت‌های آن می‌شود. ضمن اذعان به وجود ایرادات قانونی، پس از تصویب قانون آیین دادرسی جدید در سال ۱۳۹۲ و ارایه ۹ مورد از قرارهای تأمین کیفری در ماده ۲۱۷^۳ و همچنین معرفی نهاد نوین و سودمند نظارت قضایی، از مقامات تعقیب انتظار می‌رود با بهره‌گیری از این نهادها در راستای کاهش نرخ ۲۵ درصدی بازداشت پیش از محاکمه اهتمام کنند.

۴-۲-۴. عدم رعایت نصاب حداکثر مدت بازداشت‌های پیش از محاکمه

طبق ماده ۲۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ «... در هر صورت در جرایم موجب مجازات سلب حیات مدت بازداشت موقت از دو سال و در سایر جرایم از یک سال تجاوز نمی‌کند». نصاب حداکثر مدت بازداشت، طبق تبصره یک مقرر اخیرالذکر «شامل مجموع قرارهای صادره در دادسرا و دادگاه است و سایر قرارهای منتهی به بازداشت متهم را نیز شامل می‌شود». اما در عمل برخی قضات دادسرا به بهانه‌های مختلف - مانند قاعده فراغ دادرسی در فرض اعاده پرونده از دادگاه به دادسرا - نصاب حداکثر یادشده را رعایت نمی‌کنند که در این خصوص نظریه مشورتی شماره ۷/۹۳/۱۴۵۳ مورخ ۱۳۹۳/۶/۲۲ اداره کل حقوقی قوه قضاییه، قاعده فراغ دادرسی را در این فرض صادق ندانسته و معتقد به تکلیف قضات دادسرا جهت اعمال ماده ۲۴۲ و تبصره یک آن می‌باشد.

۴-۲-۵. چالش‌های ساختاری

علاوه بر مسائل قانونی و قضایی، ضعف امکانات و تجهیزات و منابع انسانی نیز می‌تواند به مسأله بازداشت‌های پیش از محاکمه دامن بزند. به عنوان مثال تأخیر در انجام کارشناسی

۱. در یک نظرسنجی بین‌المللی بیش از ۳۴٪ از پاسخ دهندگان، مجازات حبس را برای جرایم موضوع سوال انتخاب کردند. در انگلستان و ژاپن بیش از ۵۰٪ از پاسخ دهندگان کیفر زندان را انتخاب کردند. برای مطالعه بیشتر در این خصوص، رک.

Tkachuk, Brian, Op. cit., p. 21.

۲. رابرتز، جولیان. وی؛ اسلاتز، لورتا. جی؛ ایندرمار، دیوید؛ هاف، مایک، عوام‌گرایی کیفری و افکار عمومی: درس‌هایی از پنج کشور، ترجمه گروهی از پژوهشگران، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۹۲، صص. ۱۳ و ۶۹.

۳. در ماده ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، هفت مورد قرار التزام، به علاوه قرارهای کفالت وثیقه پیش‌بینی شده است.

و اقدامات و استعلامات ثبتی می‌تواند منجر به بازداشت افراد در نتیجه قرار وثیقه شود، موضوعی که رئیس قوه قضاییه سعی نموده در ماده ۳ دستورالعمل سامان‌دهی زندانیان و کاهش جمعیت کیفری^۱ از طریق استقرار واحدهای ثبتی در دادگستری یا اتصال به سامانه الکترونیکی بر خط، آن را حل نماید. کمبود کادر قضایی نیز مثال دیگری از ضعف سازمانی سیستم قضایی است که می‌تواند از طریق تراکم پرونده‌ها و تأخیر در رسیدگی موجبات افزایش شمار بازداشت‌های پیش از محاکمه را فراهم نماید.

۵. مطالعه روبه‌های قضایی موفق

نظام قضایی کشورهای مختلف جهان با آگاهی از آثار منفی فراوان بازداشت‌های پیش از محاکمه، نوآوری‌ها و تدابیر کارآمدی را جهت برون‌رفت از این چالش پیچیده نظام عدالت قضایی به کار بسته‌اند. این تلاش‌ها اصولاً حول دو محور و هدف اساسی قرار دارد؛ نخست کاهش مدت زمان بازداشت و دوم بهره‌گیری از شیوه‌های جایگزین. در ادامه به عنوان نمونه به برخی از این تدابیر اشاره خواهیم نمود.

۵-۱. لوک عدالتی در هند

یکی از تجربیات موفق در این زمینه «لوک عدالتی»^۲ یا «دادگاه خلق»^۳ است که از سال ۱۹۸۷ بر اساس بند ۳۹ - A قانون اساسی هند در ایالت‌های بیهار^۴ و راجاموندی^۵ و سپس در سراسر هند از طریق سرکشی مستمر مقامات قضایی و تشکیل جلسات رسیدگی به پرونده‌های سبک در زندان، نقش مؤثری در کاهش زمان رسیدگی و کاهش زمان بازداشت پیش از محاکمه ایفا کرده‌اند.^۶ در واقع این طریقه، ریشه در شیوه‌های سنتی حل اختلاف که از طریق «پانچایات»^۷ یا سران قبایل صورت می‌گرفت دارد و مزایایی همچون کاهش هزینه‌های نظام عدالت کیفری، مقید نبودن به مقررات دست‌وپاگیر آیین دادرسی و قطعی بودن احکام دارد.^۸

۱. «رؤسای دادگستری‌ها ترتیبی اتخاذ نمایند تا کارشناسان رسمی دادگستری و نمایندگان ثبت اسناد در واحدهای قضایی مستمر شوند یا از طریق سامانه الکترونیکی برخط (آنلاین) ارتباط برقرار نمایند تا چنانچه نیاز به کارشناسی یا توقیف یا شناسایی یا احراز وثیقه ملکی باشد در وقت یا خارج از وقت اداری به سرعت انجام و از اعزام متهمان به زندان کاسته شود.»

2. Lok Adalat

3. People court

4. Bihar, India.

5. Rajamundy, India.

6. National legal services Authority, Lok Adalat, Available at: <http://halsa.gov.in/lok-adalat>; The legal services Authorities act, 1986, chapter VI, NO 19-22, LOK Adalat, Aailable at: Lawmin – nice – in; V, Karthyaeni and Bhatt, vidhi, LOK Adalat and permanent LOK Adolat: A scope for judicial review? A critical study, Aailed at: <http://www.legalserviceindia.com/articles/lok-a-htm>

7. Panchayat

8. Ibid.

۵-۲. سوزن به جای چاقو (روش‌های جایگزین بازداشت)

میانجی‌گرهای اوگاندایی در مذاکرات صلح بین طرفین اصولاً یک ضرب‌المثل را به کار برده و می‌گویند: باید سوزن برداریم و پارچه آسیب‌دیده را بدوزیم، به جای آنکه چاقو بر داریم و آن را تا آخر پاره کنیم.^۱ این در واقع همان منطق عدالت ترمیمی و استفاده از جایگزین‌های بازداشت و حبس است که در صدد ترمیم و بهبود روابط مجرم و قربانی و جبران خسارات تا حد امکان می‌باشد.

۵-۳. گاچاچا^۲ در رواندا (میانجی‌گری گروهی)

گاچاچا - به معنای عدالت در چمن‌زار - شیوه‌ای سنتی از رسیدگی قضایی در کشور رواندا می‌باشد که طی آن گروهی از قضات محلی بدون مشارکت وکلا و محدودیت‌های دادرسی با بهره‌گیری از شهادت دواطلبانه جامعه محلی به رسیدگی می‌پردازند.^۳ این شیوه در واقع تجربه‌ای موفق است که بر اساس آن به پرونده حدود ۱۰۰/۰۰۰ نفر از متهمان (فرعی) به شرکت در کشتار دسته جمعی سال ۱۹۹۴ رواندا رسیدگی شد. مبنای گاچاچا، فراموش کردن تجربه تلخ گذشته و تلاش برای صلح و توسعه است. طراحان اصلی قتل عام‌ها در دادگاه‌های دادگستری محاکمه می‌شوند. محکومین گاچاچا نیمی از محکومیت خود را در زندان سپری کرده و نیم دیگر آن را به خدمات عام‌المنفعه مشغول می‌شوند.^۴

۶. راهکارهایی برای کاهش بازداشت‌های پیش از محاکمه در ایران

علاوه بر ضرورت بهره‌گیری از اسناد و تجربه‌های موفق بین‌المللی و لزوم تحلیل دقیق آمارها و وضعیت فعلی، با توجه به یافته‌های پژوهش حاضر، راهکارهایی به شرح زیر برای دستیابی به نرخ بهینه بازداشت پیش از محاکمه به نظام تقنینی و قضایی کشور پیشنهاد می‌گردد.

۶-۱. راهکارهای تقنینی

- ترسیم سیاست روشن در خصوص بازداشت‌های پیش از محاکمه در برنامه‌های توسعه کشور

1. N.Masamba, Sita; G.wilson, Edangya; D.Ayigale, Aliobe, "From Prison Back Home", Uganda Experience, 4th ed, 2001, p. 4.
2. Gacaca
3. Free dictionary. Available at: <http://www.theFreedictionary.com/gaeaca>
4. Brehm, Hollie Nyseth & Uggen, Christopher & Gasanabo, Jean-Damascene, "Genocide, Justice and Rwandas GACACA Courts", Journal of Contemporary Criminal Justice, vol. 30, 2014, pp. 333-352.

- تبیین دقیق مفهوم ازدحام و افزایش جمعیت کیفری و تعریف اصول و استانداردهای حداقل
- کاهش مداخله حقوق کیفری و بهره‌گیری از ضمانت اجرای غیر کیفری و مقررگذاری صنفی
- پرهیز از عوام‌گرایی و سیاست سخت‌گیری کیفری و بهره‌گیری از دیدگاه‌های نوین مانند توافقی‌شدن آیین دادرسی کیفری، عدالت ترمیمی و ...
- تلاش واقعی برای جرم‌زدایی و حبس‌زدایی از طریق در دستور کار قرار دادن سریع‌تر لایحه قضا‌زدایی و حذف برخی از عناوین مجرمانه
- برنامه‌ریزی دقیق برای کنترل موارد ویژه مانند مواد مخدر و جرایم منافی عفت مبتنی بر مداخله‌های اجتماعی و درمانی
- حذف موانع و محدودیت‌های موجود در تدابیر غیر بازداشتی و اصل بودن جایگزین‌های تعقیب و بازداشت پیش از محاکمه
- اصلاح مقررات بازداشت موقت در راستای کاهش احتمال به کارگیری آن از طریق حذف موارد مبتلا به (مانند جرایم عمدی علیه تمامیت جسمانی)
- افزایش موارد ممنوعیت بازداشت موقت

۲-۶. راهکارهای قضایی

- توجه به بازداشت‌های پیش از محاکمه در تدوین برنامه‌های توسعه قضایی
- پایبندی به فرض برائت و تفسیر به نفع متهم و آزادی
- بهره‌گیری حداکثری از تدابیر و اقدامات غیر بازداشتی و جایگزین‌های تعقیب کیفری
- رعایت حداقل استانداردهای تحقیق و رسیدگی از طریق تقویت منابع انسانی
- توجه توأمان به معیارهای کنترل جرم و دادرسی منصفانه
- تقویت شیوه‌های میانجی‌گری
- ایفای نقش نظارتی محاکم نسبت به دادسراها در خصوص قرارهای تأمین کیفری
- توجه به ظرفیت و ازدحام در زندان‌ها در زمان صدور قرارهای تأمین و صدور احکام کیفری
- پرهیز از صدور قرار بازداشت موقت جز در موارد ضروری

نتیجه‌گیری

رشد فزاینده شمار و نرخ بازداشت‌های پیش از محاکمه یکی از عوامل اصلی افزایش جمعیت کیفری و متعاقب آن ازدحام بیش از حد در زندان‌ها در ایران است. افزایش نرخ بازداشت‌های پیش از دادرسی نیز به نوبه خود ناشی از عوامل متعدد تقنینی و قضایی است. گسترش مداخله حقوق کیفری ماهوی - از طریق جرم‌انگاری حداکثری و حبس‌گرایی افراطی، کنترل موارد ویژه مانند مواد مخدر و کافی نبودن تدابیر غیرحبسی -، بزه‌دیده‌مدار بودن سیاست جنایی، کافی نبودن تدابیر غیربازداشتی و جایگزین تعقیب و در نهایت ضعف مقنن در تقنین مقررات مربوط به بازداشت موقت از جمله مهم‌ترین عوامل تقنینی و اتکای بیش از حد و نا کارآمد قضات به مجازات زندان، تمایل دادستان‌ها به کنترل جرم، استفاده حداقلی و محدود از اقدامات غیربازداشتی و ضعف‌های ساختاری و سازمانی قوه قضاییه نیز از عمده‌ترین عوامل قضایی افزایش شمار متهمان منتظر محاکمه می‌باشد.

پایبندی به استانداردهای حداقل و اصول رفتار با متهمین و زندانیان، کاهش مداخله حقوق کیفری، پرهیز از سخت‌گیری و عوام‌گرایی کیفری و استفاده از جنبه‌های نوین عدالت ترمیمی و آیین دادرسی کیفری توافقی، تلاش واقعی برای جرم‌زدایی و حبس‌زدایی، اصلاح مقررات بازداشت موقت، رفع محدودیت‌های موجود در تدابیر غیربازداشتی و اصلاح سیاست‌های جنایی در کنترل موارد خاص مانند جرایم مواد مخدر از جمله راهکارهای تقنینی و پایبندی مقامات قضایی به اصل برائت و تفسیر به نفع آزادی، استفاده حداکثری از تدابیر غیربازداشتی و جایگزین‌های تعقیب کیفری، رعایت استانداردهای حداقل از حیث زمان رسیدگی و حداکثر زمان بازداشت، توجه به ظرفیت زندان‌ها در حین صدور قرارهای تأمین و احراز ضرورت برای صدور قرار بازداشت موقت نیز از زمره راهکارهای قضایی برای کاهش نرخ و شمار بازداشت‌های پیش از محاکمه در ایران می‌باشد.

در نهایت بهره‌گیری از تجربه‌های موفق بین‌المللی و رویه‌های قضایی کارآمد ملی همچون لوک عدالتی هند، گاجاچا در رواندا و سایر کشورها با لحاظ جنبه‌های بومی و ملی کشور نیز بسیار راهگشاست.

منابع

- آشوری، محمد، جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بینابین، چاپ سوم، نشر گرایش، ۱۳۹۴.
- آلبرشت، هانس یورک، ازدحام در زندان‌ها، ترجمه دکتر حسین غلامی، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۹۵.
- پرادل، ژان، تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ سوم، انتشارات سمت، ۱۳۸۱.
- تونری، مایکل، «کیفرهای اجتماع محور در ایالات متحده آمریکا»، ترجمه مینا صدیق فر، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و دوم، شماره ۶۴، پاییز ۱۳۷۸.
- جوانمرد، بهروز، تسامح صفر: سیاست کیفری سخت‌گیرانه در قبال جرایم خرد، چاپ دوم، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳.
- چانگ، امیلی؛ فاگان، ایمی؛ گارت، استیسی؛ جرمن، الین، بازداشت پیش از محاکمه: اصلاحات و راه حل‌ها، سازمان اصلاحات جزایی بین‌المللی، چاپ اول، ترجمه مهران مهاجر، نشر وفاق، ۱۳۸۴.
- حاجی تبار فیروزجایی، حسن، مجازات‌های جایگزین در حقوق کیفری ایران، چاپ اول، انتشارات فردوسی، ۱۳۹۳.
- داودی گرمارودی، هما، «اندیشه‌های مجازات و عوامل مؤثر بر حجم جمعیت کیفری»، مجموعه مقالات همایش راهکارهای کاهش جمعیت کیفری، چاپ اول، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۶.
- دفتر هماهنگ‌کننده فعالیت‌های نظام ملل متحد در جمهوری اسلامی ایران، اعلامیه هزاره سازمان ملل متحد، چاپ دوم، مرکز اطلاعات سازمان ملل متحد در تهران، ۱۳۸۳.
- دلماس مارتی، می‌ری، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دوم، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳.
- رابرتز، جولیان. وی؛ استالاتز، لورتا. جی؛ ایندرمار، دیوید؛ هاف، مایک، عوام‌گرایی کیفری و افکار عمومی: درس‌هایی از پنج کشور، ترجمه گروهی از پژوهشگران، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۹۲.
- زارعی محمودآبادی، محمود، زندان‌زدایی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا، دانشگاه آزاد اسلامی، ۱۳۸۲.

- ستاد مبارزه با مواد مخدر، کتاب سال ۱۳۹۱ ستاد مبارزه با مواد مخدر، چاپ اول، انتشارات ریاست جمهوری، ۱۳۹۱.
- شمعی، محمد؛ شهباز، سارا، جرم‌انگاری حداکثری، چاپ اول، انتشارات جنگل، ۱۳۹۴.
- طاهرزاده، احمدعلی، «مجازات‌های جایگزین حبس»، مجله پیام آموزش، سال پنجم، شماره ۲۹، آذر و دی ۱۳۸۶.
- طاهری، سمانه، سیاست کیفری سخت‌گیرانه، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۹۲.
- عباسی، مصطفی، «عدالت ترمیمی: دیدگاه نوین عدالت کیفری»، مجله پژوهش‌های حقوق و سیاست، سال پنجم، شماره ۹، پاییز و زمستان ۱۳۸۲.
- فرجیپا، محمد، «چالش‌های ارزیابی کیفرهای اجتماع محور»، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و دوم، شماره ۶۴، پاییز و زمستان ۱۳۷۸.
- فروغی‌فر، جواد، «نقش قضا‌دایی در کاهش جمعیت کیفری زندان‌ها»، مجموعه مقالات همایش راهکارهای کاهش جمعیت کیفری، چاپ اول، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۶.
- قبانچی، حسام؛ دانش‌ناری، حمیدرضا، «الگوهای دوگانه فرایند کیفری: کنترل جرم و دادرسی منصفانه»، مجله آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۱.
- کوپل، آندرو، رویکرد حقوق بشری به مدیریت زندان، ترجمه حسن طغرانگار، نشر وفاق، ۱۳۸۴.
- گودرزی بروجردی، محمدرضا، سیاست جنایی قضایی، چاپ اول، انتشارات سلسبیل، ۱۳۸۴.
- لازرژ، کریستین، درآمدی بر سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ پنجم، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۵.
- صابر، محمود، «معیارها و تضمین‌های دادرسی عادلانه در مرحله تحقیقات مقدماتی»، مجله مدرس علوم انسانی، شماره ۶۳، زمستان ۱۳۸۸.
- معصومی، زیبا، «تبیین اصول و معیارهای طراحی فضاهای بازداشتگاهی شهری»، فصلنامه مدیریت شهری، شماره ۴۰، پاییز ۱۳۹۴.
- ناجی زواره، مرتضی، «تناسب در قراردادهای تأمین کیفری»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره‌های ۸ و ۹ و ۱۰، تابستان و زمستان ۱۳۸۹.
- نورالهی، طه، «تحولات جمعیت ایران» مجله بررسی‌های آماری رسمی ایران، شماره ۲۴، بهمن ۱۳۶۸.

-
- نیازپور، امیرحسین، توافق‌شدن آیین دادرسی کیفری، چاپ دوم، نشر میزان، ۱۳۹۲.
 - هاشمی شاهرودی، سیدمحمود، زندان‌زدایی و حبس‌زدایی، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۹۵.
 - یکرنگی، محمد؛ ایرانمنش، مهدی، «کیفرهای اجتماع محور: از نظریه تا عمل»، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و دوم، شماره ۶۴، پاییز ۱۳۷۸.
- American Bar Association (ABA), Handbook of International Standards on Pretrial Detention Procedure, Washington, 2010.
 - Brehm, Hollie Nyseth & Uggen, Christopher & Gasanabo, Jean-Damascene, "Genocide, Justice and Rwandas GACACA Courts", Journal of Contemporary Criminal Justice, vol. 30, 2014.
 - Center for Democracy and Governance, Achivement in Building and Maintaining the Rule of Law, Section on Latin America: Colombia, USAID, Washington, 2002.
 - Center for Democracy and Governance, Srilanka Case Study, in Alternative Dispute Resolution: Practitioners, Guide 2, USAID, Washington, 1998.
 - Chang, Emily; Fagan, Aimee; Garrett, Stacy; Gehrmann, Elaine, Pre-trial Detention Reforms and Solutions, Penal Reform International (PRI), London, University of Illinois, 2004.
 - European Committee on Crime Problems (CDPC), White Paper on Prison Overcrowding, Strasbourg, PC-CP, 2015.
 - European Criminal Bar Association, "An Analysis of Minimum Standards in Pre-trial Detention and the Grounds for Regular Review in the Member State of the EU", ECBA, 2007.
 - Horovit, Sigali, Rwanda: International and National Responses to the Atrocities and their Interaction, DOMAC, Iceland, 2010.
 - Mahoney, Barry; Beaudin, Bruce; Carver, Jhon; Ryan, Daniel; Hoffman, Richard, "Pretrial Services Programs: Responsibility and Potential", National Institute of Justice, U.S Department of Justice, Whashington D. C., 2001.
 - N.Masamba, Sita; G.wilson, Edangya; D.Ayigale, Aliobe, "From Prison Back Home", Uganda Experience, 4th ed, 2001.
 - National Service of Gacaca Courts, Gacaca Courts in Rwanda, Kigali, 2012.
 - Tkachuk, Brian; Walmsley, Roy, World Prison Population: Facts, Trends and Solutions, Helsinki, 2001.

-
- United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Handbook on Strategies to Reduce Overcrowding in Prison, New York, U. N Office at Vienna, 2013.
 - Walmsley, Roy, World Pre-trial/Remand Imprisonment List, 2nd ed, ICPS, 2014.

حق حبس زوجه و ابهامات موجود در رویه قضایی

امیر خواجهزاده*

سیدروح اله حسینی میقان**

چکیده

عقد ازدواج حقوق مختلفی را برای زن ایجاد می‌کند، اما گاهی مسائلی همچون اعصار پیش می‌آید که ممکن است زوج از پرداخت این حقوق ناتوان گردد. بنابراین می‌توان گفت دریافت مهریه و نفقه حق زن است، اما در صورت عجز از پرداخت هر یک از آنها، قانون برای زن راه‌حلی اندیشیده است. از جمله در صورت عجز زوج از پرداخت مهریه این حق به وی داده شده است که از تمکین خاص امتناع ورزد و حتی با تقسیط مهریه تا دریافت آخرین قسط (چنان که در آرای وحدت رویه آمده است) از زوج تمکین نکند. دیوان عالی کشور به موجب رأی وحدت رویه ۷۰۸ مورخ ۱۳۸۷/۵/۲۲ اعلام کرد که تقسیط مهر مسقط حق حبس زوجه نیست و متعاقب آن با صدور رأی وحدت رویه ۷۱۸ مورخه ۱۳۹۰/۲/۱۳ قلمرو حق حبس را به مطلق وظایف زناشویی گسترش داد. هر چند این آرا ظاهراً به اختلافات پایان داده، ولی صحت و آثار و پیامدهای حقوقی ناشی از اجرای آنها نیازمند تبیین و بررسی است. در این تحقیق مشخص گردیده است که چنانچه زوجین هر دو حق حبس را اعمال کردند، چگونه باید عمل کرد و نیز مبرهن شده است که اگر بخشی از مهر موجد بود؛ تا مقدار حال آن تأدیه نشده است، زوجه حق حبس دارد و در صورت صدور حکم اعسار حق حبس ساقط نمی‌شود.

کلیدواژه‌ها: حق حبس، حق، نکاح، مهر، وظایف خانوادگی، رویه قضایی.

Khajehzadeh.amir@yahoo.com

* عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد دامغان

** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد دامغان (نویسنده مسئول)

Seydrohollahhoseini@gmail.com

تاریخ پذیرش: ۹۶/۰۲/۰۳

تاریخ دریافت: ۹۵/۰۷/۰۵

مقدمه

یکی از حقوقی که قانون‌گذار برای زوجه در قانون مدنی پیش‌بینی کرده اعمال حق حبس خود نسبت به وظایفی که در مقابل شوهر دارد تا پرداخت کامل مهریه از جانب زوج به او می‌باشد. در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی قانون‌گذار به صراحت به این مهم اشاره نموده است. البته اینکه مراد قانون‌گذار از اصطلاح زن در این ماده جنس زن به طور عام می‌باشد یا مقصود تنها دوشیزگان می‌باشد، تصریح نشده است. لیکن رویه قضایی این حق را تنها به دوشیزگان داده است. از طرفی مقصود قانون‌گذار در ماده ۱۰۸۶ که یکی از جهات سقوط حق حبس را بیان می‌کند؛ آیا ناظر به تمکین به مفهوم خاص هست یا تمکین عام را شامل می‌گردد؟ همچنین این سؤال مطرح می‌گردد که اگر زوج موفق به تحصیل حکم تقسیط گردد آیا حق حبس ساقط می‌گردد یا تا ایفای کامل مهریه همچنان باقی می‌ماند. پاسخ به تمامی این سؤالات را به طور مبسوط در این مقاله خواهیم دید. قبل از صدور رأی وحدت رویه ۷۰۸ در اوایل سال ۱۳۸۷ در رویه قضایی و آراء دادگاه‌ها دچار اختلاف نظر و عقیده بوده‌ایم به طوری که بعضی از دادگاه‌ها صرف صدور حکم اعسار از پرداخت مهریه برای زوج و درخواست تمکین زوج حق حبس زوجه را نادیده گرفته و زوجه را محکوم به تمکین از زوج می‌کردند و بعضی دیگر از دادگاه‌ها نیز به صرف صدور حکم اعسار و درخواست تمکین زوج حق حبس زوجه را در نظر گرفته و حکم به رد تمکین زوج را صادر می‌نمودند و هر کدام از این دو تفکر و نظریه برای خود استدلالی دارند. لذا در سال ۱۳۸۷ رأی وحدت رویه ۷۰۸ صادر گردید که تقسیط مهریه نافی حق حبس زوجه نیست و این کار تا حدود زیادی مشکلات را حل کرده است. ولی باز هم بعضی مشکلات ادامه دارد. پس از صدور این رأی سؤال وارد شده این بود که آیا مراد از حق حبس در رأی وحدت رویه ۷۰۸ تمکین خاص است یا تمکین عام که این نیز خود مشکلاتی را به وجود آورده بود که باعث صدور آراء متناقض گردیده بود که با صدور رأی وحدت رویه ۷۱۸ دیوان عالی کشور مشکل مرتفع شده و در این رأی حق حبس را مطلق وظایف زناشویی قلمداد کرده است.

۱. تعاریف

۱-۱. حق حبس

در تعریف حق حبس گفته‌اند «حق امتناعی است که هر یک از طرفین معامله، در صورت عدم تسلیم مورد تعهد از طرف دیگر، دارد.»^۱ و همچنین حق خودداری از

۱. آراء، علی، مهر، تاریخچه، ماهیت و احکام آن، چاپ اول، تهران، چاپ مصطفوی، ۱۳۴۱، ص. ۶۸.

تسلیم را که به بایع یا مشتری داده می‌شود، در اصطلاح حقوقی، حق حبس می‌گویند. با توجه به تقسیم‌بندی‌هایی که از حق می‌شود، حق حبس را باید از دسته حقوق الناس دانست. به عبارت دیگر، حق عبد است که با اسقاط از جانب وی ساقط و منتهی می‌گردد. ولی در هر حال، در مورد ماهیت حق حبس، بین حقوق‌دانان اختلاف نظر است. بعضی آن را حق عینی می‌دانند و بعضی آن را حق دینی می‌دانند؛ اما در فقه اسلامی از حق حبس به عنوان حق عینی یاد کرده‌اند. به همین جهت، در کتب فقه اسلامی، از حق حبس با عنوان (حق حبس‌العین) یاد شده است. بعضی از حقوق‌دانان، از جمله حقوق‌دانان اروپایی، حق حبس را به آن لحاظ که حق تعقیب به کسی نمی‌دهد، حق دینی شمرده‌اند.^۱ فقها در عقد نکاح، به زوجه این حق را داده‌اند که تا زمانی که مهر به او داده نشده است، اگر مهلت دار نباشد، از تمکین به وظایف زناشویی خودداری کند و این حق را نوعی حق حبس دانسته‌اند.^۲ مبنای این حق را در نکاح، معاوضی دانستن این عقد یا شبه‌معاوضی دانستن آن شمرده‌اند.^۳

به نظر نجفی،^۴ قطع نظر از معاوضی بودن یا نبودن عقد نکاح، به ادله متعدد باید این حق را برای زوجه به رسمیت شناخت، از جمله احادیث متعدد و نیز به حرج افتادن زن در صورت نداشتن حق امتناع. فقیهانی که نکاح را عقدی معاوضی به شمار آورده‌اند، حق حبس مهر را در صورت امتناع زوجه از وظایف زناشویی، برای شوهر نیز ثابت دانسته‌اند. در فرض تنازع میان زن و شوهر، برخی فقها بر آن هستند که ابتدا شوهر باید به دادن مهر ملزم شود یا مهر نزد شخصی امین گذاشته شود تا دو طرف به حق خود برسند.^۵ به نظر مشهور فقهی، حق حبس زن پس از اقدام اختیاری او به انجام دادن وظیفه خود، ساقط می‌شود.^۶ همچنین شرط وجود حق حبس برای زوجه، تمکن مالی زوج نیست.^۷

۲-۱. تمکین در لغت

تمکین از نظر لغوی به معنای فرمان بردن، پابرجا کردن، به کسی فرمان دادن،^۸ دست دادن، جای دادن، جای دادن و پابرجا کردن، پای بر جای کردن و توانا و قادر

۱. همان، ص. ۶۹.

۲. شهیدثانی، زین‌الدین، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، جلد ۸، قم، ۱۴۱۳، ص. ۱۹۴.

۳. شهیدی، سیدمهدی، حقوق مدنی، جلد ۳: آثار قراردادهای و تعهدات، تهران، ۱۳۸۲، ص. ۱۷۵.

۴. نجفی اصفهانی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۳۱، الطبعة السابعة، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، ۱۹۸۱م، ص. ۴۱.

۵. محقق کرکی، علی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۱۳، قم، ۱۴۱۵، ص. ۴۳۴.

۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق خانواده، جلد ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶، ص. ۱۳۵.

۷. شهیدثانی، زین‌الدین، الروضه البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة، جلد ۵، قم، چاپ افسست، ۱۴۱۰، ص. ۳۶۹.

۸. معین، محمد، فرهنگ فارسی، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۵۰.

گردانیدن بر چیزی، قادر و مسلط گردانیدن کسی را بر چیزی،^۱ قبول کردن، پذیرفتن، فرمان کسی را پذیرفتن، پابرجا کردن، نیرو و قدرت دادن، به کسی توانایی دادن که به امری یا چیزی دست یابد،^۲ می‌باشد.

۳-۱. تمکین در فقه

تمکین یک واژه فقهی است که معمولاً در بحث نکاح مورد استفاده قرار می‌گیرد و یکی از حقوق زوج بر عهده زوجه تمکین زوجه است.^۳ تمکین به دو نوع «تمکین خاص» و «تمکین عام» تقسیم می‌شود. تمکین خاص به برآوردن درخواست‌های جنسی شوهر و تمکین عام به انجام وظایف خانوادگی، اطاعت از شوهر و پذیرفتن ریاست شوهر بر خانواده است.

تمکین از حقوق واجب شوهر بر زن است و در صورت خودداری زن از آن بدون عذر، نفقه او به سبب تحقق نشوز بر شوهر واجب نخواهد بود. البته در فقه، این بحث مطرح است که آیا نفقه زوجه به صرف عقد دائم بر زوج واجب می‌شود یا منوط به تمکین وی پس از عقد است؟ مشهور، قول دوم است. برخی قول اول را برگزیده و افزوده‌اند تنها با ظهور نشوز، نفقه از عهده شوهر ساقط می‌شود؛ بنابراین در فرض عدم تحقق نشوز با عدم تمکین، تأمین نفقه بر شوهر واجب خواهد بود، هر چند - به عللی مانند درخواست نکردن شوهر - تمکین حاصل نشده باشد. زن، پس از عقد و پیش از دریافت مهر می‌تواند از تمکین خودداری کند، به شرط آنکه مهرش نقد و امتناع، قبل از آمیزش باشد.^۴ برخی، توانایی شوهر در پرداخت مهر را نیز بر شرایط یاد شده افزوده و گفته‌اند: اگر شوهر قدرت پرداخت مهر را نداشته باشد، زن حق امتناع از تمکین ندارد.^۵ بر اصل حکم، ادعای اجماع شده است؛ لیکن برخی آن را نپذیرفته و گفته‌اند که هر یک از زن و شوهر مکلف به وظیفه خویش است؛ زن به تمکین و مرد به پرداخت مهر و هیچ‌کدام بر دیگری توقف ندارد و هر کدام به وظیفه خود عمل نکنند، مرتکب معصیت شده است.^۶

۱. دهخدا، علی‌اکبر، لغت‌نامه دهخدا، تهران، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.

۲. عمید، حسن، فرهنگ عمید، تهران، انتشارات امیرکبیر، چاپ هشتم، ۱۳۷۱.

۳. هاشمی شاهرودی، سیدمحمود، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم‌السلام، قم، مؤسسه دایره‌المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۶ ق، ص. ۶۲۳.

۴. نجفی اصفهانی، محمدحسن، منبع پیشین، ص. ۴۱.

۵. حلی، محمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، جلد ۲، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۱ ق، ص. ۵۹۱.

۶. بحرانی، یوسف، الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، جلد ۲۴، قم، جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه، ۱۳۶۳، ص. ۴۶۲.

در ازدواج موقت، استقرار همه مهر، متوقف بر تمکین زن در تمامی مدت تعیین شده در عقد است.^۱ در موارد حرمت آمیزش یا حرمت مطلق استمتاع تمکین نیز بر زن حرام است.

۴-۱. تمکین عام و خاص

از جمله آثار ریاست مرد بر خانواده، تکلیف تمکین برای زن است. تمکین دارای یک معنی خاص و یک معنی عام است. تمکین به معنی خاص آن است که زن نزدیکی جنسی با شوهر به طور متعارف را بپذیرد و جز در مواردی که مانع موجهی داشته باشد از برقراری رابطه جنسی با او سر باز نزند.

اما تمکین به معنای عام، آن است که زن وظایف خود را نسبت به شوهر انجام دهد و از او در حدود قانون و تعارف اطاعت کند و ریاست شوهر را در خانواده بپذیرد. پس اگر شوهر توقعات نامشروع یا نامتعارفی از زن داشته باشد زن مکلف به اطاعت از او نیست. مثلاً اگر شوهر، زن را از ادای فرایض مذهبی باز دارد یا از زن بخواهد که اموالش را به او انتقال دهد، زن می‌تواند از اطاعت شوهر سر باز زند.^۲

۵-۱. تمکین در قانون مدنی ایران

در قانون مدنی ایران عنوان تمکین و نشوز به کار نرفته و حقوق دانان آن را از برخی مواد استنباط کرده‌اند:

ماده ۱۱۰۸ - «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود.»

ماده ۱۰۸۵ - «زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند مشروط بر اینکه مهر او حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود.»

ماده نخست بر نشوز دلالت دارد. برخی حقوق دانان از آن تمکین عام را نیز استفاده کرده‌اند و ماده دوم را مستند برای تمکین خاص گرفته‌اند. قانون مدنی تمکین به معنی عام را به وظایف زوجیت مذکور در ماده ۱۱۰۸ تفسیر نموده است.^۳ ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی می‌گوید: هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود. وظایف زوجیت را قانون مدنی در این ماده و حتی در

۱. نجفی اصفهانی، محمدحسن، منبع پیشین، ص. ۱۶۷.

۲. صفایی، سیدحسین؛ امامی، اسداله، حقوق خانواده، جلد ۱، چاپ دوم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۱، ص. ۱۷۳.

۳. محقق داماد، سیدمصطفی، تحلیل فقهی حقوقی خانواده، چاپ ششم، تهران، نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶، صص.

جای دیگر به طوری که ملاحظه می‌شود ذکر ننموده و به کلمه حسن معاشرت که مجمل و مبهم است اکتفا کرده، بدیهی است در موردی که قانون مجمل یا ساکت است، عرف و عادت مسلم زمان و مکان با رعایت وضعیت خانوادگی زوجین ملاک و ظایف زناشویی خواهد بود و همان است که در بالا به آن اشاره شد.

۲. مستندات روایی مشروعیت حق حبس

فقهایی معتقد به وجود حق حبس در عقد نکاح عمدتاً از سه روایت زیر برای استدلال خود استفاده نموده‌اند.

۱-۲. روایت سماعه

روایت سماعه که می‌گوید از امام سؤال کردم راجع به مردی که همسرش پس از عقد مهرش را بر او حلال کرده است، آیا رواست پیش از اعطای چیزی به او با وی آمیزش نماید؟ امام در پاسخ فرمود: آری، وقتی زن مهرش را بر مرد حلال نماید، مانند آن است که مهرش را قبض کرده باشد.^۱ در بعضی منابع فقهی به روایت فوق بر مورد بحث استدلال شده است. نحوه استدلال به روایت فوق به مفهوم آن است. امام فرمود که اگر زن مهرش را بر مرد حلال کرد، به منزله آن است که آن را قبض نموده است و بنابراین مرد می‌تواند با وی آمیزش نماید. مفهوم بیان امام این خواهد بود که اگر زن مهرش را قبض نکرده باشد، پس بر مرد روا نیست (بدون رضایت او) با وی آمیزش نماید.^۲

۲-۲. روایت ابی بصیر

روایت ابی بصیر از امام صادق که فرمود: وقتی مردی با زنی ازدواج نماید، فرج زن بر مرد حلال نمی‌شود مگر آنکه درهمی یا بیشتر برایش بفرستد یا هدیه‌ای از آرد و مانند آن به او بدهد.^۳

۳-۲. روایت امام محمد باقر (ع)

امام محمد باقر (ع) راجع به زنی که پس از فوت شوهرش، از ورثه زوج متوفا مهر و میراثش را طلب نموده است، فرمود: او حق دارد میراث مطالبه نماید و اما مهر، آنچه را که پیش از آمیزش از زوج اخذ کرد، همان است که با آن فرج زن بر مرد حلال می‌شود است، خواه کم باشد خواه زیاد. زمانی که آن را قبض کند و بپذیرد و بر شوهر

۱. حرّ عاملی، محمد، وسائل الشیعه، جلد ۲۱، چاپ دوم، قم، آل‌البیت، ۱۴۱۴ ق. ص. ۶۳.

۲. نجفی اصفهانی، محمدحسن، منبع پیشین، ص. ۴۱.

۳. طوسی، محمد، المبسوط، جلد ۷، تهران، المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ ق، ص. ۳۵۷.

وارد شود، دیگر پس از آن حقی ندارد. از روایت فوق چنین بر می‌آید که آمیزش با زوجه با اعطای مهر او حلال می‌شود. بنابراین، مرد مجاز نیست پیش از اعطای مهر، با همسرش آمیزش نماید، مگر آنکه زوجه مهرش را مطالبه ننماید.^۱

۳. مالی یا غیرمالی بودن حق حبس

با توجه به اینکه مورد و متعلق حق، گاهی عین، گاهی عقد و گاهی شخص است،^۲ لذا حق حبس در عقد بیع را می‌توان از دسته اول دانست و آن را متعلق عین دانست؛ اما حق حبس در عقد نکاح، متعلق به حق شخص است؛ مانند حق قصاص و یا حق حضانت. به نظر می‌رسد که اختلاف نظر حقوق دانان و فقها هم به همین دلیل باشد که بعضی آن را حق دینی و بعضی حق عینی دانسته‌اند؛ لذا آنجا که فقها از حق حبس، به عنوان حق حبس العین یاد کرده‌اند در مورد عقد بیع، صادق است؛ چون در عقد بیع دو رکن ثمن و مبیع، هر دو عین هستند. اما در حق حبس در عقد نکاح، اگر این حق را فقط مختص زن بدانیم، در این صورت می‌توان آن را حق حبس العین دانست؛ ولی اگر این حق را برای شوهر هم بپذیریم، در این صورت، متعلق و مورد حق، شخص است و عبارت است از حق تمتع از زن که با توجه به تقسیم‌بندی حق، باید این حق را غیرمالی دانست. نتیجه اینکه حق حبس، از یک‌طرف جنبه مالی دارد و از طرف دیگر، جنبه غیرمالی و آنجا که حق جنبه مالی دارد، می‌توان آن را حق عینی دانست. بعضی ماهیت حق حبس را به نقل از علمای حقوق فرانسه از جمله کابری،^۳ جلاسون،^۴ کاسان^۵ و پون^۶ از جمله حقوق عینی دانسته‌اند.

۴. مخالفان حق حبس

همان‌طور که گفته شد، عده‌ای از فقها، حق حبس را نپذیرفته‌اند. صاحب کتاب بدایع الاحکام فی فقه الاسلام، می‌نویسد: «و لا يجوز للمرأة ان تمنع زوجها حتی تقبض منه المهر الامع الشرط» یعنی «جایز نیست که زن، بعد از عقد ازدواج، از نزدیکی شوهر خود به جهت گرفتن مهر مانع شود؛ مگر اینکه در عقد ازدواج شرط شده باشد.» عَلم الهدی، ابی‌صلاح و ابن حمزه نیز با عقیده مؤلف نامبرده موافق بوده و

۱. همان، ص. ۳۵۹.

۲. طباطبایی، سیدمحمدحسین، المیزان، ترجمه سید محمدباقر موسوی، چاپ پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی

جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۷۴، ص. ۵۴.

3. Cabrye
4. Glasson
5. Cassin
6. Pont

قائل هستند که اگر در عقد، گرفتن مهر قبل از تمکین، شرط شده باشد، امتناع مانعی ندارد؛ ولی اگر گرفتن مهر شرط نشده باشد، اشکال دارد که زن امتناع کند. ولی عده‌ای از فقها معتقدند چنین شرایطی، خلاف مقتضی عقد است و وفای به آن لازم نیست.^۱ همچنین صاحب حدائق حق حبس را نپذیرفته است.^۲ در کتاب جواهر نیز به نقل از کتاب حدائق و به پیروی از کتاب نهایی المرام آمده است که برای زن چنین حقی نیست و این حق، برای مرد نیز وجود ندارد؛ بلکه هر کدام از آن دو مأمورند به ادای وظایفشان؛ چه دیگری عصیان کند یا اطاعت؛ هر چند که صاحب جواهر به این نظر پاسخ می‌دهد و می‌گوید که در این مطلب، اشکالی است که مخفی نخواهد ماند، زیرا که معاوضه، وجود این حق را ایجاب می‌کند.^۳ ضمناً صاحب جواهر، معتقد است که اگر این حق به زن داده نشود، باعث ضرر و عسرت خواهد شد؛ زیرا بضع هم دارای عوض است.^۴ در این رابطه، بعضی از حقوق‌دانان و فقها، دادن مهر از جانب مرد و تسلیم بضع زن را به مرد، امری لازم می‌دانند؛ یعنی بر هر یک لازم است که حق را بر مستحق آن تسلیم کند و اگر هر یک اخلاص کنند، مرتکب معصیت شده‌اند^۵ و بعضی هم حق حبس را ضمانت اجرای دریافت مهر می‌دانند.^۶

۵. تعلق مطلق حق حبس به زن

حق حبس در عقد بیع، به تصریح ماده ۳۷۷ ق.م. به بایع و مشتری هر دو داده شده است؛ ولی حق حبس در عقد نکاح، در ماده ۱۰۸۵ فقط به زن اعطاء شده است. لیکن، هر دو ماده، شرط اعمال این حق را حال بودن (غیرمؤجل بودن) دانسته‌اند. در هر حال، علی‌رغم صراحت این امر در ماده ۱۰۸۵ اغلب حقوق‌دانان و همچنین فقها، با توجه به معاوضی بودن عقد نکاح، این حق را برای مرد نیز شناخته‌اند؛ یعنی مرد هم می‌تواند تا زن تمکین نکرده، از تسلیم مهر خودداری کند.^۷ در رابطه با مسئله فوق نیز بین فقها اختلاف نظر وجود دارد؛ از جمله، صاحب جواهر این حق را برای مرد هم شناخته است و بیان داشته «همانا برای هر یک از دو طرف، حق امتناع هست تا

۱. همان.

۲. اراکی، محمدعلی، کتاب النکاح، تهران، نور نگار، ۱۳۷۷، ص. ۵۴۴.

۳. بحرانی، یوسف، منبع پیشین، ص. ۴۵۹.

۴. نجفی اصفهانی، محمدحسن، منبع پیشین، ص. ۳۱.

۵. محقق حلی، ابوالقاسم، شرایع الاسلام، ترجمه ابوالقاسم ابن احمد یزدی، جلد دوم، چاپ دوم، تهران،

انتشارات دانشگاه تهران، بی‌تا، ص. ۵۹۵.

۶. شایگان، سیدعلی، حقوق مدنی ایران: کتاب دوم (خانواده)، چاپ دوم، ۱۳۲۲، ص. ۱۵۳.

۷. محقق حلی، ابوالقاسم، منبع پیشین، ص. ۲۴۸.

اینکه عوض را اخذ کنند»^۱ و نیز تصریح کرده است که این مسئله از مفهوم کلمه (متعاضین) آشکار است. برخی گفته‌اند که مطابق قاعده «معاوضه»، مرد هم مانند زن حق حبس دارد.^۲ همچنین، در تبیین حق حبس برای زوج که مقتضای معوض بودن عقد نکاح است، مرقوم داشته‌اند: «و من احکامها ان لكل من المتعاضین الامتناع من التسليم حتى يقبض العوض».^۳ یعنی: «بر اساس قاعده معاوضه هر کدام از زوجین می‌تواند از تسلیم خودداری کند تا عوض را دریافت کند (زوجه از تسلیم بُضعش و زوج از تسلیم مهر خودداری کند). حال اگر حق حبس را برای زن و شوهر بپذیریم، در مقام جمع بین حق شوهر و زن، این اشکال به وجود می‌آید که کدام یک مقدم هستند؟ چرا که اگر زن، پیش از گرفتن مهر، اجبار به تمکین شود و به دلیلی نتواند آن را از مرد بگیرد، حقی را از دست می‌دهد که جبران‌پذیر نیست؛ در حالی که از بین رفتن مهر را با پول می‌توان جبران کرد. لذا به نظر می‌رسد که برای رفع این اشکال، ابتدا مرد باید اقدام به تأدیه مهر (نیز فرد ثالثی حاکم) کند که بعد از تمکین زن، حاکم مهر را به او بپردازد.»^۴

۶. آراء وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور

۱-۶. رأی وحدت رویه شماره ۷۰۸

شماره ۱۲/۶۰هـ/۱۶/۱۳۷۸

الف: گزارش پرونده

احتراماً معروض می‌دارد که بر اساس گزارش ۴۳۰۲۸ - ۱۳۸۶/۱۲/۱۲ رئیس کل محترم حوزه قضایی استان اصفهان، از شعب ششم و نوزدهم دادگاه‌های تجدیدنظر این استان به موجب دادنامه‌های ۱۳۷۰ - ۱۳۸۶/۸/۱۳ پرونده کلاسه ۱۲۲۰/۸۶ و ۷۵ - ۱۳۸۶/۹/۴ پرونده کلاسه ۱۰۵ - ۸۶، در استنباط از ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی آراء مختلف صادر گردیده است که خلاصه جریان امر ذیلاً منعکس می‌گردد.

۱- طبق محتویات پرونده کلاسه ۸۶ - ۱۲۲۰ شعبه ششم دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان، آقای ب.ت فرزند ع به طرفیت خانم الف.ب فرزند ن به خواسته الزام به تمکین و ادامه زندگی مشترک اقامه دعوی نموده، که موضوع در شعبه بیستم دادگاه

۱. نجفی اصفهانی، محمدحسن، منبع پیشین، ص. ۳۱.

۲. اراکی، محمدعلی، منبع پیشین، ص. ۵۴۶.

۳. فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله (النکاح)، قم، مرکز فقه الاثمه الاطهار، ۱۴۲۱ ق، ص. ۴۳۳.

۴. فاضل هندی، محمد، کشف اللثام، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۴ ق، ص. ۴۰۹.

عمومی حقوقی اصفهان به شرح ذیل به صدور دادنامه ۸۶۰۹۹۷۰۳۵۲۰۰۰۲۱ - ۱۳۸۶/۲۷۵ منتهی گردیده است:

«... با عنایت به اینکه زوجه صراحتاً تمکین خود را منوط به دریافت کل مهریه نموده و به حق حبس استناد نموده است، نظر به اینکه نامبرده مهریه را مطالبه نموده و با احراز اعسار خواهان از پرداخت یکجای مهریه، حکم به تقسیط صادر شده و خواهان در حال پرداخت اقساط است و حسب استعلام از اجرای احکام، خواننده نسبت به وصول اقساط اقدام نموده است، لذا تمسک به حق حبس و اناطه تمکین به دریافت کل مهریه با وضعیت اعسار خواهان از پرداخت یکجای مهریه، که مدت‌ها طول خواهد کشید، عملاً موجب حرج برای زوج خواهد بود. نظر به اینکه حکم موضوع منوط نمودن تمکین، وصول مهریه در چنین حالتی اعسار خواهان و صدور حکم تقسیط به وسیله دادگاه در قانون مدنی مبهم می‌باشد، لذا به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی و با توجه به فتاوی مراجع عظام تقلید از جمله حضرات آیات محمدتقی بهجت، ناصر مکارم شیرازی، سید عبدالکریم موسوی اردبیلی، حسین نوری همدانی، در این مورد حق حبس ساقط می‌گردد، لذا دادگاه دعوی خواهان را وارد دانسته، حکم به الزام خواننده به تمکین از زوج صادر و اعلام می‌گردد.

این رأی در شعبه ششم تجدیدنظر استان به موجب دادنامه ۱۳۷۰ - ۱۳۸۶/۸/۱۳ به لحاظ اینکه با صدور حکم اعسار و تعیین اقساط برای پرداخت مهریه، زوج باید فقط اقساط معینه را پرداخت نماید و مهریه صرفاً نسبت به همان مقدار حال و مابقی مؤجل است و با وصف تقسیط مهریه شرط مذکور در قسمت اخیر ماده ۱۰۸۵ محقق نمی‌شود و زوجه نمی‌تواند از حق حبس موضوع ماده مذکور استفاده نماید، مورد تأیید قرار گرفته است.

۲- به حکایت محتویات پرونده کلاسه ۱۰۵ - ۸۶ شعبه نوزدهم دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان، شعبه بیستم دادگاه عمومی و حقوقی، در مورد دعوی آقای س.ن فرزند ک به طرفیت خانم ب.الف شهرضا فرزند ف، به خواسته الزام خواننده به تمکین، طی دادنامه ۸۶۰۹۹۷۰۳۵۲۰۰۰۷۰۹ - ۱۳۸۶/۵/۲۵ عیناً با استدلالی که در دادنامه مذکور در بند اول این گزارش معروض گردیده است، حکم به الزام خواننده به تمکین از زوج و ایفای وظایف زوجیت، صادر نموده است، که شعبه ۱۹ دادگاه تجدیدنظر در مقام رسیدگی به تجدیدنظر خواهی محکوم علیه، طی دادنامه ۷۵ - ۱۳۸۶/۹/۴ به شرح ذیل اتخاذ تصمیم نموده است:

«نظر به اینکه اولاً قانون‌گذار در ضمن ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی صراحتاً نسبت به موضوع تعیین تکلیف نموده و چنانچه مهریه حال باشد به زوجه حق داده تا از ایفای

وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع نماید و موضوع از شمول اصل ۱۶۷ قانون اساسی خارج بوده و نمی‌توان با وجود صراحت قانونی به استناد فتاوی، غیر از حکم قانون‌گذار را مورد حکم قرار داد.

ثانیاً در ماده قانونی مارالذکر پرداخت مهریه به طور مطلق عنوان شده و بر کل مهریه اطلاق دارد و پرداخت قسمتی از آن نمی‌تواند نافی حق حبس زوجه گردد. ثالثاً تصمیم دادگاه مبنی بر تقسیط مهریه، وصف حال بودن مهریه را که در زمان انعقاد عقد نکاح طرفین بر آن توافق کرده‌اند تبدیل به مؤجل نمی‌نماید.

رابعاً زمانی که قانون منتشر می‌گردد فرض بر این است که آحاد جامعه نسبت به قانون عالم می‌باشند و با آگاهی از این حق، زوجین نسبت به انعقاد عقد نکاح اقدام نموده‌اند و به عنوان یک حق مکتسب برای زوجه، تصمیم بعدی دادگاه مبنی بر تقسیط مهریه نمی‌تواند حق مذکور را ضایع نماید مضافاً، زوج با علم و اطلاع از چنین حقوقی اقدام به تعیین مهریه نموده است و عدم بضاعت وی نمی‌تواند حق زوجه را در این خصوص ساقط نماید.... لذا ضمن نقض دادنامه معترض عنه حکم به رد دعوی صادر و اعلام می‌نماید.» همان‌طور که ملاحظه می‌فرمایند با استنباط از ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی از دو شعبه تجدیدنظر استان اصفهان به شرح مرقوم آراء مختلف صادر گردیده، که به استناد ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، تقاضای طرح موضوع را جهت بررسی و صدور رأی وحدت رویه قضایی دارد.

ب: رأی شماره ۷۰۸ - ۱۳۸۷/۵/۲۲ وحدت رویه هیأت عمومی

«به موجب ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند، مشروط بر اینکه مهر او حال باشد. ضمناً در صورت احراز عسرت زوج، وی می‌تواند که مهر را به نحو اقساط پرداخت کند. با توجه به حکم قانونی ماده مذکور که مطلق مهر مورد نظر بوده و با عنایت به میزان مهر که با توافق طرفین تعیین گردیده، صدور حکم تقسیط که صرفاً ناشی از عسر و حرج زوج در پرداخت یک جای مهر بوده مسقط حق حبس زوجه نیست و حق او را مخدوش و حاکمیت اراده وی را متزلزل نمی‌سازد، مگر به رضای مشارالیها، زیرا اولاً حق حبس و حرج دو مقوله جداگانه است که یکی در دیگری مؤثر نیست. ثانیاً موضوع مهر در ماده مزبور دلالت صریح به دریافت کل مهر داشته و اخذ قسط یا اقساطی از آن دلیل بر دریافت مهر به معنای آنچه مورد نظر زوجه در هنگام عقد نکاح بوده، نیست. بنابه مراتب رأی شعبه ۱۹ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان که موافق با این نظر است منطبق با قانون تشخیص می‌شود.

این رأی بر طبق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری در موارد مشابه برای دادگاه‌ها و شعب دیوان عالی کشور لازم‌الاتباع می‌باشد.»

۶-۲. رأی وحدت رویه شماره ۷۱۸

شماره ۹/۳/۱۳۹۰ هـ/۱۱۰/۷۱۰۴/۱

الف: گزارش پرونده

با احترام به استحضار می‌رساند شعبه محترم نهم دادگاه تجدیدنظر استان لرستان با شعبه پنجم همان دادگاه در استان لرستان در موضوع امکان استفاده زوجه از حق حبس خود تا دریافت مهریه نظر مغایر داده‌اند که اجمال آن به شرح ذیل است:

الف - ۱: شعبه اول دادگاه عمومی «شهرستان الشتر» در خصوص دعوی آقای الف.ز علیه همسرش خانم س.م دایر به الزام به تمکین با احراز رابطه زوجیت و با استدلال به اینکه صرف عدم پرداخت مهریه مستلزم عدم تمکین خاص می‌باشد «نه تمکین عام» خوانده را محکوم به تمکین از زوج نموده است و شعبه پنجم دادگاه تجدیدنظر استان لرستان با استدلال به اینکه زوجه در مقابل پرداخت مهریه حاضر به تمکین است و اقدام وی منطبق با ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی است رأی بدوی را نقض و حکم به بطلان دعوی خواهان صادر کرده است.

الف - ۲: شعبه اول دادگاه عمومی «شهرستان الشتر» در مورد مشابه رأی به تمکین داده و پرونده جهت رسیدگی به تجدیدنظرخواهی زوجه به شعبه نهم دادگاه تجدیدنظر استان لرستان ارجاع شده و در این شعبه رأی بدوی را خالی از اشکال دانسته و تأیید نموده است. علیهذا ملاحظه می‌فرمایید که شعبه پنجم و شعبه نهم دادگاه تجدیدنظر استان لرستان در مورد واحدی دو نظر مغایر داده‌اند. بدین معنا که یک شعبه نظر داده که زوجه می‌تواند صرفاً در خصوص تمکین خاص از حق استفاده کند و شعبه دیگر زوجه را به طور کلی مختار در اعمال حق حبس می‌داند.

ب: رأی وحدت رویه شماره ۷۱۸ - ۱۳۹۰/۲/۱۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور «مستفاد از ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی این است که زن در صورت حال بودن مهر می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء مطلق وظایفی که شرعاً و قانوناً در برابر شوهر دارد امتناع نماید، بنابراین رأی شعبه پنجم دادگاه تجدیدنظر استان لرستان که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص و تأیید می‌گردد. این رأی طبق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و کلیه دادگاه‌ها لازم‌الاتباع است.»

۷. نقد دو رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور

اخیراً دو رأی از سوی هیأت عمومی دیوان عالی کشور در باره حقوق خانواده صادر گردیده است که رأی شماره ۷۰۸ و دیگری (رأی شماره ۷۱۸) از شمول تمکین عام و خاص

بر حق حبس زنان سخن می‌گوید. اولی با اصل آزادی قراردادهای و مبحث شروط ضمن عقد قانون مدنی منافات دارد و دومی موجودیت بحث تاریخی حق حبس را زیر سؤال می‌برد. آراء وحدت رویه شماره ۷۰۸ و ۷۱۸ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، به دو مطلب مهم در حقوق خانواده پرداخته‌اند. هر چند این آراء از این پس مانع صدور احکام متناقض در محاکم خواهند شد اما بازتاب آنها بی‌گمان دست‌مایه‌های قانونی زنان در محاکم خانواده را محدود و بی‌اثر خواهد کرد، در این مقاله در دو بخش جداگانه به بررسی این آراء و آثار قانونی آنها و اثبات مدعای خود پرداخته‌ایم.

۸. گفتاری درباره حق حبس زنان

رأی وحدت رویه شماره ۷۱۸ به یک بحث و اختلاف تاریخی در حقوق خانواده پایان داده و حکم بر آن داد تا زنان بتوانند در اعمال حق حبس خود از هر دوی تمکین عام و خاص اجتناب ورزند. هر چند دستاویز صدور رأی، رعایت شأن زنان بوده، اما خواهیم دید که آثار و نتایج رأی مزبور ممکن است اساس موضوع آن یعنی «حق حبس» را از صفحه ادبیات حقوقی ما پاک کند.

حکم ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی از این قرار است که زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده است، از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند، مشروط بر اینکه مهر او حال باشد و این امتناع، مسقط حق نفقه نیست. اما بلافاصله ماده بعدی (۱۰۸۶ قانون مدنی) دامنه اعمال این حق را محدود کرده و بیان می‌دارد که اگر زن قبل از اخذ مهر به اختیار خود به ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد قیام نمود دیگر نایستی از حکم ماده قبل استفاده کند. لیکن به هر حال حق مطالبه مهر وی، ساقط نمی‌شود.

۱-۸. دیدگاه حضرت امام خمینی (ره)

ماده ۱۰۸۵ به کدام نوع از تمکین نظر داشته است و مانع استفاده از حق حبس چه بوده است؟ این بحث سال‌هاست گریبان‌گیر شارحان و مفسران احکام حقوق خانواده است و آن چنان که در رأی وحدت رویه بالا نیز اشاره شده اختلاف نظرات راجع به آن منشأ صدور آرای متناقض گشته است. با وجود این، همواره بین فقها و حقوق‌دانان جریان جدی و پیگیر، گرایش به آن داشته است که تنها تمکین خاص را مشمول مقررات ماده ۱۰۸۵ بدانند، حضرت امام خمینی (ره) نظر مشهور را پذیرفته‌اند و در رساله ۱۱ باب المهر جلد دوم تحریرالوسیله فرموده‌اند: «زن می‌تواند از تمکین به معنای تسلیم جهت استمتاع جنسی خودداری کند.» همچنان که در گذشته فقهای بنام دیگری با ایشان هم‌رأی و هم‌نظر بوده‌اند.

۲-۸. دیدگاه دکتر امامی

آنچه که ماده ۱۰۸۵ بدان اشاره کرده حق حبس می‌نامند. این حق بازمانده اندیشه‌ای است که نکاح را چونان عقود معوض می‌پنداشته و مهریه را مابه‌ازای تسلیم زن به مرد تلقی می‌کرده است. بسیاری از فقها و حقوق‌دانان صاحب نظر و صاحب نام نیز بر همین اعتقاد بوده‌اند.^۱

به گفته برخی دیگر، انسان اساساً قابل مبادله به پول نیست و قانون مدنی نیز این تفکر را نپذیرفته است^۲ و دلیشان نیز وجود نداشتن حق حبس برای مرد به عنوان طرف قرارداد، استثنایی بودن قاعده و محدودیت‌های آن اعلام شده است. امروزه نیز نه قانون، نه عرف و نه اخلاق، با فرو کاستن شخصیت زنان به عنوان کالایی قابل معاوضه با کالای دیگری به نام مهر، موافقت ندارد و وجدان عمومی اجتماع آن را نمی‌پذیرد. از این رو این حق را می‌توان یک چهره حمایتی برای زنان دانست که با اعمال تبعیضی مثبت نسبت به یکی از طرفین قرارداد ازدواج بر آن بوده که طرفی را که معمولاً در جامعه ضعیف‌تر واقع می‌شود، در پناه خود گیرد.

همچنان که گفتیم حق مطروحه در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی، دادن اختیار تمکین نکردن به زن است هرگاه تمامی مهر او پرداخت نشود. دو مانع بر سر اعمال این حق وجود دارد: نخست اینکه مهریه مؤجل باشد و دوم اینکه زن قبل از اعمال حق حبس از زوج تمکین کرده باشد.

اما تمکین چیست و انواع آن کدامند و آیا مراد ماده ۱۰۸۵ از قید عدم تمکین زوجه در گذشته آن چنان که در رأی وحدت رویه عنوان شده مطلق تمکین است و نیز آثار این تفکر چیست و چگونه در آراء محاکم نمود پیدا می‌کند؟ تمکین در لغت به معنای تن در دادن است و در اصطلاح فقهای امامیه دارای دو معنا است: ۱- تمکین عام که عبارت از حسن معاشرت و خوشرویی زن نسبت به شوهر است و ۲- تمکین خاص که همان نزدیکی جنسی است.^۳ قانون مدنی در مواد ۱۱۰۲ و ۱۱۰۳ و ۱۱۰۴ و ۱۱۱۴ و ۱۱۱۷ مصادیق و آثار تکلیف زن به تمکین را بازگو کرده است.

۳-۸. دیدگاه دکتر صفایی

بنا بر آنچه در مبحث حقوق و تکالیف زوجین در قانون مدنی آمده، تمکین مجموعه‌ای است از رفتاری مبتنی بر حسن معاشرت پذیرش ریاست شوهر، کمک به

۱. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد ۴، چاپ ششم، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۰، ص. ۳۹۴.
 ۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۷، ص. ۱۵۷.
 ۳. امامی، اسداله، حقوق خانواده، جلد ۱، نکاح و انحلال آن (فسخ و طلاق)، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۲، ص. ۴۴۷.

تشهید مبنای زندگی مشترک، زندگی در منزلی که شوهر تعیین می‌کند و پذیرش رأی و نظر شوهر در حرفه خود. تمامی اینها، چهره‌هایی از تمکین عام هستند. نتیجتاً می‌توان تمکین خاص را صرفاً به رابطه زناشویی و تمکین عام را به معاشرت تعبیر کرد.^۱

۴-۸. دیدگاه دکتر کاتوزیان

استاد دکتر کاتوزیان هم‌نوا با فقها بر آن است که مفاد حق حبس صرفاً خودداری از هم‌خوابگی است و شامل سایر وظایفی که زن در برابر شوهر دارد همانند تکلیف به حسن معاشرت نمی‌شود. بنا بر رأی ایشان «نه تنها وظایفی که زن در برابر شوهر دارد با الزام به دادن مهر ارتباط حقوقی ندارد، بلکه با یک بار خوشرویی کردن یا چند دقیقه به خانه شوهر آمدن، نمی‌توان ادعا کرد او به وظایف زناشویی عمل کرده است». دکتر محقق داماد نیز بر این اعتقاد است که «سکونت زن در منزل شوهر تمکین محسوب نمی‌شود تا مشمول ماده آتیه (۱۰۸۶) گردد زیرا منظور از تمکین که در متون فقهی آمده عبارت است از آنکه زوجه خویش را برای استمتاع در اختیار زوج قرار دهد.»^۲ قانون مدنی نیز چنانچه قبلاً بدان اشاره شده مجموعه رفتاری که تحت عنوان کلی معاشرت قرار می‌گیرد را از تمکین خاص جدا کرده و برای عدم التزام به آن ضمانت اجرای خاص تعیین کرده است و گرایشی آشکار به شمول ماده ۱۰۸۵ تنها به تمکین خاص دارد.

اما با وجود جریان روشن اندیشه حقوقی و فقهی رأی وحدت رویه شماره ۷۱۸ خلاف جریان آب شنا کرده و به زن اجازه مطلق عدم تمکین (خاص و عام) برای اعمال حق حبس خود داده است. که در نتیجه آن:

۱- آراء بی‌خاصیت و بی‌اثری که از سوی محاکم در الزام زنان به تمکین عام صادر می‌شد، متوقف خواهد شد. هنگامی که زنان در محاکم در مقابل دعوای تمکین زوج، ادعا می‌کردند که به دلیل استفاده از حق حبس تا پرداخت کامل مهریه تمکین نخواهند کرد، محکوم به تمکین عام و حضور در منزل مشترک می‌شدند که فی‌نفسه حکمی غیر قابل اجرا می‌نماید.

۲- بر خلاف آنچه در مذاکرات مطروحه به هنگام صدور رأی وحدت رویه ادعا شده که رعایت منزلت زن مطمح نظر بوده، برعکس موجب نابودی تام حق حبس است و حقی دیگر از حقوق زنان است که بر اساس قانون به دست آورده‌اند، به مخاطره جدی می‌افکند. زیرا ماده ۱۰۸۶ قانون مدنی شرط اعمال حق حبس را، عدم تمکین قبلی می‌داند، تا به امروز اکثر محاکم صرف عدم

۱. صفایی، سیدحسین، مختصر حقوق خانواده، چاپ سیزدهم، تهران، میزان، ۱۳۸۶، ص. ۱۳۸.
۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، جلد ۱، چاپ هفتم، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۸۵، ص. ۱۵۴.

تمکین خاص را موجب شمول مقررات این ماده می‌دانستند، از امروز با تصویب رأی وحدت رویه هر زن، با هر گونه معاشرتی با شوهر خویش که بعد از عقد داشته، از حقوق ناشی از حق حبس بی‌بهره می‌ماند، چون اینک مطلق تمکین مدنظر محاکم باید باشد.

همگان نیک می‌دانند که در عرف جامعه ما به محض انعقاد پیمان زناشویی معاشرت زوجین آغاز می‌گردد و معاشرت چنان که قبلاً گفتیم چهره‌ای است از تمکین عام است. بنابراین تمام زوج‌هایی که پس از نکاح در یکدیگر نگریسته‌اند، مهر ورزیده‌اند، سخن گفته‌اند و به میهمانی و سفر و گشت و گذار رفته‌اند؛ به گونه‌ای تمکین عام نموده و حق حبس خود را ساقط کرده‌اند.

بدین سان در یک چرخش تاریخی حکم دادرسان امروزی، به هنگام رسیدگی به دعوای تمکین و دفاع زوجه برای اعمال حق حبس، آهنگی دیگر ساز خواهد کرد، جملگی و به سادگی بر محکومیت زن به تمکین و ناشنیده گرفتن اعمال حق حبس رأی می‌دهند. چرا که هیچ زنی نیست که بعد از دواج هیچ معاشرتی با همسرش نداشته و نتیجتاً هیچ نمودی از تمکین عام را عملی نساخته باشد. از این رو تأسیسی مهم چون حق حبس - با آن سابقه طولانی تاریخی - در سایه رأی وحدت رویه مزبور به خاموشی گراییده و زنان از یکی از چهره‌های حمایتی قانون محروم می‌گردند.

واقعیت این است که حقوق خانواده ما نیاز به یک مجموعه قانون منسجم دارد. تاکنون تنها درباره ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی، سه رأی وحدت رویه صادر شده است.^۱ این تشتت آرا و پراکندگی قانونی، سبب سرگردانی هر دوی قضات و مردم می‌شود.

۱. رأی مورد بحث حاضر و نیز رأی وحدت رویه ۶۶۳ - ۸۲/۱۰/۲ راجع به اثر تقسیط مهر در اعمال حق حبس و رأی وحدت رویه شماره ۶۳۲ - ۷۸/۲/۱۴ راجع به سقوط حق شکایت کیفری در مورد نفقه زانی که از حق حبس استفاده می‌کنند.

نتیجه‌گیری

نکاح هر چند از جمله معاوضات حقیقی به شمار نمی‌رود، ولی به آنها ملحق است؛ به خصوص در صورتی که در آن مهر ذکر گردد. در معاوضات، هر یک از طرفین حق دارد مادام که طرف مقابل عوض را تسلیم ننموده از تسلیم خودداری نماید و چنانچه قبض و اقباض انجام نگیرد و به مرافعه منجر گردد، حاکم هر دو را به تقابض طرفینی اجبار خواهد نمود. مستند حق حبس علاوه بر اجماع این است که نکاح در فقه یک عقدشبه معاوضی است. بر اساس این مستندات، فقها در زمینه حق حبس نظرات مختلفی بیان کرده‌اند.

به نظر می‌رسد علی‌رغم انتقادهای بعضی از حقوق‌دانان و فقها در مورد سکوت قانون برای حق حبس زوج، با عنایت به مبنای شبه‌معاوضی بودن عقد نکاح، می‌توان حق حبس زوجه را یک قاعده استثنائی دانست که در جهت حمایت از حقوق زن پیش‌بینی شده است و نباید زوج در این مورد با زوجه مقایسه گردد. در معاوضات، چنانچه یکی از طرفین بدون قبض طرف مقابل، مبادرت به تسلیم نماید، حق امساک از او ساقط خواهد شد و در صورت خودداری طرف مقابل از تسلیم عوض، دیگر نمی‌تواند مال تسلیم‌شده را استعاده نماید، بلکه با مراجعه به دادگاه درخواست اجبار به تسلیم عوض خواهد نمود.

رأی وحدت رویه ۷۰۸ هیات عمومی دیوان عالی کشور بیان می‌دارد که تقسیط مهریه نافی حق حبس زوجه نمی‌باشد، لذا حق حبس در مهریه عندالاستطاعه جایگاهی ندارد و فقط در مهریه‌های عندالمطالبه محل بحث می‌باشد.

اگر به دقت به تحلیل رأی وحدت رویه ۷۱۸ بنگرید و نظریات دکترین حقوقی را در این خصوص نگاه کنید مبنا را بر این گذاشته‌اند که قید کلمه مطلق وظایف زناشویی باعث از بین رفتن حق حبس زوجه می‌شود. چون با کوچک‌ترین معاشرتی تمکین عام محقق شده و با این کار و به استناد ماده ۱۰۸۶ قانون مدنی محاکم باید مدنظر خود مطلق تمکین را در نظر بگیرند: (۱) تمکین عام که عبارت است از حسن معاشرت و خوشرویی زن نسبت به شوهر است و (۲) تمکین خاص که همان نزدیکی جنسی است. قانون مدنی در مواد ۱۱۰۲، ۱۱۰۳، ۱۱۰۴، ۱۱۱۴ و ۱۱۱۷ مصادیق و آثار تکلیف زن به تمکین را بازگو کرده است، حال با این وضعیت پیش‌آمده چه باید کرد؟ در پاسخ باید گفت که اگر در رأی وحدت رویه قید کلمه مطلق آمده است، به خاطر حفظ حقوق دوشیزگان است و اگر بر فرض قائل شویم که زوجه تمکین عام انجام داده است، باز هم نباید به ضرر آنان رأی صادر کنیم، چون وضع این رأی وحدت رویه فقط یک‌سویه و برای دوشیزگان قابل اعمال است و نه برای زوج و لذا هدف از صدور رأی وحدت رویه

۷۱۸ به خاطر اعمال کامل حق حبس بوده نه اینکه با این کار حق حبس را از بین ببرد. لذا ما نباید رأی وحدت رویه را اشتباه تفسیر نماییم، بلکه باید آن را همیشه یکسویه و در راستای حفظ حقوق کامل دوشیزگان تفسیر کنیم. چون در رأی وحدت رویه آمده که در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی «زن می‌تواند» یعنی انتخاب یکسویه و یک‌طرفه از جانب دختر دوشیزه می‌باشد نه از طرف زوج لذا با دقت در رأی وحدت رویه ۷۱۸ دیوان عالی کشور و با توجه به مواد ۱۱۰۲، ۱۰۸۵ و ۱۰۸۶ قانون مدنی به این مقصود دست خواهیم یافت.

منابع

- آراد، علی، مهر، تاریخچه، ماهیت و احکام آن، چاپ اول، تهران، چاپ مصطفوی، ۱۳۴۱.
- اراکی، محمدعلی، کتاب النکاح، تهران، نور نگار، ۱۳۷۷.
- امامی، اسداله، حقوق خانواده، جلد ۱، نکاح و انحلال آن (فسخ و طلاق)، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۲.
- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد ۴، چاپ ششم، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۰.
- بحرانی، یوسف، الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، قم، جماعه المدرسين فی الحوزه العلمیه، ۱۳۶۳.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق خانواده، جلد ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶.
- حرّ عاملی، محمد، وسائل الشیعه، جلد ۲۱، چاپ دوم، قم، آل البيت، ۱۴۱۴ ق.
- حلی، محمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.
- شایگان، سیدعلی، حقوق مدنی ایران: کتاب دوم (خانواده)، چاپ دوم، ۱۳۲۲.
- شهیدثانی، زین الدین، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، جلد ۸، قم، ۱۴۱۳.
- _____، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، جلد ۵، قم، چاپ افست، ۱۴۱۰.
- شهیدی، سیدمهدی، حقوق مدنی، جلد ۳: آثار قراردادها و تعهدات، تهران، ۱۳۸۲.
- صفایی، سیدحسین، مختصر حقوق خانواده، چاپ سیزدهم، تهران، میزان، ۱۳۸۶.
- صفایی، سیدحسین؛ امامی، اسداله، حقوق خانواده، چاپ دوم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۱.
- طباطبایی، سیدمحمدحسین، المیزان، ترجمه سید محمدباقر موسوی، چاپ پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۷۴.
- طوسی، محمد، المبسوط، جلد ۷، تهران، المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.
- عدل، مصطفی، حقوق مدنی، چاپ هفتم، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۴۲.
- عمید، حسن، فرهنگ عمید، تهران، انتشارات امیرکبیر، چاپ هشتم، ۱۳۷۱.

- فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله (النکاح)، قم، مرکز فقه الائمه الاطهار، ۱۴۲۱ ق.
- فاضل هندی، محمد، کشف اللثام، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۴ ق.
- قیوم زاده، محمود، «بررسی ماهیت حق حبس در نکاح و چگونگی استیفای آن»، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۸۹.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، جلد ۱، چاپ هفتم، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۸۵.
- _____، حقوق مدنی خانواده، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۷.
- محقق حلی، ابوالقاسم، شرایع الاسلام، ترجمه ابوالقاسم ابن احمد یزدی، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، بی تا.
- محقق داماد، سیدمصطفی، تحلیل فقهی حقوقی خانواده، چاپ ششم، تهران، نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶.
- محقق کرکی، علی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۱۳، قم، ۱۴۱۵.
- مدرس، علی اصغر، حقوق فطری یا مبانی حقوق بشر، تبریز، نوبل، ۱۳۷۵.
- معین، محمد، فرهنگ فارسی، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۵۰.
- نجفی اصفهانی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۳۱، الطبعة السابعة، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.
- هاشمی شاهرودی، سیدمحمود، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، مؤسسه دایره المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۶ ق.

رابطه دوسویه ارزش‌ها و پیش‌فرض‌های شرکتی و فرهنگ سازمانی جرم‌زا

باقر شاملو*

حمیدرضا دانش‌ناری**

چکیده

فرهنگ سازمانی جرم‌زا به عنوان مفهومی جدید در قلمروی مطالعات جرم‌شناسی تجربی ریشه در مطالعات رفتار سازمانی دارد. این اصطلاح ناظر بر شکلی از فرهنگ سازمانی است که در آن ارتکاب جرم به مثابه یک امر بهنجار تجویز می‌شود. به عبارت بهتر، علت ارتکاب جرم، در برخی شرکت‌ها و حوزه‌های صنعتی، وجود فرهنگ جرم است که منجر به تأیید هنجاری رفتارهای غیرقانونی و ساختار تشویقی جهت انجام این رفتارها می‌شود. شرکت‌ها با ارائه اصول راهنمای هنجاری، اجازه ارتکاب رفتارهای غیرقانونی و غیراخلاقی را تحت شرایط مشخص به کنش‌گران خود می‌دهند و مشوق‌ها و ضمانت‌اجراهایی را جهت انجام یا سرپیچی از این هنجارها در نظر می‌گیرند. لذا، فرهنگ جرم یک حقیقت سازمانی و اجتماعی است که در بطن ارزش‌های اخلاقی موجود در سازمان که خود نشأت گرفته از پیش‌فرض‌های بنیادی است، تعریف می‌شود. این پژوهش درصدد است تا با استفاده از مدل فرهنگ سازمانی شاین که خود متشکل از سه لایه سازه‌ها، ارزش‌ها و پیش‌فرض‌های بنیادی است، فرهنگ سازمانی جرم‌زا را بررسی کند. یافته‌های این مطالعه نشان می‌دهد که تصویرسازی سازمانی و تحریف واقعیت در بخش‌های رؤیت‌پذیر سازمان از جمله دلایلی است که موجب ناکارآمد شدن لایه سازه‌ها در تحلیل فرهنگ سازمانی جرم‌زا می‌شود. با وجود این، ارزش‌ها و پیش‌فرض‌های بنیادی موجود در یک سازمان به مثابه بخش‌های رؤیت‌ناپذیر فرهنگ سازمانی شاین، به خوبی می‌تواند فرهنگ سازمانی جرم‌زا را تحلیل کند. بر این اساس،

B-shamloo@sbu.ac.ir

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

** دانش‌آموخته دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

Hdaneh90@yahoo.com

تاریخ پذیرش: ۹۵/۱۰/۱۲

تاریخ دریافت: ۹۵/۰۴/۱۳

در سازمان‌های دارای فرهنگ جرم‌زا، رفتار مورد انتظار از کارگران، ارتکاب جرم خواهد بود؛ زیرا، در بطن فرهنگ سازمانی، ارتکاب جرم به مثابه یک ارزش قلمداد شده است. با وجود این، پیش‌فرض‌های بنیادی به مثابه سامانه‌های ارزشی نانوشته موجود در یک سازمان که پارادایم‌های شرکتی را مشخص می‌کنند، ارزش‌های موجود در یک سازمان را به وجود می‌آورند.

کلیدواژه‌ها: فرهنگ سازمانی جرم‌زا، جرایم شرکت‌های تجاری، شاین، پیش‌فرض‌های بنیادی.

مقدمه

با بزرگ شدن جوامع و ضرورت تعامل و انجام مبادلات، بشر برای رفع نیازها و کسب سود و منفعت بیش از پیش به ضرورت تعاون و همکاری با هم‌نوعان خود پی برده است. بر این اساس، از آن‌جا که از یک‌سو، افراد دارای قابلیت‌های ذهنی و روانی مختلف هستند و از سوی دیگر، همه افراد تمکن مالی جهت انجام طرح‌های تجاری را ندارند، به مشارکت کار و سرمایه در قالب تأسیس شرکت‌های تجاری روی می‌آورند. از این رو، احساس نیاز به تعاون و مشارکت برای تحصیل سود و منفعت به مثابه هدف غایی، بنیان شرکت‌های تجاری را تشکیل می‌دهد. با وجود این، گاهی اوقات غایت نهایی کسب سود آن‌چنان مهم تلقی می‌شود که شرکت‌ها جهت نیل به آن، به ابزارهای غیرمشروع متوسل می‌شوند. ازدیاد شرکت‌های تجاری در قرن حاضر و به رسمیت شناختن شخصیت حقوقی برای آنها توسط قانون‌گذاران کشورهای مختلف در کنار توسعه دامنه فعالیت آنها موجب شده است تا برخی از شرکت‌های تجاری، مرتکب جرایم مختلفی چون کلاهبرداری، سرقت، جرایم علیه مصرف‌کنندگان، جرایم علیه محیط زیست، جرایم حوزه حقوق رقابت و ... در قالب عنوان کلی «جرایم شرکت‌های تجاری»^۱ شوند. از این رو، امروزه ثابت شده است که در کنار اشخاص حقیقی، اشخاص حقوقی نیز که فاقد دست، پا، رگ، پوست و ... هستند نیز می‌توانند بزهکار تلقی شوند. «رشد فزاینده جرایم شرکت‌های تجاری و هزینه‌های فراوان ناشی از ارتکاب این جرایم از یک‌سو، نقصان مداخله کیفری در این حوزه و از سوی دیگر، شکست جرم‌شناسی در تحلیل دقیق این جرایم را ثابت کرده است».^۲ از این رو و با توجه به ماهیت مستقل شرکت‌ها، چالش اصلی جرم‌شناسی جریان غالب در علت‌شناسی جرایم شرکتی آن است که برای تحلیل جرایم شرکتی متوسل به نظریه‌هایی می‌شود که برای اشخاص حقیقی وضع شده‌اند که از آن جمله می‌توان به نظریه‌های انتخاب عقلانی، فشار، خنثی‌سازی و ... اشاره کرد؛ حال آن‌که ماهیت ارتکاب جرایم شرکتی بسته به گروه و سازمان است. لذا، به نظر می‌رسد که حلقه مفقوده مطالعات جرم‌شناسی در حوزه علت‌شناسی رفتارهای بزهکارانه شرکت‌ها عدم توجه به نظریه‌های سازمانی است. به عبارت بهتر، با توجه به آن‌که در جرایم شرکت‌های تجاری این سازمان است که مرتکب جرم و از آن منتفع می‌شود، به نظر می‌رسد که برای علت‌شناسی دقیق جرایم شرکت‌ها باید نظریه‌های سازمانی را مورد توجه قرار داد. لذا، برای درک صحیح‌تر رفتارهای مجرمانه شرکت باید

1. Corporate crime
2. Zulaikhah, Omar; Jihari, Amirah; Hasnan, Suhaily, Corporate Culture and the Occurance of Financial Statement Fraud, Normah International Accounting and Business Conference, 2015, p. 368.

از عنوان شخص که با مسامحه در مورد شرکت‌ها استفاده می‌شود، گذر کرد. در اینجاست که نظریه‌های سازمانی برای تحلیل چرایی ارتکاب جرم توسط شرکت‌ها به میدان می‌آیند.

امروزه، اندیشه ارتکاب جرایم شرکتی بر اساس شرایط سازمانی در جرم‌شناسی نظری جایگاه والایی به خود گرفته و بر همین اساس، یکی از مهم‌ترین نظریه‌های سازمانی مطرح شده که در ارتکاب جرایم شرکتی می‌تواند دارای اثر باشد، فرهنگ سازمانی^۱ است. ساترلند جرم‌شناس مشهور آمریکایی در اواسط سده بیستم پس از مطالعه جرم‌شناختی بزهکاری چند بنگاه، شرکت و مؤسسه اقتصادی، مالی، تولیدی، خدماتی و بانکی در آمریکا به این نتیجه رسید که ارتکاب جرم و تکرار آن در فرایند فعالیت‌های شرکت‌ها و مدیران و صاحبان آنها در واقع امری رایج است.^۲ نتایج پژوهش‌های بعدی نیز در این زمینه نشان داد که برخی شرکت‌ها نه تنها از قوانین تبعیت نمی‌کنند، بلکه از نقض آنها نیز حمایت می‌نمایند.^۳ بر اساس نتایج تحقیقات انجام‌شده توسط اپل و همکاران، در میان برخی رویه‌های تجاری، نه تنها فرهنگ تبعیت‌پذیری از قانون وجود ندارد، بلکه برخی شرکت‌ها از قانون‌شکنی و نقض قوانین کیفری حمایت می‌کنند. به عبارت دیگر، فرهنگ سازمانی حاکم بر برخی شرکت‌های تجاری، کسب سود از هر راه ممکن است.^۴ فضای رقابتی میان کنش‌گران اقتصادی موجب می‌شود تا مدیران شرکت‌های تجاری بر اساس اصالت سود به دنبال کسب منافع از هر راه ممکن باشند. بر این اساس، از نظر مدیران شرکت‌ها، کسب سود از هر امری مهم‌تر و از هر طریقی امکان‌پذیر است.^۵ از این رو، به نظر می‌رسد برخی شرکت‌های تجاری به جای اتخاذ فرهنگ تبعیت از قوانین، با راهبرد فرهنگ مقاومت، در پی مقابله با قوانین برمی‌آیند. بنابراین، فرهنگ سازمانی حاکم بر برخی رویه‌های تجاری باعث می‌شود تا افراد سالم به انسان‌های بزهکار مبدل شوند. بر این اساس، ناکرده‌بزه‌ها در فرهنگ سازمانی جرم‌زا حل می‌شوند.

با توجه به آن‌که فرهنگ سازمانی جرم‌زا در مطالعات تجربی جرم‌شناسی در آمریکا و اروپای غربی به عنوان یک شکل غالب فرهنگ سازمانی در شرکت‌های تجاری

1. Organizational culture

۲. نجفی ابرنآبادی، علی حسین، «از جرم یقه‌سفیدی تا جرم اقتصادی»، دیپاچه در: جرایم یقه‌سفیدی: رویکردی فرصت‌مدار، ترجمه اسماعیل رحیمی نژاد، میزان، ۱۳۹۱، ص. ۱۲.

3. Fleming, Peter, Charting Corporate Corruption, Edward Elgar Publication, 2009, p. 12.

۴. سیمیسون، سالی، جرایم شرکتی، قانون و کنترل اجتماعی، ترجمه حمیدرضا دانش ناری، نشر میزان، ۱۳۹۶، ص. ۵۴.

5. Apel, R.; Paternoster, R.; Bushway, S.D.; Brame, R., "A Job Isn't Just a Job: The Differential Impact of Formal vs. Informal Work on Adolescent Problem Behavior", Crime and Delinquency, vol. 52, 2006, p. 340.

به تأیید رسیده است، این پژوهش به دنبال آن است تا این شکل از فرهنگ سازمانی را در جرایم ارتكابی توسط شرکت‌های تجاری تحلیل کند. در علم مدیریت رفتار سازمانی مرسوم است که برای شناخت فرهنگ سازمانی از الگوهای مطرح شده کمک می‌گیرند که در مطالعه پیش‌رو مدل ادگار شاین،^۱ نظریه‌پرداز مشهور آمریکایی برای تحلیل فرهنگ سازمانی جرم‌زا به کار گرفته می‌شود. دلیل انتخاب الگوی شاین، جامعیت این مدل،^۲ پرارجاع بودن،^۳ انسجام و توجه به لایه‌های دورنی فرهنگ سازمانی^۴ است. دلیل دیگر انتخاب مدل شاین آن است که وی در سال ۱۹۸۵ میلادی با انتشار کتاب «رهبری و فرهنگ سازمانی» برای نخستین بار ابعاد مختلف فرهنگ سازمانی را شرح داد و به اولین نظریه‌پرداز فرهنگ سازمانی تبدیل شد.^۵ از این رو، می‌توان شاین را پدر مدل‌شناسی فرهنگ سازمانی نامید. علاوه بر آن، مدل‌های فرهنگ سازمانی که توسط دیگر اندیشمندان و متعاقب مدل شاین ارائه شده‌اند، اصول کلی مدل خود را از الگوی شاین به عاریت گرفته‌اند.^۶ بر همین اساس است که کماکان الگوی شاین به عنوان الگوی مادر شناخت فرهنگ سازمانی در علم مدیریت دارای کاربرد می‌باشد. لذا، به دلایل مورد اشاره، از الگوی شاین برای شناخت فرهنگ سازمانی جرم‌زا کمک می‌گیریم. لازم به ذکر است که الگوی شاین دارای سه لایه مهم است که عبارتند از سازه‌ها،^۷ ارزش‌ها^۸ و پیش‌فرض‌های بنیادی.^۹ با توجه به توضیحات فوق، برای درک بهتر و دقیق‌تر فرهنگ سازمانی جرم‌زا، در ابتدا این مفهوم بررسی می‌شود. دلیل تأکید بر فرهنگ سازمانی جرم‌زا آن است که تحلیل دقیق الگوی شاین منوط به آن است که در ابتدا نوع فرهنگ سازمانی را به خوبی شناسایی کنیم و از طریق درک دقیق فرهنگ سازمانی، لایه‌های مدل شاین را بر الگوی به کار گرفته شده در یک سازمان انطباق دهیم. در

1. Edgar Schein

۲. خاکپور، عباس، «سنخ‌شناسی مطالعات فرهنگ سازمانی»، راهبرد فرهنگ، شماره چهاردهم و پانزدهم، تابستان و پاییز ۱۳۹۰، ص. ۸۱.

۳. هادوی‌نژاد، مصطفی؛ نقی‌پور، ولی‌الله؛ دانایی‌فر، حسن، پیش‌فرض‌ها و ارزش‌های فرهنگ سازمانی اسلامی، پژوهشی در چارچوب مدل فرهنگ سازمانی شاین، دومانه دانشور رفتار، مدیریت و رفتار، دانشگاه شاهد، سال هجدهم، شماره ۲-۴۷، ۱۳۹۰، ص. ۹۴.

4. Zimer, Cathrine, Resource Dependence, Differential Association and Corporate Crime, Ph. D, the university of North Carolina, U.M.I, 1989.

5. Schein, Edgar, Organizational Culture and Leadership, Third Edition, John Wiley & Sons Inc., San Francisco, 2004.

6. Hofstede, G, "Dimensionalizing Cultures: The Hofstede Model in Context", Online Readings in Psychology and Culture 2, no. 1, 2011, p. 10.

7. Artificants

8. Values

9. Underlying Assumptions

10. Schein, Edgar, The Corporate Culture, New and Revised Edition, John Wiley & Sons, Inc., 2009, p. 21.

ادامه، این شکل از فرهنگ سازمانی در پرتو سازه‌ها، ارزش‌ها و پیش‌فرض‌های بنیادی سازمان که در الگوی شاین آمده‌اند، تحلیل خواهند شد. در نهایت، نتیجه‌گیری بحث مطرح می‌شود.

۱. فرهنگ سازمانی جرم‌زا

پیش از ورود به بحث اصلی، ارائه تعریفی هر چند گذرا از فرهنگ سازمانی لازم است. در سازمان‌ها و شرکت‌ها، فرهنگ‌های مشترکی میان کارکنان وجود دارد که مشابه فرهنگ‌های اجتماعی است و از طریق نمادها از نسلی به نسل دیگر^۱ منتقل می‌شوند. به عبارت بهتر، سازمان‌ها به واسطه فرهنگ موجود، دارای شخصیتی متمایز و مستقل هستند. به باور برخی از مدیران، فرهنگ سازمانی صرفاً «راهی است که براساس آن امور سازمان اجرا می‌شود»؛ در حالی که دیگر مدیران معتقدند که فرهنگ سازمانی بسیار پیچیده‌تر بوده و «مجموعه‌ای است از ارزش‌ها، باورها و پیش‌فرض‌های مشترک که همه را در یک جهت هدایت می‌کند».^۲ از این رو، فرهنگ سازمانی الگویی جذاب برای درک شاخص‌های حاکم بر یک سازمان است. با وجود این، تعریف نظری و رویکرد مفهومی فرهنگ سازمانی محل نظرات مختلفی است. براساس برخی دیگر از نظرات، فرهنگ سازمانی پیش‌فرض‌های بنیادی درباره ارزش‌ها، هنجارها، باورها، نمادها، زبان، شعائر و افسانه‌هایی است که به عضویت سازمان معنا می‌بخشد و به طور جمعی مورد قبول اعضای گروه به عنوان راهنمای رفتارهای مورد انتظار قرار می‌گیرد.^۳ لذا شاید فرهنگ سازمانی را به عنوان دی. ان. ای یک سازمان تلقی کرد. به عبارت بهتر، همان‌طور که دی. ان. ای دستورات ژنتیکی و رفتاری موجود در بدن انسان را کدگذاری می‌کند، فرهنگ سازمانی نیز در سازمان، خط‌مشی‌ها و دستورالعمل‌های رفتاری را به وجود می‌آورد. به طور کلی، براساس شاخص‌ها و تصمیمات اتخاذ شده در چرخه سیاست‌گذاری عمومی سازمان، به نظر می‌رسد که سیاست‌گذاری مبتنی بر کسب سود از طریق تجویز یا عدم تجویز ارتکاب رفتارهای مجرمانه، موجب شکل‌گیری دو نوع فرهنگ سازمانی مختلف شود. از این رو، چنان‌چه سیاست‌گذاری عمومی، دستیابی به سود اقتصادی را تنها از راه‌های مشروع و قانونی تجویز کند، فرهنگ سازمانی شکل گرفته، قانون‌مند خواهد بود. در نقطه مقابل، اگر در سیاست‌گذاری مبتنی بر حداکثر سود، هدف وسیله را توجیه کند، نتیجه آن می‌شود که از هر طریق ممکن

۱. با توجه به آنکه صحبت از فرهنگ سازمانی است، منظور نسل‌های کارکنان و کارگران شرکت‌ها است.

2. Pascale, Richard, Fitting New Employees into the Company Culture, Fortune, 1984, p. 28.

3. Cook, Curits W et al, Management and organizational behavior, second edition, New York, 1997, p 45

می‌توان برای کسب سود اقدام کرد. این امر آغازگر فرهنگی است که از آن به فرهنگ سازمانی جرم‌زا، فرهنگ سازمانی مسموم^۱ و فرهنگ سازمانی فاسد^۲ یاد می‌شود.

در دوران بحران اقتصادی شکل گرفته در اواخر سده بیستم و آغاز هزاره سوم، برخی متفکران به نقش این عامل در بروز جرایم شرکتی پرداختند. یکی از مهم‌ترین پژوهش‌های صورت گرفته در مورد انحراف سازمانی و فرهنگ جرم‌زا به پژوهش کلینارد و بیگر برمی‌گردد. این دو در فاصله سال‌های ۱۹۷۵ تا ۱۹۷۶ و با مطالعه ۵۸۲ شرکت در ۲۴ ایالت آمریکا، به نقش رفتار سازمانی در ارتکاب جرایم شرکتی پرداخته‌اند.^۳ براساس نتایج این پژوهش که ریشه در جامعه‌شناسی سازمانی دارد، یکی از مهم‌ترین رویکردهای شرکت‌ها، خودانتفاعی است. بر این اساس، شرکت‌ها منافع خود که همان کسب سود است را به هر امر دیگری ترجیح می‌دهند و از این رو، به منافع عمومی توجه چندانی نمی‌کنند. یافته‌های دیگر پژوهش‌ها نیز نشان می‌دهد که عدم دستیابی به سود و درآمد در شرکت‌های تولید کننده کفش در انگلستان موجب نقض قوانین تجارت و ارتکاب جرم توسط آنها می‌شود. یافته‌های مطالعات سالی سیمپسون در بین ۸۱ شرکت بزرگ آمریکایی نیز نشان داد که شرکت‌های دارای کمترین میزان سود دارای بیشترین نرخ جرایم حوزه حقوق رقابت هستند.^۴ یافته پژوهش استون نیز نشان می‌دهد که مهم‌ترین دلایل ارتکاب جرایم شرکتی کسب سود، بزرگ شدن، قدرت‌طلبی، ترس از بازنده شدن در فضای رقابت تجاری و توزیع مسئولیت در شرکت است.^۵

بر این اساس، به نظر می‌رسد که اهداف بنیادی سازمان از جمله کسب سود ممکن است موجب بروز رفتارهای مجرمانه شود. از این رو، فرهنگ سازمانی جرم‌زا شکلی از قانون شکنی جمعی است که به منظور دستیابی به اهداف سازمانی انجام می‌شود.^۶ با وجود این، گرچه که نمی‌توان کسب سود را تنها دلیل ارتکاب جرایم شرکتی محسوب کرد، اما این شکل از سیاست‌گذاری بدون شک یکی از عوامل اصلی ارتکاب جرم است. به عبارت بهتر، گرچه که درآمد کم الزاماً به جرم نمی‌انجامد، اما یکی از دلایل عمده ارتکاب جرایم شرکتی، پایین بودن میزان درآمد و سود است. از این رو، شرایط اقتصادی از طریق اثرگذاری بر فرهنگ سازمانی موجب شکل‌گیری فرهنگ جرم در شرکت می‌شود. با وجود مطالب پیش‌گفته می‌توان گفت زمانی که در فضای شرکت‌های تجاری، کسب سود به تأخیر افتاده یا با مشکل مواجه می‌شود، ممکن است که شرکت‌های تجاری جهت تأمین

1. Toxic Corporate culture
2. Corruptive Corporate culture
3. Clinard, , Marshal; Yeager, Peter, Corporate Crime, the Free Press, 1980, p. 47.
4. Jamieson, Kathrine, Corporate crime and Organizational Processes, 1999, PhD, State University of New York at Albany, Published by U.M.I, pp. 10-12.
5. Stone, Christopher, Where the Law Ends: The Social Control of Corporate Behavior: Waveland Press, 1975, p. 9.
6. Clinard, Marshal, Corporate Ethics and Crime, Sage Publication, 1983, p. 17.

اهداف مدنظر و عقب نیفتادن در صحنه رقابت تجاری، به اقدامات غیراخلاقی و غیرقانونی متوسل شوند. به باور ساترلند، «فرهنگ هنجاری در برخی شرکت‌ها و حوزه‌های صنعتی، رفتارهای غیرقانونی را تأیید کرده و ضمانت‌اجراهایی برای کنش‌گران قانون‌مدار در نظر می‌گیرد. وی این نظریه را تعریف مطلوب قانون‌شکنی می‌نامد. وی در مطالعات بعدی خود به این نتیجه رسید که هنجارهای شرکت، در طول حضور فرد در محیط کاری آموخته می‌شود؛ همان‌طور که هر کسی پس از ورود به حرفه‌ای مشخص آن را فرا می‌گیرد. از این‌رو، فرهنگ سازمانی برخی شرکت‌ها مستقل از شخصیت کنش‌گران خود، جرم‌زا است. با استناد به نظریه هم‌نشینی افتراقی، مواجهه انسان‌های شرافتمند با فرهنگ سازمانی حمایت‌کننده از انحراف موجب می‌شود تا آنها در کنار افراد قانون‌شکن به نگرش‌ها و رفتارهایی گرایش پیدا کنند که آنها را به سوی انجام کنش‌های غیرقانونی سوق دهد»^۱. بنابراین، عدم پایبندی به اخلاق در شرکت موجب شکل‌گیری فرهنگ سازمانی جرم‌زا می‌شود و نتیجه آن وارد کردن انسان‌های سالم به چرخه جرم است. از این‌رو، می‌توان جرایم شرکت‌های تجاری را محصولی فرهنگی دانست که از رفتار مجرمانه حمایت و انجام آن را عادی و بهنجار تلقی می‌کند.

در ایران نیز می‌توان ردپای شرکت‌های تجاری بزرگ را در فسادهای مالی مشاهده کرد. به طور کلی، از زمان وقوع انقلاب تا پایان جنگ، به دلیل نبودن نظام سیاسی و شور و اشتیاق مردم در انقلاب به وجود آمده، جامعه ایران شاهد نوعی وفاق و انسجام بود. با این حال، پس از جنگ و شروع دوره سازندگی و تأکید دولتمردان بر نظام اقتصادی بازار آزاد، روند خصوصی‌سازی در ایران شکل گرفت. شاید بتوان مرحله گذار از اقتصاد دولتی به اقتصاد بازار آزاد را به عنوان یکی از مراحل حساس و جرم‌خیز فرایندهای تغییر نظام اقتصادی در نظر گرفت. با وجود این تا دهه ۱۳۸۰ خورشیدی واژه فساد در ایران چندان شنیده نمی‌شد؛ تا این‌که در سال ۱۳۸۱ بزرگ‌ترین پرونده فساد مالی در تاریخ بعد از انقلاب شکل گرفت. «شهرام جزایری‌عرب» تاجر و فعال اقتصادی در سال ۱۳۸۱ در ۲۹ سالگی و در جریان بزرگ‌ترین و جنجالی‌ترین پرونده فساد اقتصادی ایران بعد از انقلاب سال ۱۳۵۷ ایران بازداشت شد. او فعالیت تجاری خود را از دستفروشی شروع کرد. در بزرگ‌ترین پرونده مفاسد اقتصادی در دوران اصلاحات، جرم اصلی نه اختلاس و برداشت وجوه بانکی، بلکه دریافت وام‌های هنگفت از سیستم بانکی بود که مجموع رقم وام‌های باز پس‌نداده شده شهرام جزایری حدود ۸۰ میلیارد تومان اعلام شد. «مژده‌ی» نماینده مدعی‌العموم اتهامات جزایری را ایجاد و

۱. سیمپسون، سالی؛ ویزبرد، دیوید، جرم‌شناسی جرایم یقه‌سفیدان، ترجمه حمیدرضا دانش ناری و آزاده صادقی، چاپ دوم، انتشارات مجد، ۱۳۹۵، ص. ۴۲.

تاسیس حدود ۵۰ شرکت مختلف بازرگانی، کسب اعتبار موهوم از طریق مانورهای متقلبانه، برداشت ۳۸ میلیارد و ۱۰ میلیون ریال به دفعات مختلف و پرداخت آن به اشخاص به عنوان رشوه و جعل اسناد اعلام کرد. تبانی در معاملات دولتی، اغوای مسئولان بانکها، تسهیل و دریافت ارز، عدم به‌کارگیری تسهیلات در امر صادرات و واردات و ایجاد رکود در امر صادرات واردات، تهیه پیمان‌نامه‌های غیرقانونی و اخذ مقادیر قابل توجهی از این طریق از جمله کیفرخواست نماینده مدعی‌العموم است. مزدهی در دادگاه ضمن قرائت کیفرخواست صادره درباره جزایری به تشریح مشخصات متهمان و عناوین اتهامی هر یک از آنها پرداخت. در آن پرونده شهرام جزایری با اتهامات بسیاری از جمله ارتشا، صادرات غیرقانونی، جعل اسناد دولتی و اختلاس‌های کلان روبه‌رو شد و بیش از ۵۰ نفر به‌عنوان شرکای جرم وی روانه دادگاه شدند. شهرام جزایری در آن دادگاه به ۲۷ سال حبس محکوم شد ولی پس از اعتراض وی به حکم دادگاه، دیوان عالی کشور حکم دادگاه را نقض و دستور رسیدگی مجدد به پرونده او را صادر کرد. در نهایت، شهرام جزایری بابت اتهاماتش به ۱۱ سال حبس تعزیری، رد مبلغ ۴۸ میلیون و ۶۰۰ هزار و ۱۸۵ دلار آمریکا به بانک ملی ایران و صندوق ضمانت صادرات، پرداخت جزای نقدی معادل دو برابر مبلغ فوق‌الذکر (۹۷ میلیون و ۲۰۰ هزار و ۳۷۰ دلار آمریکا) به صندوق محرومیت از فعالیت بازرگانی در بخش صادرات و واردات و نیز محرومیت از اخذ هر گونه تسهیلات بانکی اعم از ریالی و ارزی به مدت ۱۰ سال محکوم شد.^۱ نکته مهم در پرونده جزایری آن بود که وی ارتکاب جرم را از طریق شرکت‌های بی‌شماری که داشت مرتکب می‌شد. وی در سال ۱۳۹۰ در گفتگو با همشهری ماه گفته بود که در سال‌های دانشجویی مشغول به تولید، بسته‌بندی و صادرات خرما و مرکبات شد و به گفته وی از سال ۱۳۷۵ با بیش از ۵۰ شرکت اقتصادی در صنایع مختلف از جمله نیروگاه برق و صنایع آلومینیوم، اقدام به برگزاری نمایشگاه فروش کالا در آفریقا کرد.^۲

در فاصله سال‌های ۱۳۸۱ تا ۱۳۹۰ نیز فساد بخش خصوصی کم‌تر بر سر زبان‌ها افتاد؛ زیرا به‌ویژه در نیمه دوم این دهه، فسادهای بخش دولتی هم‌چون بیمه ایران توجهات را به خود جلب کرد. با این حال، در سال ۱۳۹۰ از پرونده موسوم به فساد بزرگ سه هزار میلیارد تومانی در ایران رونمایی شد. مه‌آفرید امیرخسروی مشهور به «امیرمنصور آریا» یک ایرانی ساکن آلمان بود که با دریافت چراغ سبز برای فعالیت اقتصادی به ایران بازگشت و فعالیتی جدید در کشور را آغاز کرد. وی در این مقطع به همراه برادرانش، شرکتی تحت عنوان شرکت (هلدینگ) توسعه سرمایه‌گذاری

1. <http://www.ghatreh.com/news/nn43644248>.

2. <http://www.bartarinha.ir/fa/news/752359>.

امیرمنصور آریا (سهامی خاص) را با شماره ثبت ۲۷۳۲۱۰ راه اندازی کرد. این شرکت با فعالیت در زمینه‌های متنوع و گوناگونی نظیر خرید، تأسیس، مشارکت، توسعه، تکمیل، فروش، اداره، واگذاری و اجاره کارخانه‌ها و واحدها و شرکت‌های فعال در بخش‌های تولیدی و خدماتی داخل و خارج کشور، ارائه خدمات اقتصادی، فنی، مالی و اعتباری، حسابرسی، سرمایه‌گذاری، تبلیغات رسانه‌ای، بیمه و انجام مطالعات و بررسی‌های اقتصادی و فنی، نظارت و پیگیری اجرای سرمایه‌گذاری و ایجاد شرکت‌ها و موسسه‌های مطالعاتی و اجرایی برای تحقق و تکمیل اهداف شرکت و خرید و فروش سهام و اوراق بهادار داخلی و خارجی و خرید و فروش کالاهای بازرگانی را با حمایت معنادار برخی باندهای سیاسی و اقتصادی آغاز و فعالیت مشکوک و خزنده خود در اقتصاد ایران را سرعت بخشید. شرکت امیرمنصور آریا که به صورت خانوادگی اداره می‌شد، با دریافت وام‌های هنگفت بانکی، خرید شرکت‌های دولتی با پیش‌قسط حاصل از وجوه سیستم بانکی و گشایش اعتبارهای مکرر را آغاز و در مدت کوتاهی، حدود ۲۰ شرکت شامل آب معدنی داماش گیلان، مروارید درخشان آریا، پخش امیرمنصور ایرانیان، باشگاه ورزشی داماش ایرانیان، ایمن ترابر آریا، تجارت گستران منصور، داماش ترابر ایرانیان، سامانه‌های منابع سازمانی کرانه، سبک سازان لوشان، ستارگان امیرمنصور، شفاف شیمی پلاست، صنایع غذایی دریاچه گهر لرستان، گروه صنعتی نمونه منصور گیلان، گروه ملی صنعتی فولاد ایران، ماشین‌سازی لرستان، مشاوره و مدیریت تدبیر منصور، مهندسیین مشاور مدیریت پردازش زمان، نوآوران صنعت الکترونیک قم، خدمات مهندسی خط و ابنیه فنی راه آهن و ستاره درخشان درفک تأسیس کرد.^۱ در دادنامه دادگاه انقلاب، عناوین مجرمانه علیه متهمان ردیف اول تا چهارم به این شرح اعلام شد: «افساد فی الارض از طریق اخلال در نظام اقتصادی کشور با تبانی و فساد در شبکه بانکی کشور، توسل به روش‌های متقلبانه و اضرار به نظام و مشارکت در کلاهبرداری کلان و تحصیل مال از طریق نامشروع جمعاً به مبلغ دو هزار میلیارد و هشتصد میلیون تومان با تشکیل و رهبری یک شبکه سازمان‌یافته برای ارتکاب جرایمی چون ارتشاء، اختلاس، کلاهبرداری، جعل و استفاده از سند مجعول، شرکت در پولشویی از طریق مصرف عواید حاصل از جرم، پرداخت رشوه به کارکنان بانک صادرات اهواز، بانک ملی شعبه مرکزی کیش و کارمندان بانک سپه کیش و افراد دیگر و استفاده از سند مجعول». ^۲ متهم ردیف اول این پرونده، مه‌آفرید امیرخسروی در نهایت به جرم اخلال در نظام اقتصادی و افساد فی الارض در بامداد سوم خرداد ۱۳۹۳ اعدام شد.

1. <http://www.tabnak.ir/fa/news/191394>

۲. کاشانی، سیدمحمود، نقد و بررسی رأی شعبه ۱۳ دیوان عالی کشور در پرونده فساد بزرگ بانکی، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۲۱۹، زمستان ۹۱.

اما در پرونده معروف فساد نفتی نیز رد پای یک شرکت تجاری مهم تحت عنوان گروه سورینت تحت مدیریت بابک زنجانی صاحب بزرگ‌ترین شرکت خوشه‌ای ایرانی مشاهده می‌شود. وی در تاریخ ۹ دی ۱۳۹۲ توسط دادستانی کل کشور به اتهام بدهی بیش از دو و نیم میلیارد یورو به وزارت نفت و بانک مرکزی و همچنین جعل اسناد بانکی با پرداخت رشوه به بانک ملی تاجیکستان بازداشت شد. بابک زنجانی به گفته خودش دارای بیش از ۷۰ شرکت است. در یکی از قطعنامه‌های تحریم اقتصادی اتحادیه اروپا که از او اسم برده شده پانزده شرکت منتسب به او ذکر شده است. اتحادیه اروپا در دسامبر ۲۰۱۲ نام بابک زنجانی را در فهرست تحریم‌ها قرار داد. زنجانی در دسامبر ۲۰۱۲ به علت آنچه «کمک به دور زدن تحریم‌های ایران از طریق داشتن نقش کلیدی در تجارت نفت ایران و انتقال پول نفت به ایران» خوانده شد، در لیست تحریم اتحادیه اروپا قرار گرفت. متعاقب شکایت عده‌ای از نمایندگان مجلس در نامه‌ای گلایه‌آمیز از سران سه قوه ایران، زنجانی در تاریخ ۹ دی ۱۳۹۲ بازداشت گردید. آقای محسنی اژه‌ای دادستان کل کشور در آن زمان، در این باره اظهار داشت: «بابک زنجانی با توجه به مسائل و اتهامات وارده در هفته‌های اخیر از سوی مراجع قضایی بازداشت شد».^۱ سخنگوی قوه قضاییه ایران، محسنی اژه‌ای روز یکشنبه ۱۶ اسفند ۱۳۹۴ شمس‌اعلام کرد که دادگاه بدوی بابک زنجانی به همراه دو متهم دیگر این پرونده را به اعدام محکوم کرده است. همچنین این سه متهم به رد مال مربوط به شاکی (که همان شرکت ملی نفت ایران است) و جزای نقدی معادل یک چهارم پول شویی نیز محکوم شده‌اند. روز دوشنبه ۱۶ فروردین ۱۳۹۵، حکم اعدام بابک زنجانی ابلاغ شد و در روز ۱۳ آذر ۱۳۹۵، معاونت نظارت و بازرسی دیوان عالی کشور از قطعیت حکم اعدام بابک زنجانی در دیوان عالی کشور گفت.^۲ با وجود قطعیت حکم اعدام بابک زنجانی، کماکان حکم اعدام وی اجرا نشده است؛ زیرا مجریان بر این باورند که بابک زنجانی دارایی‌های خود را در خارج از کشور بلوکه کرده و به همین دلیل تا رد تمامی دارایی‌ها و جبران خسارات وارد بر بیت‌المال، حکم وی را اجرا نمی‌کنند.^۳

تحلیل گفتمان کنش‌گران کیفری در مورد پرونده‌های فوق و نیز تحلیل محتوای آرای صادره - تا آنجا که در دسترس همگان قرار گرفت - نشان می‌دهد که در شرکت‌های تجاری مورد اشاره شاهد نوعی فرهنگ سازمانی جرم‌زا هستیم. گرچه که شاید مدیران شرکت‌های فوق، شناختی از بنیادهای علمی فرهنگ سازمانی جرم‌زا نداشته‌اند، اما آنچه در ساختارهای اجرایی این شرکت‌ها رخ داده، کاملاً منطبق با فرهنگ سازمانی جرم‌زا است.

1. <http://www.entekhab.ir/fa/news/143151>
 2. <http://www.isna.ir/news/95122616990>
 3. <http://www.eghtesadnews.com/61/227774>

۲. تحلیل فرهنگ سازمانی جرمزا در مدل شاین

همان‌طور که گفته شد، مدل شاین دارای سه بخش سازه‌ها، ارزش‌ها و پیش‌فرض‌های بنیادی است. سازه‌ها در بیرونی‌ترین سطح فرهنگ قرار می‌گیرند، پس از آن، ارزش‌ها قرار می‌گیرند و در نهایت، درونی‌ترین لایه فرهنگ سازمانی، پیش‌فرض‌ها است. به عبارت دیگر، سازه‌ها، جلوه‌های ظاهری فرهنگ سازمانی است، در لایه میانی ارزش‌ها قرار دارد و در هسته مدل شاین، پیش‌فرض‌های بنیادی قرار می‌گیرند. با توجه به این‌که مدل شاین، یک مدل طبقه‌ای است، برای شناخت هر مرحله باید از مرحله قبل آن گذر کرد. لذا، در این قسمت هر سه لایه مدل شاین را به ترتیب بررسی می‌کنیم.

۲-۱. سازه‌ها

سطح رویین و رؤیت‌پذیر فرهنگ سازمانی، سازه‌ها است. سطح رویین و رؤیت‌پذیر فرهنگ سازمانی، سازه‌ها است. به باور شاین، ساده‌ترین روش برای شناخت فرهنگ سازمانی، مشاهده سازه‌ها و جلوه‌های ظاهری سازمان‌ها است. از این رو، مشاهدات و واکنش احساسی افراد نسبت به معماری، دکور و فرهنگ سازمان بسته به نوع رابطه کنش‌گران با مهمانان و با یکدیگر است.^۱ از این رو، به نظر می‌رسد که درک فرهنگ سازمان در لایه سازه‌ها کار سختی نباشد؛ زیرا سازه‌ها همان پوسته فرهنگ به شمار می‌روند. بر این اساس، می‌توان گفت که سازه‌ها، ملموس، رؤیت‌پذیر و لایه‌های بیرونی فرهنگ سازمانی را تشکیل می‌دهند. به عبارت دیگر، سازه‌ها روبنای سازمان بوده که با ظاهر مشروع، دارای انطباق نمادین با قوانین موجود در یک جامعه هستند. گرچه که شناخت سازه‌ها امر دشواری نیست، اما لایه اول فرهنگ سازمانی گویای واقعیت فرهنگ سازمان‌ها نیست؛ زیرا جلوه‌های مشروع شکل گرفته در لایه اول، بخش اجتناب‌ناپذیر تمامی فرهنگ‌های سازمانی - اعم از جرمزا و قانون‌مدار - است.

بدین سان باید به این نکته مهم اشاره کنیم که چنان‌چه، فرهنگ سازمانی موجود در یک شرکت جرمزا باشد، از طریق درک و شناخت کامل سازه‌ها نمی‌توان پی به واقعیت فرهنگ سازمانی برد. به عبارت بهتر، جلوه‌های فرهنگ جرم در سازمان را نه در سازه‌ها، بلکه در لایه‌های بعدی باید جستجو کرد؛ زیرا سازه‌ها لایه رسمی فرهنگ سازمانی و مکانی برای پاسخ‌گویی و قضاوت‌های عمومی است. تمامی افراد مرتبط با سازمان - اعم از مشتریان، نهادهای دولتی و نظارتی، همکاران و ... - در اولین برخورد، سازه‌های فرهنگ سازمانی یک بنگاه را مشاهده می‌کنند و این امر بازخورد روان‌شناختی بسیار مهمی برای آنها خواهد داشت. بر همین اساس است که تمامی سازمان‌ها به دنبال

1. Schein, Edgar, Op. cit., p.21.

آن هستند تا ظاهر خود را حفظ کنند. لذا، تحریف واقعیت و متوسل شدن به ظاهر مشروع ایده اصلی سازمان‌هایی است که فرهنگ جرم در آنها نهادینه شده است. در عین حال، ذکر این نکته مهم است که پیچیدگی ابعاد فرهنگ سازمانی در کنار ارائه چهره مطلوب و غیرواقعی توسط شرکت‌ها نشان می‌دهد که درک ابعاد زیربنایی فرهنگ سازمانی از طریق مطالعه سازه‌ها محقق نخواهد شد.

به عنوان مثال، در خصوص شرکت‌های زیرمجموعه سورینت به خوبی می‌توان تحریف واقعیت را مشاهده کرد. برای نمونه می‌توان به خرید امتیاز تیم فوتبال راه‌آهن به عنوان یکی از قدیمی‌ترین تیم‌های فوتبال جنوب تهران اشاره کرد. بابک زنجانی به نام احیای این تیم و با حمایت از جوانان جنوب شهر اقدام به خرید امتیاز این تیم کرد. بعد از مدتی زمانی که علی دایی سرمربی این تیم مدنظر باشگاه پرسپولیس قرار گرفت، شرط زنجانی به رویانین مدیرعامل وقت باشگاه پرسپولیس آن بود که صد میلیون تومان برای صدور رضایت‌نامه دایی پرداخت و آن را صرف امور خیریه کند.^۱ این موارد به خوبی نشان می‌دهد که شرکت‌های بزهکار در قسمت رؤیت‌پذیر سازمان خود را قانون‌مدار و موافق امور انسان‌دوستانه نشان می‌دهند. این در حالی است که ماهیت اکثر رفتارهای هلدینگ سورینت مجرمانه بود. هم‌زمان باید به خرید امتیاز تیم فوتبال داماش گیلان توسط شرکت توسعه سرمایه‌گذاری امیرمنصور آریا نیز اشاره کنیم که این مورد نیز با هدف حمایت از ورزش و جوانان و در راستای پنهان کردن حقایق شرکت صورت گرفت.

۲-۲. ارزش‌ها

ارزش‌ها اصول، اهداف و استانداردهای اجتماعی موجود درون یک فرهنگ هستند که آن‌چه را که اعضای یک سازمان باید مراقب آن باشند نظیر، آزادی، دموکراسی، نسبت و وفاداری تعریف می‌کنند. ارزش‌ها مبنایی برای قضاوت در مورد آن‌چه درست و آن‌چه غلط است، شکل می‌دهند. از این رو، از ارزش‌ها به عنوان منشورهای اخلاقی و معنوی نیز یاد می‌شود. هنجارها نیز قواعد نانوشته‌ای هستند که به اعضای فرهنگ اجازه می‌دهد آن‌چه از آنها انتظار می‌رود را بدانند. به عبارت دیگر، هنجار نوع رفتاری را که آنها از دیگران می‌توانند انتظار داشته باشند نشان می‌دهد، ولی ارزش‌ها آن‌چه که با ارزش هستند و برای اعضای یک فرهنگ بااهمیت تلقی می‌شوند، مشخص می‌کند. این امر بیانگر آن است که چرا به ارزش‌ها به عنوان کدهای اخلاقی اشاره می‌شود. ارزش‌ها خودآگاهانه‌تر از مفروضات بنیادین هستند، اما معمولاً در سطح خودآگاه و بالای ذهن قرار ندارند. در حالی که ارزش‌ها مشخص می‌کنند که چه چیزی برای اعضای یک فرهنگ مبهم است، هنجارها

1. <http://www.jamnews.com/detail/News/185020>

مقرر می‌دارند که آنها باید چه رفتارهایی را از یکدیگر انتظار داشته باشند. به طور خلاصه، ارزش‌ها بیان می‌کنند که چه چیزی با ارزش است، در حالی که هنجارها مشخص می‌کنند که آیا آنچه اتفاق می‌افتد بهنجار است یا نابهنجار؟

بر اساس نظریه شاین، اگر اعضای یک فرهنگ ارزش‌ها را رعایت می‌کنند و خود را با هنجارهای فرهنگی منطبق می‌نمایند، به دلیل باورها و مفروضاتی است که شالوده و زیربنای این هنجارها و ارزش‌ها را تشکیل می‌دهند. هنجارها و ارزش‌ها نیز به نوبه خود، فعالیت‌هایی را تشویق می‌کنند که سطح رویین فرهنگ، یعنی سازه‌ها را به وجود می‌آورند. به عبارت بهتر، می‌توان لایه دوم را الگوهای رفتاری و فرهنگی قوی‌ای دانست که به صورت غیررسمی شاخص‌های خود را آموزش می‌دهند. فرهنگ سازمانی در این بستر، قوانین غیررسمی دارد که به افراد نشان می‌دهد چگونه رفتار کنند. کارگران نیز به تدریج قواعد بازی را فرا می‌گیرند و می‌دانند که فرهنگ سازمانی از آنها چه می‌خواهد. از این رو، فرهنگ سازمانی حاکم بر شرکت به مثابه نقشه راهنما به کارگران راه مورد نظر سازمان را نشان می‌دهد و متعاقب آن، کارگران نیز چگونگی رفتار و منطق محوری در این راستا را می‌آموزند.

بر اساس رویکرد فرهنگی مورد اشاره در نظریه سلین^۱، جرم‌شناس مشهور آمریکایی، هر گروه اجتماعی برحسب هنجارهای فرهنگی خود، معیارهایی از رفتار دارد که هنجار نامیده می‌شود. این هنجارها ضرورتاً در قانون وضع نشده و به صورت قانون در نیامده‌اند؛ بلکه هر فرد از نقطه نظر گروهی که در آن است، عملی را بهنجار و یا نابهنجار می‌داند. با وجود این، هنجارهای مورد اشاره بستگی به ارزش‌های اجتماعی گروه دارد.^۲ سلین در کتاب خود تحت عنوان «منازعه فرهنگ و جرم» بر مفهوم هنجارهای هدایت‌گر یعنی قواعدی که بر رفتار حاکم هستند، تأکید می‌کند. از این رهگذر، هنجار هدایت‌گر که رفتار را شکل می‌دهد، از فرهنگی به فرهنگ دیگر متفاوت است. شرکت‌های حامی جرم راه‌های فساد را برنامه‌ریزی و اجرا می‌کنند، روابط مبتنی بر فساد را تقویت و برای محافظت از سازمان خود دست به هر کاری می‌زنند. به این دلیل می‌توان گفت که کارگران در قلب برنامه‌های جرم‌زای شرکت‌ها قرار دارند. بر این اساس، از کارگران انتظار می‌رود که در فعالیت‌های مجرمانه حضور پیدا کنند و پاداش‌هایی بدین منظور نیز برای آنها در نظر گرفته می‌شود. فرهنگ جرم در سطح رفتار فردی موجب انگیزه برای ارتکاب جرم، از دست دادن هویت اجتماعی و رفتارهای ضداخلاقی می‌شود. با وجود این، سازمان این فرصت را دارد تا آستانه تحمل کارگران

1. Sellin

۲. ستوده، هدایت‌الله؛ میرزایی، بهشته؛ پازند، افسانه، روان‌شناسی جنایی، چاپ نهم، تهران، انتشارات آوای نور، ۱۳۹۴، ص. ۱۲۸.

نسبت به جرم را بالا ببرد و آنها را راضی کند که فرهنگ جرم را به مثابه یک امر بهنجار قبول کنند. در این بستر، شرکت‌ها با بالا بردن آستانه تحمل کارگران در مورد جرم، آنها را تشویق به ارتکاب جرم می‌کنند. اما پرسشی که در این جا مطرح می‌شود، این است که ارزش‌ها و هنجارهای موجود در فرهنگ سازمانی در کجا تعریف می‌شوند؟ آیا ارزش‌ها و هنجارها خود دارای اصالت هستند یا زیرمجموعه‌ای از اصل مهم دیگری قلمداد می‌شوند؟ برای پاسخ به این پرسش‌ها در قسمت بعد و ذیل تحلیل پیش‌فرض‌های بنیادی بیش‌تر سخن خواهیم گفت.

۲-۳. پیش‌فرض‌های بنیادی

لایه سوم و بلکه مهم‌ترین بخش از مدل فرهنگ سازمانی شاین، لایه پیش‌فرض‌های بنیادی است. برخلاف لایه سازه‌ها که به مثابه بخش ملموس فرهنگ سازمانی، به راحتی قابل درک است، لایه پیش‌فرض‌های بنیادی به سختی قابل دسترسی و درک می‌باشد. لذا در تشبیه فرهنگ سازمانی به کوه یخی می‌توان سازه‌ها را بخش رؤیت‌پذیر و پیش‌فرض‌های بنیادی را بخش رؤیت‌ناپذیر فرهنگ سازمانی شرکت‌ها دانست. بر اساس برخی نظرات، پیش‌فرض چیزی است که فرد به حقیقت آن اعتقاد دارد و ادراک، تفکرات و احساسات او از آن تأثیر می‌پذیرد. در حقیقت، فرهنگ مجموعه‌ای از پیش‌فرض‌های بهم مرتبط است. از این رو، پیش‌فرض‌ها مسلم انگاشته می‌شوند و تا حد زیادی در ناخودآگاه انسان‌ها قرار دارند.^۱ پیش‌فرض‌ها به عنوان لایه زیربنایی فرهنگ سازمانی، نحوه عملکرد و حتی تفکر افراد را به آنها نشان می‌دهد. با توجه به مسائل مطرح شده در دو قسمت قبل باید گفت که در صورت شکل‌گیری فرهنگ سازمانی جرم‌زا، ارزش موجود در لایه دوم، ارتکاب جرم خواهد بود و از این رو، انتظار آن است که کارگران مرتکب رفتارهای مجرمانه شوند. در این جا به خوبی می‌توان رابطه میان لایه دوم و مرحله تجویز در چرخه سیاست‌گذاری لاسول را مشاهده کرد. در فرهنگ سازمانی جرم‌زا، پیش‌فرض‌های بنیادین ارتکاب جرم را تجویز می‌کنند. این در حالی است که شرکت‌های دارای فرهنگ جرم‌زا در سازه‌ها، خود را موجه و قانون‌مند نشان می‌دهند. از این رو، می‌توان گفت که سازه‌ها جلوه غیرواقعی و به ظاهر قانونی فرهنگ سازمان است. به همین دلیل است که سازه‌ها نمی‌توانند نمایان‌گر فرهنگ واقعی سازمان‌ها باشند. از این رو، برای شناخت دقیق فرهنگ سازمانی دستیابی به پیش‌فرض‌های بنیادی ضروری است. پیش‌فرض‌ها به مثابه ارزش‌های نانوشته سازمان، به کل سامانه سرایت می‌کنند و فرهنگ سازمانی را به وجود می‌آورند.

۱. هادوی‌نژاد، مصطفی؛ نقی‌پور، ولی‌الله؛ دانایی‌فر، حسن، منبع پیشین، ص. ۹۴.

به عبارت بهتر، پیش‌فرض‌ها از طریق ایجاد ارزش‌ها و هنجارها، مهم‌ترین نقش را در شکل‌گیری فرهنگ سازمانی جرم‌زا دارند. در محیط‌های کاری جرم‌زا، فنون ارتکاب جرم از طریق فرایندهای جامعه‌پذیری سازمانی به کارگران آموخته می‌شوند. کارگران نیز پس از چندی و در خلال فرایند جامعه‌پذیری می‌آموزند که باید انتظارات سازمان را برآورده کنند. گرچه که ممکن است عده‌ای از کارگران در برابر فرهنگ سازمانی جرم‌زا مقاومت کنند، اما هژمونی و قدرت فرهنگ سازمانی بر کارگران موجب هم‌نوا شدن کارگران با الگوهای بنیادی می‌شود. نتیجه این امر آن است که انسان‌های ناکرده بزه در فرهنگ سازمانی حل و در فرایندهای ارتکاب جرم دخیل می‌شوند. لذا، می‌توان گفت که پیش‌فرض‌های بنیادی از طریق ارزش‌گذاری برای ارتکاب جرم جهت دستیابی به سود، فرهنگ سازمانی جرم‌زا را شکل می‌دهند. بدیهی است چنان‌چه پیش‌فرض‌های بنیادی به رویه‌های تجاری عادلانه، حقوق مشتریان و مسئولیت‌پذیری اجتماعی توجه کنند، فرهنگ سازمانی حاصله، قانون‌مند خواهد بود، اما اشتباهی سیری‌ناپذیر شرکت‌ها در کسب سود موجب می‌شود تا شرکت‌ها کسب سود از هر راه ممکن را تجویز کنند.

۲-۳-۱. بهنجار بودن جرم

در تاریخ بین دو جنگ جهانی، در ایالات متحده بحرانهایی چون سوء استفاده ثروتمندان از مناسبت‌های بحرانی و گروه‌های مافیایی و قاچاقچی شکل گرفت. در این دوره، مطالعات انجام‌شده بر روی گانگسترها نشان داد که انحراف در این گروه‌ها بیشتر ناشی از آموزش رهبران می‌باشد. به عبارت دقیق‌تر، رفتار و عملکرد این اهرم‌ها موجب ایجاد یک مدل یا سلوک رفتاری می‌شود که این مدل رفتاری گرچه با توجه به فرهنگ جامعه، ضد اخلاق و ضد فرهنگ است، اما برای اعضای جامعه آن گروه، مدل اخلاقی، رفتاری و فرهنگی تلقی می‌شود. پس خرده‌فرهنگ مجرمانه یعنی ذهنیت اخلاقی و رفتاری که در یک گروه مجرمانه ایجاد می‌شود. در اینجا فرهنگ یعنی مجموعه خصوصیات اکتسابی، مفاهیم و کنش‌ها و واکنش‌های افراد در برابر وضعیت‌های معین که این کنش‌ها و واکنش‌ها مبتنی بر یک مدل اخلاقی و رفتاری است. صرف‌نظر از ذکر نظریه‌های خرده‌فرهنگی ارائه‌شده در جرم‌شناسی هم‌چون نظریه کوهن، میلر، فلدمن، گسن و ... باید به این نکته مهم اشاره کنیم که به نظر می‌رسد که نظریه خرده‌فرهنگ مجرمانه در سازمان‌ها و شرکت‌ها نیز صادق باشد. با وجود آنکه خاستگاه نظریه‌های خرده‌فرهنگی بر بزهکاری‌ها و انحرافات جوانان متمرکز بوده است، اما اصول کلی حاکم بر خرده‌فرهنگ مجرمانه را می‌توان در مورد جرایم شرکتی صادق دانست. به عبارت بهتر، زمانی که فرهنگ سازمانی جرم‌زا در لایه پیش‌فرض‌های بنیادی حاکم باشد، یک الگوی اخلاقی و هنجاری در سازمان شکل می‌گیرد که بر اساس آن، ارتکاب جرم

به‌عنوان یک ارزش و امر بهنجار تلقی می‌شود. البته، ارائه الگوهای اخلاقی به کارگران و سهیم کردن آنها در فرایند ارتکاب جرم کار ساده‌ای نیست. بر همین اساس، ممکن است که شرکت‌ها برای ارتکاب جرم به فنون خنثی‌سازی متوسل شوند و از این طریق، به تقویت الگوهای اخلاقی ارائه شده در سازمان کمک کنند. از این رو، به نظر می‌رسد که یکی از مشکلات اصلی در لایه پیش‌فرض‌های بنیادی، فرایندهای تسهیل‌کننده ارتکاب جرایم، با وجود رعایت رویه‌های سازمانی و استانداردهای نهادی است. در گام اول، باید به این نکته اشاره کنیم که پیش‌فرض‌های بنیادی شرکت‌ها، مرز میان رفتارهای قابل پذیرش و غیر قابل پذیرش را مشخص می‌کند. از این رو، گاه ممکن است که کارکنان انجام یک رفتار مشخص را به مثابه نقض قانون در نظر گیرند، اما شرکت انجام آن رفتار را مجاز تلقی کند. به عنوان مثال، پژوهش‌گیز در خصوص تبانی‌کنندگان شرکت جنرال الکتریک نشان داد که کنش‌گران انجام رفتار را مجرمانه قلمداد، اما تحت فشار سازمانی، اقدام به این کار می‌کردند.^۱ به عبارت بهتر، زمانی که زندگی مجرمانه به بخش اصلی فرهنگ سازمانی یک شرکت تبدیل می‌شود، باید تحلیل‌های هزینه - فایده را در پرتو توجه به این ایده، بازتعریف کرد.^۲ یکی دیگر نکات مهم در حوزه جرایم شرکتی چیزی است که واگان آن را به‌هنجارسازی انحراف نامیده است. بر اساس تحقیقات وی، بر خلاف آن‌که فاجعه چلنجر^۳ به ناسا ارتباط داده می‌شد، این واقعه محصول فشارهای سیاسی و اقتصادی بود. به باور وی، فرایند تصمیم‌سازی ریشه در اثرات فرهنگی فناوری، محصولات، پنهان‌کاری و ارزیابی ریسک دارد: «نیروهای منطقی، جهان‌بینی ما را شکل می‌دهند، خطرات احتمالی را عادی‌سازی می‌کنند و پیامدهای مضر انسانی را در فرض انجام امور اشتباه برآورد می‌کنند. فاجعه فضایی چلنجر نشان داد که چگونه افراد الگوهای توسعه‌مدار و انحرافات را بهنجار می‌کنند و تخلف را می‌پذیرند. در این بستر، هیچ قانونی نقض نمی‌شود؛ زیرا قصد آسیب به دیگران وجود نداشته است».^۴

ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز در یک مقرر مهم در این حوزه بیان داشته است که انحلال شخص حقوقی و مصادره کل اموال آن زمانی اعمال می‌شود که برای ارتکاب جرم، به وجود آمده یا با انحراف از هدف مشروع نخستین، فعالیت خود را منحصراً در جهت ارتکاب جرم تغییر داده باشد. مستفاد از ماده ۱۹ قانون مجازات

1. Geis, Gilbert, "White Collar Crime: The Heavy Electrical Equipment Antitrust Cases of 1961", in: Marshall B. Clinard and Richard Quinney (eds.), *Criminal Behavior Systems: A Typology* (New York: Holt, Rinehart and Winston, 1967, pp. 139-151).
2. Reed, Gary; Yeager, Peter, "Organizational Offending and Neoclassical Criminology: Challenging the Reach of a General Theory of Crime", *Criminology*, vol. 34, 1996, pp. 357-382.
3. Challenger.
4. Vaughan, Diane, *The Challenge Launch Decision: Risky Technology, Culture, and Deviance at NASA*, Chicago, University of Chicago Press, 1996, p.409.

اسلامی مشخص می‌شود که انحلال و مصادره کل اموال در زمره مجازات‌های تعزیری درجه ۱ قرار می‌گیرند. به عبارت بهتر، این دو نوع ضمانت‌اجرا که مختص اشخاص حقوقی است، جزء شدیدترین مجازات‌های تعزیری به حساب می‌آیند. با وجود این، قانون‌گذار این حالت را تنها برای فرضی پذیرفته که شرکت برای کسب جرم تأسیس شده یا با انحراف از هدف نخستین، ارتکاب جرم را هدف اصلی خود قرار داده باشد. لذا، می‌توان گفت که مقررده موجود در ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی، بدون شک محل اجرای ضمانت‌اجرای کیفری برای شرکت‌هایی است که دارای فرهنگ سازمانی جرم‌زا باشند و در آنها ارتکاب جرم به مثابه یک امر بهنجار پذیرفته شده باشد؛ زیرا مقید کردن مجازات‌های شدید انحلال و مصادره کل اموال به عنوان مجازات‌های تعزیری درجه ۱ به متغیرهایی چون تأسیس شدن با هدف کسب سود و غرق شدن در زندگی مجرمانه به خوبی نشان دهنده فرهنگ سازمانی‌ای است که در آن ارتکاب جرم بهنجار باشد. به عبارت بهتر، در این حالت حرفه مجرمانه در شرکت شکل می‌گیرد. این الگوی حرفه‌ای شکل گرفته در سازمان‌ها که منجر به ارتکاب جرم و هنجارمند شدن آن می‌شود به خوبی مؤید فرهنگ سازمانی جرم‌زا است. مصادره کل اموال شرکت‌های مورد اشاره، اماره دیگری است که وجود فرهنگ سازمانی جرم‌زا را در شرکت‌های تجاری مورد اشاره ثابت می‌کند. اثر عملی وضع مجازات‌های شدید برای شرکت‌هایی که با هدف ارتکاب جرم تأسیس شده یا با انحراف از هدف نخستین به پدیده‌های مجرمانه روی آورده‌اند را باید از علل خاص تشدید مجازات به اعتبار نحوه دخالت در رفتارهای مجرمانه در نظر گرفت. با توجه به اطلاق و عموم کلام قانون‌گذار به نظر می‌رسد که در مورد ضمانت‌اجراهای مصادره کل اموال و انحلال تعدد و تکرار به عنوان علل عام تشدید مجازات مورد توجه نبوده‌اند. به عبارت دیگر، به نظر می‌رسد که قید تأسیس برای ارتکاب جرم یا غرق شدن در زندگی مجرمانه متعاقب انحراف از هدف نخستین مؤید نقش پایداری در بزهکاری در اعمال ضمانت‌اجراهای جنایی شدید است.

۲-۳-۲. آنومی سازمانی

با توجه به نکات فوق باید گفت که انحراف در یک سازمان زمانی آغاز می‌شود که پیش‌فرض‌های بنیادی این راهبرد را در فرهنگ سازمانی به رسمیت بشناسد. با این حال، اجرای فرهنگ جرم‌زا در بطن ساختار سازمانی موجب نهادی شدن فرهنگ جرم و انحراف می‌شود. لذا، شروع حیات تفکر و فرهنگ جرم در سازمان و بقای آن تحت هر شرایطی را می‌توان نهادی‌سازی انحراف در سازمان نامید. توسل به راه‌حل‌های منحرفانه در شرکت‌ها جهت حل مشکلات عمدتاً به بخشی از زندگی سازمان تبدیل می‌شود. از

این رو، کارگران بعد از مدتی رفتارهای خود را مشروع می‌پندارند و به دلیل انجام رفتارهای مجرمانه، احساس گناه و شرم نمی‌کنند. به عبارت بهتر، انگیزه‌ها و ایده‌های کارگران به تسخیر اندیشه‌های سازمان درمی‌آید. در تمامی سازمان‌ها، مرتکبان جرم و انحراف پس از مدتی با تغییر سمت و موقعیت مواجه می‌شوند. این امر نشان می‌دهد که رفتارهای مجرمانه بخشی از فرهنگ سازمانی شرکت‌ها است. در این راستا، کارگران جدید نیز در فرهنگ سازمان غرق می‌شوند و رفتارهای مورد انتظار شرکت را انجام خواهند داد. به این ترتیب، می‌توان از نهادی‌سازی جرم و انحراف در شرکت سخن گفت. در این شرایط، ارتکاب جرم چنان با تاروپود سازمان در هم تنیده می‌شود که کارگران ارتکاب جرم را رفتاری قانونی می‌دانند و آن را به مثابه امری طبیعی و روزمره انجام می‌دهند.

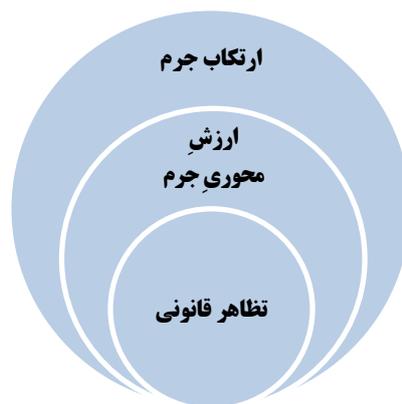
این وضعیت را می‌توان با اندیشه آنومی^۱ مقایسه کرد. آنومی در یونان باستان، به معنای نبود قانون و بی‌اخلاقی به کار برده شده است. تعبیر مختلفی از این مفهوم با محوریت اغتشاش و بی‌نظمی صورت گرفته است. در آثار دورکیم به عنوان نظریه‌پرداز اصلی آنومی، این مفهوم در چند معنا به کار رفته است و از این رو، به نظر می‌رسد که دقیق‌ترین راه شناخت این اصطلاح از طریق مترادف‌هایی است که خود دورکیم برای این واژه به کار برده است. از جمله این مترادف‌ها می‌توان به بی‌هنجاری، بی‌سازمانی، آناشسی، شر، اغتشاش، آشفتگی و بی‌نظمی اشاره کرد.^۲ به عبارت بهتر، ایجاد جوامع ارگانیک بر پایه مفهوم توزیع مسئولیت و تقسیم کار موجب می‌شود تا گروه‌های مختلف صنفی در جامعه شکل گیرند. این امر باعث گسست میان فرهنگ‌های گروهی و وجدان عمومی می‌شود. با وجود این، تضعیف نظارت‌های عمومی در جوامع ارگانیک به نسبت جوامع مکانیک، تعارض ارزش‌ها و هنجارها را به همراه خواهد داشت. لذا، آنومی را می‌توان شکاف میان وجدان عمومی و وجدان‌های صنفی در نظر گرفت. این امر به خودی خود ممکن است فرد را به سمت انجام اعمالی سوق دهد که وجدان صنفی، آن را محترم شمرده و در نقطه مقابل، وجدان عمومی آن را منحرفانه قلمداد کند. به زعم دورکیم، یکی از شرایط گسترش آنومی هنگامی است که فرایندهایی که با آن، هنجارهای اخلاقی از طریق الگوهای ثابت تعامل اجتماعی هم‌سو شده و محافظت می‌شوند، مختل شوند یا هنجارهای فرهنگی خاصی که خودمحوری را مجال می‌دهند، شیوع یابند. به نظر دورکیم در حالات مورد اشاره، بنا به بی‌نظمی و آشفتگی معنوی و

1. Anomie

۲. کوثری، مسعود، «آنومی سیاسی در اندیشه دورکیم»، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، دوره نوزدهم، شماره اول، ۱۳۸۱، ص. ۳۶.

اخلاقی ایجاد شده، جامعه و سازمان‌های آن برای استقرار محدودیت‌های هنجاری بر آرزوهای افراد و پیگیری مؤثر این هنجارها شکست می‌خورند.^۱

ظهور نظریه آنومی، رنسانسی را گفتمان مدرن مدیریت و سازمان در پی داشته است؛ زیرا سازمان بر اساس نظم و به واسطه هنجارهای خود اداره می‌شود و هنجارها و الگوهای سازمانی تعیین‌کننده رفتار در کنش متقابل میان کارکنان هستند که پیروی از آنها موجب ایجاد تعادل و نظم در سازمان می‌شود. از این رو، چنان‌چه، هنجارها قدرت تنظیم‌کنندگی خود را از دست دهند و افراد نسبت به هنجارهای موجود بی‌تفاوت شوند، سازمان دچار وضعیت آنومیک می‌شود. لذا، می‌توان آنومی در سازمان را مبین حالتی دانست که در آن، قواعد رفتاری و هنجاری سازمان در هم شکسته شده است. در این شرایط، سازمان‌ها یا محیط‌های کاری به عنوان پدیده‌هایی اجتماعی می‌توانند دچار بی‌هنجاری شوند که از لحاظ نظری به این پدیده آنومی سازمانی گفته می‌شود. در این سازمان‌ها، حداقل هنجارهای کاری مشترک از بین می‌رود و تغییرات بنیادی با شکستن چارچوب‌های هنجاری، بستر ساز آنومی می‌شود. بدین سان می‌توان گفت که بی‌هنجاری سازمانی ناظر بر حالتی است که ارزش‌های مورد تأیید کارکنان در تضاد با ارزش‌ها و رجحانات سازمان قرار می‌گیرد و این امر زمینه را برای رفتارهای نامطلوب فراهم می‌کند. به بیان ساده‌تر، وقتی بین هنجارهای کارگران و سازمان تعارض پیش آید، یا باید همسو با فرهنگ سازمان شوند یا در برابر آن مقاومت کنند. در شرایطی که فرهنگ سازمانی موجود در یک سازمان جرم‌زا و کارگران افراد قانون‌مند باشند، پیروی از هنجارهای سازمان - که در واقع رفتارهای نابهنجار را تجویز می‌کنند - موجب به وجود آمدن رفتارهای کاری نابهنجار و انحراف‌آمیز می‌شود؛ امری که نتیجه آن بسط و نفوذ فرهنگ سازمانی جرم‌زا است.



الگوی شاین در پرتو فرهنگ سازمانی جرم‌زا

1. Johnson, P.; Duberley, J., "Anomie and Culture Management: Reappraising Durkheim", Organization, Vol. 18, 2010, p.534.

نتیجه‌گیری

فرهنگ سازمانی جرم‌زا ناظر بر شکلی از فرهنگ سازمانی است که در آن ارتکاب جرم به مثابه یک امر بهنجار تجویز می‌شود. در این بستر، رویکردهای سازمانی، ارتکاب جرم را یک امر بهنجار و عادی قلمداد می‌کنند. این حالت که نشان‌دهنده گسست اخلاقی در سازمان است، موجب تغییر نگرش به ارزش‌ها و هنجارها و قبح‌زدایی از جرم می‌شود و ارتکاب جرم را ارزش‌مند قلمداد می‌کند. در این راستا، تأثیر فرهنگ سازمانی شرکت‌ها بر کنش‌گران موجب بروز فرهنگ سازمانی جرم‌زا می‌شود و این عامل به بروز جرایم شرکتی می‌انجامد. برای شناخت دقیق فرهنگ سازمانی جرم‌زا بر اساس الگوی شاین باید اجزای مختلف این مدل را بررسی کنیم. با توجه به تعریف ارزش‌ها و هنجارها، می‌توان گفت که بسته به نوع فرهنگ سازمانی، رفتارهای مورد انتظار و درک سازمان از رفتارهای بهنجار و نابهنجار متفاوت می‌شود. به عبارت دیگر، چنانچه، فرهنگ سازمانی جرم‌زا در یک شرکت نفوذ کرده باشد، رفتار مورد انتظار از کارگران ارتکاب جرم خواهد بود؛ زیرا در بطن فرهنگ سازمانی، ارتکاب جرم به مثابه یک ارزش قلمداد شده است. از این رو، می‌توان گفت که میان هنجار و ارزش در مدل شاین رابطه مستقیم و معناداری وجود دارد. به عبارت بهتر، آن‌چه که ارزش محسوب شود، بهنجار نیز خواهد بود و بنابراین، فرهنگ موجود در یک سازمان، از کارگران انتظار دارد تا این قبیل رفتارها را با جان و دل انجام دهند. پیش‌فرض‌های بنیادی که مهم‌ترین نقش را در فرهنگ سازمانی دارد، ناملموس، رؤیت‌ناپذیر و نامعین است و در رده‌های مدیریتی تبیین می‌شود. در بسیاری از اوقات، کنش‌گران هم نمی‌توانند به پیش‌فرض‌های بنیادی برسند. با توجه به نکات فوق، شاید بتوان مدل شاین را به دو بخش تقسیم کرد: قسمت مشاهده‌پذیر - لایه اول - و قسمت رؤیت‌ناپذیر - لایه دوم و سوم - . لذا، پیش‌فرض‌های بنیادی، سامانه‌های ارزشی نانوشته موجود در یک سازمان می‌باشند که پارادایم‌های سازمانی را تعریف می‌کنند. مجموع نکات یاد شده ما را به این نتیجه می‌رساند که پیش‌فرض‌ها محصول و زاییده سیاست‌گذاری عمومی است. بر اساس مدل شاین، پیش‌فرض‌های بنیادی، راهبردهای اصلی سازمان را تعریف می‌کنند. در این صورت، چنانچه کسب سود به عنوان هدف اصلی ملاک قرار گیرد، پرسش اینجاست که کسب سود از چه طریقی برای شرکت مجاز است. به عبارت بهتر، سازمان بر اساس الگوی محض کسب حداکثر سود می‌تواند برای سودآوری به جرم متوسل شود یا خیر؟ در این صورت، نقش مسلم و مهم پیش‌فرض‌های بنیادی مشخص می‌شود. در این شرایط، اگر پیش‌فرض‌های بنیادی الگوهای محض کسب سود را شناسایی کنند، فرهنگ سازمانی جرم‌زا شکل می‌گیرد. در این حالت به درستی می‌توان گفت که

فرهنگ جرم‌زا آن چیزی نیست که سازمان آن را دارد، بلکه فرهنگ سازمانی جرم‌زا چیزی است که سازمان را شکل داده است. بر این اساس، پیش‌فرض‌های بنیادی پس از اتخاذ فرهنگ جرم‌زا، ارزش‌ها و هنجارها را شکل می‌دهند.

با وجود این، حرکت از فرهنگ سازمانی جرم‌زا به سمت فرهنگ سازمانی قانون‌مدار مستلزم ایجاد تغییرات بنیادی در پیش‌فرض‌های بنیادی است؛ بدین معنا که پس از پذیرش فرهنگ قانون‌پذیری در لایه پیش‌فرض‌های بنیادی، فراگردی لازم است تا قانون‌گرایی در بخش مهم مدل شاین به کار گرفته شود. اولین گام در الگوی راهبردی تغییر فرهنگ سازمانی، آموزش قانون‌مداری به کنش‌گران شرکتی است. در این فرض، راه‌های پای‌بندی به قانون از طریق سازوکارهای مختلف - از سخنرانی مذهبی گرفته تا بیان ضمانت اجرای جنایی توسط حقوق‌دانان - به کارکنان آموخته می‌شود. در مرحله ابتدایی، تمامی تلاش سازمان بر آن است تا با ارائه برنامه‌های مناسب، کنش‌گران خود را به شهروندان قانون‌مند تبدیل کند. پس از آموزش قانون‌مداری به کارکنان، نوبت به نظام ارزشیابی عملکرد در پرتو اصول مدیریت رفتار سازمانی می‌رسد. در این مرحله مدیران شرکت‌ها از طرق مختلف هم‌چون نصب دوربین مداربسته، استفاده از ناظران نامحسوس و ... تأثیر برنامه‌های آموزشی بر کارکنان را ارزیابی می‌کنند و نظام تنبیه و پاداش را ملاک قرار می‌دهند. نظام تنبیه و پاداش سازمانی کلیه ضمانت‌اجراهای رسمی - از جمله گزارش جرم به دادستان - و غیررسمی - از جمله پیشرفت یا پسرفت سازمانی، معرفی متخلفان و ... - را دربرمی‌گیرد. فرض کنیم در مرحله ارزشیابی عملکرد، بازرسان، کنش‌گری را مجرم تشخیص دهند و وی را با ضمانت‌اجرائی - از جمله پسرفت سازمانی یا معرفی به دیگر کارکنان - مواجه کنند. چنان‌چه، همین فرد، پس از اعمال ضمانت‌اجرا مجدداً مرتکب جرم شود و مشاهده‌گران نامحسوس متوجه این موضوع شوند، راه‌حل مناسب، اخراج است. بنابراین، با وجود شکل‌گیری فرهنگ سازمانی قانون‌مدار، هر فرد قانون‌شکن باید از محیط خارج شود؛ زیرا فرض بر آن است که قانون‌شکنان در اثر تعامل و هم‌نشینی با انسان‌های عاری از بزه، آنها را نیز به بزهکاران حرفه‌ای تبدیل می‌کنند. در مرحله بعد که ارزیابی فرایند نامیده می‌شود، تأثیر مستقیم برنامه‌های آموزشی بر کاهش نرخ جرم سنجیده می‌شود. بر این اساس، در این مرحله با انتخاب جامعه آزمودنی و گواه، تأثیر برنامه‌ها بر فرایند را تحلیل می‌نماییم. در این گام، چنان‌چه جامعه آزمودنی و گواه در شرایط یکسان قرار گیرند و تنها تفاوت میان آنها در ارائه و عدم ارائه برنامه‌های آموزشی باشد، می‌توان اثر آموزش‌ها را در کاهش نرخ جرم ارزیابی کرد. نکته مهم در ارزیابی فرایند، واکنش بعدی سازمان است. چنان‌چه در ارزیابی مشخص شود که سیاست‌های مدنظر کارساز

نیفتاده است، باید آنان را تغییر داد و در صورت اثربخشی برنامه‌ها باید تدابیری را در راستای حفظ و تقویت فرهنگ سازمانی مطلوب اتخاذ کرد. از این رو، اثبات اثربخشی برنامه‌ها، مرحله نهایی فرایند نیست. حفظ و تقویت رویکرد مطلوب در این زمینه، به‌مثابه آخرین مرحله پرورش فرهنگ سازمانی موجب ثبات فرهنگ قانون‌مداری و کاهش نرخ جرایم شرکت‌ها می‌شود.

منابع

- خاکپور، عباس، «سنخ‌شناسی مطالعات فرهنگ سازمانی»، راهبرد فرهنگ، شماره چهاردهم و پانزدهم، تابستان و پاییز ۱۳۹۰.
- ستوده، هدایت‌الله؛ میرزایی، بهشته؛ پازند، افسانه، روان‌شناسی جنایی، چاپ نهم، تهران، انتشارات آوای نور، ۱۳۹۴.
- سیمپسون، سالی، جرایم شرکتی، قانون و کنترل اجتماعی، ترجمه حمیدرضا دانش ناری، نشر میزان، ۱۳۹۶.
- سیمپسون، سالی؛ ویزبرد، دیوید، جرم‌شناسی جرایم یقه‌سفیدان، ترجمه حمیدرضا دانش ناری و آزاده صادقی، چاپ دوم، انتشارات مجد، ۱۳۹۵.
- کاشانی، سیدمحمود، نقد و بررسی رأی شعبه ۱۳ دیوان عالی کشور در پرونده فساد بزرگ بانکی، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۲۱۹، زمستان ۹۱.
- کوثری، مسعود، «آنومی سیاسی در اندیشه دورکیم»، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، دوره نوزدهم، شماره اول، ۱۳۸۱.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین؛ هاشم‌بیگی، حمید، دانشنامه جرم‌شناسی، چاپ پنجم، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۵.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «از جرم یقه‌سفیدی تا جرم اقتصادی»، دیباچه در: جرایم یقه‌سفیدی: رویکردی فرصت‌مدار، ترجمه اسماعیل رحیمی نژاد، میزان، ۱۳۹۱.
- هادوی نژاد، مصطفی؛ نقی‌پور، ولی‌الله؛ دانایی‌فر، حسن، پیش‌فرض‌ها و ارزش‌های فرهنگ سازمانی اسلامی، پژوهشی در چارچوب مدل فرهنگ سازمانی شاین، دوماه‌نامه دانشور رفتار، مدیریت و رفتار، دانشگاه شاهد، سال هجدهم، شماره ۲ - ۴۷، ۱۳۹۰.
- Apel, R.; Paternoster, R.; Bushway, S.D.; Brame, R., "A Job Isn't Just a Job: The Differential Impact of Formal vs. Informal Work on Adolescent Problem Behavior", *Crime and Delinquency*, vol. 52, 2006.
- Clinard, , Marshal; Yeager, Peter, *Corporate Crime*, the Free Press, 1980.
- Clinard, Marshal, *Corporate Ethics and Crime*, Sage Publication, 1983.
- Cook, Curits; et al, *Management and Organizational Behavior*, Second Edition, New York, 1997.

-
- Fleming, Peter, Charting Corporate Corruption, Edward Elgar Publication, 2009.
 - Reed, Gary; Yeager, Peter, "Organizational Offending and Neoclassical Criminology: Challenging the Reach of a General Theory of Crime", Criminology, vol. 34, 1996.
 - Geis, Gilbert, "White Collar Crime: The Heavy Electrical Equipment Antitrust Cases of 1961", in: Marshall B. Clinard and Richard Quinney (eds.), Criminal Behavior Systems: A Typology (New York: Holt, Rinehart and Winston, 1967.
 - Hofstede, G, "Dimensionalizing Cultures: The Hofstede Model in Context", Online Readings in Psychology and Culture 2, no. 1, 2011.
 - Johnson, P.; Duberley, J., "Anomie and Culture Management: Reappraising Durkheim", Organization, Vol. 18, 2010.
 - Pascale, Richard, Fitting New Employees into the Company Culture, Fortune, 1984.
 - Schein, Edgar, Organizational Culture and Leadership, Third Edition, John Wiley & Sons Inc., San Francisco, 2004.
 - Schein, Edgar, The Corporate Culture, New and Revised Edition, John Wiley & Sons, Inc., 2009.
 - Stone, Christopher, Where the Law Ends: The Social Control of Corporate Behavior: Waveland Press, 1975.
 - Tsahuridu, E., "An Exploration of Factors Affecting Anomia at Work", Journal of Business Ethics, Vol. 99, 2011.
 - Vaughan, Diane, The Challenge Launch Decision: Risky Technology, Culture, and Deviance at NASA, Chicago, University of Chicago Press, 1996.
 - Zimer, Cathrine, Resource Dependence, Differential Association and Corporate Crime, Ph. D, the university of North Carolina, U.M.I, 1989.
 - Zulaikhah, Omar; Jihari, Amirah; Hasnan, Suhaily, Corporate Culture and the Occurance of Financial Statement Fraud, Normah International Accounting and Business Conference, 2015.

حاکمیت قانون اساسی در رویارویی با بزه رایانه‌ای

حسن عالی پور*

محمد یکرنگی**

چکیده

رویارویی با بزه رایانه‌ای با به‌کارگیری همه راهکارهای پیگیرانه و پیشگیرانه پیوستگی دارد. راهکارهای پیگیرانه به تدبیرهای کیفری ماهوی از بزه‌انگاری و مسئول‌شناسی گرفته تا کیفرگذاری و کیفرگزینی را در بر می‌گیرد و راهکارهای پیشگیرانه نیز تدبیرهای اجتماعی، فنی، موقعیت‌محور و شخص‌محور را پیش از رخ دادن بزه رایانه‌ای بازگو می‌کند. تمامی این راهکارها باید از دو اصل بنیادین پیروی کنند: نخست، از ارزش‌ها و هنجارهای جامعه پشتیبانی کرده و برای دولت امنیت پدید آورد. دوم، آزادی‌های فردی و حقوق شهروندی را در تنگنا نگذارد. اگر رویارویی با بزه رایانه‌ای تنها با محور قرار دادن جامعه و دولت باشد؛ در این حال تهدید، بزه رایانه‌ای است که محور سیاست‌گذاری‌ها و کنش‌ها خواهد بود و رویارویی با آن، به امنیتی کردن جامعه می‌انجامد و اگر رویارویی با بزه رایانه‌ای تنها با محور قرار دادن آزادی‌های فردی باشد، در این حال تهدید، بزه‌کار رایانه‌ای است که کوشش می‌شود تا حقوق وی پاس داشته شود و از سوی دیگر حقوق و آزادی‌های شهروندان در فضای سایبر نیز همیشه در نگاه باشد.

نگاه امنیت‌محور به مبارزه با بزه رایانه‌ای و رویکرد آزادی‌مدار به پیکار با آن، هیچ یک با قانون اساسی سازگاری ندارند. هر اقدام پیگیرانه و یا پیشگیرانه باید در راستای قانون اساسی کشور که برای هر برنامه یا کنش و واکنشی، تراز امنیت ملی و آزادی‌های فردی را می‌شناساند، اصلاح شود. نوشتار کنونی نیز کوششی برای سازگار کردن پیکار با بزه رایانه‌ای با قانون اساسی و دوری از رویکرد یک‌طرفه امنیت‌محوری یا حق‌مداری در رویارویی با بزه رایانه‌ای است.

Hassan.alipour@ut.ac.ir

Yekrangi@ut.ac.ir

تاریخ پذیرش: ۹۵/۰۶/۱۵

* عضو هیأت علمی پردیس فارابی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)

** عضو هیأت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

تاریخ دریافت: ۹۵/۰۲/۲۳

کلیدواژه‌ها: تروریسم سایبری، حمله سایبری، امنیت ملی، آزادی‌های فردی،
قانون اساسی.

مقدمه

هر پدیده نویی در سه فرآیند به درون نظام حقوقی یک کشور راه می‌یابد که در طول هم جای دارند: در گام نخست باید ضابطه‌مند شود و همه کارها و کنش‌ها بر پایه قانون یا مقرره‌های فوقانونی انجام شود. دلیل بدیهی این ضابطه‌گرایی همان مسئولیت در برابر رفتارهای زیان‌بار یا سرزنش‌پذیر است. در گام دوم، جداسازی رفتارهای زیان‌بار یا سرزنش‌پذیر در مقام بزه که نظام کیفری بر پایه آن بنیاد می‌گیرد. در این گام، برخی از رفتارها بر مبنای اخلاقی، مذهبی، سیاسی یا مصلحت با کیفر روبه‌رو می‌شوند و پیرو آن بیشتر کنش‌های ظاهری، قهری و محدود‌کننده به ویژه اقدام‌های پلیسی توجیه می‌شود. در گام سوم، نوبت به اقدام‌های تأمینی و پیشگیرانه می‌رسد. سنخ این اقدام‌ها بر پایه شتاب‌آمیزی، گستردگی و در بیشتر موردها بدون نیاز به توجیه مسئولیت از سوی انجام‌دهنده آن است. اقدام‌های تأمینی و پیشگیرانه هنگامی انجام می‌شود که پیش از آن یک رفتار، قابل کیفر باشد.

فضای سایبر هم اکنون برجسته‌ترین مصداق پدیده نو در جهان امروز است؛ ولی این پدیده نو به طور بنیادی با پدیده‌های دیگر که در زمان پدید آمدنشان نو به شمار می‌رفتند، فرق دارد. فضای سایبر یا بستر تبادل اطلاعات چنانکه با عنوان «فضا» یا «بستر» یاد می‌شود، فراتر از پدیده و به عنوان یک جهان یا سپهری نو دانسته می‌شود که خود دارای پدیده‌های گوناگون و نو است و در این بستر یا فضا، هر روز پدیده‌های نوی رخ می‌نماید. همین اندازه بس است که بدانیم فضای سایبر وارونه پدیده‌های دیگر که در حوزه خاص یا دوره معین نمود دارند، عام و فراگیر است و شاید نتوان فضای سایبر را پدیده نام نهاد؛ چرا که یک جهان یا بستر زندگی هم‌تراز با زندگی طبیعی بشر است و هر روز نیز گسترده‌تر و فراگیرتر می‌شود؛ برای نمونه، ایران در سال ۲۰۰۰، تنها دویست و پنجاه هزار تن کاربر اینترنتی داشت ولی در سال ۲۰۱۶، شمار کاربران ایرانی به پنجاه و شش میلیون و هفتصد هزار تن رسیده است. ۴۹.۲ از جمعیت جهان از اینترنت بهره‌مند هستند و این شمار با شتاب در حال افزایش است. ایران با وجود تنگناهای اینترنتی مانند پالایش یا شتاب کم، بیست درصد از تراز جهانی بالاتر است و ۷۰ درصد ایرانیان از اینترنت برخوردارند که به اندازه چهل درصد کاربران اینترنتی کشورهای خاورمیانه است.^۱ جدایی فضای سایبر از دیگر پدیده‌ها، در آغاز، این چالش بنیادین را پیش می‌کشد که اگر یک سپهر نو دانسته می‌شود، پس چگونه اصول قانون اساسی بر آن فرمان می‌رانند؟ از یک سو می‌توان گفت که قانون اساسی ایران به مانند دیگر قانون‌های اساسی

1. <http://www.internetworldstats.com/stats5.htm>.

یک پیمان ملی برای انسان‌ها به همراه ساختارها و نهادهای ظاهری و برگرفته از همین انسان‌ها است، تاب آن را دارد که بر زیست سایبری امروزین که دولت الکترونیک بخشی از آن است، فرمان براند و ضابطه‌مندش کند و از سوی دیگر می‌توان گفت سپهر نو خود نیاز به قانون اساسی جداگانه یا سندی هم‌تراز با آن دارد و با پیمانی که در فضایی جداگانه پدید آمده، ضابطه‌مند نمی‌شود.

چالش پسین آنکه اگر زمینه‌های سند اساسی برای فضای سایبر فراهم نیست یا اینکه این فضا از ریشه نیاز به قانون اساسی جداگانه ندارد؛ ولی همین اندازه که در زمان نگارش حقوق و وظیفه‌های پیش‌بینی شده در قانون اساسی، فضای سایبر در نگاه نبوده است، بنابراین چگونه قانون اساسی را باید به گونه‌ای فراگیر و درست به کار برد یا تفسیر کرد که فضای سایبر را نیز در بر بگیرد؟ در این میان جایگاه قانون اساسی در چینش سیاست‌ها و راهکارهای رویارویی با تهدیدهای سایبری چیست؟

در این نوشتار، انگاره بر این است که فضای سایبر، فراتر از پدیده‌های نو است ولی سپهری نو برای زندگی نو نیست. این فضا با دگرگونی در همه کارها، برنامه‌ها و شیوه‌های پیشین، زندگی فردی و جمعی شهروندان را در مسیر دیگری قرار داده است ولی چنان نیست که انسان‌های نو آفریده باشد بلکه خود به خدمت همین انسان‌ها و دولت‌هایی است که پیش از آن بوده‌اند. از این رو، قانون اساسی که برای تنظیم پیوند شهروندان و دولت و شهروندان با هم و دولت با دولت‌های دیگر است، همچنان بر این فضا فرمان می‌راند ولی چالش سازگار کردن اصول قانون اساسی بر فضای سایبر همچنان هست. قانون اساسی که چهره سنتی، ملی و غیر الکترونیک دارد چگونه می‌تواند در فرمان‌روایی بر فضایی نو، جهانی و الکترونیکی کامیاب باشد و فراتر از این، چگونه می‌تواند سیاست‌های کلان رویارویی با تهدیدهای سایبری که بزه سایبری، تروریسم سایبری و جنگ سایبری را در بر می‌گیرد را ترسیم کند؟ برای پرداختن به این چالش‌ها، در بخش نخست به پدیدارشناسی تهدیدهای سایبری پرداخته می‌شود و در بخش دوم نیز، راهکارهایی رویارویی با تهدیدهای سایبری در نگاه خواهد بود. در این دو بخش تلاش بر این است که گفته شود، قانون اساسی چگونه باید بر فضای سایبر فرمان براند و به طور ویژه، برجسته‌ترین رسالت خود را یعنی تراز امنیت ملی و آزادی‌های فردی را که در اصل نهم قانون اساسی پیش‌بینی شده است، با چه رویکردها و تدبیرهایی نمود دهد:

۱. تراز در پدیدارشناسی تهدیدهای سایبری

از دید نظم حقوقی کنونی که بر پایه اسناد الزام‌آور مانند قانون بنیاد گرفته است، همه تهدیدهای سایبری پیش‌بینی شده در قانون، تنها بزه سایبری خواهند بود؛ چرا که

تروریسم سایبری خود چهره‌ای از بزه سایبری است و همه آن رفتارهایی که گاهی با عنوان جنگ سایبری یا یورش سایبری گفته می‌شوند، باز هم بزه سایبری‌اند. دلیل این امر این است که هر چند، برخی یورش‌های سایبری با پشتوانه دولت‌ها و یا حتی برنامه آنها در آسیب رساندن به دیگر کشورها است ولی با نبود نظم حقوقی بین‌المللی که آنها را جنگ بداند، همچنان با قانون‌های درون سرزمینی، بزه سایبری به شمار می‌شوند. ولی اگر این تهدیدها تنها از دید رفتار مغایر با قانون کیفری بررسی نشوند و در این میان محور جستار بر این باشد که این تهدیدها چه نسبتی با امنیت ملی و آزادی‌های فردی برقرار می‌کنند؛ در این حال دسته‌بندی تهدیدها به بزه سایبری، تروریسم سایبری و جنگ سایبری از دید قانون اساسی توجیه‌پذیر است.

شناخت تهدیدهای سایبری بر پایه سه ویژگی رفتار مغایر قانون کیفری، وجود انگیزه ضدیت با نظام سیاسی و انجام آن از سوی دولت بیگانه به نوبت، بزه سایبری، تروریسم سایبری و جنگ سایبری را شکل می‌دهد. ولی چپستی تهدیدهای سایبری گاهی چنین سنجه‌هایی را به هم می‌زند. به سخن دیگر، اگر خاستگاه یک تهدید سایبری روشن نباشد، بسیار دشوار است که مرز میان سه پدیده گفته‌شده روشن شود. تهدیدهای سایبری از دید رفتار و پیامدهای آن و بزه‌دیدگان به هر اندازه که گسترده باشند، این تاب را دارند که با هر سه پدیده بزه، تروریسم و جنگ همخوانی داشته باشند ولی به طور عادی می‌توان میان این سه پدیده در فضای سایبر مرز کشید و از دید قانون اساسی بررسی کرد که در دنباله به آنها پرداخته می‌شود:

۱-۱. تهدید بر پایه رفتار

تهدیدهای سایبری، بسیار گسترده‌تر از رفتارهای بزهکارانه سپهر بیرونی‌اند و از خردترین بزه‌ها می‌آغازد تا به کلان‌ترین آنها می‌رسد. بزه سایبری در بستری رخ می‌دهد که سه ویژگی بنیادین دارد: نخست اینکه فضای سایبر بر ساخته از نیروها و نهادهای غیردولتی است و کنترل رسمی و دولتی بر آن با فضای بیرون سنجش‌پذیر نیست. خدماتی که در این فضا داده می‌شود بیشتر از سوی اشخاص حقوقی غیر دولتی است. دوم اینکه فضای سایبر پیوندیافته از رایانه‌ها و سامانه‌های بیشماری در جهان است که به شیوه‌های گوناگون با هم دیگر در پیوندند. چهره پیوندی و جهانی فضای سایبر نشان می‌دهد که باز نیروی دولت نمی‌تواند بر آن فرمان براند. سوم اینکه فضای سایبر، سپهر خلوت‌ها است. بخشی از این ویژگی انتخابی و بخشی قهری است. از جهت انتخابی، فضای سایبر به ویژه اگر تنگناهای بیرونی نمود بسیار داشته و از کنترل نیرومند دولتی یا اجتماعی نشان دهند، به عنوان فضای خلوت شهروندان در می‌آید و در این فضا هر آنچه

که در نبود کنترل‌های دولتی و اجتماعی می‌خواهند انجام دهد، انجام می‌دهند. از جهت قهری، پایه و مایه فضای سایبر بر اطلاعات است و چنانکه از عنوان اطلاعات بر می‌آید، حریم خصوصی یا محرمانگی، بنیادی‌ترین اصل امنیت در فضای سایبری و برجسته‌ترین ویژگی زندگی سایبری است. همه آنچه که در زندگی بیرونی با اطلاعات پیوندی ندارد، در فضای سایبر در جامه اطلاعات در می‌آیند و اطلاعاتی شدن همه چیز به طور قهری، چهره خلوت‌گونه و محرمانه محور بودن فضای سایبر را برجسته‌تر می‌کند.

این سه ویژگی بنیادین به همراه این انگاره که بخش بزرگی از بزه‌های سایبری که از رهگذر تارنماها و شبکه‌های اجتماعی مجازی رخ می‌دهند، بزه‌های خرد و سبک‌تر از بزه‌های برابر در سپهر بیرونی هستند، نشان می‌دهد که از دید قانون اساسی که بر آن اصل تراز امنیت و آزادی فرمان می‌راند، نمی‌توان نسبت به بزه‌های سایبری رویکردی سخن‌گیرانه و سرکوب‌گرانه داشت. حتی اگر برخی بزه‌های سایبری در سطح جهانی و بسیار گسترده رخ دهند، ولی باز نمی‌توان با چند مورد بزه سایبری کلان در سنجش با انبوهی از بزه‌های سایبری خرد، این پندار را پیش کشید که بزه سایبری از جهت چیستی و پیامد خطرناک است و باید به شیوه‌ای امنیت‌گرا با آن برخورد کرد.

بزه سایبری با یک تعارض دیگر نیز روبه‌رو است و آن اینکه اگر بزه سایبری برای جهان خود یعنی فضای سایبر خطرناک است، بنابراین باید پذیرفت که فضای سایبر، جهانی در عرض جهان فیزیکی و طبیعی ماست. در این حال، این فضا خود نیاز به قانون‌گذاری اساسی و عادی جداگانه دارد. ولی اگر قرار است با قانون اساسی کنونی و قانون‌های عادی به همراه برخی قانون‌های ویژه بزه‌های سایبری، هنجارپذیری و ضابطه‌گرایی در فضای سایبری دنبال شود، در این حال، بزه سایبری تهدیدی است که با قانون اساسی باید سنجیده شود. از دید قانون اساسی که پشتیبان اصل‌های چندی مانند اصل تراز امنیت و آزادی، اصل قانونی بودن، اصل آزادی بیان و مانند اینها است، بزه سایبری به مانند پدیده‌های تهدیدآور بیرونی نه توان تهدید جامعه ایرانی را دارد و نه به اندازه‌های نگران‌کننده، شهروندان را با چالش روبه‌رو می‌کند. از این دید، انگاره بر این است که از یک سو رویارویی با بزه سایبری باید با بهره‌گیری از قانون‌های سنتی کنونی باشد و از سوی دیگر قانون‌گذاری کیفی ویژه این تهدیدها در جایی که قانون‌های سنتی، کارآمد نباشند یا با کاستی‌هایی همراه باشند، باید در سطح کمیته انجام شود.

هر چند قانون اساسی ایران با چهارچوب‌های کنونی خود راه را بر قانون‌گذاری گسترده و تدبیرهای افسارگسیخته در رویارویی با بزه‌های سایبری می‌بندد ولی این رویکرد تا جایی است که انگیزه مرتکب خطرناک نبوده و به رویارویی با نظام سیاسی یا جامعه برنخاسته باشد.

۲-۱. تهدید بر پایه انگیزه

پس از جنگ سرد و تک‌قطبی شدن پیشوایی در جهان و کم‌رنگ شدن جنگ‌های گسترده و جهانی، تروریسم به جانشینی از جنگ عاملی شد تا هم به عنوان تهدیدی بر ضد امنیت ملی درآید و هم اینکه ابزاری بر دولت‌ها در تهدیدتراشی برای یکپارچگی اجتماعی و پیشبرد هدف‌های خود باشد. پدیده تروریسم به چهره‌ها و گونه‌های گوناگون رخ نموده است؛ چرا که عامل‌های بسیاری در این چندگانگی دست دارند. از دولت‌های پشتیبان تروریسم گرفته تا سازمان‌های تروریستی و نیز از شخصیت تروریست گرفته تا توانایی‌های تروریست‌ها، همگی سبب شده گونه‌های تروریسم از زیر گرفتن انسان‌ها با خودرو تا بهره‌گیری از فضای سایبری و از لشگرکشی رزمی تا کنش‌های انتحاری و از آلوده کردن محیط زیست تا بهره‌گیری از جنگ افزارهای هسته‌ای و شکافت‌پذیر، همه را در بر بگیرد. از این رو شاید نتوان گفت که آغاز سده بیست و یکم روی‌آوری تروریست‌ها به فضای سایبر و ابزارهای اطلاعاتی باشد؛ چرا که برای تروریست‌ها به اندازه‌ای که ظاهرگرایی و نمود بیرونی و چشمی یورش‌ها و خشونت‌ها اهمیت دارد، یورش‌های سایبری برجستگی ندارد. تروریسم خشن و بیرونی مانند آنچه که در دو رخداد تروریستی در تهران در هفدهم خرداد ۱۳۹۶ دیده شد، هم تروریست‌ها توانستند هراس در دل شهروندان بیاندازند و در این زمینه پیام‌هایی به جهانیان برسانند و هم اینکه کشورهای گوناگون با ایران همدردی کردند. به سخن دیگر، تروریسم خشن حتی برای بزه‌دیدگان هم همراه با همراهی و همدردی است ولی تروریسم سایبری این ویژگی‌ها را ندارد.

تروریسم سایبری در سال‌های کنونی به سمت دولتی‌شدن پیش‌رفته و گفته می‌شود که با پشتیبانی دولت‌ها انجام می‌شود. همین امر، تروریسم سایبری را میان بزه سایبری و جنگ سایبری رها کرده و ماهیتی سرگردان به آن داده است. اقدام تروریستی سایبری در تعبیر ساده «همان بزه سایبری با قصد تروریستی است»^۱ برخی دیگر آن را «حمله غیر قانونی و یا تهدید به حمله توسط تروریست‌ها ضد رایانه‌ها، شبکه‌ها و برنامه‌های ذخیره‌شده در آنها، برای تهدید و یا اجبار دولت یا مردم جهت پیشبرد اهداف سیاسی و اجتماعی مرتکب»^۲ تعریف کرده‌اند. بری کالین^۳ که گفته می‌شود واژه سایبر تروریسم را برای نخستین بار پیشنهاد داده، آن را این‌گونه تعریف

1. Sieber, Ulrich; Brunst, Phillip, Cyberterrorism and other Use of the Internet for terrorist purposes; threat analysis and evaluation of international conventions, Counter-Terrorism Task Force, Council of Europe, Council of Europe Publishing, 2007, p. 16.
2. Brenner, Susan, "Cybercrime, Cyberterrorism and Cyberwarfare", International review of penal law: cybercrime, AIDP, vol. 77, 2006, p. 457.
3. Barry Collin

کرده است: «سوءاستفاده عمدی از یک سیستم، شبکه یا مؤلفه اطلاعاتی رایانه‌ای برای تحقق هدفی که موید یا تسهیل‌کننده مبارزه یا اقدام تروریستی است.»^۱ برخی از نویسندگان نشانه‌ها و نتیجه‌های بیرونی کنش‌های تروریستی در فضای سایبر را نیز در تعریف خود گنجانده‌اند؛ به گفته کانوی^۲ از نظریه‌پردازان آمریکایی در زمینه تهدیدهای سایبری، «تروریسم سایبری عبارت است از یورش عمدی و آگاهانه با انگیزه‌های سیاسی به وسیله گروه‌های فراملی یا عامل‌های پنهانی بر ضد اطلاعات، سیستم‌های رایانه‌ای، برنامه‌های رایانه‌ای و داده، که منتهی به خشونت بر ضد کسان غیر نظامی و دیگر هدف‌ها شود.»^۳

انجام اقدام تروریستی بر ضد شبکه‌ها، سیستم‌ها و اطلاعات یا بهره‌گیری از فضای سایبر برای تروریسم در جهان فیزیکی، به چهار دلیل برای تروریست‌ها مهم است: «پایین بودن هزینه‌های ارتکاب از فراهم ساختن رایانه گرفته تا طراحی برنامه‌های آماده‌سازی خدمات دروغین، دشواری در ردیابی یا دستگیری مرتکب، نبود رویارویی حضوری به دلیل نبود محدوده‌ای مشخص برای انجام اقدام تروریستی و دست‌آخر بود هدف‌ها و قربانیان گوناگون در یک زمان.»^۴ از همین رو محدوده اقدام‌های تروریستی سایبری به اندازه‌ای گسترده است که رایانه در جهت ارتکاب آنها، هم نقش‌افزار را دارد و هم نقش هدف یا موضوع. رایانه زمانی افزار بزه است که تروریست‌ها از رهگذر آن، مرام و هدف‌های خود را تبلیغ می‌کنند یا با کمک آن شیوه انجام اقدام‌های تروریستی را می‌آموزانند.

رخنه‌گری غیر مجاز به سیستم رایانه‌ای^۵ و انجام رفتارهای بزهکارانه در آن^۶ از دیگر روش‌های شناخته شده برای ارتکاب اقدامات تروریستی است. در این روش مرتکب با نفوذ فنی (هک) یا با نفوذ شفاهی (مهندسی اجتماعی)^۷ بخش‌های آسیب‌پذیر سیستم یا شبکه را شناسایی کرده تا در زمان مناسب آن را از کار بیندازد یا اطلاعات را دگرگون سازد یا از بین ببرد و یا اینکه مانع دسترسی به داده یا سیستم و در نتیجه کارایی آنها

۱. فلمینگ، پیترو؛ استول، مایکل، «سایبر تروریسم: پندارها و واقعیت‌ها»، ترجمه اسماعیل بقایی هامانه و عباس باقرپور اردکانی، در: تروریسم، گردآوری و ویرایش علیرضا طیب، نشر نی، چاپ دوم، ۱۳۸۴، ص. ۱۵۳.

2. Conway

3. Ozeren, Suleyman, Global response to cyberterrorism and cybercrime: A matrix for international cooperation and vulnerability assessment, UMI Dissertation Services, University of North Texas, August 2005, p. 28.

4. Phair, Nigel, Cybercrime: The reality of the threat, E-security Publishing, Canberra, 2007, p. 146.

5. Hacking

6. Cracking

7. Social engineering

حملات مهندسی اجتماعی عبارت است از روند نفوذ به سیستم‌های رایانه‌ای از طریق کاربرد حیل‌های گوناگون در خصوص افراد جهت افشای کلمات عبور و اطلاعات مربوط به موارد آسیب‌پذیر شبکه. ر.ک: هیأت مؤلفان و ویراستاران انتشارات مایکروسافت، فرهنگ تشریحی اصطلاحات کامپیوتری مایکروسافت، برگردان فرهاد قلی‌زاده نوری، کانون نشر علوم، چاپ اول، ۱۳۸۱، ص. ۶۸۸.

شود. جدا از مهندسی اجتماعی، هک صرف رخنه غیر مجاز به سیستم است که در گام نخست چهره کیفی ندارد اما خرابکاری رایانه‌ای^۱ چهره کیفی هک است که مرتکب با قصد ربایش داده یا دگرگون ساختن آن یا جابجایی اطلاعات، به اقدام‌های بزهکارانه دست می‌زند و از این رو تروریست سایبری شخصی است که «با انگیزه‌های سیاسی و اجتماعی، مهارت‌های هک را به خدمت می‌گیرد.»^۲

اقدام‌های تروریستی سایبری روی هم‌رفته به چهار شیوه انجام می‌شوند: «الف - یورش به اطلاعات که همان دگرگونی یا از میان بردن محتوای فایل‌های الکترونیکی، سیستم‌های رایانه‌ای یا محتویات گوناگون موجود در آنها است. ب - یورش به زیرساخت که بر پایه آن، مرتکب، سخت‌افزارها، پایگاه‌های عملیاتی یا برنامه‌های محیط رایانه را مختل می‌کند یا از بین می‌برد. ج - معاونت فنی در ارتکاب که عبارت است از به کارگیری ارتباطات الکترونیکی برای فرستادن نقشه‌ها و طرح‌ها به منظور انجام یورش‌های تروریستی یا تحریک به انجام آنها یا توسل به سایر تسهیلات. د - افزایش یا ارتقای منابع مالی که به موجب آن تروریست‌ها با بهره‌گیری از اینترنت برای خشونت سیاسی یا دیگر رفتارها، به گرفتن کمک‌های مالی افراد یا سازمان‌ها می‌کوشند.»^۳

رکن روانی اقدام‌های تروریستی نیز همچون روش ارتکاب آنها گوناگون بوده و تروریست‌ها با انگیزه‌های چندی در فضای سایبر حضور می‌یابند که از جمله آنها می‌توان به «طرح‌ریزی (مانند گردآوری اطلاعات، تجزیه و تحلیل آنها و تجهیز به نرم‌افزار پیشرفته و کمک‌رسان)، تأمین یا تراکنش‌های مالی (همچون به دست آوردن کمک‌ها و بخشایش‌های هواخواهان، انتقال پول، پولشویی)، هماهنگی برای اجرای عملیات (مانند فرستادن نشانه‌ها یا رمزهای عملیات و بسیج نیروها)، اقدام‌های سیاسی (مانند بازگویی قصدها و هدف‌های سیاسی) و تبلیغ و آموزش انگشت نهاد.»^۴ گابریل وایمن^۵ پژوهشگر اسرائیلی، برای نشان دادن اندازه و شیوه‌های بهره‌گیری از فضای سایبر می‌گوید: «گروه‌های مسلمان در ابتدای فعالیت روی اینترنت دوازده سایت داشتند اما این تعداد در انتهای سال ۲۰۰۳ به ۴۰۰ سایت افزایش یافت. وی نشان داده که چگونه طراحان یازهم سپتامبر از اینترنت برای یافتن اطلاعات ارزشمندی به منظور هواپیماربایی از قبیل چگونگی سوخت‌گیری، تعداد مسافران ثبت شده و مانند آن بهره برداری کرده اند.»^۶

1. Cracking
2. Embar-Seddon, Ayn; op.cit. p. 16.
3. Ballard, James David; Hornik, Joseph; Mckenzie, Douglas, "Technological facilitation of terrorism", in: Cyberterrorism, Alan O'Day (ed), Ashgate publishing company, 2004, p. 59.
4. Cohen, Fred, "Terrorism and cyberspace", in: Cyberterrorism, Alan Oday (Ed), Ashgate publishing company, 2004, pp.150-151.
5. Gabrielle Weiman

۶ کلهر، رضا، «جهاد مجازی: ماهیت و چالش‌ها»، فصلنامه مطالعات منطقه‌ای جهان اسلام، شماره ۳۲، ۱۳۸۶، ص. ۳۱.

در نگاه نخست پدیده تروریسم سایبری آنچنان رویارویی با امنیت ملی دارد که می‌توان رویکرد قانون اساسی در گزینش سیاست‌های قانون‌گذاری، قضایی، پلیسی و حتی دفاعی در برابر آن را دانست. این رویکرد قانون اساسی را می‌توان از دو نگاه بررسی کرد. در نگاه نخست، تروریسم سایبری با انگیزه‌های سیاسی و برای رویارویی با دولت انجام می‌شود. چنین انگیزه‌ای به خودی خود تهدیدکننده بر ضد یک جامعه به شمار می‌رود. بنابراین تروریسم سایبری تنها امنیت ملی را نشانه نمی‌رود بلکه آزادی‌های فردی را نیز نادیده می‌گیرد. در برابر این پدیده، هم امنیت ملی و هم آزادی‌های فردی هر دو موضوع تهدید هستند و نمی‌توان گفت که قانون اساسی رویکردی همانند بزه سایبری داشته و به تراز امنیت و آزادی و پاسداشت فضای باز و آزاد در سپهری سایبری را دارد؛ به ویژه آنکه در تروریسم سایبری، دولت یا امنیت ملی موضوع غایی است و زیان راستین نمی‌بیند و این شهروندان و اطلاعات آنها است که موضوع مستقیم‌اند و از رخداد تروریستی زیان می‌بینند و در بدترین رخدادها اگر سامانه‌های خدمات‌رسان حیاتی و ضروری از کار بیفتند این شهروندان هستند که زیان برخاسته از تروریسم سایبری را حتی از جهت جان و مال به دوش می‌کشند.

در نگاه دوم، آزادی فضای سایبر در برابر تروریسم سایبری مفهومی پذیرفتنی برای کاربران نخواهد بود. آنچنان که در بزه سایبری، ممکن است گستره جرم‌انگاری و برنامه‌های پس از آن، بتواند فضای آزاد سایبر را بر کاربران تنگ کند، ولی تروریسم سایبری یک پدیده مشخص و در همان حال، نیروی تهدیدکنندگی‌اش روشن است. پس نمی‌توان جرم‌انگاری بزه سایبری و برنامه‌های قضایی و پلیسی پیونددار با آن را یک تهدیدکننده برای آزادی و ماهیت فضای سایبر دانست.

با این حال، رویکرد ترازمندی آزادی و امنیت در قانون اساسی و دیگر اصل‌های پشتیبان از امنیت ملی و آزادی‌های فردی، نگاهی بیشینه و فراگیر به بزه‌انگاری پدیده تروریسم سایبری ندارد. در برابر این پدیده باید نگران دو مسیر بود: نخست فربگی تروریسم سایبری و دوم اغراق‌آمیز بودن آن. فربگی تروریسم سایبری در پرتو فربگی خود تروریسم جای دارد. پس از جنگ سرد و به طور ویژه رخداد یازدهم سپتامبر ۲۰۰۱، تروریسم به عنوان برجسته‌ترین تهدید بر ضد دولت‌ها رخ نمود. بخشی از این تهدید راستین و بخشی نیز به جانشینی از جنگ به عنوان یک تهدید نمادین شناسانده شد. همین روی‌آوری جهانی به پدیده تروریسم سبب شد تا به مفهومی برابر با بزه و در عرض آن در حقوق کیفری بسیاری از کشورها روی نماید. در چنین بستری، قانون‌گذاری‌های کیفری گونه‌ها و شیوه‌های چندی را در زیر تروریسم جای دادند که بسیار فراتر از مفهوم نخستین خود درباره هراس‌افکنی از رهگذر خشونت بر ضد جان و

مال رفت. همین چگونگی در سال‌های کنونی درباره تروریسم سایبری تکرار شده است. تروریسم سایبری به جنگی از رفتارهای گوناگون گفته می‌شود که به طور مستقیم یا غیر مستقیم با رفتار تروریستی یا گروه تروریستی پیوند دارد و همه رفتارهایی که برضد رایانه یا از رهگذر رایانه است را در بر می‌گیرد. بنابراین می‌توان دید که دولت‌ها بسیار فراتر از ممنوع‌انگاری هسته مرکزی تروریسم سایبری یعنی همان چه که بر ضد امنیت ملی است، فراتر رفته‌اند و از همین در می‌توان دید که هر قانون‌گذاری یا سیاست قضایی و پلیسی بر ضد تروریسم سایبری نیز نمی‌تواند با قانون اساسی سازگار باشد. نگاه اغراض‌آمیز به تروریسم سایبری نیز بیان دیگری از این خوانش است که ممنوع‌انگاری این پدیده نمی‌تواند بدون مرز باشد. همانند بزه سایبری، این پدیده نیز در پایان بر ضد اطلاعات و سامانه‌ها رخ می‌دهد و چنان نیست که ارزش‌های بیرونی و هنجارهای سنتی را به طور مستقیم تهدید کند. در رخداد یورش سایبری از رهگذر باج‌افزار در آوریل ۲۰۱۷، به بیمارستان‌های انگلستان که در زمره نهادهای خدمات‌رسان ضروری به شمار می‌روند، رایانه‌ها کنار گذاشته شده و پزشکان و کارمندان بیمارستان‌ها به طور دستی به کار خود پرداختند. هر چند این گفته برای جایی است که تهدید سایبری شناسایی شده یا خود را شناسانده باشد یا هنوز خطری جانی پدید نیآورده باشد ولی به طور کلی تهدیدهای تروریستی سایبری همانند بزه سایبری به گونه‌ای نیست که بتواند همانند یک رفتار خشن، ارزش‌ها و هنجارهای بیرونی را به چالش بکشد.

۳-۱. تهدید بر پایه قدرت

امروزه قدرتمندی یک نهاد بر پایه اطلاعاتی است که دارا می‌باشد. بر این اساس، هر چه توانایی اخذ اطلاعات بالاتر رود، قدرت نیز افزون می‌گردد. این قدرت می‌تواند در عرصه سایبر پدیدار گردد. لذا، برخی قدرت سایبری را «توانایی استفاده از فضای سایبر برای خلق مزیت‌ها و تأثیر بر حوادث محیط‌های عملیاتی دیگر و بیان و کاربرد ابزارهای قدرت»^۱ تعریف نموده‌اند. با توجه به اهمیت این قدرت، تحصیل آن، باعث ایجاد جنگ سایبری می‌گردد. جنگ سایبری برجسته‌ترین تهدید سایبری در زمان ما به شمار می‌رود. این تهدید به پشتوانه دولت یا دولت‌های بیگانه بر ضد سامانه‌های رایانه‌ای داخلی انجام می‌شود و سنجه بنیادین برای جداسازی این پدیده از تروریسم سایبری و بزه سایبری، پیونددار بودن با دولت یا دولت‌های بیگانه است.^۲ هم گفته‌های مقام‌های

۱. عباسی، مجید؛ مرادی، حسین، «جنگ سایبر از منظر حقوق بین‌الملل بشردوستانه»، فصلنامه مجلس و راهبرد، سال بیست و دوم، شماره ۸۱، بهار ۱۳۹۴، ص. ۴۵.

۲. هر چند نظر مخالف نیز وجود دارد و جنگ سایبری را وابسته به دولت تلقی نمی‌نمایند. برای مثال برنیک در کتاب بزه سایبری و جنگ سایبری، جنگ سایبری را این گونه تعریف می‌نماید: «اقدامات تدافعی و تهاجمی

برخی کشورها و همه رویه دولت‌ها نشان می‌دهد که جنگ سایبری نه تنها جایگزین جنگ‌های سنتی و خشن شده است بلکه مفهومی بسیار عام‌تر یافته به گونه‌ای که این جنگ ممکن است از سوی دولتی باشد که در پیوندهای سیاسی در زمره دولت‌های دشمن به شمار نرود. به گفته وزیر دفاع فرانسه در سال ۲۰۱۶، ۲۴ هزار یورش سایبری علیه اهداف دفاعی این کشور خنثی شده است. به گفته وی شمار چنین یورش‌هایی هر سال دو برابر شده است و زیرساخت‌های داخلی فرانسه نظیر آب، برق، ارتباطات و حمل و نقل در معرض خطر واقعی حملات سایبری قرار دارند.^۱

پیوند جنگ سایبری با ایران بسیار برجسته‌تر است. در سال‌های کنونی گفته شده که ایران همواره در جنگ سایبری بوده است. گاهی بر ضد این کشور یورش شده و ایران نیز در مقام دفاع سایبری برآمده است. در آذر ۱۳۹۵، چند شرکت غربی امنیت اطلاعات و همین‌طور مقام‌های سعودی گفتند که رایانه‌های چند نهاد دولتی در عربستان سعودی هدف حمله سایبری قرار گرفته است. در این یورش، سازمان هواپیمایی کشوری در عربستان نیز یکی از اهداف این حمله بوده و با پاک شدن اطلاعات حساس، فعالیت‌های این سازمان برای چند روز مختل شده است. گفته شده که این یورش سایبری، با ویروس شامون انجام گرفته است که در سال ۲۰۱۲ عامل وایپر آن رایانه‌های شرکت نفتی سعودی آرامکو را هدف گرفت و اطلاعات حدود ۳۰ هزار کامپیوتر را پاک کرد.

نمی‌توان چنین جنگی در فضای تبادل و نگه داشت اطلاعات را نادیده گرفت؛ چرا که پیش از آن دو یورش مهم سایبری (استاکس نت و فلیم) بر ضد سامانه‌های حیاتی در ایران به ویژه بر ضد سامانه‌های رایانه‌ای بنیادهای هسته‌ای، زیان‌های گسترده‌ای را به بار آورده بود. جنگ سایبری بر ضد ایران به ویژه نسبت به برنامه هسته‌ای، گرایش آشکار دمکرات‌ها از جنگ سنتی به جنگ سایبری را نشان می‌دهد. اینان، جنگ سایبری را شیوه مناسب‌تر و کارآمدتر برای شکست برنامه‌های نظامی و هسته‌ای ایران می‌دانستند؛ چندان که روزنامه نیویورک تایمز به نقل از یک فیلم مستند که با مقام‌های نظامی و اطلاعاتی آمریکا است، گزارش داده که دولت آمریکا در صورت شکست تلاش‌های دیپلماتیک برای مهار برنامه هسته‌ای ایران، طرحی گسترده برای حمله سایبری به تاسیسات اتمی این کشور را داشت. بنابه این گزارش برنامه «نیترو زئوس» با هدف فلج کردن سیستم‌های دفاع ضدهوایی، سیستم‌های ارتباطی و بخش‌های مهم شبکه برق این کشور طراحی شده بود که با امضای توافق اتمی کنار گذاشته شد. براساس

نهادها (عمومی و خصوصی) یا گروه‌ها برای تحصیل یا/ و بهره از اطلاعات با یاری ICT به منظور تفوق بر رقیب در جنگ»:

Bernik, Igor, Cybercrime and cyber warfare, John Wiley & Sons, 2014, p. 69.

1. <http://www.bbc.com/persian/world-38547328>.

این گزارش طرح را پنتاگون آماده کرده بود تا باراک اوباما رئیس جمهور آمریکا گزینه‌های دیگری غیر از جنگ علیه ایران داشته باشد. به گفته نیویورک تایمز: «مقام‌ها می‌گویند در اوج آن برنامه، طراحی نیترو زئوس با شرکت هزاران خدمه نظامی و اطلاعاتی آمریکا، صرف ده‌ها میلیون دلار هزینه و تعبیه تجهیزات الکترونیکی در شبکه‌های کامپیوتری ایران همراه بود». در همین حال سازمان‌های اطلاعاتی آمریکا طرحی جداگانه برای انجام حمله‌ای سایبری برای از کار انداختن تاسیسات غنی‌سازی فردو ایران در دل کوهی در نزدیکی قم آماده کرده بودند. با این حال طراحان هشدار داده بودند که چنین طرحی در صورت اجرا به طور بالقوه می‌تواند تأثیری قابل توجه بر غیر نظامیان داشته باشد، به خصوص اگر برق و ارتباطات بخش‌های وسیعی از ایران قطع شود.^۱

تا پیش از بنیاد گرفتن مقرره‌های بین‌المللی درباره جنگ، دو گزاره بنیادین در اندیشه‌های فلسفی بر شیوه جنگ‌آوری سایه انداخته بود: یکی دادگرانه بودن توسل به جنگ و دومی دادگرانه بودن رفتارهای جنگی. گزاره نخست درباره شیوه آغاز جنگ بود که باید دارای ویژگی‌های زیر باشد: «یک - جنگ باید از سوی یک قدرت قانونی آگاهی داده شده و آغاز گردیده باشد. دو - سبب پیش‌دستی در جنگ باید دادگرانه باشد. سه - جنگ واپسین دستاویز باشد. چهار - برای آغازگر، به طور بخردانه، دورنمای پیروزی وجود داشته باشد. پنج - خشونت به کار رفته باید سازگار (متناسب) با اندازه پایداری طرف درگیر باشد.»^۲ گزاره دوم نیز درباره چگونگی رفتار در جنگ است که دارای دو اصل است: «اصل فرق‌گذاری که بر پایه آن جنگ تنها نسبت به هدف‌های قانونی روا داشته شود. اصل تناسب که با دستاویز آن، شیوه‌های خشونت‌آمیز، آسیب بیشتری در سنجش با گناه اصلی طرف درگیر، به بار نیاورد.»^۳ به ویژه اصل نخست که دربردارنده یورش نبردن به غیر نظامیان است، برجسته‌ترین سنججه جداسازی جنگ و تروریسم است. از این ویژگی‌ها این پیامد به خوبی دانسته می‌شود که جنگ یک پدیده فیزیکی است و بر روی زمین، دریا و هوا که روی هم‌رفته سرزمین یک کشور یا فراتر از آن قابلیت‌های دیداری کره زمین است، نمود دارد. یکی دیگر از دلایل‌هایی که نشان می‌دهد «حقوق جنگ بر تهدیدهای سایبری فرمان نمی‌راند، این است که فضای سایبر بخشی از قلمرو سرزمینی یک کشور دانسته نمی‌شود. یورش به رایانه‌های یک کشور، ویژگی‌های بنیادین یورش به سرزمین کشور دیگر را دارا نیست تا بتواند در سایه حقوق جنگ جای بگیرد.»^۴

1. http://www.bbc.com/persian/iran/2016/02/160216_u04_nyt_cyberattack_iran_nuclear.
2. Coady, Tony, "Terrorism, Just war and supreme emergency", in *Terrorism and Justice: Moral argument a threatened world*, Tony Coady and Michael O Keefe (Eds), Melbourne University Press, 2002, p.11.
3. Ibid.
4. Beard, Jack, "Legal phantoms in cyberspace: The problematic status of information as a weapon and a target under international humanitarian law", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 47, 2014, p.96.

روشن است که قانون اساسی ایران تعابیری مانند جنگ سایبری یا نبرد سایبری را تهدیدی بر ضد ارزش‌های بنیادین کشور مانند تمامیت سرزمینی و استقلال نمی‌داند. می‌توان از تعبیر اعلان جنگ که از اختیارات مقام رهبری است (بند ۵ اصل ۱۱۰)، پیامد جنگ و اشغال نظامی بر انتخابات مجلس شورای اسلامی (اصل ۶۸)، برقراری محدودیت‌های ضروری در حالت جنگ و شرایط اضطراری (اصل ۷۹) و نیز به کارگیری دفاع در همین معنای بیرونی و فیزیکی به ویژه در اصل یکصد و پنجاه و یکم درباره توانایی دفاع مسلحانه از کشور و نظام جمهوری اسلامی ایران از سوی افراد، فهمید که نگرش قانون اساسی به پدیده بزرگی چون جنگ یا پدافند در برابر آن نمی‌تواند به تهدیدهای سایبری دولت یا دولت‌های بیگانه کاهش یابد.

در برابر جنگ سایبری که در زبان کشورها بیشتر به دفاع سایبری برجسته شده است، بخشی از رزم نهادهای نظامی یک کشور شده است. بیشتر کشورها در رویه خود پذیرفته‌اند که در جنگ، عامل دست‌اندازی دولت بیگانه برجستگی دارد و نه خشونت مادی یا دست به جنگ افزار بردن. بیشتر کشورهای جهان مانند ایالات متحده، روسیه، چین و انگلستان، در درون نهادهای رزمی خود، بخشی را به دفاع سایبری واگذار کرده‌اند. ایران نیز از سال ۱۳۹۰، قرارگاه دفاع سایبری را بنیاد نهاده که واکنشی به یورش‌های سایبری بزرگ مانند استاکس نت بوده است. از این فراتر وزارت دفاع ایالات متحده در گزارشی در سال ۲۰۱۱، یک قاعده‌گذاری نو در زمینه یورش‌های سایبری داشته است و آن اینکه یورش سایبری به سامانه‌های رایانه‌ای حیاتی این کشور، اعلان جنگ به شمار می‌رود. به گزارش وال استریت جورنال، پنتاگون «خرابکاری رایانه‌ای برخاسته از خواست کشور دیگر را به عنوان رفتار جنگی به شمار می‌آورد که می‌تواند پاسخ نظامی فیزیکی را به همراه داشته باشد»^۱

هر چند خوانش قانون اساسی در زمانی که هنوز فضای سایبر بنیاد نگرفته بود؛ بر این پایه که جنگ سایبری یا پدافند سایبری را در بر بگیرد کوشش گمان‌آور است ولی نمی‌توان سیاست‌گذاری در زمینه دفاع سایبری را از قانون اساسی دور دانست. به طور روشن اصل یکصد و هفتاد و ششم، وظیفه‌هایی را به شورای عالی امنیت ملی می‌دهد که می‌تواند به گونه‌ای گواهی بر همسان‌سازی دفاع سایبری با دفاع سرزمینی باشد. «تعیین سیاست‌های دفاعی - امنیتی کشور در محدوده سیاست‌های کلی تعیین شده از طرف مقام رهبری» و «هماهنگ نمودن فعالیت‌های سیاسی، اطلاعاتی، اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی در ارتباط با تدابیر کلی دفاعی - امنیتی» به عنوان دو وظیفه بنیادین شورا از

1. <https://www.wsj.com/article/sb10001424052702304563104576355623135782718>.

جهت مفهوم بخشی به «تدابیر دفاعی - امنیتی» می‌تواند با دگرگونی‌های نو در حوزه نبرد سایبری نیز همخوانی داشته باشد.

۲. تراز در رویارویی با تهدیدهای سایبری

تراز میان امنیت و آزادی در گام رویارویی با تهدیدهای سایبری که به کیفرگذاری، کیفرگزینی، تعیین یا اعمال ضمانت‌اجراهای غیر کیفری و واکنش‌های پلیسی می‌پردازد، برجستگی بسیار بیشتری در سنجش با تهدیدانگاری دارد؛ ولی تهدیدانگاری به طور روشن به ضمانت‌اجراها و اقدام‌های قضایی و پلیسی جهت می‌دهد. به سخن دیگر، تعیین یا اعمال ضمانت‌اجراها در طول شناسایی تهدید جای دارد و به همان اندازه که تهدید، بزرگ و نگران‌کننده شناسانده شود، ضمانت‌اجراها نیز سخت‌تر خواهند بود. به هر اندازه که در سیاست و فرهنگ یک ملت، رویکرد منفی با فضای سایبر بنیاد بگیرد و از در دشمنی به آن نگریسته شود؛ همین فضا در تعیین و اعمال ضمانت‌اجرا و حتی در باور و گرایش ضابطان دادگستری، دادرسان و مجریان قانون نیز پدید می‌آید.

درباره رویارویی با تهدیدهای سایبری در ایران نمی‌توان به طور قطعی پذیرفت که آنچه در سیاست‌های کلان و تبلیغی درباره این تهدیدها هست و یا حتی در قانون‌گذاری‌ها یا مقررگذاری‌ها بازتاب داشته است، در سیاست‌های قضایی، پلیسی و اجرایی نیز نمود داشته است. فضای سایبر و به طور ویژه شبکه‌های اجتماعی مجازی، سپهری است که همین مجریان نیز از آن برخوردارند و حتی اگر نهادهای حکومتی، کارمندان خود را از فضای سایبر در محیط کاری بی‌بهره کنند یا تنگناهایی پدید آورند ولی برای اینان، بهره‌گیری از فضای سایبر فرق با دیگر شهروندان ندارد. بنابراین نخستین چالش در رویارویی با تهدیدهای سایبری، همین دوگانگی برنامه و عمل است. برنامه بر پایه دیده‌بانی فضای سایبر و تنگ نظری درباره آن است ولی عمل نشانگر نگرش باز درباره تهدیدهای سایبری است. این دوگانگی خود سبب می‌شود تا رویارویی با تهدیدهای سایبری از دریچه قانون اساسی ایران بررسی گردد که به راستی چه برخوردی در این راستا توجیه‌پذیر و بخردانه است؟

قانون اساسی ایران به طور روشن نشان نداده است که یک قانون‌گذار یا مقررگذار تا چه مرزی می‌تواند آزادی‌ها را در تنگنا بگذارد و به چه اندازه می‌تواند در برابر پدیده‌ها یا بسترهای نو، هنجارهای نو پدید آورد و ارزش‌هایی بدون پیشینه بشناساند. با این حال نمی‌توان از ویژگی قانون اساسی در این زمینه چشم پوشید: نخست، اصل قانونی‌بودن و اصل قانون‌گذاری از سوی مجلس شورای اسلامی. این دو اصل در کنار هم

معنا می‌یابند. هر ضابطه‌گرایی و هنجارگذاری با قانون به دست می‌آید و هر قانونی نیز تنها از سوی مجلس شورای اسلامی گذارده می‌شود. هیچ مصوبه یا دستور جدا از قانون برای شهروندان، الزام‌پدید نمی‌آورد مگر در موردهای استثنایی که قانون اساسی گفته است مانند موردهای استثنایی مصوبه‌های مجمع تشخیص مصلحت نظام در همان زمینه که شایستگی دارد یا مصوبه‌های شورای عالی امنیت ملی در راستای چرایی خود و در همان گستره صلاحیت‌اش. با این حال اگر قانون عادی سنج‌های برای پیش‌بینی هنجارها در فضای سایبر است و این کار نیز تنها در شایستگی مجلس شورای اسلامی است، چه پایدانی است که قانون و قانون‌گذار به گستردگی و زیاده‌خواهی در راستای محدود کردن آزادی‌ها در فضای سایبر نکوشند؟ چه پایدانی است که همین قانون‌گذار نهادها یا شیوه‌هایی نو برای دیده‌بانی سختگیرانه در فضای سایبر پدید نیآورد، مانند آنچه که درباره کمیته پالایش در قانون جرایم رایانه‌ای ۱۳۸۸ آزموده شده است. این چالش، اصل دوم را پیش می‌کشد که همانا اصل اساسی بودن واکنش در برابر تهدیدهای سایبری است؛ یعنی سازگاری برنامه‌ها و اقدام‌ها با اصل‌های قانون اساسی.

قانون اساسی ایران، نگرشی دوگانه به مفهوم آزادی دارد. در نگاه کلان با به‌کارگیری تعبیری مانند «امت» یا «حقوق ملت» و با نگرشی ویژه به تفکیک‌ناپذیری آزادی‌های مشروع و امنیت ملی و استقلال سرزمینی، اساساً قائل به جمع‌بودن حقوق و آزادی‌های فردی است. در یک نگرش بومی و دینی، فرد به تنهایی در نظام اسلامی جایگاه برجسته ندارد و همه در پیکره یکتا و در چهره ملت یا امت نمود دارند. از این دید، شاید رویکرد فردگرایانه ناستوار و کمرنگ می‌شود ولی در برابر، چهره یکسان و برابر برای همه شهروندان از مقام‌های سیاسی و حاکمیتی گرفته تا افراد عادی، نشان می‌دهد که در قانون اساسی ساختار هر می‌یا پیوند طولی در برخورداری از حقوق و آزادی‌ها نیست. این چگونگی را می‌توان همچنین در برخی اصل‌ها مانند بند دوم اصل چهارم، که به بالا بردن سطح آگاهی‌های عمومی در همه زمینه‌ها با استفاده صحیح از مطبوعات و رسانه‌های گروهی و وسائل دیگر می‌پردازد، پرداخت. در این اصل، افزایش آگاهی‌های همگانی خود سنج‌های برای پیشبرد رسانه‌های مجازی و تراکنش‌های اطلاعاتی است. در اینجا «عموم» بیانی از همان جمع‌محوری «حقوق ملت» یا «ملت واحد» یا تفکیک‌ناپذیری آزادی‌های مشروع و امنیت ملی است. همچنین حق مردم در اعمال امر به معروف و نهی از منکر نسبت به دولت در اصل هشتم قانون اساسی بازتاب دیگری از جداناپذیری ملت از دولت است. در این اصل، تنها این دولت نیست که شهروندان را از منکر باز می‌دارد و یا به معروف وادار می‌کند و نیز تنها این شهروندان نیستند که برای همدیگر به امر به معروف و نهی از منکر دست می‌یازند؛ بلکه همین

حق را شهروندان به دولت که همه حاکمیت را در بر می‌گیرد، دارند. شهروندان به عنوان یک کل، این حق را دارند که دولت را در راهی بخواهند که قانون اساسی نشان می‌دهد. جدا از اینکه شهروندان می‌توانند قانون‌گذار یا نهادهای دیگر را که در رویارویی با تهدیدهای سایبری به ضابطه رفتار می‌کنند، را نهی از چنین منکری کنند، ولی فراتر از آن رویکرد جمع‌محورانه گزاره امر به معروف و نهی از منکر است که نشان می‌دهد در رفتار برخی نهادهای ویژه یا قشرهای خاص از شهروندان آن بر این قاعده یا حق چیره شده‌اند و اعمال آن را تنها حق خود می‌پندارند در حالی که چنین نیست و از دید قانون اساسی، حقی جمع‌محور است. چنین حقی نشان می‌دهد که در دید قانون اساسی، در امر به معروف یا نهی از منکر، کسی یا نهادی یا حتی دولت و حاکمیت دست بالاتر در اعمال آن ندارد و برای همگان این حق پیش‌بینی شده است. این خود نشانگر جداناپذیری مفهوم دولت و ملت در قانون اساسی و جایگاه برابر آنها است که می‌تواند از قییم سالاری و پدرمداری در برخورد با شهروندان جلوگیری کند.

در نگاه خرد، قانون اساسی به رویکرد فردمحورانه حقوق و آزادی‌های فردی نیز روی کرده است. پیش‌بینی حقوقی در زیر عنوان «حقوق ملت» همسان با آنچه در اسناد حقوق بشر آمده است، نشان می‌دهد که قانون اساسی به آزادی‌های تک‌تک شهروندان نیز روی کرده است. تعبیر «آزادی‌های مشروع» در اصل نهم قانون اساسی که دولت حتی با وضع قانون نیز نمی‌تواند به بهانه امنیت ملی آنها را در تنگنا بگذارد، خود بیانی از همین آزادی‌ها است که در بخش «حقوق ملت» پیش‌بینی شده است. جدا از این با نشانه «رعایت حقوق انسانی غیر مسلمانان» که در اصل چهاردهم و درباره شیوه برخورد دولت مسلمان ایران با نامسلمانان آمده این گزاره را پیش می‌کشد که حقوق انسانی مسلمانان اگر نه به اولویت ولی به نشانه همین اصل، در نگاه قانون اساسی بوده است و باز هم آنچه برجسته‌تر از همه پیش کشیده می‌شود؛ تراز میان آزادی‌های فردی مسلمانان و غیر مسلمانان و امنیت ملی است. این تراز همچنانکه در بیان تهدیدهای سایبری به عنوان یک الگو و راهنما نمود دارد در چینش تدبیرهای رویارویی با این تهدیدها نیز همین ویژگی را دارد. با این رویکرد در دنباله به جهت‌های رویارویی با تهدیدهای سایبری از دید قانون اساسی پرداخته می‌شود:

۱-۲. رویارویی مرتکب محور

رویارویی با مرتکب یا پدید آورنده تهدید سایبری، برجسته‌ترین چالش نظام پیگرد و قضاوت است. در اینجا به طور روشن، امنیت‌گرایی و آزادی‌گرایی با هم سر ناسازگاری دارند. مرتکب تهدید سایبری و به طور ویژه بزه سایبری گستره‌ای وسیع از اشخاص

حقیقی و حقوقی را در بر می‌گیرد که با روی آوردن به این نکته که به هر اندازه که بهره‌گیری از فضای تبادل اطلاعات افزایش می‌یابد، شمار مرتکبان هم بیشتر می‌شود؛ پس نباید چالش تهدید در فضای سایبر را با مرتکب گره زد.

مرتکب تهدید سایبری در سنجش با تهدید سنتی، سه ویژگی مهم دارد: نخست اینکه نوجوان یا جوان است. بهره‌گیری از ابزارهای الکترونیکی پیوند تنگاتنگی با سن افراد دارد و به هر اندازه که یک فرد بر ابزارهای الکترونیکی چیره شود، گزینش رفتارهای تهدیدآمیز نیز برای وی شدنی خواهد بود. در برابر، نرخ تهدیدها و بزه‌های سنتی در فضای بیرون به سمت میانسالی می‌رود؛ چرا که تهدیدهای سایبری بیشتر بر پایه توان ذهنی‌اند و تهدیدهای بیرونی بیشتر پایه توان اندامی. به همین دلیل، هر چند که برخی از بزه‌های عادی سایبری به راستی نیاز به استعداد و پیچیدگی رفتار ندارند ولی به طور کلی، تهدید سایبری از کسانی سر می‌زند که سر و کارشان بیشتر با ابزارهای الکترونیکی است.

دوم اینکه اشخاص حقوقی است. هدف اشخاص حقوقی از بنیادگیری و فعالیت به ویژه شرکت‌های تجاری، سود و شهرت همگانی است و همین نیز انگیزه‌ای نیرومند برای انجام بزه‌های سایبری است. جدا از این اشخاص حقوقی، بازیگران اصلی فضای سایبری از خدمات‌دهی تا میزبانی و از اطلاع‌رسانی یا بازاریابی و تبلیغ‌اند؛ از این رو، مرتکب بخش بزرگی از بزه‌های سایبری به ویژه بزه‌های کلان و پیچیده، اشخاص حقوقی‌اند.

سوم اینکه، ناکردگان بزه در فضای سنتی‌اند. هر چند آماری در زمینه هم‌پوشانی ارتکاب بزه سایبری و بزه سنتی در دست نیست ولی با بررسی پرونده و رخدادها می‌توان این فرضیه را داشت که مرتکبان تهدیدهای سایبری، توان یا اراده یا گستاخی بایسته برای انجام بزه‌های بیرونی را ندارند. اینان کسانی‌اند که هنجارهای اجتماعی و کنترل‌های قهری بیرونی را پاس می‌نهند ولی در فضای سایبر یا باور به این کنترل‌ها ندارند یا اینکه فضا را برای انجام تهدید به دور از کنترل‌کننده‌ها، مناسب می‌بینند.

سه ویژگی نوجوانی و جوانی مرتکب، اعتباری بودن آن به همراه نقش کم رنگش در هنجارشکنی‌های بیرونی و فیزیکی، نشان از این دارد که رویارویی با مرتکب تهدید سایبری نباید بر پایه رویکرد سخت‌گیرانه پلیسی و سرکوب‌گرانه قضایی باشد. در اینجا همان رویکرد جداناپذیری امنیت و آزادی قانون اساسی مطرح می‌شود که مرتکب تهدید سایبری را نمی‌توان به تنهایی از دریچه تهدید و با رویکرد امنیت‌گرایی سنجید.

پس از تصویب و لازم‌الاجرا شدن قانون جرایم رایانه‌ای ۱۳۸۸، یکی از مهم‌ترین خرده‌هایی که بر آن گرفته می‌شود، مدارا با مرتکب است. گفته می‌شود که چنین قانونی از جهت کیفر بازدارندگی نداشته و ضمانت اجراهای سبک، انگیزه انجام بزه

سایبری را بالا می‌برد. چنانکه از میان ۱۹ ماده نخست این قانون تنها پنج جرم دارای حبس بالاتر از درجه شش می‌باشند. (مواد ۷۴۱، ۷۳۹، ۷۳۴، ۷۳۵، ۷۳۱) ولی در برابر، قانون‌گذار عادی به چه اندازه می‌تواند در این زمینه سخت‌گیر باشد و شهروندان درگیر با فضای مجازی و شبکه‌های اجتماعی مجازی که انجام بزه‌های پیش‌بینی شده در قانون‌های کنونی، از بیشتر این شهروندان انتظار می‌رود، سرکوب کند؟ در اینجا باید خوانشی دیگر از تراز امنیت‌گرایی و آزادی‌گرایی در فضای سایبر با رویکرد اصل نهم قانون اساسی گفته شود. نگاره بر این است که فضای سایبر، سپهر آزادی‌ها است و امنیت‌گرایی در آن نه از جهت مبنا و نه از لحاظ بود شرایط استثنایی، توجیه‌پذیر نیست:

هم امنیت و هم آزادی، پاره‌های بنیادین و حذف ناشدنی زندگی فردی و اجتماعی انسان‌هاست و به اندازه‌ای در هم تنیده‌اند که نمی‌توان مرز روشنی میان آنها کشید. در زندگی فردی، آزادی هر کس به معنای داشتن امنیت است و امنیت داشتن نیز همان آزادی است. آزادی و امنیت، هر دو برای فرد ارزش و هدف‌اند و پاره‌ای از چیزی نیستند تا به دستاویز آن از هم جدا گردند، بلکه جداناپذیری این دو به دلیل پیوستگی‌اشان با خواست‌ها و آرمان‌های انسان‌هاست. از این روست که گفته‌اند: «آزادی، فی‌نفسه یکی از ارزش‌هاست و قابل فروکاستن به ارزش‌های مادی نیست. اگر آزادی را برگزینیم، باید آماده باشیم با آن بمیریم؛ زیرا هیچ ضمانتی نیست که آزادی پیروز خواهد شد.»^۱

در برابر، در زندگی باهمادی (اجتماعی) که پای دولت به میان کشیده می‌شود؛ جداناپذیری امنیت و آزادی به عنوان پاره‌های فرمانروایی ملت - دولت معنا می‌گردد. در اینجا با باور به اینکه «آزادی ماهیتی میان‌فردی و میان‌سازمانی دارد نه درون فردی و درون‌سازمانی»^۲، آزادی تنها در زندگی اجتماعی و در کنار امنیت اجتماعی و امنیت ملی معنا می‌یابد و چون همه اینها پایه‌های فرمانروایی مردم‌سالار است، از همدیگر جداناپذیرند.

نسبت جداناپذیری در پی روشن ساختن پیوند آزادی و امنیت در سطح اجتماعی و ملی است نه فردی؛ چه از دید فردی، گمانی در اینکه امنیت و آزادی در هم تنیده‌اند، نیست ولی در دید اجتماعی، امنیت و آزادی در حالی از هم جداناپذیر می‌گردند که به عنوان ارزش و هدف مستقل شناسانده نشوند، بلکه تنها به جهت اینکه مایه‌های استواری حاکمیت ملت‌ها و دولت‌ها هستند، خویشاوند همدیگر گشته‌اند. با این حال نسبت جداناپذیری امنیت و آزادی، پیوند ناگسستنی با حاکمیت داشته که می‌توان گفت در سه جا نمود پیدا می‌کند: نخست، در تهدیداتی که بر ضد آنهاست همسان‌اند.

۱. شی یرمر، جرمی، اندیشه سیاسی کارل پوپر، ترجمه عزت‌الله فولادوند، چاپ دوم، نشر ماهی، ۱۳۸۶، ص. ۴۸.

2. Day, Patrick, "Is the concept of freedom essentially contestable?", *Philosophy*, Vol. 61, no. 235, 1976, p. 117.

دوم، پایه‌های مشترکی برای پیشبرد حقوق بشر به شمار می‌روند و سوم اینکه به عنوان ابزارهای همسان یک فرمانروایی قانون‌مند و مردم‌سالار قرار می‌گیرند.

عامل نخست پیوند جداناپذیری امنیت و آزادی در این است که این دو، تهدیدها و آفت‌های همسانی دارند و فرقی نمی‌کند که این تهدیدها از سوی طبیعت باشند مانند زمین‌لرزه و خشک‌سالی یا از سوی انسان همچون جنگ و آشوب؛ در هر حال امنیت رخت بر می‌بندد و آزادی به تنگنا می‌افتد. کن بوث^۱ تهدید را عامل برجسته نزدیکی امنیت و آزادی می‌داند. به باور وی، «امنیت به معنای نبودن تهدید است. آزادی یعنی رها کردن مردم از محدودیت‌ها و زنجیرهای مادی انسانی که او را از انجام دادن آنچه آزادانه برگزیده است باز می‌دارد. جنگ و تهدید ناشی از آن، یکی از این زنجیرهاست. همچنین فقر، آموزش و پرورش ضعیف، فشار سیاسی و مانند آن از دیگر تهدیدها به شمار می‌روند. امنیت و آزادی روی یک سکه هستند. آزادی (نه قدرت یا نظم) امنیت واقعی را به وجود می‌آورد. بنابراین آزادی، امنیت است.»^۲

دیگر عامل همسانی امنیت و آزادی، رکن بودنشان برای پشتیبانی از حقوق بشر است. در اینجا آزادی‌ها و حقوق بشر خود در دل سیاست‌های بیرونی که بخشی از امنیت ملی است جا می‌گیرند و در آن می‌آمیزند. این است که امنیت ملی بر پایه پیشبرد آزادی‌ها قرار می‌گیرد و برای فرمانروایی دولت - ملت، امنیت و آزادی با هم کنار می‌آیند؛ به همین دلیل برخی حقوق‌دانان با پیش کشیدن دیدگاه «حقوق بشر بین‌المللی»، بر این باورند که «حقوق بشر خود از جمله سیاست‌های خارجی کشورهاست. این سیاست در زمان کارتر نمونه‌ای از برجسته‌ترین سیاست‌های دولت ایالات متحده بوده و هر چند در سال‌های آغازین ریگان فراموش شده ولی پس از وی همواره در نگاه خارجی دولتمردان آمریکایی بوده، به طوری که هم اکنون حقوق بشر در سیاست بیرونی آمریکا نهادینه شده است.»^۳

عامل سوم جداناپذیری امنیت و آزادی، زمانی است که این دو، افزاری برای فرمان‌روایی به شمار روند. این حالت را به روشنی، صدر اصل نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران پذیرفته است که بر پایه آن «در جمهوری اسلامی ایران آزادی و استقلال و وحدت و تمامیت ارضی کشور از یکدیگر تفکیک‌ناپذیرند و حفظ آنها وظیفه دولت و آحاد

1. Ken Booth

۲. موتیمر، دیوید، «فراتر از راهبرد: تفکر انتقادی و مطالعات نوین امنیتی»، در: امنیت و راهبرد در جهان معاصر، با ویرایش کریگ. آ. آشنایدر، برگردان اکبر عسگری صدر و فرشاد امیری، انتشارات پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۸۵، ص. ۱۲۹.

3. Shestack, Jerome, "Human rights, the national interests and U.S foreign policy", The annals of the American academy of political and social science, vol. 506, 1989, p.18.

ملت است...». این اصل پیشینه و الگویی ندارد و آشکار نیست گردآورندگان اصل، خواسته به نگارش چنین اصل پوشیده و در همان حال طلایی دست زده‌اند یا ناخواسته.

بخش نخست اصل نهم دربردارنده دو نکته برجسته است: یکی اینکه آزادی در عرض استقلال و وحدت و تمامیت ارضی کشور جا می‌گیرد که همه اینها ستون‌های حاکمیت ملی به شمار می‌روند و دیگر اینکه نگهداری از آنها همچون یک وظیفه هم بر گردن دولت است و هم بر عهده تک‌تک شهروندان. به سخن دیگر، با آنکه امنیت یک حق فردی و اجتماعی و نیز آزادی یک حق فردی هستند ولی در همان حال برای شهروندان این تکلیف را پدید می‌آورند تا در راه نگهداری آنها بکوشند. پس هم‌چنانکه استقلال و وحدت و تمامیت ارضی محورهای بنیادین نظام نوپا هستند، اصل نهم «آزادی را نیز یکی از محورهای اصلی نظام سیاسی کشور قرار داده که به صورت حقوق ملت از یک سو و دموکراسی و حاکمیت ملی در بنیان‌گذاری نظام و اداره امور کشور به اتکای آرای عمومی از سوی دیگر متظاهر می‌شود.»^۱

چالشی که در حاکمیت اصل نهم نسبت به فضای سایبر هست، این است که اگر فضای سایبر فضای آزادی‌ها و به دور از دیده‌بانی جامعه و دولت است، چه نیاز به این اصل است، در حالی که سنگینی ترازو به سمت آزادی‌ها است تا امنیت ملی. این سخن هنگامی است که فضای سایبر، فضای هم عرض با فضای بیرونی و جدا از آن دانسته شود ولی نمی‌توان نادیده گرفت که فضای سایبر با پشتیبانی دولت‌ها یا اجازه آنها بنیاد گرفته و پیشرفت داشته است. به همین دلیل همین دولت‌ها هستند که برای چنین فضایی تصمیم می‌گیرند. با رویه کنونی که کشورها، فضای سایبر را به دلیل اطلاعات (که از دوران باستان، عنصر بنیادین امنیت یک جامعه است) و زیر ساخت‌های حیاتی، بخشی از سرزمین خود می‌پندارند، حاکمیت اصل نهم نمود بیشتری دارد. بدین حال از دید مرتکب که حقوق وی و پاسداشت جایگاه و شخصیتش در نگاه است، اصل نهم کمک می‌کند که برخورد پلیسی و قضایی به جای آنکه مرتکب محور باشد، رفتار محور است؛ چرا که فضای سایبر این توانایی را ندارد که مرتکبان خطرناک بیافریند ولی این توانایی را به خوبی دارد که رفتارهای خطرناک با پیامدهای بسیار گسترده را زمینه‌ساز باشد.

۲-۲. رویارویی رفتار محور

رفتار بزه‌های سایبری به جهت ویژگی‌های فضای سایبر از سه جهت، توان خطرناکی بالا دارد: نخست، انجام رفتار در رایانه‌های بی‌شمار پیونددار با هم و حتی در

۱. هاشمی، سیدمحمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران: اصول و مبانی کلی نظام، جلد اول، چاپ اول، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی با همکاری موسسه نشر یلدا، ۱۳۷۴، ص. ۱۷۲.

رایانه‌های محدود ولی لبریز از اطلاعات، به گستردگی رخ می‌دهد. به سخن دیگر، رفتار بزه سایبری، به خودی خود این توانایی را دارد که در سطح گسترده رخ بدهد و تنها این گزینش مرتکب است که بخواهد آن رفتار را محدود کند و گرنه طبیعت رفتار، ره به سوی گستردگی و فراگیری دارد. طبیعت رفتار با ویژگی‌های ذاتی اطلاعات و تبادل اطلاعات پیوند دارد.

دوم، گستردگی رفتار بر موضوع‌های گوناگون است. گستردگی رفتار تنها به جهت ویژگی‌های فنی و اطلاعاتی نیست، بلکه موضوع‌ها یا همان ارزش‌هایی که از سوی رفتار تهدید می‌شوند، در این فضا بسیار پرشمارند. این موضوع‌ها هم اطلاعات و سامانه‌ها را در بر می‌گیرد و هم کاربران و مشترکان و همه نهادهایی که با رایانه کار می‌کنند. گوناگونی موضوع‌ها به پخش بدافزارها و نیز به اندازه آسیب‌پذیری موضوع‌ها بستگی دارد تا به گزینش و برنامه‌ریزی مرتکب. در خرداد ۱۳۹۶، گفته شده که نزدیک به ده هزار تن در ایران، بزه‌دیده باج‌افزار وانا کرای بوده‌اند. این بدافزار هر چند در پی رایانه‌های سطح بالای اشخاص حقیقی و حقوقی ثروتمند است ولی در اصل بیشتر قربانیان، کسانی بودند که سامانه‌های رایانه‌ای آنها آسیب‌پذیرتر بوده و با نسخه ویندوز قدیمی‌تر کار می‌کرده‌اند. این گستردگی موضوع تنها به جهت پخش بدافزارها نیست بلکه تجمیع موضوع‌ها نیز خود عامل دیگری برای خطرناکی رفتار خواهد بود. این ویژگی در کلاهبرداری رایانه‌ای بسیار برجسته است. دو شیوه مشهور، دسترسی غیر مجاز به سامانه نهادهای بانکی و مالی و نیز طراحی تارنمایی همسان با تارنمای موسسات مالی و فراخوان صاحبان حساب به آنجا، هر دو شیوه‌ای بر پایه پرشماری بزه‌دیدگان است.

سوم، گستردگی پیامد و زیان‌های رفتار است. با اطلاعاتی شدن بیشتر امور به ویژه امور مالی و اسرار تجاری و اقتصادی و حساب‌های بانکی، انجام رفتار بر ضد رایانه‌های پرشمار، زیان‌های گسترده مالی و حتی پیامدهای گوناگون بهداشتی، اقتصادی، زیست محیطی و مانند آنها را سبب می‌شود. گستردگی موضوع و گستردگی پیامد در سنجش با سپهر بیرونی، با رفتار همخوانی ندارد. به سخن دیگر، مرتکب برای چنین گستره‌ای از زیان، تلاش نکرده و همه اینها به جهت یک رفتار ساده مانند پخش بدافزار یا رخنه به سامانه حفاظت شده به دست می‌آید. پس در این فضا، سنجش تناسب رفتار و نتیجه تا اندازه‌ای گمراه‌کننده است؛ چرا که نتیجه به اندازه‌ای بسیار محتمل و بر پایه اندازه آسیب‌پذیری موضوع، شیوه‌های رویارویی با رفتار مجرمانه، انجام در فضای اینترنت یا شبکه‌های داخلی یا حتی سامانه‌های غیر مرتبط با هم و مانند آن، نقش پررنگی در پیامدسازی رفتار سایبری دارد. ولی نمی‌توان از نگاه دور داشت که

چنین ویژگی‌ای را به حساب رفتار سایبری می‌گذارند و از همین در خطرناکی آن را نشان می‌دهند.

سنجش تهدید سایبری از دید رفتار، به خوبی نشان می‌دهد که این پدیده خطرناک از تهدیدهای بیرونی است ولی چالشی که از دید قانون اساسی مطرح می‌شود، این است که آیا تنها از دید رفتار و پیامدهای آن می‌توان، رویکردی سخت‌گیرانه برای تهدیدهای سایبری روا داشت؛ به ویژه آنکه دلیل‌های اصلی خطرناکی تهدید سایبری با مرتکب آن پیوند ندارد، بلکه به جهت ویژگی‌های فضای سایبر و نیز نقش بزه‌دیدگان است. سخت‌گیری کیفری بر پایه رفتار، سخت‌گیری بر مرتکب آن است. از همین دریچه باید گفت که سیاست کیفری در برابر رفتارهای تهدیدآمیز، دستاوردی مگر سخت‌گیری بر مرتکب آن ندارد ولی اگر به جای این سیاست به سیاست‌های پیشگیرانه و نیز اقدام‌های تأمینی در فضای سایبر روی بیاوریم، گونه‌ای واکنش شایسته در برابر تهدید است؛ چرا که واکنش باید با طبیعت کنش تهدیدآمیز همخوانی داشته باشد. از این رو، از دید قانون اساسی، رفتار تهدیدآمیز بهانه‌ای برای سخت‌گیری بر ضد حقوق مرتکبان و نیز شهروندان نخواهد بود و در این میان، در برابر رفتارهای تهدیدآمیز باید رویکردی فنی و پیشگیرانه و نیز جبران زیان را در نگاه داشت تا رویکردهای کیفری.

۲-۳. رویارویی غریزی

حقوق کیفری از زمان آفرینش انسان تا کنون در برابر رفتارهای ضد ارزش‌های بنیادین و طبیعی یعنی جان و دارایی، غریزی عمل کرده است. در زمان ما نیز دولت‌ها از انسان‌ها یاد گرفته‌اند که به طور ویژه در برابر جنگ و تروریسم که هر دو پدیده بیشتر بر ضد جان‌ها و اموال، غریزی عمل کنند. گزاره نیز این بوده است: به هر اندازه تهدید بیشتر، حقوق کیفری خشن‌تر. در همه دوران‌ها هم از سوی انسان و هم از سوی دولت‌ها، حقوق کیفری در مقام واکنش بوده است. واکنش در چهره نخستین و طبیعی خود بر پایه غریزه و همان دفاع در برابر تهدید بزه است. این تهدید به هر اندازه بیشتر، واکنش حقوق کیفری نیز خشن‌تر می‌گردد. واکنش اگر همراه با قدرت باشد، به نماد کیفر در می‌آید و نمی‌توان میان دفاع کردن در برابر تهدید بزه یا کیفر دادن آن جدایی گذاشت که هر دو واکنش طبیعی و غریزی به بزه به شمار می‌روند.

تهدید تروریسم سایبری و جنگ سایبری نیز به هر اندازه افزایش یابد، حقوق کیفری نیز امنیتی، خشن و سرکوب‌گر خواهد بود و این ویژگی را نمی‌توان خرده‌ای بر حقوق کیفری دانست؛ چرا که شیوه رفتار آن بر پایه غریزه است. هر تهدید هر اندازه که خشونت‌بارتر و بزرگ‌تر باشد، پاسخ سخت‌تر به همراه خواهد داد. کم رنگ کردن چنین

پاسخی که بر پایه‌ی غریزه است، دست‌کم تا زمان کنونی شدنی نبوده است. بسیار روشن است که هر جامعه یا دولتی در برابر یک یورش جنگ‌افزارانه یا اقدام تروریستی به شتاب، چهره امنیتی و واکنشی به خود می‌گیرد و همین چهره در دادرسی و صدور حکم نشان می‌دهد. در برخی نظام‌های حقوقی مانند ایران، حتی این چهره را در حالت عادی و در زمان قانون‌گذاری نیز نمود داده‌اند مانند استثناهایی که در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ درباره بزه‌های ضد امنیت ملی روا داشته شده است. بدین حال سخت‌گیری حقوق کیفری در برابر تهدیدهای سایبری به ویژه تهدیدهای بزرگ‌نه بر پایه‌ی گزینش بخردانه که بر پایه‌ی غریزه است و امر غریزی در هر حال می‌تواند در زمان بروزش توجیه‌پذیر باشد. با این حال آیا یک تهدید سایبری را می‌توان چنان بزرگ، پررنگ و همسان با تهدیدهای بیرونی مانند تروریسم خشن یا جنگ دانست که واکنش غریزی در برابر آن دفاع‌پذیر باشد؟ از پایه می‌توان غریزه و واکنش غریزی را در فضای سایبر که مرز روشنی با فضای طبیعی بشر دارد، نیز سازگار دانست؟ این پرسش‌ها، همان پاسخ‌هایی را به همراه دارد که پیش از این درباره بزه سایبری و تروریسم سایبری گفته شده است.

نتیجه‌گیری

حاکمیت قانون اساسی در رویارویی با پدیده جرم، مبتنی بر ایجاد توازن میان حقوق متهم یا محکوم، حقوق بزه‌دیده و حقوق جامعه و دولت است. برقراری این تراز هر چند به روشنی در قانون اساسی نیامده است ولی اصل‌های این قانون به خوبی گویا است که در رویارویی با پدیده‌های نو و رفتارهای ناهنجاری که با این پدیده‌ها پیوند دارند، تراز میان سه حقوق پیش گفته باید پاس داشته شود. ولی بسیار رخ داده است که قانون‌گذاری‌های کیفری پیرو رخدادهای سرزنش‌پذیر و تأثیرگذار در جامعه بوده است که نشان می‌دهد رویکردهای کیفری چه از سنخ قانون‌گذاری و چه از رسته قضایی و پلیسی، توانایی آن را دارند تا پیرو واکنش‌ها و احساس‌های اجتماعی باشند. با این حال بزه‌های سایبری در این زمینه ویژگی‌های دیگری دارند.

بزه‌های سایبری از جهت‌های گوناگون از بستر انجام آن گرفته تا مرتکب آن و نیز از اندازه سرزنش‌پذیری در نزد شهروندان جامعه گرفته تا بایسته‌های بین‌المللی پیرامون آن، پویایی و نسبیت در سیاست کیفری را سبب شده است. با آنکه بیشتر بزه‌ها، سرزنش‌پذیری اجتماعی و زبان‌های همگانی در بالای هرم چرایی بزه‌انگاری قرار دارد ولی نسبت به بزه‌های سایبری، به جای جامعه این دولت است که در مقام ساختن سرزنش‌پذیری و خطرناکی برای این رفتارها برآمده است. بر همین پایه، نهادهای گوناگون دولتی و حاکمیتی برای رویارویی با آنها پافشاری می‌کنند و همین نگاه سبب شده است تا به طور کلی سیاست کیفری ایران در رویارویی با بزه‌های سایبری با اصول قانون اساسی هماهنگ نباشد.

رویارویی چه بر پایه گزینش رفتار باشد یا انجام‌دهنده آن و چه بر پایه سنخ‌بندی تهدید سایبری به بزه سایبری، تروریسم سایبری و جنگ سایبری؛ به طور کلی بایسته‌های قانون اساسی در گزینش یک سیاست سخت‌گیرانه و سرکوب‌گر را سبب نمی‌شود. قانون اساسی به گونه‌ای پیوند امنیت ملی و آزادی‌های فردی را ترسیم کرده است و به شیوه‌ای چهارچوب‌های زندگی فردی و جمعی را تنیده که تهدید سایبری یک تهدید راستین و نگران‌کننده نیست به گونه‌ای که سیاست کیفری تقنینی، قضایی و پلیسی سخت‌گیرانه بطلبد.

به طور کلی تهدیدهای سایبری در ایران برآمده از پیوند عکس حساسیت دولتی نسبت به تهدید سایبری و بی‌تفاوتی بیشتر شهروندان به واقعی‌بودن این تهدیدها، ناسازگاری تهدیدهای سایبری با تهدیدهای خشن سپهر بیرونی، جبران‌پذیر بودن پیامدهای تهدید سایبری با راهکارهای بیرونی و از همه برجسته‌تر رویکرد شهروند ایرانی به فضای سایبر در مقام بستری برای اعمال حقوق و آزادی‌های فردی چه

توجیه‌پذیر باشد و چه نباشد، همگی نشان می‌دهد که سیاست کیفی در رویارویی با تهدید سایبری در ایران اگر قرار است با قانون اساسی سازگار باشد، نیاز به دگرگونی‌های بنیادین دارد.

منابع

- جلالی، امیرحسین، «تروریسم سایبری»، فصلنامه تخصصی فقه و حقوق، شماره ۱۰، پاییز ۱۳۸۵.
- شی یرمر، جرمی، اندیشه سیاسی کارل پوپر، ترجمه عزت‌الله فولادوند، چاپ دوم، نشر ماهی، ۱۳۸۶.
- عباسی، مجید؛ مرادی، حسین، «جنگ سایبر از منظر حقوق بین‌الملل بشردوستانه»، فصلنامه مجلس و راهبرد، سال بیست و دوم، شماره ۸۱، بهار ۱۳۹۴.
- فلمینگ، پیتر؛ استول، مایکل، «سایبر تروریسم: پندارها و واقعیت‌ها»، ترجمه اسماعیل بقایی هامانه و عباس باقرپور اردکانی، در: تروریسم، گردآوری و ویرایش علیرضا طیب، نشر نی، چاپ دوم، ۱۳۸۴.
- قاسمی، علی؛ چهاربخش، ویکتور بارین، «حملات سایبری و حقوق بین‌الملل»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۸، ۱۳۹۱.
- کلهر، رضا، «جهاد مجازی: ماهیت و چالش‌ها»، فصلنامه مطالعات منطقه‌ای جهان اسلام، شماره ۳۲، ۱۳۸۶.
- موتیمر، دیوید، «فراتر از راهبرد: تفکر انتقادی و مطالعات نوین امنیتی»، در: امنیت و راهبرد در جهان معاصر، با ویرایش کریگ.آ.آشنایدر، برگردان اکبر عسگری صدر و فرشاد امیری، انتشارات پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۸۵.
- هاشمی، سیدمحمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران: اصول و مبانی کلی نظام، جلد اول، چاپ اول، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی با همکاری موسسه نشر یلدا، ۱۳۷۴.
- هیأت مؤلفان و ویراستاران انتشارات میکروسافت، فرهنگ تشریحی اصطلاحات کامپیوتری میکروسافت، برگردان فرهاد قلی‌زاده نوری، کانون نشر علوم، چاپ اول، ۱۳۸۱.

- Ballard, James David; Hornik, Joseph; Mckenzie, Douglas, "Technological facilitation of terrorism", in: Cyberterrorism, Alan O'Day (ed), Ashgate publishing company, 2004.
- Beard, Jack, "Legal phantoms in cyberspace: The problematic status of information as a weapon and a target under international humanitarian law", Vanderbilt Journal of Transnational Law, vol. 47, 2014.
- Bernik, Igor, Cybercrime and cyber warfare, John Wiley & Sons, 2014.

-
- Brenner, Susan, "Cybercrime, Cyberterrorism and Cyberwarfare", *International review of penal law: cybercrime*, AIDP, vol. 77, 2006.
 - Coady, Tony, "Terrorism, Just war and supreme emergency", in *Terrorism and Justice: Moral argument a threatened world*, Tony Coady and Michael O Keefe (Eds), Melbourne University Press, 2002.
 - Cohen, Fred, "Terrorism and cyberspace", in: *Cyberterrorism*, Alan Oday (Ed), Ashgate publishing company, 2004.
 - Day, Patrick, "Is the concept of freedom essentially contestable?", *Philosophy*, Vol. 61, no. 235, 1976.
 - Embar-Seddon, Ayn, *Cyberterrorism*, in: *Cyberterrorism*, Alan O'Day (ed), Ashgate Publishing Company, Farnham, 2004.
 - Ozeren, Suleyman, *Global response to cyberterrorism and cybercrime: A matrix for international cooperation and vulnerability assessment*, UMI Dissertation Services, University of North Texas, August 2005.
 - Phair, Nigel, *Cybercrime: The reality of the threat*, E-security Publishing, Canberra, 2007.
 - Podesta, John; Goyle, Raj, "Lost in cyberspace? Finding American liberties in a dangerous digital world", *Yale law and Policy Review*, Vol. 23, 2005.
 - Shestack, Jerome, "Human rights, the national interests and U.S foreign policy", *The annals of the American academy of political and social science*, vol. 506, 1989.
 - Sieber, Ulrich; Brunst, Phillip, *Cyberterrorism and other Use of the Internet for terrorist purposes; threat analysis and evaluation of international conventions*, Counter-Terrorism Task Force, Council of Europe, Council of Europe Publishing, 2007.
 - Tully, Stephen, "Protecting Australian Cyberspace: Are our international lawyers ready?", *Australian international Law Journal*, vol. 19, 2012.

تخفیف مجازات در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

ابوالقاسم فلاحی *

چکیده

تخفیف مجازات یکی از ابزارهای مؤثر سیاست جنایی در اجرای اصل فردی کردن مجازات، اثربخشی بیشتر و دست‌یابی به اهداف اصلاحی و درمانی کیفر محسوب می‌شود. در حقوق کیفری ایران به تبع فقه اسلامی، تخفیف مجازات در حدود و قصاص و دیات راه ندارد و این مجازات‌ها تابع احکام خاص خود هستند. در قلمرو تعزیرات نیز تا پیش از تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نهاد تخفیف فاقد سامان‌دهی قانونی بود و رویه مشخصی در خصوص نحوه و میزان تخفیف مجازات در محاکم وجود نداشت. تحولات صورت‌گرفته در این قانون بر مبنای اهداف اصلاحی و دفاع اجتماعی، با رویکردی متفاوت به نهاد تخفیف مجازات همراه شده است. از یک سو، میزان تخفیف مجازات بر اساس درجه‌بندی مجازات‌ها مشخص، جهات مخففه محصور، تبدیل حبس به جزای نقدی ممنوع و اختیارات قضات در میزان تخفیف محدود شده است. از سوی دیگر، تعداد جهات مخففه افزایش داده شده، دامنه تأثیر تخفیف توسعه پیدا کرده و جمع میان مقررات تخفیف و تشدید سازمان‌دهی شده است. با این حال، علی‌رغم ساختار ظاهری منسجم و سامان‌دهی شده مقررات این قانون، نقاط ضعف پیدا و پنهانی در این ساختار وجود دارد که عمدتاً در مقام عمل آشکار خواهد شد و ممکن است آن را از نیل به مقصود باز دارد. پژوهش حاضر، با نشان دادن این امر که ایرادهای این قانون عملاً بخشی از مقررات آن را در تعارض با بخش‌های دیگر قرار خواهد داد، برای رفع آن ایرادها، پیشنهادهایی در دو سطح تقنینی و قضایی ارائه می‌دهد.

کلیدواژه‌ها: درجه‌بندی، تعزیر، تخفیف، تبدیل، تقلیل.

کیفردهی فرآیندی است که با تحمیل مجازات بر مجرم به تاوان تخطی از قانون، سعی در کنترل خطرات احتمالی آینده از سوی وی دارد. تعیین کیفر برای یک جرم، بر مبنای اصل تناسب صورت می‌گیرد که به موجب آن، شدت کیفر باید متناسب با اهمیت رفتار مجرمانه بزهکار باشد. وقتی که رفتار مجرم متضمن خطر جدی برای جامعه است، قضاوت می‌تواند در تعیین کیفر از اصل تناسب جرم با مجازات عدول کرده و مجازات به مراتب سنگین‌تری بر مجرم تحمیل کنند. روی دیگر این سکه آن است که با نرمی و مدارا با مجرم ممکن است عدالت و دفاع اجتماعی به نحو بهتری تأمین شود. به هر حال، نباید فراموش کرد که در فرآیند کیفری، مجازات تنها نسبت به جرم اعمال نمی‌شود، بلکه این مجرم است که مجازات می‌شود. اگر قرار است در این میان عدالت اجرا شود، باید همان اندازه که به شدت جرم توجه می‌شود، وضعیت شخصی مجرم و اوضاع و احوال خاص مؤثر در ارتکاب جرم نیز در نظر گرفته شود. این همان چیزی است که در حقوق جزا از آن به اصل فردی کردن مجازات یاد می‌شود که در قالب نهادهایی مانند تخفیف مجازات تجلی می‌یابد. بنابراین، در اجرای اصل لزوم تناسب جرم و مجازات به منظور تحقق عدالت قضایی و همچنین، اصل فردی کردن مجازات به منظور تقویت ویژگی اثربخشی و اصلاحی آن، وجود نهاد تخفیف مجازات امری ضروری و اجتناب‌ناپذیر است. منظور از تخفیف مجازات کاستن از میزان مجازات یک جرم در مورد محکوم، به علت عذرهای قانونی موجب تخفیف و یا اوضاع و احوال موجب تخفیف می‌باشد.^۱ در تبدیل مجازات نیز به دلیل عذرهای قانونی یا جهات مخففه قضایی، مجازات مجرم از نوعی به نوع دیگر که به حال او مناسب‌تر است، تبدیل می‌شود. تخفیف مجازات به حکم قانون و به علت معاذیر قانونی چندان محل بحث و نزاع نیست. اما در زمینه تخفیف قضایی مجازات، بحث‌های جدی در مورد اختیار قاضی در اصل اعمال تخفیف مجازات، میزان و محدوده اعمال آن، انواع کیفیات مخففه، آثار تخفیف مجازات و مسائلی از این قبیل وجود دارد که بعضاً قانون‌گذاری و به تبع آن رسیدگی قضایی را با چالش مواجه می‌کند. مسأله مهم در حوزه مجازات‌های تعزیری این است که آیا تعیین میزان مجازات به هر حال بستگی به نظر قاضی رسیدگی‌کننده به پرونده دارد، یا حکومت و دستگاه قانون‌گذاری می‌تواند ضوابطی را تعیین و مشخص کند که قاضی مکلف باشد در محدوده تعیین‌شده، مجرم را مجازات نماید؟

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، «ترمینولوژی حقوق»، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۶۸، ص. ۶۱۶.

مسأله فوق، همواره از بحث‌انگیزترین مسائل نظام حقوقی و قضایی اسلام و جمهوری اسلامی بوده که حل نشدن آن تا این اواخر موجب شده که استقرار یک نظام قانونی و قضایی منسجم با رویه و سیاستی واحد در نظام عدالت کیفری در هاله‌ای از ابهام قرار گیرد.

از ابتدای قانون‌گذاری در ایران تا قبل از انقلاب، قوانین عرفی مقتبس از نظام‌های اروپایی حاکم بود که ضمن پایبندی به اصل تناسب جرم و مجازات، مقررات راجع به تخفیف مجازات را به طور مضیق و در چارچوب مشخص به رسمیت شناخته بود. پس از انقلاب، با حاکمیت مقررات شرعی، تخفیف مجازات در تعزیرات و نوعی مجازات ابداعی موسوم به بازدارنده، پذیرفته شد و بر مبنای تفکر «التَّعْزِيرُ بِمَا يَرَاهُ الْحَاكِمُ» دست قاضی در تعیین مجازات تعزیری و اعمال تخفیف به کلی باز گذاشته شد. قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با تحولاتی که عمدتاً در کلیات قانون مجازات اسلامی سابق ایجاد کرده، سعی در تعدیل تفکر مذکور و ساماندهی مقررات تخفیف مجازات داشته است که البته خود این تحولات، زمینه‌ساز چالش‌های دیگری شده است. این مقاله بر آن است تا مباحث فوق را از دیدگاه حقوقی و قضایی در پرتو تحولات قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بررسی نماید.

۱. افزایش جهات مخففه قضایی و انحصار مصادیق آن

کیفیات مخففه، به علل و جهاتی گفته می‌شود که قاضی با توجه به آن می‌تواند مجازات مرتکب جرم را تخفیف دهد.^۱ جهات مخففه انواع و اشکال متعددی را دربرمی‌گیرد: برخی ناظر به گذشته مجرم هستند مانند حسن سابقه او؛ برخی متضمن وضعیت حال و آینده مجرم هستند مانند وضع خاص مجرم، اوضاع و احوال خاص مؤثر در ارتکاب جرم و ندامت و کوشش مجرم برای کاهش اثرات جرم؛ برخی مبتنی بر فعل ارتكابی هستند مانند مداخله ضعیف شریک یا معاون در وقوع جرم و خفیف بودن زیان وارده و برخی نیز مربوط به رابطه مجرم با بزه‌دیده هستند مانند جبران خسارت بزه‌دیده و رضایت وی.

احراز جهات تخفیف نیز در اختیار دادگاه است. این اختیار در قوانین کیفری سابق ایران منعکس شده بود. قانون مجازات عمومی اصلاحی ۱۳۵۲ در ماده ۴۵ مکرر با این عبارت «هرگاه محکمه موجبات تخفیف مجازات را موجود بدانند...» بر این امر تصریح کرده بود. این رویه در قوانین کیفری بعد از انقلاب اسلامی هم ادامه یافت و قانون‌گذار احراز جهات مخففه یعنی اوضاع و احوالی را که مقتضی تخفیف مجازات باشد، به دادگاه واگذار کرده بود. ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ این اختیار

۱. صناعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، چاپ دوم، انتشارات طرح نو، ۱۳۸۸، ص. ۷۴۸.

را به دادگاه داده بود. در آن ماده، جهات مخففه در ۶ بند به صورت تمثیلی بیان شده بود. قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ از یک سو، دو مورد بر جهات تخفیف افزوده است، و از سوی دیگر، جهات تخفیف را به صورت حصری بیان کرده است. در قانون ۱۳۹۲ دو مورد «خفیف بودن زیان وارده به بزه‌دیده یا نتایج زیان‌بار جرم» و «مداخله ضعیف شریک یا معاون در وقوع جرم»، به جهات مخففه افزوده شده است و در عین حال، جهات مخففه حصری شده است. حصری بودن جهات مخففه به معنی آن است که قاضی تنها در چارچوب مصادیق و جهات فوق می‌تواند مجازات را تخفیف دهد و اگر جهتی خارج از موارد فوق برای تخفیف مجازات وجود داشت (مثلاً اعلام جرم توسط متهم بعد از تعقیب یا رابطه خاص بزه‌کار با بزه‌دیده)، قاضی نمی‌تواند به استناد آن مبادرت به تخفیف مجازات نماید والا رأی صادره از باب «مخالف بودن رأی با قانون» به استناد بند «پ» ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ قابل نقض در مرجع تجدیدنظر خواهد بود چون به حکم تبصره ۱ ماده ۳۷ «دادگاه مکلف است جهات تخفیف مجازات را در حکم خود قید کند.» و اگر قاضی بدون ذکر جهت مجازات را تخفیف دهد، به خاطر عدم رعایت قانون، حکم قابل نقض خواهد بود.

به عقیده برخی از صاحب‌نظران، الزام قاضی به ذکر جهت تخفیف در حکم با هدف مقنن در وضع کیفیات مخففه مغایرت دارد زیرا کیفیات مخففه یک وسیله مخفی برای انعطاف قوانین جزایی می‌باشد و قاضی با استفاده از آن قادر می‌شود از شدت بعضی از مقررات بکاهد و ذکر چنین عللی در حکم بر خلاف این منظور می‌باشد.^۱ برخی نیز با این استدلال که قانون‌گذار در ماده ۳۸ جهات تخفیف را به قید انحصار در هشت مورد مشخص کرده است و در صورت وجود جهت تخفیف قاضی مکلف به قید آن در حکم شده و نمی‌تواند آن را نادیده بگیرد،^۲ به این نتیجه رسیده‌اند که قانون مجازات ۱۳۹۲ در مبحث تخفیف مجازات، برخلاف اصول حاکم در حقوق کیفری وضع حکم کرده است و در واقع اختیار تخفیف مجازات را به تکلیف تخفیف مجازات برای قاضی مبدل کرده است.

۲. ضابطه‌مندی میزان تخفیف و توسعه دامنه تأثیر تخفیف مجازات

مهم‌ترین مسأله در بحث تخفیف مجازات، میزان آن است. قانون اختیار تخفیف مجازات را به قاضی داده است، اما تا چه اندازه می‌توان به استناد جهات مخففه یک مجازات تعزیری را کاهش داد یا نوع آن را تغییر داد؟

۱. علی‌آبادی، عبدالحسین، حقوق جنایی، جلد دوم، تهران، چاپخانه بانک ملی ایران، ۱۳۵۲، ص. ۲۲۵.
 ۲. علیزاده طباطبایی، سیدمحمود، «تخفیف مجازات: تکلیف یا اختیار؟»، روزنامه شرق، شماره ۲۰۳۳، خرداد ۱۳۹۳، ص. ۶.

در پاره‌ای از موارد نظر به اهمیت جرم، خود قانون‌گذار میزان تخفیف مجازات را مشخص کرده است. برای مثال، در کلاهبرداری به موجب تبصره ۱ ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام، تخفیف مجازات مرتکب فقط تا حداقل مجازات مقرر در آن قانون مجاز است و دادگاه نمی‌تواند به استناد کیفیات مخففه کمتر از حداقل مجازات مقرر قانونی تعیین کند. رأی وحدت رویه شماره ۶۲۸ مورخ ۱۳۷۷/۶/۳۱ نیز در تأیید آن صادر شده است. با این حال، برخی از محاکم با برداشت دیگری از تبصره مذکور، آن را مختص تعیین مجازات در دادگاه بدوی دانسته‌اند و تخفیف مجازات به کمتر از حداقل یا تبدیل حبس به جزای نقدی را در دادگاه تجدیدنظر با استناد به ماده ۲۷۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری جایز دانسته و بر این مبنا حکم صادر کرده‌اند.^۱ همچنین، در جرایم مربوط به نیروهای مسلح، به موجب مواد ۳، ۴ و ۵ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲ به دادگاه اختیار داده شده است تا در صورت وجود جهات مخففه، مجازات حبس را تا یک سوم حداقل مجازات قانونی جرم تخفیف و یا به یکی از مجازات‌های مقرر در آن مواد، متناسب با مجازات اصلی تبدیل نماید.^۲

به موجب آن قانون، جمع میان تخفیف و تبدیل مجازات در مجازات‌های غیر از حبس پذیرفته شده است.^۳ در جرایم مواد مخدر نیز مطابق ماده ۳۸ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۸۹: «دادگاه می‌تواند در صورت وجود جهات مخففه مجازات‌های تعزیری مقرر در این قانون را تا نصف حداقل مجازات آن جرم تخفیف دهد در صورتی که مجازاتی فاقد حداقل باشد همان مجازات تا نصف تخفیف می‌یابد. میزان تخفیف در احکام حبس ابد ۱۵ سال خواهد بود و در مورد مجازات اعدام تقاضای عفو و تخفیف مجازات به کمیسیون عفو ارسال خواهد شد.»

در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ ضابطه مشخصی در میزان تخفیف مجازات وجود نداشت و به طور کلی اعمال تخفیف در اختیار قاضی بود که مجازات تعزیری یا بازدارنده را به هر میزان که تشخیص می‌داد تخفیف دهد یا تبدیل به مجازات دیگری نماید. شاید دلیل این امر، معین نبودن میزان تعزیر در شرع و واگذاری آن به حاکم بوده است.^۴ اتفاقاً این امر مورد تقدیر مارک آنسل مؤسس مکتب دفاع اجتماعی نوین

۱. دادنامه شماره ۷۶۴ مورخ ۱۳۸۳/۷/۷ شعبه ۱۹ دادگاه تجدیدنظر استان سمنان. به نقل از ماهنامه قضاوت، سال سوم، شماره ۲۷، آبان ۱۳۸۳.

۲. قوام، میرعظیم، «تخفیف و تبدیل مجازات در قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح» مجله دانش انتظامی، شماره ۲۸، ۱۳۸۵، ص. ۸۱.

۳. باری، مجتبی، حقوق جزای نظامی، انتشارات میثاق عدالت، چاپ اول، ۱۳۸۴، ص. ۱۲۳.

۴. حاجی ده‌آبادی، احمد، «طبقه‌بندی مجازات‌ها در قانون مجازات اسلامی؛ جایگاه تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۹، ۱۳۸۹، ص. ۱۵.

واقع شده است،^۱ زیرا قاضی می‌تواند با توجه به خصوصیات مجرم و فعل ارتكابی، مجازاتی متناسب را که باعث اصلاح او شود، مقرر نماید.^۲ قانون‌گذار صرفاً دو قید جزئی به آن اختیار بی‌حد و حصر زده بود: اول آنکه، دادگاه مکلف است جهات تخفیف مجازات را در حکم صریحاً قید کند (تبصره ۱ ماده ۲۲)؛ دوم آنکه، چنانچه نظیر جهات مخففه مذکور در این ماده در مواد خاصی پیش‌بینی شده باشد دادگاه نمی‌تواند به موجب همان جهات دوباره مجازات را تخفیف دهد (تبصره ۳ ماده ۲۲). تنها معیاری هم که در رویه عملی محاکم وجود داشت این بود که مجازات تخفیف یافته باید از حداقل مجازات قانونی کمتر باشد چون قاضی در تعیین مجازات بین حداقل و حداکثر اختیار مطلق داشت و نیازی به استدلال در این زمینه نداشت.^۳ حتی برخی عقیده داشتند تا جایی که به سقوط مجازات نینجامد، می‌توان مجازات تعزیری یا بازدارنده را تخفیف داد. علاوه بر آن، هیچ معیاری برای تعیین اینکه در مقام تخفیف مجازات چه کیفی جایگزین شود، وجود نداشت و رویه قضایی نیز در مورد اینکه کدام دسته از مجرمین با چه جرایمی و به چه میزان مشمول تخفیف شوند ذهنیت روشنی نداشت.^۴ این وضعیت، موجب تشتت آراء و بعضاً صدور احکام نامتناسب و غیر بازدارنده شده بود. سکوت قانون‌گذار سال ۱۳۷۰ در تعیین میزان و محدوده تخفیف مجازات از آن جهت که اصل تساوی افراد در برخورداری از منافع قانونی را به مخاطره می‌افکند، به عنوان یکی از نقایص جدی قانون مجازات اسلامی به شمار می‌رفت.^۵ مضافاً اینکه، اساساً تخفیف مجازات این عیب را دارد که از آثار آن می‌کاهد،^۶ چه رسد به اینکه میزان آن در حد سقوط تنزل پیدا کند.

در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ این وضع به کلی دگرگون شده است، به طوری که مهم‌ترین نوآوری آن در این زمینه، سامان‌دهی و ضابطه‌مند کردن مقررات مربوط به میزان تخفیف مجازات است که در مجموع، منجر به محدود شدن اختیارات قضات در تخفیف مجازات شده است. در این قانون، کلیه مجازات‌های تعزیری بر اساس نوع و میزان مجازات، در یکی از دسته‌های هشت‌گانه قرار می‌گیرند. میزان تخفیف مجازات نیز بر اساس درجه‌بندی مجازات‌ها تعیین می‌گردد. اما با توجه به آن که اعدام در

۱. محسنی، مرتضی، حقوق جزای عمومی، جلد ۱، دانشگاه ملی ایران، ۱۳۵۸، ص. ۱۶۲.

۲. حاجی ده‌آبادی، احمد، منبع پیشین، ص. ۱۸.

۳. عدالتخواه، محمدرضا، مبسوط قانون مجازات اسلامی، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۹۳، ص. ۱۰۳.

۴. موسوی بایگی، سیدعلی، «تعدیل و تبدیل مجازات و چالش‌های آن در نظام حقوقی ایران»، فصل‌نامه تعالی حقوق، سال چهارم، شماره ۱، ۱۳۹۳، ص. ۱۱۱.

۵. آشوری، محمد؛ فتحی، محمدجواد، «ارزیابی قواعد ناظر به کیفیات مخففه در حقوق ایران»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، شماره ۲، ۱۳۸۸، ص. ۱۹.

۶. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد ۳، چاپ بیست و نهم، نشر میزان، بهار ۱۳۹۳، ص. ۱۴۵.

هیچ‌یک از درجات هشت‌گانه ماده ۱۹ پیش‌بینی نشده است، سؤال آن است که آیا با وجود قاعده «التعزیرُ دون الحد»، امکان تعیین اعدام به عنوان مجازات تعزیری وجود دارد یا خیر؟

در پاسخ به این پرسش، باید گفت که اگرچه تدوین‌کنندگان قانون مجازات اسلامی با استناد به فرمان هشت ماده‌ای که اعدام قاچاقچیان مواد مخدر را از باب افساد فی الارض می‌داند، مجازات سالب حیات را از باب حد و خارج از قلمرو تعزیرات می‌دانند (قلی‌زاده و همکاران، ۱۳۹۳: ۳۶)، اما به نظر می‌رسد که مقصود از دون الحد در عبارت «التعزیر دون الحد» صرفاً به معنای کمتر و پائین‌تر از حد نیست تا تعزیر را همچون حدی که دارای عدد است و با تازیانة انجام می‌گیرد، منحصر در تازیانة بدانیم و آن را کمتر از حد بدانیم، بلکه همان‌طور که برخی از محققان اشاره کرده‌اند، «دون» در این قاعده به سه معنا آمده است که یکی از آن معانی «غیر» است؛ یعنی آنکه تعزیر غیر از حد است.^۱ در واقع، عبارت دون الحد در قاعده‌التعزیر بما دون الحد حکایت از آن دارد که تعزیر با تازیانة بیشتر سازش دارد زیرا عقوبت‌های دیگر دارای مراتب عددی نیستند تا آن را به کمتر از حد اطلاق کنیم.^۲ بنابراین، امکان تعیین اعدام به عنوان مجازات تعزیری وجود دارد و منافاتی با قاعده‌التعزیر بما دون الحد ندارد. اما اینکه جایگاه اعدام به عنوان تعزیر در درجات هشت‌گانه کجاست و ساز و کار تخفیف آن به چه نحو است، چندان روشن نیست. به نظر می‌رسد در این مورد باید به مقررات آیین‌نامه کمیسیون عفو، تخفیف و تبدیل مجازات مصوب ۱۳۸۷ رجوع کرد. مستفاد از بند ۲ ماده ۲۴ آیین‌نامه، مجازات اعدام با استفاده از عفو به حبس ابد تبدیل می‌شود که پس از تحمل ده سال، حق درخواست عفو مجدد وجود دارد.

پرسش مهم‌تر اینکه، با توجه به عدم تعیین سقف مجازات حبس و سکوت بند ۱ ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، آیا می‌توان حبس ابد را داخل در درجه ۱ قرار داد؟ در مورد این پرسش، مقدماً باید اذعان داشت که مجازات‌های پیش‌بینی شده در بند ۱ ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی به عنوان درجه ۱ نوعاً بسیار شدید هستند درحالی‌که با توجه به تعدیل مجازات‌ها در پرتو تحولات کیفری صورت گرفته در دوران معاصر،^۳ حبس بیش از بیست و پنج سال به ندرت در قوانین جزایی کشورها مشاهده می‌شود. قوانین جزایی ایران هم از این قاعده مستثنی نبوده است. با دقت در مواد قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ مشاهده می‌شود که تنها یک مورد مصداق مجازات

۱. معرفت، محمدهادی، «بحثی در تعزیرات»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۴۶، ۱۳۶۸، ص. ۳۹.

۲. محقق داماد، سیدمصطفی، تقریرات درس قواعد فقه (جزوه درسی)، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۴، ص. ۶۲.

۳. رضوی فرد، بهزاد، حقوق بین‌الملل کیفری، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۰، ص. ۱۳۰.

تعزیری درجه ۱ در این قانون وجود دارد آن هم غیر از حبس است (مصادره اموال حاصل از جرم تکدی و کلاشی موضوع ماده ۷۱۲). از تعداد ۲۳۲ ماده این قانون، ۹ جرم با مجازات درجه ۸، ۱۴ جرم با مجازات درجه ۷، ۶۵ جرم با مجازات درجه ۶، ۵۷ جرم با مجازات درجه ۵، ۱۷ جرم با مجازات درجه ۴، ۴ جرم با مجازات درجه ۳، و ۲ جرم نیز با مجازات درجه ۲ وجود دارد. در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نیز که خود ابداع‌کننده این درجه‌بندی بوده است، تنها دو مصداق برای جرم تعزیری درجه ۱ به چشم می‌خورد (مصادره اموال و انحلال شخص حقوقی موضوع ماده ۲۲ و حبس ابد برای اکراه در قتل موضوع ماده ۳۷۵).

از جمع مقررات قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و سایر مقررات، چنین به نظر می‌رسد که در سه حالت ممکن است مجازات تعزیری داخل در درجه ۱ قرار گیرد:

نخست، مواردی که مجازات قانونی یک جرم اعم از انحصاری و تخییری، جزای نقدی معادل مال حاصل از جرم است که عمدتاً مربوط به جرایم مالی یا اقتصادی هستند. برای مثال، در جرم پولشویی موضوع ماده ۹ قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۸۶ که مجازات آن جزای نقدی به میزان یک‌چهارم عواید حاصل از جرم است، با توجه به میزان عواید حاصل از جرم، ممکن است جزای نقدی آن داخل در درجه ۱ قرار گیرد. در اینجا ذکر یک نکته لازم است و آن اینکه مطابق رأی وحدت رویه شماره ۷۴۴ مورخ ۹۴/۸/۱۹ هیأت عمومی دیوان عالی کشور در مواردی که مجازات بزه حبس توأم با جزای نقدی تعیین گردیده، کیفر حبس ملاک تشخیص درجه مجازات است.^۱ بنابراین، در جرایمی مانند کلاهبرداری، ارتشاء، اختلاس، ربا و امثال اینها که دارای مجازات ترکیبی و توأمان حبس و جزای نقدی هستند، همواره حبس ملاک تعیین درجه مجازات می‌باشد، ولو اینکه جزای نقدی آنها معادل جزای نقدی درجه ۱ باشد.

دوم، در تعدد جرم وقتی که جرایم تعزیری ارتكابی بیش از سه جرم باشد، با افزوده شدن نصف به حداکثر مجازات قانونی، ممکن است مجازات تا درجه ۱ ارتقاء پیدا کند. برای مثال، اگر شخصی مرتکب چهار جرم تعزیری شده باشد که در میان آنها جرمی با مجازات قانونی درجه ۲ (حبس تا بیست و پنج سال یا جزای نقدی تا یک میلیارد ریال) وجود داشته باشد، دادگاه در اجرای ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مکلف است بیش از حداکثر مجازات قانونی حکم بدهد که در آن صورت، مجازات با توجه به تبصره ۳ ماده ۱۹ تبدیل به درجه ۱ می‌شود.

سوم، مواردی که در قوانین خاص برای جرمی مجازاتی معادل درجه ۱ پیش‌بینی شده است. برای مثال، اگر قائل به امکان تعزیری بودن مجازات اعدام باشیم و اعدام را

۱. روزنامه رسمی شماره ۲۰۶۴۴ مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۲۸.

هم داخل در درجه بندی بدانیم، حمل یا نگهداری بیش از ۳۰ گرم هروئین که مطابق بند ۶ ماده ۸ قانون مبارزه با مواد مخدر اصلاحی ۱۳۸۹ مجازات مرتکب اعدام و مصادره اموال خواهد بود. با توجه به توضیحات پیشین، اعدام در ردیف مصادره اموال، مجازات تعزیری درجه ۱ محسوب خواهد شد.

اما در مورد حبس ابد، در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ دو مورد مجازات حبس ابد پیش بینی شده بود که تنها یک مورد در مقام مجازات تعزیری قابل اعمال بود و آن هم مجازات اکراه در قتل عمد موضوع ماده ۲۱۱ بود که حکم آن در ماده ۳۷۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ تکرار شده است. مورد دیگر، حد سرقت در مرتبه سوم موضوع بند «ج» ماده ۲۰۱ بود که این حکم نیز به موجب بند «پ» ماده ۲۷۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تکرار شده و کماکان به قوت خود باقی است. این تنها موردی است که در قوانین موضوعه ایران برای یک جرم حدی مجازات حبس پیش بینی شده است. این حکم در قرآن نیامده و مستند آن، قول مشهور فقهای امامیه بر مبنای روایات وارده از ائمه «علیهم السلام» است. در میان فقهای متأخر، امام (ره) در تحریرالوسیله در این خصوص آورده است: «و إن سَرَقَ ثَالِثًا حُسْبًا دَائِمًا حَتَّى يَمُوتَ وَ يُجْرَى عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ إِنْ كَانَ فَقِيرًا»^۱. آیت الله خوئی نیز در مبنای تکمله المنهاج با عباراتی مشابه همین حکم را بیان کرده است: «و إن سَرَقَ ثَالِثًا حُسْبًا دَائِمًا وَ أَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ»^۲.

در مجموع، با توجه به اینکه از یک سو، حبس ابد شدیدترین نوع حبس محسوب می شود و در مقررات جزایی ایران، غیر از یک مورد^۳ مجازات حبس بیش از بیست و پنج سال برای هیچ جرمی پیش بینی نشده است؛ و از سوی دیگر، با توجه به صراحت بند یک ماده ۱۹ مبنی بر درجه یک بودن مجازات های حبس بالای ۲۵ سال که شامل حبس ابد نیز می شود، تلقی حبس ابد به عنوان مجازات تعزیری درجه ۷ با توسل به تبصره ۳ ماده ۱۹، غیر منطقی است، لذا به نظر می رسد که چاره ای نداریم جز اینکه حبس ابد را که در مقام مجازات تعزیری اعمال می شود، داخل در درجه ۱ بدانیم.

در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ دامنه تأثیر تخفیف محدود به دو شکل «تخفیف» یا «تبدیل» بود. ماده ۲۲ آن قانون مقرر داشته بود: «دادگاه می تواند در

۱. خمینی، سید روح الله موسوی، «تحریرالوسیله»، جلد ۲، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ اول، بی تا، ص ۴۸۹.
 ۲. خوئی، سید ابوالقاسم، «مبنای تکمله المنهاج»، جلد ۲، قم، مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی ره، ۱۴۲۲ ق، ص. ۳۶۹.

۳. بند الف ماده ۱۱ قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیرمجاز مصوب ۱۳۹۰: «قاچاق یا ساخت و مونتاژ مواد رادیواکتیو یا میکروبی حبس از بیست و پنج تا سی سال به عنوان مجازات تعزیری.»

صورت احراز جهات مخففه، مجازات تعزیری و یا بازدارنده را تخفیف دهد و یا تبدیل به مجازات از نوع دیگری نماید که مناسب‌تر به حال متهم باشد...»

قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ دامنه تأثیر تخفیف را به چهار حالت توسعه داده است: «تقلیل»، «تبدیل»، «تقلیل و تبدیل» و «معافیت». منظور از تقلیل آن است که مجازات بدون تغییر نوع و ماهیت، صرفاً از حیث درجه کاهش می‌یابد و منظور از تبدیل آن است که مجازات به نوع دیگری که مناسب‌تر به حال متهم باشد، تغییر می‌یابد.

اولین و مهم‌ترین تحول قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در این زمینه، ممنوعیت تبدیل حبس به جزای نقدی در مقام تخفیف است. بند «الف» ماده ۳۷ علی‌الإطلاق از تقلیل حبس سخن گفته است و نه تبدیل آن. مقایسه دو قانون‌نامه جنایی ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲ نشان می‌دهد که قانون‌گذار در پی حل مشکل ماده ۲۲ قانون‌نامه ۱۳۷۰ بوده است که در آن حکم به کاهش و تبدیل کیفر داده، ولی نه میزان کاهش کیفر روشن بود و نه نوع میزان تبدیل کیفر.^۱ به این ترتیب، آنچه در طول بیش از دو دهه گذشته رواج یافته بود که محاکم با احراز جهات مخففه به یکباره حبس چندین ساله را به جزای نقدی ناچیزی تبدیل می‌کردند، دیگر مجاز نیست. در حال حاضر، محاکم می‌بایست هنگام صدور حکم، بر اساس حداکثر مجازات قانونی جرم درجه آن را تعیین کنند (تبصره ۲ ماده ۱۹)، سپس با احراز جهات مخففه، نسبت به تقلیل یا تبدیل مجازات در محدوده بندهای چهارگانه ماده ۳۷ تخفیف مجازات را اعمال نمایند. به عنوان مثال، در جرم تخریب عمدی اشیاء منقول موضوع ماده ۶۷۷ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ که مجازات آن شش ماه تا سه سال حبس تعزیری است و درجه ۵ محسوب می‌گردد، دادگاه می‌تواند در مقام تخفیف به استناد بند «الف» ماده ۳۷ تا سه درجه مجازات را تقلیل دهد. با سه درجه تقلیل، مجازات مذکور درجه ۸ یعنی تا سه ماه حبس خواهد بود. بدیهی است که در این فرض امکان تبدیل حبس به جزای نقدی یا هر مجازات دیگر منتفی است. در این مورد، حتی دادگاه نمی‌تواند به مجازات جایگزین حبس نیز حکم بدهد زیرا به تصریح ماده ۷۳ «در جرائم عمدی که مجازات قانونی آنها بیش از یک سال حبس است در صورت تخفیف مجازات به کمتر از یک سال، دادگاه نمی‌تواند به مجازات جایگزین حبس حکم نماید.»

با این اوصاف، این سؤال پیش می‌آید که آیا قانون‌گذار تعیین حبس کمتر از سه ماه را تجویز کرده است؟

در پاسخ باید گفت که حبس کمتر از سه ماه در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، تجویز شده و قابل اعمال است، به چند دلیل:

۱. شجاعی، علی، «تخفیف حبس در قانون‌نامه جنایی ۱۳۹۲»، پژوهش حقوق کیفری، شماره ۷، تابستان ۱۳۹۳، ص. ۸۶.

نخست آنکه، مجازات‌های تعزیری در قانون مجازات اسلامی ۹۲ طبقه‌بندی شده (ماده ۱۹) و حبس تا سه ماه به عنوان مجازات تعزیری درجه ۸ پیش‌بینی شده است؛ دوم آنکه، تبدیل مجازات تکمیلی به حبس درجه هشت طی شرایطی پیش‌بینی شده است (ماده ۲۴)؛

سوم آنکه، اگرچه به موجب مقررات جایگزین حبس، مرتکبان جرائم عمدی که حداکثر مجازات قانونی آنها سه ماه حبس است به جای حبس به مجازات جایگزین حبس محکوم می‌گردند (ماده ۶۵)، اما این امر مطلق نبوده و مشروط به وجود و احراز شرایطی است (ماده ۶۴) که با عدم احراز یا تخلف از شرایط مذکور، دادگاه مکلف به تعیین حبس کمتر از سه ماه می‌باشد (مواد ۷۰، ۷۳، ۸۰، ۸۱ و ۸۲)؛

چهارم آنکه، تبدیل حبس به جزای نقدی به عنوان تخفیف ممنوع شده است (بند الف ماده ۳۷) و در صورتی که قاضی بخواهد به استناد بند الف ماده ۳۷ حبس درجه پنج را سه درجه تخفیف دهد، الزاماً باید حکم به حبس کمتر از سه ماه بدهد؛ نتیجه آنکه، حبس کمتر از سه ماه در قانون مجازات اسلامی ۹۲ به رسمیت شناخته شده و تحت شرایطی قابل اعمال است. نظریه شماره ۱۴۷ مورخ ۹۲/۸/۱۳ اداره کل امور حقوقی قوه قضاییه نیز در همین راستا صادر شده است:

«سؤال: با توجه به بند الف از ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی سال ۹۲ آیا تعیین حبس کمتر از ۹۱ روز مجاز می‌باشد یا خیر؟

جواب: چون یکی از مجازات‌های درجه ۸ حبس تا ۳ ماه می‌باشد، لذا تعیین حبس کمتر از ۳ ماه بلاشکال است و دادگاه‌ها در مقام تخفیف مجاز به تعیین مجازات حبس کمتر از ۳ ماه می‌باشند.»

سؤال دیگری که در این خصوص مطرح می‌شود آن است که آیا بعد از قطعیت حکم، قاضی دادگاه می‌تواند در راستای اعمال ماده ۲۷۷ قانون دادرسی کیفری حبس را به جزای نقدی تبدیل کند یا صرفاً می‌تواند در چارچوب ماده ۳۷ اقدام به تخفیف کند؟

اداره حقوقی قوه قضاییه در پاسخ به این سؤال طی نظریه مشورتی شماره ۷/۹۲/۱۴۷۲ مورخ ۹۲/۸/۷ چنین مقرر داشته است: «بند الف ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به دادگاه اختیار داده در صورت وجود یک یا چند جهت از جهات تخفیف، حبس مرتکب را تا سه درجه تقلیل دهد، ولی مجاز نیست آن را به جزای نقدی تبدیل نماید، اعمال تخفیف به استناد ماده ۲۷۷ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری نیز مشمول همین حکم است و پس از اعمال تخفیف مجازات به سه ماه حبس یا کمتر، مورد از مصادیق بند ۲ ماده ۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت نیست تا بتوان حکم به جزای نقدی صادر نمود.»

ممنوعیت تبدیل حبس به جزای نقدی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ از این جهت که موجب افزایش جمعیت کیفری زندان‌ها می‌شود و با اهداف زندان‌زدایی و اصلاح مجرمین مغایرت دارد، از سوی حقوق‌دانان مورد انتقاد واقع شده و آن را یک ایراد مهم وارد به این ماده تلقی کرده‌اند.^۱ در واقع، تخفیف مجازات حبس و ممنوعیت تبدیل آن به جزای نقدی، عملاً منجر صدور احکام حبس کوتاه مدت می‌شود که به تعبیر برخی از حقوق‌دانان اثر اصلاحی ضعیف و مفسد بس فراوان دارد.^۲ زیرا سه‌ماه ورود به زندان عملاً زمانی در اختیار مددکاران نمی‌گذارد تا برنامه‌های (بعضاً بلند مدت) تربیتی و اصلاحی را نسبت به محکومین به حبس انجام دهند. مضافاً اینکه سیاست قوه قضاییه به موجب بخشنامه شماره ۱/۸۴/۳۲۹۴ مورخ ۱۳۸۴/۳/۱۹ بر این بود که حبس‌های کوتاه مدت به جهت آثار و تبعات منفی آن، توسط دادگاه‌ها تعیین نشود.^۳

استدلال‌های فوق، در جای خود منطقی به نظر می‌رسد، اما باید توجه داشت که تبدیل مجازات، جایگزین نمودن کیفر قانونی به نوع دیگری از آن است که مقنن برای آن جرم منظور نکرده است.^۴ بنابراین اصل بر عدم تغییر ماهیت مجازات قانونی است و می‌بایست تا جایی که ممکن است در آن احتیاط نمود. به جای حمایت از تبدیل غیرمنطقی حبس به جزای نقدی، می‌توان به ابعاد دیگر مسأله توجه داشت و راهکارهای قضایی مناسب را به کار بست. توضیح آنکه، اگرچه قانون در مقام تخفیف مجازات، از یک سو، تبدیل حبس به جزای نقدی را ممنوع، و از سوی دیگر، تقلیل حبس تا سه درجه را تجویز کرده است که نتیجه منطقی این دو قضیه، صدور حکم به حبس کوتاه مدت تا سه ماه خواهد بود، اما باید توجه داشت که تخفیف قضایی مجازات در اختیار قاضی است و درایت و تدبیر قاضی در اعمال این اختیار باید به گونه‌ای صورت گیرد که ناقض آموزه‌های کیفرشناختی و اهداف اصلاحی مجازات نشود. وقتی قاضی می‌بیند که اعمال یک تا سه درجه تخفیف در مجازات جرمی منجر به حبس تا سه ماه می‌شود، الزامی به انجام این کار ندارد و می‌تواند تصمیمات دیگری اتخاذ کند؛ برای مثال، مجازات درجه ۵ را (که معمولاً مربوط به جرایم نسبتاً مهم است) به جای سه درجه، یک یا نهایتاً دو درجه تقلیل دهد یا مجازات درجه ۶ را تنها یک درجه تقلیل دهد تا منجر به حبس تا سه ماه نگردد و یا اساساً از تخفیف مجازات صرف‌نظر و در

۱. مصدق، محمد، «شرح قانون مجازات اسلامی»، چاپ چهارم، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۲، ص. ۱۱۳.

۲. حق‌پنهان، عباس، بررسی و تحلیل حقوقی و جرم‌شناختی قانون مجازات اسلامی، نشر جنگل، ۱۳۹۳، ص. ۶۲.

۳. اردبیلی، محمدعلی، منبع پیشین، ص. ۱۴۵.

۴. عدالتخواه، محمدرضا، منبع پیشین، ص. ۱۰۶.

۴. مرادی، حسن، «تبدیل مجازات‌های تعزیری و بازدارنده در حقوق کیفری ایران»، فصل‌نامه پژوهش حقوق

عمومی، سال دوازدهم، شماره ۳۱، زمستان ۱۳۸۹، ص. ۳۱۲.

عوض از دیگر ساز و کارهای تأمینی و حمایتی نظیر تعویق یا تعلیق استفاده کند و یا در جرایم کم اهمیت با مجازات‌های درجه ۷ و ۸، در صورت وجود شرایط، مجرم را از مجازات معاف کند.

البته باید اعتراف کرد که در مورد برخی از معاذیر قانونی مخففه که قاضی به حکم قانون مکلف به اعمال تخفیف می‌باشد، مشکل کماکان باقیست. برای مثال، تبصره ۲ ماده ۱۶ قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیرمجاز مصوب ۱۳۹۰ تحویل داوطلبانه اسلحه، مهمات، اقلام و مواد تحت کنترل بعد از مدت شش ماه از تاریخ لازم‌الاجرا شدن قانون را در جرائم تعزیری درجه یک تا شش، موجب دو درجه تخفیف و در جرائم تعزیری درجه هفت موجب یک درجه تخفیف دانسته است.

ملاحظه می‌شود که قانون‌گذار با علم به میزان مجازات درجات هفت و هشت، چنین عذر قانونی پیش‌بینی کرده است. با این اوصاف، در صورتی که دارنده یک سلاح یا مهمات غیر مجاز که داشتن آن جرمی با مجازات حبس تعزیری درجه شش یا هفت است، به صورت داوطلبانه سلاح خود را تحویل دهد، دادگاه مکلف است در اجرای تبصره فوق و با رعایت بند «الف» ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ حکم به حبس درجه هشت (یعنی تا سه ماه حبس) بدهد. شاید به دلیل اجتناب از همین مشکلات بود که قانون مجازات عمومی اصلاحی ۱۳۵۲ ضمن پذیرش تبدیل حبس به جزای نقدی در مجازات‌های جنحه‌ای، ممنوعیت تبدیل را محدود به مواردی کرده بود که مرتکب قبلاً با استفاده از کیفیات مخفف به جزای نقدی محکوم شده باشد. در آن صورت، دادگاه نمی‌توانست مجدداً با رعایت تخفیف مجازات حبس او را به جزای نقدی تبدیل نماید مگر اینکه جرم ارتكابی قبلی غیر عمدی باشد (تبصره ۲ ماده ۴۶ قانون مجازات عمومی اصلاحی ۱۳۵۲).

شاید - اگر راهکارهای قضایی را چاره‌ساز ندانیم - بازنگری در قانون با تجویز تبدیل حبس به جزای نقدی در موارد استثنایی از قبیل فقدان سابقه محکومیت به حبس یا در برخی جرایم خاص را بتوان به عنوان یک پیشنهاد مطرح نمود.

به هر حال، فلسفه ممنوعیت تبدیل حبس به جزای نقدی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، جلوگیری از تبدیل حبس‌های بلندمدت یا میان‌مدت به جزای نقدی ناچیز به بهانه تخفیف مجازات بوده است. مضافاً اینکه ممنوعیت تبدیل حبس به جزای نقدی، رهیافت مهمی به حتمیت و قطعیت مجازات‌ها - دو عنصری که خلاء آنها در نظام کیفری ایران به شدت احساس می‌شود - محسوب می‌شود و دارای پشتوانه اصولی از جمله اصل قانونی بودن و اصل تناسب جرم و مجازات است که نمی‌توان آن را نادیده گرفت.

در مورد تبدیل مصادره اموال به جزای نقدی نیز شبهات متعددی مطرح شده است؛ برخی معتقدند که ماهیت کیفر مصادره اموال به نحوی است که امکان تبدیل آن به مجازات دیگر امکان پذیر نیست؛ زیرا تبدیل آن با امنیت و منافع عمومی و گاه با حقوق خصوصی تعارض می‌یابد.^۱ علاوه بر آن، ممکن است شبهه دیگری مطرح شود و آن اینکه مصادره به اموال ناشی از جرم که حکماً نامشروع هستند، تعلق می‌گیرد؛ حال چگونه ممکن است که مصادره اموال در مقام تخفیف تبدیل به جزای نقدی شود؟ یعنی تمام اموالی که قانون نامشروع تلقی کرده، به مجرم برگردانده شود و در ازای آن مبلغی به عنوان جزای نقدی اخذ شود؟!

این شبهه را می‌توان این گونه دفع کرد که موضوع مصادره همیشه اموال حاصله از جرم نیست، بلکه ممکن است اموال مشروع مجرم نیز که ارتباطی با جرم نداشته، مورد مصادره واقع شود. به همین دلیل است که قانون‌گذار در تبصره ۵ ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به طور کلی مقرر داشته است: «در هر مورد که حکم به مصادره اموال صادر می‌شود باید هزینه‌های متعارف زندگی محکوم و افراد تحت تکفل او مستثنی شود.» بدیهی است که اگر مصادره مختص اموال نامشروع حاصله از جرم بود، قانون‌گذار آن را از حکم مصادره استثناء نمی‌کرد و اجازه استفاده از اموال نامشروع را به مجرم نمی‌داد.

شبهه به مراتب جدی‌تر در مورد تبدیل مصادره اموال به جزای نقدی آن است که گاهی این تبدیل، در عمل موجب تشدید مجازات متهم می‌شود نه تخفیف آن! توضیح آنکه مطابق بند «ب» ماده ۳۸، در مقام تخفیف مصادره اموال نهایتاً می‌توان آن را به جزای نقدی درجه یک تا چهار تبدیل کرد و میزان جزای نقدی درجه چهار مطابق ماده ۱۹ عبارت است از «بیش از یکصد و هشتاد میلیون (۱۸۰.۰۰۰.۰۰۰) ریال تا سیصد و شصت میلیون (۳۶۰.۰۰۰.۰۰۰) ریال». با این اوصاف، در مورد متهمی که اموال حاصله از ارتکاب جرم و به طور کلی دارایی وی کمتر از هجده میلیون تومان است، این تبدیل که قانوناً در مقام تخفیف اعمال شده و می‌بایست مناسب به حال وی باشد، در عمل شدیدتر به حال وی خواهد بود. در این گونه موارد، چاره‌ای نیست جز اینکه دادگاه سایر مجازات‌های احتمالی وی را تخفیف دهد و یا اساساً از تخفیف مجازات صرف نظر نموده و از سایر تدابیر حمایتی نظیر تعلیق و تعویق بهره بگیرد.

۳. جمع منطقی مقررات تخفیف و تشدید مجازات

یک متهم ممکن است در آن واحد، هم مستوجب تشدید مجازات باشد و هم مستحق تخفیف. قوانین جزایی ایران همواره این موضوع را مدنظر داشته‌اند. قانون

۱. مرادی، حسن، منبع پیشین، ص. ۳۴۲.

مجازات عمومی ۱۳۵۲ به موجب مواد ۲۵ و ۳۲ در خصوص جمع کیفیات مخففه و مشدده در تکرار و تعدد جرم تعیین تکلیف کرده بود. مطابق مقررات آن قانون که با دقت و ظرافت خاصی تدوین شده بود، از یک سو، در تکرار جرم میزان تخفیف مجازات را با لحاظ تشابه یا تفاوت جرم جدید با جرم قبلی تعیین کرده بود و از سوی دیگر، در تعدد جرم، تعداد جرایم ارتكابی را معیار میزان تخفیف مجازات قرار داده بود.

قوانین به ظاهر شرعی پس از انقلاب، یکی پس از دیگری طومار مقررات پیش از انقلاب را در هم پیچیدند. ابتدا قانون راجع به مجازات اسلامی در سال ۱۳۶۱ با نسخ کلیه مقررات قبل از خود، در این زمینه طی تبصره ۳ ماده ۳۵ به صورت مطلق و مبهم مقرر داشت: «در مورد تعدد جرم دادگاه می‌تواند علل مخففه را رعایت کند.» پس از آن هم، قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ به موجب تبصره ۲ ماده ۲۲ مهر تأیید بر رویه قانون راجع به مجازات اسلامی نهاد: «در مورد تعدد جرم نیز دادگاه می‌تواند جهات مخففه را رعایت کند.»

در مقررات فوق، نه کیفیت و کمیت تخفیف مجازات در مواجهه با تعدد جرم معلوم بود و نه تکلیف تکرار جرم روشن شده بود. همه چیز در اختیار قاضی بود. رویه قضایی هم بر اساس اختیار قاضی در تخفیف مجازات در این موارد، شکل گرفته بود.

قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با نسخ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و توجه به دو معیار ضابطه‌مندی و تحدید اختیارات قضات، سعی در سامان‌دهی این وضعیت نموده است. این قانون، ضمن رجعت تقریبی به مقررات قانون مجازات عمومی ۱۳۵۲، خود را بی‌نیاز از رعایت ظرافت‌های خاص آن قانون دیده و در ذیل هر یک از مباحث تعدد و تکرار جرم، به طور کلی تکلیف تخفیف مجازات را نیز مشخص کرده است. مطابق تبصره ۳ ماده ۱۳۴: «در تعدد جرم در صورت وجود جهات تخفیف، دادگاه می‌تواند مجازات مرتکب را تا میانگین حداقل و حداکثر و چنانچه مجازات، فاقد حداقل و حداکثر باشد تا نصف آن تقلیل دهد.» و مطابق ماده ۱۳۹: «در تکرار جرائم تعزیری در صورت وجود جهات تخفیف به شرح زیر عمل می‌شود:

- الف - چنانچه مجازات قانونی دارای حداقل و حداکثر باشد، دادگاه می‌تواند مجازات مرتکب را تا میانگین حداقل و حداکثر مجازات تقلیل دهد.
- ب - چنانچه مجازات، ثابت یا فاقد حداقل باشد، دادگاه می‌تواند مجازات مرتکب را تا نصف مجازات مقرر تقلیل دهد.

تبصره - چنانچه مرتکب دارای سه فقره محکومیت قطعی مشمول مقررات تکرار جرم یا بیشتر از آن باشد، مقررات تخفیف اعمال نمی‌شود.»
در تحلیل مواد فوق، بیان چند نکته ضروری است:

نخست آنکه، در تعدد و تکرار جرم نیز تخفیف مجازات ممکن و از اختیارات دادگاه می‌باشد؛ دوم آنکه، تخفیف مجازات در تعدد و تکرار جرم، تنها به صورت «تقلیل» مجازات امکان‌پذیر است و تبدیل مجازات امکان‌پذیر نمی‌باشد؛ سوم آنکه، تخفیف مجازات در تعدد و تکرار جرم با استناد به ماده ۳۷ انجام نمی‌شود، بلکه مطابق مقررات تبصره ۳ ماده ۱۳۴ و ماده ۱۳۹ صورت می‌گیرد. چهارم آنکه، نحوه اعمال تخفیف در جرایمی که مجازات آن دارای حداقل و حداکثر است با مواردی که فاقد حداقل و حداکثر است متفاوت است. در تعدد جرم، در صورت داشتن حداقل و حداکثر، دادگاه مکلف است تا میانگین حداقل و حداکثر هر یک از مجازات‌ها را تقلیل دهد و در صورتی که مجازات فاقد حداقل و حداکثر باشد، تا نصف آن را تقلیل دهد. پنجم آنکه، منظور از مجازات در اینجا مجازات قانونی است نه آنچه در حکم محکومیت قید می‌شود چون در مجازات مندرج در دادنامه اساساً بحث اقل و اکثر مطرح نمی‌شود. ششم آنکه، در تکرار جرم، تخفیف زمانی قابل اعمال است که مرتکب دارای کمتر از سه فقره سابقه محکومیت قطعی مشمول مقررات تکرار جرم داشته باشد، در غیر این صورت تخفیف قابل اعمال نخواهد بود.

نتیجه‌گیری

یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد که نهاد تخفیف مجازات در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در راستای ایجاد نظام کیفردهی عادلانه با تحولات اساسی همراه شده که مشخصه بارز آن ضابطه‌مندی مقررات است. توسعه دامنه تأثیر تخفیف به چهار حالت: «تقلیل»، «تبدیل»، «تقلیل و تبدیل» و «معافیت» و تسری تمام این آثار غیر از معافیت از مجازات به تعزیرات منصوص شرعی؛ افزایش جهات مخففه قضایی از جمله توبه در جرایم مستوجب تعزیر درجه یک تا پنج؛ ضابطه‌مندی میزان تخفیف در چارچوب درجه‌بندی مجازات‌ها و تحدید اختیارات نامحدود قضات در تخفیف مجازات از جمله ممنوعیت تبدیل مطلق حبس به جزای نقدی، مهم‌ترین تحولات نهاد تخفیف مجازات در قانون مورد بحث می‌باشند. با این حال، چالش‌های عملی نظیر آثار ممنوعیت تبدیل حبس به جزای نقدی از جمله تولید حبس‌های کوتاه مدت و افزایش جمعیت کیفری زندان، امکان سقوط یک مجازات در صورت تخفیف آن به دلیل لزوم اجرای مجازات اشد، شبهات مربوط به تبدیل اجباری مصادره اموال به جزای نقدی و مسائل دیگر که اجرای مقررات تخفیف مجازات با آن مواجه است، نیل به اهداف قانون‌گذار را در حاله‌ای از ابهام قرار می‌دهد؛ به گونه‌ای که اجرای مقررات تخفیف مجازات بدون ملاحظات کیفرشناختی، اهداف اصلاحی و درمانی کیفر را بی‌اثر خواهد کرد. در راستای رفع نواقص موجود و کارآمدی بیشتر مقررات تخفیف مجازات، در سطح تقنینی، بازنگری در نظام درجه‌بندی مجازات‌ها از سوی قانون‌گذار (تعیین جایگاه اعدام و حبس ابد، رعایت تناسب بیشتر میان نوع مجازات و میزان تخفیف، تجویز تبدیل حبس به جزای نقدی در موارد استثنایی از قبیل فقدان سابقه محکومیت به حبس یا برخی جرایم خاص و هماهنگ‌سازی میزان تخفیف با سایر مقررات از جمله اجرای مجازات اشد در تعدد مجازات‌ها) و در سطح قضایی، استفاده از تدابیر جایگزین نظیر کیفرهای جایگزین حبس و نهادهای تعلیق، تعویق برای جبران کاستی‌های تخفیف مجازات و رعایت ملاحظات کیفرشناختی و توجه به آثار درجه‌بندی مجازات‌ها در تعیین میزان تخفیف مجازات از سوی قضات در مقام اجرای قانون، پیشنهاد می‌شود.

منابع

- آشوری، محمد؛ فتحی، محمدجواد، «ارزیابی قواعد ناظر به کیفیات مخففه در حقوق ایران»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، شماره ۲، ۱۳۸۸.
- اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد ۳، چاپ بیست و نهم، نشر میزان، بهار ۱۳۹۳.
- باری، مجتبی، حقوق جزای نظامی، انتشارات میثاق عدالت، چاپ اول، ۱۳۸۴.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، «ترمینولوژی حقوق»، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۶۸.
- حاجی ده‌آبادی، احمد، «طبقه‌بندی مجازات‌ها در قانون مجازات اسلامی؛ جایگاه تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۹، ۱۳۸۹.
- حق‌پناهان، عباس، بررسی و تحلیل حقوقی و جرم‌شناختی قانون مجازات اسلامی، نشر جنگل، ۱۳۹۳.
- خمینی، سید روح‌الله موسوی، تحریرالوسیله، جلد ۲، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، بی‌تا.
- خوبی، سید ابوالقاسم، «مبانی تکملة المنهاج»، جلد ۲، قم، مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی ره، ۱۴۲۲ ق.
- رضوی‌فرد، بهزاد، حقوق بین‌الملل کیفری، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۰.
- شجاعی، علی، «تخفیف حبس در قانون‌نامه جنایی ۱۳۹۲»، پژوهش حقوق کیفری، شماره ۷، تابستان ۱۳۹۳.
- صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، چاپ دوم، انتشارات طرح نو، ۱۳۸۸.
- الطوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن، تهذیب الاحکام، جلد ۱۰، بیروت، دارالأضواء، ۱۴۲۸ ق.
- عدالتخواه، محمدرضا، مبسوط قانون مجازات اسلامی، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۹۳.
- علی‌آبادی، عبدالحسین، حقوق جنایی، جلد دوم، تهران، چاپخانه بانک ملی ایران، ۱۳۵۲.
- عزیزاده طباطبایی، سیدمحمود، «تخفیف مجازات: تکلیف یا اختیار؟»، روزنامه شرق، شماره ۲۰۳۳، خرداد ۱۳۹۳.

- قوام، میرعظیم، «تخفیف و تبدیل مجازات در قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح» مجله دانش انتظامی، شماره ۲۸، ۱۳۸۵.
- محسنی، مرتضی، حقوق جزای عمومی، جلد ۱، دانشگاه ملی ایران، ۱۳۵۸.
- محقق داماد، سیدمصطفی، تقریرات درس قواعد فقه (جزوه درسی)، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۴.
- مرادی، حسن، «تبدیل مجازات‌های تعزیری و بازدارنده در حقوق کیفری ایران»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، سال دوازدهم، شماره ۳۱، زمستان ۱۳۸۹.
- مصدق، محمد، «شرح قانون مجازات اسلامی»، چاپ چهارم، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۲.
- معرفت، محمدهادی، «بحثی در تعزیرات»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۴۶، ۱۳۶۸.
- موسوی بایگی، سیدعلی، «تعديل و تبدیل مجازات و چالش‌های آن در نظام حقوقی ایران»، فصل‌نامه تعالی حقوق، سال چهارم، شماره ۱، ۱۳۹۳.

سیاست جنایی ایران در قبال رفتارهای ناقض امنیت غذایی

جعفر کوشا*

مهدی قربانی قلجلو**

چکیده

امنیت غذایی وضعیتی است که در آن همه مردم در هر زمان، دسترسی فیزیکی، اجتماعی و اقتصادی به غذای کافی، ایمن و مغذی داشته باشند تا نیازهای تغذیه‌ای و اولویت‌های غذایی خود را برای یک زندگی پویا و سالم برآورده کنند. دستیابی به امنیت غذایی در چارچوب اهداف جدید توسعه پایدار (تا) سال ۲۰۳۰ میلادی، به دغدغه و عزم جهانی ملل متحد بدل شده است. مقاله حاضر پس از معرفی مفهوم و مبانی حقوقی شکل‌گیری امنیت غذایی به عنوان هنجار در سطوح فراتقنینی و تقنینی، جلوه‌ها و مصادیق بزه‌انگاری و پاسخ‌گذاری کیفری در برابر رفتارهای ناقض امنیت غذایی را در سیاست‌جنایی تقنینی ایران و در بستر سیاست‌گذاری عمومی و کلان ملی زیر چتر اسناد بین‌المللی به تصویر می‌کشد که تحقق امنیت غذایی را در دنیا هدف‌گذاری، برنامه‌ریزی و هماهنگ می‌کنند. نتیجه این پژوهش مؤید آن است که جرم‌انگاری و پاسخ‌گذاری کیفری در بستر سیاست‌جنایی تقنینی ایران، بصورت غیرمنسجم و با برخی پیش‌روی‌ها و پس‌روی‌ها، بخشی از تهدیدهای ناقض ارکان و مؤلفه‌های روزآمدشده امنیت غذایی را پوشش می‌دهد و با گرایش به مدل‌های دولتی سیاست‌جنایی، اشکال نوین جرایم جهانی و تروریستی ناقض امنیت غذایی را در بر نمی‌گیرد.

کلیدواژه‌ها: امنیت غذایی، سیاست عمومی، سیاست‌جنایی ایران، بزه‌انگاری، پاسخ‌گذاری کیفری.

Jkoosh@yahoo.com

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

** دانش‌آموخته دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

M_ghorbany@sbu.ac.ir

تاریخ پذیرش: ۹۵/۰۶/۱۵

تاریخ دریافت: ۹۴/۱۱/۰۵

مقدمه

غذا در شمار نخستین و ضروری‌ترین نیازهای بشر طبقه‌بندی می‌شود. ادامه حیات، فعالیت، رشد و تعالی فردی و اجتماعی انسان نیز مرهون تغذیه مناسب و بهره‌مندی آحاد جامعه از غذای کافی و سالم است. از این رو نیاز انسان به غذا در برابر سایر نیازها، از منظر ابعاد زمانی، تغذیه‌ای، اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی ویژگی‌های متمایزی دارد. گزارش سازمان‌های بین‌المللی ذی‌ربط حاکی است که در یک دهه منتهی به ۲۰۱۵ میلادی، تعداد افراد در معرض گرسنگی و سوء تغذیه با ۱۶۷ میلیون نفر کاهش، به حدود ۷۹۵ میلیون نفر رسیده است.^۱ بدین سبب، دسترسی مداوم آحاد جامعه به غذای سالم و کافی با تعبیر امنیت غذایی،^۲ اهمیتی دوچندان یافته است. در همین راستا امنیت غذایی از سال ۱۹۷۴ میلادی در نشست‌های جهانی غذا^۳ مورد توجه قرار گرفت و مفهوم آن در نشست‌های بعدی تا دهه اول سال ۲۰۰۰ میلادی روزآمد شد.

در پی تداوم بحران جهانی فقر و گرسنگی و ضرورت تأمین غذای کافی و سالم برای آحاد مردم در سده معاصر، مبارزه با فقر و گرسنگی در اهداف توسعه هزاره^۴ سال ۲۰۰۰ میلادی برای کاهش تعداد چنین افرادی در دنیا به نصف تا سال ۲۰۱۵ میلادی و ترویج و تأمین امنیت غذایی و تغذیه با محوریت توسعه پایدار کشاورزی، هدف‌گذاری شد و در اهداف توسعه پایدار^۵ مصوب ۲۰۱۵ میلادی مجمع عمومی سازمان ملل متحد، به عنوان دومین هدف، تصریح و برقراری امنیت غذایی برای دوره زمانی ۲۰۱۶ تا ۲۰۳۰ میلادی به عزم جهانی ملل متحد بدل گردید.

هر چند درک عمیق ماهیت امنیت غذایی به عنوان مفهومی چندبعدی و میان‌رشته‌ای، نیازمند مطالعه مفاهیم اقتصادی، کشاورزی، صنایع غذایی، تغذیه‌ای، سیاسی و غیره و از محدوده این مقاله خارج است، اما فهم اجمالی آن (به عنوان پدیده اجتماعی و جنایی) برای بحث در حوزه سیاست جنایی اهمیت دارد. گفتنی است که پیشرفت دانش بشری موجب تحول و ارائه تعاریف جدید امنیت غذایی توسط نهادهای بین‌المللی شده است و نویسندگان حدود دویست تعریف از امنیت غذایی برشمرده‌اند.^۶ تعاریف ارائه‌شده با تحول و جهش‌های مفهوم امنیت غذایی از سطح فردی به جهانی،

1. Zhangyue, Zhou, "Achieving food security in China: past three decades and beyond", China Agricultural Economic Review, Vol. 2, Iss 3, 2010, p. 252.

2. Food Security

3. World Food Summit

4. Millennium Development Goals (MDGs)

5. Sustainable Development Goals (SDGs)

6. Simon, George-André, Food Security: Definition, Four dimensions, History, Basic readings as an introduction to Food Security for students from the IPAD Master, SupAgro, Montpellier attending a joint training programme in Rome, 2012, p. 4.

غلبه رکن دسترسی بر رکن موجود (کافی) بودن غذا، توسعه تعریف امنیت غذایی به سمت یکی شدن با تعریف ایمنی غذایی^۱ (به معنای قابلیت اطمینان و اعتمادزایی نظام غذایی) و تغذیه،^۲ تعیین اولویت‌های غذایی^۳ اعم از اجتماعی - فرهنگی، همچنین واسطه (و نه هدف) بودن آن برای تحقق زندگی پویا و سالم^۴ و مرتبط شدن مفهوم امنیت غذایی با حقوق بشر و حق بر توسعه همراه شده است. در نهایت نشست جهانی غذای سال ۱۹۹۶ میلادی، امنیت غذایی را در سطوح فردی، خانگی، ملی، منطقه‌ای و جهانی معنا کرد؛ موقعیتی که آحاد مردم، در تمام اوقات دسترسی فیزیکی و اقتصادی به غذای کافی، ایمن و مغذی داشته باشند تا نیازهای تغذیه‌ای و اولویت‌های غذایی خود را برای یک زندگی پویا و سالم برآورده (تأمین) کنند. این تعریف در نشست نامی غذایی^۵ ۲۰۰۱ میلادی به شرح زیر بهبود یافت:

«وضعیت امنیت غذایی هنگامی وجود دارد که تمام مردم در هر زمان، دسترسی فیزیکی، اجتماعی و اقتصادی به غذای کافی، ایمن و مغذی داشته باشند تا نیازهای تغذیه‌ای و اولویت‌های غذایی خود را برای یک زندگی پویا و سالم تأمین کنند.»^۶

در این راستا پاسخ عملی جامعه جهانی تمرکز بر هدف‌گذاری کاهش و حذف فقر و گرسنگی برای برنامه‌ریزی و سازمان‌دهی اقدامات دولتی ملی و بین‌المللی بود و نهادهای فراملی مانند برنامه جهانی غذای سازمان ملل متحد^۷ و بانک جهانی نیز در این راستا تعاریف دیگری از امنیت غذایی ارائه کردند.

در نظام تقنینی ایران، اصطلاح امنیت غذایی برای نخستین بار در قانون ماده واحده الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای بیابان‌زدایی در کشورهای که به طور جدی با خشکسالی و بیابان‌زایی مواجه می‌باشند،^۸ مصوب ۱۳۷۵ به کار رفت،^۹ در حالی که تعبیر ناامنی غذایی در قوانین ایران سابقه‌ای ندارد.^{۱۰} در پی آن

1. Food Safety
2. Nutrition
3. Food preferences

۴. بر اساس گزارش توسعه انسانی برنامه توسعه ملل متحد در سال ۱۹۹۴ میلادی که ساختار امنیت انسان و اجزای آن را برشمرد و امنیت غذایی تنها یکی از آنها بود.

5. The State of Food Insecurity, 2001
6. FAO, 2002, The State of Food Insecurity in the World 2001, Rome.
7. World Food Programme (WFP)

۸. این کنوانسیون در ۱۷ ژوئن سال ۱۹۹۴ میلادی (۲۷ خرداد سال ۱۳۷۳ شمسی) در پاریس تنظیم گردید.

۹. مقدمه، بند ت ماده ۲ بخش ۴ از بند ۳ ماده ۸ الحاقیه یک، بخش پ از بند سوم ماده ۱۰ و بند ۴، بند پ ماده ۴ الحاقیه ۴. همچنین در ماده ۱۰ این قانون آمده است: برنامه‌های عمل ملی ... اعتلای شیوه‌های معیشتی جایگزین و بهبود محیط‌های اقتصاد ملی به منظور تقویت برنامه‌هایی که در راستای فقرزدایی و تضمین امنیت غذایی اجرا شود (بخش ۴ از بند ۳ ماده ۱۰ قانون).

۱۰. تعبیر فقر غذایی (علاوه بر سوء تغذیه) در موارد اندکی در ادبیات تقنینی ملی (قوانین بودجه سال‌های ۱۳۸۵ و ۱۳۸۶ کشور) به کار رفته است.

امنیت غذایی در قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی اجتماعی فرهنگی در یک تعریف کاربردی «دسترسی همه افراد جامعه به غذای کافی و سالم»^۱ تعبیر شد و با آخرین تحولات فاصله دارد.

به منظور تمرکز و شناخت بخشی از ساختار خاص سیاست جنایی ایران در قبال نقض امنیت غذایی از طریق درک نامتغیرهای آن،^۲ مطالب این مقاله به نحوی سامان‌دهی شده است که امنیت غذایی ابتدا به عنوان پدیده اجتماعی و گذار آن به سوی پدیده جنایی، مطرح و در همین راستا، تعریف، مفهوم و ارکان آن همراه با مبانی حقوقی شکل‌گیری امنیت غذایی به مثابه هنجار حقوقی در پرتو حقوق بشر و اسناد بین‌المللی به اختصار تبیین می‌شود (قسمت نخست). در پاسخ به سؤال پژوهش و برای درک جایگاه و موقعیت امنیت غذایی در سیاست جنایی ایران، ابتدا منابع و جلوه‌های امنیت غذایی در بستر سیاست‌گذاری عمومی ایران (قسمت دوم) بررسی و در نهایت جلوه‌های مهم بزه‌نگاری و پاسخ‌گذاری کیفری ملی در قبال رفتارهای ناقض امنیت غذایی به عنوان گرانیگاه سیاست جنایی در حوزه جرایم داخلی و فراملی (تروریستی و جهانی‌شده)، تحلیل و زمینه مقایسه و برآورد هم‌سویی سیاست‌گذاری و قانون‌گذاری در ایران با اسناد بین‌المللی فراهم می‌شود (قسمت سوم).

۱. امنیت غذایی: از پدیده اجتماعی تا پدیده جنایی

امنیت غذایی یکی از ابعاد مهم امنیت اجتماعی است و با حقوق بشر پیوند تنگاتنگی دارد. واژه امنیت در این اصطلاح، به امنیت مردم از ناحیه غذا و تغذیه - و نه امنیت مواد غذایی - اشاره می‌کند.^۳ امنیت غذایی به عنوان پدیده اجتماعی چندبعدی، چندلایه و میان‌رشته‌ای، مفهوم، ارکان و اجزایی دارد که به عنوان ارزشی اساسی و مستلزم حمایت در جامعه جهانی و ایران پذیرفته شده و سیاست‌گذاری‌های عمومی و کلان آن را در بر گرفته‌اند. در اثر بروز ناهنجاری‌های سنتی و نوین در قالب انحراف‌ها و بزه‌های صنفی، انضباطی - اداری، مدنی و کیفری، امنیت غذایی به مخاطره افکنده می‌شود و به پدیده جنایی مبدل می‌گردد.

در این بخش، نخست امنیت غذایی به عنوان پدیده اجتماعی موضوع سیاست‌گذاری

۱. قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۷۹/۱/۱۷ مجلس شورای اسلامی، ماده ۱۹۴.

۲. دلماس - مارتی، می‌ری، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، برگردان علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۳، صص. ۱۲۸ - ۱۲۱.

3. Butrico, Gina Marie, Food Security and Identity: Iceland, MA, Kent State University, College of Arts and Sciences, Department of Geography, 2013, p.42.

عمومی، ماهیت‌شناسی می‌شود. سپس به صورت گذرا مبانی شکل‌گیری آن به مثابه هنجار حقوقی در سطوح فراتقنینی و تقنینی تبیین می‌گردد.

۱-۱. مفهوم و ارکان امنیت غذایی

مفهومی که نگارندگان با مذاقه در تعاریف مختلف فراملی و ملی از امنیت غذایی استنباط و اختیار کرده‌اند، عبارت است از دسترسی پایدار فیزیکی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی تمام آحاد جامعه (به ویژه اقشار در معرض آسیب یا نیازمند حمایت) در سطوح فردی، خانگی، ملی و جهانی به مقدار کافی از غذای پاک، ایمن، سالم و مغذی به منظور مصرف مبتنی بر اولویت‌های غذایی و دانش تغذیه‌ای برای داشتن زندگی پویا و سالم با بهره‌برداری صحیح و عادلانه از منابع طبیعی و در نظر گرفتن بهره‌مندی نسل‌های آتی. این قرائت از امنیت غذایی، ارکان و مؤلفه‌ها (موجود بودن، دسترسی، قابلیت مصرف و پایداری)، سطوح مختلف (فردی، خانگی، ملی و جهانی)، مشخصه‌های آیینی امنیت غذایی (مانند حلیت و حرمت در اسلام) و مسائل و چالش‌های روز آن، مانند چالش حفظ منابع تأمین غذا برای نسل‌های آتی و بهره‌گیری عادلانه و غیرمخرب از منابع طبیعی را نیز در بر می‌گیرد.

همچنین در منابع مطالعاتی چهار رکن اصلی موجود بودن غذا،^۱ در دسترس بودن غذا^۲ و مصرف (استفاده) از غذا^۳ و ثبات یا پایداری^۴ امنیت غذایی بر شمرده^۵ و سلامت یا ایمنی غذا و تناسب اجتماعی - فرهنگی برای قابلیت مصرف نیز به معیارهای امنیت غذایی تعبیر شده است.^۶ مؤلفه‌های جدیدی مانند اولویت‌های غذایی^۷ (دسترسی به غذای دارای اولویت به جای صرفاً دسترسی به غذای کافی) و تضامینی علیه مخاطره‌های مختل‌کننده امنیت غذایی^۸ نیز در سطح فراملی برای امنیت غذایی بر شمرده شده است. آژانس توسعه بین‌المللی ایالات متحده امریکا^۹ عامل اخیر را به عنوان عاملی کلیدی، نشانگر برخی علل نادیده گرفته شده در ناامنی غذایی^{۱۰} به ویژه

1. Food Availability
2. Food Access
3. Use or Usable
4. Stability
5. Butrico, Gina Marie, op. cit, p. 8.
6. World Commission on Environment and Development, Our Common Future, 1987.
7. Food Preferences
8. Safeguards against risks of disruption
9. The United States Agency for International Development (USAID)

۱۰. به عنوان نمونه کشوری که بیش از حد بر واردات غذا تکیه می‌کند و فاقد نظام غذایی داخلی با ثبات و پایدار است، بر اثر اختلال در واردات منتهی به کمبود و محدودیت غذایی داخلی، از منظر عامل اخیر با ناامنی غذایی مواجه می‌شود. در حالی که همین شرایط (اخلال در واردات) از منظر ارکان امنیت غذایی، در وضعیت حایز امنیت غذایی طبقه‌بندی می‌شود.

عوامل مرتبط با جهانی شدن غذا دانسته است. ضمن اینکه پیوند ناگسستنی امنیت غذایی و تغذیه موجب شده امنیت غذایی بدون تغذیه صحیح مفهومی نداشته باشد، همچنانکه مسأله ایمنی غذایی نیز به عنوان بخش ضروری امنیت غذایی و دانش تغذیه‌ای نیز بعد دیگر امنیت غذایی شناخته شده است.^۱

۲-۱. مبانی شکل‌گیری امنیت غذایی به مثابه هنجار حقوقی در پرتو حقوق بشر و اسناد بین‌المللی

امنیت غذایی بر پایه نیاز ضروری انسان‌ها به غذای کافی، سالم و مغذی برای ادامه حیات و رشد و بنابر مسئولیت دولت‌ها برای تحقق رفاه و امنیت اجتماعی از جمله حق بر غذای آحاد جامعه^۲ بنا نهاده شده است. تحقق این فرع از امنیت، مرهون زیرساخت‌های فنی - لجستیکی، مالی - اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی، سیاسی، اقلیمی، آب و هوایی و بهداشتی - سلامتی (به عنوان مبانی عمومی، علمی و فنی) است. پیدایش این مفهوم از یک سو حاصل نشست‌های جهانی غذا و اسناد بین‌المللی خاص است و از سوی دیگر، مفاهیم حقوق بشری و نسل‌های مختلف آن و اسناد بین‌المللی عام در شناسایی و پذیرش آن به عنوان یک هنجار حقوقی توسط دولت‌ها، نقش داشته و به تدریج در نظام‌های تقنینی ملی وارد شده است که به اختصار اشاره می‌شود.

۱-۲-۱. مبانی حقوق بشری نسل اول و دوم امنیت غذایی

امنیت غذایی مفهومی نو و مولود حقوق بشر نسل اول و دوم همچون حق بر امنیت، حق بر زندگی، حق بر غذا، حق بهره‌مندی از غذای کافی، حق بنیادین بر رهایی از گرسنگی و حق زندگی با معیارهای مناسب است. این حقوق در اعلامیه جهانی حقوق بشر^۳ (۱۹۴۸) و کنوانسیون‌های حقوق بشری بالاخص میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (مصوب ۱۹۶۶ و لازم‌الاجرا شده ۱۹۷۶) ذکر شده است. حق بر غذا نیز در معاهداتی مانند رفع تمامی اشکال تبعیض علیه زنان^۴ (۱۹۷۹)، اعلامیه جهانی حقوق کودک و معاهده حقوق کودک (۱۹۸۹) قابل رهگیری است و در اعلامیه اسلامی حقوق بشر قاهره از آن با تعبیر حق خوراک یا حق بر تغذیه و تأمین و تضمین حق هر انسان در زندگی شرافتمندانه شامل خوراک^۵ یاد شده است. همچنین

1. Ibid, pp. 42-43.

۲. اعلامیه کنفرانس جهانی تغذیه، ۱۹۹۶، ص. ۲۲۸، بند ۱۶.

۳. ماده ۲۵ به عنوان جزئی از حق زیستن با معیارهای مناسب.

۴. ماده ۱۲ بند ۲.

۵. همان، بند ج ماده ۱۷.

حق بر غذای کافی و رهایی از گرسنگی به عنوان حقی بنیادین، در بندهای اول و دوم از ماده ۱۱ معاهده بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ریشه دارد.

اعلامیه کنفرانس جهانی تغذیه (۱۹۹۲م) بر حق انسان‌ها در دستیابی به شرایط مناسب زندگی از جمله دسترسی به غذای کافی و حق دستیابی هر انسان به غذای سالم و کافی مبتنی بر علم تغذیه اشاره کرده است. اعلامیه کنفرانس جهانی حقوق بشر وین (۱۹۹۳) نیز برخورداری از سطح مناسب زندگی برای تندرستی و رفاه (از جمله تغذیه) را لازم دانسته و بر کاهش نرخ سوءتغذیه کودکان و برخورداری زنان از بالاترین استانداردهای سلامتی، جسمی و روانی در طول زندگی تأکید کرده است.

در همین راستا در اجلاس جهانی غذای سال ۱۹۹۶ با تأکید مجدد بر حق هر فرد به دسترسی به غذای ایمن (سالم) و مغذی و منطبق و سازگار با حق بر غذای مناسب (کافی) و حق بنیادین هر فرد بر عاری بودن از گرسنگی، از کمیسیونر عالی حقوق بشر ملل متحد خواسته شد تا با مشورت فائو، حقوق یادشده را تبیین کند. در واقع حق بر غذا از سال ۱۹۴۸ بموجب ماده ۲۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر به رسمیت شناخته شد، اما از اواسط دهه ۱۹۹۰ و مشخصاً از نشست جهانی غذای سال ۱۹۹۶م شفاف شد. متعاقباً کمیته اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی حقوق، با تصویب تفسیر کلی^۱ در سال ۱۹۹۹ دولت‌ها را در خصوص محتوای حق بر غذا راهنمایی کرد.

حقوق یادشده در اسناد بین‌المللی غیرالزام‌آوری مانند دستورالعمل حق بر غذای شورای سازمان خواربار ملل متحد (مصوب ۲۰۰۴ میلادی)، دستورالعمل اختیاری حمایت از شناسایی پیشرو حق بر غذای مناسب (کافی) در اوضاع و احوال امنیت غذایی جهانی (مصوب نوامبر ۲۰۰۴)^۲ و سند مهم موسوم به راهنمایی برای پیشبرد تحقق حق بر غذا در زمینه امنیت غذایی ملی^۳ نیز مشاهده می‌شود.^۴ اسناد منطقه‌ای مانند پروتکل تکمیلی الحاقی به معاهده امریکایی حقوق بشر در حوزه حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (موسوم به پروتکل سن سالوادور ۱۹۸۸)^۵ نیز حاوی چنین حقوقی است.

1. General comment
2. The Voluntary Guidelines to Support the Progressive Realization of the Right to Adequate Food in the Context of National Food Security (Right to Food Guidelines).
3. The Voluntary Guidelines for the Progressive Realisation of the Right to Food in the Context of National Food Security.
این سند مهم توسط ۱۸۷ کشور در شورای (هیأت) عمومی سازمان خواربار جهانی (فائو) تصویب شده است.
4. U.N Special Rapporteur on the Right to Food official Webpage, Available at <http://www.srfood.org/en/right-to-food>.
5. The Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights, known as the Protocol of San Salvador (1988), The African Charter on the Rights and Welfare of the Child (1990), The Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa (2003).

۲-۲-۱. مبانی حقوق بشری نسل سوم امنیت غذایی

امنیت غذایی در حق بر توسعه^۱ به عنوان حق بشری نسل سوم نیز ریشه دارد. حقی که برای نخستین بار در قطعنامه شماره ۴۱/۱۲۸ مجمع عمومی سازمان ملل متحد در سال ۱۹۸۶ به رسمیت شناخته شد. در حالی که توسعه پایدار در سند کمیسیون جهانی محیط زیست و توسعه موسوم به آینده مشترک ما در سال ۱۹۸۷ به توسعه‌ای که نیازهای نسل حاضر را بدون خدشه به توانایی نسل‌های آینده در تأمین نیازهای خود برآورده می‌کند، تعبیر شده بود، مجمع عمومی سه دهه بعد در سند موسوم به دگرگونی دنیای ما: برنامه توسعه پایدار (تا) سال ۲۰۳۰ میلادی^۲ از مجموعه اهداف هفده‌گانه توسعه پایدار برای دوره پانزده ساله ۲۰۱۶ تا ۲۰۳۰ میلادی، مصوب هفتادمین نشست مجمع عمومی سازمان ملل متحد سپتامبر ۲۰۱۵ - تدوین شده مقارن اتمام دوره اهداف هشت‌گانه توسعه هزاره مصوب سال ۲۰۰۰ میلادی - بر مفهوم زیر از توسعه پایدار تأکید کرد:

«حذف فقر در تمامی اشکال و ابعاد آن، مبارزه با نابرابری در داخل و میان کشورها، حفظ و حراست از زمین، ایجاد رشد پایدار، فراگیر و مستمر اقتصادی و پرورش اجتماعی...»

هدف دوم از مجموعه برنامه توسعه پایدار تا سال ۲۰۳۰ میلادی به صراحت تضمین امنیت غذایی، تغذیه و کشاورزی پایدار را برشمرده است. پیش‌تر در اجلاس ریو به علاوه بیست سال ۲۰۱۲ با عنوان توسعه پایدار^۳ بر موضوع امنیت غذایی تأکید شد. در بخشی از سند این اجلاس با عنوان آینده‌ای که ما می‌خواهیم، به حق توسعه، حق بر زندگی با استانداردهای مناسب بر حق بر غذا و امنیت غذایی اشاره^۴ و در بخش دیگر به امنیت غذایی و تغذیه و کشاورزی پایدار (بند ۱۰۸ تا ۱۱۸) و در ادامه به آب و سلامت (از بند ۱۱۹ تا ۲۴) پرداخته شد. در بخش امنیت غذایی و تغذیه سند اجلاس مذکور، بر تعهدات دولت‌ها به در نظر گرفتن حق آحاد مردم بر دسترسی به غذای ایمن، کافی و مغذی سازگار و متناسب با حقوق یادشده مجدداً تأکید گردید.^۵ ضمن اینکه مفاهیم نوی دیگری مانند دفاع از غذا، حمایت از غذا، عدالت غذایی، حاکمیت غذایی^۶

1. Right to Development
2. UN RESOLUTION ADOPTED BY THE GENERAL ASSEMBLY ON 25 SEPTEMBER 2015 (A/70/L.1)], "TRANSFORMING OUR WORLD: THE 2030 AGENDA FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT".
3. The United Nations Conference on Sustainable Development, Rio de Janeiro, Brazil, from 20 to 22 June 2012.
4. UN RESOLUTION (A/70/L.1), OP.CIT.
5. UN Resolution of United Nations Conference on Sustainable Development, The Future We Want, Rio de Janeiro, Brazil, June 2012, A/RES/66/288.
6. Food Defense, Food Protection, Food Justice, Food Sovereignty.

نیز در ادبیات موضوع قابل مشاهده و محصول پیشرفت‌های همین حوزه است.^۱ حال با در نظر گرفتن امنیت غذایی به عنوان پدیده اجتماعی و متعاقب سیاست‌گذاری عمومی، گونه‌هایی از تهدیدهای ناقض امنیت غذایی به عنوان پدیده جنایی در نظام تقنینی ایران بزه‌انگاری^۲ شده و با تدابیر اجتماعی یا حقوقی پاسخ‌گذاری شده است، از این رو شامل مدل سیاست‌جنایی صفر نیست. ضروری است این پدیده جنایی در چارچوب سیاست‌جنایی نظام‌یافته، جامع و با اتخاذ راهبردهای کنشی و واکنشی با الهام از اسناد بین‌المللی و فرامنطقه‌ای (بیشتر غیرکیفری) – که زیرساخت‌ها و برنامه‌های تحقق امنیت غذایی را در چارچوب توسعه پایدار در دنیا سیاست‌گذاری، برنامه‌ریزی و هماهنگ می‌کنند – با توجه به ظرفیت‌ها و شرایط بومی کشور، مدیریت و مهار شود.

۲. امنیت غذایی در بستر سیاست‌گذاری عمومی ملی

سیاست جنایی مانند انواع سیاست‌های اقتصادی، سیاسی، فرهنگی و اجتماعی یا بهداشتی، در چارچوب سیاست عمومی دولت‌ها ترسیم، تعریف و اجرا می‌شود.^۳ به بیان دیگر سیاست‌گذاری جنایی خود تابع و بخشی از سیاست‌گذاری عمومی^۴ است که در مفهوم امروزی و موسع خود به یکی از قلمروهای سیاسی – اجتماعی بدل شده است.^۵ به تعبیر کریستین لازرژ استاد فرانسوی «سیاست‌جنایی در چارچوب یک استراتژی (راهبرد) کلی که چیزی جز سیاست اجتماعی یک دولت معین یا جامعه‌ای از دولت نیست، قرار می‌گیرد ... هر رویکرد سیاست‌جنایی مستلزم خوانش آموزه‌ها در زمینه کیفری نیز هست، زیرا راه‌حل‌های پیشنهادی به منظور خنثی کردن و حل و فصل (مسائل ناشی از) پدیده مجرمانه، در معنای وسیع کلمه سیاسی است.»^۶

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص دفاع از غذا و حمایت از غذا ر.ک:

Busta, Francis; Kennedy, Shaun, Chapter 7: Defending the Safety of the Global Food System from Intentional Contamination in a Changing Market, *Advances in Food Protection-Focus on Food Safety and Defence*, (NATO Science for Peace and Security Series- A: Chemistry and Biology, edited by Magdy Hefnawy, Springer, 2011, p. 52.

۲. با اشاره به مفهوم موسع بزه‌انگاری در ادبیات سیاست جنایی (اعم از جرم‌انگاری)، تعبیر نابهنجارانگاری نیز در برخی متون سیاست جنایی قابل مشاهده است، ر.ک: حسینی، سیدمحمد، سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران، انتشارات دانشگاه تهران و سمت، چاپ سوم، ۱۳۹۳.

۳. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، سیاست جنایی: از مدل‌ها تا جنبش‌ها، دیپاچه در: دلماس-مارتی، می‌ری، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، برگردان علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دوم، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳، ص. ۴۶.

4. Public Pulicy

۵. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، از سیاست کیفری تا سیاست جنایی، پیش‌گفتار مترجم در: لازرژ، کریستین، درآمدی به سیاست‌جنایی، برگردان علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ چهارم، تهران، میزان، ۱۳۹۲، ص. ۱۵.

۶. لازرژ، کریستین، درآمدی بر سیاست جنایی، مترجم: علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ چهارم، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۲، صص. ۴۶-۴۵.

از این رو دریافتن چارچوب سیاست‌جنایی ایران بدون اشراف بر سیاست عمومی مرتبط (به تعبیر برخی کشورها سیاست غذایی)^۱ امکان‌پذیر نیست و برای دست یافتن به رویکرد و محتوای سیاست‌گذاری عمومی در این عرصه، شناخت منابع و رویکرد سیاست‌گذاری و مصادیق و جلوه‌های آن ضروری است. سیاست‌گذاری عمومی ایران در حوزه امنیت غذایی با رویکرد ایجاد و تقویت زیرساخت‌ها، حمایت و پیشگیری (غیرکیفری) مرهون اسناد بالادستی و در صدر آنها قانون اساسی و سپس، اسناد ملی متعددی از جمله سند چشم‌انداز بیست ساله کشور و سیاست‌های اقتصاد مقاومتی و سایر اسناد موسوم به سیاست‌های کلی است که توسط رهبر انقلاب با مشورت مجمع تشخیص مصلحت نظام تدوین و ابلاغ شده است.

۱-۲. قانون اساسی

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، در بخش مقدمه، اصول سوم (ایجاد رفاه و برطرف ساختن هر نوع محرومیت در زمینه‌های تغذیه) و چهل و سوم (۱- تأمین نیازهای اساسی: خوراک، ... بهداشت، ... ۶- منع اسراف و تبذیر در همه شئون مربوط به اقتصاد، اعم از مصرف، ... ۹- تأکید بر افزایش تولیدات کشاورزی، دامی و صنعتی که نیازهای عمومی را تأمین کند و کشور را به مرحله خودکفایی برساند و از وابستگی برهاند) به مقوله غذا و تغذیه و بخشی از زیرساخت‌های تحقق امنیت غذایی توجه و اشاره کرده است. برخی حقوق‌دانان داخلی از این تدابیر به عنوان تدابیر حمایت‌کننده از حقوق انسانی و تضمین‌کننده امنیت جانی یاد کرده‌اند.^۲ همچنین در زمره الزامات تحقق این فرع از امنیت، اصل بیست و نهم قانون اساسی برخورداری از تأمین اجتماعی (چندلایه) اعم از حوزه‌های درمانی و حمایتی و خدماتی را حقی همگانی اعلام نموده که دولت موظف به تأمین آن است.

۲-۲. سند چشم‌انداز و سیاست‌های اقتصاد مقاومتی

ایران در سند چشم‌انداز بیست‌ساله در افق ۱۴۰۴ ششمی برخوردار از امنیت غذایی معرفی شده^۳ و در سیاست‌های اقتصاد مقاومتی^۴ نیز بر تأمین امنیت غذایی، درمان، ایجاد ذخایر راهبردی با تأکید بر افزایش کمی و کیفی تولید، مدیریت و اصلاح

1. Food Policy

۲. هاشمی، سیدمحمد، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، تهران، میزان، ۱۳۸۴، ص. ۲۸۲.

۳. «ایران در افق ۱۴۰۴ ششمی ... برخوردار از سلامت، رفاه، امنیت غذایی، تأمین اجتماعی، فرصت‌های برابر، توزیع مناسب درآمد، نهاد مستحکم خانواده، به دور از فقر، فساد، تبعیض و بهره‌مند از محیط زیست مطلوب است.»

۴. بندهای هفتم و هشتم سیاست‌های کلی اقتصاد مقاومتی.

الگوی مصرف و غیره به عنوان نخستین اقدام برای دستیابی به امنیت غذایی مانند برخی کشورهای دنیا تأکید شده است. الزامات اقتصادی، سیاسی و اجتماعی که امنیت غذایی بر آنها بنا شده نیز در این اسناد مورد توجه قرار گرفته است.^۱

۲-۳. سیاست‌های کلی بخش کشاورزی

در برخی مطالعات صورت گرفته راجع به سنجش سطح امنیت غذایی در دنیا، کشورهایی در رده بالاتر از میانه و بالا سنجش و طبقه‌بندی شده‌اند^۲ که به استحصال غذا از منابع داخلی به‌ویژه کشاورزی برای تضمین موجود و کافی بودن غذا، دسترسی و پایداری در مقایسه با اتکای تأمین غذا بر خرید و واردات آن از سایر کشورها یا بازارهای جهانی - به دلیل امکان کنترل مضاعف، حصول خودکفایی در محصولات استراتژیک و نیل به استقلال غذایی و کاهش مخاطره‌های ناشی از عدم امکان تأمین کوتاه یا بلندمدت تمام یا بخشی از مواد غذایی ضروری در مقاطعی از زمان با قیمت مناسب و غیره - اتکا کرده‌اند. بنابراین توسعه کشاورزی داخلی، جدی‌ترین انتخاب برای تأمین غذای کافی است. همچنین بهره‌وری کشاورزی به منظور ارتقاء میزان تولید مواد غذایی با استفاده متعادل از منابع طبیعی، دخالت فناوری‌های نو مبتنی بر تحقیق و توسعه، تعامل چندجانبه با کشورها همگام با پیشرفت‌های روز دنیا از جمله یافته‌ها جهت ارتقای سطح امنیت غذایی است.

سند بالادستی ملی با عنوان سیاست‌های کلی نظام در بخش کشاورزی با رویکردی مشابه تدوین شده و به‌درستی بر توسعه پایدار کشاورزی با حفاظت از منابع طبیعی پایه و صیانت و توانمندسازی منابع انسانی تکیه نموده و «تأمین امنیت غذایی را با تکیه بر تولید از منابع داخلی و نیل به خودکفایی در محصولات اساسی، ارتقاء سطح سلامت مواد غذایی تا استاندارد جهانی، اصلاح و بهینه نمودن الگوی مصرف و حمایت مؤثر از تولید و صادرات محصولات دارای مزیت» ممکن دانسته است.

۱. ر.ک: سیاست‌های اقتصاد مقاومتی، ابلاغی رهبر انقلاب، «... مانند به حداکثر رساندن مشارکت آحاد جامعه در فعالیت اقتصادی ... و تأکید بر ارتقاء درآمد و نقش طبقات کم درآمد و متوسط (بند یک)، افزایش سهم تولید و صادرات محصولات و خدمات دانش بنیان (بند دو)، محور قراردادن رشد بهره‌وری در اقتصاد ... (بند سه)، اجرای هدفمند یارانه‌ها در جهت افزایش تولید، اشتغال و بهره‌وری ... ارتقاء شاخص‌های عدالت اجتماعی (بند چهار)، سهم‌بری عادلانه عوامل در زنجیره تولید تا مصرف متناسب با نقش آنها ... (بند پنجم)، افزایش تولید ... ایجاد تنوع در مبادی تأمین کالاهای وارداتی با هدف کاهش وابستگی به کشورهای محدود و خاص (بند ششم)، ایجاد ثبات در اقتصاد ملی (بند نهم)، توسعه ... گسترش همکاری و مشارکت با کشورهای منطقه و جهان (بند دوازدهم)، شفاف و روان‌سازی نظام توزیع و قیمت‌گذاری و روزآمد کردن شیوه‌های نظارت بر بازار (بند بیست و سوم)» و غیره.

2. Bingxin, Yu; Lingzhi, You, "A typology of food security in developing countries", China Agricultural Economic Review, Vol. 5, Iss. 1, 2013, pp. 118-153.

۴-۲. سیاست‌های کلی محیط زیست

مقوله محیط زیست و مدیریت بهره‌برداری از آن برای تأمین غذای حال و آینده با امنیت غذایی پیوندی ناگسستنی دارد. تجربه اجرای سیاست‌های امنیت غذایی در کشورهایی مانند چین، پس از سه دهه تلاش ثابت کرده که تحقق پایدار این امنیت، نیازمند مدیریت منابع طبیعی و زیست محیطی است.^۱ در غیر این صورت با حصول امنیت غذایی مقطعی، پایداری امنیت غذایی تهدید شده و در آینده منتهی به ناامنی غذایی دوره‌ای خواهد شد. از این رو سند سیاست‌های کلی محیط زیست تحولات روز دنیا در این حوزه مانند اقتصاد سبز را با فرهنگ و شرایط بومی کشور در هم آمیخته است.

اهم سیاست‌های کلی موضوع سند یادشده شامل استفاده عادلانه برای امکان تداوم بهره‌برداری از محیط زیست در نسل‌های آتی (با تعبیر رعایت عدالت و حقوق بین نسلی)، اعمال محدودیت قانونمند در بهره‌برداری از منابع متناسب با توان اکولوژیک (ظرفیت قابل تحمل و توان بازسازی) آنها بر اساس شاخص‌های پایداری، گسترش اقتصاد سبز^۲ و تدوین منشور اخلاق محیط زیست و ترویج و نهادینه‌سازی فرهنگ و اخلاق زیست محیطی مبتنی بر ارزش‌ها و الگوهای سازنده ایرانی اسلامی، گسترش سطح آگاهی، دانش و بینش زیست محیطی جامعه، تقویت فرهنگ و معارف دینی مشارکت و مسئولیت‌پذیری اجتماعی و غیره است که با مؤلفه‌ها و زیرساخت‌های امنیت غذایی تعامل مستقیم و غیر مستقیم دارد.

۵-۲. سیاست‌های کلی و قوانین برنامه‌های پنج‌ساله توسعه

سیاست‌های کلی و قوانین برنامه‌های پنج‌ساله سوم تا ششم توسعه کشور از اواخر دهه هفتاد شمسی، متعاقب شناسایی، تعریف و تأکید بر امنیت غذایی، مسیری را پیگیری کرده‌اند که از توجه و حمایت غیرمستقیم و مستقیم مقنن به ابعاد و ارکان امنیت غذایی حکایت دارد. اهم برنامه‌های مقرر در این قوانین در فراهم ساختن زیرساخت‌های تأمین امنیت غذایی، نقش ایجابی و در نفی فرصت‌های مجرمانه و ناامنی غذایی نقش سلبی ایفا می‌کرد. از منظر مفهوم مضیق پیشگیری، به نظر می‌رسد برخی برنامه‌های مقرر، به اقدامات پیشگیری وضعی^۳ و حذف یا تعدیل‌کننده موقعیت‌های مخاطره‌آمیز برای ارتکاب کژروی یا رفتارهای مجرمانه نزدیک هستند. امید است با

1. Zhangyue Zhou, op. cit., pp. 265-266.

2. Green Economy, for more information See: Fulai, Sheng; et al, Uncovering Pathways towards an Inclusive Green Economy (A summary for Leaders), UNEP, 2015.

۳. برای مطالعه بیشتر ر.ک: صفاری، علی؛ صابری، راضیه، «ضوابط حقوقی - جرم شناختی پیشگیری وضعی

از جرم»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۸، پاییز- زمستان ۱۳۹۳، صص. ۱۸۰-۱۴۵.

اجرای آنها و ارتقاء سطح شاخص‌های ارزیابی امنیت غذایی، جایگاه فعلی امنیت غذایی ایران در دنیا ارتقاء یابد.

سیاست مقنن در قانون برنامه پنجم توسعه (مصوب ۱۳۸۹) تعریف رسالت‌های جدید آموزشی - فرهنگی به منظور تکمیل و تداوم برنامه‌های حمایتی و پیشگیرانه قبلی و جدید در زنجیره تأمین غذا و عوامل فعال در تحقق امنیت غذایی، برجسته کردن برخی زیرساخت‌های اقتصادی - اجتماعی، سلامت، فرهنگی و آموزشی، ایجاد نظام اطلاع‌رسانی دقیق و شفاف و ارتقاء سواد تغذیه‌ای مردم، نظارت‌های ایمنی - بهداشتی بر واردات و صادرات و سایر الزامات امنیت غذایی بود. در سرفصل سیاسی - امنیتی این قانون (مواد ۲۰۳ تا ۲۰۹) نیز مقابله با بیوتروریسم (تروریسم زیستی)، پیشگیری و مقابله با فساد و اختلال در امنیت اقتصادی، جرایم سازمان یافته ضدامنیتی، اقدامات تروریستی و تهدیدهای نرم امنیتی با قید مشارکتی کردن، تقویت و تحکیم امنیت پایدار به وزارت اطلاعات تکلیف شده بود.

به رغم سیاست‌های کلی ابلاغی برنامه پنجم توسعه^۱ در سیاست‌های کلی برنامه ششم توسعه کشور به امنیت غذایی مستقیماً اشاره نشده و از این رو شایسته نقد است، هر چند در سرفصل اجتماعی آن، به فرهنگ‌سازی و اجرای سیاست‌های کلی سلامت و سیاست‌های کلی جمعیت ارجاع شده که هر دو به امنیت غذایی و الزامات آن توجه دارند. با این حال در جریان تصویب لایحه قانون برنامه ششم توسعه در مجلس شورای اسلامی، ماده ۳۱ قانون مذکور (مصوب اسفند ۱۳۹۵) در بخش هفتم با عنوان کشاورزی به موضوع امنیت غذایی اختصاص یافت. مقنن ایرانی به منظور حصول اهداف بند ششم و هفتم سیاست کلی اقتصاد مقاومتی به منظور تأمین امنیت غذایی و نیل به خودکفایی ۹۵ درصدی در محصولات اساسی زراعی، دامی و آبی در پایان اجرای برنامه ششم و تحقق تراز تجاری مثبت، تقویت و تکمیل زنجیره‌های تولید و توسعه صادرات و ارتقای بهره‌وری آب و خاک که همگی در تحقق امنیت غذایی پایدار نقش اساسی دارند، سیزده عنوان اقدام را به دولت تکلیف نمود. در ادامه، اهداف و شاخص‌های کمی در حوزه‌های مختلف راهبرد امنیت غذایی به صورت سالانه در طول پنج‌ساله برنامه ششم و مقایسه با آخرین وضعیت اهداف کمی در پایان سال ۱۳۹۳ شمسی به منظور تحقق امنیت غذایی، سلامت و غنی‌سازی محصولات کشاورزی و توسعه صنایع کشاورزی در زنجیره‌های عرضه هدف‌گذاری شد.

موضوع محصولات تراریخته که بحث پیرامون آن در زمان طرح لایحه در مجلس (نیمه دوم سال ۱۳۹۵) در جامعه و رسانه‌ها بالا گرفته و موافقان و مخالفان جدی پیدا

۱. بند ۱۹ سیاست‌های کلی برنامه پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی.

کرده بود، با رویکرد ممنوعیت رهاسازی، تولید، واردات و مصرف در چارچوب قانون ایمنی زیستی ج.ا.ایران (مصوب ۱۳۸۸) و رعایت مقررات ملی و بین‌المللی تقنین گردید. در این خصوص، دولت ضمن انجام آزمایش‌های مواد غذایی و فرآورده‌های غذایی وارداتی، موظف به اطلاع‌رسانی این محصولات و خطرهای احتمالی آن به مردم شد.

همچنین برخی تکالیف قوانین برنامه پیشین در قانون برنامه ششم تکرار شد. این تکالیف عبارتند از اعلام فهرست مواد و فرآورده‌های غذایی سالم، ایمن و سبب غذایی مطلوب برای گروه‌های سنی مختلف در سال اول برنامه و تعیین حد مجاز سموم باقیمانده در مواد و فرآورده‌های غذایی توسط وزارت بهداشت با همکاری وزارت جهاد کشاورزی و ممنوعیت عرضه محصولات که به صورت غیر مجاز از سموم و کودهای شیمیایی استفاده کرده‌اند (بند ت ماده ۷۲).

در حوزه توسعه و ترویج اقتصاد کشاورزی و ارتقای سهم کشاورزی در اقتصاد، نیز برنامه‌های آموزشی، حمایتی، اقتصادی و توسعه‌ای مبتنی بر سیاست‌های کلی اقتصاد مقاومتی منظور شده است (بندهای الف تا ر ماده ۳۳).

در حوزه سیاست‌های اجتماعی و اقتصادی امنیت غذایی در برنامه ششم توسعه، تأمین سلامت مادر و کودک و ارتقای شاخص نسبت مرگ مادر و نوزادان (ماده ۷۶)، حمایت از اقشار آسیب‌پذیر بالاخص توانمندسازی زنان سرپرست خانوار (بند ت ماده ۸۰)، تأمین تسهیلات اشتغال برای مددجویان کمیته امداد و بهزیستی (بخش ب ماده ۸۰) و پرداخت مستمری خانوارهای ایشان متناسب با سطح محرومیت بر مبنای ۲۰ درصد کمترین دستمزد مصوب شورای عالی کار علاوه بر یارانه (ماده ۷۹)، بهبود کیفیت زندگی ساکنان سکونت‌گاه‌های غیر رسمی و ترویج مهاجرت معکوس ... و ممانعت از توسعه حاشیه‌نشینی، استقرار و روزآمدسازی نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی چندلایه (بخش پ و چ ماده ۸۰) مشهود است.

۲-۶. قوانین عادی

در نظام تقنینی ایران علاوه بر سیاست‌گذاری‌های عمومی و کلان یادشده و بعضاً قبل از آنها، قوانین عادی متعدد غیر کیفری در خصوص غذا، تغذیه، ایمنی و بهداشت مواد غذایی و غیره تصویب شده است که سیاهه مفصل و با قدمتی دارد.^۱ قوانین مذکور

۱. شامل قانون تشکیل ایالات و ولایات و دستورالعمل حکام مصوب ۱۲۸۶ (تعیین وظیفه حاکم برای مراقبت برای عدم احتکار گندم به عنوان کالای اساسی و سایر ارزاق و خرید و فروش آزادانه و به قیمت عادلانه در تمام شهر)، قانون تفتیش صحت حیوانات (۱۳۱۴)، قانون سازمان وزارت بهداشتی (۱۳۲۴)، قانون اجازه الحاق دولت ایران به سازمان بهداشت جهانی (۱۳۲۷)، قانون اجازه تأسیس مؤسسه خواربار و تغذیه ایران (۱۳۴۳)، قانون شکار و صید (۱۳۴۶) با اصلاحات ۱۳۵۳، ۱۳۵۸ و ۱۳۷۵، اساسنامه سازمان گوشت کشور (۱۳۴۷)، قانون

که بخشی از آن پیش از پیدایش عنوان و مفهوم نوین امنیت غذایی و گاهی بدون اشراف بر آن تصویب شده است، امروزه مبین تکالیف قانونی نهادها و سازمان‌های ذیربط در تحقق امنیت غذایی از طریق برنامه‌ریزی، پشتیبانی، حمایت، پیشگیری و نهایتاً نظارت و پایش ارکان امنیت غذایی نزد فعالان زنجیره تأمین غذا است. همچنین مقررکننده سیاست‌های دولتی مستقیم یا غیر مستقیم مؤثر بر امنیت غذایی مانند وضع برخی تدابیر اقتصادی از جمله برقراری یا حذف معافیت مالیاتی یا افزایش یا کاهش عوارض، افزایش یا تثبیت قیمت یا سیاست‌های تبلیغاتی راجع به برخی مواد غذایی خاص مانند نوشابه و مواد لبنی نیز هست.^۱

پس از تبیین اجمالی رویکرد، جلوه‌ها و منابع سیاست‌گذاری عمومی در خصوص امنیت غذایی به عنوان پدیده اجتماعی، نوبت به واکاوی بزه‌انگاری و پاسخ‌گذاری کیفری در قبال رفتارهای ناقض امنیت غذایی به عنوان پدیده جنایی می‌رسد.

۳. تهدیدهای امنیت غذایی و ضرورت پاسخ‌گذاری

به تناسب اهمیت رفتارهای دور از هنجارهای جامعه‌ی - حقوقی امنیت غذایی، ویژگی‌ها، گستره و شدت مخاطره‌های بالقوه یا بالفعل، آثار، نتایج و آسیب‌های ناشی از آنها و ماهیت نظام‌های سیاسی - اجتماعی از منظر رویکردهای متفاوت مقابله با آنها،

راجع به وظائف و اختیارات استانداران (۱۳۳۹)، قانون اجازه الحاق دولت ایران به میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی - اجتماعی و فرهنگی (۱۳۵۴)، قانون بیمه محصولات کشاورزی (مصوب ۱۳۵۵ و ۱۳۶۲ با اصلاحات ۱۳۸۴ و ۱۳۸۷)، قانون تشکیل وزارت بهداشت (۱۳۶۴) و قانون تشکیلات و وظایف وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی (۱۳۶۷)، قانون تشکیل انستیتوی علوم تغذیه و صنایع غذایی ایران (۱۳۵۵) و قانون اساسنامه انستیتو تحقیقات تغذیه‌ای و صنایع غذایی کشور (۱۳۷۰)، قانون ترویج تغذیه با شیر مادر و حمایت از مادران در دوران شیردهی (۱۳۷۴)، قوانین اصلاح قوانین و مقررات مؤسسه استاندارد و تحقیقات صنعتی ایران (۱۳۷۱ و ۱۳۷۶)، قانون اجازه الحاق دولت ج.ا.ایران به کنوانسیون حقوق کودک (۱۳۷۲)، قانون سازمان دامپزشکی کشور و قانون تأسیس سازمان نظام دامپزشکی کشور (۱۳۷۶)، قانون تشکیل وزارت جهاد کشاورزی (۱۳۷۹)، قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی (۱۳۸۳)، قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان (۱۳۸۸)، قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی (۱۳۸۹)، قانون تأسیس سازمان نظام مهندسی و کشاورزی و منابع طبیعی (۱۳۸۰)، قانون نظام جامع دامپروری کشور (۱۳۸۸).

۱. به عنوان نمونه ر.ک: سیاست اقتصادی اخذ عوارض از انواع چربی‌های وارداتی دارای اسیدهای چرب اشباع و غیراشباع بیش از حد مجاز و نوشابه‌های گازدار مصرفی و صرف منابع مالی حاصل از آن جهت افزایش سرانه شیر در بند ح ماده ۳۱ قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه ج.ا.ایران (مصوب اسفند ۱۳۹۵) و قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب ۱۳۸۷، بند الف ماده ۳ قانون اصلاح موادی از قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ج.ا.ایران و چگونگی برقراری و وصول عوارض و سایر وجوه از تولیدکنندگان کالا، ارائه‌دهندگان خدمات و کالاهای وارداتی (موسوم به قانون تجمیع عوارض مصوب ۱۳۸۱)، تصویب نامه مورخ ۱۳۸۴/۱۲/۲۸ هیأت وزیران در خصوص نحوه تبلیغات محصولات غذایی و خودداری از توزیع نوشابه‌های گازدار در غذاخوری‌ها و غیره، بند ق از تبصره ۱۴ قانون بودجه سال ۱۳۸۶، ماده یک قانون اجازه وصول مالیات غیر مستقیم از برخی کالاها و خدمات مصوب ۱۳۷۴.

اقتضا دارد بزه‌انگاری و پاسخ‌گذاری حقوقی صورت گرفته به عنوان واکنش جامعه در برابر مرتکب متفاوت است. همچنین بزه‌انگاری و انتخاب نوع و نحوه پاسخ‌گذاری به دلیل حساسیت و تأثیر مستقیم رفتارهای مخاطره‌آمیز و آثار نوعاً فوری بر سلامت و بهداشت و امنیت آحاد جامعه و گستردگی کنشگران متعدد زنجیره تأمین غذا اعم از تولید، توزیع، مصرف‌کنندگان، شایان توجه است. بنابراین شناخت رویکرد و مشخصه‌های بزه‌انگاری و پاسخ‌گذاری مدنی و کیفری در بستر سیاست‌جنایی اهمیت وافری دارد.

بزه‌انگاری و پاسخ‌گذاری مدنی سیاست‌جنایی که موضوع بحث این مقاله نیست، نوعاً بر مسئولیت مدنی و جبران انواع خسارت وارد بر زیان‌دیده و اعاده وضعیت وی به پیش از بروز رفتار زیان‌بار، همچنین نقش‌آفرینی نهادهای دادرسی مدنی برای توقف استمرار یا تشدید زیان متمرکز شده و در برخی کشورها با وضع خسارت تنبیهی^۱ به ساحت پاسخ‌اداری - کیفری نیز وارد شده است. به نظر می‌رسد سیاست‌های جنایی دولتی مالمال از پاسخ‌گذاری کیفری در اثر حاکمیت اصل مداخله کمینه کیفر^۲ به دلیل ملاحظات عدیده مربوط به آن و هزینه‌های اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی بالای ناشی از بکارگیری حقوق کیفری، محکوم به تعدیل و محدودیت جرم‌انگاری‌های بجا، به اندازه و کیفرهای مؤثر، کارآ و متناسب هستند. بنابراین به نظر می‌رسد همچنان اولویت با پرهیز از جرم‌انگاری متورم، تمرکز بر بزه‌انگاری و پاسخ‌گذاری غیرکیفری و اتخاذ رویکرد عدالت ترمیمی در برابر رفتارهای مخاطره‌آمیز خفیف، اتفاقی و غیر حرفه‌ای ناقض امنیت غذایی است.

در ادامه جلوه‌های بزه‌انگاری و پاسخ‌گذاری کیفری ملی در برابر بزه‌های ناقض امنیت غذایی در بستر سیاست جنایی ملی تبیین می‌شود.

۱-۳. بزه‌انگاری و پاسخ‌گذاری کیفری ملی

سیاست جنایی مطابق تعریف استاد می‌ری دلماس - مارتی، مجموعه روش‌هایی است که هیأت اجتماع با توسل به آنها پاسخ‌های مختلف به پدیده جنایی را سازمان می‌بخشد.^۳ همچنین برخی جرم‌شناسان ایرانی^۴ دانش سیاست جنایی را «مطالعه

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص خسارت تنبیهی ر.ک: داراب‌پور، مهرباب؛ سلطانی احمدآباد، سعید، «فلسفه حقوقی و ماهیت خسارت تنبیهی»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۲، ۱۳۹۴، صص ۹۰-۶۱.

۲. برای مطالعه بیشتر در خصوص اصل مداخله حداقلی کیفر و حقوق کیفری ر.ک: نوبهار، رحیم، «اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۱، تابستان ۱۳۹۰، صص ۱۱۴-۹۱.

۳. دلماس - مارتی، می‌ری، منبع پیشین، صص ۶۸ و ۱۰۳.

۴. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، درباره اصطلاح سیاست‌جنایی، پیش‌گفتار مترجم در: لازرژ، کریستین، منبع پیشین، صص ۳۴.

اقدام‌ها و تدبیرهای متنوع قابل اعمال توسط دولت و جامعه مدنی اختصاصاً برای سرکوبی پدیده مجرمانه، پیشگیری از آن، حمایت از بزه‌دیدگان مستقیم و غیر مستقیم بزهکاری به عنوان پاسخ‌هایی به وضعیت‌های پیش‌جنایی یا ماقبل بزهکاری، جرایم ارتكابی و نیز ترمیم آثار زیان‌بار بزه از جمله پیشگیری از تکرار جرم در قالب آیین‌ها و روش‌های مختلف» تعریف نموده و پدیده جنایی را اعم از تخلف، کژروی، ناهنجاری و بزه کیفری (جرم) دانسته‌اند. بنابراین پدیده جنایی از دل پدیده اجتماعی بیرون می‌آید و سیاست جنایی از درون سیاست عمومی.

همچنین شناسایی امنیت غذایی به عنوان هنجار اجتماعی - حقوقی در سطوح فراتقنینی، تقنینی و فروتقنینی و عزم حاکمیت برای سیاست‌گذاری عمومی وسیع و همه‌جانبه، منتهی به تدوین و اجرای برنامه‌های ضروری جهت تحقق و تأمین توأم با ثبات آن با مشارکت نسبی برخی نهادهای جامعه‌ی و غیر دولتی شده است. ایجاد مخاطره یا تهدید در تحقق ارکان اصلی امنیت غذایی (موجود بودن، دسترسی، قابلیت مصرف و ثبات) و آثار و نتایج مخاطره در حوزه ایمنی غذایی، خلل در سلامت و بهداشت غذا، محروم یا محدود کردن دسترسی‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی آحاد جامعه به غذای کافی و سالم (پاک) و غیره، خطوط قرمز و ساحت‌های مورد حمایتی است که از منظر حاکمیت و جامعه، تخطی یا تجاوز به آن سزاوار سرزنش شده و بطور کلی محدوده بزه‌انگاری (صنفی، اداری، انضباطی و مدنی) بالاخص بزه‌انگاری کیفری (جرم‌انگاری) را مشخص می‌کند و با وضع و اعمال پاسخ‌های کیفری در حوزه تقنین، پاسخ‌گذاری و در عرصه دادرسی و اجرا، پاسخ‌دهی می‌شود.

بی‌تردید برقراری امنیت غذایی با مداخله حقوق کیفری هم در جریان استقرار و هم در مرحله پایدارسازی آن در جامعه، نیازمند وضع و اجرای پاسخ‌های دولتی و جامعه‌ی متناسب است. مخاطره‌های فزاینده، محسوس و آثار فوری و ملموس نقض امنیت غذایی در جامعه و تبعات ناشی از احساس ناامنی در جامعه و مردم، ایجاب می‌کند که برخی مخاطره‌های مهم، اختلال یا نقض عامدانه و بعضاً غیرعامدانه ناشی از تقصیرهای جزایی عمده (شامل سهل‌انگاری، بی‌مبالاتی و عدم رعایت نظامات مهم و غیره) توسط دست‌اندرکاران زنجیره تأمین غذا، با بزه‌انگاری و وضع ضمانت اجراهای کیفری پاسخ‌گذاری شود. از این رو ضرورت سیاست‌گذاری جنایی همه‌جانبه و در صورت لزوم، ورود و مداخله مؤثر حقوق کیفری به عنوان ابزار حاکمیتی برای تحقق امنیت غذایی پایدار غیر قابل انکار است. ضمناً هرچند سیاست جنایی در مقابله با پدیده جنایی مطابق تقسیم‌بندی رایج نویسندگان به پاسخ‌های اجتماعی یا غیر حقوقی (شامل تدابیر اجتماعی، ارشادی، فنی، پیشگیرانه و حمایتی) و پاسخ‌های حقوقی (غالباً

شامل پاسخ‌های مدنی و کیفری) تفکیک می‌شود، اما با توجه به سؤال پژوهش و محدودیت حجم مقاله، صرفاً بر بزه‌انگاری و پاسخ‌گذاری‌های کیفری ملی در قبال پدیده جنایی نقض امنیت غذایی تمرکز و بسنده شده است.

از این رو در ادامه به شناسایی جلوه‌های عمده بزه‌انگاری و پاسخ‌گذاری کیفری در قبال رفتارهای ناقض امنیت غذایی در نظام تقنینی ایران پرداخته می‌شود. همچنین از آنجا که امنیت غذایی دارای چهار رکن اصلی موجود بودن، دسترسی، مصرف و ثبات است، بزه‌انگاری و پاسخ‌گذاری‌های کیفری در این قسمت ابتدا در قبال ارکان و مؤلفه‌های اصلی و سپس در خصوص سایر مؤلفه‌های امنیت غذایی بررسی می‌شود.

۱-۱-۳. جلوه‌های بزه‌انگاری و پاسخ‌گذاری کیفری در قبال نقض مؤلفه‌های

اصلی امنیت غذایی

توجه به مقوله امنیت غذایی در سیاست‌جنایی تقنینی ایران قبل از انقلاب اسلامی - بدون اشراف بر مفهوم نوین آن - در دهه‌های سی تا چهل شمسی، ریشه در تصویب قوانینی از جمله قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارو و مواد خوراکی و آشامیدنی (مصوب ۱۳۳۴ شمسی) و قانون مواد خوردنی و آشامیدنی و آرایشی و بهداشتی (مصوب ۱۳۴۶) و قانون اصلاح موادی از همین قانون (مصوب ۱۳۵۳) دارد. قوانینی که در نوع و زمان خود، حکایت از توجه، دقت نظر و اقدام پیش‌تازانه مقنن ایرانی به موضوع داشته و حاوی ابتکاراتی بوده است. در قوانین مذکور رفتارهای ناقض امنیت غذایی با تمرکز مقنن بر بخشی از مؤلفه‌های امنیت غذایی به‌ویژه رکن قابلیت مصرف و بالاخص سلامت (ایمنی) غذا (عاری بودن از فساد و آلودگی‌های طبیعی و غیر طبیعی) از سوی مرتکبان بالقوه (تولید، تأمین، عرضه یا فرآوری‌کنندگان خاطی) جرم‌انگاری شده است.

در این برهه سیاست‌گذاری جنایی دولتی، مقنن ایرانی با تلقی وصف عمومی برای جرایم موضوع مقررات یادشده با قابلیت تعقیب بدون شکایت شاکی خصوصی و طبقه‌بندی این جرایم در زمره جنایت یا جنحه (حسب مورد) با جرم‌انگاری به شیوه جرایم مقید (به نتیجه) با تأکید بر آثار عینی و محسوس آن یعنی شدت و ضعف بیماری‌ها، آسیب‌ها و صدمات بالفعل ناشی از هر گونه تقلب و آلودگی در مواد خوراکی و آشامیدنی و توجه به قابلیت و فوریت معالجه یا عدم فوریت آن، مرتکبان آنها را مستحق کیفرهای اصلی دانسته و با به کارگیری طیف وسیع ضمانت‌اجراهای کیفری سرکوب‌گر اعم از اعدام و حبس‌های مؤبد تا حبس‌های میان‌مدت و کوتاه‌مدت و تأدیه غرامت و کیفرهای تکمیلی و تبعی و اقدامات تأمینی در صدد پاسخ‌گذاری بر آمده است.

بزه‌انگاری رقابت‌های مکارانه در حوزه مواد خوردنی و آشامیدنی، شروع به برخی جرایم غذایی (هر چند منسوخ در اصلاحات سال ۱۳۴۷)، تفکیک جرایم غیر عمدی و

ناشی از بی احتیاطی یا بی‌مبالاتی یا عدم مهارت، بزه‌انگاری جرایم وابسته و توجه به جرایم مقدمه (زنجیره تأمین غذایی) از جمله آلودگی‌های احتمالی ظروف بسته‌بندی، مواد اولیه و افزودنی‌های غیر مجاز و پیش‌بینی مسئولیت کیفری مدیر یا صاحب مؤسسه یا کارگاه (ناشی از عدم نظارت) در کنار برخی اقدامات وضعی و پیشگیرانه از جمله ابتکارها و نقاط قوت قوانینی است که قدمت آنها به حدود نیم قرن رسیده و با تغییرات اندکی، همچنان لازم‌الاجرا است.

اصلاح ماده ۲ قانون مواد خوردنی و آشامیدنی و آرایشی و بهداشتی در سال ۱۳۴۷ و متعاقباً اصلاحات مصوب ۱۳۵۳، رویکرد بزه‌انگاری جرایم مقید و منحصر بر شدت و ضعف آثار و نتایج جرایم غذایی را به سوی جرایم مطلق در برخی حالت‌ها توسعه داد و تمایل به رویکرد امنیت‌محور و ریسک‌مدار را آشکار کرد. مثلاً هنگامی که صرف ارتکاب اعمال و تقلب‌های مذکور در ماده یک قانون یادشده در بستر تولید و عرضه مواد غذایی، ولو اینکه مصرف آنها موجب بیماری یا آسیب نشود، نیز مستوجب کیفر قلمداد شد. یا در موردی که حتی محصولات ساخته شده یا مخلوط شده و تقلبی به دست مصرف‌کننده نرسیده باشد، هم مرتکب مستوجب حبس شناخته شد.

طبعاً قوانین ملی یادشده - به رغم همه نقاط قوت و نوآوری‌های قابل تحسین آن - که تمرکز آنها بر بخش‌هایی از ارکان امنیت غذایی یعنی قابلیت مصرف در حوزه ایمنی و بهداشت مواد غذایی است، با تکمیل و توسعه مفهوم امنیت غذایی در دنیا و شناسایی سطوح چهارگانه فردی، خانگی، ملی و بین‌المللی و تبیین ارکان و عناصر آن و بروز چالش‌های نو، پاسخگوی نیاز روز کشور نیست. به تعبیر دیگر امروزه، تهدید یا نقض امنیت غذایی صرفاً متوجه رکن مصرف با تأکید بر ایمنی و بهداشت مواد غذایی نیست، تا سیاست‌گذاری در خصوص آن، موجب تضمین همه‌جانبه امنیت غذایی شود. بنابراین بخش دیگری از سیاست‌گذاری جنایی ایران در این حوزه با توجه به سایر مؤلفه‌ها و ارکان امنیت غذایی بالاخص رکن دسترسی به مواد غذایی با بزه‌انگاری رفتارهایی مانند احتکار، گران‌فروشی، اخلال در عرضه و غیره حسب ادوار مختلف قانون‌گذاری در قالب جرم‌انگاری یا جرم‌زدایی صورت گرفت که مصداق رویکردهای پیش‌روی و پس‌روی سیاست جنایی و شامل فهرست غیرمنسجم و بلندبالایی از قوانین خاص است.

از جمله این پیش‌روی و پس‌روی‌های سیاست جنایی ایران، جرم‌زدایی بخشی از رفتارهای موسوم به احتکار، گران‌فروشی، کم‌فروشی و تقلب و امثال آن^۱ در قانون‌گذاری

۱. لایحه قانونی مجازات متخلفین از مقررات قانون نظام صنفی - مصوب بهمن ۱۳۵۱ بسیاری از رفتارهای فوق‌الذکر را جرم‌انگاری نموده بود که مطابق قانون تعزیرات حکومتی ۱۳۶۷ ابتدا صرفاً در تخلفات بخش دولتی، بدون تشکیل شبکه و بدون قصد اخلال به نظام اقتصادی جرم‌زدایی صورت گرفت.

بعد از انقلاب اسلامی است. هر چند ضمانت اجراهای کیفری انتخاب شده در مقررات یادشده در حمایت از رکن دسترسی امنیت غذایی، نوعاً از جنس کیفر نقدی و حبس یا ترکیب این دو و برخی پاسخ‌های اداری مانند ضبط یا الزام به فروش کالای احتکار شده و در صورت تکرار جرم، محرومیت از شغل بصورت موقت یا لغو پروانه و تعطیل واحد صنفی به عنوان تشدید کیفر بوده است. ضمن اینکه کیفر مربوط به تکرار جرم نوبت سوم صدور دارو و خواربار و اقسام دام و بطور کلی کالاهای مورد نیاز کشور، حبس ابد یا اعدام و در نوبت دوم تا ده سال حبس همراه با کیفر نقدی معادل پنج برابر قیمت مال صادر شده بوده است.^۱ توسعه و تشدید مجازات‌های محدودکننده آزادی و مجازات‌های مالی و اضافه شدن کیفر بدنی (شلاق)^۲ نیز محصول تقنین بعد از انقلاب اسلامی و اوضاع و احوال خاص جنگ تحمیلی و پیشروی سیاست جنایی سرکوب‌گر با تکیه بر سیاست حمایتی^۳ به نظر می‌رسد.

علاوه بر بزه‌انگاری صنفی و اداری رفتارهایی از جنس احتکار و گران‌فروشی توسط اصناف در سطح خرد و پاسخ‌گذاری صنفی - انضباطی برای آنها از طریق رسیدگی مراجع اداری (بالاخص سازمان تعزیرات حکومتی) که بحث مستقلی را می‌طلبد، مصادیقی از این رفتارها در سطح عمده به طوری که موجب اخلال در توزیع نیازمندی‌های عمومی و ارزاق شود و به منظور ایجاد انحصار یا کمبود آنها باشد، در طول حدود سه دهه گذشته توسط مقنن با یکی از شدیدترین عناوین مجرمانه یعنی اخلال در نظام اقتصادی کشور در قانون مجازات اخلالگران در نظام اقتصادی کشور (مصوب ۱۳۶۹) بزه‌انگاری کیفری شد. کیفر رفتارهای مزبور به قصد مقابله یا ضربه‌زدن به نظام یا با علم به مؤثر بودن اقدام در مقابله در حد افساد فی الارض، مستوجب اعدام و در غیر این صورت مستحق کیفر سالب‌آزادی حبس بلند مدت تا میان مدت، از حداکثر بیست تا حداقل پنج سال حبس و ضبط کلیه اموال حاصل شده از طرق خلاف قانون و مجازات بدنی شلاق تعزیری تا ۷۴ ضربه شناخته شد.

مصادیق اخلال غیرعمده و غیرکلان در نظام اقتصادی با شیوه‌های یادشده با حبس تعزیری درجه پنج (دو تا پنج سال) علاوه بر مجازات مالی ضبط اموال نامشروع حاصل شده کیفرگذاری شده است. ضابطه تشخیص عمده یا کلان یا فراوان بودن توسط قاضی، آثار و نتایج رفتار از حیث خسارات وارده و مبالغ مورد سوءاستفاده و به تعبیر مبهم مقنن، آثار فساد دیگر مترتب بر آن ذکر شده است.^۴ در این میان، توجه مقنن به مقوله شروع به جرایم علیه امنیت غذایی از دریچه اخلال در نظام اقتصادی کشور - که خود گویای ابعاد

۱. ماده ۶ قانون راجع به جلوگیری از احتکار مصوب ۱۳۲۰.

۲. قانون تشدید مجازات محترکان و گران‌فروشان مصوب ۱۳۶۷، مواد دو و پنج.

۳. ر.ک: دلماس مارتی، می‌ری، منبع پیشین، صص. ۳۹۷-۳۹۱.

۴. تبصره ماده یک قانون مجازات اخلالگران در نظام اقتصادی کشور، مصوب ۱۳۶۹/۹/۱۹ مجلس شورای اسلامی.

اقتصادی و اجتماعی غیر قابل انکار امنیت غذایی است - و پیش‌بینی آن در حالات مختلف ناظر بر جرم اصلی، قابل تحسین است، زیرا نقض بالفعل امنیت غذایی و ایجاد ناامنی غذایی تبعات عدیده‌ای دارد که قدر مسلم، به آسانی و در کوتاه مدت قابل برگشت و بازسازی نیست. بنابراین رصد اقدامات مقدماتی و عملیات اجرایی بزه‌کاران و ممانعت از تکمیل عملیات مجرمانه، در چارچوب ضوابط شروع به جرم اهمیت ویژه‌ای دارد.

سابقه چنین رویکردهایی را می‌توان در تقنین مقررات اوایل پیروزی انقلاب اسلامی نیز مشاهده نمود. از جمله این مقررات، ماده ۱۰ لایحه قانونی تشکیل دادگاه فوق‌العاده رسیدگی به جرایم ضد انقلاب (مصوب ۱۳۵۸) بود که ارتکاب هرگونه عمل اقتصادی یا سیاسی یا فعل و انفعالات مالی یا تجاری توسط هر شخص حقیقی یا حقوقی که موجب تعطیل تمام یا بخشی از تولیدات صنعتی یا کشاورزی یا کمیایی مواد اساسی و ضروری زندگی مردم می‌شد، را با عنوان مجرمانه مقدم علیه استقلال اقتصادی کشور، قابل تعقیب و پس از رسیدگی در دادگاه‌های فوق‌العاده رسیدگی به جرایم ضد انقلاب حسب درجات بزه، کیفر جنایی درجه یک (ظاهراً حبس از سه تا پانزده سال طبق ماده ۸ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲) و یا حبس ابد و مجازات تکمیلی اقامت اجباری نیز وفق تشخیص مرجع یادشده در انتظار مرتکب بود.

سیاست جنایی سرکوب‌گر کیفری در رفتارهای پرخطر حوزه امنیت غذایی - عملاً با تداوم میل به سیاست تسامح صفر^۱ - با جرم‌انگاری مجزای عنوان افساد فی‌الارض در دهه نود شمسی ادامه یافت. هنگامی که مقنن در ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ رفتارهای مخاطره‌آمیزی از جمله پخش گسترده مواد سمی، میکروبی و خطرناک را به گونه‌ای که موجب اخلال شدید در نظم عمومی کشور، ناامنی یا ورود خسارت عمده به تمامیت جسمانی افراد یا اموال عمومی و خصوصی شود، با عنوان افساد فی‌الارض جرم‌انگاری نمود و مرتکبان آن را به مجازات سالب حیات اعدام بشارت داد. بزه‌ی که در حوزه امنیت غذایی و ارکان و مؤلفه‌های آن با پخش سموم و مواد میکروبی و خطرناک در آب و غذای مردم یا حتی تخریب یا احراق منابع و ذخایر غذایی یا با اخلال در نظام اقتصادی از طرق خلل در واردات، صادرات، کشاورزی و غیره، قابل تحقق و یادآور تروریسم زیست محیطی یا تروریسم غذایی یا کشاورزی است.

۲-۱-۳. جرم‌انگاری و پاسخ‌گذاری در برابر نقض سایر مؤلفه‌های امنیت غذایی

در راستای توجه به سایر ابعاد امنیت غذایی در سیاست جنایی ایران می‌توان به اولویت تغذیه‌ای در نوزادان و کودکان در قانون ترویج تغذیه با شیر مادر و حمایت از

1. See: Wilson, Norbert; Worosz, Michelle, "Zero tolerance rules in food safety and quality", Food Policy, Volume 45, 2014, pp. 112-115.

مادران در دوران شیردهی (مصوب ۱۳۷۴ با اصلاحات ۱۳۸۰ و ۱۳۸۶) اشاره کرد. به موجب این قانون، کمیته کشوری سیاست‌گذاری و نظارت بر ترویج تغذیه با شیر مادر در وزارت بهداشت و کمیته‌های استانی ترویج تغذیه با شیر مادر و حمایت از مادران در دوران شیردهی، تشکیل و سیاست‌ها و تدابیر مختلف حمایتی، ترویجی، شغلی، تبلیغی، تجاری برای تحقق این مهم را پیگیری نموده و تخلف از مفاد قانون با کیفرهای موضوع ماده ۹ پاسخ‌گذاری شده است. همچنین در خصوص تضمین نقض رعایت اوصاف کمی و کیفی محصولات غذایی، ارائه اطلاعات ضروری محصول (شامل آگاهی‌های قبل از مصرف، تاریخ تولید و انقضای مصرف)، نمایش یا ارائه اطلاعات نمونه محصول، اعلام قیمت، ممانعت از تبانی یا تحمیل شرایط کاهنده عرضه یا کیفیت یا افزایش قیمت از سوی عرضه‌کننده، جلوگیری از فروش اجباری، تبلیغات خلاف واقع و ارائه اطلاعات نادرست موجب فریب یا اشتباه مصرف‌کننده و غیره که موجب ورود خسارت به وی شود، به موجب قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان (مصوب ۱۳۸۸) بزه‌انگاری‌های صنفی، انضباطی و کیفری صورت گرفته است. همچنان که اشتغال به داد و ستد عمومی در امور تولید، تجارت و ارائه خدمات با اوزان، مقیاس‌ها و وسایل سنجش و ارزیابی قلب یا غیرقانونی در ماده ۱۰ قانون اصلاح قوانین و مقررات مؤسسه استاندارد و تحقیقات صنعتی ایران (مصوب ۱۳۷۱) بزه‌انگاری کیفری شده و با کیفر سالب آزادی دو ماه تا دو سال و کیفر نقدی دویست هزار تا ده میلیون ریالی به همراه ضبط ابزار یادشده پاسخ‌گذاری شده است. تغییر مشخصات فرآورده‌های مشمول استاندارد اجباری پس از تهیه، تولید یا ساخت، یا استفاده از ظروف و وسایل بسته‌بندی مخصوص محصولات استاندارد برای عرضه و فروش فرآورده‌های خارج از استاندارد یا دخل و تصرف به قصد تقلب یا به هر کیفیتی در بسته‌بندی فرآورده‌های مشمول استاندارد اجباری یا تولید و عرضه اجناس با استاندارد غیر واقعی، یا به کار بردن نشان استاندارد بدون داشتن پروانه استاندارد بر روی محصولات، ضمن جرم‌انگاری به موجب ماده یازده همان قانون مشمول کیفر حبس شش ماه تا دو سال و جزای نقدی از یک تا پنجاه میلیون ریال خواهد بود.

در ادامه شیوه مقنن در جرم‌انگاری با پاسخ‌گذاری مشدد برای جرایم مقید وفق مقررات دهه چهل و پنجاه شمسی، چنانچه رفتارهای مجرمانه مذکور منتهی به بیماری یا آسیب مصرف‌کننده شود؛ حسب امکان بهبودی و دوره معالجه، نقص عضو، با طبقه‌بندی خاصی ترکیبی از کیفر سالب آزادی حداقل شش ماهه تا ده ساله و جزای نقدی پانصد هزار ریالی تا پنج میلیون ریالی در انتظار مرتکبان خواهد بود. ارتکاب همین رفتارها که منتهی به مرگ مصرف‌کننده شود، مجازات تعزیری مرتکب را به موجب ماده دوازده این قانون، از حداقل سه تا حداکثر پانزده سال حبس همراه با جزای نقدی سه تا ده میلیون

ریالی افزایش خواهد داد. ضمن اینکه در صورت اقوی بودن سبب از مباشر، دیه نیز در انتظار مرتکب است. جبران خسارت مصرف‌کننده نیز پس از به دوش کشیدن بار اثبات ارکان دعوای خسارت و غلبه در آن با حکم مرجع قضایی به عهده مرتکب است. به‌روزرسانی کیفرهای نقدی مذکور بعد از گذشت بیش از دو دهه از تاریخ تصویب مقررات مورد بحث، ضروری است.

تبلیغ و اطلاع‌رسانی مواد غذایی تهدیدکننده سلامت (هر چند غیر خلاف واقع) نیز به حکم غیر معمول مقنن در بند ج ماده ۳۷ قانون برنامه پنجم توسعه، بزه‌انگاری شده و برای آن جریمه نقدی ده میلیون تا یک میلیارد ریالی وضع شده و تکرار آن مستوجب جریمه مضاعف بیست درصدی است.

در این خصوص به نظر می‌رسد انسجام بخشی، تنقیح و بروزرسانی مقررات پراکنده وضع شده در قوانین مختلف مصوب دهه‌های گذشته و جاری در این حوزه با رویکرد سیاست‌گذاری همه‌جانبه در برابر تعرض به ارکان اصلی و فرعی امنیت غذایی، پسندیده است. ضمن اینکه چالش امکان بزه‌انگاری رفتارهای مجرمانه بازیگران زنجیره تأمین غذا با مسئولیت مطلق (مادی صرف)^۱ یا حاوی فرض مسئولیت کیفری^۲ با عنایت به پیچیدگی‌های فنی و علمی، تقلب‌ها و آلودگی‌های غذایی و دشواری‌های اثبات و احراز آن، آسیب‌پذیری بزه‌دیدگان بالقوه، همچنین ملاحظات مرتبط به نوع و ماهیت رفتارهای مجرمانه حوزه امنیت غذایی و تمایل برخی نظام‌های قانون‌گذاری خارجی^۳ بالاخص در پاره‌ای از جرایم علیه رفاه عمومی، محیط‌زیست، بهداشت و مصرف‌کننده و غیره، از یک سو با توجه به رویکرد مقنن در مواد ۱۴۳ و ۱۴۴ قانون مجازات اسلامی (تقسیم‌بندی جرایم به عمدی و غیر عمدی) و موانع فقهی موضوع و شدت برخی کیفرهای وضع شده و از سوی دیگر با توجه به محیط کسب و کار، خصوصیات مصرف‌کننده و تولیدکننده ایرانی و توالی فاسد احتمالی آن و دیگر چالش‌های اجرای عدالت کیفری و انتقادهای وارد بر این نوع جرم‌انگاری^۴ با اهمیت تلقی می‌شود و نفی یا پذیرش آن، نیازمند پژوهش همه‌جانبه و بررسی مضاعف است.

۲-۳. مقابله با جرایم جهانی و تروریستی ناقض امنیت غذایی

پدیده جهانی‌شدن در دنیا و اغلب کشورهای، پیامدهای مختلف و گاه ناخواسته‌ای در برداشته است. از جمله این جلوه‌ها، پدیدار شدن جرایم جهانی‌شده یا فراملی است که

1. Strict Liability
2. Presumption of Liability

۳. ر.ک: میرمحمد صادقی، حسین، تحلیل مبانی حقوق جزای عمومی، نشر جنگل، ۱۳۹۰، صص. ۲۱۹-۲۱۴.

۴. همان، صص. ۲۲۹-۲۲۲.

گونه‌ها و فراوانی آن، حسب تنوع نظام‌های سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و آیینی متفاوت است و در هر حال تهدیدی فراملی برای امنیت کشورها به حساب می‌آید. سازمان‌یافتگی و چندملیتی شدن مرتکبان و بزه‌دیدگان آنها، تهیه ابزار یا مواد اولیه جرایم در کشورهای فقیر یا در حال توسعه و ارتکاب و مصرف آنها در کشورهای ثروتمند و صنعتی دنیا، نقش سازمان‌های مجرمانه مختلف در برنامه‌ریزی و ارتکاب آنها، تشکیل جرایم فراملی به صورت ذاتی از عناصر خارجی، ضرورت همکاری‌های منطقه‌ای و فراملی کشورها و کنشگران عدالت قضایی از جمله خصوصیات جرایم جهانی شده برشمرده شده است. موضوعی که اعمال سیاست‌های جنایی و کیفری ملی را به تنهایی در خصوص این جرایم ناکارآمد نموده و منطقه‌ای یا جهانی کردن سیاست جنایی را ضروری کرده است.^۱

در سیاست جنایی جهانی، جرم‌انگاری و پاسخ‌گذاری جرایم جهانی شده نیازمند جرم‌انگاری‌های جهانی و فراملی، تقویت جایگاه و نقش مشارکتی سازمان‌های مردم‌نهاد بین‌المللی برای پاسخ‌گذاری‌های غیرحقوقی در مقابله با انحراف‌های فراملی و پاسخ‌گذاری‌های حقوقی فراملی از سوی جامعه جهانی در پرتو اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای ارشادی یا الزام‌آوری است که شأن هماهنگی، انسجام و نزدیک کردن سیاست‌جنایی ملی کشورها را دارند و نهایتاً منوط به طراحی و استقرار ساز و کارهای عدالت کیفری فراملی برای کشف، تعقیب و رسیدگی و نهایتاً کیفر بزهکاران این گونه جرایم است.

سیاست جنایی ایران در قبال بزه‌انگاری و پاسخ‌گذاری کیفری در برابر بزه‌هایی که امروزه غالباً به صورت سازمان‌یافته یا حرفه‌ای و با ارتکاب جرایم تروریستی^۲ در اشکال جدید و پیچیده‌ای مانند تروریسم زیستی، تروریسم کشاورزی، تروریسم غذایی و حتی در سطح مخاصمات میان کشورها به صورت جنگ زیستی، نوعاً با اهداف و مقاصد و انگیزه‌های سیاسی - اقتصادی پیدا و پنهان، مخاطره‌ها و تهدیدهای جدی را برای تحقق امنیت غذایی یا برای ایجاد ناامنی غذایی ایجاد می‌کند، روشن نیست. ضمن اینکه تعبیر پخش گسترده مواد سمی، میکروبی و خطرناک در ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی ذیل عنوان جزایی افساد فی‌الارض، مصادیق رفتارهای مجرمانه تروریسم زیستی را به ذهن متبادر می‌کند، هر چند مقنن عنایتی به استفاده از عنوان تروریسم و تعیین یا تصدیق ارکان آن نداشته و از ذکر آن به هر دلیل، پرهیز نموده و کماکان به رسم و عنوان سنتی - فقهی افساد فی‌الارض پایبند است. در همین خصوص، کمیسیون ویژه مرکب از دستگاه‌های اصلی ذی‌ربط برای تهیه و ارائه موارد نیازمند قانون در زمینه

۱. همان، صص. ۱۷-۱۵.

۲. برای مطالعه بیشتر رک: کوشا، جعفر؛ نمامیان، پیمان، «جایگاه اعمال تروریستی در پرتو حقوق بین‌الملل کیفری»، فصلنامه حقوق (دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران)، دوره ۳۸، شماره ۳، ۱۳۸۷، صص. ۲۵۶-۲۳۳.

بیوتروریسم به مجلس شورای اسلامی، تهیه و اجرای طرح جامع مبارزه با تروریسم زیستی (بیوتروریسم) و تعیین وظایف هر دستگاه به منظور مبارزه هماهنگ با تروریسم زیستی به عنوان یک اصل نهادینه شده تا پایان مدت برنامه پنجم توسعه، در تبصره ماده ۲۰۶ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه ج.ا.ایران (۱۳۸۹)، تکلیف اسناد بالادستی و مقدمه تدوین و استقرار سیاست جنایی تقنینی است.

گفتنی است در میان اسناد بین‌المللی تا کنون سند کیفری الزام‌آور یا حتی ارشادی و توصیه‌ای در خصوص سیاست‌گذاری جنایی راجع به امنیت غذایی و مبارزه با اشکال بزهکاری فراملی آن تصویب نشده است، اما اهداف موضوع سند موسوم به توسعه هزاره و مجموعه اهداف هفده‌گانه توسعه پایدار سازمان ملل متحد موسوم به دگرگونی دنیای ما: برنامه توسعه پایدار (تا) سال ۲۰۳۰ میلادی به عنوان جدیدترین سند بین‌المللی غیرکیفری، مصوب هفتمین نشست مجمع عمومی سازمان ملل متحد سپتامبر ۲۰۱۵ برای دوره پانزده ساله ۲۰۱۶ تا ۲۰۳۰ میلادی به صورت مستقل به مقوله امنیت غذایی به عنوان هدفی خاص و مجزا و همچنین به علل، عوامل و زیرساخت‌های امنیت غذایی توجه نموده است. پیشگیری‌های عام و غیرکیفری با مشارکت نهادهای مدنی و حاکمیتی به ویژه در قالب هدف دوم این مجموعه با عنوان پایان دادن به گرسنگی، دستیابی به امنیت غذایی و بهبود تغذیه، ترویج کشاورزی پایدار و اهداف جزئی ذیل آن و نیز اهداف ششم و دوازدهم از آنها به ترتیب با عناوین تضمین موجود بودن و مدیریت پایدار آب و بهداشت برای همه و تضمین الگوهای مصرف و تولید پایدار تجلی یافته است. همچنین از اهداف جزئی ذکر شده ذیل هدف شانزدهم یعنی تأکید بر مبارزه با فساد، قاچاق، تروریسم و تمامی اشکال جرایم سازمان‌یافته، چنین استنباط می‌شود که مبارزه و سرکوب‌گری کیفری نیز بخشی از سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی ملل متحد برای حمایت از امنیت غذایی، تغذیه مناسب و کشاورزی پایدار (به عنوان اهداف توسعه پایدار) در جرایم سازمان‌یافته و گونه‌های تروریسم مرتبط (بالاخص بیوتروریسم، اگر تروریسم و تروریسم غذایی) و قاچاق است. هر چند تبیین چارچوب این سیاست جنایی در حوزه تروریسم غذایی فعلاً مبتنی بر اسناد بین‌المللی ضدتروریستی (به معنای عام) است^۱ و عنداللزوم تدوین سیاست جنایی افتراقی در حوزه امنیت غذایی با تأکید بر تروریسم غذایی در سطح ملی و بین‌المللی، نیازمند تدوین و تصویب اسناد فراملی و جهانی در منطقه و مشارکت نهادها و سازمان‌های مردم‌نهاد فعال در عین وفاق ملل متحد و هم‌سویی با اسناد بین‌المللی یادشده برای مقابله جهانی با مخاطره‌های این حوزه است.

۱. ر.ک: کوشا، جعفر؛ نمایان، پیمان، منبع پیشین، صص. ۲۴۳-۲۵۰.

نتیجه‌گیری

اسناد بین‌المللی مرتبط با حوزه امنیت غذایی بر شناسایی آن به عنوان ارزشی بنیادین و هدف‌گذاری برای حذف کلیه اشکال فقر و گرسنگی و تأمین امنیت غذایی در سطح جهانی و ملی و استقرار و تقویت ارکان اصلی امنیت غذایی (موجود بودن، دسترسی، قابلیت مصرف و پایداری و ثبات) تأکید دارند و به دنبال ایجاد یا تقویت زیرساخت‌ها، ساز و کارهای پیشگیرانه و حمایت‌های غیرحقوقی هستند.

نگارندگان در جستجو برای پاسخ به سؤال پژوهش به این مطلب دست یافتند که در ایران سیاست‌های کلان و برنامه‌های کلی تصویب و ابلاغ شده برای شکل‌گیری امنیت غذایی به عنوان هنجار حقوقی به طور کلی در راستای شناسایی و رعایت جلوه‌ها و آثار اجتماعی و حمایت از حقوق مادر امنیت غذایی مانند حق حیات، حق بر غذا، حق بر غذای کافی و رهایی از گرسنگی، حق زندگی با استانداردهای مناسب و غیره در اسناد بین‌المللی الزام‌آور و غیرالزام‌آور در سطح ملی است. همچنین رویکرد سیاست‌گذاری عمومی در ایران، تمرکز بر ترسیم سیاست‌ها و راهبردها، تبیین و ترویج ارزش‌ها و ابعاد مختلف آنها و تقویت، تأمین و تجهیز ضرورت‌ها و زیرساخت‌های اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و آموزشی، کشاورزی، بیمه‌ای و وضع و اجرای ضوابط فنی شامل ممیزی، نظام کنترل کیفیت و بازرسی‌های تخصصی فعالان زنجیره تأمین غذا و پیشگیری‌های غیرکیفری است.

همچنین مطالعات نگارندگان مؤید آن است که اسناد بالادستی موسوم به سیاست‌های کلی و قوانین برنامه پنج‌ساله در ایران، کمتر به صراحت ترسیم‌کننده الگو و چارچوب سیاست جنایی مبتنی بر جرم‌انگاری و پاسخ‌گذاری کیفری است، اما تعیین حدود و صغور مداخله کیفری به نفع امنیت غذایی در هر جامعه‌ای و گستره جرم‌انگاری یا جرم‌زدایی رفتارهای مخاطره‌آمیز، مستلزم تدوین سیاست جنایی دقیق با توجه به نوع و نگاه حاکمیت به مقوله امنیت اجتماعی و شناخت کامل از ابعاد مختلف اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و فرهنگی و شناسایی ارکان و الزامات تأمین و استقرار امنیت غذایی و اشراف و سنجش انواع مخاطره‌ها، تهدیدها و آسیب‌های ناشی از نقض مؤلفه‌های این گونه امنیت است.

نتیجه پژوهش نشان داد که سیاست جنایی تقنینی ایران در حوزه پاسخ‌های دولتی سرکوب‌گر ناقض امنیت غذایی، ابتدا با محوریت جرم‌انگاری و پاسخ‌گذاری در برابر رفتارهای مخل تضمین ایمنی و سلامتی غذا صورت گرفته و به تدریج ساحت آن به سایر ارکان اصلی امنیت غذایی از جمله موجودیت فیزیکی، دسترسی فیزیکی و جلوگیری از نقض پایداری و ثبات آن گسترش یافته است. هر چند حمایت از عدم نقض ابعاد فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی دسترسی غذایی یا مقابله با تهدید مؤلفه‌های دیگری از جمله

دانش تغذیه‌ای، تأمین اولویت‌های تغذیه‌ای و غیره به عنوان سایر ابعاد امنیت غذایی کمتر قابل مشاهده است. ضمن اینکه جرم‌انگاری‌های مربوطه و پاسخ‌گذاری کیفری برای حمایت از امنیت غذایی در چارچوب هدف‌گذاری برای نیل به سیاست‌جنایی همه‌جانبه صورت نگرفته و منتهی به ایجاد یک پوشش حقوقی برای حمایت کامل از همه ابعاد امنیت غذایی نشده است. بلکه غالباً الزامات ناشی از موقعیت‌های خاص مانند جنگ احتمالی و شرایط بعد آن، مقنن را در قالب یک سیاست جنایی دولتی، ناگزیر از تصویب قوانین کیفری خاص کرده و سیاست جنایی ایران در این مسیر، راهبردهای پس‌روی و پیش‌روی از نوع جرم‌انگاری‌ها و جرم‌زدایی‌ها نیز اتخاذ کرده است.

در این راستا، مسئول شناختن دولت و نهادهای حاکمیتی و اشخاص ذی‌سمت و سایر اشخاص حقوقی شبه دولتی، عمومی و خصوصی دخیل در اجرا و نظارت بر تحقق امنیت غذایی و پیش‌بینی فرآیندهای ساده و سریع غیر قضایی برای جبران خسارات یا ضرر و زیان ناشی از جرایم یا تخلف‌های ایشان، ضروری و مورد پیشنهاد است. همچنین از آنجا که اتخاذ سیاست جنایی دولتی با پاسخ‌گذاری کیفری سرکوب‌گر با در نظر گرفتن اصل مداخله کمینه و محدود کیفر به عنوان آخرین حربه، می‌بایست با جرم‌انگاری‌های ضروری و پاسخ‌گذاری کیفری مؤثر و متناسب صورت پذیرد، اولویت و پیشنهاد، میل به بزه‌انگاری و پاسخ‌گذاری مدنی یا به‌کارگیری ساز و کارهای عدالت ترمیمی در برابر رفتارهای مخاطره‌آمیز غیر حرفه‌ای، غیر سازمان‌یافته و غیر تروریستی ناقض امنیت غذایی است. هر چند مقنن ایرانی به الگوی مداخله کیفری حداقلی وفادار نیست و زرادخانه کیفری وی، از دیرباز دایره تنبیه و سزادهی جرایم ناقض امنیت غذایی را تا کیفرهای سالب حیات و محدودکننده آزادی بلند مدت گسترش داده‌اند. لذا درخصوص آن دسته از جلوه‌های جرم‌انگاری و پاسخ‌گذاری مبتنی بر سیاست تسامح صفر که در رفتار مقنن ایرانی در حوزه حمایت از امنیت غذایی مشهود است، با اعتقاد به محوریت اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری، بازنگری، تعدیل و محدود کردن آنها به ساحت رفتارهای مجرمانه حرفه‌ای، خشونت‌آمیز، سازمان‌یافته و تروریستی، پیشنهاد دیگر نگارندگان است. البته ایجاد تهدید یا اخلال یا نقض امنیت غذایی با ارتکاب جرایم سازمان‌یافته و اقدامات تروریستی و جرایم مهم و جهانی‌شده، مستوجب اعمال پاسخ‌های سرکوب‌گر کیفری از جمله پاسخ‌های جهانی با تدوین و اجرای ساز و کار عدالت کیفری فراملی است.

در نهایت از آنجا که هسته مرکزی هر برنامه استراتژیک و هر برنامه توسعه اقتصادی - اجتماعی ملی یا بین‌المللی، تغذیه سالم است، هر گونه موفقیت در این زمینه منوط به ترغیب مردم و جامعه به شرکت در این امر مهم و کمک گرفتن از

بخش‌های گوناگون در سطوح مختلف با در نظر داشتن آثار بلند مدت آن است، از این رو فاصله گرفتن از مدل دولتی و متمرکز سیاست جنایی و جامعی و مشارکتی نمودن برنامه‌ها و سیاست‌گذاری‌های این حوزه وفق اسناد بین‌المللی نوین توسعه پایدار، ضروری به نظر می‌رسد و در آینده‌ای نه چندان دور، نویدبخش یک سیاست جنایی افتراقی و منسجم است.

منابع

- ابراهیمی، شهرام، جرم‌شناسی پیشگیری، جلد اول، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۰.
- اشتریان، کیومرث، سیاست‌گذاری عمومی در ایران، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۶.
- امیر، علی‌اصغر، چالش‌های شمال و جنوب در مواجهه با توسعه پایدار در حقوق بین‌الملل محیط زیست، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، با راهنمایی حسن مرادی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.
- حسینی، سیدمحمد، سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران، انتشارات دانشگاه تهران و سمت، چاپ سوم، ۱۳۹۳.
- داراب‌پور، مهرباب؛ سلطانی احمدآباد، سعید، «فلسفه حقوقی و ماهیت خسارت تنبیهی»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۲، ۱۳۹۴.
- دل‌ماس - مارتی، می‌ری، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، برگردان علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۳.
- شاملو، باقر؛ پاک‌نیت، مصطفی، «افتراقی شدن سیاست کیفری در پرتو پارادایم اثباتی و چالش‌های پیش‌روی آن در برخورد با رویکردهای نوین»، مطالعات حقوق تطبیقی، سال ششم، شماره یک، بهار و تابستان ۱۳۹۴.
- شهبازی، آرامش، «توسعه پایدار یا پایداری توسعه در حقوق بین‌الملل»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۴۲، ۱۳۸۹.
- صفاری، علی؛ صابری، راضیه، «ضوابط حقوقی - جرم‌شناختی پیشگیری وضعی از جرم»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۸، پاییز - زمستان ۱۳۹۳.
- _____، «نقد عدم تحدید حق پیشگیری وضعی در پرتو قواعد فقهی و حقوقی»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۴، زمستان ۱۳۹۲.
- قربانی قلجلو، مهدی؛ کوشا، جعفر، «سیاست جنایی ایران در قبال رفتارهای تهدیدکننده امنیت غذایی: واکاوی بزه‌انگاری و پاسخ‌گذاری اداری - انضباطی در زنجیره تأمین غذا»، فصلنامه علوم و صنایع غذایی ایران، دانشگاه تربیت مدرس، دوره ۱۴، شماره ۷۱، دی ماه ۱۳۹۶.
- کوشا، جعفر؛ نامیان، پیمان، «جایگاه اعمال تروریستی در پرتو حقوق بین‌الملل کیفری»، فصلنامه حقوق (دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران)، دوره ۳۸، شماره ۳، ۱۳۸۷.

- لازرژ، کریستین، درآمدی بر سیاست جنایی، مترجم: علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ چهارم، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۲.
 - مجد، محمدقلی، قحطی بزرگ، ترجمه محمد کریمی، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های سیاسی، ۱۳۸۶.
 - ملک‌محمدی، حمیدرضا، مدرس و سیاست‌گذاری عمومی، مرکز اسناد انقلاب اسلامی، ۱۳۸۳.
 - میرمحمد صادقی، حسین، تحلیل مبانی حقوق جزای عمومی، نشر جنگل، ۱۳۹۰.
 - نجفی ابرندآبادی، علی حسین، از سیاست کیفری تا سیاست جنایی، پیش‌گفتار مترجم در: لازرژ، کریستین، درآمدی به سیاست جنایی، برگردان علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ چهارم، تهران، میزان، ۱۳۹۲.
 - _____، جهانی شدن بزهکاری، دیباچه در: ذاقلی، عباس، قاچاق انسان در سیاست جنایی ایران و اسناد بین‌المللی، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۹.
 - _____، حقوق کیفری در آغاز هزاره سوم، دیباچه در: فلچر، جورج. پی، مفاهیم بنیادین حقوق کیفری، ترجمه سیدمهدی سیدزاده ثانی، چاپ سوم، مشهد، انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۹۲.
 - _____، درباره سیاست جنایی افتراقی، دیباچه ویراست چهارم در: لازرژ، کریستین، درآمدی بر سیاست جنایی، مترجم علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ چهارم، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۲.
 - _____، سیاست جنایی: از مدل‌ها تا جنبش‌ها، دیباچه در: دلماس - مارتی، می‌ری، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، برگردان علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دوم، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳.
 - نوبهار، رحیم، «اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۱، تابستان ۱۳۹۰.
 - وحید، مجید، سیاست‌گذاری عمومی، تهران، میزان، ۱۳۸۳.
 - هاشمی، سیدمحمد، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، تهران، میزان، ۱۳۸۴.
- Bingxin, Yu; Lingzhi, You, "A typology of food security in developing countries", China Agricultural Economic Review, Vol. 5, Iss. 1, 2013.
 - Busta, Francis; Kennedy, Shaun, Chapter 7: Defending the Safety of the Global Food System from Intentional

- Contamination in a Changing Market, *Advances in Food Protection-Focus on Food Safety and Defence*, (NATO Science for Peace and Security Series-A: Chemistry and Biology, edited by Magdy Hefnawy, Springer, 2011.
- Butrico, Gina Marie, *Food Security and Identity: Iceland*, MA, Kent State University, College of Arts and Sciences, Department of Geography, 2013.
 - Cameron, Allen; Stuart, Clouth, *A guidebook to the Green Economy*, UNDESA, Division for sustainable Development, 2012.
 - FAO, *Economic and social development, Trade Reforms and Food Security*, chapter2: Food security: concepts and measurement, FAO corporate Document Repository based on a paper prepared by Edward Clay of the Overseas Development Institute, London, UK, for the FAO Expert Consultation on Trade and Food Security: Conceptualizing the Linkages, Rome, 11-12 July 2002.
 - FAO, IFAD and WFP, *State of Food Insecurity in the World 2015(SOFI 2015)*, Meeting the 2015 international hunger targets: taking stock of uneven progress, Rome, 2015.
 - FAO, *Voluntary Guidelines to Support the Progressive Realization of the Right to Adequate Food in the Context of National Food Security*, 2005.
 - Fulai, Sheng; et al, *Uncovering Pathways towards an Inclusive Green Economy (A summary for Leaders)*, UNEP, 2015.
 - High Level Panel of Experts on Food Security and Nutrition of Committee on World Food Security Report (HLPE Report, CFS), *Social Protection for food safety*, N4, Rome, Jun 2012.
 - Muhammad, A., "Present Situation and Future Outlook for Food Security in the Muslim World, Proceedings of the Seminar on Food Security in the Muslim World, Organized by the Islamic Academy of Sciences, Amman, Jordan, 5-7 December, 1987.
 - Robinson, Mary, "The Human Right to Food and Nutrition Keynote Address", from Sub-Committee on Nutrition-United Nations System's Forum on Nutrition, *SCN News: Adequate Food - A Human Right*, No 18, 1999.
 - Schutter, Olivier, "The Right of Everyone to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and the Right to Food: From Conflict to Complementarity", *Human Rights Quarterly*, Vol. 33, 2011.
 - Simon, George-André, *Food Security: Definition, Four dimensions, History, Basic readings as an introduction to Food*

-
- Security for students from the IPAD Master, SupAgro, Montpellier attending a joint training programme in Rome, 2012.
- Spitz, P. "The right to food in historical perspective", Food Policy, Vol. 10, 1985.
 - United Nations, Report of the World Food Conference, Rome 5-16 November 1974, New York, 1975.
 - Wilson, Norbert; Worosz, Michelle, "Zero tolerance rules in food safety and quality", Food Policy, Volume 45, 2014.
 - World Bank, Poverty and Hunger: Issues and Options for Food Security in Developing Countries. Washington DC, 1986.
 - World Commission on Environment and Development, Our Common Future, 1987.
 - Zhangyue, Zhou, "Achieving food security in China: past three decades and beyond", China Agricultural Economic Review, Vol. 2, Iss 3, 2010.

میزان صدور احکام بازپرورانه در بزهکاری کودکان و نوجوانان بعد از تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

مجید قورچی بیگی *

معصومه شهرانی **

چکیده

اطفال و نوجوانان به لحاظ سنی و شخصیتی در برابر بزهکاری آسیب پذیرتر هستند. دوران کودکی اقتضا می کند که سیاست جنایی مقابله با بزهکاری اطفال متمایز از بزرگسالان بوده و به تناسب شرایط و شخصیت آنان پاسخ دهی خود را سامان دهد. با توجه به اثبات ناکارآمدی های موجود در واکنش های سنتی سزاگرایانه و ناتوانی آنها در اصلاح بزهکاران نوجوان، نظام های عدالت کیفری نیز در دهه های اخیر کوشیده اند سیاست هایی اصلاحی - بازسازگارانه در قبال بزهکاری کودکان و نوجوانان اتخاذ نمایند. سیاست جنایی ایران نیز متأثر از تجربه های تطبیقی سایر نظام های عدالت کیفری و آموزه های جرم شناختی (از جمله نظریه های رشد مدار، جرم شناسی واکنش اجتماعی و رهیافت های جامعه محور) در سال ۱۳۹۲ و با تصویب قانون مجازات اسلامی، تحولات تقنینی ماهوی و شکلی گسترده ای را در خصوص اطفال و نوجوانان بزهکار پی گرفته است. این تغییرات مثبت زمانی عملی خواهد شد که در عمل، دست اندرکاران نظام قضایی با این سیاست ها همراه شوند. بررسی های این مقاله نشان می دهد که علی رغم ایجاد تغییر در سطح تقنینی، در سطح قضایی به دلایل مختلف از جمله تمایل عامه مردم به واکنش های سزاگرایانه، عدم پذیرش فرهنگی، غیرمؤثر دانستن واکنش های بازسازگارانه، عدم توجیه و آشنایی دست اندرکاران نظام قضایی پیرامون این واکنش ها و آماده نبودن بسترهای اجرایی

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه خوارزمی (نویسنده مسئول)

Majid.baygi@khu.ac.ir

** کارشناس ارشد حقوق کیفری و جرم شناسی، دادیار دادرسی عمومی و انقلاب تهران

Masoume.shahrani@gmail.com

تاریخ پذیرش: ۹۵/۱۰/۱۵

تاریخ دریافت: ۹۵/۰۲/۰۸

این نوع واکنش‌ها، تمایل کمی به استفاده از این نوع واکنش‌ها نشان داده‌اند.

کلیدواژه‌ها: بزهکاری اطفال و نوجوانان، واکنش‌های بازپرورانه، جایگزین‌های حبس، مقام قضایی.

مقدمه

امروزه حقوق کیفری، کودک را به عنوان انسانی مستقل که «شخصیت، روان و جسم وی در حال شکل‌گیری و رشد است و به همین جهت در برابر بزهکاری، کژمداری و بزه‌دیدگی آسیب‌پذیر است» پذیرفته است.^۱ در فرهنگ و ادبیات عامه مراد از «طفل» شخصی است که به واسطه صغر سن، قوای جسمی، فکری و عاطفی وی به حدی رشد نکرده است که بتواند از خود محافظت کند و نیازمند مراقبت از سوی ولی یا سرپرست می‌باشد.^۲ سن بلوغ، سنی است که تغییرات تدریجی کامل شده و بلوغ به طور کامل ظاهر شود. بلوغ عقلی که در ادبیات فقهی و حقوقی ما از آن به «رشد» تعبیر می‌شود، غالباً بعد از بلوغ جسمی اتفاق می‌افتد.^۳ بر اساس ماده ۱۴۶ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) افراد نابالغ مسئولیت کیفری ندارند. بنابراین سن مسئولیت‌پذیری مقارن با سن بلوغ است که در ماده ۱۴۷ قانون مجازات اسلامی به آن اشاره شده است.

با توجه به نظریه‌های جرم‌شناختی و رهیافت‌های رشدمدار، بزهکاری فرآیندی است در طول زندگی بزهکار شکل می‌گیرد؛ بنابراین ضرورت دارد با اطفال و نوجوانان بزهکار از رهگذر رفتاری افتراقی برخورد صورت پذیرد.^۴ از این رو، در مورد اطفال و نوجوانان بزهکار، علی‌رغم وجود الگوهای مختلف، ضمانت اجرای اجتماعی باید موجب بازسازی و اصلاح شود. رویکرد سزاگرایی به طور کلی با انتقادهای متعددی در این رابطه مواجه شده است از جمله؛ سزاگرایی در مقام ریشه‌یابی علت ارتکاب جرم و وضعیت مجرم نبوده و به اراده آزاد مرتکب در ارتکاب جرم نظر داشته و در تعیین تناسب بین جرم و مجازات به میزان سرزنش‌پذیری رفتار و صدمه وارده توجه می‌کند؛ دوم، سزاگرایی به گذشته نگاه داشته و آینده‌نگر نیست؛ تأثیر اجتماعی کیفر را نادیده گرفته و با توجه به نحوه ارتکاب جرم و بررسی مؤلفه‌های آن، کمتر به ملاحظه‌های اجتماعی در مورد کیفردهی توجه می‌کند. این نظریه برای اثربخشی و کارایی باید با سایر نظریه‌ها در حوزه کیفردهی ترکیب شود.^۵ این انتقادهای، مانع اثربخشی این رویکرد

۱. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، «از حقوق کیفری تا حقوق کیفری صغار»، دیپاچه در: عباچی، مریم، حقوق

کیفری اطفال در اسناد سازمان ملل متحد، انتشارات مجد، ۱۳۸۰، ص. ۱۰.

۲. مهدوی، محمود، پیشگیری از جرم، انتشارات سمت، ۱۳۹۰، ص. ۶۲.

۳. معاونت آموزش قوه قضاییه، «همایش بررسی نوآوری‌های قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ در مورد

دادرسی ویژه اطفال و نوجوانان ویژه جمعی از قضات دادگستری استان تهران»، ۱۳۹۲، ص. ۲۵.

۴. محسنی، فرید، «دستاوردهای نظری و عملی جرم‌شناسی رشدمدار»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۶،

۱۳۹۳، صص. ۶۴-۱۶۰.

5. Frase, Richard, "Limiting Retributivism: The Consensus Model of Criminal Punishment", in: Michael Tonry (ed), The Future of Imprisonment in the 21th Century, Oxford University Press, 2003, p. 14.

در تعیین کیفر و واکنش به بزهکاران کودک و نوجوان شده است. به طور خاص توسل به کیفر حبس، به دلیل ناتوانی در اصلاح و درمان بزهکاران، به ویژه در مورد افراد زیر ۱۸ سال و پیامدهای نامطلوب آن، از جمله تثبیت برچسب مجرمانه، حرفه‌ای شدن بزهکار و جذب در گروه‌های مجرمانه، می‌توان نتیجه گرفت که ضرر حبس از فوایدش بیشتر است.^۱

افزایش نرخ بزهکاری کودکان با توجه به تنوع در شکل آن از یک سو و تهدید جامعه از طریق ایجاد احساس ناامنی از سوی دیگر، ارائه سازوکارهایی برای مهار و پیشگیری از این پدیده‌ها را ضروری می‌سازد؛ بنابراین جهت کنترل و مهار بزهکاری کودکان اتخاذ سیاست‌های پیشگیرانه ضروری است.^۲ در فرآیند دادرسی، کودکان بزهکار گاه از موقعیت «کودکی» خود و توجه ویژه‌ای که مقتضی این موقعیت است، به شکل نگران‌کننده‌ای محروم هستند و نیازهای جسمی و روانی آنها نادیده گرفته می‌شود؛ تا جایی که هدف نهایی نظام عدالت کیفری اطفال عموماً بر تنبیه و سزادهی کودکان و نوجوانان بزهکار متمرکز می‌شود. نگرانی دیگر این است که کودکان بزهکار در سراسر جهان به جای برخورداری از اقدامات حمایتی - تربیتی مناسب، در زندان نگهداری می‌شوند و حتی از نظر جسمی و جنسی مورد سوءاستفاده قرار می‌گیرند. همچنین، کودکان همانند بزرگسالان محاکمه شده و به زندان بزرگسالان انتقال می‌یابند.^۳ چالش‌های مجازات‌های سالب آزادی در خصوص کودکان و نوجوانان بزهکار اهمیت بیشتر پیدا می‌کند زیرا این افراد در دوره‌های مختلف رشد خود نیاز به مراقبت، محبت و حمایت والدین خود دارند و جدا کردن آنها از بستر خانواده، مدرسه و محیط بازی مساوی است با انقطاع در رشد رفتاری و شخصیتی آنها؛ همچنین این افراد و محیط‌ها نقش اساسی در شکل‌دهی به شخصیت اجتماعی کودکان بر عهده دارند.^۴ اگر قاضی بتواند بدون توسل به روش‌های سزاگرایانه این مسأله را حل کند در واقع توانسته است صلح و آرامش واقعی را به جامعه و خانواده کودک بزهکار بازگرداند. گاهی در حین محاکمه کودکی به این نتیجه می‌رسیم که کودک متوجه اشتباه خود شده و حاضر است کاری انجام بدهد تا خسارت وارده جبران شود. این کار در مراحل مختلفی قابل انجام است. گاه در مرحله اول، قبل از تشکیل پرونده، موضوع حل و فصل می‌شود.

۱. گودرزی، محمدرضا، «نارسایی‌های زندان»، مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی الهیات و حقوق، شماره ۹ و ۱۰، ۱۳۸۲، ص. ۱۱۰.

۲. عباچی، مریم، «پیشگیری از بزهکاری و بزه دیدگی کودکان»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۷، ۱۳۸۳، ص. ۵۰.

۳. مهرا، نسرين، «عدالت کیفری اطفال از منظر حقوق بین‌الملل»، تحقیقات حقوقی، شماره ۳۸، ۱۳۸۲، ص. ۵۵.

۴. همان، ص. ۱۶.

یا مرحله دوم، در حین دادرسی این اتفاق رخ می‌دهد. گاه نیز در مرحله سوم، کودکان و نوجوانان را مجرم شناخته و از آنها می‌خواهیم تعهداتی را انجام دهند (تعلیق مراقبتی) و در مرحله چهارم، از تعویق صدور حکم یا سایر نهادها استفاده می‌شود.^۱

نظریه برچسب‌زنی بر این باور است که عدالت سزادهنده با تنبیه فرد زیر هجده سال در فرایند پاسخ رسمی به رفتار نوجوانان، آنها را وارد فرایند بدنام‌سازی نموده، به آنها «انگ مجرمانه» زده و گرفتار هویت برگشت‌ناپذیری می‌نماید که در نهایت به آنها هویت مجرمانه جدیدی می‌بخشد. با توجه به اهمیت دوران کودکی و نوجوانی، پاسخ رسمی نظام عدالت سزادهنده به افراد زیر هجده سال سبب تثبیت حیات مجرمانه آنها می‌شود. از این روی از منظر جرم‌شناسی رشدمدار، بهترین پاسخ برای این گروه از نوجوانان استفاده از ابزارهای کنترل غیررسمی است. در رویکرد برچسب‌زنی، بزهکاری محصول تعاریفی است که نظام کیفری در شناسایی رفتارهای مخالف منافع گروه حاکم، که ابزارهای قدرت را در اختیار دارند، به کار می‌گیرد. از این منظر، نظام کیفری می‌تواند نقش مهمی را در هویت‌بخشی به نقض‌کنندگان نظم عمومی در شبکه کنترل اجتماعی و توسعه این شبکه، ایفا نماید.^۲ جرم‌شناسی واکنش اجتماعی با توجه به نوع تبیینی که از بزهکاری ارائه می‌دهد، برنامه‌هایی را برای پیشگیری و کنترل جرم پیشنهاد می‌دهد. در نگاهی اجمالی، قضازدایی، جرم‌زدایی، نهادزدایی و کاهش روش‌های رسمی پاسخ‌دهی از عمده‌ترین راهکارهای مورد نظر در این رویکرد است.^۳

این رویکرد به منظور پیشگیری از تمایل جوانان به بزهکاری از تدابیری متنوعی استفاده می‌کند، از جمله عدم مداخله بنیادین یا کمترین مداخله نظام کیفری،^۴ قضازدایی، اعمال برنامه‌های اصلاحی و بازسازگاران، پاسخ‌دهی در شبکه‌های غیر رسمی با مشارکت پلیس، مددکاران، اعضای خانواده و مدرسه. هدف از اجرای چنین برنامه‌هایی جلوگیری از بدنام‌سازی نهادی و ساختاری است که اثری پایداری بر زندگی اجتماعی نوجوانان می‌گذارد.^۵ برنامه‌های پیشنهادی نظریه برچسب‌زنی در بزهکاری اطفال و نوجوانان عبارت است از حبس‌زدایی از جرایم جوانان در معرض خطر، از بین

۱. وینتر، رناته، «مجازات‌های جایگزین در مورد اطفال بزهکار»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۱۸ و ۱۷، ۱۳۷۹، ص. ۱۶۲.
۲. عظیم‌زاده، شادی، جرم‌شناسی تطبیقی پایداری در بزهکاری در حقوق ایران و آمریکا، انتشارات جاودانه، ۱۳۹۰، ص. ۲۰۲.
۳. همان، ص. ۲۰۵.
۴. غلامی، حسین، «اصل حداقلی بودن حقوق جزا»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال اول، شماره ۲، ۱۳۹۱، صص. ۴۴-۴۷.
۵. ویلیامز، فرانک پی؛ مک شین، ماری لین دی، نظریه‌های جرم‌شناسی، مترجم حمیدرضا ملک محمدی، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۸، ص. ۱۷۰.

بردن سوابق رسمی بزهکاری رسمی آنان، عدم پاسخدهی رسمی نظام کیفری در جرایم افراد زیر هجده سال و اجرای تدابیر شرم‌سارکننده^۱ که قانون‌گذار ایران نیز در تصویب قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ به برخی از آنها نظر داشته است.

دادرسی افتراقی بزهکاری کودک در قانون مجازات عمومی (مصوب ۱۳۰۴) نیز تا حدی پیش‌بینی شده بود. هر چند در گذر زمان به بوته فراموشی سپرده شده بود و با تصویب قانون تشکیل دادگاه‌های اطفال (مصوب ۱۳۳۸) و تشکیل قانون اصلاح و تربیت، دوباره مورد توجه قرار گرفت. بعد از انقلاب اسلامی، برای رفع خلا موجود، قانون جامعی تصویب نشد تا اینکه لایحه رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان توسط قوه قضاییه تدوین^۲ و تقدیم مجلس شد که پس از طی روندی طولانی در حال حاضر کلیات آن تصویب و در مجلس شورای اسلامی در حال بررسی است. قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) حاوی نوآوری‌ها و تحولات چشمگیری در رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان است. برخی از این نوآوری‌ها جنبه ماهوی داشته و برخی دیگر ناظر به موضوع‌های شکلی هستند. نوآوری‌های ماهوی درباره مسئولیت کیفری به نحوی است که رژیم خاصی از مسئولیت تدریجی و در برابر آن ضمانت اجرای تدریجی از مسئولیت را برای جرایم تعزیری پذیرفته است.^۳ در رابطه با مجازات‌ها علاوه بر ایجاد تناسب بین ضمانت اجرای کیفری با رشد عقلی بزهکار، امکان تبدیل واکنش‌های تنبیهی به واکنش‌های اجتماعی و بازسازگارانه نیز فراهم شده است. از نظر شکلی نیز نوآوری‌های مختلفی، چه در مرحله تحقیق و تعقیب و چه در مرحله رسیدگی هم از حیث ساختاری و هم از لحاظ فرایندی، در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ پیش‌بینی شده است.^۴

در این مقاله، از رهگذر روشی کمی و با استفاده از داده‌های آماری، میزان تمایل دادستان‌ها و قضات در بهره‌گیری از سازوکارهای نوین در مرحله تعقیب و مرحله رسیدگی مورد بررسی قرار می‌گیرد. این مطالعه نشان می‌دهد که در طول یک سال مورد بررسی، قضات محترم علاقه‌ای به استفاده از سازوکارهای نوین نداشته و در کیفردهی بیشتر به نهادهای سنتی متوسل شده‌اند. این امر علاوه بر متروک کردن

1. Crawford, A; Newburn, T, Youth Offending and Restorative Justice: Implementing Reform in Youth Justice, Willan Publishing, 2003, p. 216.

۲. ر.ک: جمشیدی، علیرضا، «گفتمان سیاست جنایی در لایحه قضایی تشکیل دادگاه اطفال و نوجوانان»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۵، ۱۳۸۲.

۳. ر.ک: فتاحی، حجت‌الله، «مسئولیت کیفری اطفال با رویکردی به لایحه قانون مجازات اسلامی»، حقوق اسلامی، سال ششم، شماره ۲۱، ۱۳۸۸.

۴. ر.ک: میرکمالی، سیدعلیرضا؛ حسینی، انسیه، «دادرسی افتراقی اطفال در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال ۷، شماره ۲، ۱۳۹۵.

نوآوری‌های تقنینی مندرج در قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)، پیامدهای جرم‌زایی نیز به همراه خواهد داشت؛ از جمله تسهیل و تسریع ورود نوجوان به حیات مجرمانه و تثبیت برجسب مجرمانه از سوی نظام عدالت کیفری و افزایش جمعیت کیفری زندان. از جمله دلایل کم‌توجهی قضات که خود مستلزم انجام پژوهشی کیفی مستقلی است، می‌توان به خلأهای اجرایی قانون در لزوم پرونده شخصیت که منتهی به عدم رعایت اصل فردی کردن مجازات در دادرسی اطفال و نوجوانان شده است، فراهم نبودن زیرساخت‌های لازم در راستای اجرایی کردن این نهادهای نوین، حجم انبوه شکایت‌های کیفری و پرونده‌های مطروحه در دادگاه در خصوص جرایم اطفال و نوجوانان نام برد. توجه به عوامل مؤثر در ارتکاب بزه، شرایط محیطی و شخصیت بزهکار در هنگام صدور حکم و استفاده از افراد متخصص در مدت اجرای حکم با برنامه‌هایی مدون در امور مختلف اصلاح و تربیت و درمان و همچنین استفاده از مشاوران روان‌شناس، جرم‌شناس و جامعه‌شناس در مراحل مختلف فرایند عدالت کیفری و تأمین کارآمد نهادهای نوین قانون مجازات اسلامی و علاقمند شدن قضات به کاربرد این نوآوری‌ها با لحاظ این که تأمین اهداف مجازات‌ها صرفاً با ارباب و تهدید توأم نمی‌باشد، از جمله زمینه‌های مفیدی است که می‌تواند به اجرایی شدن این تحولات تقنینی در نظام قضایی، کمک مؤثری نماید.

۱. به سوی عدالت غیر تنبیهی در بزهکاری کودکان و نوجوانان

قانون‌گذار در سال ۱۳۹۲ با اختصاص فصلی تحت عنوان مجازات‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی اطفال و نوجوانان اراده خود را در رابطه با تحقق دادرسی افتراقی به منصف ظهور رساند. قانون‌گذار علاوه بر اطفال از نوجوانان بزهکار نیز سخن به میان آورده است که خود نشان‌دهنده توجه قانون‌گذار به وضعیت خاص نوجوانان بوده است. هر چند موضع قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ در خصوص اماره قانونی سن بلوغ تغییری نکرده اما حداقل دو تغییر قابل توجه در این حوزه رخ داده است. نخست آنکه دو نظام متفاوت برای جرایم تعزیری و سایر مجازات‌ها در نظر گرفته شده و دیگر آن که در حوزه جرایم تعزیری، بر اساس نوع جرم ارتكابی و گروه سنی مرتکبان، واکنش‌های متفاوتی پیش‌بینی شده است.^۱ از لحاظ علمی، تعیین سن مشخصی نه تنها برای بلوغ، بلکه برای مسئولیت کیفری یا حتی رشد، قابل انتقاد است؛ زیرا مؤلفه‌های مختلفی در تکوین و تکامل جسمی، عقلی، عاطفی، روحی و حتی جنسی انسان، به

۱. صبوری پور، مهدی؛ علوی‌صدر، فاطمه، «سن مسئولیت کیفری کودکان و نوجوانان در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال ششم، شماره اول، ۱۳۹۴، ص. ۱۸۱.

ویژه در دوران کودکی و نوجوانی، دخالت دارند.^۱ تعیین مجازات و مسئول شناختن نوجوانان بدون توجه به ویژگی‌های جسمی، عقلی، عاطفی و روحی آنان و تنها بر اساس رسیدن به سن معینی، شاید از لحاظ قضایی موجب تسهیل رسیدگی کیفری باشد، اما در واقع امر، چشم‌پوشی از حقیقت و دور شدن از اهداف حقوق کیفری و مجازات‌هاست. حتی قاعده فقهی «قبح تکلیف بما لا یطاق» خود بیانگر این است که آنچه بر فرد تکلیف می‌شود می‌بایست در حد توان و طاقت وی باشد و بی‌توجهی به آن قبیح و ناپسند است.^۲ به نظر می‌رسد منظور از قدرت تحمل بار مسئولیت کیفری و مجازات در قاعده عدم مشروعیت تکلیف به غیر مقدر، قدرت عقلی طفل در تشخیص عمل متخلفانه و قبح ارتکاب آن است. بنابراین نمی‌توان به منظور حصول علم به قدرت طفل در خصوص عمل ارتكابی صرفاً به آحاد روایات مربوط به سن بلوغ اکتفا کرد بلکه باید علم یقینی به بلوغ طفل و قدرت عقلی او در تشخیص حسن و قبح اعمال حاصل شود. بنابراین بر اساس این قاعده فقهی نیز شرط تحمیل آثار کیفری جرم و مسئولیت کیفری، تحقق قدرت عقلی طفل است.^۳ تجربه نظام‌های کیفری دیگر نیز این موضوع را تایید می‌کند؛ در نظام حقوقی انگلستان^۴ سن مسئولیت کیفری ۱۸ سال تمام می‌باشد و کودکان زیر ده سال فاقد هر گونه مسئولیت کیفری می‌باشند. کودکان بین سن ۱۰ تا ۱۴ و ۱۴ تا ۱۸ سال، به منظور تحقق مسئولیت کیفری، دادستان باید عنصر مادی و عنصر روانی جرم را اثبات نماید.^۵

از بین بردن تفاوت حداقل سن مسئولیت کیفری بین دختران و پسران در جرایم تعزیری و نیز توسعه اختیارات قضایی برای اسقاط مجازات‌های حد و قصاص در مورد مرتکبان زیر هجده سال از جمله گام‌هایی است که این قانون در راستای رسیدن به یک نظام مطلوب مسئولیت کیفری اطفال برداشته است.^۶ از طرفی ارائه اقدامات تأمینی و تربیتی به طور خاص و مشخص نمودن آنها گام دیگری جهت امکان استفاده بهتر قضات در راستای اصل قانونی بودن جرم و مجازات (اقدامات تأمینی و تربیتی) در نظر گرفته می‌شود. در نهایت می‌توان از تحول نگرش قانون‌گذار نسبت به جرایم حدود و

۱. نجفی توانا، علی، بزهکاری و نابهنجاری اطفال، تهران، انتشارات راه تربیت، ۱۳۸۲، ص. ۱۶.
۲. میرمحمدصادقی، حسین؛ محمدی، منصوره، «بررسی سن مسئولیت کیفری اطفال در ادوار قانون گذاری ایران و فقه جزایی اسلام»، کنفرانس ملی سیاست کیفری ایران در قبال بزهکاری و بزه‌دیدگی کودکان و نوجوانان، کرمان، بهمن ۱۳۹۲، ص. ۷.
۳. خدایاری، زهرا، بازخوانی سن مسئولیت کیفری در نظام حقوقی ایران در پرتو فقه و استانداردهای حقوق بشر، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ۱۳۹۱، ص. ۴۶.
۴. رک: مهرا، نسرین، «نظام عدالت کیفری اطفال و نوجوانان در انگلستان و ولز»، تحقیقات حقوقی، شماره ۴۶، ۱۳۸۶.
۵. میرمحمدصادقی، حسین، جرایم علیه اشخاص، چاپ هفتم، تهران، میزان، ۱۳۸۹، ص. ۲۴۷.
۶. صبوری پور، مهدی؛ علوی صدر، فاطمه، منبع پیشین، ص. ۱۹۱.

قصاص یاد کرد. به طور مشخص قانون‌گذار در ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با وجود دو شرط شبهه در کمال عقل و درک نکردن حرمت فعل ارتكابی توسط نوجوانان و از طرفی رسیدن به سن بلوغ تا ۱۸ سالگی مجازات‌های سنگینی چون اعدام را نیز قابل حذف دانسته است که البته این مورد مهم گامی است در راستای تطبیق فعل مجرمانه و شخصیت نوجوان است که در اختیار قاضی دادگاه است. قانون‌گذار در ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ تحولی جدی در واکنش کیفری نسبت به نوجوانان مرتکب جرایم مستوجب حد یا قصاص ایجاد کرده است. این ماده سه وضعیت را به عنوان عامل سقوط حد یا قصاص معرفی کرده است و قاضی را مکلف کرده که در این موارد مرتکب را به جای حد یا قصاص بر اساس گروه سنی وی به یکی از مجازات‌های تعزیری این فصل (فصل نهم) محکوم کند. این سه وضعیت نیز عبارتند از: الف) عدم درک ماهیت جرم ارتكابی توسط مرتکب ب) عدم درک حرمت جرم ارتكابی توسط مرتکب ج) شبهه در رشد یا کمال عقل مرتکب.^۱ با توجه به تنوع تدابیر پیش‌بینی شده در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲، این امکان برای دادگاه‌ها وجود دارد تا جهت رسیدن به اهداف اصلاحی از ابزارهای مختلفی استفاده نمایند. حتی در خصوص اقدامات تأمینی نیز قانون‌گذار با احراز جهات تخفیف اعلام نموده قاضی دادگاه می‌تواند اقدام تأمینی و تربیتی را به اقدام دیگری تبدیل نماید که این نشانگر نگرش قانون‌گذار در جهت تنوع بخشی به تدابیر اتخاذی نسبت به اطفال و نوجوانان است.

۱-۱. تحولات تقنینی پاسخ‌دهی اصلاحی به بزهکاری کودکان و نوجوانان

۱-۱-۱. تحولات پیش از تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

در موضوع بزهکاری اطفال و نوجوانان، پیش از انقلاب اسلامی، سیاست جنایی تقنینی براساس مواد ۳۴ تا ۳۹ قانون مجازات عمومی در سال ۱۳۰۴، حاکی از نوعی نگرش افتراقی به جرایم اطفال بوده است.^۲ ماده ۴ قانون تشکیل دادگاه اطفال مصوب ۱۳۳۸ برای اطفال تا ۶ سال تمام عدم مسئولیت مطلق کیفری کامل پیش‌بینی و آنان را قابل تعقیب جزایی نمی‌دانست و اطفال ۶ تا ۱۸ سال را به دو گروه ۶ تا ۱۲ سال و ۱۲ تا ۱۸ سال تقسیم می‌کرد. بدین نحو که در مورد اطفال ۶ تا ۱۲ سال هر چند عدم مسئولیت کیفری را نپذیرفته بود، ولی به نوعی برای آنان عدم مسئولیت نسبی کیفری مقرر می‌داشت و در صورت ارتکاب جرم، تدابیر حمایتی و تربیتی را بدون آنکه جنبه

۱. همان، ص. ۱۹۴.

۲. مؤذن‌زادگان، حسنعلی، «سیر تحول قوانین کیفری حمایتی کودکان و نوجوانان در ایران»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۳-۶۲، ۱۳۸۷، صص. ۲۳-۲۲.

مجازات داشته باشد در مورد آنان اعمال می‌کند. اطفال ۱۲ سال به بالا تا سن ۱۸ سال نیز به دو گروه تقسیم می‌شدند: اطفال ۱۲ تا ۱۵ سال و ۱۵ تا ۱۸ سال؛ و در صورت ارتکاب جنایت (قتل) اعزام به بخش زندان کانون اصلاح و تربیت در نظر گرفته می‌شد و در جنایاتی که مجازات آنها اعدام یا حبس ابد بود مدت زندان کمتر از دو سال نبود. در واقع می‌توان گفت، در صورتی که تربیت و اعزام به کانون را تدابیر اصلاحی و بازپروری تلقی کنیم، اطفال در نظام جزایی سابق ما تا ۱۸ سالگی فاقد مسئولیت کیفری بودند و جز در مورد جنایت - آن هم با مجازات تعدیل یافته - قابل مجازات کیفری نبودند. به نظر می‌رسد در مقام مقایسه حتی با قوانین فعلی بسیاری از کشورها، قانون مذکور پیشرفته‌تر و دارای امتیازات مثبت فراوان برای اطفال بوده است.

این در حالی است که با وصف پذیرش عدم مسئولیت مطلق کیفری، مقنن امکان رسیدگی به جرائم اطفال نابالغ را نیز در ذیل ماده ۴۹ قانون مجازات اسلامی پیش‌بینی کرده و حتی امکان تربیت و نگهداری آنها را در کانون اصلاح و تربیت (موسسه‌مداری) و مهم‌تر از آن وفق تبصره ۲ همان قانون تنبیه بدنی وی را بدین منظور مقرر داشته است. تنبیه بدنی که عرفاً نوعی مجازات و شامل اعمال نوعی رنج جسمانی با شی خارجی اعم از چوب، شلاق، کمر بند و ترکه نازک و سیلی و غیره است و البته در طبقات اجتماعی و فرهنگی مختلف مفاهیم متفاوتی دارد^۱ در قوانین موضوعه ما صرفاً محدود به قاعده «میزان و مصلحت» شده است: معیاری که در نزد خانواده‌های مختلف حدود و ثغور متفاوتی می‌تواند بیابد. متأسفانه مقنن در قانون جدید، تنها رادع و مانع قانونی ممکن را که در تبصره ۳ ماده ۲۶ قانون حدود و قصاص سال ۱۳۶۱ پیش‌بینی و بر اساس آن «...تنبیه نمی‌بایستی به گونه‌ای باشد که دیه به آن تعلق گیرد» را نسخ کرده است.^۲ حال آنکه حتی قانون مدنی نیز در ماده ۱۱۷۹ اعمال تنبیه توسط والدین را در خارج از حدود تادیب متعارف، با توجه به شرایط کودک ممنوع اعلام کرده است. بی‌توجهی به سرنوشت اطفال به همین جا خاتمه نمی‌یابد. مقنن در موارد دیگری نیز حتی در تضاد با اصل عدم مسئولیت مطلق کیفری اطفال، مصرح در ماده ۴۹ قانون مجازات اسلامی، کودکان نابالغ را در مورد برخی افعال قابل مجازات دانسته است. ماده ۱۱۳ قانون مجازات اسلامی مقرر داشته است: «هرگاه نابالغ، نابالغ دیگر را وطی کند تا ۷۴ ضربه شلاق تعزیر می‌شود مگر آنکه یکی از آنها اکراه شده باشد». همه می‌دانیم که کودک نابالغ فاقد توانایی برای ارتباط

۱. انجم شعاع، محمد مهدی، «تنبیه بدنی کودکان در پرتو سیاست جنایی حکومت دینی»، حقوق بشر، جلد ۶،

شماره ۲، ۱۳۹۰، صص. ۵۵-۵۳.

۲. نجفی توانا، علی، «سن مسئولیت کیفری اطفال در مقررات حقوق داخلی و بین‌المللی»، فصلنامه مدرس علوم

انسانی، ۱۳۸۴، ص. ۱۳۰.

جنسی است و اگر در مواردی در عالم کودکی و تحت تأثیر محیط خانواده یا رسانه‌ها - در واقع به عنوان قربانی تأثیرات محیط - برای بازی یا ارضای حس کنجکاوی چنین حرکاتی از خود بریزد، نمی‌توان او را مرتکب چنین جرمی تلقی و به دادرسی جلب و به مجازات محکوم کرد. اعمال این سیاست کیفری در مورد اطفال با لحاظ مقتضیات سنی و علمی و اجتماعی به هیچ وجه پذیرفتنی نیست و اصولاً منطق اجتماعی و تربیتی نمی‌تواند پذیرای چنین برخوردی، آن هم برای اطفال نابالغ که معمولاً فاقد قدرت تشخیص منطقی و عقلی کافی و نیز تمیز فردی و اجتماعی هستند، باشد. ممنوعیت اعمال تنبیه نسبت به کودکان به ویژه اطفال نابالغ به ویژه اطفال نابالغ و کم سن و سال در اسناد مهم بین‌المللی نیز، که ایران نیز به اغلب آنها ملحق شده است، بارها مورد تأکید قرار گرفته است.^۱ اعلامیه حمایت از کلیه اشخاص در برابر شکنجه و سایر رفتار یا تنبیهات ظالمانه، غیر انسانی و تحقیرآمیز؛ عهدنامه بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (مواد ۶ و ۷) پیمان‌نامه حقوق کودک (مواد ۳۷ و ۴۰) و مقررات پکن (ماده ۱۷) در مورد این حداقل حقوق، مصوبات روشن و تعریف شده‌ای دارند. تعیین حداقل سن عدم مسئولیت مطلق کیفری، ممنوعیت شکنجه، ممنوعیت تنبیه بدنی، ممنوعیت مجازات‌های کیفری برای اطفال تا حد سنی مشخص و ممنوعیت اعمال مجازات‌های سنگین حتی برای اطفالی که دارای سن رشد جزایی هستند از مفاد اسناد بین‌المللی محسوب می‌شوند. جالب‌تر آنکه قطع‌نامه آخرین کنگره بین‌المللی حقوق جزا (پکن) با تعیین ۱۴ سالگی به عنوان سن عدم مسئولیت کیفری تأکید می‌کند که برای اطفال کمتر از این سن در صورت ارتکاب جرم صرفاً اقدامات تربیتی اعمال شود.^۲

۱-۲. تحولات مربوط به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

رویکرد نوین مواجهه با بزهکاری اطفال، رویکردی مبتنی بر اصول حاکم بر «برنامه‌های اصلاحی و بازسازگاران» بوده است. قانون‌گذار در این رویکرد جدید سعی نموده که پاسخ‌های کیفری به بزهکاری اطفال را با استفاده از راه‌حل‌های مختلف تعدیل نماید و در این رابطه پاسخ‌های کیفری تعدیل یافته چون اعطای فرصت به طفل و یا نوجوان از طریقی همانند «تعلیق تعقیب» و «تعویق صدور حکم» و «تعلیق اجرای حکم» یا به شکل پیش‌بینی کیفرهای تخفیف‌یافته، بهره جوید.^۳ قانون‌گذار در سال ۱۳۹۲ رویکرد تربیتی و اصلاحی در رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان وضع نموده

۱. ر.ک: اردبیلی، محمدعلی، «حمایت‌های بین‌المللی از اطفال و نوجوانان بزهکار»، تحقیقات حقوقی، شماره ۲۶-۲۵، ۱۳۷۸.

۲. نجفی توانا، علی، «سن مسئولیت کیفری اطفال در مقررات داخلی و بین‌المللی»، منبع پیشین، ص. ۱۳۱.

۳. جمشیدی، علیرضا، منبع پیشین، ص. ۶۲.

است که موجد تحولات چشمگیری شده است. از مهم‌ترین این تحولات تقنینی سال ۹۲ می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود.

در ماده ۸۱ از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۹۲ قرار تعلیق تعقیب و شرایط آن به صراحت بیان شده است. قانون‌گذار در ماده ۸۰ از قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ شرایط قرار بایگانی شدن پرونده را بیان نموده است. این تصمیم هم به متهمی که برای اولین بار مرتکب جرم شده فرصت بازسازی می‌دهد و هم سبب می‌شود پرونده‌ها در ابتدای ورود بدون اینکه در مراحل تحقیق، تعقیب و محاکمه قرار گیرند از گردونه خارج شوند.

میانجی‌گری و سازش از جمله تدابیر «قضادایی» می‌باشد و قانون‌گذار در ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲) شرایط صدور قرار ارجاع به میانجی‌گری را برشمرده است. قرار تعویق صدور حکم در ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) به دو صورت ساده و مراقبتی بیان شده است. ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی به قرار تعلیق اجرای مجازات اختصاص دارد. همچنین در این قانون، قانون‌گذار با رویکرد حمایتی مواد ۸۸ و ۸۹، اقدامات تأمینی و تربیتی را برشمرده است؛ ماهیت اصلی این تدابیر جنبه اصلاح و تربیت داشته و از انگیزه انتقام‌جویی و مجازات به دور است. ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی در خصوص افرادی که در گروه سنی ۹ تا ۱۵ سال قرار دارند و مرتکب جرایم تعزیری درجه شش تا هشت شوند اذن تسلیم به والدین با تعهدات معین، نصیحت توسط قاضی، اخذ تعهد به عدم تکرار جرم، تسلیم به اشخاص حقیقی و حقوقی را برشمرده است. هدف اصلی خدمات عمومی رایگان «بازیکپارچگی اجتماعی مجرم» است. به همین منظور نیز، یکی از مهم‌ترین کارهای قضات، تضمین سازگاری مجرم، مجرم و محکومیت صادره با اصول و مبانی حاکم بر مجازات‌هاست.

قانون‌گذار در ماده ۷۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ از خدمات عمومی نام برده است. ماده ۸۹ از قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در جرایم تعزیری نوجوانان بین ۱۵ تا ۱۸ سال تمام شمسی میزان ساعات خدمات عمومی را بدین شرح بیان نموده: «جرم تعزیری درجه ۵ از ۱۸۰ تا ۷۲۰ ساعت، جرم تعزیری درجه ۶ از ۶۰ تا ۱۸۰» و در تبصره ۱ همان ماده تصریح شده است که «ساعت ارائه خدمات عمومی بیش از ۴ ساعت در روز نمی‌باشد». ماده ۸۹ از قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در بندهای پ و ت در خصوص نوجوانان که مرتکب جرم تعزیری درجه پنج تا هشت شوند و سن آنها در زمان ارتکاب جرم بین ۱۵ تا ۱۸ سال تمام شمسی است جزای نقدی را به عنوان جایگزین حبس در کانون اصلاح و تربیت مقرر نموده است. حبس خانگی در معنای واقعی خود سلسله ضمانت اجراهای محدود کننده‌ای است که از تحمیل منع رفت‌وآمد

شبانه تا حبس در منزل را دربرمی‌گیرد؛ هر چند حبس خانگی ضرورتاً با نظارت الکترونیکی همراه نیست.^۱ قانون‌گذار ایران در تبصره ۲ ماده ۸۹ از قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) به حبس در منزل برای نوجوانان بین سنین ۱۵ تا ۱۸ سال تمام شمسی پرداخته است. در آلمان نیز، برای صغاری که مرتکب جرائم کوچک و سبک می‌شوند قضات کیفری اجازه دارند این مجازات را به حبس‌های یک تا شش «تعطیل آخر هفته» تبدیل کنند. این گونه توقیف‌ها جنبه تربیتی داشته است.^۲ قانون‌گذار ایران نیز نگهداری در کانون اصلاح و تربیت در دو روز آخر هفته را در تبصره ۲ ماده ۸۹ وارد قوانین کیفری نموده است. قانون‌گذار در ماده ۹۰ از قانون مجازات اسلامی موارد تبدیل مجازات حبس و جزای نقدی را تصریح نموده است. ماده ۹۰ این قانون امکان تجدیدنظر در تصمیم و حکم را به قاضی دادگاه اطفال داده است. این امر در راستای اصل شخصی کردن مجازات‌ها و فلسفه دادرسی ویژه اطفال و نوجوانان یعنی آموزش و اصلاح آنان است و از همین رو مستلزم تشکیل پرونده شخصیت و توجه به تفاوت‌ها و وضعیت تربیتی طفل و نوجوان بر اساس آورده‌های جرم‌شناسی و روان‌شناسی است.^۳

ماده ۵۷ از قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) شرایط نظام آزادی مشروط را بیان می‌کند. با توجه به قسمت ذیل ماده ۹۰ قانون مزبور، آزادی مشروط جهت اطفال نیز قابل اعمال است. امحاء سابقه مجرمانه از سجل کیفری بزهکاران زیر ۱۸ سال در ماده ۹۵ از قانون مجازات اسلامی ۹۲ با رویکرد جرم‌شناختی و جهت جلوگیری از زدن انگ مجرمانه به کودکان و ایجاد اختلال در فرایند جامعه‌پذیری آنها وضع شده است و راجع به تمامی مجازات‌های جرایم ارتكابی اطفال و نوجوانان می‌باشد.

۲. روش‌شناسی پژوهش

در این پژوهش از دو نوع متغیر برای دستیابی به اهداف مطالعه استفاده شده است؛ متغیر وابسته و متغیر مستقل. در این پژوهش متغیر وابسته، انواع تصمیماتی است که مقام قضایی در مرحله دادرسی، دادگاه و اجرای احکام متناسب با شرایط جرم و شخصیت بزهکاران زیر ۱۸ سال اتخاذ نموده‌اند. این آراء با توجه به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و تحولات نوین تقنینی مربوط به این قانون صادر شده‌اند. متغیرهای مستقل، متغیرهایی هستند که تغییراتی را در متغیرهای دیگر موجب

۱. آشوری، محمد، جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بینابین، نشر گرایش، ۱۳۸۲، ص. ۳۹۲.

۲. صلاحی، جاوید، کیفرشناسی، چاپ سوم، نشر میزان، ۱۳۹۲، ص. ۱۳۲.

۳. معاونت آموزش قوه قضاییه، منبع پیشین، ص. ۹۲.

می‌شوند؛ به این مفهوم که ارزش متغیرهای وابسته تحت تأثیر متغیرهای مستقل قرار می‌گیرد.^۱ در این پژوهش مولفه‌هایی از جمله سن، جنسیت، تحصیلات، نوع جرم از مصادیق متغیرهای مستقل‌اند. بزهکاران زیر ۱۸ سال متغیرهای مستقل اثرگذار بر تصمیم مقام قضایی هستند.

در این پژوهش با مراجعه به محاکم اطفال شهر تهران، آرای صادره به استناد به قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) در فاصله سال‌های ۱۳۹۲ - ۱۳۹۳ مورد بررسی قرار گرفتند و پس از مطالعه آراء و پرونده‌ها، اقدام به جمع‌آوری اطلاعات و تحلیل آنها شده است. پس از انتخاب نمونه آماری از محتوای پرونده‌های محاکم اطفال و جمع‌آوری اطلاعات مرتبط، اطلاعات گردآوری شده، تحلیل و نتیجه‌گیری شده است. جامعه آماری این پژوهش شامل ۲۰۴ رای صادره در این خصوص می‌باشد. اطلاعات مربوط به آراء مطالعه شده به واسطه پرسش‌نامه استخراج شده است؛ پرسش‌نامه این پژوهش از نوع پرسش‌نامه با پاسخ‌های ثابت است؛ یعنی پرسش‌نامه‌ای که از فهرست معینی از پاسخ‌های متناوب تشکیل شده است و در آن پرسش‌ها باز گذاشته نشده است بلکه پژوهشگر باید گزینه مربوط را گزینش کند.

روش نمونه‌گیری تصادفی بوده است و به منظور تجزیه و تحلیل اطلاعات جمع‌آوری شده از تکمیل پرسش‌نامه‌ها، از روش تجزیه تحلیل توصیفی و مقایسه‌ای بهره گرفته شده است. در این پژوهش از روش نمونه‌گیری تصادفی ساده استفاده شده است. در نمونه‌گیری تصادفی ساده، شانس انتخاب هر مورد در هر مرحله از انتخاب نمونه برای کلیه آراء باقی مانده، مساوی و مستقل از هم می‌باشد. اگر مورد انتخاب شده، مجدداً در معرض انتخاب قرار گیرد، نمونه‌گیری را با جایگذاری ادامه می‌دهند.^۲ ابتدا داده‌های جمع‌آوری شده با استفاده از شاخص‌های آماری توصیفی اعم از فراوانی و درصد هر متغیر در جامعه آماری بدست می‌آید و سپس از طریق نمودارهای مربوطه نمایش داده می‌شوند. همچنین این داده‌ها با یکدیگر مقایسه شده و در قالب آزمون کای‌دو ارتباط معناداری هر یک از متغیرهای مستقل با متغیرهای وابسته مورد ارزیابی قرار می‌گیرند. مجموعه آماری پیش‌رو متشکل از ۲۰۴ رأی صادره دادسرا در محاکم عمومی اطفال و نوجوانان و محاکم کیفری استان و اجرای احکام در شهر تهران در سال‌های ۱۳۹۳ - ۱۳۹۲ می‌باشد. ابتدا پس از حضور در مراجع قضایی (با هماهنگی و

۱. جامبیون، دین جان، روش تحقیق در عدالت کیفری و جرم‌شناسی، ترجمه علی شایان، انتشارات دادگستر، ۱۳۸۵، ص. ۹۴.

۲. ملک افضلی، حسین؛ نهایتیان، وارنکس؛ کاظم، محمد، روش‌های آماری و شاخص‌های بهداشتی، انتشارات فروزش، ۱۳۸۹، ص. ۷۸.

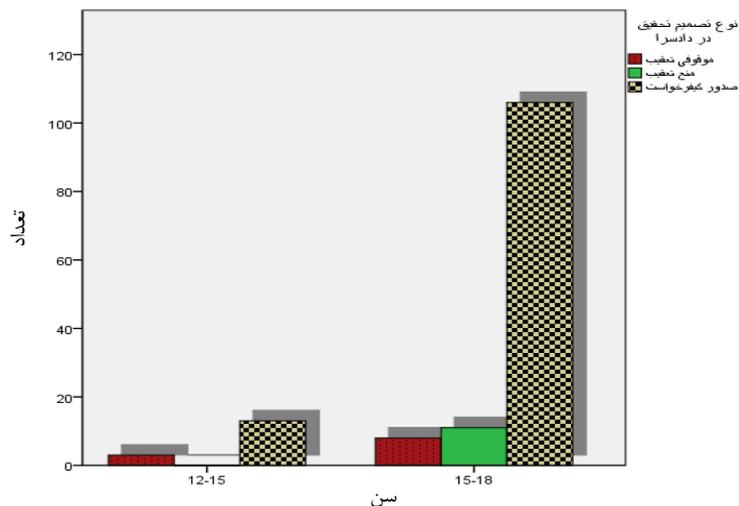
اخذ مجوز لازم از مراجع مربوطه)، آراء محاکم، با توجه به موانع موجود، در طول یک ماه جمع‌آوری شده است.

به منظور دستیابی به نتایج عملی‌تر پس از بررسی نظام کیفری افتراقی افراد زیر ۱۸ سال با انتخاب جامعه آماری متشکل از آراء محاکم کیفری و دادسرای ویژه اطفال شهر تهران میزان تمایل مقام‌های محترم قضایی به تحولات تقنینی نوین صورت گرفته و میزان همگرایی و همسویی نهاد عدالت کیفری با این تحولات مورد بررسی قرار گرفته است. این مطالعه با استفاده از شاخص‌های آماری توصیفی، آزمون‌های معناداری به تعیین میزان رابطه معنادار متغیرهای مستقل با متغیرهای وابسته پرداخته است. داده‌های این پژوهش از مطالعه آراء صادره هر یک از پرونده‌ها در قالب پرسش‌نامه تنظیمی گردآوری شده است. پرسش‌نامه مذکور در شش سطح طراحی و تکمیل شده است. قسمت اول پرسش‌نامه مربوط به سن، جنسیت، تحصیلات، نوع جرم اتهامی، نوع جرم محکوم شده و نوع جرم می‌باشد (در فرایند تحقیق هیچ پاسخ دقیقی برای میزان تحصیلات یافت نشد). قسمت دوم مربوط به تصمیمات اخذ شده در خصوص اطفال و نوجوانان در دادسرای ویژه آنان است. قسمت سوم، مربوط به نوع تصمیمات دادگاه، قسمت چهارم، انواع اقدامات تأمینی تربیتی، قسمت پنجم، نوع مجازات در حدود و قصاص و قسمت آخر در خصوص اجرای احکام است.

پس از جمع‌آوری اطلاعات و داده‌ها به منظور تجزیه و تحلیل‌های آماری از نرم افزارهای spss و Excel استفاده شده است. برای رفع ابهام مطالعه آراء، ابتدا آگاهی لازم به مقام قضایی ارائه شد و انتخاب نمونه‌ها به صورت تصادفی انجام گرفته است. تعداد نمونه‌های لازم در محاکم مربوطه و در شعبه تخصصی جمع‌آوری شده است. به منظور رعایت اصول اخلاقی پژوهش، هر گونه مشخصات فردی که نشان‌دهنده هویت افراد در آراء می‌باشد، محرمانه و ناشناس باقی مانده و ذکر آنها در این تحقیق بدون ذکر هر گونه اطلاعات فردی بوده است.

۳. توصیف داده‌ها

با بررسی ۲۰۴ رای صادره در خصوص جرایم محکوم شده دختران و پسران ملاحظه می‌شود بیشترین فراوانی آراء صادره مربوط به ایراد صدمه بدنی عمدی (۱ نفر دختر و ۳۳ نفر پسر)، زنای به عنف (۱۳ نفر دختر و ۱۱ نفر پسر)، سرقت مستوجب تعزیر (فقط ۲۰ نفر پسر)، سرقت مقرون به آزار (۳ نفر دختر و ۹ نفر پسر)، شرب خمر (۲ نفر دختر و ۹ نفر پسر) و لواط (فقط ۱۰ نفر پسر) می‌باشد. نمودار ذیل مربوط به سن بزهکار و نوع تصمیم در مرحله تحقیق در دادسرا می‌باشد.

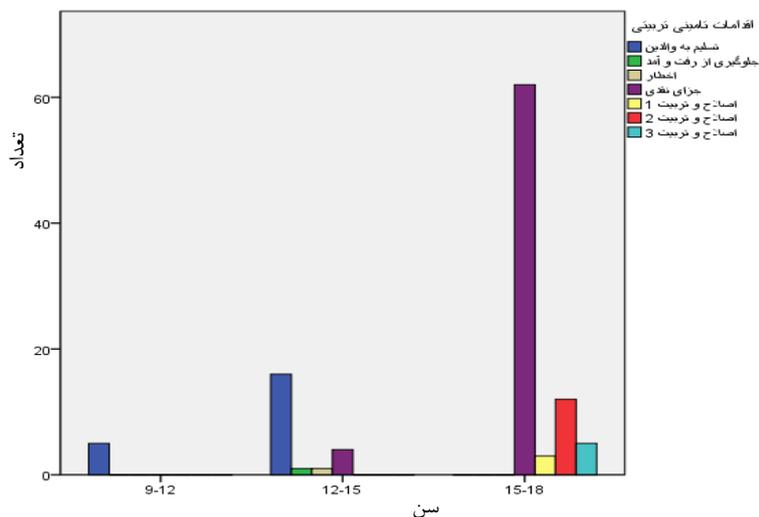


جدول توزیع فراوانی نوع تصمیم قضایی دادسرا در آراء مطالعه شده بر حسب سن

			سن		جمع
			12-15	15-18	
نوع تصمیم قضایی	موقوفی تعقیب	فراوانی	3	8	11
		درصد در نوع تصمیم قضایی	27.3%	72.7%	100.0%
		درصد در سن	18.8%	6.4%	7.8%
	منع تعقیب	فراوانی	0	11	11
		درصد در نوع تصمیم قضایی	.0%	100.0%	100.0%
		درصد در سن	.0%	8.8%	7.8%
	صدور کیفرخواست	فراوانی	13	106	119
		درصد در نوع تصمیم قضایی	10.9%	89.1%	100.0%
		درصد در سن	81.3%	84.8%	84.4%
جمع	فراوانی	16	125	141	
	درصد در نوع تصمیم قضایی	11.3%	88.7%	100.0%	
	درصد در سن	100.0%	100.0%	100.0%	

انواع تصمیمات مقام تحقیق در دادسرا عبارتند از قرار موقوفی تعقیب، قرار منع تعقیب و صدور کیفرخواست در گروه‌های سنی ۱۲-۱۵ و ۱۵-۱۸ سال. ملاحظه می‌شود که بیشترین تصمیم مربوط به صدور کیفرخواست در گروه سنی ۱۵-۱۸ سال است. به نظر می‌رسد هر چه سن بزهکاران بالاتر می‌رود میزان تمایل مقام قضایی برای صدور کیفرخواست در دادسرا بیشتر می‌شود.

نمودار ذیل مربوط به سن بزهکار و نوع اقدامات تأمینی تربیتی می‌باشد.

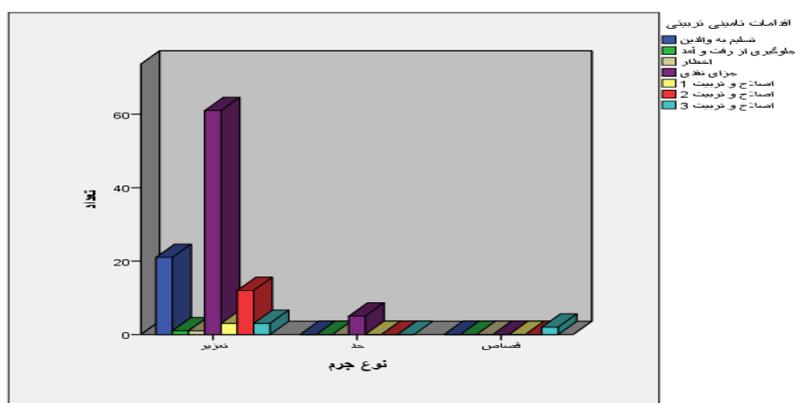


جدول توزیع فراوانی آراء به تفکیک اقدامات تأمینی و تربیتی

	فراوانی	درصد	درصد اعتباری	درصد جمعی
تسليم به والدين	21	10.3	19.3	19.3
جلوگیری از رفت و آمد	1	.5	.9	20.2
اخطار	1	.5	.9	21.1
جزای نقدی	66	32.4	60.6	81.7
نگهداری در مرکز اصلاح و تربیت ۳ ماه تا یکسال در جرایم تعزیری درجه ۱ تا ۵	3	1.5	2.8	84.4
نگهداری در مرکز اصلاح و تربیت ۱ سال تا ۳ سال در جرایم تعزیری درجه ۱ تا ۵	12	5.9	11.0	95.4
نگهداری در مرکز اصلاح و تربیت ۳ ماه تا ۵ سال در جرایم تعزیری درجه ۱ تا ۳	5	2.5	4.6	100.0
جمع	109	53.4	100.0	
بدون پاسخ	95	46.6		
کل	204	100		

انواع اقدامات تأمینی و تربیتی در مواد ۸۸ و ۸۹ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) بیان شده است؛ اما از میان مجموع اقدامات موجود که امکان صدور حکم پیرامون آنها وجود داشته است در خصوص گروه‌های سنی ۹-۱۲، ۱۲-۱۵ و ۱۵-۱۸ سال، تسلیم به

والدین، جلوگیری از رفت و آمد به محل‌های معین، اخطار، جزای نقدی و نگهداری در کانون اصلاح و تربیت، مورد تصمیم قرار گرفته است. به طوری که از میان این تصمیم‌ها ۱۰.۳٪ به تسلیم به والدین، ۰.۵٪ به جلوگیری از رفت و آمد به محل‌های معین، ۰.۵٪ به اخطار، ۲.۴٪ به جزای نقدی، ۱.۵٪ به نگهداری در مرکز اصلاح و تربیت از ۳ ماه تا ۱ سال در جرایم تعزیری درجه ۱ تا ۵، ۵.۹٪ به نگهداری در مراکز اصلاح و تربیت به مدت ۱ تا ۳ سال در جرایم تعزیری درجه ۱ تا ۵ و ۲.۵٪ به نگهداری در مراکز اصلاح و تربیت به مدت ۳ ماه تا ۵ سال در جرایم تعزیری درجه ۱ تا ۳، اختصاص یافته است. ۴۶.۶٪ از موارد مشمول اقدامات تأمینی تربیتی قرار نگرفته‌اند.

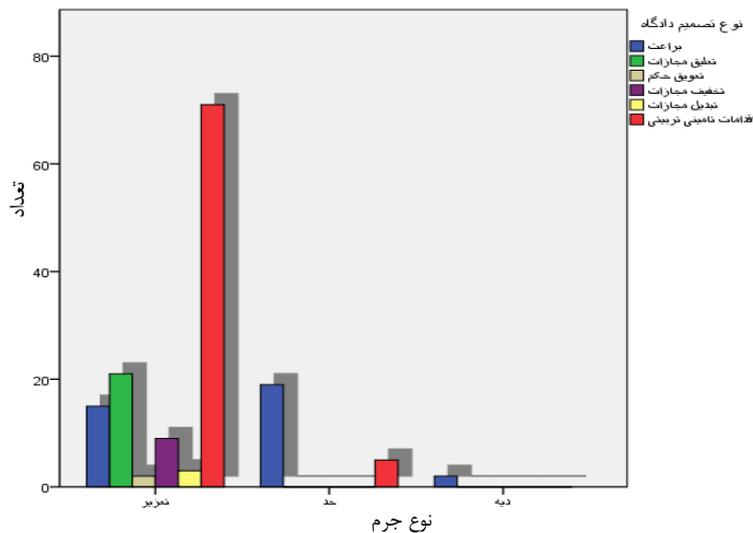


نمودار فوق در خصوص توزیع فراوانی اقدامات تأمینی و تربیتی در آراء مطالعه شده بر حسب نوع جرم (حدود، قصاص و تعزیرات) می‌باشد که بیشترین فراوانی در تعزیرات (جزای نقدی) حدود و قصاص (نگهداری در کانون اصلاح و تربیت) می‌باشد.

جدول توزیع فراوانی اقدامات تأمینی تربیتی در آراء مطالعه شده بر حسب نوع جرم

		نوع جرم			جمع	
		تعزیر	حد	قصاص		
اقدامات تأمینی و تربیتی	والدین، تسلیم به	فراوانی	21	0	0	21
		درصد در اقدامات تأمینی و تربیتی	100.0%	.0%	.0%	100.0%
		درصد در جنسیت	20.6%	.0%	.0%	19.3%
	جلوگیری از رفت و آمد	فراوانی	1	0	0	1
		درصد در اقدامات تأمینی و تربیتی	100.0%	.0%	.0%	100.0%
		درصد در جنسیت	1.0%	.0%	.0%	.9%
	اخطار	فراوانی	1	0	0	1
		درصد در اقدامات تأمینی و تربیتی	100.0%	.0%	.0%	100.0%
		درصد در جنسیت	1.0%	.0%	.0%	.9%

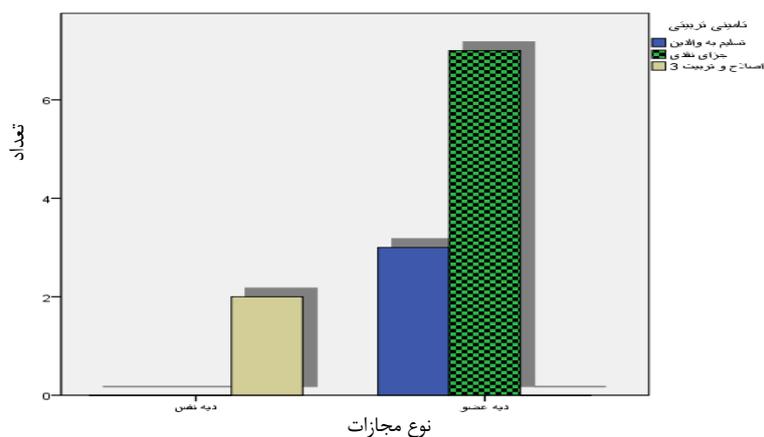
جمع	فقدی	فراوانی	61	5	0	66
		درصد در اقدامات تأمینی و تربیتی	92.4%	7.6%	.0%	100.0%
		درصد در جنسیت	59.8%	100.0%	.0%	60.6%
	کانون اصلاح و تربیت ۳ تا یک سال	فراوانی	3	0	0	3
		درصد در اقدامات تأمینی و تربیتی	100.0%	.0%	.0%	100.0%
		درصد در جنسیت	2.9%	.0%	.0%	2.8%
	کانون اصلاح و تربیت ۱ تا ۳ سال	فراوانی	12	0	0	12
		درصد در اقدامات تأمینی و تربیتی	100.0%	.0%	.0%	100.0%
		درصد در جنسیت	11.8%	.0%	.0%	11.0%
کانون اصلاح و تربیت ۲ تا ۵ سال	فراوانی	3	0	2	5	
	درصد در اقدامات تأمینی و تربیتی	60.0%	.0%	40.0%	100.0%	
	درصد در جنسیت	2.9%	.0%	100.0%	4.6%	
جمع	فراوانی	102	5	2	109	
	درصد در اقدامات تأمینی و تربیتی	93.6%	4.6%	1.8%	100.0%	
	درصد در جنسیت	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	



توزیع فراوانی نوع تصمیم دادگاه (برائت، تعلیق مجازات، تعویق صدور حکم، تخفیف مجازات، تبدیل مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی) بر حسب نوع جرم (تعزیر، حدود و دیات) می‌باشد که بیشترین فراوانی حکم به برائت در جرایم حدی بوده است و در سایر موارد بیشترین فراوانی مربوط به جرایم تعزیری بوده است.

جدول توزیع فراوانی نوع تصمیم دادگاه در آراء مطالعه شده بر حسب نوع جرم

		نوع جرم			جمع	
		تعزیر	حد	دیه		
نوع تصمیم دادگاه	برائت	فراوانی	15	19	2	36
		درصد در نوع تصمیم دادگاه	41.7%	52.8%	5.6%	100.0%
		درصد در جنسیت	12.4%	79.2%	100.0%	24.5%
	مجازات تعلیق	فراوانی	21	0	0	21
		درصد در نوع تصمیم دادگاه	100.0%	.0%	.0%	100.0%
		درصد در جنسیت	17.4%	.0%	.0%	14.3%
	حکم تعویق	فراوانی	2	0	0	2
		درصد در نوع تصمیم دادگاه	100.0%	.0%	.0%	100.0%
		درصد در جنسیت	1.7%	.0%	.0%	1.4%
	مجازات تخفیف	فراوانی	9	0	0	9
		درصد در نوع تصمیم دادگاه	100.0%	.0%	.0%	100.0%
		درصد در جنسیت	7.4%	.0%	.0%	6.1%
	مجازات تبدیل	فراوانی	3	0	0	3
		درصد در نوع تصمیم دادگاه	100.0%	.0%	.0%	100.0%
		درصد در جنسیت	2.5%	.0%	.0%	2.0%
	اقدامات تأمینی ترتیبی	فراوانی	71	5	0	76
		درصد در نوع تصمیم دادگاه	93.4%	6.6%	.0%	100.0%
		درصد در جنسیت	58.7%	20.8%	.0%	51.7%
	جمع	فراوانی	121	24	2	147
		درصد در نوع تصمیم دادگاه	82.3%	16.3%	1.4%	100.0%
		درصد در جنسیت	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%



جدول توزیع فراوانی نوع مجازات در آراء مطالعه شده بر نوع مجازات

		تأمین تربیتی			جمع	
		تسلیم به والدین	نقدی	کانون اصلاح و تربیت از ۳ ماه تا ۵ سال		
نوع مجازات	دیه نفس	فراوانی	0	0	2	2
		درصد در نوع مجازات	.0%	.0%	100.0%	100.0%
		درصد در نوع اقدام تأمینی تربیتی	.0%	.0%	100.0%	16.7%
	دیه عضو	فراوانی	3	7	0	10
		درصد در نوع مجازات	30.0%	70.0%	.0%	100.0%
		درصد در نوع اقدام تأمینی تربیتی	100.0%	100.0%	.0%	83.3%
جمع	فراوانی	3	7	2	12	
	درصد در نوع مجازات	25.0%	58.3%	16.7%	100.0%	
	درصد در نوع اقدام تأمینی تربیتی	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	

بیشترین میزان فراوانی اقدامات تأمینی و تربیتی در دیه نفس، جزای نقدی و در دیه عضو، نگهداری در کانون اصلاح و تربیت است.

۴. تحلیل داده‌ها و نتیجه

بزهکاری یک رفتار ضداجتماعی است که به موجب چهارچوب‌های قانونی یک جامعه، عنوان پدیده بزهکاری بر آن برگزیده شده است.^۱ ضرورت مداخله نظام عدالت کیفری و اعمال ضمانت اجراهای رسمی و غیر رسمی امری اجتناب‌ناپذیر است و نوع واکنش اتخاذی در حیات اجتماعی افراد به ویژه افراد زیر ۱۸ سال بسیار اثرگذار است؛ به نحوی که اتخاذ واکنش تنبیهی برای آنان سبب تداوم حیات مجرمانه آنان خواهد شد. این مقاله در قسمت اول به تحولات تقنینی قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ با توجه به نظریه‌های جرم‌شناسی پرداخته و در قسمت دوم میزان بکارگیری این نهادها و تحولات تقنینی در رویه قضایی را مورد ارزیابی قرار داده است.

بین سن بزهکار و نوع تصمیم در مرحله تحقیق در دادسرا و همچنین سن بزهکار و اقدامات تأمینی و تربیتی ارتباط معناداری وجود دارد. مقام تحقیق در این پژوهش با صدور کیفرخواست برای افراد زیر ۱۸ سال به «شیوه‌های احیاگر جایگزین واکنش

۱. عظیم‌زاده، شادی، منبع پیشین، ص. ۴۲۵.

کیفری سزادهنده» که در نظریه جان بریثویت تبیین شده است، کمتر توجه نموده و با چنین رویکردی می‌تواند موجب توقف مسیر رشد اجتماعی آنان شود. نظام عدالت کیفری ایران در عمل علی‌رغم تفکیک سنی افراد زیر ۱۸ سال در جرایم تعزیری به سه گروه سنی ۱۲ - ۹ سال تمام شمسی، ۱۵ - ۱۲ سال تمام شمسی، ۱۸ - ۱۵ سال تمام شمسی، موارد واکنش غیرموثر در مورد این افراد را لحاظ ننموده است و علی‌رغم این که قانون‌گذار ایرانی در ۱۳۹۲ در راستای برنامه‌های اصلاحی و بازسازگاران در مقابل عدالت سزادهنده نهادهای فوق را در خصوص اطفال و نوجوانان قرار داده است اما ملاحظه می‌شود که مقام قضایی از این ابزار چندان استفاده ننموده و با عنایت به تحولات سیاست جنایی تقنینی اطفال، شاهد کاربردی شدن راهبردهای این سیاست نمی‌باشیم. با توجه به نظریه برچسب‌زنی و اینکه واکنش‌های سزادهنده باعث می‌شوند بزهکار زیر ۱۸ سال هویت جدید خود را پذیرفته و با عنوان بزهکار حرفه‌ای نقش ایفا نماید به نظر می‌رسد که برخورد تنبیهی نظام عدالت کیفری ایران سبب تقویت انحراف اولیه، بر اساس رهیافت واکنش اجتماعی لم‌رت می‌شود و اعمال این ابزارهای شرمسازسازی طردکننده از جانب نظام عدالت کیفری به طور رسمی نسبت به نوجوان بزهکار، سبب ایجاد بزهکاران منفور و طرد شده از جامعه شده و در برابر بازگشت آنها به جامعه مانع ایجاد می‌کند؛ در نتیجه آنها چاره‌ای جز کنار آمدن با انگ زده شده نداشته و ناهم‌نواپی استمرار یافته و زمینه جذب آنها به دوستان یا گروه‌های بزهکار فراهم شده و در نتیجه حیات مجرمانه آنان را تثبیت می‌کند.

میان نوع جرم و اقدامات تأمینی و تربیتی اتخاذی، تفاوت معناداری وجود دارد. مقام‌های قضایی در راستای برنامه‌های اصلاحی و بازسازگاران برخی از جایگزین‌ها و اقدامات تأمینی تربیتی مندرج در مواد ۸۸ و ۸۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ استفاده و بر طبق نتایج آماری برخی از آنها را مورد استفاده و موضوع حکم خود قرار نداده‌اند. این کیفیت استفاده قاضی از اقدامات تأمینی و تربیتی با توجه به نظریه رشد شاید چندان کارآمد نباشد. بر اساس نظریه جرم‌شناسی رشد‌مدار، بزهکاری پدیده‌ای پویا، مستعد رشد و تحول است که در فرایندی طولانی قابل بررسی است؛ به نحوی که بزهکاری در طول حیات فرد با گذر از یک مرحله سنی به مرحله سنی دیگری قابل تغییر است. رهیافت رشد برای پیشگیری ثانویه از جرم، برنامه‌های مبتنی بر بازپروری، واکنش بینابین و کنار گذاشتن مجازات‌های سزادهنده و تنبیهی را پیشنهاد می‌دهد. از سوی دیگر، جایگزین‌های نوین حبس، مانع ورود طفل بزهکار به نظام عدالت کیفری شده و بر روند حیات مجرمانه او تأثیر مثبت می‌گذارد. بهترین راهکار برای چنین افرادی استفاده از برنامه‌های اصلاحی و بازسازگاران است زیرا بر اساس آموزه‌های

شرمسازاری بازیکپارچه‌گرا تمایل به بزهکاری مجدد را در میان آنها کاهش داد. قرار تعلیق مجازات و قرار تعویق صدور حکم از ورود طفل و نوجوان به چرخه نظام قضایی و دریافت برچسب مجرمانه و استمرار حیات مجرمانه وی و تبدیل شدن او به یک بزهکار حرفه‌ای جلوگیری می‌نماید.¹

نظام عدالت کیفری، با توجه به تحولات چشمگیر آن در مسیر برنامه‌های اصلاحی و بازسازگاران و سیاست‌های پیشگیرانه در تکرار جرم برای اطفال، به منظور اتخاذ واکنش مناسب و مؤثر با شخصیت بزهکار، تشکیل پرونده شخصیت را ضروری لحاظ نموده است؛ زیرا مقام قضایی با توجه به این پرونده در دادرسی جوانان در تفهیم کیفر، پایش حرکت زیان‌بار مجرمان در مسیر حیات مجرمانه به اتخاذ تصمیمی که مانع از بزهکارتر شدن فرد می‌شود، اقدام می‌کند. این مطالعه نشان می‌دهد مقامات قضایی در ایران به دلیل عدم توجه به این امر، در صدور آراء متناسب با شخصیت افراد جوان و نوجوان توفیق کمتری داشته و جهت‌گیری آنها در راستای عدالت کلاسیک و اهداف سزادهنده کیفر بوده است. ارتباط نوع جرم با تصمیم قضایی در دادگاه و انواع اقدامات تأمینی تربیتی و انواع مجازات تفاوت معنادار می‌باشد. مقام قضایی در اجرا علی‌رغم اینکه قادر به تعیین جایگزین‌های حبس بوده است اما تمایل بیشتری به صدور حکم محکومیت به حبس در کانون داشته است. روشن است که زندان به دلیل ناکارآمدی آن بستر ساز حیات مجرمانه جوانان است؛ به دلیل مجرم‌پروری و جرم‌زایی و تولید خرده‌فرهنگ‌های ضداجتماعی که سبب اثرپذیری نوجوانان و جوانان از یکدیگر می‌باشد، موجب تداوم حیات مجرمانه زندانیان می‌شود. همان‌طور که بیان شد بر طبق نظریه طرفداران رشد، بزهکاری در حیات مجرمانه از یک نقطه آغاز شده و در اثر عوامل گوناگون تداوم می‌یابد، از جمله این عوامل معاشرت ترجیحی زندانیان با سایر افراد در زندان است و تشکیل خرده‌فرهنگ‌ها و پایدار شدن و تکرار بزهکاری آنان است. از جمله عوامل مؤثر در بزهکار شدن فرد بستر خانواده است که در صورت ضعف در خودکنترلی و عدم جامعه‌پذیری توانایی خویشتن‌داری در برابر وسوسه‌ها را نخواهد داشت. همان‌گونه که فردسون و هیرشی بیان می‌دارند: زندان به جای بازسازی بزهکار و بازگرداندن او به اجتماع سبب ایجاد یک هویت زندگی مجرمانه در وی می‌شوند؛ چون ابزارهای شرم‌سازاری طردکننده هستند، سبب منفور شدن فرد از عدالت کیفری و تکرار بزهکاری در او می‌شود. پس هر چه مقام قضایی این نهادها را نوین که قانون‌گذار در قانون مجازات ۱۳۹۲ در خصوص اطفال و نوجوانان مقرر کرده است را بیشتر به کار بندد، به تولد دوباره حیات طفل یا نوجوان کمک کرده و می‌تواند آنها را در مسیر صحیح زندگی اجتماعی هدایت نماید.

1. Haines, K; Mahony, D, "Restorative Approaches, Young People and Youth Justice", in: Barry Goldson and John Muncie (eds), Youth Crime and Justice, Sage, 2006, pp. 116-118.

دادسرا جزء اولین نهادهای رسمی قضایی است که طفل بزهکار به چرخه آن می‌شود و به لحاظ این امر حائز اهمیت است؛ اما با توجه به این نتیجه آماری ملاحظه می‌شود که مقام تحقیق در دادسرا نیز تمایل چندانی به استفاده از راهکارهای نظام برنامه‌های اصلاحی و بازسازگارانۀ نداشته است. از آنجا که تحقیقات مقدماتی را بازپرس به عهده دارد چنانچه بازپرس بتواند به طور رسمی با قضاذایی و جلوگیری از ورود طفل و نوجوان به فرایندهای رسمی نظام عدالت کیفری جلوگیری نماید یا در صورت ورود به دادگاه، مقام قضایی با توجه به پرونده شخصیت طفل اقدام تأمینی تربیتی مناسب اتخاذ نمایند و در صورت صدور حکم حبس، مقام قضایی اجرای حکم نسبت به استفاده از امکان‌های مختلف مانند آزادی مشروط و غیره استفاده نماید، می‌تواند طفل را از انگ مجرمانه و پذیرفتن هویت جدید بزهکارانه دور نگاه داشته و وی را دوباره به زندگی اجتماعی صحیح وارد نماید.

مقام قضایی می‌بایست به پیامدهای منفی ناشی از واکنش‌هایی که منجر به برچسب رسمی از جانب نظام عدالت کیفری رسمی نسبت به افراد زیر ۱۸ سال می‌شود، توجه ویژه معطوف نماید. از این رو می‌بایست، از تدابیر شرم‌سارکننده و آموزش جهت بازپروری جوان منحرف به جامعه استفاده نماید. با عنایت به مهم‌ترین تدابیر پیشنهادی نظریه برچسب‌زنی، مقام قضایی بهتر است از حبس‌زدایی از جرایم بزهکاران جوان در معرض خطر و توسل به ابزارهای اجتماعی به جای کیفرمآبانه بهره‌جوید. برنامه‌هایی که با تقویت عوامل حمایتی، تضعیف عوامل و موقعیت‌های خطر با تغییر مثبت در شخصیت بزهکار سبب بالاتر رفتن توانایی اجتماعی بزهکار شود، بسیار حائز اهمیت است؛ بنابراین برنامه‌های خانواده‌مدار و مدرسه‌مدار در اینجا از اولویت بالایی برخوردار هستند. در صورت عدم موفقیت برنامه‌های پیشگیرانه و ورود طفل یا نوجوان به چرخه نظام کیفری می‌بایست از برنامه‌هایی که فقط سزادهنده نبوده بلکه با تکریم بزهکار با توجه به پرونده شخصیت و استفاده از واکنش رسمی اما اصلاحی او را به فردی قانون‌مدار نزدیک نمود. بنابراین ارتباط بین اقدامات تأمینی و تربیتی دختران و پسران در سنین متفاوت بیانگر این مطلب است.

ملاحظه نتایج آماری این پژوهش نشان می‌دهد که مقام‌های قضایی در موارد بسیار معدودی از اقدامات تأمینی و تربیتی و جایگزین‌های نوین استفاده کرده‌اند و در اغلب موارد به حبس و جزای نقدی متوسل شده‌اند؛ این موضوع بیانگر عدم تحقق تحولات تقنینی مورد نظر مقنن که با هدف اصلاح و بازسازگاری اطفال و نوجوانان بزهکار پیش‌بینی شده است، می‌باشد. شناسایی دلایل این موضوع خود مستلزم پژوهش کیفی مستقلی است. با این حال به نظر می‌رسد به طور قابل توجهی آماده

نبودن زیرساخت‌های اجرایی، اعم از منابع انسانی، نهادها و تأسیسات کافی و غیره، شاید مهم‌ترین دلیل عدم اجرای این سازوکارهای جدید باشد. روشن نبودن دورنما و اهداف کیفی در نظام قضائی و فقدان ترسیم مسیری روشن در این رابطه و همچنین نبود مجموعه‌ای نظام‌مند و قابل ارزیابی در رابطه با اجرای احکام کیفری و پایش و نظارت مستمر آن است، از دیگر عوامل متروک ماندن چنین سازوکارهایی است. از سو دیگر، عدم بکارگیری و مداخله ابزارهای سیاست جنایی مشارکتی، کنترل ضعیف خانواده‌ها یا فقدان مراقبت و نظارت والدینی در این پرونده‌ها، عدم بهره‌گیری کافی از برنامه‌های خانواده‌مدار و مدرسه‌مدار، ضعف علقه‌های اجتماعی، عدم وجود نهادهای مراقبتی پس از آزادی، نبود برنامه‌های پیشگیرنده فرزندپروری، عدم استفاده از مشاوران روان‌شناس و جامعه‌شناس در مراحل مختلف نظام عدالت کیفری از جمله مواردی است که سبب شده است بسترهای مناسبی جهت اجرایی شدن این تحولات تقنینی فراهم نشده و نظام عدالت کیفری ایران را در راستای اجرای اهداف برنامه‌های اصلاحی و بازسازگارانۀ اطفال به سرمنزل مقصود نرساند. همچنین خلأهای اجرایی قانون در رابطه با پرونده شخصیت، انبوه شکایت‌های کیفری و پرونده‌های مطروحه در دادگاه در خصوص جرایم اطفال و نوجوانان، نگرش‌های سنتی قضات به مجازات و غیره از دیگر عوامل دخیل در این موضوع هستند.

نتیجه‌گیری

در راستای نتایج و یافته‌های پژوهش فوق، به منظور تحقق اهداف قانون‌گذار و تحولات تقنینی اخیر صورت‌گرفته در حوزه بزهکاری کودکان و نوجوانان، پیشنهادهای ذیل می‌تواند راهگشا باشد:

۱. در ابتدا به نظر می‌رسد در رویه و در عمل، ضروری است برای رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان، شعب تخصصی همراه با قضات متخصص در این حوزه تعیین شوند؛ بخشی از علت عدم تمایل مقامات قضایی در عدم استفاده از نهادهای اصلاحی و بازسازگارانه در بزهکاری اطفال و نوجوانان ناشی از عدم آشنایی با ضرورت توسل به چنین اقداماتی است؛ بنابراین ضرورت دارد قضات مزبور طی دوره‌های آموزشی با ابعاد مختلف حوزه بزهکاری کودکان و نوجوانان، نحوه تعیین کیفر برای این گونه از بزهکاران و ارزیابی کیفرهای تعیین‌شده، آشنا شوند.
۲. نبود امکانات اجرایی مقتضی و فراهم نبودن زیرساخت‌های لازم از جمله، تأسیسات و فضاهای کالبدی لازم، نبود منابع انسانی متخصص از جمله مددکاران اجتماعی، نبود بودجه کافی و در اولویت نبودن موضوع بزهکاری کودکان و نوجوانان، در عدم بهره‌گیری از اقدامات اصلاحی و بازسازگاری در بزهکاری اطفال و نوجوانان، مؤثر است.
۳. یکی دیگر از دلایل عدم تمایل قضات به بهره‌گیری از نهادهای اصلاحی - بازسازگارانه در بزهکاری اطفال و نوجوانان، ضعف در اجرای احکام کیفری است که خود ریشه در مشکل کلان‌تری دارد و آن فقدان یک «سیستم نظام‌مند و قابل ارزیابی اجرای مجازات» در مرحله اجرای احکام کیفری است. از همین رو قضات نمی‌توانند بعد از تعیین کیفر، در مرحله اجرا مجازات بازخوردی از اثر تصمیم خود داشته باشند؛ تقویت نقش دادیاران اجرای احکام کیفری و رسیمت بخشیدن به مرحله اجرای احکام کیفری می‌تواند در این رابطه مؤثر باشد.

منابع

- آشوری، محمد، جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بینابین، نشر گرایش، ۱۳۸۲.
- اردبیلی، محمدعلی، «حمایت‌های بین‌المللی از اطفال و نوجوانان بزهکار»، تحقیقات حقوقی، شماره ۲۶ - ۲۵، ۱۳۷۸.
- انجم شعاع، محمدمهدی، «تنبیه بدنی کودکان در پرتو سیاست جنایی حکومت دینی»، حقوق بشر، جلد ۶، شماره ۲، ۱۳۹۰.
- جمشیدی، علیرضا، «گفتمان سیاست جنایی در لایحه قضایی تشکیل دادگاه اطفال و نوجوانان»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۵، ۱۳۸۲.
- چامپیون، دین جان، روش تحقیق در عدالت کیفری و جرم‌شناسی، ترجمه علی شایان، انتشارات دادگستر، ۱۳۸۵.
- حسینی، حمید، پیشگیری مدرسه‌محور از بزهکاری کودکان و نوجوانان (مطالعه موردی مدارس شهر تهران)، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۸۹.
- خدایاری، زهرا، بازخوانی سن مسئولیت کیفری در نظام حقوقی ایران در پرتو فقه و استانداردهای حقوق بشر، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ۱۳۹۱.
- زندی، محمدرضا، «بایگانی کردن پرونده (یادداشت سردبیر)»، مجله قضاوت، شماره ۱۶، ۱۳۸۲.
- صبوری پور، مهدی؛ علوی‌صدر، فاطمه، «سن مسئولیت کیفری کودکان و نوجوانان در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال ششم، شماره اول، ۱۳۹۴.
- صلاحی، جاوید، کیفرشناسی، چاپ سوم، نشر میزان، ۱۳۹۲.
- عباچی، مریم، «پیشگیری از بزهکاری و بزه دیدگی کودکان»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۷، ۱۳۸۳.
- عظیم‌زاده، شادی، جرم‌شناسی تطبیقی پایداری در بزهکاری در حقوق ایران و آمریکا، انتشارات جاودانه، ۱۳۹۰.
- غلامی، حسین، «الگوها یا گونه‌های عدالت کیفری اطفال»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۶، ۱۳۹۲.
- _____، «اصل حداقلی بودن حقوق جزا»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال اول، شماره ۲، ۱۳۹۱.

- فتحی، حجت‌الله، «مسئولیت کیفری اطفال با رویکردی به لایحه قانون مجازات اسلامی»، حقوق اسلامی، سال ششم، شماره ۲۱، ۱۳۸۸.
- کوشا، جعفر، «سیاست‌های قضایی جدید در قبال جرایم اطفال»، در گزارش کارگاه‌های آموزشی دادرسی ویژه نوجوانان، شورای عالی توسعه قضایی و یونیسف، ۱۳۸۰.
- گودرزی، محمدرضا، «نارسایی‌های زندان»، مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی الهیات و حقوق، شماره ۹ و ۱۰، ۱۳۸۲.
- محسنی، فرید، «دستاورد های نظری و عملی جرم‌شناسی رشدمدار»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۶، ۱۳۹۳.
- معاونت آموزش قوه قضاییه، «همایش بررسی نوآوری‌های قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ در مورد دادرسی ویژه اطفال و نوجوانان ویژه جمعی از قضات دادگستری استان تهران»، ۱۳۹۲.
- ملک افضل، حسین؛ نهاپتیان، وار تکس؛ کاظم، محمد، روش‌های آماری و شاخص‌های بهداشتی، انتشارات فروزش، ۱۳۸۹.
- مؤذن‌زادگان، حسنعلی، «سیر تحول قوانین کیفری حمایتی کودکان و نوجوانان در ایران»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۳ - ۶۲، ۱۳۸۷.
- مهدوی، محمود، پیشگیری از جرم، انتشارات سمت، ۱۳۹۰.
- مهرا، نسرین، «عدالت کیفری اطفال از منظر حقوق بین‌الملل»، تحقیقات حقوقی، شماره ۳۸، ۱۳۸۲.
- _____، «نظام عدالت کیفری اطفال و نوجوانان در انگلستان و ولز»، تحقیقات حقوقی، شماره ۴۶، ۱۳۸۶.
- _____، عدالت کیفری کودکان و نوجوانان، نشر میزان، ۱۳۹۰.
- میرکمالی، سیدعلیرضا؛ حسینی، انسیه، «دادرسی افتراقی اطفال در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال ۷، شماره ۲، ۱۳۹۵.
- میرمحمدصادقی، حسین، جرایم علیه اشخاص، چاپ هفتم، میزان، ۱۳۸۹.
- میرمحمدصادقی، حسین؛ محمدی، منصوره، «بررسی سن مسئولیت کیفری اطفال در ادوار قانون‌گذاری ایران و فقه جزایی اسلام»، کنفرانس ملی سیاست کیفری ایران در قبال بزهکاری و بزه‌دیدگی کودکان و نوجوانان، کرمان، بهمن ۱۳۹۲.
- نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، «از حقوق کیفری تا حقوق کیفری صغار»، دیپاچه در: عباچی، مریم، حقوق کیفری اطفال در اسناد سازمان ملل متحد، انتشارات مجد، ۱۳۸۰.

- نجفی توانا، علی، بزهکاری و نابهنجاری اطفال، تهران، انتشارات راه تربیت، ۱۳۸۲.
- _____، «سن مسئولیت کیفری اطفال در مقررات حقوق داخلی و بین‌المللی»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، ۱۳۸۴.
- ولد، جرج؛ اسنیپس، جفری، جرم‌شناسی نظری، ترجمه علی شجاعی، سمت، ۱۳۸۰.
- ویلیامز، فرانک پی؛ مک شین، ماری لین دی، نظریه‌های جرم‌شناسی، مترجم حمیدرضا ملک محمدی، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۸.
- وینتر، رناته، «مجازات‌های جایگزین در مورد اطفال بزهکار»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۱۸ و ۱۷، ۱۳۷۹.

- Braithwait, John, "Restorative Justice and Responsive Regulation", Oxford University Press, New York, Australian and New Zealand Journal of Criminology, Vol. (36) (1), (2003).
- Cavendish Law Card Series, Criminal Law, Cavendish, 2004.
- Crawford, A; Newburn, T, Youth Offending and Restorative Justice: Implementing Reform in Youth Justice, Willan Publishing, 2003.
- Davis, G.; Boucherat, J; Watson, D, "Pre-court Decision Making in Juvenile Justice", British Journal of Criminology, Vol. 29, 1989.
- Frase, Richard, "Limiting Retributivism: The Consensus Model of Criminal Punishment", in: Michael Tonry (ed), The Future of Imprisonment in the 21th Century, Oxford University Press, 2003.
- Haines, K; Mahony, D, "Restorative Approaches, Young People and Youth Justice", in: Barry Goldson and John Muncie (eds), Youth Crime and Justice, Sage, 2006.
- Muncie, J, Goldson, B, Comparative Youth Justice, Sage, 2006.

گونه‌شناسی جرایم سایبری با نگاهی به قانون جرایم رایانه‌ای و آمار پلیس فتا

روح‌الدین کردعلیوند*

محمد میرزایی**

چکیده

بزهکاری سایبری از پویایی خیره‌کننده‌ای برخوردار است. رفتارهای مجرمانه در این نوع بزهکاری متنوع و پویا هستند؛ برخی از آنها کاملاً نو و برخی دیگر همان جرایم متداولی هستند که در بستر سامانه و شبکه‌های اطلاعاتی به شکلی دیگر ارتکاب پیدا می‌کنند. در گونه‌شناسی جرایم سایبری از معیارهای مختلفی چون نقش سامانه و شبکه‌های اطلاعاتی در پیدایش و گسترش جرایم (به عنوان پشتوانه و یا وسیله ارتکاب جرم)، موضوع و محتوای جرایم سایبری و یا تلفیقی از این معیارها استفاده می‌شود. با توجه به این معیارها و نیز با تکیه بر قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸، نویسندگان این مقاله نخست به تبیین دو گونه‌شناسی از جرایم سایبری می‌پردازند و سپس وضعیت بزهکاری سایبری در کشور ایران، بر اساس آمار ارائه شده توسط پلیس فضای تولید و تبادل اطلاعات (فتا) برای سال‌های ۱۳۹۱ تا ۱۳۹۵ را بررسی می‌کنند.

کلیدواژه‌ها: گونه‌شناسی، دسترسی غیرمجاز، هرزه‌نگاری کودکان، باج‌افزار، تخریب داده‌ها.

مقدمه

هر گونه پیشرفت در فناوری تحول حقوق را به دنبال دارد.^۱ بی‌تردید فناوری اطلاعات و پیدایش شبکه‌ها فضایی جدید از آزادی را در برابر انسان گشوده است ولی این آزادی مطلق نیست. رفتارهای ارتکاب‌یافته در بستر این فناوری، آنگاه که به ارزش‌های بنیادین جوامع بشری، به‌ویژه به کرامت انسانی، آسیب برسانند، از طریق جرم‌انگاری‌های مناسب سرکوب می‌شوند. این همان چیزی است که مبنای سیاست جنایی مبارزه با بزهکاری سایبری^۲ را تشکیل می‌دهد.

اصطلاح بزهکاری سایبری هنوز موضوع تعریفی رسمی، چه در اسناد بین‌المللی و چه در قوانین بسیاری از کشورها، قرار نگرفته است. این متون با تکیه بر رویکردی کاربردی ترجیح می‌دهند به جای ارائه تعریفی قانونی محتوای این بزهکاری را تبیین کرده، جرایم تشکیل‌دهنده آن را دسته‌بندی کنند. البته از سال ۱۹۸۳ که نخستین تعریف از جرم سایبری از سوی سازمان همکاری و توسعه اقتصادی اروپا منتشر شد^۳ تاکنون تعریف‌های زیادی از جرم سایبری ارائه شده است.^۴ رهیافت‌های اتخاذ شده در این تعریف‌ها یا گسترده و یا محدود بوده، ممکن است همه مصادیق پیش‌بینی شده در قوانین کیفری را شامل نشود و یا با توصیف‌های مضیق حقوقی تطابق نداشته باشد.^۵

وجه مشترک تعریف‌های مختلف از بزهکاری سایبری مربوط به ارتباط جرایم آن با سامانه، اینترنت یا شبکه است. شیوه ارتکاب این جرایم معمولاً با فاصله و بدون ارتباط جسمی مستقیم با بزه‌دیده است. به طور کلی می‌توان گفت که جرایم سایبری شامل تمام جرایمی می‌شود که با کمک سامانه‌ها و شبکه‌های اطلاعاتی و یا علیه آنها ارتکاب به وقوع می‌پیوندند.^۶ فهرست این جرایم به نوع خاصی از رفتارهای مجرمانه محدود نمی‌شود و همه حوزه‌های جنایی را در بر می‌گیرد.

۱. رنه ساواتیه از جمله نویسندگانی بود که در سال ۱۹۵۹ به گونه‌ای پیش‌دستانه به تأثیر دگرگونی‌های اجتماعی، اقتصادی و فناورانه در تحول حقوق پرداخت:

- Savatier, R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Dalloz, 1959.

2. Cybercrime; Cybercriminalité.

۳. بر اساس این تعریف جرم رایانه‌ای عبارت است از هر عمل غیرقانونی، غیراخلاقی یا غیرمجاز نسبت به پردازش خودکار و یا انتقال داده‌ها. در این زمینه، رک: زبیر، اولریش، جرایم رایانه‌ای، چاپ دوم، ترجمه محمدعلی نوری و دیگران، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۰، ص. ۱۸.

۴. در زمینه تعریف‌های مختلف از جرم رایانه‌ای، رک: عالی‌پور، حسن، حقوق کیفری فناوری اطلاعات، چاپ چهارم، معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه، مرکز مطالعات توسعه قضایی، ۱۳۹۵، صص. ۱۲۵-۱۲۰.

۵. در این زمینه، رک: خرم‌آبادی، عبدالصمد، «تاریخچه، تعریف و طبقه‌بندی جرم‌های رایانه‌ای»، در: مجموعه مقالات همایش بررسی جنبه‌های حقوقی فناوری اطلاعات، معاونت حقوقی و توسعه قضایی، انتشارات سلسبیل، ۱۳۸۴، ص. ۲۹.

6. Chopin, F., «Cybercriminalité», *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017, p. 2.

بزهکاری سایبری افزون بر نو بودن از قابلیت بالای تحول‌پذیری و تحول‌بخشی در برخوردار است. این تحول تنها مربوط به جرایمی که با پیدایش شبکه پا به عرصه وجود گذاشته‌اند نیست؛ پیشرفت فناوری اطلاعات شیوه ارتکاب بسیاری از جرایم سنتی نیز متحول ساخته است.^۱ به عنوان مثال می‌توان به تحول جرم راهزنی دریایی، به عنوان یکی از قدیمی‌ترین جرایم بین‌المللی، از راهزنی سنتی به راهزنی سایبری اشاره کرده که امروزه یکی از چالش‌های امنیتی برای دولت‌هاست.^۲ جلوه‌ای دیگر از این تحول را می‌توان در تجاری‌سازی فعالیت‌های مجرمانه سایبری^۳ و ایجاد ارتباط شبکه‌ای میان بزهکاران مشاهده کرد. بزهکاران سایبری فعالیت‌های خود را به خدماتی حرفه‌ای تبدیل کرده و با استفاده از ابزارهای ارتباطی آنها را در معرض فروش قرار می‌دهند. این ویژگی‌ها تنوع و پویایی رفتارهای مجرمانه را همواره بیشتر می‌کند.

پاسخ‌دهی کیفی به بزهکاری سایبری باعث ایجاد جرم‌انگاری‌های متعددی شده است که شمار آنها همواره در حال افزایش است. برخی از این جرم‌انگاری‌های کاملاً نوین بوده و واژگان خاصی را وارد ادبیات حقوق کیفری کرده است (جرایم علیه مجرمانگی داده‌ها). برخی دیگر ساختاری تلفیقی دارند؛ تلفیقی از ساختار جرایم سنتی و عناصر مربوط به ارتکاب آن در فضای سایبری (کلاهبرداری رایانه‌ای به عنوان مثال). در بیشتر موارد نیز قانون‌گذار با افزودن عنصر «استفاده از سامانه و شبکه‌های اطلاعاتی»، به عنوان کیفیت مشدده در جرم‌انگاری‌های رایج آنها را در شمار جرایم رایانه‌ای قرار می‌دهد. گاهی نیز هیچ‌گونه اشاره‌ای در ساختار جرم‌انگاری به شیوه ارتکاب سایبری رفتارها نشده است اما با توجه به قابلیت ارتکاب آنها در فضای سایبر ممکن است به عنوان مصداق جرم رایانه‌ای در نظر گرفته شوند. از نظر بستر قانونی جرم‌انگاری، افزون بر قوانین خاص ناظر بر جرایم رایانه‌ای (همانند قانون جرایم رایانه‌ای ایران مصوب ۱۳۸۸) جرایم سایبری در قوانین متعددی دیگری نیز پیش‌بینی شده‌اند. با توجه به این پیچیدگی و نیز در نظر گرفتن فقدان تعریف قانونی از بزهکاری سایبری چگونه می‌توان جرایم سایبری را دسته‌بندی کرد؟ بر اساس چه

۱. حقوق کیفری نیز به دنبال این تحولات دستخوش تغییر اساسی شده است. در این زمینه رک: حاجی ده آبادی، احمد؛ سلیمی، احسان، «اصول جرم‌انگاری در فضای سایبر (با رویکردی انتقادی به قانون جرایم رایانه‌ای)»، فصلنامه مجلس و راهبرد، شماره ۸۰، ۱۳۹۳، ص. ۶۲.

۲. برای نشان دادن ضعف‌های امنیتی سامانه دریانوردی، یک گروه تحقیقاتی در دانشگاه تگزاس آمریکا در سال ۲۰۱۳ در جریان یک تجربه آزمایشی، کنترل یک کشتی مسافرتی را، با منحرف کردن سامانه دریانوردی GPS آن، در دست گرفتند بی آنکه سکان‌داران این کشتی متوجه شوند یا اینکه زنگ‌های هشدار کشتی به صدا درآیند. به نقل از:

Rouiai, A. «La piraterie moderne, d'une mer à l'autre», Carto, n°41, 2017, p.44.

3. Manky, D., «Cybercrime As A Service: A very Modern Business.», Computer Fraud & Security, n°6, 2008, p. 9.

معیارهایی می‌توان یک گونه‌شناسی از جرایم سایبری ارائه کرد؟ چه فایده‌ای بر این گونه‌شناسی مترتب است؟

گونه‌شناسی عبارت است از مطالعه و تحلیل ویژگی‌های مشخص‌کننده اشکال متعدد یک واقعیت پیچیده جهت درک بهتر و دسته‌بندی افراد تشکیل‌دهنده این واقعیت. در زمینه بزهکاری سایبری، گونه‌شناسی‌های متعددی را می‌توان در نوشته‌های نویسندگان این حوزه جستجو کرد. این دسته‌بندی‌ها یا بر اساس متعددی چون زمینه و فرصتی که فضای سایبری برای ارتکاب جرایم فراهم آورده است؛^۱ نقشی که سامانه‌ها در ارتکاب جرم ایفا می‌کنند؛^۲ محتوای این جرایم (فربیکاری، سرقت، هرزه‌نگاری، خشونت، جرایم علیه دولت و...)، ارزش‌های مورد حمایت و یا تلفیقی از آنها صورت گرفته است. از لحاظ قانون‌گذاری، گونه‌شناسی و دسته‌بندی جرایم افزون بر کارکرد اعلامی (اعلام ارزش‌های مورد حمایت قانون‌گذار) می‌تواند به ایجاد یک سیاست جنایی منسجم کمک کند. گونه‌شناسی جرایم امکان شناسایی ماهیت جرایم، نوع و شدت رفتارهای تشکیل‌دهنده و نیز ویژگی‌های مشترک آنها را فراهم می‌آورد. گونه‌شناسی همچنین کمک می‌کند تا آمار و اطلاعات مربوط به جرایم سایبری از شفافیت بیشتری برخوردار شود و بدین ترتیب امکان بهتری برای تجزیه و تحلیل آنها فراهم شود. البته هیچ دسته‌بندی عاری از نقص نیست و حقوق‌های کیفی همیشه در دسته‌بندی‌های خود از جرایم موفق نبوده‌اند و در مواردی عدم استحکام معیارهای دسته‌بندی زمینه آشفته‌گی و سردرگمی در حقوق کیفری را به وجود آورده است.^۳ در مقررات قانون جرایم رایانه‌ای^۴ مصوب ۱۳۸۸/۳/۵، با الهام از کنوانسیون جرایم سایبری (بوداپست ۲۳ نوامبر ۲۰۰۱)^۵ تلاشی برای ارائه یک گونه‌شناسی از جرایم صورت گرفته است. کارگروه تعیین مصدق مجرمانه می‌تواند به ارائه فهرستی از جرایمی که می‌تواند مصداق جرم رایانه‌ای باشد.

هدف نخست که در این مقاله دنبال می‌شود ارائه نوعی گونه‌شناسی از جرایم سایبری بر اساس دو معیار زیر است: تأثیر فضای سایبری در پیدایش و یا گسترش جرایم؛ نقش سامانه‌ها و شبکه‌های اطلاعاتی در ارتکاب جرم. هدف دوم این مقاله

1. Wall, D.S. «The internet as a conduit for criminal activity», in: Pattavina, A. (Ed.), Information technologie and Criminal Justice System, Thousand Oaks, CA: Sage publication, 2005/2015, p. 80.
2. Leman-Langlois, S., «Le crime comme moyen de contrôle du cyberspace commercial», Criminologie, 39,9 (1), 2006, pp. 66-67.

۳. عالی‌پور، حسن، منبع پیشین، صص. ۱۴۴-۱۴۲.

۴. از این پس، این گونه به این قانون اشاره می‌شود: ق.ج.ر.

۵. در زمینه این کنوانسیون، رک: فراهانی، امیرحسین، کنوانسیون جرایم سایبر و پروتکل الحاقی آن، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۵.

گزارشی مختصر از سیمای بزهکاری سایبری در ایران بر اساس آمار پلیس فتا در سال‌های بین ۱۳۹۱ تا ۱۳۹۵ است.

۱. گونه‌شناسی مبتنی بر تأثیر فضای سایبری در پیدایش یا گسترش جرایم

پیدایش اینترنت و شبکه‌های اطلاعات، بی‌تردید، زمینه ارتکاب فعالیت‌های مجرمانه نوینی که تحقق آنها پیش از ایجاد شبکه ممکن نبوده را به وجود آورده است؛ جرایمی همانند دسترسی غیرمجاز به داده‌ها، جاسوسی رایانه‌ای. همه جرایم سایبری از این دست نیستند؛ بسیاری از رفتارهایی که تحت عنوان جرایم سایبری دسته‌بندی شده‌اند، پیش از آغاز عصر اینترنت جرم‌انگاری شده‌اند و پیدایش شبکه تنها بستر ارتکاب آنها را متفاوت ساخته است. گاهی از این جرایم با عنوان جرایم کلاسیک با توصیف رایانه‌ای نامبرده می‌شود.^۱ جرایمی همانند کلاهبرداری رایانه‌ای یا نشر اکاذیب ازین دسته هستند. فضای سایبری نسبت به پیدایش و یا گسترش برخی دیگر از جرایم (جدید یا سنتی) نقش جانبی دارد (جرایم انتخاباتی). جدول زیر بر اساس رابطه بین پیدایش سامانه‌ها و شبکه‌ها اطلاعاتی، پیدایش جرایم جدید و یا گسترش جرایم سنتی را نشان می‌دهد.

نقش سامانه‌ها و شبکه‌ها	زمان جرم‌انگاری رفتارها	
	جرایم سنتی	جرایم جدید
آغازگر	-	حملات سایبری، تولید یا توزیع یا در دسترس‌گذاری یا معامله نرم افزارهای مجرمانه، جرایم علیه محرمانگی داده‌ها، دسترسی غیرمجاز
گسترش‌دهنده	هرزه‌نگاری کودکان، تقلب‌ها؛ کلاهبرداری، سرقت، نشر اکاذیب	ایمیل‌های تقلبی، باج‌گیری اینترنتی از طریق باج افزار، جرایم علیه مالکیت معنوی
جانبی	جرایم انتخاباتی	حمایت از تروریسم

جدول شماره ۱-۲ نقش سامانه‌ها و شبکه‌های اطلاعاتی در پیدایش یا گسترش جرم‌انگاری

۲. گونه‌شناسی مبتنی بر نقش سامانه و شبکه‌ها و محتوای جرایم سایبری

جرم‌انگاری رفتارهای زیان‌بار در فضای سایبری، همانند جرم‌انگاری جرایم سنتی، بر این مبنا صورت گرفته است که همگی به ارزش‌های مورد حمایت قانون‌گذار آسیب وارد می‌کنند. بزهکاران جرایم سایبری نه تنها تمامیت و امنیت خود سیستم‌ها و

۱. عباسی کلیمانی، عاطفه؛ اکبری، عاطفه، جرایم سایبری، تهران انتشارات مجد، ۱۳۹۴، ص. ۳۷.

۲. منبع: Leman-Langlois, S., op.cit., p. 63.

شبکه‌های اطلاعاتی و مخابراتی را در معرض خطر قرار می‌دهند بلکه با استفاده از سیستم‌ها و شبکه‌های اطلاعاتی، چه به عنوان پشتوانه و چه به عنوان وسیله ارتکاب، ارزش‌های بنیادین جوامع انسانی را نیز مورد حمله و آسیب قرار می‌دهند. جدول زیر گونه‌شناسی دیگری از جرایم سایبری را نشان می‌دهد که بر اساس رابطه بین استفاده از شبکه‌ها و نقش آنها در آسیب به ارزش‌های مورد حمایت قانون‌گذار تهیه شده است. رفتارهای زیان‌باری که جرایم سایبری را تشکیل می‌دهند، صرف‌نظر از تفاوت آنها، همه دارای این ویژگی مشترک هستند که سیستم‌ها و شبکه‌های اطلاعاتی را چه به عنوان موضوع جرم، چه به عنوان پشتوانه جرم و چه به عنوان وسیله ارتکاب جرم مورد استفاده قرار می‌دهند.

سامانه و شبکه‌های اطلاعاتی	جرایم
موضوع جرم	جرایم علیه صحت و تمامیت داده‌ها و سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی: تخریب و اخلاف در داده‌ها
پشتوانه جرم	جرایم علیه اشخاص و شخصیت معنوی افراد همانند هرزه‌نگاری، هتک حیثیت، انتشار تصاویر خشونت‌آمیز، جرایم مطبوعاتی، قاچاق انسان، ترغیب به روسپیگری
وسيله ارتكاب جرم	جرایم علیه اموال همانند سرقت و کلاهبرداری، اخاذی از طریق باج‌افزارها، جرایم علیه مالکیت معنوی، جرایم علیه امنیت همانند تروریسم

جدول شماره ۲ - گونه‌شناسی جرایم بر اساس رابطه بین سامانه‌ها و شبکه‌های اطلاعاتی و محتوای جرایم سایبری

۱-۲. سامانه و شبکه‌های اطلاعات: موضوع جرم

حفظ تمامیت و صحت سامانه و شبکه خود ارزش و منفعتی مستقل است که قانون‌گذار به دنبال پشتیبانی از آن در برابر خطرات ناشی از فضای سایبری است. به پیروی از کنوانسیون بوداپست، بسیاری از حقوق‌های کیفری داخلی رفتارهای که خود سامانه و داده‌ها را موضوع جرم واقع قرار می‌دهند را جرم‌انگاری کرده‌اند. دو دسته از جرایم در این زمینه پیش‌بینی شده‌اند: جرایم علیه محرمانگی داده‌ها و سامانه‌ها و جرایم علیه صحت و تمامیت داده‌ها و سامانه‌ها. در حقوق کیفری ایران این جرایم در فصل نخست و دوم ق.ج.ر پیش‌بینی شده‌اند.

زیر عنوان جرایم علیه محرمانگی داده‌ها و سامانه‌ها رفتارهای مختلفی مورد جرم‌انگاری واقع شده‌اند: نخستین رفتار مجرمانه مربوط به دسترسی غیرمجاز به داده‌هاست. دسترسی غیرمجاز به داده‌ها به طور عام در ماده ۱ ق.ج.ر و به طور خاص

در ماده ۴ همین قانون تحت عنوان جاسوسی رایانه‌ای جرم‌انگاری شده است. جاسوسی رایانه‌ای هر چند در مبحث جداگانه‌ای جرم‌انگاری شده است ولی از لحاظ رفتار مادی تفاوت خاصی با آنچه در ماده یک قانون آمده است ندارد. موضوع جرم جاسوسی رایانه‌ای تنها سامانه‌هایی است که داده‌های سری در آن نگهداری می‌شود. مرتکب جرم افزون بر قصد نقض تدابیر امنیتی برای دسترسی به سامانه، باید قصد خاص دسترسی به داده‌های سری را نیز داشته باشد.^۱

دومین رفتار مجرمانه مربوط به شنود غیرمجاز است که در ماده ۲ ق.ج.ر پیش‌بینی شده است. حفاظت از داده‌های شخصی در مقابل ورود دولت‌ها و مداخله‌گران غیر دولتی در زندگی خصوصی یکی از دغدغه‌های مهم افراد در جوامع امروزی است. به همین خاطر در سطح بین‌المللی یا داخلی مقرراتی^۲ در این زمینه تصویب شده‌است و نهادهایی برای فعالیت در این زمینه برقرار شده‌اند.^۳ با توجه به آنکه امروزه به بهانه مقابله با تروریسم و دیگر جرایم امنیتی استفاده از شنود تلفنی و رهگیری اطلاعات و داده‌ها یکی از برجسته‌ترین راه‌های کنترل شهروندان تبدیل شده است حمایت شهروندان نسبت به دسترسی غیرمجاز به داده‌های شخصی آنان اهمیتی بیش از پیش پیدا کرده است. شنود رایانه‌ای هم می‌تواند نسبت به ارتباطات تلفنی صورت گیرد و هم نسبت به محتوای دیداری و نوشتاری. آنچه که این جرم را از جرم دسترسی غیرمجاز به داده‌ها متمایز می‌سازد مربوط به موضوع آن، محتوای در حال انتقال، است.^۴

دسته دیگر از جرایمی که سامانه و شبکه اطلاعات رایانه‌ای را هدف قرار می‌دهد مربوط به جرایم علیه صحت و تمامیت داده‌ها و سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی است. به منظور حفاظت از صحت و تمامیت داده‌ها قانون‌گذار کشورمان شش رفتار را جرم‌انگاری کرده است: جعل رایانه‌ای^۵ و استفاده از سند مجعول (موضوع مواد ۶ و ۷ ق.ج.ر)، تخریب داده‌ها^۶ و سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی (موضوع مواد ۸ و ۹ ق.ج.ر)؛

۱. عالی‌پور، حسن، منبع پیشین، ص. ۱۶۲.

۲. به عنوان نمونه می‌توان به کنوانسیون حمایت از حقوق افراد در زمینه پردازش خودکار داده‌های شخصی» مصوب ۱۹۸۱ شورای اروپا اشاره کرد:

Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data, Strasbourg, 1981, Available from URL: www.conventions.coe.int/treaty/.

۳. کمیسیون اطلاعات و آزادی‌ها (CNIL) در فرانسه از جمله این نهادهاست. این نهاد از اختیار صدور و اعمال ضمانت اجرایی، به ویژه آنهایی که جنبه مالی دارند، برخوردار می‌باشد.

۴. عالی‌پور، حسن، منبع پیشین، ص. ۱۶۲.

۵. در زمینه جعل رایانه‌ای، ر.ک: قناد، فاطمه، جعل در بستر فناوری‌های اطلاعات و ارتباطات، دوفصلنامه علمی پژوهشی آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۲، ۱۳۹۰، صص. ۸۸-۶۳.

۶. قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ و قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸. ماده ۵۸ فصل سوم قانون تجارت الکترونیکی با عنوان حمایت از داده پیام‌های شخصی، شرایط قانونی ذخیره، پردازش و توزیع

ممانعت از دسترسی به داده‌ها (ماده ۱۰ ق.ج.ر.) و درنهایت اخلاف در سامانه‌های مورد استفاده برای ارائه خدمات ضروری به قصد به خطر انداختن آسایش و امنیت عمومی (ماده ۱۱ ق.ج.ر.). ماده اخیر اخیر به طور ضمنی یک اقدام تروریستی سایبری را مورد سرکوب قرار می‌دهد.

۲-۲. سامانه و شبکه‌های اطلاعات: پشتوانه ارتکاب جرم

بر کسی پوشیده نیست که امروزه فناوری اطلاعات و مخابرات بیش از پیش در خدمت ارتکاب جرایم قرار می‌گیرند. اینترنت بستری را برای ارتکاب برخی از جرایم فراهم آورده است که تا پیش از آن اساساً با استفاده از مطبوعات نوشتاری یا رسانه‌های صدا و سیمایی ارتکاب پیدا می‌کردند. امکانات متنوعی که اینترنت با شکل‌های مختلف ایجاد می‌کند پشتوانه محکمی برای ارتکاب برخی از جرایم فراهم می‌آورد. سامانه‌ها و شبکه‌هایی رایانه‌ای پشتوانه جرایمی برای ارتکاب جرایمی متعددی همانند هرزه‌نگاری و به ویژه هرزه‌نگاری کودکان، ترغیب کودکان به روسپیگری، جرایم علیه حریم خصوصی، ارتکاب جرایم مطبوعاتی، برخی از جرایم علیه شخصیت معنوی افراد است. قانون جرایم رایانه‌ای در دو فصل چهارم و پنجم زیر عنوان جرایم علیه عفت عمومی و اخلاق عمومی و هتک حیثیت و نشر اکاذیب به سرکوب برخی از رفتارهایی پرداخته است که سامانه و شبکه اطلاعات پشتوانه ارتکاب آنهاست.

قانون‌گذار جرایم رایانه‌ای، زیر عنوان جرایم علیه عفت اخلاق عمومی، سه دسته از رفتارها را جرم‌انگاری کرده است:^۱ رفتارهای مرتبط به محتویات مستهجن (ماده ۱۴ ق.ج.ر.) و معاونت در دسترسی به محتویات مستهجن (بند الف ماده ۱۵ ق.ج.ر.) و دستیاری افراد در ارتکاب برخی از جرایم علیه اشخاص و یا آموزش دادن بزه به این افراد (بند ب ماده ۱۵ ق.ج.ر.). دو رفتار نخست در واقع زیر بنای جرم هرزه‌نگاری را تشکیل می‌دهند که قانون‌گذار ایران عناوین سنتی جرایم علیه عفت و اخلاق عمومی و محتویات مستهجن را بر آن ترجیح داده است. محتویات مستهجن بر اساس تبصره ۴ ماده ۱۴ همین قانون شامل «تصویر، صوت، یا متن واقعی یا غیر واقعی، یا متنی اطلاق می‌شود که بیانگر برهنگی کامل زن یا مرد یا اندام تناسلی یا آمیزش یا عمل جنسی انسان» است. ماده ۱۴ ق.ج.ر. دو دسته رفتار را سرکوب می‌کند: دسته نخست مربوط به انتشار، توزیع یا معامله محتویات مستهجن، صرف‌نظر از قصد مرتکب در انجام این امور،

داده‌پیام‌های شخصی را مشخص ساخته است؛ با این توضیح که مصادیق مورد نظر در این قانون تنها ناظر به داده‌های شخصی حساس است.

۱. قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیر مجاز می‌نمایند مصوب ۱۳۷۲ و اصلاحی سال ۱۳۸۶.

می‌باشد و دسته دوم تولید، ذخیره و نگهداری این محتویات به قصد تجارت یا افساد را شامل می‌شود. بند ماده ۱۵ این قانون معاونت در دسترسی به محتویات مستهجن را به صورت مستقل جرم‌انگاری کرده است (تحریک، ترغیب، تهدید یا تطمیع افراد به منظور دستیابی آنها به محتویات مستهجن).

بند ب ماده ۱۵ از محدوده هرزه‌نگاری فراتر می‌رود و یک جرم‌انگاری گسترده را تشکیل می‌دهد. بر اساس این ماده تحریک یا ترغیب یا تهدید، دعوت، فریب افراد به ارتکاب جرایم منافی عفت، استعمال مواد مخدر یا روانگردان، خودکشی، انحرافات جنسی اعمال خشونت‌آمیز، تسهیل ارتکاب و یا آموزش ارتکاب آنها، جرم محسوب می‌شود. هر چند که سرکوب استفاده از سامانه و شبکه رایانه‌ای برای ارتکاب جرایم امری ضروری است با این حال سرکوب این استفاده با استناد به عناوینی مانند انحرافات جنسی که موضوع تعریف و جرم‌انگاری دقیقی قرار نگرفته‌اند شایسته اصل دقت و خوانا بودن قوانین کیفری نیست. همچنین بهتر بود در این ماده به جرایمی همانند قاچاق انسان نیز اشاره می‌شد در آن بزهکاران از سامانه‌ها و شبکه‌های رایانه‌ای برای فریب افراد و یافتن قربانیان احتمالی خود استفاده می‌کنند.

در زمینه جرایم علیه شخصیت افراد رفتارهای متعددی در حقوق‌های کیفری مورد جرم‌انگاری قرار گرفته است. هدف این جرم‌انگاری‌ها حمایت افراد در برابر خطراتی چون آسیب به حریم خصوصی افراد، نقض محرمانگی مکاتبات افراد، افترا، غصب هویت افراد و غیره است. قانون جرایم رایانه‌ای در فصل پنجم خود شخصیت افراد را در مقابل سه رفتار مجرمانه مورد حمایت قرار گرفته است: رفتار نخست بر تغییر یا تحریف یک محتوای مربوط به دیگری (فیلم، صوت، تصویر) یا انتشار عالمانه محتوای تحریف شده مبتنی است (ماده ۱۶ ق.ج.ر)؛ رفتار دوم به انتشار اسرار یا داده‌های با محتوای خصوصی یا خانوادگی یا خصوصی، بدون رضایت افراد ذی‌نفع، مربوط می‌شود (ماده ۱۷ ق.ج.ر).^۱ رفتار سوم به عنوان نشر اکاذیب جرم‌انگاری شده است (ماده ۱۸ ق.ج.ر). لازم به یادآوری است که این جرم دارای کارکردی دوگانه است. از یک طرف به دنبال تضمین امنیت همگانی است (انتشار اکاذیب و یا در دسترسی دیگران قرار دادن آنها به قصد اضرار یا تشویش اذهان عمومی یا مقامات رسمی) و از طرف دیگر از حیثیت افراد حمایت می‌کند (نسبت دادن اعمال بر خلاف حقیقت به شخص حقیقی یا حقوقی با همان مقاصد).

۱. قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیر مجاز می‌نمایند (مصوب ۱۳۸۶) نیز به حمایت از حریم خصوصی شهروندان توجه داشته است. بندهای ب و ج ماده ۵ به ترتیب به رفتارهای مجرمانه زیر اختصاص یافته است: تهیه فیلم یا عکس از محله‌هایی که اختصاصی بانوان بوده و آنها فاقد پوشش مناسب می‌باشند مانند حمام‌ها و استخرها و یا تکثیر و توزیع آن؛ تهیه مخفیانه فیلم یا عکس مبتذل از مراسم خانوادگی و اختصاصی دیگران و تکثیر و توزیع آن.

۲-۳. سامانه و شبکه‌های اطلاعات: وسیله ارتکاب جرم

تحول فناوری رایانه‌ای و مخابراتی باعث گسترش جرایمی شده است که قبل از پیدایش شبکه در قوانین کیفری مورد جرم‌انگاری قرار گرفته‌اند. سامانه‌ها و شبکه‌های اطلاعاتی وسیله‌های ارتکاب این جرایم را افزایش داده و متعدد ساخته‌اند. جرایم علیه اموال، جرایم علیه مالکیت معنوی، قماربازی‌های اینترنتی و یا تبلیغات دروغین و فریبنده از جمله این دسته از جرایم می‌باشند.

در زمینه گسترش جرایم مالی قابل ارتکاب در فضای سایبر باید گفت که امروزه بیشتر مبادلات تجاری با پشتوانه سیستم‌ها و شبکه‌های اطلاعاتی صورت می‌گیرد. ورود اینترنت به این حوزه از یک طرف باعث تسهیل مبادلات تجاری و بانکی شده و از طرف دیگر فرصت‌های مجرمانه جدیدی به ویژه در زمینه تقلب نسبت به کارت‌های بانکی^۱ را ایجاد کرده است. برخی از جرایم سنتی همانند سرقت، کلاهبرداری، خیانت در امانت و جرایم شبیه به آن نیز قابلیت اعمال بر رفتارهای ارتکاب‌یافته از طریق اینترنت را پیدا کرده‌اند. به عنوان نمونه در زمینه خیانت در امانت در حقوق فرانسه پرسشی در سال‌های اخیر مطرح شد مبنی بر اینکه آیا استفاده شخصی از وسایل رایانه‌ایی که کارفرما برای استفاده کاری در اختیار کارمند خود قرار می‌دهد خیانت در امانت محسوب می‌شود؟ شعبه اجتماعی دیوان عالی کشور فرانسه در این زمینه چنین اظهار نظر کرد: «بازدیدهای کارمند از پایگاه‌های اینترنتی در زمان انجام کار و با استفاده از ابزار رایانه‌ای که کارفرما، در راستای انجام وظایف کاری، در اختیار وی قرار داده است کارکرد حرفه‌ای دارد به گونه‌ای که کارفرما می‌تواند، خارج از حضور کارمند، آن پایگاه‌ها را مرور کند.^۲ همین شعبه در رأی جدید خود اعلام کرده است که بازدید از پایگاه‌های اینترنتی در بردارنده تصاویر جنسی تخلف انضباطی مهمی از جانب کارمند محسوب می‌شود و اخراج وی را به خاطر این تخلف مهم موجه می‌سازد.^۳

قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ در فصل سوم خود دو نوع از مهم‌ترین جرایم مالی (سرقت و کلاهبرداری) را مورد توجه قرار داده است و ارتکاب آنها از طریق رایانه را جرم‌انگاری کرده است (مواد ۱۲ و ۱۳ ق.ج.ر). جرم سرقت رایانه‌ای بر رباپیش غیرمجاز داده‌های دیگری، چنانچه عین داده‌ها در اختیار صاحب آن باشد، مبتنی است. این رباپیش که به معنای دست‌اندازی به داده‌های دیگری است در عمل از طریق

۱. در کشور فرانسه قانون مصوب ۱۵ نوامبر ۲۰۰۱ راجع به امنیت روزمره مرکزی با عنوان دیده‌بان تامین امنیت

کارت‌های پرداختی ایجاد کرد. یکی از فعالیت‌های این مرکز رصد کردن تقلب‌های جدید نسبت به این کارت‌هاست.

2. Soc-45.9 juill.2008, n°06-45.800.

3. Soc.21 sept.2011, n°10-14.869.

روگرفتن (کپی) یا برش (کات) داده‌ها صورت می‌گیرد.^۱ رفتارهای تشکیل‌دهنده جرم کلاهبرداری^۲ باید در بستر سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی صورت گیرند. جرم کلاهبرداری رایانه‌ای بر تحصیل غیرمجاز وجه، مال، یا منعت یا خدمات یا امتیازات مالی برای خود یا دیگری از سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی از طریق اعمالی که در ماده ۱۷ ق.ج.ر به طور تمثیلی احصاء شده‌اند (واردن کردن، تغییر، محو، ایجاد یا متوقف کردن داده‌ها با مختل کردن سامانه) مبتنی است.

استفاده از ابزارهای سایبری به عنوان وسیله ارتکاب جرم به طور خاص در ماده ۲۵ قانون جرایم رایانه‌ای. ماده ۲۵ ق.ج.ر جرم‌انگاری شده است. این ماده سه دسته از رفتارهای مجرمانه راسرکوب می‌کند: دسته نخست شامل تولید، انتشار، توزیع، در دسترس گذاری و یا معامله داده‌ها یا نرم افزارها یا هر نوع ابزار الکترونیکی که صرفاً به منظور ارتکاب جرایم رایانه‌ای بکار می‌رود (بند الف ماده ۲۵). بد افزارها از گوناگونی و پویایی خیره‌کننده‌ای برخوردارند و دارای قابلیت آسیب‌زایی بالایی هستند. باج افزارها^۳ از جمله بدافزارهایی است که امروزه زمینه ارتکاب اخاذی‌های رایانه‌ای را فراهم آورده است؛ دسته دوم رفتارهای مجرمانه مربوط به فروش یا پخش یا در دسترس‌گذاری داده‌های رخنه‌گر است. منظور از داده‌های رخنه‌گر گذرواژه یا هر داده‌ای است که امکان دسترسی غیرمجاز به داده‌ها یا سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی متعلق به دیگری را بدون رضایت او فراهم می‌آورد. (بند ب ماده ۲۵)؛ دسته سوم از رفتارهای مجرمانه موضوع این ماده شامل پخش یا در دسترس قرار دادن محتویات آموزش جرایم رایانه‌ای (دسترس غیرمجاز، شنود غیرمجاز، جاسوسی رایانه‌ای، تخریب و اخلاص داده‌ها یا سیستم‌های رایانه‌ای و مخابراتی (بند ج ماده ۲۵) می‌شود.

در زمینه دیگر جرایمی که در آن از سامانه و شبکه به عنوان وسیله ارتکاب مورد استفاده قرار می‌گیرند، همانند جرایم علیه مالکیت معنوی^۴ قانون جرایم رایانه مجازات

۱. عالی‌پور، حسن، منبع پیشین، ص. ۲۵۵.

۲. اصطلاح کلاهبرداری کامپیوتری نخست در قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ مطرح شد. ماده ۶۷ این قانون به تبیین عنصرهای تشکیل‌دهنده آن پرداخته است. در زمینه کلاهبرداری رایانه‌ای ر.ک: میرمحمد صادقی، حسین؛ شایگان، محمدرسول، «بررسی تطبیقی کلاهبرداری سنتی و رایانه‌ای و مجازات‌های آن در نظام حقوقی ایران»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵۱ و ۵۲، ۱۳۸۹، صص. ۱۳۷-۱۶۲.

۳. Ransomware: باج‌افزار نرم‌افزاری زیان‌آور است که به سامانه یک کاربر رخنه کرده، دسترسی کاربر به داده‌های خود را محدود یا غیرممکن می‌سازد و طراح این بدافزار برای برداشتن محدودیت و ممکن ساختن دسترسی به داده‌ها باج‌خواهی می‌کند.

۴. قوانینی که در این زمینه می‌توان بدانها مراجعه کرد عبارتند از: قانون حمایت از نشانه‌های جغرافیایی (مصوب ۱۳۸۳/۲/۱۸)؛ قانون تجارت الکترونیکی (۱۳۸۲/۱۱/۱۱)؛ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری (مصوب ۱۳۸۶)؛ قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸؛ قانون حمایت از

خاصی پیش‌بینی نشده است و از روش ارجاع استفاده نموده است. ماده ۵۲ ق.ج.ر مقرر می‌دارد: «در مواردی که سامانه رایانه‌ای یا مخابراتی به عنوان وسیله ارتکاب جرم به کار رفته و در این قانون برای عمل مزبور مجازاتی پیش‌بینی نشده است، مطابق قوانین جزایی مربوط به عمل خواهد شد». روش ارجاع‌دهی پیش‌بینی شده در این ماده این امکان را برای کارگروه (کمیته) تعیین مصادیق مجرمانه پیش‌بینی شده در ماده ۲۲ ق.ج.ر را فراهم می‌آورد تا نسبت به تعیین مصادیق جرایم رایانه‌ای بر اساس قوانین دیگر، علاوه بر قانون جرایم رایانه‌ای، نیز اقدام نماید. در فهرستی که این کارگروه از مصادیق محتوای مجرمانه در درگاه اینترنتی خود قرار داده است^۱ مصادیق متعددی تحت عناوین زیر به احصاء شده است: محتوا علیه عفت و اخلاق عمومی (۶ مصداق)؛ محتوای علیه مقدسات اسلامی (۷ مصداق)؛ محتوای علیه امنیت و آسایش عمومی (۱۶ مصداق)؛ محتوای علیه مقامات و نهادهای دولتی و عمومی (سه مصداق)؛ محتوا مرتبط با جرایم رایانه‌ای (محتوایی که برای ارتکاب جرایم رایانه‌ای به کار می‌رود) (۹ مصداق)؛ محتوایی که تحریک، ترغیب یا دعوت به ارتکاب جرم می‌کند (محتوای مرتبط با سایر جرایم) (۸ مصداق)؛ محتوا مجرمانه مربوط به امور سمعی و بصری و مالکیت معنوی (۴ مصداق)؛ محتوای مرتبط با انتخابات مجلس شورای اسلامی و مجلس خبرگان رهبری (۱۴ مصداق) و محتوای مجرمانه مرتبط با انتخابات ریاست جمهوری (۲۵ مصداق). این کارگروه همچنین فهرستی از قوانینی که در مصداق‌یابی خود در جرایم رایانه‌ای به آنها استناد کرده است را در پایان فهرست مصادیق مجرمانه معرفی نموده است.^۲ فهرست تهیه شده از مصادیق جرایم سایبری توسط پلیس فتا برای کشف جرایم سایبری مورد استفاده قرار می‌گیرد.

۳. وضعیت بزهکاری سایبری بر اساس آمار پلیس فتا

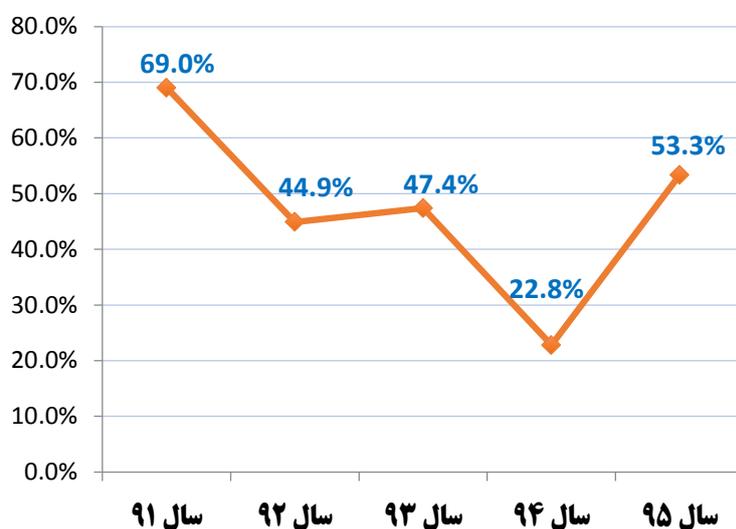
بررسی وضعیت جرایم سایبری در پنج سال اخیر (۱۳۹۵ - ۱۳۹۱) نشان می‌دهد که از مجموع پرونده‌های متشکله، حوزه اقتصادی ۴۷٪، حوزه اخلاقی و فرهنگی ۳۲٪،

نرم‌افزارهای رایانه‌ای؛ قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی ۱۳۵۲؛ قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیرمجاز دارند مصوب ۱۳۸۶.

1. http://internet.ir/crime_index.html.

۲. در میان این قوانین علاوه بر قانون جرایم رایانه‌ای و قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، به قوانین زیر استناد شده است: قانون مطبوعات مصوب ۱۳۷۹، قانون مجازات انتشار و افشای اسناد محرمانه و سری دولتی مصوب ۱۳۵۲، قانون بازار و اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴، قانون جامع کنترل و مبارزه ملی با دخانیات ۱۳۸۵، قانون ممنوعیت به‌کارگیری تجهیزات دریافت ماهواره مصوب ۱۳۷۳، قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت غیرمجاز دارند مصوب ۱۳۸۶، قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای مصوب ۱۳۷۹، قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲، قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۷۸، قانون انتخابات ریاست جمهوری ۱۳۶۴، قانون اخلاق در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۶۹.

حوزه اجتماعی ۱۴٪ و حوزه سیاسی ۷٪ از جرایم را به خود اختصاص داده است. بیشترین جرایم مربوط به جرم برداشت غیرمجاز از حساب‌های بانکی با ۳۶/۵٪، هتک حیثیت و نشر اکاذیب با ۹/۵٪ و کلاهبرداری رایانه‌ای با ۸/۸٪ می‌باشد. گسترش روز افزون خدمات مبتنی بر فناوری اطلاعات و ارتباطات در سال‌های گذشته موجب گردیده وقوع جرایم سایبری هر سال نسبت به سال قبل از آن افزایش پیدا کند. با تناسب فراگیر شدن نوع خدمات در سطح جامعه، میزان ارتکاب جرایم در حوزه‌های مختلف اجتماعی، اقتصادی و اخلاقی و فرهنگی نیز تغییر پیدا کرده است. نمودار زیر درصد رشد جرایم از سال ۹۱ تا سال ۹۵ (نسبت به مدت مشابه سال قبل در هر سال) را نشان می‌دهد:



در سال ۱۳۹۵ نیز ۴۳.۵٪ از پرونده‌های متشکله مربوط به حوزه اخلاقی و فرهنگی، ۳۳.۱٪ حوزه اقتصادی، ۱۸٪ حوزه اجتماعی و ۵.۴٪ نیز مربوط به حوزه سیاسی بوده است. از بدو تاسیس پلیس فتا تاکنون حوزه اقتصادی بیشترین میزان جرایم در هر سال را به خود اختصاص داده است. در سال ۹۵ به دلیل گسترش چشمگیر استفاده از شبکه‌های اجتماعی و موبایلی در بین کاربران و روی آوردن بزهکاران به استفاده از این وسیله‌ها، جرایم مرتبط با حوزه‌های اخلاقی و فرهنگی افزایش داشته است. اختصاص ۴۶.۴ درصدی کل پرونده‌های تشکیل شده در همه حوزه‌ها و همچنین ۸۹ درصدی پرونده‌های حوزه اخلاقی به انواع اپلیکیشن‌های^۱ OTT نشان‌دهنده این موضوع است.

1. Over the top application

در بین انواع شبکه‌های موبایلی نیز شبکه اجتماعی، تلگرام (Telegram) بیشترین سهم را در بین پرونده‌های سایبری داشته است. در سال ۹۵ بیشترین میزان پرونده‌های تشکیل شده به ترتیب مربوط به استان‌های تهران بزرگ (۲۷.۳٪)، خراسان رضوی (۹.۵٪)، فارس (۷.۹٪) و آذربایجان شرقی (۵.۵٪) بوده است. فیشینگ درگاه‌های بانکی و نصب بدافزارهای جاسوسی، سوءاستفاده از اعتماد افراد مهم‌ترین شگردهای فنی مورد استفاده برای ارتکاب جرایم حوزه اقتصادی را تشکیل داده است. در خصوص کلاهبرداری‌های رایانه‌ای اغفال بزه‌دیدگان (عمدتاً از طریق پیامک) و اخذ اطلاعات حساس نظیر شماره حساب و رمز دوم و نهایتاً خرید اینترنتی از مهم‌ترین روش‌های مورد استفاده بزهکاران سایبری است. بیشترین فراوانی وقوع جرایم سایبری در کشور در شش سال اخیر به ترتیب مربوط به تهران بزرگ با ۲۸/۵٪، خراسان رضوی با ۷/۹٪، فارس با ۷/۴٪ و آذربایجان شرقی با ۵/۷٪ بوده است.

سیمای بزه‌دیدگان جرایم سایبری در شش سال اخیر نشان می‌دهد که مردان ۶۵٪ و زنان ۳۵٪ از مجموع شاکیان را تشکیل داده‌اند. سطح تحصیلات شاکیان به صورت زیر بوده است: ۱۴٪ از تحصیلات زیر دیپلم، ۳۵٪ دیپلم، ۹٪ فوق دیپلم، ۳۲٪ لیسانس، ۷٪ فوق لیسانس و ۳٪ دکترا. از مجموع متهمان دستگیر شده حدود ۸۴ درصد مرد و بقیه زن بوده‌اند که از میان آنها ۶٪ زیر ۱۷ سال، حدود ۳۳ درصد بین ۱۸ تا ۲۶ سال و مابقی بالای ۲۷ سال سن داشته‌اند. در خصوص میزان تحصیلات متهمان دستگیر شده بررسی‌های انجام شده بر روی پرونده‌های تشکیل شده از بدو تاسیس پلیس فتا نشان می‌دهد که ۴۵٪ از متهمین دارای مدرک تحصیلی دیپلم، ۱۱٪ فوق دیپلم، ۲۳٪ کارشناسی، ۴٪ کارشناسی ارشد، ۱٪ دکترا و بالاتر و ۱۶٪ نیز زیر دیپلم بوده‌اند. از بسترهای مورد استفاده برای ارتکاب جرایم در شبکه‌های اجتماعی اپلیکیشن تلگرام با ۶۰٪ بیشترین سهم را داشته و نقش اینستاگرام ۱۷٪ بوده است. افزایش استفاده کاربران شبکه‌های اجتماعی تلگرام و اینستاگرام باعث تغییر رویکرد بزهکاران سایبری شده است؛ آنان بیش از پیش برای ارتکاب جرایم مرتبط با محتوا (نظیر جرایم حوزه اخلاقی و فرهنگی) و کلاهبرداری‌های رایانه‌ای به استفاده از این رسانه‌ها روی آورده‌اند. بدیهی است که بهره‌گیری صحیح از خدمات فناوری اطلاعات در بین کاربران مستلزم ارتقای سطح آگاهی و دانش استفاده‌کنندگان از این خدمات بوده که این امر خود همکاری همه دستگاه‌های مرتبط با این حوزه را می‌طلبد.

نتیجه‌گیری

گونه‌شناسی بزهکاری سایبری نشان می‌دهد که این بزهکاری دو دسته از جرایم را در برمی‌گیرد: گونه نخست از جرایمی خاص و جدید تشکیل شده است که علیه خود سامانه‌ها و شبکه‌های اطلاعاتی صورت می‌گیرد و یا اینکه بدون وجود این سامانه‌ها قابلیت ارتکاب ندارند؛ گونه دوم که تعداد آنها بسیار زیاد است شامل جرایم رایج و متداولی است که بیش از پیش در بستر فناوری اطلاعات ارتکاب پیدا می‌کنند. فن‌آوری اطلاعات یا وسیله ارتکاب این جرایم قرار می‌گیرد و یا اینکه به عنوان پشتوانه ارتکاب آنها را تسهیل می‌کند. قانون جرایم رایانه‌ای با پیروی از کنوانسیون جرایم سایبری بوداپست به طور کلی از این الگو پیروی کرده است، هر چند از لحاظ معرفی جرایم تا حدودی دچار پراکندگی شده است. از لحاظ عملی، کارگروه مصادیق مجرمانه یک گونه‌شناسی محتوایی از جرایم سایبری ارائه کرده است. این کارگروه با تکیه بر قوانین، مقررات و آیین‌نامه‌های مختلف فهرستی از جرایم را احصاء کرده است که ارتکاب آنها در بستر سامانه‌های اطلاعاتی امکان‌پذیر است. این فهرست مورد استفاده پلیس فتا نیز می‌باشد. پیشنهاد می‌شود با همکاری این دو نهاد این فهرست به گونه‌ای دقیق‌تر تکمیل شود و در آن دو دسته از جرایم طبقه‌بندی شود: دسته نخست شامل جرایمی باشد که به طور ویژه ماهیتی سایبری دارند، بدین معنی که چه از لحاظ موضوع و چه از لحاظ شیوه ارتکاب ارتباط آنها با فضای سایبری در قانون تصریح شده است؛ دسته دوم جرایمی را در برگیرد که ارتباط آنها با فضای سایبری به صراحت مورد اشاره قانون‌گذار قرار نگرفته است اما مجریان قانون، در مقام کشف و تعقیب جرایم، چنین ارتباطی را تایید کرده‌اند. استفاده از یک فهرست طبقه‌بندی شده از جرایم سایبری توسط مجریان قانونی این امکان را فراهم می‌آورد تا وضعیت آماری این بزهکاری به گونه‌ای دقیق‌تر و جامع‌تر معرفی شود. با تکیه بر ارزیابی وضعیت تحول این بزهکاری در جامعه و نیز با شناخت بهتر تأثیر فناوری‌های نوین در پیدایش و گسترش بزهکاری است که قانون‌گذار کیفری می‌تواند سیاسی کیفری خود در مقابله با این بزهکاری را به‌روز سازد.

منابع

- جاویدنیا، جواد، جرایم تجارت الکترونیکی (جرایم رایانه‌ای در بستر تجارت الکترونیکی)، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۱.
- حاجی ده آبادی، احمد؛ سلیمی، احسان، «اصول جرم‌انگاری در فضای سایبر (با رویکردی انتقادی به قانون جرائم رایانه‌ای)»، فصلنامه مجلس و راهبرد، شماره ۸۰، ۱۳۹۳.
- خرم‌آبادی، عبدالصمد، «تاریخچه، تعریف و طبقه‌بندی جرم‌های رایانه‌ای»، در: مجموعه مقالات همایش بررسی جنبه‌های حقوقی فناوری اطلاعات، معاونت حقوقی و توسعه قضایی، انتشارات سلسبیل، ۱۳۸۴.
- داوری دولت‌آبادی، مجید، امنیت در پایگاه‌های داده، انتشارات پلیس فضای تولید و تبادل اطلاعات ناجا (فتا)، ۱۳۹۲.
- رهامی، محسن؛ پرویزی، سیروس، «جاسوسی رایانه‌ای در حقوق ایران و وضعیت بین‌المللی آن»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۳، سال ۱۳۹۱.
- زیبر، اولریش، جرایم رایانه‌ای، چاپ دوم، ترجمه محمدعلی نوری و دیگران، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۰.
- صادقیان، داود، «کالبدشناسی جرائم سایبری در ایران»، دادرسی، شماره ۸۸، ۱۳۹۰.
- عباسی کلیمانی، عاطفه؛ اکبری، عاطفه، جرایم سایبری، تهران انتشارات مجد، ۱۳۹۴.
- عالی‌پور، حسن، حقوق کیفری فناوری اطلاعات، چاپ چهارم، معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه، مرکز مطالعات توسعه قضایی، ۱۳۹۵.
- فراهانی، امیرحسین، کنوانسیون جرایم سایبر و پروتکل الحاقی آن، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۵.
- فناد، فاطمه، «کلاهبرداری الکترونیکی در بستر فناوری‌های اطلاعات و ارتباطات»، فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۲۵.
- میرمحمد صادقی، حسین؛ شایگان، محمدرسول، «بررسی تطبیقی کلاهبرداری سنتی و رایانه‌ای و مجازات‌های آن در نظام حقوقی ایران»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵۱ و ۵۲، ۱۳۸۹.
- یاسمی‌نژاد، عرفان؛ آزادی سرابله، اکرم، مبانی امنیت در اینترنت، انتشارات پلیس فضای تولید و تبادل اطلاعات ناجا (فتا)، ۱۳۹۲.

-
- Cazki, M., *Combattre la cybercriminalité*, édition de Saint Amans, Perpignan, 2009.
 - Chopin, F., «Cybercriminalité», *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017.
 - Leman-Langlois, S., «Le crime comme moyen de contrôle du cyberspace commercial», *Criminologie*, 39,9 (1), 2006.
 - Kim-Kwang, R. C., «Organised crime groups in cyberspace: a typology.», *Trends Organ Crim*, n°11, 2008.
 - Manky, D., «Cybercrime As A Service: A very Modern Business.», *Computer Fraud & Security*, n°6, 2008.
 - Rouiai, A. «La piraterie moderne, d'une mer à l'autre», *Carto*, n°41, 2017.
 - Savatier, R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Dalloz, 1959.
 - Wall, D.S. «The internet as a conduit for criminal activity», in: Pattavina, A. (Ed.), *Information technologie and Criminal Justice System*, Thousand Oaks, CA: Sage publication, 2005/2015.

اهلیت جنایی اشخاص حقوقی

ایرج گلدوزیان*

امین گلریز**

چکیده

مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی از جمله مسائل نوظهور در نظام‌های عدالت کیفری است. به‌رغم پذیرش این مهم در عموم کشورها برحسب مصالح و منافع گفته‌شده توسط حقوق‌دانان، ارکان و عناصر مسئولیت کیفری برای این دسته از اشخاص به درستی مورد تحلیل قرار نگرفته است. از آنجا که حقوق کیفری نمی‌تواند با همان شیوه و معیاری که مبنای مسئولیت کیفری برای اشخاص حقیقی را تعیین می‌کند، مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی را نیز بسنجد، درک صحیح از مبانی اهلیت جنایی اشخاص حقوقی از ضروریات است. تحلیل مبانی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی می‌تواند در شناسایی شیوه‌های تعیین کیفر، شناسایی هر چند بهتر متهمان، نحوه انتساب تقصیر به آنها و دیگر ارکان مسئولیت کیفری مؤثر باشد. در مقاله حاضر، بر اساس اهمیت موضوع، به تحلیل مهم‌ترین رکن مسئولیت کیفری یعنی اهلیت جنایی و عناصر تشکیل‌دهنده آن برای اشخاص حقوقی با رویکردی بر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ پرداخته خواهد شد. بررسی مؤلفه‌های ضروری اهلیت جنایی، می‌تواند تحلیل صحیح و مناسب‌تری از مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی و درک مناسب‌تری از موضوع را ارائه نماید.

کلیدواژه‌ها: اهلیت جنایی، اشخاص حقوقی، مسئولیت کیفری، اراده، آگاهی.

ظهور و بروز پدیده صنعتی شدن در جوامع و در نتیجه تشکیل شرکت‌ها، تعاونی‌ها، مؤسسات خصوصی، دولتی و غیردولتی در جهت پیشبرد اهداف مشروع در پدیده مذکور، نظام‌های حقوقی را بر آن داشت تا در جهت نظارت، تعقیب، حمایت و در صورت ضرورت برخورد قضایی با متخلفان موضوع بحث، آثار حقوقی خاصی را بر آن مؤسسه‌ها تحمیل نمایند. در گام نخست و از نیمه دوم قرن بیستم،^۱ پدیده نوظهور با نام (اشخاص حقوقی)^۲ در مقابل (اشخاص حقیقی)^۳ نام‌گذاری گردید. رفته‌رفته نهاد حقوقی نوین در اغلب کشورهای جهان جایگاه خاصی را از آن خود نمود، تا جایی که عموم کشورهای جهان مقررات مدونی در رابطه با اشخاص حقوقی تنظیم نمودند. هر چند در بادی امر به علت مخالفت‌ها عموم موارد پیش‌بینی مسئولیت مدنی برای اشخاص حقوقی بود، اما براهینی چون واقعیت قضایی و علم جرم‌شناسی، دشواری کشف مقصر حقیقی، دقت هر چه بیشتر اعضا و سهام‌داران در انتخاب مدیران و کارکنان و دست آخر جبران زیان‌های وارد شده بر بزه‌دیدگان به نحو مطلوب، پیدایش مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی را نیز ایجاب نمود.^۴ صرف‌نظر از ترسیم و ذکر مبانی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی و تبیین و تحلیل نظرات موافقان و مخالفان موضوع بحث، آنچه اهمیت دارد این نکته است که نظر غالب و منطقی لزوم پذیرش مسئولیت کیفری در کنار مسئولیت مدنی برای اشخاص حقوقی است. با این پیش‌فرض، آنچه مهم است، کاوش بر سر تحلیل و توجیه ارکان مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی است، زیرا در ادبیات جنایی امروز پذیرفته شده است که علاوه بر علم و معرفت به موضوع و حکم، تعلق اراده به تحقق عینی و خارجی اندیشه مخالف قانون (رفتار و تحقق نتیجه مجرمانه) نیز شرط تکوین قصد جنایی است. اما در اغلب نوشته‌های حقوقی موجود بر سر این چالش مهم به نحو مطلوب ایراد سخن نشده است که اهلیت جنایی به مفهوم مجموع عوامل روانی لازم برای امکان انتساب رفتار مجرمانه به فاعل جرم، در اشخاص حقوقی چگونه توجیه می‌گردد. اشخاص مزبور که موجوده‌هایی انتزاعی بوده و فاقد اعضا و جوارح، چگونه می‌توانند رکن مادی جرم را مرتکب شوند. اهمیت پرداختن به این موضوع از دو جهت شایان ذکر است؛ در جهت

۱. فرج‌اللهی، رضا، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق فرانسه، چاپ اول، انتشارات میزان، ۱۳۸۸، ص. ۵۲.

2. Corporation Persons

3. Natural Persons

۴. شریفی، محسن؛ و دیگران، «دگرگونی‌های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در ایران»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۲، ۱۳۹۲، ص. ۱۱۷.

اول، تبیین این مهم تا حدی است که اگر با تحلیل و بررسی موضوع به این نتیجه برسیم که در اصل بر اساس تئوری سنتی، اهلیت جنایی به دلیل برخورداری از عقلانیت و استقلال، خاص اشخاص انسانی است،^۱ بنابراین دیگر نمی‌توان قائل به پذیرش مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی شد. در جهت دوم، با توجه به تحولات تقنینی در نظام عدالت کیفری ایران از حیث تغییرات عمده قانون مجازات اسلامی در رابطه با پیش‌بینی مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی و شرایط آن، تحلیل و تبیین این قسم از مسئولیت، لزوم پرداختن به موضوع را به طور واضح‌تری نمایان می‌سازد. این در حالی است که در نوشته‌های حقوقی موجود نیز، ماهیت اهلیت جنایی در اشخاص حقوقی به طور دقیق تحلیل نگردیده است.

بر این اساس، در مقاله پیش رو، ابتدا به تبیین اهلیت جنایی و بررسی ارکان آن به عنوان مهم‌ترین مؤلفه مسئولیت کیفری پرداخته می‌شود. با درک صحیح از این واژه، مشخص می‌گردد که آیا این مهم در رابطه با مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی همانند مسئولیت کیفری اشخاص حقیقی هم لازم و ضروری است؟ اگر پاسخ مثبت است، تحلیل اهلیت جنایت در مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی به چه نحو توجیه‌پذیر است. به تعبیر دیگر چالش بر سر این موضوع است که اهلیت جنایی به عنوان مؤلفه بنیادین مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در اصل، از چه جایگاه و خواستگاهی برخوردار است. تفاوت معیاری اهلیت جنایی در مسئولیت کیفری اشخاص حقیقی و حقوقی در چیست؟ در این رابطه فرضیه‌ای ابتدایی که در قسمت‌های مختلف مقاله به دنبال اثبات آن خواهیم بود، این است که اهلیت جنایی همواره به عنوان یکی از ارکان ضروری مسئولیت کیفری چه در اشخاص حقیقی و چه در اشخاص حقوقی است، بنابراین بدون تحقق آن مسئولیت کیفری محقق نمی‌گردد؛ در این رابطه تحلیل بر سر چگونگی مفهوم اهلیت جنایی در مورد اشخاص حقوقی است. از آنجا که این مهم توسط قانون‌گذار ایران در رابطه با اشخاص حقوقی به درستی مورد تحلیل قرار نگرفته است، مقاله حاضر در قالب تحلیل مبانی نظری در پی جستجو و اثبات آن است. روش تحقیق هم کتابخانه‌ای خواهد بود. در این رابطه همان‌طور که پیش‌تر آمد، در جهت تحلیل موضوع، ابتدا می‌بایست اهلیت جنایی تبیین، جایگاه آن در رابطه با اشخاص حقوقی مشخص، سپس به بررسی این مورد پرداخته شود که ارکان و کارکردهای اهلیت جنایی شامل اراده - ادراک و آگاهی که خاص اشخاص حقیقی است، در رابطه با اشخاص حقوقی چگونه تحلیل شده و در اصل از چه جایگاهی برخوردار هستند. در بخش‌های بعدی مقاله به تحلیل هر یک از ارکان اهلیت جنایی شامل موارد بالا پرداخته خواهد شد.

1. Gardner, Thomas; Anderson, J., Terry, M., Criminal Law, New York, Wadsworth, 2009, p. 109.

۱. تبیین اهلیت جنایی اشخاص حقوقی

واژه «اهلیت»^۱ در فرهنگ‌های لغت اصولاً به معنای ظرفیت، استعداد، صلاحیت، شایستگی، سزاواری و لیاقت آمده است.^۲ در فرهنگ حقوقی "Black" برای واژه مذکور، این معنی بیان شده است: «وصف قانونی، صلاحیت، قدرت یا شایستگی؛ توانایی درک ماهیت و آثار رفتار ارتكابی؛ صلاحیت و توانایی یک شخص معین برای حضور در دادگاه».^۳ در عرصه حقوق کیفری، واژه اهلیت، در اصل متصف به وصف جنایی یا جزایی است؛ از این رو حقوق‌دانان معتقدند اهلیت جنایی مجموع صفاتی است که به منظور انتساب جرم به انسان، به عنوان مرتکب آن و مسئول دانستن او، قبل از تحمیل و تحمل کیفر می‌باشد.^۴ از تعریف مزبور و تعاریف مشابه این چنین بر می‌آید که قاطبه حقوق‌دانان معتقد به این مهم هستند که مخاطب حکم کیفری و موضوع آن در صورت ارتکاب جرم، انسان زنده بالغ و عاقلی است که در عین حال واجد قوه تمییز و تشخیص و نیز اراده باشد. از گذار در تعاریف سنتی در باب اهلیت جنایی، واجد جسم و خون و روح بودن شخص، مؤلفه اساسی برای مسئولیت کیفری به شمار می‌رود.^۵ در اواسط قرن ۱۹ میلادی و با صنعتی شدن جوامع و با ظهور و بروز مؤسسات، شرکت‌ها، تعاونی‌ها و تشکل‌های دولتی و غیردولتی، نظام عدالت کیفری به این نتیجه دست یافت که در صورت عدم تعدیل مفهوم سنتی از اهلیت جنایی و رکن قرار دادن شخصیت انسانی در سر لوحه تعریف بالا، خود را در چالشی حل‌نشدنی قرار خواهد داد. بنابراین حقوق‌دانان بدون دگرگون ساختن مفاهیم بنیادین در عرصه اهلیت جنایی، با حذف محوریت شخصیت انسانی در تعریف از واژه مذکور، اهلیت جنایی را بر مجموع عوامل روانی استوار ساختند که امکان انتساب رفتار مجرمانه به فاعل جرم را فراهم سازد.^۶ بر پایه این تئوری و براساس خصیصه و شایستگی اشخاص حقوقی در بهره‌مندی و شایستگی از موجبات تمتع و عهده‌دار شدن تکالیف به صورت عارضی که قابلیت سلب و انفکاک را دارند،^۷

1. Capacity

۲. معین، محمد، فرهنگ فارسی، چاپ هفتم، انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۶۴، ص. ۱۵۵.

3. Black, Henry Campbell; Black's Law Dictionary, U.S.A, West Publishing CO., 2005, p. 107.

۴. موسوی مجاب، سید درید، نقش اراده در مسئولیت کیفری با رویکردی به نظام حقوقی ایران، چاپ اول، تهران، انتشارات بهنامی، ۱۳۸۸، ص. ۱۰۸.

۵. روح‌الامینی، محمود، «دگرگونی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در نظام حقوقی فرانسه»، مجله فقه و حقوق، سال چهارم، شماره ۱۶، ۱۳۸۷، ص. ۱۳۰.

۶. کمال‌الدین، امام محمد، المسؤولية الجنائية: أساسها و تطورها، الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بیروت، ۱۹۹۱ م، ص. ۸۴.

۷. صفار، محمدجواد، شخصیت حقوقی، چاپ اول، انتشارات بهنامی، ۱۳۹۰، ص. ۹۹.

تصور اهلیت جنایی برای اشخاص حقوقی ممکن خواهد بود. در توضیح بیشتر مسأله باید اذعان داشت، همان طور که از مفهوم اهلیت، تمتع و بهره‌مندی اشخاص از حقوق خود و امکان الزام آنان به اجرای تکالیف قانونی استنتاج می‌شود، اشخاص حقوقی در این زمینه از حیث بهره‌مندی از حقوق و تکالیفی که قانون برای اشخاص حقیقی به رسمیت شناخته است، همگون و برابر هستند، مگر در حقوق و تکالیفی که با طبیعت انسان ملازمه دارد؛ همانند ابوت، زوجیت و همانند آنها. اشخاص حقوقی از این حیث که در برابر اشخاص دیگر (اعم از حقیقی و حقوقی) می‌توانند طرف تعهد واقع شوند، واجد اهلیت شمرده می‌شوند. آنها مسئول دیون و تعهدات خود بوده و بستانکاران می‌توانند حقوق خود را از هر نوع از اموال و دارایی‌های آنها استیفا و در مراجع قضایی درخواست توقیف اموال آنها یا تأمین مطالبات خود را نمایند. بنابراین ملاحظه می‌گردد اشخاص حقوقی واجد خصیصه اهلیت هستند. اما در مفهوم مرکب متصل به واژه اهلیت یعنی واژه «جنایی»^۱ که سبب می‌گردد مفهوم اهلیت با آنچه پیش‌تر بیان شد کمی تهافت پیدا کرده و به مفهوم پیدایش یک حالت خاص یا وضعیت معین در شخصی که امکان انتساب رفتار مجرمانه به فاعل را فراهم سازد، تغییر معنا پیدا کند.^۲ این مفهوم همان طور که آمد بر این پایه قابل تسری به اشخاص حقوقی هم خواهد بود؛ در این راستا برخی ضمن مخالفت با مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی و با این استدلال که لزومی به پذیرش اهلیت جنایی مستقل برای اشخاص حقوقی نیست، زیرا در همه حال جرم توسط اشخاص حقیقی نماینده شخص حقوقی به انجام می‌رسد و احراز اهلیت جنایی شخص حقیقی در همه حال کافی به مقصود است، متعرض پذیرش اهلیت جنایی مستقل برای اشخاص حقوقی شده‌اند.^۳ اما در مقام پاسخ به این ایراد، گروهی دیگر از حقوق‌دانان معتقدند که عدم پذیرش اهلیت جنایی مستقل برای اشخاص حقوقی در همه حال لازم است، زیرا همان اهلیتی که سبب عهده‌دار شدن حق و تکلیف برای اشخاص حقوقی می‌باشد، لزوم پاسخگویی به رفتارهای مجرمانه اشخاص حقوقی در قالب برخوردهای حقوق کیفری را هم ایجاب می‌نماید.^۴ همچنین موافقان ضمن تعرض به مخالفان اهلیت جنایی در اشخاص حقوقی می‌گویند: «چگونه اشخاص حقوقی در زمینه قرارداد و تعهدات، اهلیت انجام معامله و مسئولیت ناشی از آن را دارند، اما در حوزه ارتکاب جرم چنین اهلیتی مورد انکار واقع می‌شود؟ مگر نه این است

1. Criminal

۲. میرسعیدی، سیدمنصور، مسئولیت کیفری، قلمرو و ارکان، جلد اول، چاپ سوم، نشر میزان، ۱۳۹۰، ص. ۶۲.
۳. عوض، عوض محمد، قانون العقوبات (القسم العام)، النشر الثاني، اسکندریه، دارالمطبوعات الجامعیه، ۱۹۹۳ م، ص. ۴۱۰.
۴. همان، ص. ۴۱۶.

که از جمله شرایط صحت هر قرارداد، قصد و اراده است، بنابراین اگر این اشخاص را برای این امور دارای شعور و صاحب اراده دانستیم، نه تنها مسئولیت مدنی بلکه مسئولیت کیفری آنها نیز پذیرفتنی خواهد بود. بنابراین هر دو مسئولیت مورد بحث، بر پایه قصد و اراده استوار هستند...^۱ بر این اساس، اهلیت جنایی به عنوان مقدمه مسئولیت کیفری^۲ که بخشی از رکن روانی هم از حیث تحقق اراده را شکل می‌دهد،^۳ در اشخاص حقوقی بر اساس آنچه بیان شد، محقق می‌گردد.

پر واضح است بر اساس آنچه گفته شد، مسئولیت مدنی محض نمی‌تواند به دلیل نداشتن بازدارندگی کافی از آن حیث که حاوی این پیام است که جرایم همچون کالا قابل خریداری‌اند و اشخاص حقوقی به لحاظ داشتن تمول مالی قادر به خرید آن می‌باشند.^۴ تعلل در روند رسیدگی و ارباب نشدن کامل دیگر اشخاص حقوقی و مدیران مربوط در مقابل مسئولیت کیفری به عنوان یک مجازات که سبب تقبیح رفتار مجرمانه و ایجاد لکه ننگ شده و مانع از این تصور می‌شود که جرایم همچون کالا قابل خریداری‌اند. پاسخگویی کامل برای جبران خسارت‌های ایجاد شده و در گاهی از موارد رفتارهای مجرمانه اشخاص حقوقی باشد. در کنار این علل باید قابل تأمین نبودن محکومیت‌های مدنی در تمام موارد را هم اشاره نمود. به علاوه آنکه آثار و تبعات ارتکاب جرم توسط اشخاص حقوقی تنها متوجه متضرر نیست که مسئولیت مدنی صرف همواره راهگشا باشد. بلکه با ورود لطمه به نظم و امنیت جامعه و اکانش اجتماعی در قالب ایجاد مسئولیت کیفری هم لازم است. بنابراین مسأله کاوش باید بر سر تحلیل ارکان اهلیت جنایی صورت پذیرد که بررسی گردد حال که مصلحت و ضروریات عهده‌دار شدن حقوق و تکالیف و متعاقب آن پاسخ به رفتارهای مجرمانه اشخاص حقوقی تحقق مسئولیت کیفری آنها را ضروری می‌داند، این ارکان در تبلور اهلیت جنایی از چه کارکردهایی برخوردار و بر چه پایه و اساسی تحلیل می‌شوند.

۱-۱. تبیین اراده^۵ در اهلیت جنایی اشخاص حقوقی

همان‌طور که پیش‌تر اشاره گردید، تصور اهلیت جنایی برای اشخاص حقوقی بر این اساس که آنها می‌توانند دارای حق و انجام تکلیف باشند و همین مهم انتساب

1. Gardner, Thomas; Anderson, J., Terry, M., Op. cit., p. 204.

۲. عوض، عوض محمد، منبع پیشین، ص. ۱۲۲.

۳. موسوی مجاب، سید درید، منبع پیشین، ص. ۱۱۲.

۴. رولان، نوربر، «انتقام‌جویی و تحول آن از دیدگاه انسان‌شناسی حقوقی»، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی،

فصل‌نامه دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۲، ۱۳۸۰، ص. ۱۸۱.

5. Will

رفتارهای برخلاف قانون نسبت به این دسته از اشخاص را لازم و منطقی می‌پندارد و با حذف واژه «انسان» در مفهوم نوین ادبیات جنایی در حوزه اهلیت، مفهوم اهلیت جنایی برای اشخاص حقوقی ممکن خواهد بود، وارد حوزه مهم‌تر یعنی تحلیل ارکان اهلیت جنایی و کارکردهای آن در حوزه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی می‌شویم، اهلیت جنایی بر مبنای دو رکن اساسی اراده و علم (آگاهی) استوار است و هر یک از این دو رکن دارای مؤلفه‌ها، آثار و مراتب خاص است. بنابراین، به طور مستقل، به بیان مباحثی در این زمینه خواهیم پرداخت. در جهت تبیین بهتر مسأله لازم است ابتدا به تعریف واژه «اراده» بپردازیم؛ اراده واژه عربی از ریشه «رَوَدَ» است. این واژه مصدر ثلاثی مزید و متعدی از باب افعال بوده که پس از اعلان قلب به دلیل أجوف واوی بودن - به این صورت در آمده است. واژه اراده در لغت به معنای خواست، میل، رغبت، عزم و تصمیم آمده است.^۱ همچنین اراده در مفهوم اصطلاحی عبارت از نوعی عمل نفسانی توأم با شعور است که به طور مستقیم منشأ بروز یک رفتار می‌شود.^۲ ریشه اختلاف میان موافقان و مخالفین مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی از همین مؤلفه آغازین اهلیت جنایی یعنی (اراده) شروع می‌شود، مخالفین معتقدند - هر چند تحلیل اهلیت اشخاص حقوقی برحسب تصور آنچه دارا شدن حق و تکلیف نامیده می‌شود توجیه منطقی دارد، ولی لازمه نفسانی بودن اراده در گروه فهم و جزم اندام و جوارح انسانی است، اراده قوه‌ای نفسانی است که از انگیزه بر می‌خیزد و به عمل می‌گراید و این مهم تنها از خصایص انسان است.^۳ بنا بر این، تعریف سنتی از مفهوم اراده است که مخالفان، وجود اراده و ادراک که خاص موجودات انسانی است را در اشخاص حقوقی زائل و در این راستا برای آنها اهلیت جنایی قائل نیستند. با بررسی در تعریف واژه اراده و تحلیل این مهم، یک نکته اساسی بدست می‌آید اینکه مخالفین هر چند در درک تعریف ارائه شده از واژه مذکور دچار خبط نشده‌اند، اما از این نکته غفلت ورزیده‌اند که تعریف مذکور ماهیتی فلسفی داشته و در حوزه حقوق کیفری از این حیث که محوریت مطلق را شعور انسان قرار داده است، مداخلت ندارد. هر چند پر واضح است کیفیات نفسانی خاص افعال مکلفان است و حیوانات و جمادات از این خصیصه بی‌بهره‌اند، اما در عرصه حقوق کیفری، اراده به فعل و انفعال ذهنی مرتکب اطلاق می‌گردد که با واسطه هم می‌تواند محقق شود.^۴ غفلت ورزیدن از این مفهوم مهم و طبع فردمدارانه حقوق کیفری سنتی سبب گردید حتی موافقان به مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی

1. Ba'albaki, Munir; Ba'albaki, Rohi, «AL-Mawrid Dictionary, Lebanon, Dar E-1-Ilm, Lilmalayix, 1999, p. 98.

۲. ثروت، جلال، نظریه الجرمه المتعدیه القصد، النشر الثالث، مصر، دارالمعارف، ۱۹۶۵ م، ص. ۶۰.

۳. کندی، یعقوب، رسائل، جلد ۱، النشر الاول، مؤسسه البلاغ، قاهره، ۱۳۶۹ ق، ص. ۱۷۵.

۴. عبداللهی، اسماعیل، درس‌هایی از فلسفه کیفری: درآمدی بر مسئولیت کیفری بدون تقصیر در نظام‌های

حقوقی ایران و انگلستان، چاپ اول، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۳، ص. ۱۴۰.

نظریه نیابتی بودن^۱ مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را ایراد نمایند. به موجب این نظریه انتساب عناصر روانی و مادی جرم به شخص حقوقی، عاریه‌ای بوده و شخص حقوقی عناصر دوگانه مذکور را از اعضا و کارکنان خود که همانا اشخاص انسانی هستند وام می‌گیرد.^۲ اما واقع مطلب آن است که در عرصه حقوق کیفری بر اساس آنچه پیش‌تر از مفهوم اراده یعنی بهره‌مندی از عملکرد صحیح در نیروی تعقل و برخاستن رفتار جزایی از قوه تشخیص و تمییز، بیان شد، نمی‌تواند بر حسب مسئولیت نیابتی توجیه گردد. هر چند صحیح است که تعلق اراده تنها خاص انسان مکلف است، اما همان‌طور که آمد این تعلق می‌تواند مستقیم یا با واسطه اعمال گردد، مفهوم اراده در اهلیت جنایی اشخاص حقوقی بدان معنا نیست که چون انتساب ارکان مادی و روانی جرم از شخص حقیقی گرفته شده است، بنابراین هرگاه اشخاص حقیقی مجری اعمال اشخاص حقوقی در اثنای انجام وظیفه یا به سبب آن مرتکب جرم شدند شخص حقوقی از نظر کیفری مسئول باشد، زیرا پیامد ناگوار این نظریه گسترش نامعقول مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را بدنبال دارد، همچنین اگر هر یک از اعضای آن، جرمی را که در راستای انجام وظیفه - هر چند خودسرانه و بدون مجوز - مرتکب شوند، شخص حقوقی را مسئول می‌سازد.^۳ از این رو باید معتقد بود که هر چند اراده شخص حقوقی تنها با اراده شخص حقیقی به حرکت می‌افتد ولی شخص حقوقی خود دارای اراده مشترک خاصی است که مستقل از اراده اشخاص حقیقی که به عنوان شریک یا مسئول آن را به وجود آورده و اداره می‌کنند، می‌باشد. پس زمانی که یک شخص حقوقی تصمیمی می‌گیرد که جنبه جزایی دارد، در حقیقت قصد مجرمانه و اراده انحرافی خود را ابراز کرده و این امر به طور کامل اعتباری و امکان‌پذیر است.^۴ از طرفی، نمی‌توان مدیران را به طور مطلق مرکز عصبی و فرمان شخص حقوقی دانست و احراز ارکان جرم در وی را به شخص حقوقی هم نسبت داد، زیرا در خصوص شرکت‌ها و اشخاص حقوقی بزرگ و غیر متمرکز، این تئوری با چالش‌های زیادی مواجه خواهد شد. چرا که در ساختار این گونه اشخاص حقوقی، مدیران یا هیأت مدیره اغلب برخی از وظایف خود را به بخش‌ها و واحدهای دیگر تفویض می‌نمایند. در نتیجه و در عمل، بسیاری از تصمیمات و اقدامات مهم توسط مدیران میانی و متوسط صورت می‌پذیرد که در صورت مجرمانه بودن، با توجه به تضییق این دکترین، مسئولیتی متوجه شخص حقوقی

1. Vicarious Liability

۲. حسنی، محمود نجیب، النظریه العامه للقصود الجنایی، النشر الرابع، القاهره، دارالنهضة العربیه، ۱۹۷۴ م، ص. ۵۶۰.

۳. حسین جانی، بهمن؛ مظاهری تهرانی، مسعود، اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری، چاپ اول، انتشارات مجد، ۱۳۸۹، صص. ۱۱۱-۱۱۰.

۴. صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، چاپ اول، تهران، انتشارات طرح نو، ۱۳۸۲، ص. ۵۹۹.

نخواهد نمود.^۱ از سوی دیگر رابطه مستقیم افراد انسانی مجری اعمال شخص حقوقی، هیچ‌گاه نمی‌تواند دلیل اصلی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی باشد. بنابراین نمی‌توان گفت اگر اعمال شخص حقوقی توسط اشخاص حقیقی میانی و متوسط صورت گیرد، مسئولیتی متوجه شخص حقوقی نیست. آنچه اهمیت دارد اجرای اعمال شخص حقوقی توسط افراد انسانی دارای مجوز است، نه مستقیم یا میانی بودن مدیران. بنابراین باید پذیرفت: اراده مستقل اشخاص حقوقی گاه از رهگذر خط و مشی‌ها و سیاست‌های آن به منصف ظهور می‌رسد که در این چارچوب، افراد تا حد زیادی، فردیت خود را از کف داده و مجذوب سیستم و فرهنگ حاکم بر شخص حقوقی می‌شوند. فرهنگ در شخص حقوقی به منزله شخصیت در انسان است و بر پایه آن، می‌توان به درک واقع بینانه‌ای از اهلیت جنایی دست یافت. برای مثال اگر بر حسب مصوبه هیأت مدیره یک شرکت خدماتی قسمتی از معبر عمومی به جهت انجام پروژه سیم‌کشی حفر شده و بدون قرار دادن علائم هشداردهنده در شب و قصور در این زمینه شخص عابری در چاله افتاده و آسیب ببیند، شخص حقوقی از حیث عدم رعایت موازین فنی مسئولیت کیفری خواهد داشت. در اینجا آنچه سبب پیدایش اهلیت جنایی در بادی امر می‌گردد، اراده جمعی و مستقل از اراده شخصی اشخاص حقیقی بوده که سبب پیدایش مسئولیت کیفری آنها گردیده است. با این بیان، رویکرد اخیر، مترصد تبیین این مهم است که گاه، نه تصمیم یک فرد، که نگرش سیاست، قواعد، شیوه و در یک کلام فرهنگ شخص حقوقی نقض قانون را هدایت نموده و به آن دامن می‌زند؛ فرهنگی که احراز آن با رجوع به اساسنامه، صورت جلسات، مشروح مذاکرات، مکاتبات و قواعد رسمی شخص حقوقی میسور خواهد بود.^۲ به علاوه، اصل بر استقلال شخصیت حقوقی و ارکان آن است، یعنی باید پنداشت اشخاص حقوقی شخصیتی مستقل از شخصیت شرکا دارند و لازمه پذیرش این اصل آنست که بپذیریم اشخاص حقوقی در هر حال استقلال شخصیتی از هر لحاظ دارند.^۳ بنابراین اشخاص حقوقی همانند اشخاص حقیقی دارای اراده هستند، با این تفاوت که اراده جمعی در آنها جایگزین اراده فردی در آنها می‌شود. در نظام عدالت کیفری ایران که تا قبل از قانون مجازات جرایم رایانه‌ای (مصوب ۱۱ بهمن ۱۳۸۸) مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی به طور پراکنده در مقررات پیش‌بینی^۴ اما به نحو رسمی در قانون مجازات شناسایی نشده بود، تا اینکه به موجب قانون مجازات

۱. حسنی، محمدحسن، «مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۴، ص. ۷۹.

۲. شریفی، محسن؛ و دیگران، منبع پیشین، ص. ۱۳۱.

۳. ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، جلد ۱، چاپ بیست و یکم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۹۱، ص. ۱۴۳.

۴. برای مثال ر.ک. به ماده ۴ قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی، ماده ۱۰۹ از قانون تأمین اجتماعی، ماده ۷۶ از قانون نظام صنفی.

اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و در ماده ۱۴۳ از آن قانون، به نحو اجمال و آن هم در باب شرایط مسئولیت کیفری، قانون گذار ضمن اصل قراردادادن مسئولیت شخص حقیقی، شخص حقوقی را با دو پیش فرض واجد مسئولیت کیفری شناخت. اول آنکه نماینده قانونی شخص حقوقی مرتکب جرم شده باشد و دوم آنکه جرم به نام یا در راستای منافع آن محقق گردیده باشد، بر همین اساس برخی معتقد به این نظر هستند که چون قانون گذار در مسئولیت کیفری اصل را بر مسئولیت شخص حقیقی قرار داده است، بنابراین می توان گفت با وقوع بزه، شخص حقوقی مجرمیت خود را از شخص حقیقی کسب می کند.^۱ این دسته در واقع معتقدند مسئولیت کیفری در قانون مجازات اسلامی مسئولیتی کمانه ای یا عاریتی است. اما همان طور که پیش تر آمد، این نظریه با روح قانون و تعدیل نظریه مسئولیت کیفری نیابتی نمی تواند کارآمد باشد. اصل قرار دادن مسئولیت کیفری شخص حقیقی از بایسته های حقوق کیفری است، زیرا قانون گذار این فرضیه را مفروض دانسته که اهداف مؤسسات و شرکتهای حقوقی، مشروع و در جهت کارآمد ایجاد گردیده اند، بنابراین تا یک عامل حقیقی مانع آن نگردد جرمی هم بوقوع نمی پیوندد، این نظریه که یک اصل مورد قبول در عموم نظام های عدالت کیفری است،^۲ به منزله عاریتی بودن مسئولیت اشخاص حقوقی نمی باشد. این مهم از دنباله ماده ۱۴۳ نیز قابل فهم است، زیرا در انتهای ماده قانون گذار میان مسئولیت کیفری اشخاص حقیقی و حقوقی به نحوی تهاافت قائل شده و این به منزله عدم تلازم میان مسئولیت کیفری شخص حقیقی و حقوقی است. بر همین اساس ممکن است در مواردی شخص حقوقی مسئولیت کیفری داشته باشد، بدون پیوست به مسئولیت کیفری شخص حقیقی. برای مثال می توان به موردی اشاره کرد که نهاد شهرداری به موجب حفر گودال بدون قرار دادن علائم هشدار دهنده سبب سقوط عابر و مصدوم گشتن وی در شب شده باشد. در این مورد شخص حقوقی که جرم در راستای وظایف ذاتی وی انجام شده مسئولیت کیفری از حیث پرداخت دیه را بر عهده خواهد داشت. البته این امر مشروط بر آن است که قصوری متوجه شخص حقیقی نبوده باشد. زیرا در این گونه موارد جرم بر حسب تصمیمات و سیاست های شخص حقوقی به وقوع پیوسته است. این موارد در نظام های حقوقی انگلستان، اسکاتلند و استرالیا به درستی مورد تحلیل قرار گرفته اند.^۳ بنابراین شخص حقیقی در این مورد به همراه شخص حقوقی مسئولیت کیفری نخواهد داشت. همچنین در مواردی که شخص حقیقی به عمد و بدون در نظر گرفتن منافع شخص حقوقی مرتکب جرم شود،

۱. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، چاپ سی و هشتم، نشر میزان، ۱۳۹۴، ص. ۶۶.

۲. فرج اللهی، رضا، منبع پیشین، ص. ۴۸.

۳. همان، ص. ۵۴.

مسئولیت کیفری تنها متوجه شخص حقیقی است نه شخص حقوقی. از همین رو قانون گذار اجتماع میان مسئولیت کیفری این دو شخص را تکلیفی ندانسته است. این در حالی است که اگر مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی کمانه‌ای یا عاریتی باشد، باید در هر مورد اشخاص حقیقی و حقوقی به اجتماع مسئولیت کیفری داشته باشند، یعنی نمی‌توان فرضی را تصور نمود که شخص حقوقی مسئولیت کیفری داشته باشد ولی شخص حقیقی مسئولیت کیفری نداشته باشد. ولی همان‌طور که در مثال پیشین آمد، این فرض در همه موارد قابل پذیرش نیست. از این رو در تبصره ماده ۱۴ و ماده ۲۰ از قانون مجازات اسلامی، قانون گذار مجازات استقلالی برای اشخاص حقوقی در نظر گرفته است، که این امر می‌تواند حاکی از پذیرش قانون گذار از نظریه مسئولیت کیفری استقلالی بر پایه اراده جمعی در اشخاص حقوقی باشد. لازم به ذکر است قانون گذار در تبصره ماده ۱۴ از قانون مجازات اسلامی، از حیث چگونگی انتساب مسئولیت کیفری به شخص حقوقی از قاعده موجود در ماده ۱۴۳ تبعیت نموده است. زیرا تبصره ماده ۱۴ در مقام احراز رابطه علیت میان رفتار شخص حقوقی که می‌تواند ناشی از رفتار نماینده قانونی شخص حقوقی به نام یا در راستای منافع آن با خسارت وارد شده باشد. ممکن است جایگاه نامناسب این تبصره شائبه ایجاد مدلی جدید از مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی را در ذهن ایجاد نماید، در حالی که باید پذیرفت این شرط در کنار سایر شروط ماده ۱۴۳ قرار می‌گیرد. زیرا همواره احراز رابطه علیت در کنار سایر ارکان مسئولیت کیفری، از بایسته‌های حقوق کیفری است.^۱

تا پیش از تصویب این قانون رویه قضایی ایران معتقد بود که چون اشخاص حقوقی دارای شعور نبوده و فاقد اراده مستقل از اشخاص حقیقی متصدی آنها می‌باشد، انتساب جرم به اشخاص حقوقی غیرممکن بوده و نمی‌توان مسئولیت کیفری را متوجه آنها دانست.^۲ هر چند قانون گذار در قوانین مختلف اقدام به وضع مجازات‌های خاص برای اشخاص حقوقی نموده بود، اما عدم تبیین بایسته‌های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در آن قوانین و طبع فردمدارانه نظام عدالت کیفری ایران تا قبل از تصویب قانون مجازات جرایم رایانه‌ای در بعد مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، مانع پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی به عنوان یک قاعده شده بود.^۳ هر چند تبیین مناسب‌تر ارکان مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی توسط قانون گذار به علت تولد این

۱. اردبیلی، محمدعلی، منبع پیشین، ص. ۷۲.

۲. معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، مجموع نشست‌های قضایی، مسائل قانون مجازات اسلامی، انتشارات معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۸۲، صص. ۱۶۴-۱۶۶. همچنین نظریه ۶/۴۵۳۷ مورخ ۱۳۸۴/۲/۳ اداره حقوقی.

۳. اردبیلی، محمدعلی، منبع پیشین، ص. ۵۸.

نهاد نوظهور امری لازم و ضروری است، اما شتابزدگی قانون‌گذار و تعجیل در به رسمیت شناختن این مهم بدون تبیین بایسته‌ها، ریشه چنین اختلاف نظرهایی را می‌پروراند. همچنین وجود اراده مستقل در اشخاص حقوقی همچنین سبب می‌شود ارتکاب جرم از سوی اشخاص حقیقی در هر حال سبب مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی نگردد. قانون‌گذار با پیش‌فرض قرار دادن این نکته که جرم باید به نام یا در راستای منافع شخص حقوقی باشد، بر این نکته تأکید نموده که اراده جمعی در واگذاری مسئولیت به نماینده یا نمایندگان قانونی خود، نشأت گرفته از یک اراده جمعی است که هدف شخص حقوقی بوده است.

بنابراین اقدامات خودسرانه اشخاص حقیقی، رفتارهای شریانه و برخلاف اهداف مشروع شخص حقوقی توسط مدیران و مانند این موارد، بر خلاف تئوری مسئولیت نیابتی، مسئولیت کیفری برای شخص حقوقی به بار نخواهد آورد. در جهت تحلیل بهتر موضوع، لازم است به تحلیل مؤلفه‌های اساسی اراده در مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی پرداخته شود.

اراده نیرویی است که با جمع مؤلفه‌های ضروری، شخص را (اعم از حقیقی و حقوقی) بر انجام رفتار یا بیان گفتاری توانا می‌سازد؛ این نیرو در اشخاص حقیقی در غالب اندیشه معینی است که در نتیجه عملکرد ذهنی آگاه و همراه با عناصر و ویژگی‌های بایسته مربوط تحقق پذیرفته و در اشخاص حقوقی هم حاصل تفکر جمعی است که به شخص واحد یا اشخاص معین در غالب رئیس یا نماینده قانونی و یا هیأت مدیره تفویض می‌گردد. حقوق دانان با تحلیل روانی اراده، مراحل چهارگانه‌ای را در فرآیند تکوین عمل ارادی نام می‌برند.^۱ ادراک، سنجش، خواست درونی و تنفیذ (مرحله اجرای تصمیم). در ادامه به تحلیل مهم‌ترین مؤلفه یعنی «ادراک»^۲ می‌پردازیم: ادراک مصدر باب افعال و در فارسی به معنای دریافتن آمده است.^۳ چنانچه کسی که چیزی را ببیند و اطراف آن را مشاهده کند، در حقیقت آن چیز را درک کرده است.

ابن‌سینا «اخذ و حصول صورت مُدرک نزد مُدرک» را ادراک نامیده است.^۴ از منظر علم حقوق، مرحله ادراک یا تصور، نخستین گام در اتخاذ تصمیم و سنگ زیرین بنای رفتار ارادی است. در حقیقت، ارتکاب هیچ رفتار ارادی، پیش از تصور موضوع آن

۱. ولایی، عیسی، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، چاپ سوم، نشر نی، ۱۳۸۳، صص. ۵۲-۵۳.

2. Conception

۳. سجادی، سیدجعفر، فرهنگ اصطلاحات فلسفی، کلامی، منطقی، چاپ اول، انتشارات انجمن اسلامی حکمت و فلسفه ایران، تهران، ۱۳۶۱، ذیل واژه ادراک.

۴. جهامی، جیرار، موسوعه مصطلحات ابن‌سینا (شیخ‌الرئیس)، الطبعة الأولى، لبنان، مکتبه لبنان ناشرون، ۲۰۰۴ م، صص. ۱۲۲.

ممکن نیست. به همین دلیل نیز از منظر قانونی، رفتار ناخواسته یا ارتكابی از سوی شخص فاقد درک و شعور، ارادی تلقی نمی‌شود.^۱ ادراک که گاه از آن به قوه تمییز نیز تعبیر می‌شود، به توانایی خاصی در شخص اطلاق می‌گردد که تشخیص ماهیت رفتار ارتكابی^۲ و تبعات جزایی و آثار اجتماعی آن را برای وی ممکن می‌سازد.^۳ در واقع ادراک شخص را قادر می‌سازد که نسبت به اشیاء و امور علم حاصل کند و آنها را بشناسد. این عنصر شخص را در خصوص احاطه به امور و وقایع و نیز فهم ماهیت‌های حسی، شناخت معانی و مفهوم‌های ذهنی قادر می‌سازد؛ به گونه‌ای که می‌تواند میان آنها تمییز و تشخیص داده و نسبت به پیامدها و نتایج آنها واقف گردد. این مفهوم در رابطه با اشخاص حقیقی با بلوغ جسمی و رشد عقلی حسب تحدید قانونی شکل می‌یابد. به این ترتیب، شخصی که قادر به تشخیص ماهیت رفتار ارتكابی خود همچون قتل یا سرقت و نتایج طبیعی آن، مثلاً از هاق روح انسان یا استیلا بر مال غیر، و نیز تبعات اجتماعی مترتب بر آن به اعتبار ممنوعیت قانونی باشد، از منظر حقوق کیفری واجد ادراک تلقی می‌گردد.^۴ (ادراک) در رابطه با اشخاص حقوقی و به موجبات تألیفات حقوق کیفری، به درستی مورد تحلیل قرار نگرفته است، شاید علت را بتوان غامض بودن بحث و نوین بودن آن دانست. با این حال این مهم را می‌توان این گونه تحلیل نمود که قوه تمییز و تشخیص که از آن به ادراک یاد می‌شود، در اشخاص حقوقی شرایط عام تکلیف نیست، بلکه مراتب به مفهوم حرکت در مسیر صحیح و منافع شخص حقوقی است، لذا خروج از اهداف مشروع در تأسیس شخص حقوقی را می‌توان به منزله خروج شخص حقوقی از ادراک معتبری دانست که قانون‌گذار به شخص حقوقی اعطا نموده است. بنابراین بر اساس همین امر است که در لایحه قانونی ۱۳۴۷ قانون تجارت در بند ۱ ماده ۱۹۹، این امر از موجبات انحلال شخص حقوقی دانسته^۵ شده و قانون‌گذار فرض را بر این قرار داده که اشخاص حقوقی اگر به عمد یا در اثر قصور از اهداف مشروع خود تغییر جهت دهند و به سمت و سوی اهداف نامشروع حرکت نمایند، قوه تمییز در اداره امور خود را از دست می‌دهند. در جهت تحلیل بهتر موضوع می‌توان قیاسی میان اشخاص حقیقی و حقوقی در این جهت ارائه نمود؛ قانون‌گذار ادراک را تحت شرایطی به اشخاص حقیقی و حقوقی اعطا می‌نماید که با احراز خلاف این شرایط، ادراک یا همان قوه تمییز یا تشخیص از اشخاص مذکور،

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۶ چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۶، ص. ۲۱۳.

2. The nature of act

۳. الزلمی، مصطفی ابراهیم، المسؤولية الجنائية فی الشريعة الاسلامیه، النشر الاول، بغداد، مطبعه الأسد، ۱۹۸۱م، ص. ۶۱.

4. Johnson, Conrad, Philosophy of Law, New York, McMillan Publishing Company, 2009, p. 680.

۵. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت شرکت‌های تجاری، جلد دوم، چاپ ششم، انتشارات سمت، ۱۳۸۹، ص. ۲۳۳.

سلب می‌گردد. برای مثال قانون‌گذار این طور فرض نموده که شخص بعد از سن ۹ سال دارای ادراک می‌گردد، مگر آنکه وی دچار عارضه جنون یا بیماری‌های روانی گردد. یا آنکه برحسب دلایل پزشکی ادامه عدم وجود قوه تمییز در شخص محرز گردد. در اشخاص حقوقی نیز قانون‌گذار قبل از اعطا اهلیت تشکیل، شرایط قانونی را بررسی می‌کند که اگر شخص حقوقی آن شرایط را داشته باشد، قانون‌گذار وی را دارای صلاحیت دانسته و با اذن در تشکیل شخص حقوقی در غالب مؤسسات، شرکت‌ها و سایر تشکیلات موجود، اهلیتی را در شکل تشکیل شخص حقوقی به آنها بر پایه اینکه توانایی تشخیص و حرکت در مسیر از پیش تعیین‌شده و مفید خود را دارند، اعطا می‌نماید. حال اگر شرکت یا شخص حقوقی در هر غالب از مسیر تعریف شده خود در جهت خلاف حرکت کند یا اینکه اساساً و از بطن و متن متقابلانه تشکیل شده باشد و قانون‌گذار هم بعداً متوجه این موضوع گردد، فرض موجود مبنی بر قدرک ادراک و تمییز در هدف ارائه‌شده را از اشخاص مذکور پس گرفته و به نحوی این مزیت از پیش اعطا شده را از آنها سلب و دیگر موجودیتی برای آنها قائل نیست. بنابراین توضیحات، ادراک، در اشخاص حقیقی به منزله قوه تمییز و تشخیص در ماهیت رفتار ارتكابی است،^۱ و در اشخاص حقوقی حرکت در مسیر منافع و اهداف مشروعی است که شخص حقوقی در جهت آن اهداف تشکیل شده است. بر این پایه، قانون‌گذار در تبصره ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی هیچ‌گاه اجازه مجازات شرکت‌ها و مؤسسات دولتی یا عمومی غیردولتی در مواردی که اعمال حاکمیت می‌کنند را نداده است. زیرا فرض را بر آن قرار داده که ادراک از مؤسسات مذکور به لحاظ گستره انجام وظیفه و حرکت در مسیر از پیش تعیین‌شده بر اساس نظارت‌های حاکمیتی سلب نخواهد شد. به علاوه اصل اقتدار در امور اعمال حاکمیت اقتضا دارد فعالیت‌های مربوط در این زمینه متوقف نشده و با انحلال اشخاص حقوقی غیردولتی، فعالیت‌های مملکتی مختل نگردد.^۲ همچنین با بررسی مفهوم مخالف این تبصره این گونه برداشت می‌شود که مجازات اشخاص حقوقی دولتی و یا عمومی غیردولتی در مواردی که اعمال حاکمیت نمی‌کنند، به لحاظ خروج موضوعی از نظارت‌های حاکمیتی بر این دسته از اشخاص و امکان اثبات خلاف فرضیه مذکور، ممکن خواهد بود. زیرا در مقابل اعمال تصدی، وجه دیگر - فعالیت مؤسسات و بنگاه‌های دولتی به شمار می‌رود. در اینجا، نهادها وظیفه تصدی اداره و بهره‌برداری از اموال جامعه را بر عهده دارند و مانند اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی عمل می‌کنند.^۳ هر چند تبصره ماده ۲۰ دارای فلسفه‌های تقنینی دیگری می‌باشد. از جمله آنکه؛ مؤسسات دولتی - عمومی، یا اشخاص حقوقی متکفل اعمال تصدی حاکمیتی وظیفه تأمین منافع جمعی و آسایش

1. Wells, Celia, Corporation and Criminal Liability, Oxford University, 2001, p. 95.

2. Johnson, Conrad, op. cit., p. 87.

۳. اردبیلی، محمدعلی، منبع پیشین، ص. ۶۴.

جامعه و نیز تعقیب مجازات بزهکاران را داشته و بر این اساس نهادهای قدرت نمی‌توانند خود را مجازات کنند، یا اینکه کیفر دولت اساساً عبث و بی‌مفهوم است، زیرا اگر این مجازات جریمه باشد، در عمل مبلغی از خزانه عمومی کسر گردیده و مجدد به آن واریز می‌شود که این اقدام بیهوده، معنایی جز جیب به جیب کردن پول دولت ندارد.^۱ یا اینکه، مجازات دولت موجب اختلال در خدمات‌رسانی به آحاد جامعه و باعث افزایش بار مالیات‌دهندگان خواهد شد. ولی با ملاحظه تمامی دلایل ایرادشده در مقام رد فرضیه مجازات اشخاص حقوقی دولتی یا عمومی غیردولتی در موارد اعمال حاکمیت - یک نکته مشترک بدست می‌آید و آن این است که قانون‌گذار فرض خروج شرکت‌های مذکور از مسیر تعیین‌شده که مبتنی بر ادراک آنها در انجام خدمات عمومی است که در موارد اعمال حاکمیت را نپذیرفته است.^۲ لذا گفته می‌شود اشخاص حقوقی حقوق عمومی، به ویژه دولت و نهادهای دولتی که متکفل اعمال حاکمیت هستند، از قلمرو مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی خارج هستند.^۳ بنابراین باید پذیرفت که ذهن و روان و ادراک سازمان‌ها و اشخاص حقوقی با ذهن و قوه عاقله و تمییز (ادراک) اشخاص حقیقی کاملاً متفاوت است.^۴ حقوق کیفری نمی‌تواند با همان معیاری که مسئولیت کیفری اشخاص حقیقی را می‌سنجد، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را هم توجیه نماید، همچنین بی‌تفاوتی در تحلیل ارکان اهلیت جنایی، ثمره‌ای جز تزلزل در مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را نخواهد داشت. این مهم با توجه به الحاق ایران به کنوانسیون بین‌المللی مبارزه با فساد مصوب ۱۳۸۷، اهمیت دو چندان خود را بیش‌تر نمایان می‌سازد، زیرا به موجب ماده ۲۶ از قانون مذکور، هر کشور عضو مکلف گردیده است طبق اصول حقوقی خود اقدامات لازم در جهت تبیین مسئولیت اشخاص حقوقی را به انجام رساند. به علاوه اشخاص حقوقی به لحاظ در دست داشتن وسایل و منابع مفید در مقام مقایسه با اشخاص حقیقی به مراتب برای جامعه ایجاد خطر بیشتری می‌نمایند. این مهم ایجاب می‌کند که مسئولیت آنان بر پایه معیاری متمایز و در عین حال موسع‌تر از معیار تبیین ارکان مسئولیت کیفری اشخاص حقیقی بنیان گذاشته شود. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ایران نیز بر همین پایه در ماده ۲۰ خود مصونیتی خاص برای اشخاص حقوقی دولتی و عمومی غیردولتی در موارد اعمال حاکمیت از حیث اعمال مجازات را در نظر گرفته است. همچنین به موجب نظریه‌ای که پیش‌تر بیان گردید، صدور

۱. استفانی، گاستون؛ لواسور، ژرژ؛ بولک، برنارد، حقوق جزای عمومی، چاپ سوم، انتشارات دانشگاه علامه

طباطبایی، ۱۳۸۳، ص. ۴۰۳.

۲. آقای جنت‌مکان، حسین، حقوق کیفری عمومی، جلد دوم، چاپ سوم، انتشارات جنگل، ۱۳۹۲، ص. ۲۰.

۳. اردبیلی، محمدعلی، منبع پیشین، ص. ۶۴.

4. Wells, Celia, op. cit. , p. 94.

حکم انحلال شخص حقوقی نیز زمانی است که شخص حقوقی برای ارتکاب جرم بوجود آمده یا با انحراف از هدف مشروع نخستین که سبب تشکیل آن شده است، فعالیت خود را در جهت ارتکاب جرم تغییر داده باشد، این مهم بر این علت است که ادراک در مفهومی که برای اشخاص حقوقی بیان گردید، زائل گردیده است، هر چند این انحلال می‌تواند به دلیل اهمیت رفتار مجرمانه‌ای که شخص حقوقی مرتکب گردیده هم، تلقی شود. دو عامل مذکور نشان‌دهنده این است که قوه تمییز شخص حقوقی در کشف و دنباله هدف مشروع نخستین از بین رفته است. همچنین به موجب ماده ۱۴۳ از همان قانون، بقاء و دوام شخص حقوقی جهت اعمال مسئولیت کیفری افتراقی، ارتکاب جرم در راستای منافع بیان گردیده و این به منزله فرض قانون‌گذار در این جهت است که اگر اشخاص حقوقی در مسیر مشروع خود حرکت کرده و در این جهت مرتکب جرم به نام یا در راستای منافع خود شوند، مسئولیت کیفری خواهند داشت. یعنی ادراک اعطا شده از ناحیه قانون‌گذار، می‌بایست همچنان مستمر بوده باشد تا شخص حقوقی از مجازات انحلال برخوردار نگشته و ضمن حفظ ماهیت ابتدایی خود (شخصیت حقوقی) با آنها براساس سیاست‌ها و مجازات‌های افتراقی که برای اشخاص حقوقی در نظر گرفته شده است، رفتار شود. بر این اساس اگر جرم در جهت منافع شخص حقوقی که رکن رکین اراده جمعی در اشخاص حقوقی است^۱ اتفاق نیافتد، چون این عنصر در اهلیت جنایی زائل گردیده است؛ بنابراین مسئولیت کیفری از آن شخص حقیقی است. از همین رو ضمن بررسی قانون مجازات اسلامی و سیر تصویب، به نظر می‌رسد واژه «یا» در میان دو کلمه به نام و در راستای منافع آن در اواسط ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی مبتنی بر اشتباه تاپیی بوده و مقصود قانون‌گذار واژه «واو» بوده است که این گونه بیان دارد که وجود دو شرط موصوف را همانند ماده ۷۴۷ از قانون جرایم رایانه‌ای، از جمله شرایط مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی می‌داند. بنابراین شرط مذکور و ارتکاب جرم در راستای منافع، مبین مفهوم ادراک به عنوان عنصر حیاتی اراده در اهلیت جنایی اشخاص حقوقی است. به تعبیر دیگر قانون‌گذار با بیان این دو شرط، این گونه بیان داشته که شخص حقوقی ادراک و قوه تمییز در تشخیص منافع خود را دارد، بنابراین در این جهت می‌تواند به هر علت و انگیزه‌ای مرتکب جرم شود.

این شروط در سایر نظام‌های عدالت کیفری نظیر فرانسه، آمریکا، ژاپن و سوئد هم به چشم می‌خورد،^۲ شارحین نظام عدالت کیفری فرانسه در تحلیل رکن روانی جرم

1. Kealen, Berend F. and Erik Gritter, «Corporate Criminal Liability in the Netherlands», 3th ed, U.S.A, Business Media Publishing, 2011, p. 73.

۲. برای مثال در مواد ۳۷-۱۳۱ تا ۴۹-۱۳۱ قانون جزای فرانسه آمده است: «عملی که نماینده یا عامل شخص حقوقی به حساب شخص حقوقی یا در راستای منافع آن انجام می‌دهد...».

در خصوص اشخاص حقوقی معتقدند؛ وجود همین خصوصیت یعنی ارتکاب جرم به حساب شخص حقوقی و در جهت منافع آن تشکیل دهنده رکن روانی در مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی است. همچنین در نظام حقوقی ژاپن معروف به (ریو باتسو - کایتی) به عنوان یک کشور صنعتی در حوزه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، ارتکاب جرم در راستای منافع شخصی حقوقی از ضروریات مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی دانسته شده است.^۱ همچنین پیش شرط مذکور در مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در نظام حقوق انگلستان هم به چشم می خورد.^۲ از همین رو برخی حقوق دانان معتقد به این نظر هستند که موجودیت و اهلیت جنایی اشخاص حقوقی جز به اندازه‌ایی که موجودیت و اهلیت یاد شده مستلزم انجام اقدامات ضروری ویژه آنهاست، برقرار نمی باشد.^۳ معنی استدلال این است که اگر قانون گذار برای شخص حقوقی قائل به ادراک گردیده است، این ادراک، محدود به اهدافی است که می بایست شخص حقوقی در راستای تحقق آنها ایجاد شده باشد. بنابراین معقول نیست که دامنه این ادراک، برای ارتکاب جرایم گسترش یابد.^۴ پس از مرحله ادراک، نوبت به مرحله تدبیر یا اندیشیدن می رسد، در ذهن هر شخص عاقلی، تصورات مختلفی ترسیم می شود که به دنبال هم، به خاطر او می آید و هر یک با دلایل و جهاتی همراه است. این دلایل را نباید با اراده اشتباه گرفت. هر دلیل، موضوعی خارج از اراده است که پیش از آن به ذهن می رسد و تنها اثری که دارد، تصویر قدرت سنجش شخص و نمایش آثار حقوقی اقدامی است که می تواند در آینده انجام شود.^۵ در مرحله تدبیر، شخص به ارزیابی کار خود می پردازد و دواعی گوناگون را با هم مقایسه می کند تا سرانجام یکی را مهم تر و قاطع تر می یابد و برای رسیدن به آن هدف، راضی به اقدام می شود.^۶ سنجش سود و زیان کارها و اندیشیدن درباره نتایج اقتصادی و اخلاقی آنها، مقدمه گزینش نهایی داعی برتر یا هدفی است که سرانجام شخص را منصرف یا راضی به انجام رفتاری می کند. در هر شکل، توانایی سنجش برآیند منافع ناشی از ارتکاب جرم و نیز مضار احتمالی و آتی به اعتبار تحمل مجازات، مرحله اساسی در تکوین فعل ارادی است؛ به گونه‌ای که ایراد خدشه بر مؤلفه تدبیر - در نتیجه عوامل مؤثر درونی یا بیرونی - سبب حدوث موانع تحقق مسئولیت کیفری می شود و

۱. ر.ک. بخش ۲-۷ قانون ضد انحصار در کشور ژاپن، به نقل از: کیوتو، ان، «مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی

در ژاپن»، ترجمه اسماعیل عبداللهی، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۵، ۱۳۸۲، ص. ۱۸۴.

۲. شریفی، محسن؛ و دیگران، منبع پیشین، ص. ۶۷.

۳. رزق، فؤاد، الأحكام الجزائیه العامه، النشر الخامس، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۹۸م، ص. ۱۵۲.

۴. الهمشری، محمود عثمان، المسؤولیه الجنائیه عن الفعل الغيرالطبعه الأولی، بیروت، دارالفکر، ۱۹۶۵م، ص. ۳۹۵.

۵. موسوی مجاب، سید درید، منبع پیشین، ص. ۱۲۲.

۶. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص. ۲۱۴.

مراحل بعدی در مسیر تکوین فعل ارادی را با چالش اساسی روبرو می‌سازد. این مهم در اشخاص حقوقی در قالب ارتکاب جرم به نام شخص حقوقی متبلور می‌گردد، زیرا فرض بر آن است که هر رفتاری که از نام اشخاص حقوقی خارج باشد، آن رفتار مورد تدبیر شخص حقوقی قرار نگرفته است.^۱ و در جهت مخالف فرض بر این است که رفتارهایی که به نام اشخاص حقوقی ارتکاب می‌یابند، از تدبیر آنها گذر نموده است، مگر آنکه مراتب خارج از حیطه وظایف تفویضی بوده باشد. بر همین مبنا اگر اثبات شود رفتاری به نام شخص حقوقی نبوده یا آن رفتار مورد تنفیذ شخص حقوقی قرار نگرفته است، مسئولیت کیفری متوجه شخص حقوقی نخواهد بود. زیرا مؤلفه تدبیر در این زمینه وجود ندارد. این شرط نیز در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی همانند عموم نظام‌های عدالت کیفری جهان پیش‌بینی شده است.

بنابراین باید بیان نمود: اگر رفتاری مورد تنفیذ شخص حقوقی در قالب ارتکاب جرم به نام وی صورت نگرفته باشد، اراده تنها در حد نیت مجرد باقی مانده و در نتیجه از چارچوب اهلیت جنایی نیز خارج می‌گردد. در مجموع ملاحظه گردید که تکوین رفتار ارادی، مستلزم وجود مؤلفه‌های اساسی چند است. در اینجا است که باید گفت: ایراد خلل به هر مرحله از مراحل یاد شده، رفتار ارادی را از معنای واقعی خویش دور می‌سازد. در ادامه نوبت به تحلیل دیگر عنصر اهلیت جنایی یعنی آگاهی می‌باشد که در ادامه به بررسی آن خواهیم پرداخت.

۲-۱. تحلیل مفهوم آگاهی^۲ در اشخاص حقوقی

مؤلفه دوم اهلیت جنایی، توانایی شخص بر فهم ماهیت رفتار خویش و ارزیابی نتایج مترتب بر آن است.^۳ این توانایی، باید بر نفس عمل ارتكابی و ارزیابی نتایج طبیعی آن تعلق یابد.^۴ در نظام‌های مختلف عدالت کیفری و بر اساس معیارهای متفاوت حقوقی، بهره‌مندی از نیروی آگاهی برای مسئول دانستن فرد در پیشگاه قانون امری کاملاً ضروری انگاشته شده است.^۵ بنابراین هر شخصی که نسبت به ماهیت افعال و نتایج آن آگاه است، از مشروعیت یا عدم مشروعیت آنها نیز آگاه است؛ به هر شکل، مسئولیت کیفری بر همین اساس، توجیه می‌شود. در هر شکل، آگاهی عبارت است از حالت ذهنی مشخصی که در آن، وظیفه طبیعی برای قوای عقلی شکل می‌پذیرد؛

1. Heart, H.L.A, «Responsibility and Retribution», in: Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law, New York, Oxford University Press, 2008, p. 645.
2. Awareness

۳. کمال الدین، امام محمد، منبع پیشین، ص. ۲۰۹.

۴. عوض، عوض محمد، منبع پیشین، ص. ۳۹.

۵. همان، ص. ۴۳۹.

به‌گونه‌ای که آشکار می‌شود این نیروها به شکل صحیحی عمل می‌کنند. در اصطلاح حقوقی نیز آگاهی عبارت است از وضعیت ذهنی سالمی که در نتیجه عملکرد قوای عقلی سالم، شخص را نسبت به شناخت از خود و همچنین محیط پیرامون به شکلی موافق با واقعیت‌های قانونی - قادر می‌سازد.^۱ تحلیل مفهوم آگاهی در رابطه با اشخاص حقوقی بر اساس آنچه از معنی آگاهی بیان شد، کمی پیچیده جلوه می‌نماید، زیرا از یک سو اشخاص حقوقی بر خلاف اشخاص حقیقی مقاطع مختلفی از زندگی را پشت سر نمی‌نهند که بگوییم مراحل فهم واقعی در آنها به شکل آگاهی یافتن تکوین می‌یابد و از سوی دیگر سلول‌های مغزی به معنای مادی در اشخاص حقوقی وجود ندارد. با این حال، آنچه از اندک پژوهش‌های موجود در این حوزه به دست می‌آید آن است که آگاهی در رابطه با اشخاص حقوقی به نحوه عملکرد رکن اصلی کارکرد شخص حقوقی که همان مدیر یا نماینده قانونی وی است باز می‌گردد.^۲ در جهت تحلیل مناسب‌تر موضوع و تهافت آن با عنصر پیش‌تر بیان شده یعنی «تدبر» و تنفیذ، باید این طور بیان داشت که شخصیت حقوقی همان طور که گفته شد از اجتماع گروه‌ها، جمعیت‌ها و انجمن‌هایی است که بر اساس حقوق کیفری و تکالیف مشترک بر حسب مقررات قانون تشکیل شده‌اند - این نهاد در پی اهدافی است که آن اهداف موجبات تشکیل آن را ایجاد نموده است.^۳ بر این اساس شخصیت حقوقی پس از ایجاد، در جهت پیشبرد اهداف خویش، مسئولیت انجام کار را در دست هیأتی تحت عنوان هیأت مدیره یا نماینده قانونی که می‌تواند مدیر عامل یا جانشین وی باشد می‌سپرد. شخص یا اشخاص مذکور می‌بایست در چارچوب اهداف شرکت و اختیارات تفویض شده گام برداشته و تصمیمات خود را بر آن اساس استوار سازند،^۴ زیرا آگاهی شخصیت حقوقی در آغاز تشکیل و وظایف سپرده شده به عضو یا اعضای تشکیل دهنده که همانا به مفهوم شناخت از خود و محیط پیرامون تلقی می‌شود و از آن می‌توان به مفهوم «آگاهی» یاد نمود، دایره مدار همان وظایف تفویض شده است. حال اگر نماینده قانونی یا مدیر شخص حقوقی از این چارچوب و وظایف تفویض شده تخطی نموده و مرتکب رفتار مجرمانه گردد، چون شخص حقوقی آگاهی لازم به مفهوم درک صحیح از ماهیت نتایج رفتار ارتكابی مدیر متخلف را نداشته است، مسئولیت کیفری متوجه شخص حقیقی است نه شخص حقوقی. زیرا آگاهی شخص حقوقی در دایره وظایف سپرده شده به نماینده خود

۱. عوجی، مصطفی، القانون الجنایی العام، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، بیروت، مؤسسه نوفل، ۱۹۸۵ م، ص. ۵۰.

2. Tadros, Victor, Criminal Responsibility, London, Oxford University, 2005, p. 384.

۳. اسکینی، ربیعا، منبع پیشین، ص. ۴۹.

۴. قناد، فاطمه؛ و دیگران، «مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حال تصفیه»، مجله حقوقی دادگستری، شماره

۹۱، ۱۳۹۴، ص. ۴۱.

و مسائلی پیرامون آن وظایف از پیش سپرده شده، خلاصه می‌گردد. پس در مفهوم تدبیر لازم است لاجرم جرم به نام شخص حقوقی بوده باشد ولی در مفهوم آگاهی مسأله از دیدگاه موسع‌تر به موضوع می‌نگرد و آن این مطلب است که علاوه بر آنکه باید جرم به نام شخص حقوقی نیز بوده باشد، شرط دیگر آن است که جرم در راستای محدوده وظایف نماینده شخص حقوقی هم صورت پذیرفته باشد. برای مثال اگر شهردار به‌عنوان مدیر شخص حقوقی (نهاد شهرداری) دستور احداث بنایی را به نام شهرداری در زمین‌های متعلق به غیر در حالی صادر نماید که این امر در حیطة وظایف و اختیارات وی نبوده یا اینکه اصولاً این دستور از چارچوب مسئولیت ایشان بدون رعایت تشریفات خارج بوده است، هر چند ممکن است رفتار مذکور به نام شخص حقوقی بوده و از مرحله تدبیر هم گذر کرده باشد، اما از مرحله دیگر یعنی آگاهی شخص حقوقی و نه آگاهی مدیر یا نماینده حقوقی دستوردهنده برخوردار نیست و شخص شهردار به عنوان شخص حقیقی با جمیع شرایط می‌تواند تحت عنوان تصرف عدوانی تحت تعقیب قرار گیرد. این مؤلفه مهم در نظام عدالت کیفری ایران به فراموشی سپرده شده و به طور دقیق توسط قانون‌گذار مورد تحلیل قرار نگرفته است، هر چند در ماده ۱۴۴ قانون مجازات اسلامی علم مرتکب به موضوع جرم شرط تحقق مسئولیت کیفری است، اما به رغم اطلاق این ماده باید پذیرفت جایگاه و خواستگاه صحیح این شرط در رابطه با اشخاص حقیقی است، زیرا در غیر این صورت قانون‌گذار در ماده ۱۴۳ شرایط مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی از اشخاص حقیقی را متمایز نمی‌ساخت. با این حال بر اساس مؤلفه‌های بنیادین حقوق کیفری، فقدان وصف آگاهی سبب عدم تشکیل اهلیت جزایی می‌گردد. این مهم در نظام عدالت کیفری فرانسه به درستی مورد تحلیل قرار گرفته است، به‌موجب ماده ۳۹ - ۱۳۱ قانون جزای فرانسه در مورد اشخاص حقوقی اگر عامل یا نماینده‌ای که از حدود اختیارات خود تجاوز نموده باشد، شخص حقوقی مسئولیت کیفری ندارد و مسئولیت متوجه شخص حقیقی است. زیرا در این فرض شخص حقوقی نه تنها مسئول نیست، بلکه به نوعی بزه‌دیده از جرم هم محسوب می‌شود. بر این اساس حتی اگر جرم در راستای منافع شخص حقوقی و به نام وی بوده باشد ولی خارج از آگاهی وی بر اساس آنچه پیش‌تر بیان شد باشد، باز هم مسئولیت کیفری متوجه شخص حقوقی نخواهد بود. در هر صورت ابهام‌های مذکور در قانون مجازات اسلامی در رابطه با اهلیت جنایی اشخاص حقوقی از نکاتی است که می‌بایست بر اساس آنچه در مقاله حاضر تحلیل گردید، توسط قانون‌گذار اصلاح و تکمیل گردد.

نتیجه‌گیری

مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی از جمله موضوعات پرمناقشه در همه نظام‌های حقوقی بوده است. در گذشته، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در اکثر نظام‌های عدالت کیفری در کشورهای مختلف، پیش‌بینی نشده بود. از این رو قانون‌گذاران در انتساب مسئولیت کیفری به اشخاص حقوقی دچار تردید بودند. در ابتدای ربع آخر قرن بیستم، این مسأله به صورت نظریه‌های مختلف، تنها در محافل علمی جایگاه خود را پیدا کرده بود. تا اینکه پس از آن به موجب ضرورت‌های اجتماعی و ایجاد تحول در بنیان‌های نظری حقوق کیفری، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی به عنوان فصل جدیدی در کنار دیگر تأسیسات حقوقی وارد متون قانونی کشورها شد. آن دسته از نظام‌هایی که در تکاپوی پذیرش این مسئولیت به سر می‌برند، ناگزیرند پاسخ‌های قانع‌کننده‌ای در برابر شبهات مطروح از سوی مخالفان در خصوص چگونگی انتساب جرم به اشخاص حقوقی داشته باشند. از جمله این موارد، چگونگی تحلیل اهلیت جنایی در اشخاص حقوقی است، زیرا در ادبیات جنایی امروز پذیرفته شده است که علاوه بر علم و معرفت نسبت به موضوع و حکم، تعلق اراده به تحقق عینی و خارجی اندیشه مخالف قانون (رفتار و تحقق نتیجه مجرمانه) نیز شرط تکوین قصد جنایی است. اساساً اهلیت جنایی که به مجموع عوامل روانی لازم برای امکان انتساب رفتار مجرمانه به فاعل اطلاق می‌شود، جز بر پایه دو رکن آگاهی و اراده استوار نمی‌شود. اهلیت جنایی، خود نیز، پیش‌شرط مسئولیت کیفری، یعنی التزام شخص به تحمل نتایج مجرمانه است. از این رو، بدون احراز اهلیت جنایی، تحقق مسئولیت کیفری میسر نخواهد بود. بر این اساس با اثبات اینکه ذهن و روان و قوه عاقله سازمان‌ها و اشخاص حقوقی با ذهن و قوه عاقله در اشخاص حقیقی بسیار متفاوت است، باید قائل به تفاوت معیارهای انتساب جرم به اشخاص حقوقی در مقابل اشخاص حقیقی بود. بنابراین حقوق کیفری نمی‌تواند با همان معیار احراز مسئولیت کیفری اشخاص حقیقی، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را توجیه کند. از آنجا که اشخاص حقوقی به عنوان قدرت‌های مدرن امروزی، بسیاری از وسایل و منابعی که برای جامعه ایجاد خطر می‌کند را در اختیار دارند و از این حیث، صدمات گسترده‌ای به منافع جامعه وارد می‌سازند، می‌بایست مسئولیت کیفری آنان نیز بر پایه معیاری متمایز و در عین حال موسع‌تر از معیار مسئولیت کیفری اشخاص حقیقی، بنیان گذاشته شود. همچنین از آنجا که جرم‌انگاری بدون توجه به مؤلفه‌های حقوق کیفری علی‌الخصوص در موضوع بحث یعنی اهلیت جنایی، تزلزل ارکان مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را به دنبال خواهد داشت، توجیه‌های

منطقی و اصولی و تفسیر دقیق از اهلیت جنایی و ارکان آن در اشخاص حقوقی از ضروریات حقوق کیفری به شمار می‌رود. بر همین اساس در مقاله حاضر با تحلیل عناصر اهلیت جنایی به عنوان پیش شرط مسئولیت کیفری و لزوم پذیرش این مهم برای مسئول دانستن اشخاص حقوقی، مشخص شد که ارکان این مهم (اهلیت جنایی) به طور خلاصه به نحو داده‌های ذیل تحلیل می‌گردند. اراده به عنوان یک مؤلفه اساسی در اهلیت جنایی، به فعل و انفعال ذهنی اطلاق می‌گردد که در اشخاص حقوقی در غالب تفکر و اراده جمعی به جایگزینی اراده فردی توجیه می‌شود. این امر سبب آن می‌شود که شخص حقوقی اراده‌ای مستقل از اراده اعضای حقیقی تشکیل‌دهنده‌اش را دارا باشد. همچنین ادراک به عنوان مؤلفه دوم در اهلیت جنایی، به مفهوم توانایی خاص در شخص است که به تشخیص ماهیت رفتار ارتكابی و تحمل تبعات جزایی و آثار اجتماعی کمک می‌نماید. این مؤلفه در رابطه با اشخاص حقوقی، به مفهوم حرکت در مسیر صحیح و منافع شخصی شخص حقوقی است. در نهایت آگاهی نیز به عنوان مؤلفه نهایی اهلیت جنایی در اشخاص حقیقی، به توانایی شخص بر فهم ماهیت رفتار خویش و ارزیابی نتایج مترتب بر آن رفتار اطلاق می‌گردد، این مهم در رابطه با اشخاص حقوقی، به نحوه عملکرد رکن اصلی کارکرد شخص حقوقی که همان مدیر یا نماینده قانونی وی است، تحلیل می‌گردد.

منابع

- آقای جنت‌مکان، حسین، حقوق کیفری عمومی، جلد دوم، چاپ سوم، انتشارات جنگل، ۱۳۹۲.
- اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، چاپ سی و هشتم، نشر میزان، ۱۳۹۴.
- استفانی، گاستون؛ لواسور، ژرژ؛ بولک، برنارد، حقوق جزای عمومی، چاپ سوم، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۳.
- اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت شرکت‌های تجاری، جلد دوم، چاپ ششم، انتشارات سمت، ۱۳۸۹.
- ثروت، جلال، نظریه الجرمه المتعدیه القصد، النشر الثالث، مصر، دارالمعارف، ۱۹۶۵ م.
- جهامی، جیرار، موسوعه مصطلحات ابن سینا (شیخ رئیس)، الطبعة الأولى، لبنان، مکتبه لبنان ناشرون، ۲۰۰۴ م.
- حبیب‌زاده، محمدجعفر، اندیشه‌های حقوقی، جلد دوم، چاپ اول، انتشارات نگاه بینه، ۱۳۹۱.
- حسنی، محمدحسن، «مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۴.
- حسنی، محمود نجیب، النظریه العامه للقصد الجنایی، النشر الرابع، القاهرة، دارالنهضة العربیه، ۱۹۷۴ م.
- حسین جانی، بهمن؛ مظاهری تهرانی، مسعود، اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری، چاپ اول، انتشارات مجد، ۱۳۸۹.
- رزق، فؤاد، الأحكام الجزائیه العامه، النشر الخامس، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۹۸ م.
- روح الامینی، محمود، «دگرگونی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در نظام حقوقی فرانسه»، مجله فقه و حقوق، سال چهارم، شماره ۱۶، ۱۳۸۷.
- رولان، نوربر، «انتقام‌جویی و تحول آن از دیدگاه انسان‌شناسی حقوقی»، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، فصل‌نامه دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۲، ۱۳۸۰.
- الزلمی، مصطفی ابراهیم، المسؤولیته الجنائیه فی الشریعه الاسلامیه، النشر الاول، بغداد، مطبعه الأسد، ۱۹۸۱ م.

- ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، جلد ۱، چاپ بیست و یکم، نشر دادگستر، ۱۳۹۱.
- سجادی، سیدجعفر، فرهنگ اصطلاحات فلسفی، کلامی، منطقی، چاپ اول، انتشارات انجمن اسلامی حکمت و فلسفه ایران، تهران، ۱۳۶۱.
- شریفی، محسن؛ و دیگران، «دگرگونی‌های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در ایران»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۲، ۱۳۹۲.
- _____، «انتساب مسئولیت کیفری به اشخاص حقوقی در نظام کیفری ایران و انگلستان»، مجله آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۶، ۱۳۹۲.
- صاعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، چاپ اول، تهران، انتشارات طرح نو، ۱۳۸۲.
- صفار، محمدجواد، شخصیت حقوقی، چاپ اول، انتشارات بهنامی، ۱۳۹۰.
- عبداللهی، اسماعیل، درس‌هایی از فلسفه کیفری: درآمدی بر مسئولیت کیفری بدون تقصیر در نظام‌های حقوقی ایران و انگلستان، چاپ اول، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۳.
- عوجی، مصطفی، القانون الجنایی العام، الجزء الثانی، الطبعة الأولى، بیروت، مؤسسه نوفل، ۱۹۸۵ م.
- عوض، عوض محمد، قانون العقوبات (القسم العام)، النشر الثانی، اسکندریه، دارالمطبوعات الجامعیه، ۱۹۹۳ م.
- فرج‌اللهی، رضا، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق فرانسه، چاپ اول، انتشارات میزان، ۱۳۸۸.
- قناد، فاطمه؛ و دیگران، «مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حال تصفیه»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۹۱، ۱۳۹۴.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۶، چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۶.
- کمال‌الدین، امام محمد، المسؤولية الجنائیة: أساسها و تطورها، الطبعة الثانیة، المؤسسة الجامعیة للدراسات و النشر و التوزیع، بیروت، ۱۹۹۱ م.
- کندی، یعقوب، رسائل، جلد ۱، النشر الاوّل، مؤسسه البلاغ، قاهره، ۱۳۶۹ ق.
- کیوتو، ان، «مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در ژاپن»، ترجمه اسماعیل عبداللهی، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۵، ۱۳۸۲.
- معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، مجموع نشست‌های قضایی، مسائل قانون مجازات اسلامی، انتشارات معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۸۲.
- معین، محمد، فرهنگ فارسی، چاپ هفتم، انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۶۴.

- موسوی مجاب، سید درید، نقش اراده در مسئولیت کیفری با رویکردی به نظام حقوقی ایران، چاپ اول، تهران، انتشارات بهنامی، ۱۳۸۸.
- میرسعیدی، سیدمنصور، مسئولیت کیفری، قلمرو و ارکان، جلد اول، چاپ سوم، نشر میزان، ۱۳۹۰.
- ولایی، عیسی، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، چاپ سوم، نشر نی، ۱۳۸۳.
- الهمشری، محمود عثمان، المسؤولیتة الجنائیه عن الفعل الغير، الطبعه الأولى، بیروت، دارالفکر، ۱۹۶۵ م.

- Ba'albaki, Munir; Ba'albaki, Rohi, «AL-Mawrid Dictionary, Lebanon, Dar E-1-I1m, Lilmalayix, 1999.
- Black, Henry Campbell; Black's Law Dictionary, U.S.A, West Publishing CO., 2005.
- Gardner, Thomas; Anderson, J., Terry, M., Criminal Law, New York, Wadsworth, 2009.
- Heart, H.L.A, «Responsibility and Retribution», in: Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law, New York, Oxford University Press, 2008.
- Johnson, Conrad, Philosophy of Law, New York, McMillan Publishing Company, 2009.
- Kealen, Berend; Gritter, Erik, Corporate Criminal Liability in the Netherlands, Springer Science & Business Media, 2011.
- Pradel, Jean, Droit Pena 1 General, Paris, Cujas, 2006-2007.
- Tadros, Victor, Criminal Responsibility, London, Oxford University, 2005.
- Wells, Celia, Corporation and Criminal Liability, Oxford University, 2001.
- _____, Corporate Criminal Liability in England and Wales: Past, Present and Future, Springer Science & Business Media, 2011.

شرایط و موجبات تعارض آراء با تکیه بر رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

مرتضی نجابت‌خواه*

چکیده

به موجب بند (۲) ماده ۱۲ و ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲، صدور رأی وحدت رویه در مواردی که آراء متعارضی از یک یا چند شعبه دیوان صادر شده باشد، به عنوان یکی از صلاحیت‌های هیأت عمومی دیوان مورد شناسایی قرار گرفته است. از این رو این سؤال مطرح می‌شود که مراد قانون‌گذار از تعارض آراء چیست و در چه صورت، این امر حاصل می‌گردد. این تحقیق با بررسی رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در موارد متعددی که تعارض مورد نظر احراز شده و یا احراز نگردیده، در صدد آن برآمده است تا ضمن بررسی مفهوم و شرایط شکلی و ماهوی شکل‌گیری تعارض در آراء، عوامل مختلفی را که موجب بروز استنباط‌های مختلف میان شعب دیوان و در نتیجه، صدور رأی وحدت رویه توسط هیأت عمومی دیوان عدالت اداری شده‌اند، مورد مطالعه قرار دهد.

کلیدواژه‌ها: تعارض آراء، رویه قضایی، هیأت عمومی، دیوان عدالت اداری.

مقدمه

در اصطلاح حقوقی، تفسیر عبارت است از تعیین مدلول و دایره شمول مواد قانونی مبهم یا مجمل، با توجه به مقصود قانون‌گذار در چارچوب اصول و مبانی نظام حقوقی جامعه؛^۱ و از آنجا که اصل ۱۶۷ قانون اساسی، مقرر داشته است که قضات نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند، لذا گریزی از آن نبوده است که در اصل هفتاد و سوم، در کنار تفسیر قانونی، «تفسیر قضایی» دادرسان از قوانین در مقام تمیز حق به عنوان یکی از انواع تفسیر مورد شناسایی قرار گیرد. اما با توجه به اینکه برداشت متفاوت قضات متعدد از نص واحد همواره امکان‌پذیر است و حال آنکه مقصود و مراد قانون‌گذار از هر نصی مشخص بوده و نمی‌تواند بر حسب مفسر آن تفاوت نماید، لازم است آن مقصود و مراد، در موارد اختلاف، تشخیص و اعلام شود تا حقوق اشخاص، با تفسیر قضایی غیر صحیح، در معرض تضییع قرار نگیرد.^۲

بر این اساس طبق اصل ۱۶۱ قانون اساسی، دیوان عالی کشور در کنار نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم، عهده‌دار ایجاد وحدت رویه قضایی شده است که اگرچه «ظاهر این اصل بیانگر آن است که انجام این مسئولیت، اختصاص به دیوان عالی کشور دارد و در انحصار این مرجع قرار داده شده است»، اما به نظر می‌رسد که مفاد اصل مزبور «به آن معنا نیست که این اختیار و صلاحیت در حوزه‌ای دیگر قابل واگذاری به نهادی مشابه نیست. به عبارت دیگر، از این اصل قانون اساسی، حصر ایجاد وحدت رویه توسط دیوان عالی کشور برداشت نمی‌شود.»^۳ لذا هر چند «قانون اساسی ایجاد وحدت رویه قضایی را در صلاحیت دیوان عالی کشور دانسته است، اما با توجه به اینکه دیوان عدالت اداری، به عنوان عالی‌ترین مقام قضایی دعاوی اداری، حق رسیدگی شکی دارد و با تعدد شعب دیوان در این خصوص، احتمال صدور آرای متناقض می‌رود، شناختن چنین نظامی برای دیوان منطقی به نظر می‌رسد.»^۴ بر همین اساس، در بند ۲ ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، «صدور رأی وحدت رویه در موارد مشابه که آراء متعارض از شعب دیوان صادر شده باشد»، به عنوان یکی از

۱. ولیدی، محمد صالح، بایسته‌های حقوق جزای عمومی، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۸، ص. ۱۴۱.
۲. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی (دوره جدید)، جلد نخست، چاپ ششم، تهران، انتشارات دراک، ۱۳۸۳، ص. ۱۴۵.
۳. شورای نگهبان، نظرات استدلالی شورای نگهبان در بررسی لایحه تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، ۱۳۹۱، صص. ۳۲-۳۳.
۴. هاشمی، سیدمحمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد دوم، چاپ هفتم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۲، ص. ۴۳۹.

صلاحیت‌های هیأت عمومی دیوان عدالت اداری برشمرده شده و در ماده ۸۹ این قانون نیز در مقام توضیح نحوه اعمال صلاحیت مذکور مقرر شده است که:

«هرگاه در موارد مشابه، آراء متعارض از یک یا چند شعبه دیوان صادر شده باشد، رئیس دیوان موظف است به محض اطلاع، موضوع را ضمن تهیه و ارائه گزارش در هیأت عمومی دیوان مطرح نماید. هیأت عمومی پس از بررسی و احراز تعارض و اعلام رأی صحیح، نسبت به صدور رأی اقدام می‌نماید. این رأی برای شعب دیوان و سایر مراجع اداری مربوط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است. اثر آراء وحدت رویه مذکور نسبت به آینده است و موجب نقض آراء سابق نمی‌شود لکن در مورد احکامی که در هیأت عمومی مطرح و غیر صحیح تشخیص داده شده شخص ذی‌نفع ظرف یک ماه از تاریخ درج رأی در روزنامه رسمی حق تجدید نظرخواهی را دارد. در این صورت پرونده به شعبه تجدید نظری که قبلاً در پرونده دخالت نداشته ارجاع می‌شود و شعبه مذکور موظف به رسیدگی و صدور رأی بر طبق رأی مزبور است.»

با این توضیح، این مقاله درصدد آن است تا ضمن تبیین مفهوم اصولی تعارض آراء، به بررسی و تعیین شرایط، مصادیق و موجبات تعارض آراء موضوع بند (۲) ماده ۱۲ و ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری با تکیه بر رویه قضایی هیأت عمومی دیوان بپردازد.

۱. مفهوم تعارض آراء

در شناخت مفهوم تعارض آراء با توجه به جایگاه این واژه در علم اصول و در باب تعارض ادله، تعریف اصولیون را از آن بیان می‌نماییم. شیخ انصاری در بیان مفهوم تعارض بیان داشته‌اند که تعارض در لغت از ریشه «عرض» به معنای اظهار نمودن است و غالباً در اصطلاحات اصولیون، به معنای ناسازگاری و غیر قابل جمع بودن دو دلیل به اعتبار مدلول آنها به کار برده می‌شود. ایشان در این باره اشاره به برخی اقوال قدما می‌نمایند مبنی بر اینکه تعارض، ناسازگاری مدلول و مضمون دو دلیل به صورت تناقض یا تضاد می‌باشد.^۱ در مقابل، مرحوم آخوند خراسانی قائل به آن هستند که به مجرد ناسازگاری مدلول دو دلیل، تعارض حاصل نمی‌شود، چرا که ممکن است موارد جمع عرفی از قبیل ورود، حکومت، تخصیص، تخصص و تقیید، آنها را از شمول تعارض خارج کند. لذا ایشان در تعریف تعارض، آن را تنافی و ناسازگاری دو دلیل یا ادله به حسب دلالت و مقام اثبات به صورت تناقض یا تضاد، چه به صورت حقیقی و چه به صورت

۱. «ان التعارض تنافی مدلولی الدلیلین علی وجه التناقض او التضاد.» (انصاری، مرتضی، فراندالاصول، مجلد الرابع، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۹ق، ص. ۱۱).

عرضی تعریف می‌نمایند، به گونه‌ای که غیر صحیح بودن یکی از دو دلیل اجمالاً معلوم شود و اجتماع آنها اساساً ممتنع گردد.^۱

با این توصیف، در علم اصول، تعارض زمانی حاصل می‌آید که دو یا چند دلیل که البته موضوع آنها امر واحدی است، به اعتبار مدلول آنها یا به حسب دلالت و مقام حجیت‌شان، یکدیگر را نقض کنند، یعنی به گونه‌ای باشند که از صدق یکی، کذب دیگری و از کذب یکی، صدق دیگری لازم آید یا آنکه با یکدیگر متضاد باشند، یعنی صدق یکی از آنها مستلزم کذب دیگری باشد، اما کذب یکی از آنها مستلزم صدق دیگری نباشد.^۲

البته در علم اصول، تعارض را به دو قسم کلی دسته‌بندی می‌کنند:

الف - تعارض بدوی یا غیرمستقر به معنای تنافی و ناسازگاری بین دو یا چند مدلول به گونه‌ای که اگر چه در بدو امر، تعارض به نظر می‌رسد، لکن با کمی دقت و از طریق جمع عرفی یعنی توسل به اسبابی همچون ورود، حکومت، تخصیص و تقیید می‌توان آن را به آسانی مرتفع کرد.

ب - تعارض حقیقی یا مستقر به معنای تنافی میان دو یا چند دلیل به گونه‌ای که جمع عرفی بین آنها ممکن نبوده و تنافی میان آنها ناشی از تنافی دلیل حجیت باشد.^۳

حال با این توضیح به سراغ رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری می‌رویم تا شرایط لازم برای تحقق تعارض حقیقی موضوع بند (۲) ماده ۱۲ و ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان را در رویه هیأت مذکور مورد بررسی قرار دهیم.

۲. شرایط تحقق تعارض آراء در رویه دیوان عدالت اداری

در قوانین و مقررات موجود و همچنین در رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، از تعارض آراء تعریفی ارائه نشده است و در نتیجه آنچه که از رویه هیأت عمومی آشکار می‌گردد شرایط و کیفیت بروز تعارض بین آراء شعب است. در این رابطه ابتدائاً

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، کفایه الاصول، الطبعة الثانی، قم، مؤسسه آل‌البیت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۷ ق، صص. ۴۳۹-۴۳۷.

۲. مشکینی، علی، اصطلاحات الاصول و معظم ابحاثها، الطبعة الخامسة، قم، المطبعة الهادی، ۱۴۱۳ ق، صص. ۱۱۳-۱۱۲؛ مطهری، مرتضی، آشنایی با علوم اسلامی، جلد اول (منطق و فلسفه)، چاپ سی و یکم، قم، انتشارات صدرا، ۱۳۸۱، صص. ۶۳-۶۲.

۳. صدر، سید محمدباقر، بحث فی علم الاصول (مباحث الحجج و الاصول العملية)، الجزء الرابع، الطبعة الخامسة، تقریر: سید محمود هاشمی، قم، مرکز الغدیر للدراسات الاسلامیه، ۱۴۱۷ ق، ص. ۴۲؛ سبحانی، جعفر، المحصول فی علم الاصول، الجزء الرابع، تقریر: سید محمود جلالی مازندرانی، قم، نشر مؤسسه الامام الصادق (ع)، ۱۴۱۵ ق، ص. ۴۳۷.

هم باید به این نکته اشاره کرد که هر چند در بند (۲) ماده ۱۹ و ماده ۴۳ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ به صدور آراء متناقض از یک یا چند شعبه دیوان در موارد مشابه اشاره شده بود، اما در بند (۲) ماده ۱۲ و ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان تعارض بین آراء یک یا چند شعبه دیوان مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است و لذا با توجه به آنچه که پیشتر گفته شد مبنی بر اینکه تعارض مطابق نظر اصولیون اعم است از تناقض و تضاد، می‌توان گفت که مقرر اخیر، دایره صلاحیت هیأت عمومی دیوان در رابطه با صدور رأی وحدت رویه را توسعه بخشیده است. صرف نظر از نکته فوق، آنچه که از رویه هیأت عمومی دیوان آشکار می‌گردد آن است که برای بروز تعارض، شرایط ماهوی و شکلی متعددی لازم است که در ادامه به آنها اشاره خواهیم کرد:

۱-۲. شرایط ماهوی

الف - برای تشخیص و اثبات تعارض باید نسبت به موضوع خواسته از سوی شعبی که آراء آنها متعارض اعلام شده‌اند، اساساً تصمیم‌گیری و تعیین تکلیف به عمل آمده باشد؛ همچنان که به طور مثال، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مقرر داشته که چون یکی از شعب رسیدگی‌کننده در خصوص قسمتی از خواسته تعیین تکلیف نکرده و حال آنکه آراء سایر شعب که متعارض با رأی مذکور قلمداد شده‌اند، در این باره تعیین تکلیف کرده‌اند، «بنابراین به لحاظ اینکه در خصوص موضوع، اصولاً رأی معارض صادر نشده است، موجبی برای صدور رأی وحدت رویه در اجرای بند ۲ ماده ۱۲ و ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ وجود ندارد.»^۱

ب - باید استنباط‌های متفاوت از «حکم واحد قانون‌گذار» شکل گرفته باشد؛ همچنان که در دادنامه شماره ۷۴/۹۰ مورخ ۱۳۷۴/۶/۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز مقرر شده است که «با توجه به اینکه مستند قانونی مندرج در آراء فوق‌الذکر متفاوت می‌باشد و به لحاظ این که در اصدار آنها از مواد قانونی واحدی، استنباط مغایر از هم به عمل نیامده است»، لذا آراء موضوع اعلام تعارض را نمی‌توان متعارض تشخیص داد.

ج - تعارض در درک و استنباط از حکم قانون‌گذار باشد و مربوط به مقوله تشخیص قاضی از تناسب یا عدم تناسب تصمیم مرجع اداری با موضوع

۱. دادنامه شماره ۵۰۴ مورخ ۱۳۹۲/۸/۶؛ مثال دیگر هم در این باره، رأی وحدت رویه شماره ۶۰۸ مورخ ۱۳۹۱/۸/۲۹ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری است.

تصمیم نباشد؛ همچنان که هیأت عمومی دیوان در دادنامه شماره ۷۰/۱۶۲ مورخ ۱۳۷۰/۱۲/۱۳ خود بیان داشته است که «نظر به اینکه منظور از تعارض آراء ... منحصراً از حیث برداشت و استنباطهای مختلف و متضاد از یک قانون و مقررات می‌باشد و تشخیص دلایل یا تناسب و عدم آن به مصادیق صرفاً یک تشخیص قضایی می‌باشد و از مصادیق تعارض و برداشت مختلف از مفاد یک قانون نمی‌باشد» لذا نمی‌توان دادنامه‌های موضوع اعلام تعارض را متعارض دانست.^۱ به نظر می‌رسد بر همین اساس هم هست که هیأت عمومی دیوان در رویه خود و از آن جمله، دادنامه شماره ۸۷/۷۹۸ مورخ ۱۳۸۷/۱۱/۹، رسیدگی به ادعای تعارض بین دستورهای موقت صادره از شعب دیوان عدالت اداری را موضوع صلاحیت هیأت عمومی دیوان ندانسته است؛ چرا که تشخیص ضرورت، فوریت، تعسر و تعذر جبران خسارات، همه و همه اموری تشخیصی هستند که قانون‌گذار اختیار آن را به قاضی شعبه دیوان واگذار کرده است؛ اگر چه همچنان که در دادنامه شماره ۷۲/۱۸۰ هیأت عمومی دیوان مورخ ۱۳۷۲/۱۰/۱۱ نیز آمده، از آنجا که اساساً دستور موقت رأی قضایی به شمار نمی‌آید، موضوع ماده ۸۹ قانون دیوان قرار نمی‌گیرد.

د - در مورد آراء موضوع اعلام تعارض، تفاوت در آراء مبتنی بر استنباط معارض از حکم قانون‌گذار در خصوص موضوع واحد باشد و نه اینکه تفاوت آنها در تعیین مصداق باشد. در این باره هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رابطه با احصاء یا عدم احصاء شهر دزفول در عداد شهرهای مشمول پرداخت پاداش مناطق محروم مقرر داشته است که «تفاوت آراء صادره در این قسمت، مبتنی بر استنباط معارض از حکم قانون‌گذار در خصوص موضوع واحد نمی‌باشد و تفاوت آنها در تعیین مصداق می‌باشد و نه در موضوع.»^۲

ه - در مورد دو یا چند رأی، باید «تفاوت مدلول آنها مبتنی بر استنباط معارض از حکم واحد قانون‌گذار»^۳ باشد و در آنها، «آراء اعلامی از حیث مفاد متضمن معنی واحد و یک سو» نباشند.^۴ به عبارت دیگر، در این باره هیأت عمومی دیوان به

۱. توضیح اینکه در پرونده‌های موضوع تعارض، یکی از شعب دیوان به اعتبار عدم تناسب مجازات با اتهامات انتسابی به شکات حکم به نقض آراء مورد شکایت صادر نموده بود و حال آنکه شعبه دیگری با عنایت به وضع خاص شاکی، مجازات اداری تعیین شده را منصفانه ندانسته و رأی صادره از هیأت رسیدگی به تخلفات اداری را نقض کرده بود.

۲. رأی وحدت رویه شماره ۸۷/۶۶۵ مورخ ۱۳۸۷/۱۰/۱۶.

۳. به طور مثال، ر.ک: دادنامه شماره ۱۴۴۶ (۸۶/۹/۴)، شماره ۱۴۰۶ (۸۶/۱۱/۳۰)، شماره ۱۱۹۷ (۸۶/۱۰/۱۱).

شماره ۱۰۰۵ (۸۶/۹/۲۰) و شماره ۹۲۵ (۸۶/۹/۴) هیأت عمومی دیوان عدالت اداری.

۴. برای مثال، ر.ک: دادنامه شماره ۹۳۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری (۸۶/۹/۴).

«تفاوت و ناسازگاری مدلول دو رأی» توجه می‌نماید و چنانچه مدلول دو رأی با یکدیگر تفاوت نداشته باشند، آن را مصداق تعارض آراء به شمار می‌آورد؛ همچنان که این هیأت در دادنامه شماره ۸۸/۵۴۱ مورخ ۱۳۸۸/۷/۵ خود مقرر داشته است که «نظر به اینکه اولاً آراء فوق‌الذکر مبنی بر ورود شکایات صادر گردیده‌اند و ثانیاً ملاک احتساب و پرداخت فوق‌العاده کار با اشعه که در این آراء ۵۰ درصد حقوق و مزایای مشمول کسور بازنشستگی و یا ۵۰ درصد حقوق و مزایای مستمر قید گردیده‌اند در واقع یکسان و مشابه بوده و مفاد آراء دلالت بر عناوین واحد در احتساب و پرداخت فوق‌العاده مذکور دارند. بنابراین موضوع از مصادیق آراء متناقض ... محسوب نمی‌شود.»

همچنین هیأت در دادنامه شماره ۶۳/۱۱۸ مورخ ۱۳۶۳/۱۲/۱۴، «نظر به اینکه شعبه چهاردهم دیوان خود را صالح به رسیدگی به آراء صادره از محاکم قضایی ندانسته لذا رأی به رد شکایت صادر نموده و شعبه دوم در مورد صلاحیت دیوان نفیاً و اثباتاً هیچ‌گونه اظهارنظر ننموده و رسیدگی به شکایات شاکی را به عهده هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری کارمندان دولت جانشین هیأت‌های بازسازی قرار داده و از رأی صادره کلاً استفاده می‌شود که شعبه دوم هم خود را صالح به رسیدگی به آراء صادره از محاکم قضایی ندانسته»، قائل به تعارض بین آراء مورد اعتراض نشده است.

۲-۲. شرایط شکلی

مقدم بر شرایط ماهوی که برشمردیم، شرایطی شکلی هم برای تشخیص و احراز تعارض آراء موضوع قانون دیوان در هیأت عمومی دیوان مطرح است و آن، عبارت از این است که طبق ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، آراء متعارض باید از یک یا چند «شعبه دیوان» صادر شده باشند. در نتیجه با توجه به رویه هیأت عمومی دیوان می‌توان بیان داشت که اولاً آراء متعارض باید توسط «دیوان عدالت اداری» صادر شده باشند و بنابراین:

الف - بین آراء شعب دیوان عدالت اداری و سایر مراجع قضایی نمی‌توان در هیأت عمومی دیوان عدالت اداری ادعای تعارض جهت رسیدگی و صدور رأی وحدت رویه نمود؛ همچنان که در دادنامه شماره ۸۸/۹۰۷ مورخ ۱۳۸۸/۱۱/۱۷ هیأت عمومی دیوان در خصوص اعلام تعارض فیما بین رأی شعبه ۳۱ دیوان عدالت و رأی شعبه ۴۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران و یا در دادنامه شماره ۶۷/۹۳ مورخ ۱۳۶۷/۱۰/۱۲ هیأت عمومی دیوان در خصوص اعلام تعارض بین آراء شعب هشتم دیوان عدالت اداری و شعبه ۷۰ دادگاه عمومی تهران بر این نکته تأکید شده است.

ب - ادعای تعارض آراء بین آراء شعب دیوان عدالت و دیوان عالی کشور یا آراء شعب دیوان عالی کشور نیز خارج از موارد تعارض آراء موضوع صلاحیت هیأت عمومی دیوان است؛ که در این باره می‌توان به مفاد دادنامه شماره ۷۴/۲۶ مورخ ۱۳۷۴/۲/۳۰ و دادنامه شماره ۶۵/۵۵ مورخ ۱۳۶۵/۸/۱۹ هیأت عمومی دیوان عدالت اشاره کرد.

ج - ادعای تعارض بین رأی شعبه دیوان و آراء مراجع اختصاصی اداری وارد نبوده و قابل رسیدگی در هیأت عمومی دیوان نیست؛ همچنان که هیأت عمومی دیوان در خصوص شکایت به خواسته اعلام تعارض آراء صادره از شعبه ۱۱ دیوان عدالت اداری و هیأت دوم موضوع ماده واحده مصوب ۷۲/۹/۴ مجمع تشخیص مصلحت نظام، به این نکته اشاره کرده است.^۱

د - ادعای تعارض بین آراء مراجع اختصاصی اداری داخل در عنوان تعارض آراء موضوع صلاحیت هیأت عمومی دیوان عدالت اداری قرار نمی‌گیرد؛ همچنان که در این باره هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۸۵/۴۱۱ مورخ ۱۳۸۵/۶/۱۲ با موضوع خواسته اعلام تناقض آراء صادره از هیأت‌های تجدید نظر رسیدگی به تخلفات صنفی آذربایجان شرقی به این نکته اشاره کرده است. ثانیاً: آراء موضوع تعارض باید توسط یک یا چند «شعبه» دیوان صادر شده باشند و لذا:

الف - رسیدگی به ادعای تعارض بین رأی شعبه دیوان و رأی هیأت عمومی دیوان عدالت خارج از مصادیق آراء متعارض موضوع بند (۲) ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری است؛^۲

ب - ادعای تعارض بین آراء وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری از مصادیق تعارض آراء موضوع ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان نیست.^۳ چنین وضعیتی موضوع ماده ۹۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری است که طرح آراء قبلی هیأت عمومی را مستلزم اعلام اشتباه از سوی رئیس قوه قضائیه یا رئیس دیوان عدالت اداری یا تقاضای کتبی و مستدل بیست نفر از قضات دیوان دانسته است.

ج - ادعای تعارض بین آراء شعب و قرار صادره از سوی مدیر دفتر از مصادیق آراء متعارض موضوع بند ۲ ماده ۱۹ و ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی

۱. دادنامه شماره ۱۳۰ مورخ ۱۳۸۸/۲/۲۳.

۲. برای مثال؛ ر.ک: دادنامه شماره ۸۸/۹۰ مورخ ۱۳۸۸/۲/۱۳.

۳. ر.ک: دادنامه شماره ۸۸/۸۴۴ مورخ ۱۳۸۸/۱۱/۲۱.

دیوان به شمار نمی‌آید؛ همچنان که هیأت عمومی دیوان در دادنامه شماره ۱۲۷ مورخ ۱۳۸۸/۲/۲۳ مقرر داشته است که «نظر به اینکه تعارض آراء تنها در مورد آراء صادره از شعب که به وسیله قضات پرونده صادر گردیده‌اند قابلیت تحقق را دارد»، ادعای تعارض آراء بین دادنامه‌های شعب تجدیدنظر مبنی بر ورود شکایت با قرار رد دادخواست دفتری صادره از طرف مدیردفتر شعبه از مصادیق تعارض آراء نیست.^۱

د - همچنان که هیأت عمومی دیوان در دادنامه شماره ۹ (۸۳/۱/۱۶) به خواسته «رفع تعارض نامه شماره ۵۳۹۲ مورخ ۸۰/۱۱/۲۰ ریاست دیوان عدالت اداری با دادنامه‌های صادره از شعبه سیزدهم دیوان عدالت اداری» بیان داشته، «تعارض آراء شعب دیوان با نظریه ریاست کل دیوان به فرض صحت از مصادیق آراء متناقض مقرر در ماده فوق‌الذکر نمی‌باشد.» مشابه این اعلام تعارض بین آراء شعب دیوان و نامه دفترکل دیوان، طبق دادنامه شماره ۸۸/۴۸۵ مورخ ۱۳۸۸/۶/۴ هیأت عمومی دیوان از مصادیق آراء متعارض به‌شمار نیامده است.

ثالثاً آراء موضوع اعلام تعارض باید قطعیت یافته باشند و تنها «آراء قطعی متناقض صادره از شعب بدوی یا تجدیدنظر دیوان قابل رسیدگی و امعان نظر در هیأت عمومی دیوان است.»^۲ البته همچنان که هیأت عمومی دیوان نیز اشعار داشته است، «منظور از تعارض آراء مذکور در ... قانون دیوان عدالت اداری آراء صادره از شعب که به مرحله قطعیت رسیده باشند، اعم از اینکه از حین صدور قطعی بوده یا به علت عدم اعتراض در مهلت قانونی، قطعی شده، می‌باشد.»^۳ دلیل اینکه آراء باید قطعیت یافته باشند این است که اعلام تعارض بین دو رأی صادره مادامی که قطعیت نیافته‌اند و ممکن است که یکی از آنها بعداً مورد تجدید نظرخواهی قرار گیرد و توسط شعبه تجدیدنظر نقض شود به گونه‌ای که شعبه تجدیدنظر رأیی مشابه رأی شعبه دوم صادر نماید؛ و به عبارتی، اعلام تعارض بین دو رأی که یکی از آنها هنوز دلالت آن قطعی نشده، موضوعاً محل ایراد خواهد بود؛ همچنان که در دادنامه شماره ۵۲۱ مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۲۴ هیأت عمومی دیوان نیز بیان شده که در چنین حالتی، چه بسا با صدور رأی تجدیدنظر، اعلام تعارض «موضوعاً منتفی می‌باشد.»

۱. این هیأت به طور مشابهی در دادنامه شماره ۶۲/۵۲۱ مورخ ۱۳۸۴/۱۰/۴، اعلام تعارض قرار صادره از دفتر شعبه ششم تجدیدنظر و رأی صادره از شعبه دوم تجدید نظر دیوان را وارد ندانسته است.
۲. دادنامه شماره ۴۱۱ مورخ ۱۳۸۵/۶/۱۲.
۳. دادنامه شماره ۶۸/۶۸ مورخ ۱۳۶۸/۸/۱۸.

۳. اقسام تعارض آراء در رویه دیوان عدالت اداری

هیأت عمومی دیوان در رویه خود، به نوعی همانند اصولیون، تعارض آراء موضوع قانون دیوان عدالت اداری و به عبارتی دیگر تعارض حقیقی یا مستقر را از تعارض بدوی یا غیر مستقر تفکیک کرده است. لذا بر این اساس اقسام تعارض در رویه دیوان را به شرح زیر می‌توان بررسی کرد.

۱-۳. تعارض بدوی یا غیرمستقر

در مواردی ممکن است یکی از آراء موضوع اعلام تعارض از حجیت لازم برای تنافی با رأی دیگر برخوردار نباشد و یا آنکه چون دو رأی موضوع اعلام تعارض در زمان‌های متفاوتی حجیت داشته‌اند، لذا حکم به آنها از سوی قاضی یا قضات صادرکننده آراء در زمان خود، قانونی و بلاشکال باشد. در نتیجه هر چند چنین آراییی در بدو امر متعارض به نظر می‌رسند، نمی‌توان واقعاً و حقیقتاً آنها را متعارض دانست. هیأت عمومی دیوان در آراء خود به این موضوع و امکان جمع عرفی بین آراء شعب در چنین مواردی توجه داشته و آنها را از مصادیق تعارض آراء موضوع ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان خارج کرده است. به طور مثال می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

الف - هیأت عمومی دیوان ادعای تعارض بین رأی صادره از شعبه دیوان در رسیدگی اولیه و رأی صادره از همان شعبه در مقام اعاده دادرسی^۱ و یا ادعای تعارض بین رأی صادره توسط شعبه دیوان در رسیدگی اولیه و رأی صادره توسط شعبه تشخیص پس از اعلام اشتباه توسط قضات صادرکننده رأی اولیه^۲ را وارد ندانسته است. همچنین این هیأت در دادنامه شماره ۸۲/۶۸ مورخ ۱۳۸۲/۲/۱۴، تفاوت مدلول دادنامه شعبه تجدیدنظر دیوان که در مقام تجدیدنظر نسبت به دادنامه شعبه بدوی دیوان صادر شده و منتهی به نقض دادنامه بدوی گردیده است، را از مصادیق آراء متعارض محسوب نکرده و قابل طرح و رسیدگی و اتخاذ تصمیم در هیأت عمومی دیوان ندانسته است.

ب - هیأت عمومی در دو دادنامه دیگر^۳ اعلام تعارض بین رأی صادره از شعبه دیوان مبنی بر ورود شکایت و رأی دیگری که با وجود مختومه بودن پرونده از سوی همان شعبه یا شعبه‌ای دیگر دایر بر رد شکایت صادر شده، را با لحاظ اینکه با توجه به مختومه بودن پرونده، شعبه نباید وارد رسیدگی مجدد

۱. دادنامه شماره ۸۸/۸۲۲ مورخ ۱۳۸۸/۱۱/۱۸.

۲. دادنامه شماره ۸۸/۵۶۶ مورخ ۱۳۸۸/۷/۲۵.

۳. دادنامه‌های شماره ۸۸/۷۲۴ مورخ ۱۳۸۸/۱۰/۹ و شماره ۸۸/۸۰۷ مورخ ۱۳۸۸/۱۱/۱۸.

می‌شد، از مصادیق آراء متعارض تشخیص نداده و قابل طرح و رسیدگی و اتخاذ تصمیم در هیأت عمومی دیوان ندانسته است.

ج - در خصوص اعلام تعارض بین رأی صادره از یک شعبه مبنی بر نقض رأی یک مرجع اختصاصی اداری و رأی صادره از شعبه دیگر یا همان شعبه در تأیید رأی مرجع اختصاصی هم‌عرض که رأیی مشابه رأی مرجع اول صادر کرده است، هیأت عمومی در دادنامه شماره ۷۸ مورخ ۱۳۹۱/۲/۱۸ خود مقرر داشته است که «نظر به اینکه دادنامه‌های فوق‌الذکر در طول یکدیگر صادر گردیده‌اند و تفاوت مدلول آنها مبتنی بر استنباط معارض از حکم واحد قانون‌گذار نیست، بنابراین موضوع از مصادیق آراء متناقض ... محسوب نمی‌شود و موردی برای رسیدگی و اتخاذ تصمیم وجود ندارد.» مشابه این رأی را می‌توان در دادنامه شماره ۸۸/۴۴ مورخ ۱۳۸۸/۲/۶ هیأت عمومی دیوان نیز ملاحظه نمود.

د - علاوه بر این موارد، هیأت عمومی دیوان مقرر داشته است که ادعای تعارض بین دو رأی صادره از شعب دیوان که یکی از آنها قبل از صدور رأی وحدت رویه توسط این هیأت و رأی دیگر پس از صدور رأی وحدت رویه و مبتنی بر آن صادر شده است، نمی‌تواند به اعلام تعارض آراء و صدور رأی وحدت رویه در هیأت عمومی دیوان منجر شود.^۱ همچنین این هیأت مقرر داشته که ادعای تعارض بین دو رأی صادره از شعب دیوان که یکی از آنها بعد از صدور رأی هیأت عمومی دیوان دایر بر ابطال یک مصوبه صادر شده و رأی دیگر در زمان حاکمیت مصوبه‌ای که بعداً توسط هیأت مزبور ابطال شده، نمی‌تواند به اعلام تعارض آراء در هیأت عمومی دیوان بیانجامد؛ چرا که «حکم هر پرونده بر اساس شرایط مربوط به آن در زمان حاکمیت مصوبه ... هیأت وزیران و عدم حاکمیت و ابطال آن به موجب رأی ... هیأت عمومی اصدار یافته است و با توجه به مراتب با یکدیگر تعارض ندارد.»^۲

به طور مشابهی در رابطه با قوانین نیز هیأت عمومی دیوان، در دادنامه شماره ۸۶/۹۰۹ مورخ ۱۳۸۶/۸/۲۹ بیان داشته است که «نظر به اینکه دادنامه شعبه ۳۲ دیوان در زمان حاکمیت قانون جدید دیوان مصوب ۱۳۸۵ که اعاده دادرسی پذیرفته شده اصدار گردیده در حالی که دادنامه شعبه ۲۹ دیوان در زمان حاکمیت قانون قبلی دیوان که پیش‌بینی اعاده دادرسی در آن نشده صادر شده و هر یک از دادنامه‌های مذکور به استناد قانون خاصی صادر شده است، علیهذا دادنامه‌های مذکور با هم متعارض تشخیص نگردید.»

۱. دادنامه شماره ۴۹۶ مورخ ۱۳۹۲/۸/۶.

۲. دادنامه شماره ۵۳۶ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۱.

۲-۳. تعارض حقیقی یا تعارض موضوع قانون دیوان عدالت اداری

در رویه هیأت عمومی دیوان برای آنکه تعارض حقیقی یا تعارض آراء موضوع قانون دیوان عارض شود، به گونه‌ای که هیأت عمومی دیوان در مقام صدور رأی وحدت رویه برآید و ناگزیر یکی از آراء صادره از شعب دیوان را غیر صحیح تشخیص دهد و بدین ترتیب، حجیت مدلول آن رأی را برای موارد مشابه در آینده ساقط سازد،^۱ شرایطی مطرح شده است:

الف - آراء موضوع تعارض باید در وضعیت مشابهی باشند، بدین معنا که نمی‌توان بین رأیی که بر اساس یک ایراد شکلی یا با توجه به حصول خواسته و انتفاء شکایت صادر شده و رأیی که پس از ورود به ماهیت دعوا مبنی بر ورود یا رد شکایت صادر شده، از حیث ماهیتی^۲ قائل به وجود تعارض شد؛ چرا که در چنین حالتی استنباط معارض از حکم واحد قانون‌گذار شکل نگرفته است. بر همین اساس، به طور مثال، هیأت عمومی دیوان در رویه خود، بین قرارهای رد شکایت که مبتنی بر ایراد شکلی صادر شده و در ماهیت شکایت صادر نشده‌اند و آرای که در آنها شعب در ماهیت وارد شده و حکم به ورود شکایت یا رد شکایت صادر کرده‌اند، قائل به وجود تعارض نشده است. از جمله، هیأت عمومی دیوان در دادنامه‌ای با توجه به اینکه «قرار رد شکایت متضمن اظهار نظر در ماهیت ادعا» نبوده و حال آنکه حکم شعبه دیگر «مفید رد شکایت در ماهیت امر» بوده، آراء موضوع اعلام تعارض را متعارض تشخیص نداده است.^۳

۱. چرا که طبق ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، آرای مشابه رأیی که غیر صحیح تشخیص داده شده، حجیت خود را در رابطه با همان مورد خاصی که برای آن صادر شده‌اند همچنان حفظ می‌کنند؛ چرا که اعتبار امر مختومه و قضاوت شده یافته‌اند؛ لکن در آینده بر مبنای رأی وحدت رویه که مدلول آن برخلاف رأیی است که غیر صحیح تشخیص داده شده است، عمل می‌شود.

۲. تأکید بر «از حیث ماهیتی» از آن روست که در این گونه موارد البته چنین آراییی می‌توانند از حیث شکلی موضوع تعارض تشخیص داده شوند؛ برای مثال در رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری می‌توان به رأی وحدت رویه شماره ۶۳۶ مورخ ۱۳۸۷/۹/۲۴ اشاره کرد که در آن، هیأت مزبور بین رأی یکی از شعب به ورود شکایتی که به طرفیت صرفاً دستگاه متبوع مستخدم مطرح شده بود و قرار رد شکایتی که از سوی شعبه دیگر به دلیل عدم طرح شکایت به طرفیت سازمان بازنشستگی کشوری علاوه بر دستگاه متبوع مستخدم صادر شد، قائل به وجود تعارض شده است یا رأی وحدت رویه شماره ۴۵۲ مورخ ۱۳۹۲/۷/۱۵ که در آن، هیأت عمومی دیوان بین حکم به ورود شکایت دایر بر اعتراض به تصمیمات و آراء هیأت‌های واگذاری زمین و ستاد مرکزی در خصوص اراضی کشت موقت و قرار عدم استماع دعوی صادره بر مبنای طرح شکایت در خارج از مهلت قانونی یک ساله قائل به وجود تعارض شده است.

۳. دادنامه شماره ۸۷/۷۷۳ مورخ ۱۳۸۷/۱۱/۶؛ همچنین ر.ک: رأی وحدت رویه شماره ۲۰۹-۲۰۸ مورخ ۱۳۹۲/۳/۲۷ و دادنامه شماره ۴۴۳ مورخ ۱۳۹۰/۱۰/۱۹ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری.

این هیأت البته به طور مشخص و خاص نیز در رابطه با ادعای تعارض بین حکم به ورود شکایت و قرار رد شکایت به اعتبار رسیدگی قبلی به موضوع در دادنامه شماره ۷۴۰ مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۳۰؛ در خصوص ادعای تعارض بین رأی به رد شکایت و قرار رد شکایت به دلیل عدم احراز سمت وکیل شاکی، در دادنامه شماره ۸۷/۳۷۳ مورخ ۱۳۸۷/۵/۳۰؛ راجع به ادعای تعارض بین حکم به ورود شکایت و قرار رد شکایت به لحاظ تسلیم آن در خارج از مهلت قانونی که متضمن اظهار نظر در موضوع صلاحیت و یا ماهیت قضیه نیست، در دادنامه شماره ۸۱/۲۴۰ مورخ ۱۳۸۱/۷/۱۴؛ و در رابطه با ادعای تعارض بین حکم به ورود شکایت و قرار رد شکایت مبتنی بر عدم رعایت قواعد صوری دادرسی با طرح شکایت توسط مدیرعامل یک شرکت در حالی که به تنهایی حق طرح شکایت نداشته است، در دادنامه شماره ۸۵/۵۵۸ مورخ ۱۳۸۵/۸/۷، تشخیص خود دایر بر عدم تعارض بین آراء طرح شده را ابراز داشته است.

علاوه بر این، هیأت مذکور ادعای تعارض بین قرار رد دادخواست صادر شده از یک شعبه به دلیل عدم توجه دعوا به سازمان طرف شکایت و رأی صادره از شعبه دیگر مبنی بر ورود شکایت علیه همان سازمان را با توجه به تفاوت در شرایط قانونی حاکم بر هر یک از آنها از مصادیق استنباط متفاوت از حکم واحد قانون گذار ندانسته و قائل به تشخیص تعارض بین این آراء نشده است.^۱ در دادنامه شماره ۷۱/۷۰ مورخ ۱۳۷۱/۵/۱۳ هم این هیأت به طور مشابهی اشعار می‌دارد: «با توجه به اینکه آراء صادره از شعب ۴ و ۱۶ دیوان عدالت اداری بر اساس دلایل اقامه شده در زمینه دولتی بودن و نبودن شرکت‌های شاکی اصدار یافته و از حیث تشخیص مصداق اختلافی ندارد فلذا با اکثریت آراء تعارضی مشهود نگردید [و] شکایت اعلام تعارض مردود است.»

هیأت عمومی دیوان در رویه خود، ادعای تعارض بین قرار عدم استماع شکایت و رأی بر ورود شکایت را وارد ندانسته و اشعار داشته است که از آنجا که در قرار عدم استماع شکایت «نفیاً یا اثباتاً حکمی صادر نشده»، نمی‌توان آن را متعارض با رأی بر ورود شکایت دانست.^۲ هیأت مزبور همچنین در رابطه با اعلام تعارض بین آراء مبنی بر ورود شکایت و آرای که شعب با توجه به حصول خواسته شاکی و انتفاء موضوع شکایت دایر بر رد شکایت صادر می‌کنند، مقرر داشته که چون مدلول دادنامه دایر بر حکم به رد شکایت، «حاکمی از انجام خواسته شاکی و انتفاء موضوع شکایت می‌باشد و نفیاً یا اثباتاً در اساس و ماهیت موارد خواسته حکمی انشاء نشده است و با این وصف با مفاد دادنامه ... مبنی بر تأیید استحقاق شاکی نسبت به موارد خواسته و اعلام ورود شکایت تناقضی

۱. دادنامه شماره ۸۷/۱۹۶ مورخ ۱۳۸۷/۳/۲۶.

۲. دادنامه شماره ۸۷/۷۳ مورخ ۱۳۸۷/۲/۸.

ندارد»، در نتیجه موضوع از مصادیق تعارض آراء که «مستلزم اظهار نظر قضایی هیأت عمومی دیوان و ایجاد وحدت رویه در قضیه مطروحه باشد تشخیص داده نمی‌شود.»^۱ در این باره هیأت عمومی دیوان به طور مشابهی در دادنامه شماره ۸۷/۳۴۳ مورخ ۱۳۸۷/۵/۲۰ نیز مقرر داشته است که: «نظر به اینکه دادنامه ... بر اساس مندرجات لایحه جوابیه شهرداری شهرکرد مبنی بر رفع ممنوعیت صدور پروانه احداث بنای مسکونی در ملک شاکی و تأمین خواسته وی و نتیجتاً ضرورت اجابت و اجرای آن از طرف شهرداری، صادر شده است و مبین رد ادعا و استحقاق شاکی در خصوص مورد نیست، بنابراین مدلول دادنامه مذکور تناقضی با مفاد سایر دادنامه‌های فوق‌الذکر مشعر بر الزام شهرداری به صدور پروانه ساختمان در ملک شاکیان ندارد و مورد از مصادیق آراء متناقض ... محسوب نمی‌شود.»

ب - آراء متعارض باید در موارد مشابه صادر شده باشند؛ منظور از تشابه، «وجود تشابه بین دو یا چند دعوی از جمیع جهات اعم از موضوع شکایت و خواسته و ادله اثباتی و قواعد حاکم بر آنها می‌باشد. به عبارت آخری، دو یا چند مورد هنگامی مشابهت دارند که موضوعاً همانند و شبیه یکدیگر بوده و از لحاظ ارزش و قوت دلائل و مدارک ابرازی طرفین دعوی و شرایط و مقررات مربوط بین آنها تفاوت مؤثری وجود نداشته باشد.»^۲ با این توضیح، تعارض زمانی حاصل نمی‌آید که در پرونده‌های موضوع اعلام تعارض «بر اساس مندرجات دادخواست و اسناد و مدارک و سایر خصوصیات منعکس در هر پرونده انشاء رأی شده است و تفاوت مدلول آنها مبتنی بر استنباط متفاوت از حکم واحد قانون‌گذار به نظر نمی‌رسد.»^۳ در این باره، با توجه به رویه هیأت عمومی دیوان، آراء موضوع تعارض باید از جهات زیر با هم مشابه باشند:

اول - تشابه در موضوع خواسته: بدین معنا که در آراء موضوع تعارض باید در خصوص خواسته واحدی تصمیم‌گیری شده باشد. بر همین اساس، به طور مثال، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۳۳۹ - ۳۳۸ مورخ ۱۳۹۲/۵/۱۴ مقرر داشته است که: «نظر به اینکه خواسته شاکی در پرونده ... شعبه اول دیوان عدالت اداری ابطال بخشنامه‌های ... وزارت آموزش و پرورش بوده است، لیکن شعبه مذکور در خصوص استحقاق شاکی در برخورداری از پاداش مناطق محروم اتخاذ تصمیم کرده است و به لحاظ موضوع، شکایت و خواسته شکات در پرونده‌های شعبه دهم دیوان

۱. دادنامه شماره ۷۱/۱۲۳ مورخ ۱۳۷۱/۶/۲۱.

۲. صدرالحفاظی، سید نصراله، نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، تهران، نشر شهریار، ۱۳۷۲، ص. ۳۹۳.

۳. دادنامه شماره ۴۷۰ مورخ ۱۳۹۲/۷/۲۲ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری.

عدالت اداری مطالبه پاداش مناطق محروم بوده است، بنابراین به لحاظ تفاوت خواسته‌ها موضوع از مصادیق آراء معارض ... تشخیص نمی‌شود.» همچنین در دادنامه شماره ۸۷/۳۳۳ مورخ ۱۳۸۷/۵/۱۳ اشعار داشته است: «نظر به اینکه خواسته شاکی در پرونده ... شعبه ۲۶ مبنی بر الزام شهرداری به اصلاح پایان کار و ابطال نامه شماره ... و خواسته شاکیان در دو پرونده دیگر اعتراض به رأی کمیسیون تجدیدنظر ماده ۱۰۰ قانون شهرداری بوده و دادنامه‌های پرونده‌های مذکور با توجه به موضوع خواسته و اسناد و مدارک متفاوت صادر شده است و تفاوت مدلول آنها مبتنی بر استنباط معارض از حکم واحد قانون‌گذار نیست، بنابراین موضوع از مصادیق بند ۲ ماده ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری محسوب نمی‌شود»^۱.

از دلایلی که با توجه به رویه هیأت عمومی دیوان، تشابه در خواسته‌های شکات در پرونده‌های موضوع تعارض اهمیت دارد آن است که ممکن است عنوان خواسته یکی از پرونده‌ها قابل رسیدگی در واحد دولتی طرف شکایت باشد و در نتیجه یک شعبه دیوان به دلیل خودداری واحد دولتی از انجام وظیفه خود حکم به تأیید شکایت شاکی صادر نماید؛ حال آنکه خواسته مذکور در پرونده دیگر با توجه به اینکه به نوع دیگری بیان شده، متوجه واحد دولتی طرف شکایت نباشد و در نتیجه شعبه دیوان رأی به رد شکایت شاکی صادر کند. به طور مثال، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با توجه به اینکه در یکی از پرونده‌های موضوع تعارض،^۲ شکایتی به طرفیت سازمان نوسازی و تجهیز مدارس کشور با موضوع خواسته الغاء تغییر کاربری اداری به مسکونی مطرح شده بود و حال آنکه سازمان طرف شکایت سمتی در این خصوص نداشت و لذا شعبه رأی به رد شکایت صادر کرد، در حالی که در پرونده دیگر یک شعبه دیوان با توجه به عنوان خواسته شاکی حکم به الزام مشتکی عنه به رفع ممانعت از استیفاء حقوق مالکانه شاکی برای احداث ساختمان و تحصیل پروانه صادر نموده بود، مقرر داشت که «اختلاف مدلول دادنامه‌های فوق‌الذکر ناشی از اختلاف در موضوع شکایت و خواسته و سایر محتویات هر پرونده است و مبتنی بر استنباط معارض از حکم واحد قانون‌گذار در خصوص مورد نیست. بنابراین آراء فوق‌الاشعار از مصادیق آراء متناقض ... محسوب نمی‌شود».

۱. این هیأت همچنین در دادنامه شماره ۷۳/۱۰۷ مورخ ۱۳۷۳/۹/۱۲ مقرر داشته است: «دادنامه شماره ۱۲۷۲ مورخ ۱۳۷۲/۸/۱۷ مبنی بر صدور قرار عدم صلاحیت به اعتبار شایستگی دادگاه حقوقی دادگستری در دعوی اعتراض به نظر و تصمیم کمیسیون موضوع ماده ۱۲ قانون زمین شهری در باب نوع زمین با دادنامه شماره ۱۳۹۲ مورخ ۱۳۷۲/۹/۶ مشعر بر رد شکایت شاکی در دعوی مطروحه به خواسته ابطال تملک زمین مورد ادعا توسط اداره زمین شهری دارای وحدت موضوعی نمی‌باشد، و مفاد آنها متضمن استنباط متفاوت و مغایر از حکم واحد قانونی نیست. بنابراین قضیه از مصادیق آراء متناقض ... شناخته نمی‌شود.»

۲. دادنامه شماره ۸۲/۱۵۳ مورخ ۱۳۸۲/۴/۲۲.

دوم - تشابه در طرف شکایت، که البته در صورتی شرط است که تفاوت در طرف شکایت، تفاوت در احکام مربوط به هر کدام را موجب شود؛ همچنان که به طور مثال، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۸۷/۳۱۰ مورخ ۱۳۸۷/۵/۶ «با عنایت به اینکه طرف شکایت پرونده ... شعبه دوم اداره بازنشستگی وزارت آموزش و پرورش و در پرونده ... شعبه بیست و دوم سازمان بازنشستگی کشوری بوده و دادنامه‌های فوق‌الذکر با توجه به وظایف و مسئولیت‌های متفاوت اداره بازنشستگی وزارتخانه و سازمان مزبور انشاء شده» بود، قائل به این شد که «کلیه شرایط لازم برای احراز وجود تناقض ... محقق نشده است، بنابراین تفاوت مدلول آنها معلول استنباط معارض از حکم واحد قانون‌گذار نمی‌باشد و موضوع از مصادیق آراء متناقض ... محسوب نمی‌شود.»

سوم - تشابه در شرایط خواهان، چراکه ممکن است تفاوت در شرایط خواهان‌ها، تفاوت در احکام مربوط به آنها را موجب شود؛ همچنان که هیأت عمومی دیوان در رأی وحدت رویه شماره ۷۲۹ مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۲۳ یکی از آراء موضوع درخواست اعلام تعارض را به لحاظ شرایط شاکی آنکه متفاوت از شرایط سایر شکات پرونده‌ها بوده، از موضوع تعارض خارج نموده است. همچنین هیأت مذکور در چند دادنامه،^۱ با توجه به وضعیت استخدامی شاکی و در نتیجه وجود یا فقدان شرایط لازم برای شمول قوانین و مقررات استخدامی نسبت به شکات، و در دادنامه شماره ۸۳/۱۷۱ مورخ ۱۳۸۳/۵/۴، با توجه به شرایط خاص شاکی یکی از پرونده‌ها از جمله قطعیت استخدام رسمی وی و در دادنامه شماره ۷۹/۱۳۵ مورخ ۱۳۷۹/۴/۵، با ملاحظه تفاوت تاریخ بازنشستگی شاکیان و مقررات معتبر در تاریخ بازنشستگی آنان و در دادنامه شماره ۸۸/۱۷۸ مورخ ۱۳۸۸/۲/۲۷، با توجه به تفاوت در تاریخ اخذ مدرک تحصیلی شکات و در نتیجه، مقررات حاکم بر طرح طبقه‌بندی مشاغل در تاریخ ارائه مدارک تحصیلی مذکور، تفاوت مدلول آراء را مبتنی بر استنباط معارض از حکم واحد قانون‌گذار تشخیص نداده و موضوع را از مصادیق آراء متعارض به شمار نیاورده است. علاوه بر این در دادنامه شماره ۸۷/۶۹ مورخ ۱۳۸۷/۲/۸، این هیأت با توجه به موقعیت وقوع املاک شاکیان در محدوده و خارج از محدوده طرح مصوب و احکام قانونی مترتب بر هر مورد و در دادنامه شماره ۸۵/۷۵۳ مورخ ۱۳۸۵/۱۱/۱۵، با توجه به محل وقوع متفاوت شرکت‌های خواهان، قائل به شرایط متفاوت خواهان‌ها شده و در نتیجه، موضوع را از مصادیق آراء متعارض محسوب ننموده است. هیأت عمومی دیوان در دادنامه شماره ۷۱/۳۶ مورخ ۱۳۷۱/۴/۲ هم مقرر داشته است: «نظر به اینکه دادنامه ... شعبه هفتم دیوان عدالت

۱. دادنامه‌های شماره ۴۲۹ - ۴۲۸ مورخ ۱۳۹۲/۷/۱ و شماره ۹۴۳ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۱ و شماره ۵۷۴ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۱۵.

اداری با توجه به دلایل و مستندات موجود در پرونده و احراز رابطه استخدامی بین طرفین اختلاف بر اساس قانون کار صادر شده و در پرونده ... شعبه نهم دیوان عدالت اداری وجود علقه استخدامی کارگری و کارفرمایی بین طرفین مورد بحث محرز نگردیده است لذا رأی ... شعبه نهم دیوان عدالت اداری تناقضی با آرای صادره از شعبه هفتم دیوان ندارد.»

البته در اینجا با توجه به رویه هیأت عمومی دیوان این نکته را می‌توان خاطر نشان کرد که در مواردی که قانون‌گذار برای طرح دعوا در دیوان قائل به مهلت شده است، «تفاوت شرایط شکات از حیث تاریخ تقدیم دادخواست و آثار مترتب بر آن» هم از جهاتی خواهد بود که هیأت عمومی دیوان را به عدم تشخیص تعارض بین آراء موضوع اعلام تعارض سوق می‌دهد. با این توصیف، چنانچه یک شعبه، با لحاظ اینکه شاکی در مهلت قانونی دادخواهی نموده و نقض رأی قطعی مرجع اختصاصی اداری را خواستار شده است، حکم به نقض رأی مورد اعتراض داده باشد؛ حال آنکه شعبه دیگری، چون شاکی خارج از مهلت مقرر در قانون به دیوان دادخواهی نموده است، به دلیل عدم صلاحیت رسیدگی به موضوع، شکایت را رد نموده باشد، موضوع از مصادیق تعارض آراء نخواهد بود؛ همچنان که هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رابطه با شکایت از آراء قطعی هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری بیان داشته است که «به لحاظ تفاوت شرایط شکات از حیث تاریخ تقدیم دادخواست و آثار مترتب بر آن موضوع از مصادیق تعارض آراء مصرح در بند ۲ ماده ۱۲ و ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ تشخیص نمی‌شود.»^۱

چهارم - تشابه در اسباب رأی، یعنی مجموع اموری که مبنا و اساس حکم را تشکیل می‌دهد و آن را موجه می‌سازد که شامل نص صریح یا دلالت ضمنی یکی از قوانین یا ادله خارجی از قبیل اقرار، اسناد، شهادت شهود و امارات است.^۲ بر این اساس، به طور مثال زمانی که در یک پرونده، یکی از شعب دیوان با توجه به احراز رعایت مقررات قانونی توسط واحد دولتی طرف شکایت در اقدامات اداری، حکم به رد شکایت صادر می‌کند، حال آنکه شعبه دیگر با توجه به عدم رعایت ضوابط مقرر در مقررات قانونی حاکم، با احراز موجه بودن خواسته شاکی، حکم به ابطال اقدامات واحد دولتی طرف شکایت می‌دهد؛^۳ زمانی که یک شعبه به دلیل ضرورت وجود مجوز قانونی برای انجام یک وظیفه قانونی و تحقق آن حکم به ورود شکایت شاکی و الزام دستگاه اجرایی به انجام وظیفه قانونی خود صادر می‌نماید، حال

۱. دادنامه شماره ۳۸۲ مورخ ۱۳۹۲/۶/۴.

۲. کاتوزیان، ناصر، اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی، چاپ پنجم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۶، ص. ۱۶۳.

۳. دادنامه شماره ۴۷۰ مورخ ۱۳۹۲/۷/۲۲.

آنکه شعبه‌ای دیگر به دلیل عدم تحقق مجوز قانونی، امتناع از انجام وظیفه توسط مرجع اداری را محرز تشخیص نمی‌دهد و حکم به رد شکایت شاکی صادر می‌نماید؛^۱ زمانی که یک شعبه با این استدلال که مصوبه دولتی لغو شده، حکم به غیر وارد دانستن شکایت صادر نماید، حال آنکه شعبه دیگر با لحاظ نمودن همان مصوبه در حکم خود، حکم به وارد دانستن شکایت صادر می‌کند؛^۲ زمانی که یک شعبه دیوان، شکایت شاکی را به دلیل عدم اقامه دلیلی که موجب نقض تصمیم یا رأی مرجع اداری شود، رد می‌کند، حال آنکه شعبه دیگر با توجه به دلایل ابرازی شاکی، شکایت را وارد می‌داند؛^۳ زمانی که یک شعبه دیوان به لحاظ اعتراض به رأی غیر قطعی کمیسیون ماده صد قانون شهرداری قرار رد شکایت صادر می‌کند؛ در حالی که شعبه دیگر به لحاظ عدم ارائه مستندات معتبر از طرف شاکی مبنی بر نقض قوانین و مقررات توسط کمیسیون صادرکننده رأی مورد اعتراض، شکایت شاکی را رد می‌کند؛^۴ زمانی که شعب دیوان با توجه به اینکه هسته‌های گزینش به ترتیب در خارج و داخل مدت دو سال به عدم صلاحیت مستخدم اظهار نظر نموده است، آراء متفاوتی صادر می‌نمایند؛^۵ و همچنین زمانی که آراء موضوع اعلام تعارض با توجه به خصوصیات پلاک‌های مستقل از یکدیگر و تخلفات ساختمانی متفاوت صادر شده‌اند نمی‌توان قائل به تعارض آراء صادره از شعب دیوان شد.

نکته‌ای که در اینجا باید با توجه به رویه هیأت عمومی دیوان خاطرنشان نمود این است که «نظر و تشخیص قاضی در تعیین ارزش و اعتبار دلایل مثبت ادعا از مقوله استنباط متفاوت و متضاد از حکم واحد نمی‌باشد»، همچنان که در دادنامه شماره ۷۲/۱۹۰ مورخ ۱۳۷۲/۱۱/۲، هیأت عمومی دیوان، دادنامه شعبه چهارم مبنی بر تأیید استحقاق شاکی به دریافت حق صعوبت ناشی از محیط کار و دادنامه شعبه هشتم دیوان مشعر بر رد ادعای شاکی دیگر را مبتنی بر قوت و ضعف مدارک و مستندات ارائه شده در هر مورد دانسته و نکته فوق را بیان داشته است و یا در دادنامه شماره ۷۲/۱۷۹ مورخ ۱۳۷۲/۱۰/۱۱، این هیأت دادنامه شعبه ۱۲ دیوان مبنی بر تأیید استحقاق شاکی راجع به احتساب سابقه خدمت مورد ادعا و دادنامه شعبه ۱۸ دیوان مشعر بر رد ادعای

۱. دادنامه شماره ۸۰۲ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۲.

۲. دادنامه شماره ۵۸۳ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۲۲.

۳. دادنامه شماره ۴۷۴ مورخ ۱۳۹۲/۷/۲۲.

۴. دادنامه شماره ۸۶/۴۰ مورخ ۱۳۸۶/۲/۲.

۵. دادنامه شماره ۷۱/۳۷ مورخ ۱۳۷۱/۴/۹؛ همچنین ر. ک: دادنامه شماره ۸۶/۱۶۴ مورخ ۱۳۸۶/۳/۱۳ که به موجب آن، آراء موضوع اعلام تعارض که با توجه به اظهار نظرهای متفاوت واحد گزینش انشاء شده بودند، از مصادیق آراء متعارض تشخیص داده نشدند.

۶. دادنامه شماره ۸۵/۸۵ مورخ ۱۳۸۵/۲/۲۴.

شاکی در زمینه احتساب سابقه خدمت مورد نظر را که با عنایت به ارزش و اعتبار دلایل و مدارک ابرازی و کفایت و عدم کفایت مستندات مذکور در جهت اثبات و احراز ادعا صادر شده است، به دلیل اینکه نظر و تشخیص قاضی در تعیین ارزش و اعتبار دلایل و مدارک از مصادیق استنباط متفاوت و متضاد از حکم قانونی واحد در خصوص مورد نیست، از مصادیق آراء متعارض محسوب نکرده است. در دادنامه شماره ۹۴-۹۳/۶۲-هـ - ۴ مورخ ۱۳۶۳/۹/۱۲ نیز این هیأت مقرر داشته است که: «با توجه به اینکه رأی ... صادره از شعبه سوم دیوان دلایل و مدارک ارائه شده را کافی برای تأیید شکایت ندانسته و در آراء صادره از شعب هشتم و نهم دیوان عدالت اداری دلایل و مدارک استنادی منضم پرونده، کافی تشخیص داده شده است از جهت استنباط از دلایل از مصادیق ماده ۲۰ قانون دیوان به عنوان معارض تشخیص نگردیده است.»^۱

نکته دوم هم که باید متذکر شد اینکه اعتبار متفاوت اسناد و ادله‌ای که برای صدور رأی در هر یک از پرونده‌ها از سوی شکات ارائه شده نیز می‌تواند شرایط متفاوتی را برای آراء موضوع اعلام تعارض رقم بزند؛^۲ همچنان که هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۸۵/۸۰۴ مورخ ۱۳۸۵/۱۲/۶ خود «با عنایت به تفاوت اعتبار مدارک مورد استناد شاکیان از حیث رسمی و عادی بودن آنها و اینکه مدلول دادنامه‌های مذکور مبتنی بر اسناد ارائه شده مذکور بوده و معلول استنباط معارض از حکم واحد قانون‌گذار نیست»، بنابراین مورد را از مصادیق آراء متعارض تشخیص نداد.

و نکته آخر و مهم‌تر اینکه با توجه به ضرورت تشابه مبانی و علل و اسباب صدور آراء، دادنامه‌های موضوع اعلام تعارض نمی‌تواند شامل دستور موقت و رأی صادره از شعبه در یک پرونده باشد؛ چراکه مبنای قبول یا رد تقاضای دستور موقت، تشخیص ضرورت و فوریت توقف اجرای تصمیم یا اقدام معترض عنه با عنایت به تعذر و تعسر جبران خسارات ناشی از اجرای آنها است و صدور آن به معنای ذیحق تشخیص دادن خواهان نیست و حال آنکه دادنامه نهایی با توجه به ذیحق بودن یا نبودن خواهان نسبت به موضوع دعوا صادر می‌شود و لذا به استناد دادنامه شماره ۸۵/۵۶۸ مورخ ۱۳۸۵/۸/۱۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری: «نظر به اینکه قبول یا رد تقاضای دستور موقت تأثیری در اساس قضیه و مفاد دادنامه صادره ندارد و اصولاً مبانی قبول یا رد تقاضای صدور دستور موقت با علل و اسباب دادنامه صادره در قضیه مطروحه متفاوت می‌باشد، بنابراین فرض تعارض قانونی بین دو عنوان قانونی فوق‌الذکر منتفی است و موضوع از مصادیق آراء متناقض ... محسوب نمی‌شود.»

۱. همچنین نگاه کنید به دادنامه شماره ۷۲/۲۰ مورخ ۱۳۷۲/۲/۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری.

۲. دادنامه شماره ۸۷/۱۹۳ مورخ ۱۳۸۷/۳/۲۶.

پنجم - تشابه در مستندات رأی، یعنی قوانین و مقرراتی که حکم شعب دیوان به استناد آن صادر می‌شود. در این باره، به طور مثال، در رویه هیأت عمومی دیوان می‌توان به دادنامه شماره ۸۷/۵۲ مورخ ۱۳۸۷/۲/۱ اشاره نمود که در آن، نظر به اینکه «مستند تملک زمین شاکی در پرونده ... شعبه بیست و دوم دیوان، لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ و مجوز تملک زمین مورد ادعای شاکی در پرونده ... شعبه پنجم تجدیدنظر، موات شناختن زمین مذکور بر اساس رأی کمیسیون ماده ۱۲ قانون اراضی شهری مصوب ۱۳۶۰/۱۱/۲۷ بوده که بعداً به حکم دادگاه ذیصلاح غیر موات اعلام شده و با این وصف شکایت هر یک از شاکیان مشمول احکام قانونی متفاوت در باب کیفیت پرداخت بهای اراضی تملک شده بوده»، از مصادیق آراء متعارض به شمار نیامده است. در اینجا ذکر این نکته هم با توجه به رویه هیأت عمومی دیوان ضروری به نظر می‌آید که لزوماً آراء موضوع اعلام تعارض نمی‌بایست از یک سو مبنی بر ورود و از سویی دیگر مبنی بر رد شکایت باشند تا بتوان بین آنها قائل به وجود تعارض شد، بلکه ممکن است ادعای تعارض بین آرای که بر وارد بودن شکایت شاکیان نیز رقم خورده است، مطرح شود که در این صورت چنانچه این آراء استنباط‌های متفاوتی از مقررات واحد قانونی به شمار آیند، مورد از مصادیق آراء متعارض خواهد بود. در این باره به طور مثال می‌توان به رأی وحدت رویه شماره ۲۸ مورخ ۱۳۹۱/۱/۲۸ اشاره نمود که در آن بین دو رأی بر ورود شکایت اعلام تعارض شد که در هر یک از آنها با پذیرش اصل استحقاق شاکی به برخورداری از فوق‌العاده کار با اشعه، تاریخ‌های متفاوتی مورد حکم قرار گرفت و هیأت قائل به وجود تعارض درباره آنها و صدور رأی وحدت رویه شد. همچنین هیأت عمومی دیوان در دادنامه شماره ۸۷/۷۸۲ مورخ ۱۳۸۷/۱۱/۷ به شرط تفاوت بین دادنامه‌های مبتنی بر ورود شکایت به منظور احراز تعارض اشاره می‌نماید و لذا تشابه در نتیجه و منطوق حکم صادره را دلیل بر عدم شناسایی تعارض بین آراء موضوع اعلام تعارض نمی‌داند. دادنامه مزبور اشعار می‌دارد: «در خصوص شکایت ... بخواسته اعلام تعارض آراء صادره از شعب دیوان عدالت اداری ...، نظر به اینکه دادنامه‌های فوق‌الذکر مبتنی بر ورود شکایت می‌باشند و متضمن قیدی در خصوص احصاء حقوق و مزایای قابل پرداخت ایام بلا تکلیفی نمی‌باشند و تفاوتی فی‌مابین آنها ملاحظه نمی‌گردد، بنابراین موضوع از مصادیق آراء متناقض مقرر ... محسوب نمی‌شود.»

۴. جهات تعارض در آراء شعب دیوان عدالت اداری

از آنجا که قوانین و مقررات حاکم بر دستگاه‌های اداری همواره مبتنی بر شرایط و مقتضیات متغیر جامعه، در حال تغییر و تحول هستند و همچنین تفسیر مقامات و

مأمورین اداری از قوانین و مقررات موجود تابعی از درک آنها از مصالح اداری و خدمات عمومی است، لذا قضات دیوان عدالت اداری که همواره باید قانون و رعایت حدود اختیارات مقامات اداری را ملاک عمل خود قرار دهند، ممکن است برخلاف فضای حاکم بر روابط تابع حقوق خصوصی، در گستره بیکران حقوق عمومی و به طور خاص حقوق اداری با تضادهایی جدی میان حق و مصلحت مواجه شوند که تصمیم‌گیری‌های آنان را سخت و دشوار سازد و چه بسا قضات دیوان را به اختلاف نظر در خصوص موضوعات مختلف سوق دهد. لذا علل و جهاتی که می‌توانند با توجه به رویه قضایی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، تعارض بین آراء شعب دیوان را شکل دهند متعدد و متنوع می‌باشند؛ اما از آن جمله می‌توان به طور نمونه به موارد ذیل اشاره کرد.

۱-۴. اختلاف در تشخیص صلاحیت دیوان نسبت به موضوع دعوا با توجه به مقررات موجود

بدین معنا که شعبی از دیوان طبق مقررات حاکم، موضوعی را در صلاحیت دیوان تشخیص می‌دهند، حال آنکه سایر شعب با استنباطی متفاوت، موضوع را در صلاحیت دیوان تشخیص نمی‌دهند و دعوا را قابل استماع نمی‌دانند؛ به طور مثال می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

الف - زمانی که با توجه به استدلال مصرح در رأی شماره ۶۵۸ مورخ ۱۳۸۱/۱۰/۲۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، برخی از شعب دیوان عدالت، رسیدگی به اعتراض از تصمیمات شورای تأمین در خصوص تابعیت اشخاصی را که تابعیت ایرانی آنها مورد تردید واقع می‌شود، در صلاحیت دادگاه‌های عمومی تشخیص داده و قرار عدم صلاحیت به اعتبار صلاحیت دادگاه‌های عمومی صادر می‌کنند و حال آنکه برخی شعب دیگر با اعلام صلاحیت خود، مبادرت به رسیدگی به موضوع می‌نمایند.^۱

ب - زمانی که شعبی از دیوان به استناد ماده ۱۵۷ قانون کار که رسیدگی به اختلافات فیما بین کارگر و کارفرما را در صلاحیت هیأت‌های موضوع ماده مذکور دانسته و لذا تنها در صورتی که شاکی بعد از صدور رأی توسط هیأت‌های مذکور به آن اعتراض داشته باشد اعتراض به این آراء را در دیوان عدالت اداری قابل رسیدگی می‌دانند، طرح دعوا به صورت ابتدایی و قبل از طرح آن در هیأت‌های فوق را قابل استماع ندانند، حال آنکه شعب دیگر با توجه به اینکه خواسته شکات منصرف از حدود وظایف و اختیارات هیأت‌های تشخیص و حل اختلاف مصرح در

۱. ر.ک: رأی وحدت رویه شماره ۸۰۱، ۸۰۲ و ۸۰۳ مورخ ۱۳۹۳/۴/۲۳.

ماده ۱۵۷ قانون کار است، مبادرت به رسیدگی و اظهارنظر نمایند، که در این صورت موضوع از مصادیق احراز تعارض در آراء خواهد بود.^۱

ج - زمانی که شعبه‌ای از دیوان، پیش از رسیدگی به شکایت شاکی در کمیسیون موضوع ماده ۱۶ قانون تسهیلات استخدامی و اجتماعی جانبازان انقلاب اسلامی مصوب سال ۱۳۷۴، به شکایت شاکی در دیوان رسیدگی کند و حال آنکه شعبه دیگر دیوان عدالت، دیوان را پیش از رسیدگی به موضوع شکایت و خواسته در کمیسیون مذکور صالح نداند؛^۲

د - در صورتی که شعبه‌ای شکایت از تصمیمات شورای عالی حفاظت فنی وزارت کار را از مصادیق صلاحیت دیوان عدالت اداری به شرح مقرر در بند ۲ ماده ۱۳ قانون دیوان مصوب ۱۳۸۵ نداند و قرار رد شکایت صادر کند ولی شعب دیگر، دیوان را صالح در رسیدگی به تصمیمات شورای مذکور بدانند و مبادرت به نقض تصمیمات مزبور نمایند.^۳

ه - اختلاف در تشخیص صلاحیت دیوان نسبت به مؤسسات و نهادهایی که خصوصی‌سازی شده‌اند، که از جمله موارد دیگری است که اخیراً به موجب رأی وحدت رویه شماره ۱۵۱ و ۱۵۲ مورخ ۱۳۹۳/۲/۲۹ مورد تصمیم‌گیری قرار گرفته است. هیأت عمومی در رأی مذکور بیان داشته است که: «نظر به اینکه در ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ که صلاحیت و حدود اختیارات دیوان عدالت اداری را ذکر کرده است، رسیدگی به شکایات به خواسته نقض تصمیمات واحدهای خصوصی به عنوان صلاحیت دیوان عدالت اداری پیش‌بینی نشده است و بیش از ۵۰ درصد سهام بانک‌های صادرات و ملت در سال‌های ۱۳۸۸ و ۱۳۸۷ به بخش خصوصی واگذار شده است، بنابراین در رسیدگی به شکایات اشخاص به خواسته نقض آراء کمیته‌های انضباطی بانک‌های مذکور شعب دیوان عدالت اداری صلاحیت ندارند و رأی شماره ... شعبه چهاردهم و رأی ... شعبه بیست و یکم دیوان عدالت اداری که دیوان عدالت اداری را صالح به رسیدگی به خواسته شکات ندانسته‌اند صحیح و موافق مقررات تشخیص می‌شود.»

۲-۴. اختلاف در تعیین دایره شمول حکم قانون‌گذار

یعنی شعب دیوان در شمول یک مقرر قانونی نسبت به موضوعات، اشخاص، زمان‌ها یا مکان‌های گوناگون رویه‌های مختلفی اتخاذ کنند و در نتیجه، یک شعبه با

۱. رأی وحدت رویه شماره ۴۸۴ مورخ ۱۳۹۲/۷/۲۹.

۲. رأی وحدت رویه شماره ۷۱۲ و ۷۱۳ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۱.

۳. رأی وحدت رویه شماره ۴۸۳ مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۱۰.

این استنباط که یک مقرر قانونی شامل دسته‌ای از موارد فوق می‌شود یا نمی‌شود، حکم به ورود صادر نماید و حال آنکه شعبه‌ای دیگر با استنباطی متفاوت، حکم به رد شکایت صادر کند. به طور مثال، در رأی وحدت رویه شماره ۵۸۷ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۲۲، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مقرر داشته است: «نظر به اینکه مطابق ماده ۱۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶/۷/۸، اعضاء هیأت علمی از شمول قانون مستثنی اعلام شده‌اند و احکام بازنشستگی شکات پرونده‌های موضوع تعارض مستند به ماده ۱۰۳ قانون یاد شده صادر شده است، بنابراین به لحاظ عدم امکان شمول قانون مدیریت خدمات کشوری بر اعضاء هیأت علمی، احکام بازنشستگی که مستند به ماده ۱۰۳ قانون مذکور صادر شده فاقد وجاهت قانونی است و احکام صادر شده از شعب دیوان عدالت اداری در رأی بر وارد دانستن شکایت شکات از حیث عدم وجاهت قانونی استناد به قانون مدیریت خدمات کشوری در بازنشستگی اعضاء هیأت علمی صحیح و موافق قانون است.»

همچنین در رأی وحدت رویه شماره ۱۰۶۵ و ۱۰۶۶ مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۲۶، هیأت مذکور اشعار داشته است: «با توجه به اینکه مطابق بند الف ماده ۵۹ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۷۹، سازمان امور مالیاتی کشور به عنوان موسسه دولتی، زیر نظر وزیر امور اقتصادی و دارایی اعلام شده است و در مصوبه شماره ۱۲۴۳۲۰/ت۴۷۰۲۲ هـ - ۱۳۹۰/۶/۲۱ هیأت وزیران، پرداخت فوق‌العاده ویژه مشاغل ذی‌حسابی، حسابرسی و حسابداری در وزارت امور اقتصادی و دارایی به نحو اطلاق تجویز شده است و اطلاق عنوان وزارت امور اقتصادی و دارایی شامل سازمان امور مالیاتی کشور که زیرمجموعه آن وزارت است نیز می‌شود و مآلاً دارندگان مشاغل مذکور در مصوبه هیأت وزیران که در سازمان امور مالیاتی کشور اشتغال دارند، استحقاق دریافت فوق‌العاده ویژه مزبور را خواهند داشت و آرای شعب دیوان عدالت اداری به شرح مندرج در گردش کار که مبتنی بر این استدلال بر وارد دانستن شکایات صادر شده است صحیح و موافق مقررات تشخیص می‌شود.»

در رابطه با اختلاف در تشخیص قلمرو مکانی حکم قانون‌گذار به طور مثال می‌توان به رأی وحدت رویه شماره ۲۰۷ مورخ ۱۳۸۹/۶/۱ اشاره نمود که به موجب آن، با وجود اینکه ماده ۹ قانون زمین شهری در شهرهایی قابل اجرا است که نامشان در فهرست پیوست قانون درج شده باشد، در حالی که شهر آباده در آن فهرست قرار نداشته، شعب دیوان در رابطه با وجاهت قانونی اقدامات تملکی در اجرای ماده قانونی مذکور و تبصره ۶ ذیل آن در این شهر دچار اختلاف نظر شدند.

۳-۴. اختلاف در تشخیص متفرعات حکم قانون‌گذار

بدین معنا که قانون‌گذار حکمی را صادر کرده که شرایط و لوازم یا آثار و فروعی می‌تواند داشته باشد، مانند حکم به برخورداری کارمندانی که با اشعه سر و کار دارند از یک ماه مرخصی بیشتر در هر سال که در اینجا این ابهام ممکن است مطرح شود که آیا این مرخصی هم قابل ذخیره خواهد بود یا نه؟ این ابهام می‌تواند اختلاف نظر شعب دیوان را در پی داشته باشد؛ همچنان که در این باره در جریان تعارض بین آراء شعب پنجم و ششم و شعبه دوم تشخیص دیوان، هیأت عمومی در رأی وحدت رویه شماره ۴۳۵ مورخ ۱۳۹۳/۳/۱۹ مقرر داشته است: «نظر به اینکه در بند ۲ ماده ۲۰ قانون حفاظت در برابر اشعه مصوب سال ۱۳۶۸، برای افرادی که به طور مستمر به کار با اشعه اشتغال داشته باشند افزایش میزان مرخصی استحقاقی سالیانه تا یک ماه در سال برای مدت اشتغال به کار با اشعه پیش‌بینی، مقرر شده استفاده از مرخصی سالیانه در این گونه موارد در طول هر سال اجباری باشد، و این امر بیانگر آن است که مستخدم موضوع قانون، لزوماً باید از مرخصی مذکور استفاده کند و این مرخصی قابلیت ذخیره‌سازی ندارد. با توجه به مراتب، آراء صادر شده به غیر وارد دانستن شکایت به شرح مندرج در گردش کار که مبین عدم ذخیره‌سازی مرخصی موضوع بند ۲ ماده ۲۰ قانون حفاظت در برابر اشعه مصوب سال ۱۳۶۸ می‌باشد و به رد شکایت شاکیان صادر شده است صحیح و موافق مقررات تشخیص می‌شود.»

۴-۴. اختلاف در تشخیص بقاء یا نسخ حکم قانون‌گذار

در مواردی ممکن است که یک شعبه دیوان با توجه به مقررات جدید، قائل به نسخ صریح یا ضمنی حکم قبلی قانون‌گذار شود و بر مبنای مقررات جدید شکایت شاکی را وارد تشخیص ندهد؛ حال آنکه نظر شعبه دیگر، بر بقای حکم قانون‌گذار بوده و بر اساس آن حکم صادر نماید. در این باره به طور مثال در رأی وحدت رویه شماره ۹۴ - ۱۱۳ مورخ ۱۳۹۳/۱/۲۵ آمده است: «با توجه به اینکه در ماده ۶۸ قانون مدیریت خدمات کشوری مقرر شده است، علاوه بر پرداخت‌های موضوع ماده ۶۵ و تبصره‌های آن و ماده ۶۶ که حقوق ثابت تلقی می‌گردد، در ۱۰ بند فوق‌العاده‌هایی به کارمندان قابل پرداخت می‌باشد و در ماده ۱۲۷ قانون مذکور، کلیه قوانین و مقررات عام و خاص مغایر با این قانون به جز قانون بازنشستگی پیش از موعد لغو شده است، بنابراین با حاکمیت فصل دهم قانون مدیریت خدمات کشوری از تاریخ ۱۳۸۸/۱/۱، پرداخت فوق‌العاده سختی شرایط محیط کار و فوق‌العاده جذب کارشناسان بهداشت کار موضوع آیین‌نامه شماره ۱۱۶۱۵/ت/۲۶۷۳۴ هـ - ۱۳۸۳/۶/۲۱ هیأت وزیران و اصلاح بعدی آن مصوب هیأت وزیران، وجاهت قانونی ندارد و رأی ... شعبه چهارم دیوان عدالت اداری که مبتنی بر استدلال یاد شده بر رد شکایت صادر شده است، صحیح و موافق مقررات تشخیص می‌شود.»

۵-۴. اختلاف در تشخیص عطف به ماسبق شدن یا نشدن قانون حاکم بر دعوا

بدین صورت که یک شعبه دیوان قائل به عطف به ماسبق شدن یک حکم قانونی می‌شود و لذا درخواست شاکی مبنی بر استحقاق برخورداری از یک حق را وارد تشخیص می‌دهد؛ حال آنکه شعبه‌ای دیگر قائل به عطف به ماسبق شدن مقرر مزبور نیست و بدین ترتیب استنباط متفاوتی از قانون ارائه می‌نماید و در نتیجه حکم به رد شکایت شاکی صادر می‌کند؛ در این باره به طور نمونه می‌توان به رأی وحدت رویه شماره ۶۶۶ و ۶۶۷ مورخ ۱۳۹۲/۹/۲۵ هیأت عمومی دیوان عدالت اشاره نمود که مقرر می‌دارد: «مطابق بند ث ماده ۲ قانون استخدام کشوری مصوب سال ۱۳۴۷، مستخدمان تابع مقررات استخدامی نیروهای مسلح از نظر استخدامی تابع مقررات خاص خود هستند. نظر به اینکه به موجب نامه شماره ۸۲/۵-۳۳/۲۸۰ م/ف ک - ۱۳۹۲/۶/۲۱ رئیس دفتر فرمانده معظم کل قوا، سپاه پاسداران دارای مقررات خاص اساسنامه‌ای بوده، بنابراین از شمول قانون استخدام کشوری و حکم مقرر در بند (ج) ماده ۳۹ قانون یاد شده خارج بوده است. از طرفی در ماده ۱۵۸ قانون مقررات استخدامی سپاه پاسداران انقلاب اسلامی مصوب ۱۳۷۰/۷/۲۱، فوق‌العاده مأموریت در خارج از کشور برای مشمولان قانون یادشده پیش‌بینی شده است و این حکم به گذشته عطف نشده است. با توجه به مراتب، کارکنان سپاه پاسداران انقلاب اسلامی که قبل از قانون مقررات استخدامی سپاه پاسداران انقلاب اسلامی مصوب ۱۳۷۰/۷/۲۱، به مأموریت خارج از کشور اعزام شده‌اند، استحقاق دریافت فوق‌العاده مأموریت مندرج در این ماده قانونی را به تاریخ قبل از سال ۱۳۷۰ ندارند و آرائی که در خصوص خواسته شکات به شرح مندرج در گردش کار به رد شکایت صادر شده است صحیح و موافق مقررات است.»^۱

۶-۴. اختلاف در تشخیص صحیح وضعیت حقوقی اشخاص و قانون حاکم بر آنها

ممکن است یک شعبه دیوان به اشتباه وضعیت حقوقی خواهان را به گونه‌ای تشخیص دهد که مشمول حکم قانون‌گذار شود و یا از شمول حکم قانون‌گذار خارج

۱. همچنین ر. ک: رأی وحدت رویه شماره ۷۳۹ مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۳۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری: «نظر به اینکه قانون متعهدین خدمت به وزارت آموزش و پرورش، در سال ۱۳۶۹ به تصویب مقنن رسیده است و شکات پرونده‌های موضوع تعارض، پیش از تصویب قانون مذکور در رشته دبیری فارغ‌التحصیل شده‌اند و مشمول احکام قانون یادشده نبوده‌اند، بنابراین اعمال این قانون و احتساب فاصله خدمتی میان فارغ‌التحصیلی تا اشتغال به عنوان سابقه خدمت دولتی در مورد آنان وجاهت قانونی ندارد و رأی شعبه چهارم دیوان عدالت اداری ... که با همین استدلال به رد شکایت صادر شده است، صحیح و موافق مقررات تشخیص می‌شود.»

شود، در حالی که شعبه دیگر، وضعیت حقوقی خواهان را به درستی تشخیص دهد و حکم صحیح قانون‌گذار را در مورد وی اعمال کند؛ به طور مثال، طبق رأی وحدت رویه شماره ۶۳۰ مورخ ۱۳۹۲/۹/۱۱، اگرچه برخی شعب دیوان قائل به این بوده‌اند که مفاد قراردادهای منعقد شده بین شکات و دستگاه طرف شکایت آنها، مفید رابطه کار است و لذا اختلاف آنها قابل رسیدگی در مراجع حل اختلاف اداره کار و امور اجتماعی است، برخی شعب دیگر نظر مخالف داشته‌اند و قائل به عدم شمول قانون کار بر روابط شکات و دستگاه طرف شکایت بوده‌اند. همچنین در این باره می‌توان به رأی وحدت رویه شماره ۵۹۴ مورخ ۱۳۸۹/۱۲/۹ اشاره نمود که به موجب آن، اگرچه یکی از شعب دیوان اشتغال شخص به حسابداری در یک مؤسسه دولتی را با توجه به عدم ذکر این شغل در فهرست مشاغل موضوع تبصره ماده ۴ قانون استخدام کشوری مشمول قانون کار تشخیص نداد، اما شعب دیگر با توجه به انعقاد قرارداد کار از سوی مؤسسه دولتی با اشخاص به عنوان حسابدار قائل به شمول قانون کار بر آنها بوده‌اند.

نتیجه‌گیری

هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رویه خود استنباط متفاوت از حکم واحد قانون‌گذار و به عبارتی اختلاف در مدلول آراء صادرشده را به عنوان شاخصه تعارض بین آراء شعب قلمداد کرده و البته به موارد جمع عرفی بین آراء و رفع تعارض بدوی یا غیر مستقر بین آنها نیز توجه داشته و بر این اساس، مواردی همچون صدور دو رأی مختلف را که یکی از آنها در مرحله اول رسیدگی و دیگری بعد از پذیرش درخواست اعاده دادرسی صادر شده‌اند یا اینکه یکی از آنها قبل و دیگری بعد از صدور رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان صادر شده‌اند، از مصادیق تعارض موضوع بند (۲) ماده ۱۲ و ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان به شمار نیآورده است. هیأت عمومی دیوان در این خصوص شرایط ماهوی و شکلی متعددی را برای شناسایی تعارض آراء موضوع بند (۲) ماده ۱۲ و ماده ۸۹ قانون مذکور مورد شناسایی قرار داده است. شرایط ماهوی مذکور در رویه قضایی دیوان از جمله عبارتند از اینکه نسبت به موضوع خواسته اساساً تعیین تکلیف به عمل آمده باشد، استنباط‌های متفاوت از حکم واحد قانون‌گذار صورت گرفته باشد و تعارض مربوط به مقوله تشخیص قاضی از تناسب یا عدم تناسب تصمیم مرجع اداری با موضوع تصمیم نباشد و یا اینکه استنباط متفاوت مربوط به تعیین مصداق نباشد. همچنین آراء اعلامی از حیث مفاد متضمن معنی واحد و یک سو نباشند. شرایط شکلی موضوع مواد قانونی فوق نیز عبارتند از اینکه تعارض در رابطه با آراء صادره از سوی یک یا چند شعبه دیوان مطرح شده باشد و اینکه آراء موضوع اعلام تعارض قطعیت یافته باشند. همچنین هیأت عمومی دیوان برای تشخیص تعارض حقیقی آراء قائل به آن شده است که آراء موضوع اعلام تعارض، حداقل در موضوع و خواسته، شرایط خواهان و اسباب رأی باید با یکدیگر مشابهت داشته باشند؛ اگرچه در برخی موارد سایر مشابهت‌ها نیز اهمیت می‌یابند مانند تشابه طرف شکایت چنانچه تکلیف قانون‌گذار صرفاً متوجه دستگاه خاصی باشد و دستگاه‌های دیگر در این خصوص الزام قانونی نداشته باشند. با این توضیح، با توجه به رویه هیأت عمومی دیوان مصادیق تعارض حقیقی بین آراء شعب دیوان را در مواردی همچون اختلاف در تشخیص صلاحیت دیوان نسبت به یک موضوع، اختلاف در تعیین دایره شمول حکم قانون‌گذار، اختلاف در تشخیص متفرعات حکم قانون‌گذار، اختلاف در تشخیص بقاء یا نسخ حکم قانون‌گذار، اختلاف در تشخیص عطف به ماسبق شدن یا نشدن حکم قانون‌گذار و اختلاف در تشخیص صحیح وضعیت حقوقی اشخاص و در نتیجه قانون حاکم بر آنها می‌توان جستجو کرد.

منابع

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، کفایه الاصول، الطبعة الثانی، قم، مؤسسه آل‌البتیت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۷ق.
- انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، مجلد الرابع، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۹ق.
- سبحانی، جعفر، المحصول فی علم الاصول، الجزء الرابع، تقریر: سید محمود جلالی مازندرانی، قم، نشر مؤسسه الامام الصادق (ع)، ۱۴۱۵ق.
- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی (دوره جدید)، جلد نخست، چاپ ششم، تهران، انتشارات دراک، ۱۳۸۳.
- صدر، سید محمدباقر، بحوث فی علم الاصول (مباحث الحجج و الاصول العملیه)، الجزء الرابع، الطبعة الخامسة، تقریر: سید محمود هاشمی، قم، مرکز الغدیر للدراسات الاسلامیه، ۱۴۱۷ق.
- صدرالحفاظی، سید نصراله، نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، تهران، نشر شهریار، ۱۳۷۲.
- کاتوزیان، ناصر، اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی، چاپ پنجم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۶.
- مشکینی، علی، اصطلاحات الاصول و معظم ابحاثها، الطبعة الخامسة، قم، المطبعة الهادی، ۱۴۱۳ق.
- مطهری، مرتضی، آشنایی با علوم اسلامی، جلد اول (منطق و فلسفه)، چاپ سی و یکم، قم، انتشارات صدرا، ۱۳۸۱.
- ولیدی، محمد صالح، بایسته‌های حقوق جزای عمومی، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۸.
- هاشمی، سیدمحمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد دوم، چاپ هفتم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۲.

تفسیر قضایی در حقوق عمومی

اسدالله یآوری*

پرهام مهرآرام**

چکیده

حقوق عمومی دارای ویژگی‌های منحصر به فردی است که آن را از دیگر شاخه‌های حقوق متمایز کرده است. وجود چنین تمایزی این پرسش را بر می‌انگیزد که آیا این شاخه از حقوق دارای روش منحصر به فرد خود در تفسیر است یا خیر. در پاسخ باید گفت که حتی اگر این چنین نباشد، بعضی از روش‌های تفسیری با ماهیت حقوق عمومی بیشتر سازگار و یا حداقل در حوزه‌هایی کارآمدتر هستند. برای نمونه، ناکارآمدی‌های مکتب منشأگرا در حقوق عمومی به خصوص از نیمه دوم قرن بیستم بسیار مورد بحث بوده است. در حقوق اساسی، ماهیت خاص قانون اساسی به عنوان سندی دارای ابهامات بسیار با واژگان عام و کلی، همچنین به عنوان مهم‌ترین سند در تنظیم و توزیع قدرت و بیان حقوق بنیادین، تفسیری که مبتنی بر تعیین متن و معنا باشند را با مشکل روبه‌رو می‌کند. در حقوق اداری نیز، با توجه به تحولات بنیادینی که در اداره مدرن اتفاق افتاده است و همچنین زیر سؤال رفتن بسیاری از پیش‌فرض‌های اساسی آن مانند حاکمیت قانون و تفکیک قوا رویکردهای صرفاً منشأگرا پاسخ‌گو نیستند و امروزه گرایشی به سمت مکاتب پویاتر وجود دارد و این امری است که در توزیع قدرت در میان نهادهای قضایی، شبه قضایی و اداری نقش محوری دارد.

کلیدواژه‌ها: تعیین معنا، منشأگرایی، مکاتب پویا، تفسیر قضایی، حقوق اساسی.

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول) Yavariamir@hotmail.com

** دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی Parham_mehram@yahoo.com

تاریخ پذیرش: ۹۵/۱۰/۱۵

تاریخ دریافت: ۹۵/۰۲/۱۵

مقدمه

تفسیر در حقوق موضوعه عبارت است از تلاش مفسر در یافتن و ارائه مفهوم و قلمرو یک قاعده و یا وضعیت حقوقی. گونه‌ای از این تفسیر که تفسیر قضایی نامیده می‌شود، فرایندی است که طی آن دادرس در حدود انجام وظیفه و در جهت تعیین مدلول قاعده‌ای که نوعاً فاقد صراحت کافی است و یا تعیین حدود شمول قاعده مزبور مبادرت به شناسایی و اعمال مفهومی مشخص و معین برای آن می‌نماید. در ذیل تفسیر رسمی از قانون که وظیفه مرجع وضع قانون (به استثنای قانون اساسی که مرجع رسمی تفسیر آن نهادهای صیانت از قانون اساسی هستند) است، تفسیر قضایی در رتبه بعد از حیث اعتبار در نظم حقوقی هنجاری قرار می‌گیرد. در اهمیت و جایگاه تفسیر قضایی، به عنوان مثال، می‌توان به تفسیر هیأت عمومی دیوان عالی کشور در ایران از قانون (به منظور ایجاد وحدت رویه قضایی) اشاره کرد که در حکم قانون است. بر این اساس در فقدان تفسیر رسمی از قانون، این قاضی است که در مرحله رسیدگی به دعاوی و صدور حکم، حدود و ثغور قاعده حقوقی را عملاً و به نحو مؤثر مشخص می‌کند. بنابراین، در این موارد قاضی را می‌توان، حتی در نظام‌های حقوق نوشته، به نوعی خالق قاعده حقوقی (به ویژه در مواردی که قاضی از مکتب تفسیر واقع‌گرا - در مقابل مکتب تفسیر لفظی و ادبی - تبعیت می‌نماید) تلقی نمود. از مجموعه این متون، قوانین و مقررات حقوق عمومی است که با عنایت به جایگاه آنها در نظم هنجاری، نقش عمده و تعیین‌کننده در نظام حقوقی دارند. در واقع، این قوانین و مقررات از یک سو، به عنوان اساسنامه و مجموعه هنجاری حاکم بر ایجاد و فعالیت دولت و صلاحیت‌ها و روابط اجزا آن با یکدیگر و همچنین روابط آنها با شهروندان نمود می‌باید؛ و از سوی دیگر به عنوان مجموعه هنجارهای بنیادین نقش راهنما و راهبر و تعیین‌کننده چارچوب هنجارهای سایر شاخه‌های حقوق را ایفاء می‌کند. بر همین اساس، تفسیر قضایی (مشمول بر تفسیر محاکم عالی و تالی دادگستری، دیوان عدالت اداری و همچنین شورای نگهبان در جایگاه نهاد صیانت از قانون اساسی، هر چند نتوان آن را به معنای دقیق کلمه دادرس اساسی دانست) از این مجموعه قوانین و مقررات، بخش مهمی از موضوع و مسأله تفسیر و چارچوب، اصول، ملاک‌ها و معیارهای آن را تشکیل می‌دهد.

در حقیقت، اگر به تاریخ حقوق عمومی با دقت نگاه شود، می‌توان رابطه متقابل میان مکاتب تفسیری و دگرگونی‌ها در عرصه حقوق عمومی و نظریات آن را مشاهده کرد. بحث تفسیر در حقوق، اولین بار در قرن ۱۴ اهمیت یافت. در این قرن در انگلستان قضات خود بخشی از «شورای بزرگ»^۱ بودند که هم مرجع وضع قانون و مرجع بازنگری و اصلاح

۱. Great Council. در پادشاهی انگلستان، این نهاد که آن را Magnum Concilium نیز می‌خوانند، مجلسی است مرکب از اشراف و روحانیون. این مجلس در سال در مواقع معینی تشکیل جلسه داده و در کنار پادشاه به مسائل مهم کشور می‌پرداخته است. برای مطالعه بیشتر درباره تاریخچه این نهاد در قرون ۱۵ و ۱۶، ر. ک:

آن بودند. با قدرت گرفتن تدریجی پارلمان‌ها و عدم حضور قضات در آنها، جدایی در میان مقام ناظر بر اجرای قانون و مقام واضع ایجاد شد که تفسیر را اجتناب‌ناپذیر می‌کرد. از آنجا که پادشاه در رأس قدرت بود، قانون بیان اراده پادشاه فرض می‌شد و به همین دلیل هم قضات خود را موظف می‌دانستند که در موقع اعمال قانون نیت او را کشف کنند و این در حقیقت مروج اندیشه نیت‌گرا در اروپا محسوب می‌شد. سلطنت‌طلبان به شدت از چنین تئوری‌هایی دفاع می‌کردند. در عین حال با مطرح‌شدن اندیشه‌های مبتنی بر حقوق طبیعی مانند اندیشه‌های جان لاک و سپس برتری پارلمان ابتدا تئوری‌های حق‌محور و سپس متن‌محور مورد توجه قرار گرفتند. در تئوری‌های حق‌محور قوانین و خلاءهای آنها در پرتو ارزش‌های پیشینی که قضات به آنها پایبند بودند از جمله مالکیت خصوصی تفسیر می‌شدند؛ در این تفاسیر واقعیت چندان محل توجه نبود.^۱

در قرن هجدهم، با جدی‌تر شدن مباحثی مانند تفکیک قوا شکاف بین قوه مجریه، مقننه و قضاییه بیشتر شد. حاکمیت پارلمان پذیرفته شده و قضات صرفاً موظف به اجرای قانون مصوب پارلمان بودند. نتیجه اینکه حتی قاعده طلایی که قضات را مختار می‌دانست در مواقعی که تفسیر لفظی آشکارا به بی‌عدالتی یا یاوه ختم می‌شود آن را کنار بگذارند، پذیرفته نمی‌شد. این امر به سرعت صورت‌نگرفت و ناشی از یک جدال سی ساله بود. ابتدا در ۱۸۴۰ این قاعده پذیرفته شد. در پرونده «گوبین علیه بورنل»^۲ و سپس در پرونده‌های «میلر علیه سالومانس»^۳ و «برد لات علیه کلارک»^۴ تفسیر لفظی مضیق پیروز شد. همچنین پارلمان‌ها غالباً به ارائه قوانینی مفصل و پیچیده می‌پرداختند که در نهایت باعث برتری یافتن تفسیر لفظی شد. البته صرف حاکمیت پارلمان منجر به پیروزی حاکمیت لفظی نشد، بلکه وضع قوانین مفصل هم مؤثر بود.^۵ این گونه است که تحولات بنیادین در عرصه حقوق عمومی به رواج یا عدم رواج یک مکتب تفسیری دامن زده است.

در راستای فهم بهتر این تعامل، این پژوهش می‌کوشد به مبحث تفسیر قضایی در حقوق عمومی بپردازد. پرسش اساسی این تحقیق عبارت است از اینکه آیا حقوق عمومی دارای روش تفسیری متمایز و انحصاری نسبت به سایر روش‌های مورد استفاده در دیگر حوزه‌های حقوق است یا خیر. در راستای پاسخ به پرسش مطرح‌شده، اولین گام آشنایی با روش‌ها و مکاتب تفسیری به کار گرفته شده در حقوق است. این بررسی،

Mackie, J. D., *The Earlier Tudors 1485-1558*, Oxford, Clarendon Press, 1952.

1. Corry, J A, "Administrative Law and the Interpretation of Statutes", the University of Toronto Law Journal, Vol. 1, No. 2, 1936, pp. 294-296.
2. Gwynne v. Burnell
3. Miller v. Salomans
4. Bredlaugh v. Clarke
5. Ibid, pp. 297-301.

در گفتار اول صورت گرفته و مکاتب را در دو دسته عمده منشأگرا و پویا مورد مطالعه قرار می‌دهد. در گام دوم، به ماهیت متمایز حقوق عمومی نسبت به سایر شاخه‌های حقوق پرداخته و رابطه آن را با تفسیر به طور عام و هریک از نظریات تفسیری به طور خاص بررسی خواهیم کرد. از آنجا که هر کدام از شاخه‌های حقوق عمومی دارای برخی ویژگی‌های منحصر به فرد است، مستقیماً بحث را در گفتار دوم با بررسی حقوق اساسی و ویژگی‌های منحصر به فرد موضوع بنیادین آن یعنی قانون اساسی آغاز کرده و سپس بحث مشابهی را در رابطه با حقوق اداری پی خواهیم گرفت. لازم به ذکر است در حین این دو گفتار اشاره مختصری هم به وضعیت تفسیر در ایران کرده، تشتت آرا در این حوزه را نشان خواهیم داد. در حقیقت شورای نگهبان و همچنین دیوان عدالت اداری در آرای خود از رویه‌ای مشخص و منسجم پیروی نمی‌کنند.

۱. تفسیر و انواع مکاتب آن

مکاتب تفسیری را به شیوه‌های متفاوتی می‌توان تقسیم‌بندی کرد. آنچه که در حقوق رایج‌تر است، تقسیم‌بندی بر اساس پویایی یا ایستا بودن تفسیر است. در این گزارش اجمالاً به این دو رویکرد پرداخته می‌شود. در ابتدا به منشأگرایی و دسته‌بندی‌های آن خواهیم پرداخت و سپس مکاتب رقیب را که مکاتب پویا هستند، معرفی خواهیم کرد.

۱-۱. منشأگرایی

منشأگرایی تحت تأثیر هرمنوتیک عینیت‌گرا قرار دارد و به دو دسته اصلی متن‌گرایی و نیت‌گرایی تقسیم می‌شود و اصالت را به مؤلف می‌دهد. عده‌ای معتقد هستند از نیمه دوم قرن پانزدهم این مکتب رایج شد و در قرن هفدهم گفته می‌شد که معنای اولیه باید مدنظر باشد.^۱ در منشأگرایی ما به دنبال آن هستیم که فهمی از قانون اساسی پیدا کنیم که قابل استناد به مؤسسان باشد. این مکتب دارای یک اصل بنیادین است که به نوعی سنگ‌بنای تمام زیرشاخه‌های آن می‌باشد؛ اینکه معانی اصول قانون اساسی بعد از تدوین ثابت و معین خواهند بود.

در نهایت دو مکتب زنده و پرتطرفدار از منشأگرایی وجود دارد؛ متن‌گرایی و نیت‌گرایی که هر دو مبتنی بر فهم قانون در زمان تدوین آن هستند. با وجود این بعضی از ساختارگرایی هم در زمره مکاتب اصلی منشأگرایی صحبت کرده‌اند که به نظر

۱. فقیه لاریجانی، فرهنگ، هرمنوتیک عینیت‌گرا و نظریه تفسیر قانون اساسی (با تأکید بر آراء شورای نگهبان)، رساله دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۲، ص. ۸۲.

می‌تواند مورد قبول واقع شود،^۱ اما به اندازه دو مکتب دیگر دارای طرفدار و رواج نیست. همچنین عده‌ای غایت‌گرایی را نیز - اعم از هدفی که از خود قانون قابل استخراج است یا آنکه برای درک آن به نیت نویسندگان قانون رجوع شود - زیرمجموعه نیت‌گرایی قرار داده‌اند که به نظر قابل قبول نمی‌باشد؛ زیرا قوانینی که در پرتو هدف وضع خود تفسیر می‌شوند با توجه به اینکه در یک موقعیت خاص چه میزان از اهداف برآورده می‌شود، مستلزم تفاسیری پویا و موقعیت‌محور هستند که از تفاسیر منشأگرا به دور است. در نهایت دسته‌ای دیگر از محققان هم از زمینه‌گرایی^۲ به عنوان مصداقی از منشأگرایی بحث کرده‌اند.^۳ به نظر می‌رسد با توجه به آنکه اصلی‌ترین شاخه‌های زمینه‌گرایی تحت تأثیر ویتگنشتاین قرار دارند که وجود معنای ثابت برای واژگان را مورد تردید قرار می‌دهد،^۴ چنین دسته‌بندی خالی از اشکال نیست. اگرچه می‌توان پذیرفت که بعضی از شاخه‌های زمینه‌گرا را بتوان در زمره مکاتب منشأگرا محسوب کرد. نتیجه آنکه زمینه‌گرایی نه ذاتاً با منشأگرایی نسبتی دارد و نه با مکاتب پویا. در ادامه به این دو مکتب رایج در منشأگرایی چنانکه نام برده شد خواهیم پرداخت:

۱-۱-۱. متن‌گرایی

متن‌گرایان معتقدند که در تفسیر یک متن تاریخی باید همان معنایی را جست‌وجو کرد که در ابتدای کار و در زمان تصویب مورد نظر بوده است. باید با توجه به زمینه تاریخی و زبان‌شناسی متن آن را درک کرد و نباید تا زمانی که متن معنای روشنی می‌دهد به سراغ معیارهای دیگر رفت. این مکتب اوج فرمالیسم است، چنانکه بسیاری متن‌گرایی را معادل فرمالیسم دانسته‌اند.^۵ فرمالیسم همچون متن‌گرایی به دنبال بی‌نیاز کردن استنباط حقوقی از ملاحظات تاریخی، اجتماعی، انسان‌شناسانه، اخلاقی و سیاسی است.^۶ این روش به دنبال راهکاری عینی است. از دید معتقدان به

۱. مزارعی، غلامحسین، «ساختارگرایی در تفاسیر شورای نگهبان از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مجله معاونت تحقیقات، آموزش و حقوق شهروندی، ۱۳۹۰، ص. ۱۱۱.
۲. زمینه‌گرایی مکتبی است که بر اساس آن هر متنی یک عمل ارتباطی قصد شده در یک فضای فکری و اجتماعی خاص است که این فضا اصولاً حاوی مفاهیم و لغات و معانی خاص است که آنها را در اختیار نویسنده قرار می‌دهد و در کنار آن پرسش‌ها و پاسخ‌های خاصی نیز در این فضا رایج است. با بازآفرینی این فضا می‌توان هم معنای متن و نقاط مختلف آن و هم قصد نویسنده را دریافت (فقیه لاریجانی، فرهنگ، منبع پیشین، ص. ۱۴۹).
۳. همان، ص. ۷۴.
۴. ویتگنشتاین، لودویگ، پژوهش‌های فلسفی، ترجمه فریدون فاطمی، چاپ ششم، تهران، نشر مرکز، ۱۳۹۱، ص. ۷۶.
۵. کلهر، جواد، اصالت شکل در حقوق عمومی، رساله دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ص. ۱۷.
۶. کیوانفر، شهرام، مبانی فلسفی تفسیر قانون، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۰، صص. ۷۷-۷۶.

این مکتب معانی به قدر کافی روشن و شفاف هستند و بنابراین، می‌توان صرفاً به آنها و نه نیت و امور خارج از متن مراجعه کرد؛ از این مکتب گاه با نام تفسیر لفظی مضیق^۱ هم صحبت می‌شود.

انتقادهای وارد بر این مکتب را می‌توان به شرح زیر خلاصه نمود:

- مفاد قانون اساسی و اصلاحیه‌ها گاهی حاصل سال‌ها اصلاحات پیاپی است و بنابراین واژه‌ها دارای معنای یکسان نیستند و مجموعه واحدی را تشکیل نمی‌دهند. به این انتقاد این چنین پاسخ داده شده است که اصلاحات نباید انسجام متن را بر هم بزنند؛
- تمایزی بین معنای شفاف و غیر آن وجود ندارد؛ چنین انتقادهایی مبتنی است بر فلسفه‌های زبانی جدید همچون ویتگنشتاین متأخر که به آن اشاره شد. بر اساس آرای این متفکر هیچ واژه‌ای دارای معنای کاملاً محصل یا به عبارت دیگر یک هسته معنایی مرکزی نیست. مشروح این بحث را باید در کتاب‌ها و مقالات فلسفی جست‌وجو کرد.^۲
- به برداشتی کاملاً سطحی منجر می‌شود و قاضی تلاشی برای رسیدن به معنایی عمیق‌تر نمی‌نماید؛^۳
- در برابر این انتقادات مدافعان این نظریه کوشیده‌اند که دفاعیات خود را ارائه دهند که می‌توان آنها را به شرح زیر دسته‌بندی نمود:
 - متن در زمان تصویب دارای معنای روشنی است؛
 - تغییر معنا و مفهوم ثابت قانون به معنای تغییر آن است؛
 - این معنی روشن و ثابت که متن در زمان تصویب دارای آن است، همان معنایی است که از کلام استخراج می‌شود و باید آن را از معانی جانبی و قصد و نیت اولیه متمایز کرد؛
 - چنین تفسیری مانع از تغییر معنای قانون توسط رویه قضایی می‌شود. از این رو بیشتر با مبانی دموکراسی سازگار است، زیرا که از تفاسیر سلیقه‌ای قضات که نهادی غیر انتخابی (برخلاف نمایندگان پارلمان) هستند، جلوگیری می‌کند.
 - قضات صرفاً وظیفه تفسیر قوانین را دارند و نقش آنها وضع قاعده با تفسیر خارج‌متنی نیست.^۴

1. Strictly literal interpretation

۲. ویتگنشتاین، لودویگ، منبع پیشین، ص. ۷۷.

۳. فقیه لاریجانی، فرهنگ، منبع پیشین، صص. ۱۳۲-۱۳۰.

۴. همان، صص. ۹۸-۱۰۰.

چهارمین دفاع حائز اهمیت بسیار است و ما را متوجه مسأله‌ای اساسی در مبحث تفسیر می‌کند. هر نوع مکتب تفسیری ارتباط تنگاتنگی با نهادی در حقوق اساسی دارد که در صورت پذیرش یا تأکید بیشتر بر آن نهاد، مکتب تفسیری مورد نظر هم اهمیت بیشتری می‌یابد. برای نمونه، کسانی که به حاکمیت پارلمان اعتقاد دارند، تفسیر متن‌گرا را بیشتر مطابق با میل خود می‌دانند؛ زیرا در صورتی که قوه قضاییه امکان تفسیر پویا از قوانین را داشته باشد در حقیقت به گونه‌ای از قانون‌گذاری پرداخته است و در نتیجه وارد حوزه صلاحیت پارلمان شده و از قدرت آن کاسته است. اختلاف وقتی پررنگ‌تر می‌شود که انتخابی بودن نمایندگان پارلمان را در برابر غیر انتخابی بودن قضات در نظر آوریم. در این صورت دفاع از متن‌گرایی توأمان با دفاع از دموکراسی در برابر «استبداد قضات» می‌شود.

۲-۱-۱. قصدگرایی

قصدگرایی از دوران قدیم مورد توجه بوده است و نمونه برجسته آن توجه کلیسا به این مکتب در تفسیر متون مقدس است. در این مکتب قاضی باید مطابق قصد و نیت قانون‌گذار، قانون را تفسیر کند. قضات برای پی‌بردن به این قصد باید به پیشینه تقنینی از جمله گزارش‌های هیأت‌های تقنینی مربوطه مراجعه کنند. به نظر می‌رسد هر انسانی وقتی درباره تفسیر می‌اندیشد ناخودآگاه این نوع از قصدگرایی در ذهنش پدیدار می‌گردد. در واقع اگر بین تفسیر و حکم کردن تمایز بگذاریم، مشخص می‌شود که این نوع تفسیر معقول‌ترین است. در حکم کردن ما به دنبال اخذ یک تصمیم اداری یا قضایی از طریق قانون هستیم. این در حالی است که در تفسیر صرف به دنبال کشف معنی به خصوص در موارد دارای ابهام می‌باشیم. در حقیقت، ترجیح بسیاری از مکاتب تفسیری در حقوق به دلیل ترجیحی است که این مکاتب در حکم دادن نسبت به تفسیر دارند. در غیر این صورت اگر قانون مرجع حل اختلاف نبود و صرفاً به دنبال روشن کردن معنای آن بودیم، شاید اساساً حجیت هیچ مکتبی جز قصدگرایی را نمی‌پذیرفتیم. برای نمونه، برای تفسیر قانون حمورابی کسی به مسائل و مشکلات امروز نمی‌اندیشد و صرفاً مباحث تاریخی مطرح می‌شود.^۱ این مطلب در پاسخ دادن به انتقادات وارد شده بر قصدگرایی حائز اهمیت بسیار است.

از این مکتب انتقادهای مختلفی شده است که عبارتند از:

- در حقیقت قصد واحدی وجود ندارد. پارلمان‌های امروزی متشکل از دهها بلکه صدها نماینده هستند که هر کدام از معنای واژگان، برداشت خود را داشته و از تصویب قانون هدف خود را متصور هستند. بر اساس این دیدگاه،

1. Lawson, Gary, "No History, No Certainty, No Legitimacy . . . No Problem: Originalism and the Limits of Legal Theory", Florida Law Review, Vol. 64, Issue 6, 2013, p. 1556.

از آنجا که قصد واحدی وجود ندارد، در نهایت این مکتب فاقد یک معیار عینی برای حل مشکلات برآمده از تفسیر است و در نتیجه دست قضات را باز می‌گذارد تا ارزش‌ها و نیت خود را به جای نیت قانون‌گذار نشانده، در بررسی و گردآوری داده‌های تاریخی سلیقه‌ای و با توجه به منافع خود عمل کنند. به نظر می‌رسد که این انتقاد جدی‌ترین انتقاد به این مکتب است و در عین حال خالی از حقیقت نیز نمی‌باشد.

- قانون‌گذار قانون را تصویب کرده است و نه قصد یا نیت را. توجه به نیت لطمه‌زدن به دموکراسی است. (انتقاد متن‌گرایانه)؛
- از آنجا که به دنبال نیت معقول هستیم و معیار معقول بودن کسی جز قاضی نمی‌تواند باشد، در نهایت قاضی خود را به جای قانون‌گذار می‌گذارد؛
- در زمینه حقوق و آزادی‌ها، این نگرش به پایمال شدن حقوق اقلیت‌ها و بعضی از گروه‌های اجتماعی منجر خواهد شد؛
- این دیدگاه نمی‌تواند تمامی وقایع آتی نسبت به زمان وضع قانون را در برگیرد.

۲-۱. مکاتب پویا

مکاتب پویا در برابر منشأگرایی، عینیت‌مبندی بر معنای زمان تصویب را رد می‌کنند. از دید آنها واژگان دارای معنای ثابت و محصلی در طول زمان نیستند، بلکه این شرایط و زمینه در حال دگرگون‌شونده آنها است که به آنها معنی می‌دهد. در چنین حالتی در صورتی که جامعه دوره ثباتی را در زمانه‌های متفاوت سپری کند، تفاسیر ثابت و در غیر این صورت دگرگون می‌شوند. این امر کاملاً در تعارض با پیش‌فرض‌های منشأگرایی واقع شده و آنها را به چالش می‌کشد. طرفداران این مکتب در دفاع از اعتقادات خود از آرای فیلسوف برجسته اتریشی ویتگنشتاین تأثیر می‌پذیرند.^۱ بر اساس نظرات وی، معنای واژه‌ها را کارکرد آنها در یک بازی زبانی خاص معین می‌کند و بنابراین نه تنها واژه‌ها در بازی‌های زبانی متفاوت معانی متفاوتی خواهند داشت، بلکه با دگرگون شدن این بازی‌ها، معانی هم دگرگون می‌شوند. در هر صورت هیچ معنای محصلی برای واژگان وجود ندارد.^۲

از جمله مکاتب پویا، رئالیسم حقوق است. رئالیسم نظریه‌ای در فلسفه حقوق است که ادعا می‌کند حقوق در حقیقت در محاکم شکل می‌گیرد و نه در پارلمان و در

۱. مهرآرام، پرهام، ویتگنشتاین متأخر و تأثیر آن بر حقوق، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰.

۲. استرول، اورال، فلسفه تحلیلی در قرن بیستم، ترجمه فریدون فاطمی، چاپ چهارم، تهران، نشر مرکز، ۱۳۹۰، ص. ۲۰۸.

رای دادگاهها بازتاب می‌یابد و نه در قانون. دو نحله از این مکتب وجود دارد که یکی در اسکاندایناوی و دیگری در آمریکا شکل گرفته است.^۱

در آمریکا از ۱۹۲۰ تا ۱۹۳۰ حقوق‌دان‌هایی همچون «هولمز»^۲ و «پوند»^۳ به عنوان رئالیست‌های حقوقی هر نوع عینیت در حقوق را رد کردند. قدرت قضات در تفسیر قانون محدود به معانی شفاف یا بازسازی تخیلی قصد قانون‌گذار نیست. «کردوزو»^۴ قاضی سرشناس آمریکایی از این دیدگاه به صورت جدی‌تری دفاع می‌کند. از دید او قضات در چارچوب ایجاد قواعد حقوقی نقش دارند، اما نقش آنها منحصر به پرکردن خلأهایی است که در چارچوب قانون‌گذاری وجود دارد.^۵ او چهار روش برای رسیدن به یک تصمیم قضایی را بر می‌شمارد که قضات از هیچ یک از آنها به تنهایی استفاده نمی‌کنند:

- روش اول استفاده از روش‌های منطقی - فلسفی است. از طریق این روش حقوق می‌تواند از نظر منطقی پیشرفت کند و عقلانیت و وحدت را به توده‌ای از جزئیات و انباشتی از قضاوت‌های مرتبط به یک موضوع بدهد. به این منظور می‌توان از مکاتب منشأگرا به خوبی بهره برد؛

- روش دوم استفاده از سنت است. سنت استانداردهای تشبیت شده توسط قضات را در بر می‌گیرد؛

- روش سوم استفاده از تاریخ است. تاریخ جهت کلی حرکت نظام حقوقی را نشان می‌دهد؛

- چهارمین روش هم، روش جامعه‌شناختی است که نیازها و عوامل اصلی رفاه عمومی را در نظر می‌گیرد و شرایط تغییر حقوق را در راستای نیازها و تغییرات جامعه فراهم می‌کند و داور نهایی در بین روش‌های فوق است.^۶

از دیگر رئالیست‌های برجسته «کارل لولین»^۷ است. او حقوق را به عنوان امری که کارکردهای بنیادینی را در جامعه ایفا می‌کند در نظر می‌گیرد و به همین جهت برای آن از اصطلاح «وظیفه حقوق»^۸ استفاده می‌کند. ادعای او این است که باید حقوق را به عنوان یک ابزار دید و نه هدف یا ارزش. به عبارت دیگر حقوق طریقیست دارد و نه موضوعیت. جامعه برای بقای خود می‌بایست نیازهای خود را برآورد و در این مسیر ممکن است با یک سری تعارضاتی برخورد کند که می‌بایست حل گردد. ایده مرکزی و

۱. کیوانفر، شهرام، منبع پیشین، ص. ۱۳۶.

2. Holmes

3. Pound

4. Cardozo

5. Straup, Daniel J, "Law and Language: Cardozo` Jurisprudence and Wittgenstein's Philosophy", Valparaiso University Law Review, vol. 18, 1984, p. 342.

6. Ibid, p. 343.

7. Karl Llewellyn

8. law job

اساسی این نوع کارکردگرایی، تلقی از حقوق به عنوان یک «نهاد»^۱ است که «وظیفه»^۲ های مختلفی را در جامعه ایفا می‌کند. یک نهاد فعالیت‌های نظام‌یافته‌ای است که برای ایفای یک نقش یا یک سری از نقش‌ها طراحی شده است. به هر حال تأکید للوین همیشه بر «حقوق در کنش»^۳ بوده است.^۴ او هم رأی با ویتگنشتاین معتقد است که معانی عبارات، برگرفته شده از زمینه‌های تجربی آنها است. لولین از آرای رئالیسم حقوقی در تفسیر قراردادها بهره بسیار می‌برد.^۵

در پایان این گفتار می‌توان گفت هم فرمالیسم و هم رئالیسم دچار بحران‌هایی بودند که آنها را در تفاسیری که توأمان دموکراسی، استدلال منطقی و قاعده را با هم مرتبط کند ناکارآمد می‌ساخت. از این رو از ۱۹۳۹ به بعد مکتب فرایند «حقوقی»^۶ شکل گرفت. بر اساس این مکتب حقوق قواعدی هدفمند است که همکاری مولد و وابستگی افراد در جامعه را تسهیل می‌کند. تفسیر باید چنین قصد ابزاری را در نظر بگیرد و در آن باید به دنبال دست‌یافتن به اهداف و ارزش‌هایی باشد که قانون‌گذار به دلیل آن قانون را وضع کرده است. این گونه است که قانون با دموکراسی و حاکمیت قانون ارتباط پیدا می‌کند. چنین دیدگاهی در آرای متفکرانی مانند فولر و در آرای مانند «ایالات متحده علیه انجمن حمل و نقل امریکا»^۷ و «شواگمن بروس علیه کالورت دیستیلرز کرب»^۸ بازتاب یافت.^۹ این مکتب از زمره مکاتب پویا به شمار می‌رود، زیرا معتقد است که تفسیر قانون باید مبتنی بر ارزش‌ها و اهداف عمومی که در طول زمان تغییر می‌کنند باشد.^{۱۰}

۲. تفسیر در حقوق عمومی

اینک که ویژگی‌های منحصر به فرد هر کدام از مکاتب تفسیری مشخص گردیده است، می‌توان به محدودیت‌ها و مزایای اعمال هر کدام از آنها در حقوق عمومی پرداخته و کارآمدی یا ناکارآمدی هر کدام را روشن ساخت. حقوق عمومی به عنوان

1. Institute
2. Job
3. law in practice
4. Raymond, Wacks, *Philosophy of Law (a Very Short Introduction)*, Oxford University Press Inc., Oxford, 2007, p.95.
5. Patterson, Dennis, "Good Faith, Lender Liability and Discretionary Acceleration: of Llewellyn, Wittgenstein and the Uniform Commercial Code", *Texas Law Review*, vol. 168, 1989, p.171.
6. Legal Process
7. *United States V. American Trucking Association*
8. *Schwegmann Bros V. Calvert Distillers Corp*
9. Patterson, Dennis, "A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory", A John Wiley & Sons Ltd. Publication, 2010, pp. 190-191.
10. Eskridge, William, *Dynamic Statutory Interpretation*, Harvard University Press, 1994, p. 729.

شاخه‌ای از حقوق که دولت، اعمال آن و روابط آن با مردم را موضوع بررسی خود قرار می‌دهد، قطعاً دارای ویژگی‌های منحصر به فردی است که بیش از هر چیز ناشی از رابطه ویژه‌ای است که با قدرت دارد. حقوق عمومی از یک سو، نحوه عملکرد دولت در تدبیر امور جمعی و عمومی را مشخص می‌کند؛ از آنجا که حاکمیت قانون همچنان یکی از بنیادی‌ترین مفاهیم در حقوق عمومی است، ابزار قانون همچنان برجسته‌ترین ابزار دخالت دولت در جامعه است. از سوی دیگر، حقوق عمومی از برخی آرمان‌ها تبعیت می‌کند و می‌کوشد دولت را به آنها پایبند نگه دارد. چنین ویژگی‌هایی است که آن را از سایر رشته‌های حقوق متمایز کرده و جایی برای بحث از چیستی تفسیر در حقوق عمومی می‌گشاید. برای آنکه این مبحث به صورت دقیق‌تر پی‌گرفته شود در دو بند ویژگی‌های خاص حقوق عمومی را چنانکه گفته شد در حقوق اساسی و اداری مطرح کرده و نسبت آن را با مکاتب تفسیری خواهیم سنجید.

۱-۲. تفسیر در حقوق اساسی

در پاسخ به این پرسش که آیا حقوق اساسی دارای روش منحصر به فردی برای تفسیر است یا خیر، ابتدا باید به قانون اساسی پرداخت که موضوع اصلی و محوری این شاخه از حقوق است. برای این منظور، بایستی نخست ویژگی‌های متمایزی را در قانون اساسی که آن را از سایر قوانین مجزا کند، بیابیم؛ این قانون دارای ویژگی‌های منحصر به فردی است که برخی از نظریات تفسیری را حداقل در بعضی از ابعاد ناکارآمد می‌کند:

- قانون اساسی دارای اصطلاحاتی کلی‌تر، مبهم‌تر و عام‌تر از قوانین عادی است؛ چنین ویژگی منحصر به فردی به دلایل زیر است:

الف: قانون اساسی توافق یک ملت در خصوص چارچوب‌ها و هنجارهای کلان و بنیادین اداره کشور و جامعه در شئون مختلف آن است. در بسیاری از موارد اصطلاحات مبهم و کلی در قانون اساسی عامداً و آگاهانه بوده تا جای تفسیر برای نسل‌های آینده باز بماند و رضایت همه طرف‌ها حاصل شود؛

ب: قانون اساسی قانونی ماندگار است. به این معنا که مسیر حرکت جامعه در طی چندین نسل را پیش‌بینی می‌کند^۱ و لذا باید آمادگی تطبیق با شرایط متفاوت را داشته باشد؛

ج: بازنگری در قانون اساسی بسیار دشوارتر است و به همین جهت باید انعطاف تفسیری بیشتری داشته باشد تا بتواند نیاز دوران‌های پس از تصویب را هم برآورده سازد. این امر در قوانین اساسی کشورهای مختلف مشهود است.

1. Marmor, Andrei, Interpretation and Legal Theory, Second edition, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2005, p.142

کشورهایی که شیوه بازبینی راحت‌تری را پیش‌بینی کرده‌اند، بیشتر به متن‌گرایی مقید هستند. برای مثال، کشور آلمان متن قانون اساسی را در جایگاه بالاتری از نیت بنیان‌گذاران قرار می‌دهد، زیرا بازبینی در قانون اساسی آن به صورت ساده‌تری پیش‌بینی شده است. برای نمونه، از سال ۱۹۴۹ تا به امروز این قانون بیش از ۵۴ بار اصلاح شده است. در برابر، در ایالات متحده متن‌گرایی و استفاده از شیوه‌های مکانیکی کمتر مورد توجه است و دیده می‌شود که قانون اساسی از ۱۷۸۷ تاکنون تنها ۲۶ اصلاحیه داشته است که اگر ۱۰ اصلاحیه اول را یک سند و یک اصلاحیه محسوب کنیم می‌توان آن را به ۱۶ اصلاحیه تقلیل داد؛^۱

- قانون اساسی سندی است که بیش از سایر اسناد نیازمند مشروعیت است. این مشروعیت از طریق تحمیل نیت بنیان‌گذارانی که صدها سال پیش زندگی می‌کرده‌اند، بر کسانی که امروز زندگی می‌کنند حاصل نمی‌شود. از این رو عده‌ای معتقد هستند که واژگان قانون اساسی باید در پرتو معانی امروزی آنها و برای حل معضلات امروز تفسیر گردند؛^۲

- قانون اساسی نقشه قدرت در جامعه را ترسیم می‌کند. بررسی رابطه نهادهای قدرت در قانون اساسی به شیوه‌های خاصی از تفسیر مانند ساختارگرایی دامن می‌زند و تفسیر صرفاً متن‌گرایانه یا نیت‌گرایانه را به حاشیه می‌رانند. از این رو به نظر می‌رسد که قانون اساسی سندی است دارای دو بخش^۳ که هر کدام از آنها با شیوه‌ای از تفسیر سازگارتر است. بخشی از آنکه به ساختار قدرت می‌پردازد، می‌تواند همچنان با شیوه‌های منشأگرایانه تفسیر شود و بخش دیگر آنکه مرتبط با حقوق بشر است باید با تکیه بر روش‌های پویا تفسیر گردد؛

- قانون اساسی دربردارنده ارزش‌های اجتماعی و حقوق بشر است. تفسیر نیت‌گرایانه یا متن‌گرایانه آن باعث تضییع حقوق اقلیت‌ها و گروه‌های اجتماعی خاص می‌شود؛^۴

پذیرفته شده است که تفسیر حقوق بشر باید پویا و همگام با زمان باشد و نباید در این راستا به نیت قانون‌گذاران مراجعه کرد. اصطلاحات حقوق بشری مانند آزادی و

1. Arshakyan, Mher, "The Impact of legal System on Constitutional interpretation: a Comparative Analysis: the USA Supreme Court and the German Federal Constitutional Court", German Law Journal, Vol. 14, No. 8. 2013, pp. 1327-1328.
 2. Conway, Gerard, "Historical Interpretation of Constitutions – the EU and US Compared", Quest Proceedings of the QUB AHSS Conference, 2008, p.102.
 3. Marmor, Andrei, Op. Cit, p.143.
 4. Eskridge, William, Op. cit. , p. 732.

برابری در ذات خود مبهم و کلی هستند. اساساً این یکی از عوامل اصلی دورشدن بعضی از نظام‌های حقوقی از مکتب منشأگرایی بوده است. در ایالات متحده یک نمونه برجسته پرونده «براون علیه کمیسیون آموزش»^۱ در ۱۹۵۴ است^۲ که بر خلاف قاعده سابقه و تفاسیر قبلی تفکیک نژادی مدارس را خلاف کرامت انسانی دانست. در اروپا نیز که سنت حقوق رومی ژرمنی حاکم بوده و همواره پوزیتیویسم حقوقی از جایگاه بالایی برخوردار بوده است، بعد از جنگ جهانی دوم و با توجه به نتایج دهشتناک آن، حقوق بشر مورد توجه ویژه‌ای قرار گرفت و در نتیجه آن تفاسیر استنتاجی و مکانیکی صرف محدودتر شد و حداقل در مواردی مانند تفاسیر مرتبط با حقوق بشر جای خود را به تفاسیر پویاتر یا تفاسیر هدف محور داد. در این زمینه دو مثال رایج یکی دادگاه فدرال قانون اساسی آلمان است که هر نوع تفسیر ایستا از حقوق بنیادین را رد می‌کند و دیگری دادگاه‌های بین‌المللی در اتحادیه اروپا مانند «دیوان دادگستری اروپایی»^۳ است.^۴ برای نمونه، دادگاه فدرال قانون اساسی آلمان در پرونده «پرنسس سریا»^۵ نشان می‌دهد که سنت پوزیتیویستی تنها سنت در آلمان نیست و حقوق در ارتباط و منعکس‌کننده واقعیت‌های سیاسی و اقتصادی است. بنابراین، در حقیقت هنگامی که قانون‌گذار از عهده پر کردن این شکاف بر نمی‌آید، قاضی است که این خلأ را پر می‌کند.^۶

علاوه بر این، در نظام حقوقی ایالات متحده می‌توان نمونه‌های بسیاری از تغییر موضع نظام قضایی این کشور در تفسیر قانون با در نظر گرفتن پویایی مفهوم حق و دگرگون شدن آن در طول زمان یافت. نمونه بارز آن موضعی است که دیوان عالی این کشور در رابطه با جرایم مرتبط با بی‌احترامی به پرچم اتخاذ کرد. پرونده «تگراس علیه جانسون»^۷ مثال معروفی از تغییر موضع دادگاه‌های این کشور نسبت به این مسئله است. تا پیش از آن غالباً توهین به نمادهای ملی تحت پیگرد قرار می‌گرفت^۸ و قوانین مرتبط لازم‌الاجرا محسوب می‌شد، اما بعد از این پرونده، دیوان عالی ایالات متحده کلیه قوانینی را که به جرم‌انگاری این امر پرداخته بودند برخلاف آزادی بیان تصریح شده در اصلاحیه اول قانون اساسی محسوب کرد^۹ و این چنین با گسترش مفهوم آزادی بیان، رویکرد نظام قضایی در تفسیر قوانین سابق به کل دگرگون گشت.

1. Brown v. Board of education
2. Paulsen, Michael Stokes, "Does the Constitution Prescribe Rules for its Own Interpretation?", Legal Studies Research Paper No. 08-36, 2008, p.36.
3. European court of justice
4. Conway, Gerard, Op. Cit, p.109.
5. Princess Soraya
6. Arshakyan, Mher, Op. cit., pp. 1323-1324.
7. Texas V. Johnson
8. See: Halter V. Nebraska

۹. برای اطلاعات بیشتر در این مورد، ر. ک:

بحث از کاستی مکتب منشأگرا در تفسیر قانون اساسی حداقل در چنین مواردی پرسش‌های بسیاری را برانگیخت. اگر متن یا پیش‌نویس قانون اساسی برای تفسیر مفاد آن کفایت نمی‌کند، از چه منابع دیگری در این زمینه می‌توان استفاده کرد؟ در پاسخ به این پرسش بسیاری مانند دورکین از ارزش‌های موجود در نظام حقوقی صحبت کرده و قاضی را در دخیل کردن آنها در تصمیمات خود مجاز دانسته‌اند. از طرف دیگر متفکرانی مانند پوزنر این امر را نپذیرفته و ورود مباحث اخلاقی توسط قضات در حقوق را هم صرفاً محدود به مواردی می‌دانند که توافقی در این زمینه در جامعه وجود دارد، مانند مواردی که مربوط به تبعیض نژادی است. در سایر موارد در حقیقت قضات تمایلی به مباحث ارزشی نداشته و از شیوه‌های سنتی‌تر استفاده می‌کنند. با وجود چنین استدلالی حتی پوسنر هم معتقد است که رویکردهای سنتی به تفسیر نمی‌تواند تمام آنچه را که در حقوق به وقوع می‌پیوندد بیان کند و تصویری معوج از واقعیت ارائه می‌دهد.^۱

آنچه گفته شد نشان می‌دهد که در حقوق اساسی نظریات تفسیری مستقل و انحصاری نسبت به سایر شاخه‌های حقوق وجود ندارد و شاید تنها بتوان برخی شیوه‌ها را مناسب‌تر و مطلوب‌تر برای تفسیر حقوق اساسی دانست. (با وجود این تفسیر ساختارگرایانه تا حدودی صرفاً می‌تواند در رابطه با قانون اساسی به کار رود زیرا این سند است که ساختار قدرت در جامعه را معین می‌کند.) اما اگرچه مکتب کاملاً متمایزی برای این شاخه از حقوق وجود ندارد، باید پذیرفت که برخی ویژگی‌های منحصر به فرد قانون اساسی در بعضی زمینه‌ها تفاسیر پویا را مناسب‌تر می‌نمایاند. اما دلایلی برای پذیرش تفاسیر منشأگرا در رابطه با ماهیت خاص قانون اساسی نیز وجود دارد. نیت‌گرایان می‌گویند که خود قانون اساسی از ما می‌طلبد که چنین قصدی را در نظر بگیریم؛ زیرا که قانون اساسی تبلور و تجسم اراده عمومی محسوب می‌شود و نه حاصل جمع اراده نمایندگان تصویب‌کننده آن و مشروعیت خود را نیز از این طریق کسب می‌کند. جمله نخست قانون اساسی ایالات متحده که می‌گوید «ما مردم ایالات متحده امریکا»، می‌تواند شاهی بر این استدلال باشد. بر این اساس، خود قانون اساسی ایالات متحده وجود اراده‌ای واحد را که بیانگر مفاد آن است پیش فرض می‌گیرد.

در رابطه با تفسیر اساسی در ایران و رویکرد غالب و حاکم نمی‌توان وضعیت روشنی ارائه داد چرا که شورای نگهبان از رویه‌ای مشخص پیروی نمی‌کند. هر چند به نظر می‌رسد که در درجه اول این نهاد خود را موظف به کشف نیت مقنن می‌داند. در

Tiefer, Charles, "The Flag-burning controversy of 1989-1990: congress valid role in constitutional dialogue", Harvard Journal of Legislation, vol. 29, 1992, p.357.

1. Posner, Richard, "the Problematic of Moral and Legal Theory", Harvard Law Review, Vol. 111, No. 7, 1997, p. 1708.

بسیاری از موارد که تفسیر نهاد نام‌برده در رابطه با اصولی از قانون اساسی است که به میزان صلاحیت قوا و نهادهای اساسی و رابطه آنها با یکدیگر می‌پردازد، این شورا به تفسیر ساختارگرایانه دست زده است. مطابق اصل ۷۶ قانون اساسی مجلس حق تحقیق و تفحص در تمام امور کشور را دارد. مبتنی بر تفسیری لفظی، با توجه به اطلاق این اصل، این نظارت تمام نهادهای حقوقی در کشور را شامل می‌شود. با وجود این شورای نگهبان در نظرات تفسیری خود به شماره ۳۳۰۸ تاریخ ۱۳۶۷/۱۰/۳ و همچنین نظریه شماره ۳۳۴۴ تاریخ ۱۳۶۷/۱۰/۷^۱ نهادهایی مانند رهبری و مجلس خبرگان و شورای نگهبان را از دامنه این اصل خارج کرده است. دلیل ارائه شده برای این تفسیر مافوق بودن چنین نهادهایی از مجلس شورای اسلامی است. فارق از درستی یا نادرستی این تفسیر به نظر می‌رسد شورای نگهبان نقشه قدرتی را بر اساس قانون اساسی ترسیم کرده است که آن را در حل مسائل تفسیری دخیل می‌کند و بر اساس آن گاه از تفسیر لفظی فراتر می‌رود. معادل چنین تفسیری در رابطه با اصل ۷۱ قانون اساسی نیز قابل مشاهده است. بر اساس این اصل، مجلس در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند. با این حال این صلاحیت با تخصیصاتی مانند رعایت محدوده مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی یا عدم امکان قانون‌گذاری در مورد نهادهایی که از نظر شورا برتر از مجلس هستند، یعنی رهبر و مجلس خبرگان و شورای نگهبان محدود شده است.^۲

شورای نگهبان در مورد روابط قوای سه‌گانه با یکدیگر نیز به تفاسیر ساختارگرا متوسل شده و به عنوان مثال تفاسیر خود را در موارد بسیاری بر اصل تفکیک قوا مبتنی کرده است. نمونه آن عبارتند از منع الزام دولت به ارائه لایحه با توسل به اصول ۵۷ و ۷۴ قانون اساسی،^۳ منع اجازه دخالت قوه قضاییه در امور اجرایی،^۴ حفاظت از استقلال قوه قضاییه در برابر قوه مجریه در تفسیر خود از اصول ۱۵۸ و ۷۴ و موارد بی‌شمار دیگر.^۵

با وجود این شورای نگهبان در یکی از برجسته‌ترین نمونه‌هایی که می‌توانست در آن به تفکیک قوا استناد کند یعنی اصل ۸۶ قانون اساسی منطقی کاملاً متفاوت را پذیرفته که اصل یادشده را به کلی بی‌معنا کرده است. این اصل مصونیت پارلمانی را

۱. مجموعه نظرات شورای نگهبان (تفسیری و مشورتی در خصوص اصول قانون اساسی به انضمام استفسارها و تذکرات)، چاپ دوم، ویرایش اول، تهران، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، تابستان ۱۳۸۱، ص. ۷۴.

۲. مزارعی، غلامحسین، منبع پیشین، ص. ۱۱۹.

۳. همان، ص. ۱۳۰.

۴. همان، ص. ۱۳۵.

۵. همان، ص. ۱۳۶.

پیش‌بینی کرده است. این نهاد حقوقی به منظور جلوگیری از اعمال فشار و ایجاد فضای رعب‌انگیز برای نمایندگان مجلس توسط نیروهای سیاسی و حتی قوای دیگر طراحی شده است.^۱ بنابراین، منطقی می‌نمود شورا در تفسیر این اصل نیز به تفسیر ساختارگرا متوسل می‌شد. همچنین تفسیر شورای نگهبان با معیارهای تفسیر متن‌گرا هم هم‌خوانی ندارد. زیرا چنین تفسیری نباید به نتایج آشکارا غیر قابل قبول منجر شود، شرطی که به نظر در مورد تفسیر این اصل برآورده نشده است؛ در نهایت به نظر می‌رسد که شورای نگهبان در تفسیر خود به نیت قانون‌گذار از طریق تفسیر تاریخی با توسل به پیش‌نویس قانون اساسی پرداخته است. فارغ از ارزش این نوع تفسیر، مدافعان این شیوه تفسیر برای پرهیز از برخی مشکلات راه‌کارها و قواعدی را معرفی کرده‌اند که شورای نگهبان در تفسیر اصل مدنظر نسبت به آنها بی‌اعتنا بوده است. قواعد رایج در تفسیر تاریخی عبارتند از:

- تفسیر تاریخی بدون آگاهی از قواعد و اصول خود پارلمان در تصویب و تفسیر قوانین نباید صورت بگیرد؛
- تصمیمات و متون نوشته شده متأخر بر متقدم برتری دارد؛
- تفسیر نباید بدون آگاهی از اینکه چه کسی برنده و چه کسی بازنده مناظرات است انجام شود؛
- در بین انواع اسناد موجود مثلاً گزارش کمیسیون مجلس یا مشروح مذاکرات نباید سلسله مراتب ذاتی قائل شد بلکه هر کدام به موضوع مربوطه نزدیک‌تر بود باید انتخاب شود؛^۲

در هر حال و صرف نظر از فقدان وحدت و انسجام رویه شورای نگهبان در انتخاب رویکرد و روش تفسیری در خصوص حوزه‌های مختلف حقوق اساسی، مسئله دیگر عدم ثبات یا پایداری این شورا به استفاده از مکاتب تفسیری در یک حوزه معین و گاه یک اصل است. به عنوان مثال می‌توان به سیر تفاسیر شورا از اصل ۱۱۳ قانون اساسی در خصوص صلاحیت رئیس‌جمهور در صیانت از قانون اساسی اشاره نمود. در واقع، به نظر می‌رسد شورا حسب موقعیت‌های سیاسی مختلف در همراهی یا عدم همراهی رئیس‌جمهور با گرایش‌های سیاسی حاکم بر این نهاد، تفسیر از مفهوم و حدود و ثغور صلاحیت و اختیارات رئیس‌جمهور را با نوسانات قابل توجهی در استفاده از مکاتب و شیوه‌های تفسیری انجام داده است.^۳

۱. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، «مصونیت پارلمانی نمایندگان در حقوق تطبیقی»، نشریه حقوق اساسی، شماره اول، پاییز ۱۳۸۲، ص. ۹۸.

2. Nourse, Victoria, "A Decision Theory of Statutory Interpretation: Legislative History by the Rules", the Yale Law Journal, Vol. 122, 2012, pp. 90-128.

۳. شورای نگهبان سه تفسیر درباره این اصل ارائه داده است که گاه کاملاً با یکدیگر در تعارض قرار می‌گیرند. برای مطالعه بیشتر در خصوص اصل ۱۱۳ و نظریات تفسیری شورای نگهبان، نگاه کنید به:

در نهایت باید گفت که شورای نگهبان در تفاسیر خود از قانون اساسی به یک شیوه منسجم پایبند نیست.

۲-۲. تفسیر در حقوق اداری

مفاهیم بنیادین موجود در حقوق اداری مبتنی بر یک سری مفاهیم مرتبط با حقوق اساسی است که چنانکه در مقدمه توضیح داده شد، از یک سو خود مبتنی بر پیش‌فرض‌هایی تفسیری است و از سوی دیگر به رونق بعضی از این مکاتب دامن می‌زند. در حقیقت رابطه متقابلی بین نظریات تفسیری و پیش‌فرض‌های بنیادین حقوق اداری که ریشه در حقوق اساسی دارند، وجود داشته است. اندیشه‌های بنیادین مانند اصل عدم‌صلاحیت یا دکترین خروج از صلاحیت مبتنی بر مفاهیم تفکیک قوا و حاکمیت قانون است که بر اساس آن قوای حکومتی در وضع، اجرا و نظارت بر قانون کارکردی کاملاً مجزا دارند. مبتنی بر این رویکردها اداره صرفاً مجری قانون است و البته قانونی که دارای معنای روشن و شفاف است. به عبارت دیگر اداره قاعده عام را با روش‌های مکانیکی بر شرایط خاص تطبیق می‌دهد. در برابر، قوه قضاییه بر این عمل نظارت کرده و در صورتی که آن را مناسب دید ابرام و در غیر این صورت آن را ابطال می‌کند. پذیرش این اندیشه منجر به پذیرش دکترین «صحت»^۱ شد که در آن هر عمل اداری قابل نظارت قضایی بوده و گاه در تطبیق قانون با شرایط، اشتباهات اداره تحت این اصل که اداره حق بر اشتباه دارد، پذیرفته می‌شود. با ایجاد تغییرات بنیادین در اداره مدرن چنین اندیشه‌هایی که مبتنی بر نظریات صاحب نظرانی مانند دایسی بود با مشکلاتی مواجه شد که در ارتباط با بحث صلاحیت است؛ در حقوق اساسی این صرفاً دادگاه قانون اساسی است که به تفسیر قانون اساسی می‌پردازد. در حقوق اداری در کنار دادگاه، نهادهای اداری و شبه قضایی هم به تفسیر قوانین می‌پردازند. تفسیر هر کدام از این نهادها به مقتضای مهارت و هدفشان از تفسیر به مکتبی از مکاتب تفسیر نزدیک‌تر است. نتیجه آنکه اختلاف میان این مکاتب و رونق بعضی به معنای معتبر دانستن تفسیر یک نهاد در برابر نهاد دیگر است که افزایش دامنه صلاحیت آن نهاد را در پی دارد. بنابراین اختلاف بین تفسیر منشأگرا و غیر منشأگرا در حقوق اداری منجر به نوعی تقابل میان صلاحیت دادگاه ناظر بر فعالیت نهادهای اداری - که بیشتر در تفاسیر خود به مکاتب منشأگرا پایبند است - با خود نهادهای اداری و مراجع رسیدگی شبه قضایی - که به دلیل تخصص خود در موضوعات مرتبط با قانون بیشتر پیرو مکاتب غیر منشأگرا و حداقل غیر متن‌گرا و

یاوری، اسدالله، «نقش و جایگاه رئیس‌جمهور در اجرای قانون اساسی، تحلیلی بر اصل ۱۱۳ قانون اساسی»، مجموعه مقالات همایش ملی قوه مجریه، آذر ۱۳۹۱، صص. ۴۶۶ به بعد.

غیر نیت‌گرا است - شده است. بنابراین بحث از تفسیر اگر در حقوق اساسی بیش از هر چیز بر چگونگی انجام تفسیر قضایی متمرکز است، در حقوق اداری بیشتر به نشان دادن محدودیت‌های تفسیر قضایی پرداخته، مرز بین تفسیرهای قضایی و غیر قضایی را روشن می‌کند. نتیجه آنکه در حقوق اداری نیاز به هم‌زیستی توأمان مکاتب تفسیری رقیب پذیرفته شده و آنچه بیشتر مورد بحث واقع شده است چگونگی چینش این رویکردها در کنار یکدیگر است. در نهایت مسائل مطرح شده دو پرسش عمده را مطرح کرده است که بحث صلاحیت مقام اداری را به بحث تفسیر قضایی مرتبط می‌کنند:

- در اداره مدرن قوانین به چه صورت باید تفسیر شوند؟
- تفسیر چه کسی باید غالب بوده و معتبرتر شناخته شود و در نتیجه صلاحیت چه نهادی را باید محور قرار داد؟

پاسخ به این دو پرسش سه نگرش به بحث صلاحیت را در حقوق اداری مطرح کرده است. نظریه اول همان دکترین «صحت» است. نظریه دوم مبتنی بر پذیرش صلاحیت تخییری است و نظریه سوم که هنوز راه درازی را تا پذیرشی فراگیر در رویه قضایی کشورهای مختلف دارد، اساساً دامنه صلاحیت نهادهای اداری و شبه قضایی را در برابر دادگاه به نفع اولی معکوس می‌کند؛ به عبارت دیگر اصل بر عدم صلاحیت دادگاه در نظارت و بازبینی تصمیمات اداری است مگر آنکه خلاف آن ثابت شود. موارد استثنا هم به مواردی بازمی‌گردد که قانون نیازمند تفسیری منشأگرا است. از آنجا که نظریه اول در اعتبار خود مبتنی بر مفاهیمی همچون حاکمیت قانون و تفکیک قوا است و دو نظریه دیگر بیشتر بر نظریات جدید تفسیر مبتنی شده است، تقابل میان این نظریات، به نوعی تقابل میان توزیع صلاحیت بر اساس اصل حاکمیت قانون (به معنایی که مباحث آتی توضیح داده خواهد شد) و توزیع صلاحیت مبتنی بر نظریه تفسیر خواهد بود. در این بند کوشیده شده است که به مبحث تفسیر در حقوق اداری با توجه به این سه نظریه پرداخته شده و در نهایت اشاره‌ای هم به حقوق ایران شود.

در پاسخ به ۲ پرسش مطرح شده به نظر می‌رسد پاسخ به پرسش اول می‌تواند تا حدودی پاسخ پرسش دوم را هم روشن کند. بنابراین از این پرسش آغاز خواهیم کرد، که خود نیازمند در نظر گرفتن ملاحظات زیر است:

- کارکردهای دولتی که توسط پارلمان به نهاد اداری محول شده‌اند در قالب عبارات مبهم هستند و این امری ناشی از عدم تعیین زبان و تا حدودی ناشی از عدم دقت و تزلزل قانون‌گذار است؛ گاه قانون‌گذار خود به دلیل عدم آگاهی در امور فنی و عملی آگاهانه و عمدانه، بدون ورود در جزئیات و به منظور باز گذاردن دست نهاد اداری چنین ابهاماتی را پیش‌بینی می‌کنند؛

- برای اینکه تفسیر دقیقی از این قوانین ارائه شود، تخصص ویژه‌ای در بررسی محدودیت‌های مالی یا سیاسی و سایر امور فنی و تخصصی و حرفه‌ای مرتبط با زمینه‌ای که قانون بر آن اعمال می‌شود نیاز است.^۱
- دو ملاحظه فوق نشانگر آن است که تفسیری می‌تواند برتری داشته باشد که زمینه و هدف‌محور باشد و به خصوص با شرایط دائماً در حال تغییر هم‌خوانی داشته باشد و این همان نقطه ثقل نظریات جدیدتر است که به نوعی می‌تواند پاسخ به پرسش دوم باشد و قانون‌گذار با علم به این امر آگاهانه گستره تصمیم‌گیری وسیعی را برای مقام اداری فراهم می‌کند. ادارات در انجام این تفسیر خبره‌تر هستند و به همین جهت در زمینه‌هایی که تصمیمات تخصصی است، مانند روابط صنعتی همچون سندیکاها و حقوق کار، محور قرار می‌گیرند و در نتیجه نهادهای داوری یا محاکم اداری تصمیمات‌شان در درجه اول اهمیت قرار دارد. در چنین مراکزی زبان خاص دو طرف، رویه‌های قبلی، فهم دو طرف و استانداردهای عمومی که در قوانین نمود یافته‌اند، لحاظ می‌شوند.
- خلاصه آنکه به دلایل زیر اداره بهتر می‌تواند به تفسیر قوانین بپردازد:
- کارآمدی نظام اداری هم می‌تواند به عنوان ارزشی حقوقی در کنار سایر ارزش‌ها مانند حفظ حقوق شهروندان در تصمیم‌گیری‌ها به حساب آید. در این صورت اولویت با تفسیری است که کارآمدی را نیز مدنظر قرار دهد. امری که آشکارا به تفسیر اداره اولویت می‌بخشد؛
- اگر بهترین مفسر کسی است که با زمینه بحث مورد نظر در تصمیم‌گیری در ارتباط است، طبیعی است که او تصمیم‌ساز اصلی است چرا که بیشترین تماس را با مسئله، واقعیت‌ها و شرایط و اوضاع و احوال مورد نظر دارد؛
- در رابطه با توسعه دادن یک سیاست منسجم در طول زمان، تصمیم‌گیری‌های اداری دارای موقعیتی مناسب‌تر هستند؛ چرا که متناسب با پیشینه و عملکرد اداری اتخاذ می‌گردند.
- در کنار تخصص بهتر اداره در تفسیر قوانین، اعتقاد مکاتب جدید تفسیری به عدم تعین معنا در زبان، باعث ایجاد تحولی جدید در حقوق اداری شده که مفاهیم قبلی حاکمیت قانون را به چالش کشیده است. از جمله آنکه به جای ملاک صحت، ملاک «آشکارا غیر منطقی نبودن» مطرح شده است که بر اساس آن در پاسخ به یک مشکل طیفی از پاسخ‌ها می‌تواند درست باشد. در نتیجه صرفاً یک راه‌حل مدنظر نیست و اداره حق انتخاب میان آنها را دارد.^۲ امری که در نهایت نقطه ثقل پذیرش نحوه نظارت

1. Mac Lauchlan, H. Wade, "Judicial Review of Administrative Interpretation of Law; How much Formalism Can We Reasonably Bear", the University of Toronto Law Journal, Vol. 36, No. 4, 1989, p. 344.
2. Ibid, p. 372.

قضایی بر صلاحیت تخییری است؛ به عبارت دیگر قانون دارای معنایی آن چنان معین نیست که هر نوع انطباق آن بر موضوع خود و شرایط را به یک عمل صرفاً مکانیکی و بی‌نیاز از تفسیر مجدد تبدیل کند. نتیجه آنکه مقام اداری نیز خود مفسر قانون به حساب می‌آید و عملی فراتر از اجرای صرف آن انجام می‌دهد.

این چنین است که بر اساس محور قرار دادن نظریات جدید تفسیر، صحبت از به چالش کشیده شدن بعضی مفاهیم بنیادین حقوق اساسی یعنی حاکمیت قانون (بیشتر در معنای حاکمیت پارلمان و وجود نیت مشخص برای قانون‌گذار که در عبارات منعکس شده و وظیفه مقام اداری کشف آن است) و تفکیک قوا می‌شود.

در این حالت منظور، به چالش کشیدن نگرشی غیر منعطف به این مفاهیم است که قانون را صرفاً زاینده اراده مقنن در قوه مقننه می‌داند و هیچ گونه مشارکتی را میان قانون‌گذار، مقام اداری و قاضی در تعیین مفهوم و قلمرو قاعده حقوقی مندرج در قانون نمی‌پذیرد. در صورتی که این مفهوم را در معنای منعطف خود به کار بریم که مشارکت و تعامل هر سه قوه را در این امر می‌پذیرد و در نتیجه تفکیک قوا در معنای سنتی آن را کنار می‌گذارد (گرچه عده‌ای به دلیل ارتباط بیش از حد این اندیشه با افکار دایسی کنار گذاردن آن را ترجیح می‌دهند)، در این صورت همچنان جایی برای پذیرش مفهوم حاکمیت قانون در کنار نظریات جدیدتر زبان شناختی و تفسیری باز کرده‌ایم. در چنین حالتی حاکمیت قانون تعهد به نظم حقوقی است. تعهد به قانونیت به این معنا است که اداره در نحوه تفسیر خود متن، زمینه‌های تاریخی و بافت معاصر و موجود را در یک روش هدف‌محور بررسی کند. اگر اداره چنین تفسیری ارائه دهد به یک تصمیم بی‌طرفانه که خودسرانه و آشکارا غیر منطقی نیست خواهد رسید.^۱

اما در نظری هم که اصل «آشکارا غیر منطقی بودن» را محور قرار می‌دهد، همچنان فرمالیسم حاکم است و بر اساس همان دیدگاه‌های کاملاً سنتی است. از جمله آنکه ملاک دقیقی در اختیار ما قرار نمی‌دهد. نتیجه آنکه جریان سومی از تفسیر در حال شکل‌گیری است که در آن نگاهی نو به امر قانون‌گذاری و تفکیک قوا را در مرکز توجه قرار می‌دهد. به این معنا که بیش از آنکه توزیع صلاحیت‌ها را بر اساس تفکر سنتی درباره قانون‌گذار بودن قوه مقننه، ناظر بودن قاضی و مجری بودن اداره انجام دهد، از ابتدا می‌پذیرد که هر کدام از این نهادها در فرایند خلق قانون نقشی ایفا می‌کنند و سپس با توجه به نقش آنها صلاحیت‌ها را تقسیم و توزیع می‌کند. بر این اساس، اهمیت و محوریت و تمرکز اصل تفکیک قوا با اصل همکاری قوا (که مبتنی بر نظریات جدی تفسیر است) جایگزین می‌گردد. در مدل نو، اصل احترام به اداره است و دخالت قضایی جنبه استثنایی

1. Ibid, pp. 387-388.

به خود می‌گیرد؛ این رویکرد مبتنی بر چهار پرسش است که در صورت پاسخ مثبت به یک نتیجه (که در شماره ۵ آمده است) منجر خواهد شد است:

۱. آیا اساساً مقام اداری عمل تفسیری انجام داده است؟ آیا این عمل تفسیری به صورتی انجام شده است که برای جامعه مرتبط قابل پذیرش باشد؟
۲. آیا تفسیر انجام شده نیاز به مهارت خاصی دارد؟ اگر خود اداره معتقد است که تصمیمات بر ملاحظات خاصی مبتنی نیست، در آن صورت احترام گذاردن به تصمیم اداره و عدم ورود به آن معنا ندارد. مانند جایی که اداره از تفسیر لفظی استفاده می‌کند و صرفاً به اصولی از حقوق اداری استناد می‌کند.
۳. آیا تصمیم‌گیرنده متخصص است؟ همه مقامات اداری به یک اندازه متخصص نیستند. در زمینه‌هایی مانند روابط صنعتی و داوری رعایت این امر بیشتر محل توجه است.
۴. آیا تصمیم از مواردی است که احترام به تصمیم اداره نامناسب باشد؟^۱ در پاسخ به این پرسش باید اذعان نمود گرچه در موارد پیش‌گفته سعی شده است از تفکیک قوا فاصله گرفته شود، اما در عین حال در موارد زیر این دادگاه است که حرف آخر را می‌زند:
 - درباره صلاحیت یک نهاد اداری خود آن نهاد تصمیم نمی‌گیرد و این دادگاه است که رسیدگی می‌کند.^۲ بنابراین، هم چنان در بسیاری موارد - از جمله در مواقعی که صلاحیت نهاد مورد بحث باشد - هم چنان نظارت قضایی مبتنی بر روش تفسیری منشأگرا به کار گرفته خواهند شد.
 - در زمینه تفسیر آزادی‌ها نیز هم همین‌گونه است و صلاحیت دادگاه در رسیدگی محرز است. در مواردی هم که حقوق و آزادی‌های موردنظر مرتبط با یک سنخ خاص مدنظر است، مانند حق بر اعتصاب یا آزادی بیان یا تجمعات، همکاری قوا و به تبع آن دخالت قضایی در تعیین حدود و ثغور آزادی‌ها مورد نیاز است.
 - نمونه دیگر بحث تفسیر قوانین عام یا ارزش‌های موجود در کل جامعه است که در آنجا نیز تفسیر بر عهده دادگاه است.
۵. با توجه به مطالب گفته شده «آشکارا غیر منطقی دانستن» تصمیم اداره در مواردی که صلاحیت اداره مشخصاً و صریحاً مورد شناسایی قرار گرفته است،

1. Ibid, p. 378

۲. در این زمینه نمونه معروف در کانادا پرونده (Canada attorney general V. Amnesty) است. ر. ک:

Tunley, M Philip; Sequil, Paul Jonathan, "Statutory Interpretation by tribunals, Regulatory Board and Administrative Law Litigation", Vol. 10, No.4, 2009, p. 625.

قابل قبول نمی‌باشد.^۱ این محلی است که نظریه سوم متولد شده و خود را از نظریه دوم جدا می‌کند.

در کانادا حرکت به سوی این نگرش جدید به آرامی شکل گرفت؛ به خصوص از پرونده «دونسمور علیه نیوبرانزویک»^۲ که در آن پارلمان پذیرفت که نهاد اداری نیز دارای اقتدار و حجیت در تفسیر است و بازبینی دارای معیارهایی است که مهم‌ترین آنها میزان تخصص دادگاه و نهاد اداری و ماهیت مشکلی است که قرار بر حل شدن آن است.^۳ در پرونده‌های دیگری مانند شرکت سرمایه‌گذاری «کرایوود علیه سیستم هیدرو - الکترونیک تورنتو»^۴ چنین نگرشی وجود دارد.^۵

بر این اساس دادگاه‌های کانادا معتقدند که واژگانی با قابلیت تفسیر وجود دارند که نهادهای اداری درباره آنها تصمیم‌گیری خواهند کرد. برای نمونه، تفسیر برای کشف معنای حقیقی واژگان و عباراتی مانند «عضویت در سندیکا» می‌بایست توسط نهادهای اداری مانند کمیته روابط کارگری آنتاریو صورت گیرند.^۶

در نهایت باید گفت که محوریت تفسیر در حقوق اداری از دادگاه به نهاد اداری تغییر کرده است. این تغییر در دو مرحله بوده است و هر کدام تفسیر قضایی در حقوق اداری را به دلیل عدم برآوردن شروط خاص کاملاً محدود کرده است. این امر ناشی از ماهیت تفسیر در فرایندهای اداری بوده است که با تفاسیر پویا همگامی بیشتری دارد. برخلاف حقوق اساسی که در آن دادگاه‌های اساسی به سمت تفاسیر پویا حداقل در بعضی ابعاد رفته‌اند، در حقوق اداری اهمیت یافتن این نوع از تفاسیر خود را در انتقال مسئولیت تفسیر از نهاد قضایی به نهاد اداری یا شبه قضایی نشان داده است. به عبارت دیگر تغییر نگرش در نحوه تفسیر به جای آنکه تفسیر قضایی را تغییر دهد آن را محدودتر کرده است و همچنان نهاد قضایی تفاسیر منشأگرا را محور قرار می‌دهد و در شرایطی که چنین تفسیری پاسخگو نباشد آن را به اداره یا نهاد شبه قضایی محول کرده، به تصمیمات آنها حداکثر احترام را می‌گذارد.

در ایران دیوان عدالت اداری رویکرد مشخص، ثابت و منسجمی در رابطه با مسائل مطرح شده ندارد. ضرورت تفسیر زمینه‌گرا و احترام به نهادی که متصدی آن است در مواردی پذیرفته شده و در موارد کاملاً مشابه رد شده است. برای نمونه، می‌توان به رویه دیوان درباره صلاحیت خود در ورود به تصمیمات سازمان میراث فرهنگی در ثبت آثار

1. Mac Lauchlan, H. Wade, Op. Cit., pp. 375-386.
 2. Dunsmuir V. New Brunswick
 3. Tunley, M Philip; Sequil, Paul Jonathan, Op Cit, p. 613.
 4. Craywood investments V. Toronto Hydro-electronic system
 5. Ibid, p.621.
 6. Ibid, p. 622.

تاریخی و ثبت حریم آنها اشاره کرد. دیوان در آرای بسیاری به نظارت ماهوی بر تصمیم سازمان میراث فرهنگی پرداخته و تصمیم سازمان که کاملاً مبتنی بر ملاحظات حرفه‌ای است را ابطال کرده است. در این آراء دادگاه از هیچ کارشناسی بهره نگرفته است تا بتواند موضوع پیچیده‌ای مانند شأنیت تاریخی یک اثر را که در حوزه تخصصی سازمان میراث فرهنگی است احراز کند. مگر در مواردی که خود شاکی برای قوی‌تر کردن استدلال‌های خود از نظر کارشناس بهره برده است. در مواردی قاضی معتقد بوده است که چنین تشخیصی کاملاً بر مبنای عرف بوده و تصمیم گرفته شده باید بر چنین مبنایی توجیه شود. گاه خود او به بازرسی اثر پرداخته است و بر حسب سلیقه خود درباره قرار گرفتن یا نگرفتن اثر قدیمی در عداد آثار و ابنیه تاریخی تصمیم‌گیری کرده است.^۱

جالب آن است که در مورد ثبت حریم آثار و ابنیه تاریخی رویه دیوان کاملاً متفاوت است. در چنین مواردی دادگاه همواره صلاحیت سازمان را در تشخیص حریم به دلیل تخصصی بودن آن پذیرفته و از ورود ماهوی به تصمیم این نهاد خودداری کرده است.^۲ این در صورتی است که عمل تعیین حریم خود تابعی است از عمل ثبت اثر.

۱. برای نمونه می‌توان از دادنامه‌های شماره ۸۹۰۹۹۷۰۹۰۰۳۰۰۶۴۱ مورخ ۸۹/۹/۸ صادره از شعبه ۳ دادگاه حقوقی مشهد، شماره ۹۰۰۹۹۷۰۹۰۰۱۰۲۳۶۰ مورخ ۹۰/۱۱/۲۶ صادره از شعبه ۱ دادگاه حقوقی تهران و شماره ۲۲۲۴ مورخ ۸۸/۱۲/۹ صادره از شعبه ۲ دادگاه عمومی تهران نام برد. در این مورد پرونده‌های بسیاری وجود دارد.
۲. برای نمونه می‌توان از دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۱۰۱۹۸۳ مورخ ۱۳۹۱/۰۹/۲۰ صادره از شعبه ۱ دیوان عدالت اداری نام برد.

نتیجه‌گیری

امروزه مکتب منشأگرایی به عنوان شناخته شده‌ترین، قدیمی‌ترین و همچنان محبوب‌ترین روش تفسیری در حقوق فراز و نشیب‌های بسیاری را طی کرده است، اما این مکتب خاصه در حقوق عمومی، با عنایت به ویژگی‌های قواعد و مقررات حوزه حقوق اداری و اساسی مکاتب رقیب بسیاری در مقابل خود می‌بیند؛ مکاتبی که روزه‌روز به نفوذ آنها افزوده می‌شود و در برابر ناکارآمدی‌های مکتب منشأگرا هم خود را بیشتر نشان می‌دهد. شاید به نظر رسد که این مکتب دیگر از اعتبار افتاده است. با وجود این نباید در ناکارآمدی‌های مکاتب منشأگرا مبالغه کرد. همچنان در حقوق اساسی تفاسیر منشأگرا جایگاه خود را دارند. هنوز در ایالات متحده متن قانون اساسی مرکز توجه است و همچنان به مباحث تاریخی برای کشف نیت قانون‌گذار توجه می‌شود. در اروپا سنت پوزیتیویستی قوی‌تر از آن است که به این زودی‌ها زوال یابد، اگرچه از موضع قدرت خود عقب‌نشینی کرده است. قضات آلمانی همچنان متن قانون اساسی را محور آرای خود قرار داده و از روش‌های استنتاجی و مکانیکی استقبال می‌کنند. در واقع نمی‌توان یک مکتب تفسیری را به راحتی کنارگذارد بلکه، مهم، معین کردن سهم آن در حقوق امروز است. چنانکه گفته شد، ما در حقوق در نهایت به دنبال حکم دادن برای حل یک معضل هستیم و به همین دلیل هم متناسب با مشکل روبه‌رو رویکردهای متفاوتی را اتخاذ خواهیم کرد. مکتب منشأگرا و رقبای آن هر کدام یکی از ابزارهایی است برای حل مشکل داریم و می‌توان با اطمینان گفت همچنان مشکلاتی در حقوق وجود دارد که صرفاً با راه کارهای خاص خود گشوده خواهد شد.

در خصوص جایگاه و ویژگی‌های تفسیر در حقوق عمومی در ایران هنوز نمی‌توان نظریه یا حتی چهارچوب روشن و مشخصی برای آن ارائه نمود. از یک سو شورای نگهبان در تفسیر قانون اساسی مقید به یک شیوه خاص نمی‌باشد، از سوی دیگر در حقوق اداری نیز شناسایی وجود یک رویکرد مشخص در برخورد با مکاتب و شیوه‌های تفسیری دشوار است، چرا که نهادهای قضایی مرتبط با حقوق اداری در کشور ما از مکاتب تفسیری متناسب با ظرفیت‌های آنها در امور متفاوت بهره نبرده، گاه در امور یکسان از شیوه‌های متفاوت استفاده می‌کنند. چنین امری عینیت حقوق را که مهم‌ترین ویژگی یک نظام حقوقی است خدشه‌دار کرده، امکان پیش‌بینی و درک مبانی و منطق قضاوت را هم برای حقوق‌دان‌ها و هم برای مردم دشوار می‌کند و در نتیجه می‌تواند به اعمال سلیق شخصی و به تبع آن تضییع حقوق مردم منجر گردد. پیشنهاد می‌شود قضات با مکاتب گوناگون تفسیری و مبانی و کارکرد هر کدام - چنانکه در این مقاله به آن پرداخته شد - آشنا شوند تا بتوانند آنها را هم در موارد مناسب و هم به درستی به کار گیرند.

منابع

- استرول، اورال، فلسفه تحلیلی در قرن بیستم، ترجمه فریدون فاطمی، چاپ چهارم، تهران، نشر مرکز، ۱۳۹۰.
- طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، «مصونیت پارلمانی نمایندگان در حقوق تطبیقی»، نشریه حقوق اساسی، شماره اول، پاییز ۱۳۸۲.
- فقیه لاریجانی، فرهنگ، هرمنوتیک عینیت‌گرا و نظریه تفسیر قانون اساسی (با تأکید بر آراء شورای نگهبان)، رساله دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۲.
- کلهر، جواد، اصالت شکل در حقوق عمومی، رساله دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
- کلی، جان، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، چاپ دوم، تهران، انتشارات طرح نو، ۱۳۸۸.
- کیوانفر، شهرام، مبانی فلسفی تفسیر قانون، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۰.
- مزارعی، غلامحسین، «ساختارگرایی در تفاسیر شورای نگهبان از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مجله معاونت تحقیقات، آموزش و حقوق شهروندی، ۱۳۹۰.
- مهرآرام، پرهام، ویتگنشتاین متأخر و تأثیر آن بر حقوق، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰.
- ویتگنشتاین، لودویگ، پژوهش‌های فلسفی، ترجمه فریدون فاطمی، چاپ ششم، تهران، نشر مرکز، ۱۳۹۱.
- یوری، اسدالله، «نقش و جایگاه رییس‌جمهور در اجرای قانون اساسی، تحلیلی بر اصل ۱۱۳ قانون اساسی»، مجموعه مقالات همایش ملی قوه مجریه، آذر ۱۳۹۱.
- Arshakyan, Mher, "The Impact of legal System on Constitutional interpretation: a Comparative Analysis: the USA Supreme Court and the German Federal Constitutional Court", German Law Journal, Vol. 14, No. 8. 2013.
- Conway, Gerard, "Historical Interpretation of Constitutions - the EU and US Compared", Quest Proceedings of the QUB AHSS Conference, 2008.
- Corry, J A, "Administrative Law and the Interpretation of Statutes", the University of Toronto Law Journal, Vol. 1, No. 2, 1936.
- Helpin, Andrew, "Ideology and Law", Journal of Political Ideologies, Vol.11, 2006.

-
- Lawson, Gary, "No History, No Certainty, No Legitimacy . . . No Problem: Originalism and the Limits of Legal Theory", Florida Law Review, Vol. 64, Issue 6, 2013.
 - Mac Lauchlan, H. Wade, "Judicial Review of Administrative Interpretation of Law; How much Formalism Can We Reasonably Bear", the University of Toronto Law Journal, Vol. 36, No. 4, 1989.
 - Mackie, J. D., The Earlier Tudors 1485 – 1558, Oxford, Clarendon Press, 1952.
 - Marmor, Andrei, Interpretation and Legal Theory, Second edition, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2005.
 - Nourse, Victoria, "A Decision Theory of Statutory Interpretation: Legislative History by the Rules", the Yale Law Journal, Vol. 122, 2012.
 - Patterson, Dennis, "Good Faith, Lender Liability and Discretionary Acceleration: of Llewellyn, Wittgenstein and the Uniform Commercial Code", Texas Law Review, vol. 168, 1989.
 - _____, "A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory", A John Wiley & Sons Ltd. Publication, 2010.
 - Paulsen, Michael Stokes, "Does the Constitution Prescribe Rules for its Own Interpretation?", Legal Studies Research Paper No. 08-36, 2008.
 - Posner, Richard, "the Problematic of Moral and Legal Theory", Harvard Law Review, Vol. 111, No. 7, 1997.
 - Raymond, Wacks, Philosophy of Law (a Very Short Introduction), Oxford University Press Inc., Oxford, 2007.
 - Straup, Daniel J, "Law and Language: Cardozo` Jurisprudence and Wittgenstein's Philosophy", Valparaiso University Law Review, vol. 18, 1984.
 - Tiefer, Charles, "The Flag-burning controversy of 1989-1990: congress valid role in constitutional dialogue", Harvard Journal of Legislation, vol. 29, 1992.
 - Tunley, M Philip; Sequil, Paul Jonathan, "Statutory Interpretation by tribunals, Regulatory Board and Administrative Law Litigation", Vol. 10, No.4, 2009.
 - Eskridge, William, Dynamic Statutory Interpretation, Harvard University Press, 1994.

Judicial Interpretation in Public law

Asadolah Yavari
Parham Mehraram

Abstract

Interpretation is a field of study which has extended itself in all area of Humanities. Law is not an exception. Indeed, it needs more than other fields to this subject, because the core of law are statutes and statutes as a texts need to be interpreted. Therefore, law has been always inspired by interpretation and has inspired it.

Public Law has some unique characteristics which draws a distinction between it and other branches of law. It proposes this question, that whether these characteristics provide a specific way of interpretation for public law. One can answer to this question that although public law does not have specific method of interpretation, it enjoys different interpretational schools in different ways. For example, nowadays, the inefficiency of Originalism in some area of public law is well demonstrated. In constitutional law, the key role of constitution as a most important document in distribution of power, freedoms and rights and its ambiguous and general terms presents some problems for Originalism, which believes in determination of meaning. In administrative law, regarding the fundamental developments in the modern administration and the hesitation about some premises of it - such as rule of law and separation of power- Originalism faces with a crisis. Therefore, there are some growing trends toward dynamic ways of interpretation. This debate plays a pivotal role in distribution of power between judiciary and administrative institutions.

Keywords: Determination of Meaning, Originalism, Dynamic Schools, Judicial Interpretation, Constitutional Interpretation.

**Conditions and Causes of a Conflict of Judicial
Decisions Based on the Precedent of the General Board
of Administrative Justice Court (AJC)**

Morteza Nejabatkhah

Abstract

According to Articles 12 (2) and 89 of the Act on Organization and procedure of Administrative Justice Court (1392), the legislator has identified the uniform judicial precedent as a competence of General Board of AJC, in cases where conflicting of judicial decisions issued by one or more branch of this court. Therefore the question arises: What is meant by inconsistency of judicial decisions and when conflict arises? This paper, by case- study of the precedents of the General Board of AJC, aims to explain the concept and conditions (formal and substantive) of the inconsistency of judicial decisions, as well as the various factors that have led to differing interpretations among the branches of AJC.

Keywords: Inconsistency of Judicial Decisions, Jurisprudence, General Board, Administrative Justice Court (AJC).

Criminal Capacity of Legal Persons

Iraj Goldozian
Amin Golriz

Abstract

Criminal liability of legal entities, including new and emerging issues in the criminal justice system is born. Despite the adoption of these important public interests as told by lawyers, principles, and elements of criminal responsibility for this category of persons has not been analyzed properly. Thus, the criminal law cannot be the same way and measure that determines the basis for criminal liability for individuals, criminal liability for legal entities to measure, and the principles of criminal liability of legal entities of the necessary analysis of criminal law. In this paper, based on the subjects to analyze the most important element of criminal liability for legal entities, the constituent elements of criminal capacity with an emphasis on Islamic Penal Code will be discussed in 1392. Essential component of the criminal investigation capacity can be more correct analysis of criminal liability of legal persons and better understanding of the subject could be offered.

Keywords: Criminal Capacity, Legal Entities, Criminal Responsibility, Determination, Awareness.

Cybercrime in Iranian Criminal Law: Typology and Statistical Data Review

Rohoddin Kordalivand
Mohammad Mirzaei

Abstract

The cybercrime possesses a great capacity to metamorphosis. This criminality encompasses a wide range of activities, some of them are totally new, other are old and they find a new field of practice with the system and the computer networks. The classification of these offenses contributes to a better understanding of their nature and their modality. Several criteria make it possible to classify these offenses: the system's role and the computer networks in the offenses making as a means or as a support; the aim and the content of these offenses and the combination of these criteria. In this article, we classify offenses provided by law about cybercrime according to the following criteria: the period of emergence of criminalization and the content of these offenses. In the last part of this article we review the data provided by the Iranian cyber-police (FATA) from statistics concerning cybercrime committed between 2012 and 2016.

Keywords: Typology, Illegal Acces, Child Pornography, Ransomware Attack, Data Interference.

**Sentencing to Rehabilitative Punishments on Juvenile
Delinquency after the Ratification of Islamic Penal Code 2013**

Majid Ghourchi-Beigi
Masoume Shahrani

Abstract

Minors and juvenile are susceptible to delinquency and their circumstances require a differential criminal policy. Retributive responses deemed to be inefficient and fail to rehabilitate for juvenile delinquency particularly. Criminal justice systems, across the world, try to use a rehabilitative punishment toward minors and juvenile in recent decades. Iranian criminal justice system also has accepted these rehabilitative mechanisms regarding juvenile delinquent. By passing the Islamic Criminal Code (2012) the new extreme developments has emerged. Judges and prosecutors in the practice should accompany with these developments. Findings of this article show that judges and prosecutors are reluctant to use these new mechanisms because of many reasons such as lack of required infrastructures, tendency of judges and public to traditional punishments and so on which is can be subject of another independent research.

Keywords: Juvenile Delinquency, Rehabilitative Punishments, Prison Alternative, Judges.

Iranian Criminal Policy against Behaviors Threatening Food Security

Jafar Koosha
Mahdi Ghorbani Ghalajloo

Abstract

Food Security has defined as a situation which all people; at all times, have physical, economical and social access to safe, notorious and enough food to procure their notorious demands and food preferences to have a healthy and active life. Achieving the food security became a United Nations' global concern in the new Sustainable Development Goals since 2030 framework.

In this article, we explain the concept and legal foundations of the normative food security as a socio-legal norm in the international acts and Iranian regulations and introduce its sights, examples and legal answers (especially criminalization and repressive penal answers) in the Iranian legislative criminal policy in the context of national public policy under the international acts umbrella's that meet the food security in the world with planning, targeting and coordinating.

The outcome of this research shows that the Iranian legislative criminal policy for food security protection is incoherent and with a tendency to criminal policies public model, just covers a part of food security's modern sense and also does not include the new forms of globalized crimes and terrorism against food security.

Keywords: Food Security, Public Policy, Iranian Criminal Policy, International Acts, Criminalization and Penal Answers.

Mitigation of Punishment in Islamic Penal Code 2013

Abolghasem Fallahi

Abstract

Mitigation of punishment is one of the effective tools of criminal policy in implementing the individualization principle of punishment, more effectiveness, and attainment of the rehabilitative and corrective goals. In Iranian criminal law, according to Islamic jurisprudence, there is no Mitigation of punishment in the Qisas and Diyat, and these penalties are subject to their own rules. In the scope of Ta'zirat, before adoption of the Islamic Penal Code of 2013, the Mitigation of punishment was not organized in the laws and there was no clear judicial procedure in the criminal courts regarding the manner and the amount of Mitigation. The evolutions and changes made in this law based on corrective goals and social defense are accompanied by a different approach to the Mitigation. On the one hand, the amount of Mitigation is determined on the basis of the punishment rating, mitigating factors are confined, Absolute conversion of incarceration to fine is prohibited, and power of judges in amount of mitigating are limited to a certain extent. On the other hand, the number of mitigating factors has been increased, the scope of the effect of the Mitigation has been developed, and the combination of the provisions of Mitigation and intensification has been organized. However, in spite of the coherent and organized appearance of the provisions of this law, there are some loopholes in this structure, which will manifest itself in practice and may prevent it from achieving its goals. The present study, by demonstrating that the deficiencies of this law will virtually form part of its provisions in conflict with other sectors, will provide suggestions at both legislative and judicial levels to address those objections.

Keywords: Punishment Grading, Ta'zir, Mitigation, Conversion, Decrease.

Rule of Constitutional Law in confront with Cyber-Crimes

Hassan Alipour
Mohammad Yekrangi

Abstract

Confronting with Cyber-crime has strong relationship with all preventative and non- preventative measures. A Non-preventive measure, that is related to criminal law, consists of criminalization, imposing liability and sentencing. The preventative measures, however, include social and technical measures that impose on the situation or potential criminals. All these measures should obey two fundamental rules: first, it should be compatible with norm of society and bring the security; second, should not in contradiction with individual liberties. Intense concentration of just the security, with pay attention to cyber-crime, will result in infringement of individual liberties and Sole considering the individual liberties, with pay more attention to cyber-criminal, will decrease the security.

Neither security-approach nor liberty-approach is compatible with Constitution. This paper, try to reconciliation of these two approaches in the light of Constitution rights in confronting with the cyber-crime.

Keywords: Cyber-terrorism, Cyber-attack, National Security, Individual Liberty, Constitution.

Two-Way Relationship between Corporate Values and Assumptions and Criminogenic Corporate Culture

Bagher Shamloo
Hamidreza Daneshnary

Abstract

The criminogenic corporate culture as a new concept in the domain of empirical criminology studies is rooted in organizational behavior studies. This term refers to a form of organizational culture in which crime is committed as a normal thing. Hence, the cause of crime, in some companies and industrial spheres, is the existence of a crime culture that leads to the normative validation of illegal behavior and the incentive structure for doing these behaviors. By providing the normative guideline, companies offer permission to commit illegal and immoral behaviors under certain conditions to their practitioners and take incentives and safeguards to comply with or violate these norms. Therefore, the culture of crime is defined as an organizational and social truth, which is defined in terms of the ethical values existing in an organization that originates from underlying assumptions. This research seeks to examine the corporate culture by using the Schein organizational culture model, which consists of three layers of Artifacts, values and assumptions. The findings of this study indicate that organizational imagination and distortion of reality in the organization's visible areas are among the reasons that led to the ineffectiveness of the artifact layer in the analysis of the corporate culture of crime. Nevertheless, the underlying values and assumptions of an organization as inseparable parts of Schein's organizational culture can perfectly analyze the organizational culture of crime. Accordingly, in organizations with a mass culture, the expected behavior of the workers will be a crime, because in the core of organizational culture, committing a crime is considered as a value. Nonetheless, fundamental assumptions as unwritten value systems in an organization that identify corporate paradigms create the values of an organization.

Keywords: Criminogenic Corporate Culture, Corporate Crime, Schein, Underlying Assumptions.

Wife's Lien and Ambiguities in Judicial Precedent

Amir Khajehzadeh
Seyyedrohollah Hoseinimighan

Abstract

Marriage creates different rights for woman, including the right to receive dowry, alimony, etc. But in some cases it is possible that the man be unable to pay it due to some new issues that have been arisen, for example insolvency. So it can be said that receiving dowry and alimony is the woman's right, but law has provided some solutions for the woman in the case of inability to pay each of them. For example, in the case of failure to pay the dowry she has the right to do the particular submission and even she can split the dowry and do not comply the husband until receiving the last installment (as it has been mentioned in the judicial precedent). The supreme court by the judicial precedent number 708 dated 22.5.1387 announced that the dowry split do not conflict the right of judicial precedent and consequently sentencing the 718 dating to 13.2.1390 expanded the realm of lien to the absolute couple duties. Although these views seem to finish the conflicts, but correctness, effects, and the legal consequences of applying it needs to be analyzed and reviewed. This study which have been done by library and analytical approach analyzes the lien wife in the judicial procedure and beside analyzing the principle number 1058 of the civil law, it has been found that if both the man and woman have applied the lien, what should be done, and also it has been clarified that if a part of the dowry was not paid the woman has the lien until the time that the rest is paid and in the case of insolvency this is not set aside.

Keywords: Lien, Marriage, Dowry, Family duties, Judicial procedure.

The Causes of the Penal Population Increase as a Result of the Pre - trial Detention

Mohammad Ashouri
Jamal Ansari

Abstract

The Islamic Republic of Iran is in terms of the number of criminal population, in the eighth and in terms of the number of pre - trial detentions in the ninth place in the world. An increase in the rate of prison population from 172 in 1993 to 287 in 2014 and an increase in the rate of pre-trial detention from 39 to 72 in the same period are clearly showing that Iran is experiencing a huge increase in the criminal population. The growth of the rate of pre - trial detention is one of the main causes of penal population growth and the subsequent overcrowding in prisons in Iran. Increase in the rate of pre-trial detention, in turn, results from the legislative, judicial and several other factors. Expansion of substantial criminal law interventions - through the widespread criminalisation and imprisonment, war on drugs and the lack of adequate criminal measures to replace non-custodial measures and eventually legislature's weakness in regulations relating to the custody are the most important factors including legislative and excessive reliance on and inefficient judges and prosecutors to control crime, and minimal use of non-custodial measures and structural weaknesses in the judiciary, are also some other causes of the increase in the number of the defendants waiting for trial.

Keywords: Pre - trial Detention, Penal Population Increase, Overcrowding in Prisons, Legislative Factors, Judicial Factors.

Contents

- ◆ **The Causes of the Penal Population Increase as a Result of the Pre - trial Detention** a
Mohammad Ashouri / Jamal Ansari
- ◆ **Wife's Lien and Ambiguities in Judicial Precedent** b
Amir Khajehzadeh / Seyyedrohollah Hoseinimighan
- ◆ **Two-Way Relationship between Corporate Values and Assumptions and Criminogenic Corporate Culture** c
Bagher Shamloo / Hamidreza Daneshnary
- ◆ **Rule of Constitutional Law in confront with Cyber-Crimes** d
Hassan Alipour / Mohammad Yekrangi
- ◆ **Mitigation of Punishment in Islamic Penal Code 2013** e
Abolghasem Fallahi
- ◆ **Iranian Criminal Policy against Behaviors Threatening Food Security** f
Jafar Koosha / Mahdi Ghorbani Ghalajloo
- ◆ **Sentencing to Rehabilitative Punishments on Juvenile Delinquency after the Ratification of Islamic Penal Code 2013** g
Majid Ghourchi-Beigi / Masoume Shahrani
- ◆ **Cybercrime in Iranian Criminal Law: Typology and Statistical Data Review** h
Rohoddin Kordalivand / Mohammad Mirzaei
- ◆ **Criminal Capacity of Legal Persons** i
Iraj Goldozian / Amin Golriz
- ◆ **Conditions and Causes of a Conflict of Judicial Decisions Based on the Precedent of the General Board of Administrative Justice Court (AJC)** j
Morteza Nejabatkhah
- ◆ **Judicial Interpretation in Public law** k
Asadolah Yavari / Parham Mehraram

The Judiciary's
**Law
Journal**

The 82nd Year of Publication / No. 102 / 2018 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 Koochi far,

Seyed Morteza Ghasem Zadeh,

Ali Hossein Najafi Abrand Abadi

Circulation: 1000

Price: 50000 R

Fax: 021-22091869

Web Site: www.jlj.ir

E-mail: majaleh_hoghooghi@jpri.ir
