

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مجله حقوقی

سال هشتاد و یکم / شماره یکصدم / زمستان ۱۳۹۶

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

صاحب امتیاز: قوه قضاییه

مدیر مسئول: علیرضا امینی

سر دبیر: حسین میرمحمد صادقی

مدیر اجرایی: مهدی صبوری پور

اعضاء هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

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

سام سوادکوهی فر، سیدمرتضی قاسم زاده، علی حسین نجفی ابرندآبادی

حروف چینی، صفحه بندی و چاپ: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه

قیمت: ۵۰۰۰۰ ریال

شمارگان: ۴۵۰۰

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

پژوهشگاه قوه قضاییه، دفتر مجله حقوقی دادگستری

صندوق پستی: ۳۵۱۵ - ۱۱۱۵۵

تلفکس: ۲۲۰۹۱۸۶۹ - ۰۲۱

وب سایت: www.jlj.ir

نشانی پست الکترونیک: Majaleh_hoghooghi@jpri.ir

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

راهنمای تدوین مقالات

- 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

درئوس آموزشگاههای وزارت عدلیه

مواد امتحانات مستخدمین 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 ۱۰ فروردین ماه ۱۳۱۷

چاپخانه «ایران» تهران

فهرست مندرجات

شماره اول (سال دوم) مجموعه حقوقی

صفحه	نویسنده	موضوع
۱		خطابه جناب آقای دکتر شین دفتری وزیر عدلیه در کانون و کلاء <u>دروس آموز شگامهای وزارت عدلیه</u>
		آموزشگاه قضائی
۵	آقای دکتر جلال عبده	حقوق بین الملل خصوصی
۷	• • •	اصول محاکمات حقوقی
۹	آقای دکتر اخوی	قانون مجازات عمومی
۱۱	• • •	ثبت اسناد و املاک
۱۳	• • • مصباح زاده	اصول محاکمات جزائی و استرداد مجرمین
۱۵	آقای سبهدی بمصر	حقوق تجارت
		<u>مواد امتحانات مستخدمین قضائی</u>
۱۷	آقای منطاهر	حقوق بین الملل عمومی
۱۹	آقای دکتر عبدالحمید اعظمی زنگنه	حقوق تجارت
		<u>بحث در موضوعات حقوقی</u>
۲۱	آقای لطفی رئیس استیناف مرکز	حقوق جزائی
۲۵	آقای مهدی وحدت	در برات
۲۹	آقای حسینقلی عدالت پور	معارضه امور حقوقی و جزائی در قوانین جاریه
۳۱	آقای رضوان	شرح قانون مدنی ایران
۳۳	آقای محمود سالک	دفاتر اسناد رسمی
۳۵	آقای ابراهیم معارف طالقانی	شرح قانون مدنی مصر (در اعلیت)
		<u>تصمیمات محاکم</u>
۳۸		تصمیم دیوان عالی تمیز بر نقش در مورد چگونگی اجراء تحقیق محلی و رسیدگی بدعوی
		<u>حقوق تطبیقی</u>
۳۹	آقای امیر علائی	جدال بر علیه مجرمین بمارت در حقوق جزائی آلمان

درس آموزشگاه‌های وزارت عدلیه آموزشگاه قضائی

درس آقای دکتر جلال عبده دنباله شماره ۴۷ سال اول ۱۳۱۶

حقوق بین‌الملل خصوصی

ایران می‌شناسد خواهد شناخت، این تقابل ممکن است در ضمن قوانین ایران پیش‌بینی شود مثلاً بموجب ماده ۴ قانون ثبت علائم و اختراعات مصوب اول تیرماه ۱۳۱۰ کسانیکه مؤسسات صنعتی یا تجارتي و یا فلاحتی آنان در خارج از ایران واقع است موافق شرایط ذیل می‌توانند از مزایای این قانون بهره‌مند شوند؛

۱- علائم خود را بموجب مقررات این قانون در ایران به ثبت برسانند.

۲- کشوریکه مؤسسه آنها در آنجا واقع شده بموجب عهدنامه و یا قوانین داخلی خود از علائم تجارتي ایران حمایت کنند.

چنانکه می‌بینیم خود قانون اصل تقابل را پیش‌بینی کرده و در این صورت تقابل مزبور تقابل قانونی نامیده میشود. گاهی اصل تقابل در خود عهدنامه پیش‌بینی میشود مثل ماده ۲ عهدنامه ایران و آلمان در این صورت تقابل مزبور به تقابل سیاسی موسوم است بعضی اوقات نه در قانون و نه در عهدنامه اشاره به آن نشده است ولی همین قدر که خارجی ثابت کند اتباع ایران عملاً در کشور دیگر از حقی بهره‌مند می‌توانند آن حق نیز در ایران بهره‌مند شود ولی این امر تعهدی برای دولت ایران ایجاد نمی‌نماید مثلاً بمجرد اینکه دولتی برای اتباع ایران حقی را شناخت اتباع آن کشور نمی‌توانند ادعا کنند که دولت ایران مجبور است همان حق را برای آنها بشناسد و یا اگر دولت ایران حقی را برای خارجی شناخت اتباع

چنین عقیده قابل توجه نیست زیرا حقوقی که برای خارجیها شناخته می‌شود تابع احتیاجات آن کشور است ولی چون این احتیاجات بر حسب کشورها مختلف است حقوقی که برای خارجیها شناخته می‌شود نمی‌تواند در همه جا یکسان باشد بنابراین این قسمت نمی‌تواند موضوع قراردادی بین کلیه کشورها بشود. بعضی دیگر ادعا کرده‌اند همینکه خارجی در کشوری اقامتگاه قانونی پیدا کرد حکم اتباع داخله را پیدا نموده و کلیه حقوقیکه برای اتباع داخله شناخته میشود نسبت باو رعایت می‌گردد چنین عقیده قابل توجه نیست. بهتر آنست که بگوئیم حقوق خارجیها در هر کشوری قطع نظر از حداقل مقرر باید تابع احتیاجات داخلی کشور باشد.

نکته دیگر که باید رعایت گردد این است که نمیتوان کلیه خارجیها را بیک چشم نگاه نمود و بالنتیجه شرایط واحدی برای آنها مقرر کرده بین جهان گردی که فقط برای دیدن زیباییهای ایران و یا دانشجویی که برای فراگرفتن ادبیات و یا کسانیکه برای کار کردن با ایران مسافرت میکنند باید تفاوتی قائل شد.

نسبت بحقوق خارجیها معمولاً چند اصل رعایت می‌شود

اصل اول - اصل تقابل که بموجب آن دولت ایران برای اتباع خارجه همان حقوقی را که دولت متبوعه آنها برای اتباع

ایران نمی‌توانند ادعا کنند که همین حق نیز برای آنها باید در کشور دیگر شناخته شود، اصل تقابل وقتی تکلیف برای دولت و حق برای اتباع خارجه ایجاد میکند که اجرای آن نسبت بموضوعی در عهدنامه و یا در قانون پیش‌بینی شده باشد.

یکی دیگر از اصولی که معمولاً نسبت بحقوق خارجی‌ها رعایت میشود اصل رفتار متشابه با دولت کامله الوداد است که قبلاً شرح آن داده شد برای مثال ماده ۶ عهدنامه ایران و آلمان ذکر میشود

"اتباع هر یک از طرفین متعاهدین حق دارند با متابعت از قوانین و نظامات جاریه در خاک طرف متعاهد دیگر هر قسم حقوق و اموال منقوله تحصیل و تصرف و نقل و انتقال نموده و یا بمعرض فروش برسانند و از این حیث با آنها رفتار و اتباع دولت کامله الودادمیشود" با این ترتیب اگر در موقع انعقاد عهدنامه ایران و آلمان حقی برای خارجی‌ها شناخته نمیشد و بعدها برای اتباع دولت دیگر شناخته شود اتباع دولت آلمان نیز از این حق بهره‌مند خواهند شد - قید چنین عبارتی در عهدنامه‌ها خالی از اشکال نیست زیرا ممکن است دولت ایران نظر باستفاده خاصی که از دولت دیگر میکنند مزایای زیادتیری را برای اتباع آن دولت قائل شود با ذکر این عبارت عهدنامه‌ها مجبور خواهد شد این مزایا را برای اتباع دولی که از آنها آن استفاده خاص را نمی‌نمایند نیز شناسند پس از ذکر این مقدمه حال به‌بینیم برای خارجی‌ها چه قسم حقوقی شناخته میشود. معمولاً حقوق را بسه طبقه تقسیم میکنند حقوق سیاسی حقوق عمومی - حقوق خصوصی -

حقوق سیاسی

حقوق سیاسی عبارت از حقوقی است که بموجب آن هر کس حق دارد در اداره

دولت شرکت کند منطقی است که این حقوق را برای خارجی بشناسیم عادات بین ملل نیز بر این جاری است و تاکنون هیچ دولتی نخواسته است که برای اتباع آن کشور دولت دیگری حقوق سیاسی را بشناسد خارجی که دارای حقوق سیاسی نیست از تعهداتی که در قبال حقوق سیاسی برای اتباع کشور مقرر گردیده نیز معاف میباشد.

الف - حقوق سیاسی - خارجی حق انتخاب کردن و انتخاب شدن در مجلس شورای ملی را ندارد.

خارجی حق استخدام رسمی دولت ایران را نخواهد داشت ولی اتباع خارجه می‌توانند با کنترات در ادارات دولتی داخل شوند و بموجب قانون مورخ ۲۱ عقرب ۱۳۰۱ استخدام هر خارجی را باید مجلس شورای ملی تصویب کند.

در آلمان بمحض اینکه خارجی منصوب به شغل دولتی گردید بدون هیچ شرطی تابع دولت آلمان میگردد.

ب- تعهدات سیاسی

خارجی که دارای حقوق سیاسی نیست از تعهدات سیاسی نیز معاف میباشد. مثلاً خدمت نظام وظیفه نمی‌نماید و همچنین از کلیه مالیات‌هایی که بجای خدمت وظیفه ممکن است معین شود معاف می‌باشد.

از قرضه‌های اجباری که دولت از نظر مصالح جامعه مینماید نیز معذور بوده و نمی‌توان مالیات‌های نظامی یا هر قسم مصادراتی اعم از نظامی یا غیرنظامی به آنها تحمیل نمود-

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
چینش مقالات در این شماره براساس حرف نخست نام خانوادگی نویسنده مسئول می‌باشد.	
♦ مطالعه تطبیقی الگوهای دادرسی شرعی در کشورهای اسلامی.....۱۱	
علی بهادری / اسماعیل آجرلو	
♦ تسری موافقت‌نامه داوری به اشخاص ثالث بر مبنای نظریه استاپل۳۵	
محسن ایزانلو / بابک شید	
♦ چالش‌های مقررات تعدد جرم در جرایم سایبری.....۵۳	
حمید بهره‌مند	
♦ مسئولیت کیفی مؤسسه‌های اعتباری در حقوق ایران.....۶۷	
محمدجعفر حبیب‌زاده / محمود صابر / حسین سمیعی زوز	
♦ بررسی تطبیقی مقررات کنترلی حقوق رقابت پیرامون ادغام شرکت‌های تجاری۹۳	
مهدی حقیقت‌جو	
♦ وضعیت منافع عوضین پس از فسخ معامله در حقوق ایران.....۱۱۹	
غلامعلی سیفی / رسول بهرامپوری / حامد شریفی	
♦ قانون قابل اعمال بر تعهدات غیرقراردادی در مقررات متحدالشکل رم دو (۲۰۰۷) و حقوق ایران.....۱۴۷	
مهدی عباسی سرمدی / سیدسلیمان سیدی‌زاده اصل	
♦ دادرسی الکترونیکی در رویارویی با جرایم رایانه‌ای: چالش‌ها و بایسته‌ها.....۱۶۹	
حسنعلی مؤذن‌زادگان / نرجس روستا	
♦ ویژگی‌ها و راهبردهای کیفرشناسی ریسک‌مدار.....۱۹۷	
رحیم نوبهار / یزدان صیقل	
♦ چالش‌های تعیین صلاحیت قضایی و قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی بین‌المللی.....۲۲۷	
ابراهیم نوشادی / محمود باقری	

مطالعه تطبیقی الگوهای دادرسی شرعی در کشورهای اسلامی

علی بهادری*

اسماعیل آجرلو**

چکیده

ساختار نظام قضا در کشورهای اسلامی معاصر مبتنی بر الگوهای مدرن جهانی شکل گرفته، ولی به دلیل اقتضای ماهیت فردی و اجتماعی نظام حقوقی اسلام و اهتمام مسلمانان بر اجرای آن، عمدتاً متأثر از شریعت اسلامی بوده است. حال مسأله محوری آن است که آیا نظام‌های حقوقی کشورهای اسلامی در تلفیق این دو رویکرد در خصوص دادرسی شرعی، دارای الگوهای بومی متناسب هستند یا خیر. ماهیت این الگوها چیست و چه نقاط ضعف و قوتی دارند؟ تحلیل تطبیقی این موضوع در بستری از تبیین رویکرد کلی دین‌گرا یا غیر دین‌گرا بودن نظام‌های حکومتی که در تعیین این الگوها بسیار مؤثر هستند، محور اصلی این نوشتار را تشکیل می‌دهد. در این رهگذر دو الگوی دادرسی شرعی در کشورهای اسلامی عبارت‌اند از نخست، ایجاد دادگاه‌های ویژه شرع؛ و دوم، دادرسی در دادگاه‌های عمومی مبتنی بر قوانین اسلامی. الگوی اخیر، در کشورهای دارای رویکرد همگرایی یا واگرایی دین و دولت، دو تعبیر حداقلی و حداکثری دادرسی شرعی را نمایان می‌سازد. در نهایت نیز تحلیل نوع و میزان دستیابی به هدف اصلی در این الگوها که همان اجرای احکام و قوانین اسلامی است، با توجه به دو جنبه ساختاری و محتوایی مد نظر قرار می‌گیرد.

کلیدواژه‌ها: دادرسی شرعی، حقوق اساسی، نظام قضایی، تقنین اسلامی، کشورهای اسلامی.

A.bahadori.j@gmail.com

* دانش آموخته دکتری پردیس فارابی دانشگاه تهران

Ajorloo81@gmail.com

** دانشجوی دکتری دانشکده حقوق دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)

تاریخ دریافت: ۹۴/۰۵/۱۴ تاریخ پذیرش: ۹۵/۰۲/۲۲

دولت - کشورهای اسلامی که امروزه بیشتر با معیار اکثریت جمعیت مسلمان و عضویت در سازمان کنفرانس اسلامی شناخته می‌شوند، در یک قرن اخیر عمدتاً مبتنی بر الگوی دولت مدرن و با ساختارهای رایج اداره دولت‌ها در جهان شکل گرفته‌اند و نظام حقوق اساسی آنها به‌ویژه در زمینه تقنین و قضا نیز از فرآیندهای عرفی پیروی نموده است. اما ماهیت خاص نظام حقوقی و احکام شریعت اسلام که ابعاد مختلف زندگی انسان از جنبه‌های فردی، اجتماعی، عمومی، سیاسی و غیره را شامل می‌شود، سبب‌گردیده تا مردم در کشورهای اسلامی همواره خواستار رعایت الزامات شرعی به‌ویژه در زمینه قانون‌گذاری، دادرسی قضایی و حل و فصل اختلافات مبتنی بر احکام شرعی باشند. از این رو همواره موضوع نحوه ورود و اجرای الزامات شرعی در نظام قضایی و دادگاه‌های کشورهای اسلامی مورد بحث و مناقشه بوده است. تحلیل تطبیقی و کشف الگوهای عملکردی دادرسی شرعی در کشورهای اسلامی علاوه بر آشکارسازی ظرفیت علمی و اجرایی نظام حقوقی و قضایی اسلام، زمینه استفاده از تجارب کشورهای مختلف در انتخاب راه‌حل‌های مناسب و افزایش ظرفیت حقوق اساسی و نظام قضایی کشورهای اسلامی و گاه ایجاد زمینه‌های نزدیکی میان آنها را فراهم می‌نماید. حال سؤال اصلی آن است که آیا نظام‌های حقوق اساسی کشورهای اسلامی در زمینه نحوه ورود و اجرای الزامات شرعی در نظام قضایی و دادگاه‌های خود دارای الگوهای ویژه و بومی خاصی هستند. و اینکه اگر چنین الگوهای علمی و عملکردی را تدوین نموده‌اند، ماهیت و مشخصات این الگوها چیست؟ تحلیل حقوقی این موضوع با روش مطالعه تطبیقی در بستر شناسایی رویکرد کلی دین‌گرایی یا غیر دین‌گرایی نظام‌های حقوقی - سیاسی این کشورها، محور اصلی مقاله را تشکیل می‌دهد. پاسخ به این سؤال لاجرم منوط است به سؤال از مفهوم دادرسی شرعی که عبارت است از فرآیندی قضایی که در آن می‌توان دو مسأله مهم قضا یعنی تشکیلات و صلاحیت‌ها و گزینش قضات از یک سو و قوانین و مقررات مورد استفاده از سوی دیگر را متصف به صفت اسلامی و ملزم به رعایت احکام شرعی لازم‌الاجرا دانست. در این رهگذر می‌توان نظام حقوق اساسی و قضایی کشورهای اسلامی را دارای الگوهای منحصر به فرد خود دانست و دو الگوی کلی را مورد شناسایی قرار داد که عبارت‌اند از اول، ایجاد دادگاه‌های ویژه شرع در ساختار قضایی کشورهای اسلامی و دوم، دادرسی در دادگاه‌های عمومی مبتنی بر قوانین اسلامی که الگوی دوم خود در کشورهای دارای رویکرد همگرایی یا واگرایی دین و دولت، دو تعبیر حداقلی و حداکثری تقنین و دادرسی شرعی را نمایان

می‌سازد. در نهایت نیز تحلیل این الگوها میزان فاصله کمی و کیفی از الگوی مطلوب ساختاری و محتوایی دادرسی شرعی در کشورهای اسلامی را مشخص می‌نماید. همچنین این موضوع می‌تواند در آینده‌نگری روابط کشورهای اسلامی منطبق بر آرمان همگرایی و تشکیل امت واحد اسلامی جایگاه مهم و تأثیرگذاری داشته باشد. از طرفی نیز با توجه به اصول ۱۲ و ۱۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و تأکید بر رعایت حقوق اقلیت‌های دینی و مذهبی به‌ویژه در رسیدگی قضایی به احوال شخصیه و نظایر آن می‌توان از تجربیات سایر کشورها در فهم و عمل بهتر به این اصول مترقی قانون اساسی، بهره جست.

در این مقاله با مراجعه مستقیم به اسناد و بیان داده‌های معطوف به موضوع و سپس تحلیل و مقایسه داده‌ها، نتیجه مطلوب و قابل قبول عرضه گردد. در این مقاله ابتدا به کلیات نظام حقوقی اسلام به همراه آشنایی با نسبت دین و دولت در کشورهای اسلامی معاصر پرداخته می‌شود و در بخش‌های بعد تحلیل الگوی عملکردی کشورهای اسلامی در زمینه دادرسی شرعی و ماهیت حقوقی عمل طبق الزامات شرعی در نظام قضایی، ارائه می‌گردد.

۱. کلیات نظام حقوقی اسلام و نسبت دین و دولت در کشورهای اسلامی معاصر

به طور کلی آموزه‌های دین اسلام را می‌توان در سه دسته اعتقادات، احکام و اخلاقیات جای داد. مجموع احکام و آموزه‌های عملی اسلام شریعتی بزرگ و فراگیر را تشکیل می‌دهد که عرصه‌های گوناگون زندگی مادی و معنوی، فردی و اجتماعی و سایر عرصه‌ها را شامل شده و در دل خود اصول نظام‌های مختلف سیاسی، اخلاقی، عبادی، حقوقی و غیره را تدارک دیده است. از طرفی دولت کشورهای اسلامی معاصر نیز با گذر از دوران استعمار، عمدتاً مبتنی بر عنصر ملیت و فارغ از مبانی مذهبی شکل گرفته‌اند. این تغایر سبب گردیده تا همواره نسبت دین و دولت در کشورهای اسلامی مورد مناقشه باشد و رویکردهای مختلف در این زمینه، نتایج و آثار متفاوتی را به بار آورد.

۱-۱. تحلیل اصول کلی نظام تقنین و قضا در اسلام

در شریعت اسلام تبیین رابطه انسان با خود، با خدا، با طبیعت و جامعه صورت می‌گیرد. این نگاه به اسلام، لاجرم آن را از سایر ادیان که فاقد شریعت بوده و ورود به عرصه‌های عمومی و اجتماعی و حقوقی - سیاسی را برای خود غیرممکن می‌دانند، جدا می‌کند و ما را در فهم مفهوم کشور اسلامی و نظام اداره آن به عنوان مفهومی حقوقی - سیاسی یاری می‌رساند. چرا که در نگاه فراگیر اسلام، مفاهیم حقوقی از جمله

مؤلفه‌های تقنین و قضا که مربوط به تعاریف و دستورالعمل‌های اداره کشور است، همگی مبتنی بر معارف و احکام اسلامی شکل می‌گیرند. در این نگاه اسلام صرفاً امری اخروی نیست و مفاهیم حقوقی نیز صرفاً دنیوی نیستند.^۱ آنچه در ابتدا گفتنی است اینکه علیرغم تأثیرپذیری زیاد نظام هنجاری کشورهای اسلامی از الگوهای مدرن، همچنان می‌توان از نظام حقوقی اسلام به عنوان یکی از بزرگ‌ترین سیستم‌های حقوقی دنیای معاصر نام برد که مسائل فردی و اجتماعی مربوط به جامعه مسلمان را در کشورهای مختلف حل و فصل می‌نماید و امکان وصول به حل مشکلات به گونه‌ای که رضایت تمامی سطوح اجتماعی را تأمین نماید و به یک جامعه مدرن، امکان پیشرفت بدون تعصب در الزامات حقوق سنتی را بدهد، همواره وجود دارد. در دوران معاصر فرایند کدنویسی نوین (تدوین قوانین با ساختار جدید) مهم‌ترین تفاوت را با دوره قبل خود آشکار نموده و با سه تغییر قابل توجه (در قرن ۱۹ و ۲۰)، سبب ایجاد دوگانگی شرعی - عرفی در نظام حقوقی کشورهای اسلامی شده است: اولین تغییر عبارت است از پیشرفت بی‌سابقه مقررات اداری که قبلاً موقعیتی بسیار ناچیز را به خود اختصاص داده بود. دومین تغییر، پذیرش قوانین حقوقی کشورهای مغرب زمین به وسیله کشورهای مختلف اسلامی در بخش‌های مختلف است و سومین و جدیدترین آنها عبارت است از ایجاد نظام جدید قضایی و محدود کردن دادگاه‌های سنتی - شرعی که قبلاً مسئول اداره امور قضایی در کشورهای اسلامی بوده‌اند.^۲ اما به طور کلی در خصوص میزان حضور و تأثیر احکام اسلامی یا به تعبیر دیگر شریعت اسلام در محتوای قوانین مختلف کشورهای اسلامی نیز می‌توان طیف دامنه‌داری از تأثیرگذاری حداقلی در قالب قوانین مربوط به احوال شخصیه و خانوادگی تا حضور حداکثری در قوانین مختلف را مشاهده نمود که تا حدودی به رویکرد کلی همگرایی دین و دولت یا واگرایی دین و دولت (سکولاریسم) در نظام حقوق اساسی این کشورها مربوط می‌شود.^۳ به‌علاوه نظام قضا و قضاوت نیز که در تاریخ جوامع اسلامی مبتنی بر اجرای احکام شرع توسط علمای دینی و روحانیون پایه‌ریزی شده بود، عمدتاً در فرآیند مدرن‌سازی ساختار دولت - کشورهای معاصر اسلامی دچار تحول شد و طیفی از روش‌های مختلف و میزان نفوذ متفاوت احکام شرع را در ساختار قضایی کشورهای اسلامی ایجاد نمود.

۱. دانش‌پژوه، مصطفی، مقدمه علم حقوق با رویکرد به حقوق ایران و اسلام، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۹، صص. ۸۴-۷۹.

۲. داوید، رنه، «نظری درباره تحول حقوق اسلامی در جهان اسلام»، ترجمه ابوالفضل عزتی، مجله مقالات و بررسی‌های دانشگاه تهران، شماره ۵ و ۶، ۱۳۵۰، صص. ۱۳۰-۱۲۹.

۳. شحاته، شفیق، حقوق اسلامی در خاورمیانه، جلد ۱، ترجمه محمد علوی، تهران، ۱۳۸۲.

۱-۲. الگوهای تعامل دین و دولت در کشورهای اسلامی معاصر

برای آشنایی با نوع و میزان توجه به دادرسی شرعی در نظام قضایی کشورهای اسلامی ابتدا باید با رویکردهای کلی دین و دولت در این کشورها آشنا شد. دولت-کشورها را از جهات مختلف و با معیارهای گوناگون تقسیم‌بندی کرده‌اند. یکی از این تقسیم‌بندی‌ها با توجه به گرایش‌های دینی دولت‌ها بوده است. مثلاً در دوره جنگ‌های صلیبی عمده تقسیم‌بندی‌ها شامل دولت‌های مسیحی و مسلمان می‌شد.^۱ در دوران معاصر با غالب شدن گرایش‌های عرفی در دولت‌ها و از طرفی تجدید هویت کشورهای اسلامی در بازگشت به مبانی اسلامی، از جمله تقسیم‌بندی‌های مرسوم در کشورهای اسلامی شامل کشورهای دارای گرایش‌های عرفی (سکولاریستی) و کشورهای با گرایش اسلامی می‌شود. این نوع تقسیم‌بندی مبتنی بر پیش‌فرض‌های کلانی شکل می‌گیرد که مهم‌ترین آنها نوع نگاه به دین و دولت و ارتباط آنها می‌باشد. اینکه چه دولتی دینی است و کشورهای اسلامی معاصر چه نسبتی میان مبانی نظری و ساختار حکومت خود با اسلام برقرار نموده‌اند. در دوره معاصر ورود این بحث را باید همراه با مطرح شدن ایده مدرنیته و دولت مدرن و پس از نهضت اصلاح دین «پروتستانیسم» که در اروپا صورت گرفته است (تفکیک امور عرفی و دولت از امور لاهوتی و دین)، دانست.^۲ در یک تعبیر، دولت مدرن با توجه به عوامل دینی و فرهنگی مختص غرب و با اصل انفکاک میان دین و سیاست شکل می‌گیرد و چنین دولتی چندان متناسب با جوامع دارای دین ارگانیک مانند اسلام که هر نوع انفکاک میان امر دنیوی و معنوی را رد می‌کند، نیست.^۳ از طرفی از منظر اندیشمندان اسلامی معاصر موضوع جایگزین، اجرای شریعت اسلامی در زمینه‌های مختلف زندگی و اداره حکومت خواهد بود که در هر زمان و مکانی مصالح و منافع اسلام و مسلمین را در نظر دارد. در یک تعریف کلی، معیار دینی بودن یک دولت «استناد» به دین و پذیرش مرجعیت دین در زندگی سیاسی است. دولت‌های دینی عموماً دولت‌هایی هستند که با درجات مختلف، در هستی دولت، مکانیسم عمل و غایت دولت به آموزه‌های دینی استناد می‌کنند. این اندیشه دقیقاً مخالف اندیشه دولت سکولار است که در اساس خود بر جدایی دین و سیاست استوار بوده، هرگونه مرجعیت دین در زندگی سیاسی را انکار

۱. طاهایی، سیدجواد، اندیشه دولت مدرن، به سوی نظریه دولت امام خمینی (ره)، تهران، مؤسسه چاپ و نشر عروج، ۱۳۸۱، صص. ۳۷-۴۰.

۲. فاضل میبیدی، محمدتقی، «دین و دولت از نگاه امام خمینی»، نامه مفید، شماره ۲۰، ۱۳۷۸، ص. ۱۰۵.

3. Kazancigil, Ali, Introduction in to the state in global perspective, Paris, UNESCO, 1986, p.125.

می‌کند.^۱ پس از فروپاشی خلافت عثمانی و به ویژه بعد از دوران جنگ جهانی دوم و مستقل شدن کشورهای اسلامی در قالب دولت - کشورهای مدرن، به لحاظ نظریه حاکمیت و تأثیر آن بر ساخت دولت، طبق مباحث پیش گفته، می‌توان دو گرایش عمده «همگرایی و واگرایی دین و دولت» را در نظر گرفت^۲ که در آن مبتنی بر یک حصر منطقی، روابط میان دین و دولت از چهار صورت خارج نیست که میتوان آنها را ذیل دو الگوی کلی دسته‌بندی نمود:

اول، الگوی واگرایی دین و دولت شامل انفکاک و ستیز؛ و دوم، الگوی همگرایی دین و دولت شامل وحدت کامل و معاضدت.^۳ در الگوی «انفکاک» دین و دولت حق مداخله در امور مربوط به دیگری را ندارند. وظیفه دولت نیز تضمین آزادی مذهبی و احتراز از ورود به امور دینی است. اما در الگوی «معاندت و ستیز» حکومت نه تنها از دخالت در امور دینی خودداری می‌کند، بلکه چنان برخورد می‌کند که گویی اصلاً واقعیتی بنام دین و مذهب در جامعه وجود ندارد. برخی معتقدند این نوع بی‌تفاوتی‌ها گاه می‌تواند حالت خصمانه به خود بگیرد.^۴ در نظام حقوق اساسی کشورهای اسلامی که دارای واگرایی دین و دولت هستند، عمدتاً وضعیت انفکاک مورد توجه بوده و کمتر به الگوی ستیز پرداخته‌اند. در این زمینه می‌توان از کشورهایی چون تاجیکستان، نیجریه، ترکیه، کامرون، ازبکستان و بوسنی و هرزگوین نام برد. از طرفی در الگوی همگرایی، دولت و نظام سیاسی نسبت به دین بی‌طرف و بیگانه نبوده بلکه آنچه به چشم می‌خورد، نزدیکی دولت و دین است. به عنوان نمونه در نظام حقوق اساسی کشورهایی چون جمهوری اسلامی ایران، افغانستان، پاکستان، مصر، کویت و عربستان سعودی بیان شده که دین رسمی کشور اسلام است که در وجوه مختلف اداره کشور اعم از تقنین و قضا الزامات آن جاری و لازم‌الاجراست. قوت و ضعف این رویکرد تأثیر زیادی بر فرآیند دادرسی شرعی و مکانیزم‌های اجرایی آن می‌گذارد.

گفتنی است که در الگوی واگرایی دین و دولت نیز کشورهایی به چشم می‌خورند که برای رعایت ارزش‌های مورد احترام مردم، از برخی وجوه اسلامی در نظام قضایی خود استفاده نموده‌اند. اما عمده الگوهای دادرسی شرعی در کشورهای دارای رویکرد همگرایی دین و دولت به وجود آمده است و این امر نشان می‌دهد که اصل وجود فرآیند

۱. فیرحی، داوود، نظام سیاسی و دولت در اسلام، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۹۱، صص. ۲۱ و ۲۴-۲۵.

۲. شجاعی‌زند، علیرضا، «تعامل‌های دین و دولت»، قیسات، شماره ۴، ۱۳۷۶، صص. ۳۲-۳۳.

۳. همان، صص. ۳۰-۳۱.

۴. گرجی، علی‌اکبر، «دموکراسی و آزادی مذهبی در بستر لائسیته»، پژوهش حقوق و سیاست، سال دهم،

شماره ۲۵، ۱۳۸۷، ص. ۱۵۸.

دادرسی شرعی در نظام حقوقی کشورهای اسلامی تا حد زیادی به نوع نسبت دین و دولت در نظام حقوق اساسی این کشورها بستگی دارد که عمدتاً نیز در بستر همگرایی دین و دولت شکل گرفته‌اند. از این رو در ادامه موضوع محوری شامل تحلیل و انکشاف الگوی عملکردی نظام حقوق اساسی و قضایی کشورهای اسلامی در خصوص اجرایی نمودن الزامات اسلامی در دادگاه‌ها و فرایند دادرسی شرعی است. همان طور که اشاره شد، در بسیاری از مسائل فردی و اجتماعی مسلمانان (اعم از روابط مربوط به حقوق خصوصی، کیفری و عمومی) شریعت اسلامی دارای اصول، احکام و دستورات خاص است. از همین رو طبق نصوص اسلامی همواره شأن قضا در جوامع اسلامی ویژه علمای دینی بوده است تا با آشنایی با احکام اسلامی، مسائل حقوقی مسلمانان را در محکمه‌های شرعی و با رعایت اقتضائات اسلامی حل و فصل نمایند. اما در دوران معاصر با به وجود آمدن دولت - کشورهای مدرن و الزاماتی همچون ساختار تفکیک قوا، بوروکراسی، روش‌های اداره مدرن جوامع و به‌ویژه عرفی شدن فرایند قانون‌گذاری که در آن بسیاری از احکام الزامی شریعت مورد غفلت واقع شده است، دادگاه‌های دادگستری ملزم به رعایت و اجرای قوانین مدون و رسمی بوده و قضات نیز صرفاً متخصصان حقوقی هستند که تطبیق قوانین را انجام می‌دهند و نه علمایی که باید احکام شرع را به اجرا بگذارند. گسترش عرفی‌سازی قضاوت و اداره محاکم از سویی و تقید بسیاری از مسلمانان به احکام شرع، به مرور زمان باعث افزایش تقاضا برای اجرای احکام شرع در دادگاه‌های کشورهای اسلامی گردید.^۱ برای پاسخ به این خواست عمومی به مرور و با انباشت نظریات علمی و تجربیات حقوقی - اجرایی در کشورهای اسلامی، دو الگوی اصلی تدوین و مورد استفاده قرار گرفته است. در ادامه به بررسی تطبیقی ماهیت و ساختار هر یک از این دو الگو در نظام حقوق اساسی و قضایی کشورهای اسلامی می‌پردازیم.

۲. الگوی هنجاری دادرسی شرعی

در این الگو، دادرسی در دادگاه‌های عمومی بر اساس قوانین شرعی از پیش تصویب شده، مدنظر بوده است. در این الگو دادگاه‌های ویژه شرع وجود ندارد و لازم نیست که قضات لزوماً از علمای دینی باشند، بلکه سعی شده است تا احکام شریعت در متن قوانین مختلف وارد و این قوانین مبتنی بر دستورات شریعت تدوین شوند و قضات عمومی در دادگاه‌های عمومی مبتنی بر آنها دعوی را رسیدگی نمایند. به عنوان مثال در قانون مدنی یا جزا یا قوانین خاص، احکام مربوط به معاملات و عقود معین، احوال

۱. داوید، رنه، منبع پیشین، صص. ۱۳۰-۱۲۹.

شخصیه یا مجازات‌هایی همچون دیه، قصاص و حدود و حتی وقف و غیره از متن شریعت استخراج شده و به شکل مواد قانونی تصویب می‌شوند و قضات نیز وظیفه تطبیق مواد قانونی بر مصادیق را برعهده دارند. حتی در نظام قضایی برخی از این کشورها این امکان وجود دارد که در صورت وجود خلأ قانونی در مسائل مربوط به موضوعات شرعی، به طور مستقیم به فتاوی و احکام شرع مراجعه کرده و حکم دعاوی را مشخص نمود. کشورهایی همچون جمهوری اسلامی ایران، عربستان، افغانستان، پاکستان و نیجریه از این قبیل هستند.

۲-۱. برخی نظام‌های قضایی شاخص در الگوی هنجاری دادرسی شرعی

همان طور که بیان شد، الگوی هنجاری دادرسی شرعی مسبوق بر وجود قوانین اسلامی است. از طرفی میزان حضور احکام شرع در محتوای قوانین تا حد زیادی به ارتباط حداکثری یا حداقلی دین و دولت وابسته است. از این رو طیف‌بندی کشورهای دارای این الگو نیز بر اساس میزان همگرایی دین و دولت تبیین می‌گردد. در ادامه به فرایند دادرسی شرعی برخی از کشورهای اسلامی در این الگو اشاره می‌نماییم.

۲-۱-۱. جمهوری اسلامی ایران

در ایران از همان زمان آغاز فرایند نوین قانون‌گذاری، احکام شریعت اسلامی نقش مهمی در تدوین قوانین مختلف داشته‌اند. در حال حاضر نیز طبق اصل ۱۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران «دین رسمی ایران، اسلام و مذهب جعفری اثنی‌عشری است» و این اصل کلی، تأثیر زیادی در نظام قانون‌گذاری شرعی جمهوری اسلامی ایران به عنوان یک کشور دارای الگوی همگرایی دین و دولت داشته است. در حال حاضر بر اساس مواد مختلف قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران از جمله اصول ۴ و ۷۲ و ۹۱، قوانین مختلف (از جمله قانون مدنی، مجازات اسلامی، قانون خانواده، بانکداری اسلامی و ...) مبتنی بر موازین اسلامی و با شرط عدم مغایرت با احکام اسلامی به تصویب می‌رسند و شورای نگهبان نیز بر این امر نظارت دارد. به لحاظ تاریخی نیز قانون مدنی به عنوان یک قانون مادر عمده‌تأ بر اساس احکام شریعت تدوین شده است.^۱ از طرفی طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین

۱. بهرامی احمدی، حمید، «تاریخچه تدوین قانون مدنی»، فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، شماره ۲۴، ۱۳۸۳، ص. ۴۰.

مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.» به لحاظ تاریخی نیز دادگاه‌های شرع در کنار دادگاه‌های عرف در بسیاری از حکومت‌های ایران مثل صفویان، افشاریان، زندیان و قاجاریان وجود داشته که قضات آن از میان روحانیون انتخاب می‌شده‌اند و در هر دوره با توجه به حیطة اختیاری که حکومت به آنها می‌داده است، دارای صلاحیت‌های کم یا بیش برای قضا بوده‌اند.^۱ با پیروزی نهضت مشروطه در سال ۱۲۸۵ شمسی که موجب تحول اساسی در نظام سیاسی و اداری ایران و تغییر سلطنت استبدادی به سلطنت مشروطه شد، قدرت در ساختار حکومت تقسیم شده و با تفکیک قوای مندرج در اصل ۲۷ متمم قانون اساسی مشروطه که تشکیل قوه قضاییه را در عرض قوای مقننه و اجراییه در پی داشت، تحولات بنیادین در نظام قضایی ایران نیز حادث شد. در بند دوم اصل ۲۷ متمم قانون اساسی مشروطه، محاکم شرعیه در عرض محاکم عدلیه به عنوان یکی از ارکان قوه قضاییه ذکر شده است،^۲ در سال ۱۳۰۵، علی اکبر داور، وزیر عدلیه گردید. او معتقد به انحصار قوه قضاییه در دست دولت و تمرکز تشکیلات قضایی برای تأمین حقوق عامه بود و بر این اساس قائل به سلب صلاحیت از محاکم شرعی خارج از عدلیه و تشکیل محاکم شرعی رسمی مرکب از حکام شرعی مستخدم دولت بود که نظامات دولتی را رعایت کنند.^۳ در ادامه نیز با تصویب برخی قوانین، بسیاری از صلاحیت‌های محاکم شرع به شدت کاسته شد.^۴ با پیروزی انقلاب اسلامی و با عنایت به استقرار حکومت اسلامی در ایران و در رأس آن ولایت فقیه و با توجه به اینکه تمامی ارکان حکومت، مشروعیت خود را از ولی فقیه اتخاذ می‌کنند، قوه قضاییه نیز از این امر مستثنی نبوده و بنابراین دادگاه‌های دادگستری به نوعی دادگاه‌های شرعی نیز محسوب می‌شوند (از طرفی قوانین نیز با توجه به موازین اسلامی تصویب می‌شوند). به عبارت دیگر، با توجه به اینکه قضات دادگاه‌ها باید طبق موازین اسلامی منصوب شده و طبق این موازین نیز مبادرت به دادرسی کنند، نیازی به تشکیل دادگاه‌های شرع در عرض دادگاه‌های دادگستری نبوده و لذا اصل ۱۵۹ قانون اساسی، در این خصوص، مرجع رسمی تظلمات و شکایات را «دادگستری» معرفی کرده است.

۲-۱-۲. پادشاهی عربستان سعودی

ماده ۱ قانون اساسی عربستان صراحتاً اعلام می‌کند که اسلام دین رسمی این کشور است و قرآن و سنت پیامبر، قانون اساسی آن را تشکیل می‌دهد. بر اساس ماده ۸

۱. زرنگ، محمد، تحول نظام قضایی ایران، جلد اول، تهران، انتشارات مرکز اسناد انقلاب اسلامی، ۱۳۸۱، صص. ۹۳-۱۲۰.

۲. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۰، ص. ۶۵.

۳. همان، ص. ۶۷.

۴. زرنگ، محمد، منبع پیشین، صص. ۱۳۷-۱۳۶.

قانون اساسی عربستان نیز، نظام حکومتی این کشور بر مبنای مطابقت با شریعت اسلامی تأسیس گشته است. ماده ۵۵ قانون اساسی، پادشاه را موظف به قاعده‌گذاری بر اساس قواعد اسلامی می‌داند که این موضوع را می‌تواند از طریق مجلس شورای این کشور که اغلب جنبه مشورتی برای پادشاه دارد، به انجام برساند. صدور فتوا توسط «شورای علمای اعظم» نیز تأثیر زیادی در قانون‌گذاری و تنظیم قواعد لازم‌الاجرای این کشور دارد که طبق ماده ۴۵ قانون اساسی این کشور، باید براساس قرآن و سنت صورت پذیرد (فقه اسلامی اصلی‌ترین منبع قانون‌گذاری در عربستان است لیکن این فقه بر اساس مذهب حنبلی و با قرائت وهابی می‌باشد). در این کشور به طور کلی، قوانین سنتی جامعه بر اساس شرع اسلامی است؛ از جمله قوانین مربوط به احوال شخصیه، ازدواج، طلاق و همچنین قوانین جزایی. لیکن موضوعات جدید حقوقی از جمله مقررات شرکت‌های نفتی، مالیات و کار و مهاجرت، متأثر از حقوق غرب شده است. در خصوص موضوعات جدیدی هم که مطرح می‌شود و دارای سابقه فقهی نیست، پادشاه فرمانی منطبق با قوانین اسلامی صادر می‌نماید. قوانین مختلفی که در فاصله بین سال‌های ۱۹۵۴ تا ۱۹۸۳ میلادی انتشار یافت، از آن جمله می‌باشد؛ مانند قانون تجارت و قانون تابعیت.^۱ از طرفی ماده ۴۸ قانون اساسی عربستان بیان می‌دارد که «دادگاه‌ها، مقررات شریعت اسلامی را پیرامون موضوعاتی که به آنها عرضه می‌شود، اعمال می‌نمایند و این کار بر اساس محتوای کتاب و سنت و نیز احکام صادره توسط حاکم به شرط عدم مغایرت با کتاب و سنت، صورت می‌گیرد.» در این کشور توجه عمده‌ای به اجرای احکام شریعت در دادگاه‌های عمومی است و به‌ویژه در احوال شخصیه دادگاه‌های بدایت ویژه‌ای تشکیل شده که طبق ماده ۱ «نظام مراجعات شرعیه» باید موضوعات ارائه شده را مطابق با احکام شریعت حل و فصل نماید. در نظام سابق قضایی این کشور محاکم ویژه شرع وجود داشت که در قانون سال ۱۴۲۸ قمری ساختار جدید قضایی ترسیم شد و نظام سه‌درجه‌ای دادگاه‌های عمومی تشکیل گردید که در آن نامی از دادگاه شرع برده نشده است.

۲-۱-۳. جمهوری الجزایر

در این کشور اکثر قوانین به شکل عرفی تدوین شده‌اند اما در بعضی موضوعات، احکام اسلامی به شکل مناسبی در قانون‌گذاری مورد توجه قرار گرفته است. به عنوان نمونه می‌توان از قانون خانواده سال ۱۹۸۴ میلادی نام برد که در این قانون تمام امور

۱. محقق داماد، سیدمصطفی، «سرگذشت عدالت و قضا در عربستان سعودی»، میقات حج، شماره ۲۱، ۱۳۷۶، ص. ۱۷۸.

مربوط به ازدواج، طلاق، توالد، نسب و... بر اساس شریعت اسلامی تصویب شده است. همچنین قانون مربوط به اوقاف سال ۱۹۹۱ میلادی که مبتنی بر شرع اسلامی به تصویب رسیده است نیز از این دسته قوانین خاص شرعی محسوب می‌شود. لذا در دادگاه‌های عمومی این کشور نیز دعاوی و مسائل حقوقی در این موضوعات، همگی مبتنی بر قوانین خاص اسلامی رسیدگی می‌شوند.

۲-۱-۴. جمهوری اسلامی افغانستان

در این کشور تقیدات زیادی در نظام حقوق اساسی و قضایی در خصوص قانون‌گذاری اسلامی و قضاوت مبتنی بر احکام شریعت به چشم می‌خورد. اصل ۲ قانون اساسی افغانستان به طور خلاصه اظهار می‌دارد که اسلام دین رسمی افغانستان است و از طرفی طبق اصل ۳ «در افغانستان هیچ قانونی نمی‌تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد». در این کشور شریعت (احکام مکتب حنفی) از منابع اصلی قانون‌گذاری^۱ به شمار می‌رود.^۲ بخش عمده‌ای از قوانین افغانستان چیزی جز برگردان شریعت اسلامی بر مبنای فقه حنفی^۳ نیست.^۴ در ماده اول قانون جزا آمده است: «این قانون جرائم و جزاءهای تعزیری را تنظیم می‌نماید. مرتکب جرائم حدود، قصاص و دیات مطابق احکام فقه حنفی شریعت اسلام مجازات می‌گردد». همچنین در قوانین متعددی می‌توان شروط یا مبانی اسلامی را به روشنی مشاهده نمود، از جمله قانون معارف و قانون رسانه‌های افغانستان. از طرفی ماده ۱۳۰ قانون اساسی افغانستان بیان می‌دارد که «محاکم قضایی در مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سایر قوانین را تطبیق می‌کنند. هرگاه برای قضیه‌ای از قضایای مورد رسیدگی، در قانون اساسی و سایر قوانین حکمی موجود نباشد، محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده، قضیه را به نحوی حل و فصل می‌نماید که عدالت را به بهترین وجه تأمین نماید.» ماده ۱۳۱ نیز محاکم ویژه اهل تشیع را بر می‌شمرد «محاکم برای اهل تشیع، در قضایای مربوط به احوال شخصیه، احکام مذهب تشیع را مطابق به احکام قانون تطبیق می‌نمایند. در سایر دعاوی نیز اگر در این قانون اساسی و

۱. البته قانون احوال شخصیه تشیع که بر مبنای فقه شیعی تدوین شده است، استثناء محسوب می‌شود.

۲. محمصانی، صبحی رجب، فلسفه التشریح فی الاسلام، ترجمه ابراهیم عمر، بیروت، مکتبه الکشاف، ۱۹۴۶ م، ص. ۱۷؛ سلیمی، عبدالحکیم، «دین و قانون‌گذاری در افغانستان»، مجله مطالعات حقوقی، شماره دوم، ۱۳۸۵، ص. ۲۶.

۳. «فتاوی عالمگیریه یا هندیه» و «مجله الاحکام العدلیه» (قانون مدنی امپراتوری عثمانی) از مهم‌ترین منابع قانون‌گذاری افغانستان است.

۴. فرهنگ، محمد صدیق، افغانستان در پنج قرن اخیر، جلد ۱، بی‌جا، انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۷۱، ص. ۴۵.

قوانین دیگر حکمی موجود نباشد، محاکم قضیه را مطابق به احکام این مذهب حل و فصل می‌نمایند.»

۲-۱-۵. جمهوری اسلامی پاکستان

با توجه به دیباچه قانون اساسی پاکستان و نیز مواد مختلف این قانون که بر مرجع بودن اسلام در همه عرصه‌های زندگی تأکید کرده و حتی در ماده ۳۱ خود به بیان راه‌هایی برای داشتن یک زندگی اسلامی پرداخته است، می‌توان این کشور را دارای گرایش‌های زیادی در زمینه توجه به احکام اسلامی و نقش آن در قوانین مختلف و نظام قضایی دانست. در حال حاضر دادگاه‌های عمومی این کشور احکام خود را بر اساس قوانین اسلامی مدون شده در مجلس قانون‌گذاری صادر می‌کنند. همچنین کشور پاکستان در سال ۱۹۹۱ میلادی قانون «اجرای شریعت» را در مجلس ملی به تصویب رساند که مقرراتی را در زمینه اجرای اسلام و آموزش شریعت بیان می‌دارد. در قانون اساسی پاکستان، ماده ۲۲۷ بیان می‌دارد که «کلیه قوانین حاضر باید مطابق احکام اسلامی باشند که در قرآن مجید و سنت آمده و در این بخش تحت عنوان «احکام اسلامی» به آنها اشاره می‌شود. هیچ قانونی در صورت مغایرت با احکام مزبور نباید اجرا شود. از لحاظ تاریخی نیز در سال‌های ۱۹۷۷ تا ۱۹۸۸ میلادی و توسط حزب «جماعت اسلامی پاکستان» سیاست اسلامی کردن مؤسسات و نهادهای کشور تنظیم و اجرا شد. این سیاست مشتمل بر اجرای قانون مجازات اسلامی، اصول اقتصاد اسلامی مانند بانکداری اسلامی (بدون بهره) و اخذ زکات به عنوان مالیات اسلامی، برقراری دادگاه شریعت و انطباق قانون خانواده با موازین اسلامی بود که در دادگاه‌های عمومی این دسته از قوانین اسلامی به دقت مورد اجرا قرار می‌گیرد.^۱ البته در این کشور با وجود توجه خاص به قانون‌گذاری اسلامی، طبق ماده ۲۰۳ قانون اساسی «دادگاه شریعت» نیز وجود دارد که بیشتر نظارت بر انطباق قوانین با شریعت را برعهده دارد.

۲-۱-۶. جمهوری مصر

این کشور دارای سابقه زیادی در زمینه قانون‌گذاری مدرن در میان کشورهای اسلامی است و همواره احکام شریعت اسلامی از منابع قانون‌گذاری این کشور محسوب می‌شده و در دادگاه‌ها نیز مطابق با آن به دعاوی حقوقی رسیدگی می‌شده است. مقدمه

۱. قدیمی، علیرضا؛ کریمی، جواد، پاکستان، دانشنامه جهان اسلام، جلد ۵، تهران، دبیره‌المعارف بزرگ اسلامی، ۱۳۷۹، صص. ۴۴۵-۴۵۶.

قانون اساسی مصر بیان می‌کند که مردم مصر قانون اساسی‌ای را تدوین می‌نمایند که تأکید می‌کند اصول شریعت اسلامی اساس قانون‌گذاری در مصر است. بر اساس ماده ۲ قانون اساسی مصر، اسلام صراحتاً دین رسمی کشور دانسته شده است و شریعت اسلامی منبع اصلی قانون‌گذاری در این کشور است. بر اساس ماده ۱۹۲ قانون اساسی، ارجاعات در مورد تفسیر مفاد قانون اساسی با دیوان عالی قانون اساسی مصر می‌باشد. بر این اساس، این دادگاه صلاحیت رسیدگی به عدم رعایت ماده ۲ قانون اساسی در زمینه پایه‌ریزی قوانین بر مبنای شریعت اسلامی را نیز دارا می‌باشد.^۱ لذا در این کشور قوانین زیادی متأثر از احکام شریعت اسلامی هستند.^۲ از جمله قانون احوال شخصیه، قانون اطفال مصری، قانون مواریث، قانون ممنوعیت شرب خمر، قانون وزارت اوقاف و قانون مدنی. و قضات دادگاه‌های عمومی مصر نیز منطبق بر احکام اسلامی موجود در قوانین و همچنین قوانین خاص اسلامی به مسائل حقوقی مسلمانان رسیدگی کرده و به حل و فصل دعاوی می‌پردازند.

۲-۲. تحلیل حقوقی الگوی هنجاری دادرسی شرعی در کشورهای اسلامی

با توجه به توصیف‌های پیش‌گفته مشخص است که اقتضای اولیه استفاده از الگوی هنجاری دادرسی شرعی، وجود الزاماتی در نظام حقوق اساسی این کشورها در خصوص قانون‌گذاری اسلامی و وجود قوانین مبتنی بر شرع است. لذا میزان موفقیت این الگوی دادرسی شرعی در دادگاه‌ها و نظام قضایی کشورهای اسلامی تا حد زیادی مسبوق بر رویکرد کلی میزان همگرایی یا واگرایی دین و دولت در این کشورهاست. این الگو از دو جهت دچار آسیب و نقص می‌گردد که در بررسی نظام تقنین و قضای کشورهای اسلامی نیز به خوبی قابل رصد و مشاهده است.

۲-۲-۱. میزان و گستره وجود قوانین مدون بر اساس احکام شریعت اسلامی

کشورهایی که میزان التزام نظام حقوق اساسی و دولت به اسلام در آنها بیشتر است و نهادهای حقوقی و رویه‌های سیاسی قابل توجهی در این زمینه ایجاد کرده‌اند (همگرایی بیشتر دین و دولت)، دادرسی شرعی مبتنی بر قوانین اسلامی مدون نیز بیشتر و موفق‌تر بوده است. از طرفی در طیف کشورهای اسلامی، هرچه از این رویکرد کلی دورتر می‌شویم و به واگرایی دین و دولت نزدیک می‌شویم (سکولاریسم)، به همان

۱. رفعت، عبدالوهاب، «نگاهی به دیوان عالی قانون اساسی مصر»، ترجمه محمدرضا ویژه، نشریه حقوق اساسی، سال دوم، شماره سوم، ۱۳۸۳، صص. ۳۰۱-۲۸۹.

۲. السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، جلد ۱، بیروت، ۱۹۸۶ م، ص. ۴.

نسبت نیز میزان قوانین اسلامی کاهش یافته و دادرسی شرعی در نظام قضایی کم‌رنگ‌تر می‌شود و آراء دادگاه‌ها به قوانین و مقررات عرفی متمایل می‌شوند. با توجه به گسترش فرایند کدنویسی و تدوین قوانین عرفی در دوره معاصر، بسیاری از کشورهای اسلامی نتوانسته‌اند در تمام زمینه‌ها احکام شریعت اسلامی را به شکل قانون مدون تبدیل نمایند و در نتیجه عرصه‌های بسیاری همچنان خالی از قوانین اسلامی است. این موضوع نه تنها درباره موضوعات نوین و بی‌سابقه در فقه اسلامی صدق می‌کند، بلکه حتی برخی موازین و احکام فقهی موجود نیز در این الگو لزوماً به شکل قانون مدون در نیامده و لذا معطل مانده‌اند و در دادگاه‌ها قابل اجرا نیستند. از این رو عدم وجود قانون مدون بر اساس احکام اسلامی و گستره قانون‌گذاری ناقص در این زمینه یکی از نقاط ضعف و آسیب این الگو می‌باشد. هر چند نکته غیر قابل چشم‌پوشی آنجاست که حتی در کشورهای اسلامی سکولار مثل نیجریه، ترکیه، آذربایجان، سنگال، ترکمنستان و تونس نیز همچنان برخی از قوانین (به‌ویژه در احوال شخصیه و امور خانوادگی و وقف) متأثر از شریعت اسلامی هستند و لذا دادگاه‌ها فرایند دادرسی شرعی را هر چند ضعیف‌تر از کشورهای دیگر به انجام می‌رسانند.

۲-۲-۲. کیفیت قوانین و نحوه ورود احکام شریعت در قوانین رسمی

گذشته از نسبت وثیقی که میان الگوی هنجاری دادرسی شرعی با میزان همگرایی دین و دولت بویژه در تقنین اسلامی وجود دارد و کاهش این همگرایی سبب کاهش گستره قوانین اسلامی و نقص و ضعف الگوی هنجاری دادرسی شرعی می‌شود، موضوع مهم دیگر مکانیزم نظری و عملی تبدیل احکام شریعت به قانون مدون و رسمی کشورهاست. بررسی نظرات علما و اندیشمندان اهل تسنن و تشیع نشان می‌دهد که در خصوص نسبت احکام شریعت با قوانین مدون مدرن همچنان اختلاف نظر بسیار وجود دارد. مهم‌ترین موضوع مورد مناقشه نیز آن است که کدام دسته از احکام شریعت باید به شکل قانون رسمی تدوین شوند و از طرفی روش و مکانیزم انجام این کار چیست. آیا این وظیفه برعهده پارلمان است؟ در کدام حیطة موضوعی؟ روش نظارت بر تقنین اسلامی چیست؟ این موضوع در وهله نخست به نظریات کلان قانون‌گذاری اسلامی مرتبط است و چون الگوی هنجاری دادرسی شرعی به طور وثیقی به این امر تکیه دارد، لاجرم فرایند دادرسی شرعی را نیز تحت‌الشعاع قرار می‌دهد. عدم وجود عملکرد واحد و نظریه‌ای کامل در این زمینه قانون‌گذاری اسلامی را در دوره معاصر با مشکلاتی روبرو ساخته و لاجرم عملکرد نظام قضایی کشورهای اسلامی را نیز در اجرای احکام اسلامی با ضعف‌های چشمگیری همراه ساخته است. به عنوان نمونه می‌توان به تلاش نظام

حقوق اساسی و قضایی جمهوری اسلامی ایران و دستاوردهای آن در یک سر طیف و نظام سنتی و مبنی بر رجوع مستقیم به منابع فقهی عربستان سعودی از در سر دیگر طیف این گونه تلاش‌ها توجه نمود که هر دو نوع عملکرد دارای نواقص و مشکلاتی در تقنین احکام شریعت و اجرای آنها در الگوی هنجاری دادرسی شرعی هستند.

الگوی ساختاری دادرسی شرعی در کشورهای اسلامی مبتنی بر ایجاد دادگاه‌های ویژه شرع است که هرچند داخل در کلیت نظام قضایی تعریف می‌شوند، اما مستقل از دادگاه‌های عمومی هستند. همان طور که پیش از این بیان شد یکی از زمینه‌های نزدیکی دین و دولت فرایند دادرسی براساس احکام شریعت است که عمده‌تاً در کشورهای دارای رویکرد کلی همگرایی دین و دولت اجرا می‌گردد. هرچند برخی کشورهای دارای واگرایی دین و دولت نیز به شکل استثنایی فرایند دادرسی شرعی را تا حدودی مورد توجه قرار داده‌اند. الگوی ساختاری دادرسی شرعی در وضعیت معاصر کشورهای اسلامی بیش از الگوی هنجاری مورد استفاده قرار گرفته است و این امر به دلیل قوت و فراگیری نظام تقنینی و قضایی عرفی در این گونه کشورهاست.

در این دسته از کشورهای اسلامی که نظام دادگاه‌ها به شکل عرفی شکل گرفته و فعالیت می‌نمایند، در کنار دادگاه‌های عمومی دادگستری، دادگاه‌های ویژه‌ای به نام «دادگاه شرع» تشکیل شده است که عمده‌تاً طبق قوانین خاص اسلامی و به شکل تخصصی به امور حقوقی و مراعات مسلمانان می‌پردازند. در این الگو نیز صلاحیت حداقلی یا حداکثری این دادگاه‌ها به گرایش کلی نظام حقوق اساسی در زمینه همگرایی و واگرایی دین و دولت بویژه در عرصه تقنین و قضای اسلامی مرتبط است. هرچند در هر حالت صلاحیت دادگاه‌های شرع، خاص بوده و موضوعات مشخصی را شامل می‌گردد و صلاحیت دادگاه‌های عمومی به شکل عام است. سه مؤلفه اصلی در شناخت بهتر این گونه دادگاه‌ها قوانین استنادی دادگاه، مراجعان به آنها و قضات صادرکننده رأی می‌باشند. قضات دادگاه‌های شرع در اکثر کشورهای اسلامی باید از علمای اسلامی و یا تحصیل‌کرده‌های علوم اسلامی باشند. این قضات قضاوت خود را با رجوع مستقیم به شریعت یا رجوع به قوانین تدوین شده بر اساس شریعت انجام می‌دهند. لذا عدم وجود قانون مدون در موضوعی که در صلاحیت آنها می‌باشد، سبب خودداری از صدور رأی نمی‌گردد و این نقص را با مراجعه مستقیم به منابع فقهی مسلم خود به انجام می‌رسانند (دادگاه شرع اهل تشیع و تسنن لبنان نمونه بارز این روش است). از طرفی در اکثر کشورهای اسلامی که دارای ساختار جمعیتی یکسانی به لحاظ مذهبی هستند (اکثریت مطلق مسلمان) رجوع به دادگاه‌های شرع در موضوعاتی که در صلاحیت این دادگاه‌ها قرار گرفته است الزامی بوده (مانند قطر، بحرین) و در برخی کشورها

که چنین ویژگی جمعیتی و مذهبی را ندارند، رجوع به دادگاه‌های شرع اختیاری بوده و می‌توان به دادگاه‌های عمومی نیز مراجعه نمود (مثل مالزی یا نیجریه یا لبنان).

۳. بررسی دادگاه‌های شرع در برخی کشورهای اسلامی

ذیلاً جایگاه و ویژگی‌های «دادگاه‌های شرع» در برخی از کشورهای اسلامی مورد اشاره و بررسی قرار می‌گیرد.

۳-۱. جمهوری لبنان

محاکم مذهبی لبنان در دو بخش دادگاه شریعت اهل سنت و دادگاه شریعت اهل تشیع، به موجب قانون «تنظیم القضاء الشرعی» سال ۱۹۶۲ میلادی به عنوان بخشی از نظام قضایی لبنان به وجود آمدند.^۱ این دادگاه‌ها از دو بخش محاکم بدایه و محاکم عالی شرعی تشکیل شده و هیأتی عالی با نام «مجلس القضاء الشرعی الأعلى» نیز جهت سامان‌دهی و نظارت بر این دادگاه‌ها و تعیین قضات و جابجایی آنها با ریاست مفتی اعظم لبنان تشکیل شده است (همچنین رؤسای دادگاه‌های عالی شریعت اهل سنت و شیعه و قضات مدنی و مفتشان این دادگاه‌ها نیز عضو این مجلس هستند). امور اداری و مالی این محاکم به شکل مستقیم به هیأت وزیران مربوط می‌شود.

۳-۲. اردن

تاریخ تشکیل محاکم شرعی در کشور اردن به سال ۱۹۲۱ میلادی و زمان تأسیس این کشور باز می‌گردد که این محاکم به دستور پادشاه مؤسس (عبدالله بن الحسین) تشکیل شده و به همه دعاوی در کشور اردن و منطقه قدس، زیر نظر قاضی‌القضات رسیدگی می‌نمود. اما به تدریج دادگاه‌های عمومی تشکیل گردید و در حال حاضر دادگاه‌های شرع صرفاً به امور مربوط به احوال شخصیه مسلمانان، دیه و مسائل وقفی رسیدگی می‌کند. مواد ۱۰۵ و ۱۰۶ قانون اساسی اردن این سه موضوع قضایی را به دادگاه‌های شرع واگذار نموده که باید طبق احکام شرعی عمل شود. دادگاه شرع اردن و قدس شامل دادگاه‌های شرعی ابتدایی و دادگاه‌های شرعی استیناف است که زیر مجموعه «دایره قاضی‌القضات» اردن می‌باشند.

۳-۳. پادشاهی بحرین

دادگاه‌های شرع در کشور بحرین اختصاص دارد به رسیدگی به مسائل حقوقی مربوط به احوال شخصیه مسلمانان و سایر موضوعات به طور کلی به محاکم عرفی

۱. لیان، نجیب، «بررسی نظام قضایی لبنان»، ترجمه سیاوش علیزاده، فصلنامه وکیل مدافع - ارگان داخلی کانون وکلای دادگستری خراسان، سال سوم، شماره هشتم و نهم، بهار و تابستان، ۱۳۹۲، ص. ۲۸.

(المحاكم المدنية) ارجاع می‌شوند. به موجب ماده ۱۳ قانون قوه قضائیه بحرین (قانون السلطه القضائیه) دادگاه‌های شرع به لحاظ ساختاری از سه بخش محاکم شرعی کوچک (المحکمه الصغری الشرعیه - نفقه، حضانت، اثبات وراثت و وصیت)، محاکم شرعی بزرگ (المحکمه الکبری الشرعیه - سایر امور احوال شخصیه که در صلاحیت محکمه شرعی کوچک قرار ندارد) و محاکم عالی شرعی استیناف (محکمه الاستئناف العلیا الشرعیه) تشکیل شده است که هرکدام از اینها دارای دو دایره سنی (الدائره الشرعیه السنیه) و شیعی (الدائره الشرعیه الجعفریه) می‌باشند.

۳-۴. جمهوری نیجریه

در ایالات شمالی کشور نیجریه دادگاه‌های ویژه شریعت جهت رسیدگی به امور احوال شخصیه مسلمانان تشکیل شده است (دادگاه شریعت بدوی، دادگاه تجدیدنظر شریعت ایالتی و دادگاه تجدیدنظر شریعت پایتخت). ماده ۲۶۰ قانون اساسی نیجریه بیان می‌دارد که بایستی یک دادگاه تجدیدنظر شریعت در پایتخت وجود داشته باشد. بر مبنای ماده ۲۳۷ قانون اساسی نیز در دادگاه تجدیدنظر بایستی حداقل ۳ حقوقدان متخصص در احوال شخصیه اسلامی حضور داشته باشند. طبق بند ۳ ماده ۲۶۱ این قانون، رئیس دادگاه تجدیدنظر شریعت پایتخت، بایستی متخصص در امر قوانین باشد با سابقه کار ۱۰ ساله و دارای صلاحیت در زمینه حقوق اسلامی. این دادگاه بر اساس ماده ۲۶۲ قانون اساسی، صلاحیت استیناف و نظارت بر دعوی مدنی که جنبه‌های اسلامی دارند را برخوردار می‌باشد. در کنار این نهاد، دادگاه تجدیدنظر شریعت ایالتی نیز بر اساس بند B بخش ۲ فصل هفتم قانون اساسی، در نیجریه تشکیل یافته است. شرایط قضاوت این دادگاه همانند شرایط قضاوت دادگاه تجدیدنظر شریعت پایتخت می‌باشد و وظایف و اختیاراتی مشابه همان دادگاه‌ها را نیز دارا می‌باشد. دادگاه‌های شریعت نیجریه قوانین فقه مالکی را در زمینه احوال شخصیه اعمال می‌نمایند.

۳-۵. پادشاهی مالزی

ماده ۱۲۱ قانون اساسی مالزی از دادگاه عالی شریعت در کنار دادگاه عالی این کشور نام می‌برد که هر کدام دارای دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر در زیرمجموعه خود هستند. در واقع این ماده اعلام می‌دارد که این کشور دارای دو نظام قضایی و دادگاه عرفی و شرعی به موازات هم می‌باشد و هر دو تحت اقتدار قوانین فدرال قرار دارند. هرچند این ماده تصریح دارد که دادگاه‌های عادی نسبت به امور شرعی که در صلاحیت دادگاه‌های شرع هستند هیچگونه صلاحیتی ندارد. دادگاه شرع مالزی صرفاً به احوال

شخصیه و امور خانوادگی همچون ازدواج و طلاق و نفقه و نگهداری از فرزندان و دیگر مسائل صرف اسلامی مسلمانان رسیدگی می‌کند.^۱

۴. تحلیل الگوی ساختاری دادرسی شرعی در کشورهای اسلامی

همان طور که اشاره شد، یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های دادگاه‌های شرع آن است که این دادگاه‌ها دارای صلاحیت خاص و محدود در برابر صلاحیت عام دادگاه‌های عمومی و عرفی هستند. لذا ایجاد دادگاه‌های ویژه شرع یا به تعبیری الگوی ساختاری دادرسی شرعی مبتنی بر این پیش‌فرض مهم است که لزوماً نباید و لازم نیست که در همه موضوعات، فرایند قضایی مبتنی بر رعایت احکام شرعی باشد و این پیش‌فرض خود مفروض اصلی دیگری دارد. مفروضی که بیان می‌کند که اصولاً در همه موضوعات و زمینه‌ها، اسلام حکم قابل اجرا ندارد و یا در همه زمینه‌ها امکان اجرا نمودن احکام اسلامی وجود ندارد. از این رو تقنین اسلامی در کلیه موضوعات لازم یا مقدور نیست و لاجرم رسیدگی قضایی نیز لزوماً بر اساس احکام شرعی در همه زمینه‌ها نمی‌باشد. هرچند در نهایت با تمام تقلیل‌هایی که در این موضوعات نسبت به احکام اسلامی و اجرای آنها در جامعه مدرن امروزین می‌شود، همچنان برخی موضوعات ویژه وجود دارند که به دلیل ماهیت عمدتاً فردی آنها (مانند احوال شخصیه) و یا وجود احکام خاص و غیرقابل چشم‌پوشی اسلامی و خواست عمومی مسلمانان برای اجرایی شدن آنها (مانند قوانین مربوط به وقف و برخی مجازات‌ها)، فرآیند ویژه‌ای برای دادرسی آنها در نظر گرفته می‌شود و دادگاه‌های خاصی به نام دادگاه شرع تأسیس می‌شوند. از این روست که صلاحیت این دادگاه‌ها معمولاً در قانون تأسیس آنها مشخص می‌شود و خارج از آن قابلیت رسیدگی وجود ندارد. محدودیت صلاحیت این دادگاه‌ها سبب می‌گردد که بسیاری از احکام اسلامی بدون ضمانت اجرای رسمی باشند و امکان دادرسی رسمی طبق قوانین اسلامی برای آنها وجود نداشته باشد.

علاوه بر این ضعف عمده، برخی مشکلات و نواقص دیگر نیز در الگوی ساختاری دادرسی شرعی قابل مشاهده است؛ از جمله عدم شمول برخی دعاوی داخل در صلاحیت این دادگاه‌ها به دلیل غیر مسلم بودن طرف مقابل دعوا، عدم دسترسی کامل افراد در کلیه نقاط به دلیل تعداد کم این دادگاه‌ها و عدم وجود قوانین مدون قابل استناد در صدور رأی در برخی موضوعات داخل در صلاحیت که سبب صدور آراء سلیقه‌ای بر اساس برداشت‌های متنوع از احکام اسلامی می‌شود (مانند دادگاه‌های شرع نیجریه که با مراجعه مستقیم به قرآن و منابع فقهی رأی صادر می‌کنند).

1. Peletz, Michael, "Islamic Modern: Religious Courts and Cultural Politics in Malaysia", Princeton University Press, 2002, pp.115-118.

نتیجه‌گیری

بررسی تاریخ معاصر کشورهای اسلامی نشان می‌دهد که با الگوبرداری این کشورها از ساختار قضایی دولت - کشورهای مدرن به ویژه در زمینه دادرسی و تشکیل محاکم عرفی، بسیاری از ساختارهای سابق از جمله محاکم شرعی و قضاوت علمای اسلامی منطبق بر نص احکام شرعی تا حدود زیادی مطرود گردید. اما با توجه به ماهیت اجتماعی احکام اسلامی و تقید مسلمانان به رعایت شریعت در زندگی فردی و اجتماعی خود، تأثیر الزامات شرعی در نظام قضایی کشورهای اسلامی غیرقابل تردید و چشم‌پوشی است. این تأثیر در بستر مباحث مرتبط با نسبت دین و دولت در کشورهای اسلامی (همگرایی یا واگرایی) الگوهای بومی و منحصر به فردی را ایجاد نموده است. الگوهایمانند الگوی هنجاری دادرسی شرعی که در آن سعی شده است تا احکام شرعی در قالب قوانین مختلف تدوین و تصویب شوند و قضات دادگاه‌های عمومی در کنار فرآیندهای عرفی، به مسائل حقوقی مربوط به موضوعات اسلامی بر اساس این قوانین رسیدگی نمایند و الگوی ساختاری دادرسی شرعی که طبق آن برخی از کشورهای اسلامی دادگاه‌های ویژه‌ای به عنوان «دادگاه شرعی» به موازات دادگاه‌های عرفی و عمومی ایجاد کرده‌اند که دارای صلاحیت‌های خاصی در رسیدگی به موضوعات حقوقی مرتبط با مسائل اسلامی هستند و این دعاوی را با توجه به قوانین اسلامی و نصوص شرعی در محکمه‌ای اختصاصی حل و فصل می‌نمایند. تحلیل این دو الگو نشان می‌دهد که میزان موفقیت هر یک در وهله نخست به میزان همگرایی دین و دولت در ساختار حقوق اساسی کشورهای اسلامی بستگی دارد. در واقع این رویکرد اصلی است که بستر بروز و اجرایی شدن فرایند دادرسی شرعی را در هر دو الگو فراهم می‌نماید. هر چه اهتمام نظام حقوقی - سیاسی کشورهای اسلامی به اجرای اسلام در امور اداره کشور بیشتر باشد به همان نسبت نیز دادرسی شرعی مورد توجه بیشتر قرار گرفته و زمینه تحقق آن هرچه بیشتر فراهم می‌گردد. این همگرایی در الگوی هنجاری دادرسی شرعی تأثیر خود را با تدوین هرچه بیشتر قوانین بر اساس اسلام نشان می‌دهد که زمینه دادرسی شرعی در دادگاه‌های عمومی مبتنی بر شریعت اسلامی را فراهم می‌نماید و در الگوی ساختاری دادرسی شرعی نیز تأثیر خود را با گسترش هرچه بیشتر صلاحیت دادگاه‌های ویژه شرع و تدوین قوانین اسلامی مرتبط با آنها نشان می‌دهد.

گذشته از وجود این الگوهای بومی که در بستری از رویکرد همگرایی یا واگرایی دین و دولت بروز می‌یابند و در ماهیت و ویژگی آنها در کنار ضعف‌های هر یک مورد بررسی قرار گرفت، برخی رهیافت‌های اساسی نیز قابل توجه می‌باشد. این مطالعه

تطبیقی نشان می‌دهد که علیرغم وجود ساختارها و فرآیندهای عرفی در دولت - کشورهای اسلامی (منطبق بر الگوهای جهانی) همچنان نظام حقوقی اسلام، فضای کلی حقوقی و قضاوت را در کشورهای اسلامی تحت تأثیر خود دارد و این تأثیر به شکل طیفی از قوانین و عملکردهای قضایی از بیشترین حضور تا کمترین حضور احکام شرعی را شامل می‌شود که در نوع خود و در میان نظام‌های حقوقی و هنجاری سایر کشورهای جهان قابل توجه و تحسین برانگیز است.

بررسی مقایسه‌ای دو الگوی هنجاری و ساختاری دادرسی شرعی نشان می‌دهد که هر یک نقاط ضعف و قوت خاصی دارند و هیچ کدام هنوز به الگویی کامل و نهایی تبدیل نشده‌اند، چرا که نظام دادرسی یکی از چندین نظام اداره کشورهاست و در واقع برای ایجاد الگویی کامل در این زمینه باید سایر نظامات مانند نظام ارزشی و علوم اسلامی، نظام اجتماعی و خواست عمومی مردم مسلمان، نظام حقوق اساسی، نظام قانون‌گذاری، نظام اجرایی و سنت‌ها و عرف‌های تاریخی همگی در فرایندی منطقی به هم‌افزایی و ارتباط کامل دست یابند تا احکام اسلام به نحو جامع و بدون نقصان در جوامع اسلامی و از جمله در فرایند دادرسی اجرایی گردند.

موفقیت اجرایی هر یک از دو الگوی هنجاری و ساختاری از جهتی وابسته به حل شدن برخی شبهات بنیادین درباره چیستی قانون، گستره فردی و اجتماعی احکام شریعت، نسبت احکام شریعت اسلامی با قانون، نحوه قانون‌گذاری اسلامی و ورود احکام شریعت در قالب قوانین مدرن، نحوه نظارت بر تقنین اسلامی، نسبت ساختار دادگاه‌ها و محاکم در الگوی اسلامی و مدرن و سایر پیش‌فرض‌های علمی و مذهبی دارد. لذا این دو الگوی دادرسی شرعی موجود در عملکرد کشورهای اسلامی را باید بیشتر تجربه‌ای تاریخی و تلاشی عمل‌گرایانه در اجرایی نمودن قدر مقدور احکام شریعت در قالب دولت - کشورهای مدرن دانست تا الگویی اصیل و اسلامی که قالب حکمرانی ویژه خود را می‌طلبد.

با تمام این ملاحظات، در شرایط موجود و در راستای دستیابی به عملکردی بهتر و نزدیک‌تر به مطلوب، هر یک از دو الگوی هنجاری و ساختاری دادرسی شرعی می‌توانند از مؤلفه‌های یکدیگر برای رفع نقاط ضعف خود بهره‌برداری نمایند. به عنوان نمونه می‌توان در یک کشور با تعریفی مشخص از هر دو الگو استفاده نمود، به گونه‌ای که بعد رسیدگی تخصصی در دادگاه‌های شرع همراه با آزادی نسبی در استفاده از نصوص دینی و مراجعه آزادانه طرفین دعوا در برخی موضوعات مشخص به این دادگاه‌ها می‌تواند مکملی برای الگوی هنجاری و رسیدگی در دادگاه‌های عمومی تلقی شود. از طرفی نیز تأکید الگوی هنجاری بر تدوین قوانین بر اساس احکام شریعت

می‌تواند به موضوعات داخل در صلاحیت اختصاصی دادگاه‌های شرع نیز تسری یافته و به غنای استنادات آنها در صدور رأی و حتی گسترش صلاحیت آنها ختم شود. استفاده ترکیبی از هر دو روش، به‌ویژه در کشورهای دارای اقلیت‌های دینی یا مذهبی مختلف، می‌تواند به کارایی هرچه بیشتر نظام قضایی، گسترش عدالت و کاهش زمینه‌های اختلاف منجر شود (مانند تجربه نظام قضایی لبنان، افغانستان و مالزی).

به عنوان تحلیل نظام حقوق داخلی ایران و مبتنی بر استفاده از تجربیات علمی و عملی کشورهای اسلامی نیز می‌توان پیشنهاد نمود که برای رسیدگی به امور قضایی اقلیت‌های دینی و مذهبی مذکور در اصول ۱۲ و ۱۳ قانون اساسی (به‌ویژه در زمینه احوال شخصیه) دادگاه‌های ویژه شرعی منطبق بر اصول و احکام مذهبی آنها و با حضور قضات و علمای آن مذاهب و ادیان ذیل قوه قضاییه تشکیل گردد تا به شکل تخصصی به این مسائل حقوقی رسیدگی و دعاوی را به نحو دقیق‌تر و با رضایت بیشتری برای طرفین حل و فصل نماید.

منابع

- اسماعیلی، محسن؛ و همکاران، دین و قانون، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۱.
- آستین، رنی، آشنایی با علم سیاست، ترجمه لیلا سازگار، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۷۴.
- بهرامی احمدی، حمید، «تاریخچه تدوین قانون مدنی»، فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق علیه السلام، شماره ۲۴، ۱۳۸۳.
- جوادی آملی، عبدالله، حق و تکلیف در اسلام، چاپ پنجم، انتشارات اسراء، ۱۳۹۰.
- دانش پژوه، مصطفی، مقدمه علم حقوق با رویکرد به حقوق ایران و اسلام، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۹.
- داوید، رنه، «نظری درباره تحول حقوق اسلامی در جهان اسلام»، ترجمه ابوالفضل عزتی، مجله مقالات و بررسی‌های دانشگاه تهران، شماره ۵ و ۶، ۱۳۵۰.
- رفعت، عبدالوهاب، «نگاهی به دیوان عالی قانون اساسی مصر»، ترجمه محمدرضا ویژه، نشریه حقوق اساسی، سال دوم، شماره سوم، ۱۳۸۳.
- زرنگ، محمد، تحول نظام قضایی ایران، جلد اول، تهران، انتشارات مرکز اسناد انقلاب اسلامی، ۱۳۸۱.
- سرخسی، محمد ابن احمد، شرح السیر الکبیر، قاهره، چاپ صلاح الدین منجد، ۱۹۷۱.
- سلیمی، عبدالحکیم، «دین و قانون‌گذاری در افغانستان»، مجله مطالعات حقوقی، شماره دوم، ۱۳۸۵.
- السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، جلد ۱، بیروت، ۱۹۸۶ م.
- شجاعی‌زند، علیرضا، «تعامل‌های دین و دولت»، قبسات، شماره ۴، ۱۳۷۶.
- شحاته، شفیق، حقوق اسلامی در خاورمیانه، جلد ۱، ترجمه محمد علوی، تهران، ۱۳۸۲.
- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۰.
- شیخ طوسی، ابوجعفر، مبسوط، بیروت، دارالکتاب الاسلامیه، ۱۳۹۶ ق.
- صدر، سید محمدباقر، الاسلام یقود الحیات، چاپ اول، مرکز الابحاث و الدراسات التخصصیه للشهید الصدر، ۱۴۲۱ ق.
- طاهایی، سیدجواد، اندیشه دولت مدرن، به سوی نظریه دولت امام خمینی (ره)، تهران، مؤسسه چاپ و نشر عروج، ۱۳۸۱.
- عمید زنجانی، عباسعلی، فقه سیاسی، جلد ۳، چاپ دوم، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۹.
- غمامی، سید محمدمهدی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول، تهران، انتشارات مرکز اسناد انقلاب اسلامی، ۱۳۹۰.
- فاضل میبدی، محمدتقی، «دین و دولت از نگاه امام خمینی»، نامه مفید، شماره ۲۰، ۱۳۷۸.

- فرهنگ، محمد صدیق، افغانستان در پنج قرن اخیر، جلد ۱، بی‌جا، انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۷۱.
- فیرحی، داوود، نظام سیاسی و دولت در اسلام، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۹۱.
- قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ هشتم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۲.
- قدیمی، علیرضا؛ کریمی، جواد، پاکستان، دانشنامه جهان اسلام، جلد ۵، تهران، بنیاد دایره‌المعارف بزرگ اسلامی، ۱۳۷۹.
- گرمی، حامد، «جایگاه مرزهای جغرافیایی در نظریه ولایت فقیه و قانون اساسی ج.ا. ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۹.
- گرجی، علی‌اکبر، «دموکراسی و آزادی مذهبی در بستر لائیسیت»، پژوهش حقوق و سیاست، سال دهم، شماره ۲۵، ۱۳۸۷.
- لیان، نجیب، «بررسی نظام قضایی لبنان»، ترجمه سیاوش علیزاده، فصلنامه وکیل مدافع - ارگان داخلی قانون وکلای دادگستری خراسان، سال سوم، شماره هشتم و نهم، بهار و تابستان، ۱۳۹۲.
- محقق داماد، سیدمصطفی، «سرگذشت عدالت و قضا در عربستان سعودی»، میقات حج، شماره ۲۱، ۱۳۷۶.
- محمد ابن مکی، شهید اول، الدروس، قم، انتشارات مکتب مفید، بی‌تا.
- محمصانی، صبحی رجب، فلسفه التشریح فی الاسلام، ترجمه ابراهیم عمر، بیروت، مکتبه الکشاف، ۱۹۴۶ م.
- مدنی، سیدجلال الدین، کلیات حقوق اساسی، تهران، انتشارات پایدار، ۱۳۸۷.
- مصباح یزدی، محمدتقی، پاسخ استاد به جوانان، قم، انتشارات موسسه امام خمینی (ره)، ۱۳۹۱.
- _____، «اختیارات ولی فقیه خارج از سرزمین‌ها»، نشریه حکومت اسلامی، سال اول، شماره اول، ۱۳۷۸.
- Kazancigil, Ali, Introduction in to the state in global perspective, Paris, UNESCO, 1986.
- Peletz, Michael, "Islamic Modern: Religious Courts and Cultural Politics in Malaysia", Princeton University Press, 2002.

تسری موافقت‌نامه داوری به اشخاص ثالث بر مبنای نظریه استاپل

محسن ایزانلو*

بابک شید**

چکیده

حقوق دانان، به طور سنتی و با تکیه بر اصل نسبی بودن قراردادهای، اعتقاد به عدم گسترش آثار موافقت‌نامه داوری به اشخاص ثالث دارند. این در حالی است که در بسیاری از داوری‌های بین‌المللی، نظریات متنوع و گوناگونی جهت پذیرش توسعه قلمرو شخصی صلاحیت داوری به اشخاصی که موافقت‌نامه داوری را امضا ننموده‌اند، مشاهده می‌شود. قاعده استاپل به عنوان عنصر اصلی تشکیل‌دهنده «نظریه استاپل در توسعه قلمرو داوری»، به عنوان یکی از مشهورترین قواعد حقوقی نظام حقوق عرفی، سال‌ها است که در عرصه داوری نیز نمود پیدا کرده است. با وجود اهمیت قاعده استاپل و نفوذ آن در داوری‌های بین‌المللی، در آثار حقوقی داخلی کمتر به ماهیت و آثار این قاعده پرداخته شده است. آشنایی بیشتر با مبانی این قاعده فراگیر عرفی برای علاقمندان به حقوق داوری ضروری و مفید است.

کلیدواژه‌ها: داوری، استاپل، حقوق عرفی، گسترش داوری، قاعده اقدام.

Mizanloo@gmail.com

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)

Babak.sheed@gmail.com

** عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد پردیس

تاریخ دریافت: ۹۵/۰۲/۱۷ تاریخ پذیرش: ۹۵/۰۴/۲۱

مقدمه

«استاپل»^۱ واژه‌ای فرانسوی است که از نظر لغوی، در فارسی به «مانع» ترجمه شده و در اصطلاح به معانی مأخوذ بودن به اقرار،^۲ منع تناقض‌گویی به زیان دیگری،^۳ مانع طرح دعوی و منع انکار بعد از اقرار^۴ آمده است. برخی محققان، تعریفی دقیق‌تر از قاعده استاپل ارائه نموده و معتقدند: «منظور از قاعده استاپل، ممنوعیت استناد، اعمال یا ادعای حق، تکلیف یا هر موضوع حقوقی است که شخص مدعی، سابقاً، اظهار یا بیانی مغایر با آن داشته یا ارائه نموده است.»^۵ استاپل در مقام یک قاعده حقوقی در نظام حقوقی کامن‌لا از شهرت فراوانی برخوردار بوده و مبنای صدور بسیاری از احکام قضایی و آرای داوری قرار گرفته است. قاعده استاپل حاکی از آن است که یک طرف دعوا، حق طرح ادعایی که با عملکرد و اقدامات قبلی وی در تعارض است را ندارد. به عبارت دیگر، این قاعده در جایی اعمال می‌شود که اشخاص، از طرح ادعای مخالف با سند یا اقدام قبلی خویش منع شوند، زیرا ادعاها یا رفتارهای متعارضی که موجب زیان دیگری شود موجب ایجاد حقی برای وی نبوده و قابل پذیرش نیست.

استاپل، قاعده‌ای وسیع است که تعیین و تحلیل مصادیق و موضع اعمال آن، گستره نامحدودی از ادعاها یا مدافعات حقوقی را در بر می‌گیرد و در واقع، قاعده‌ای کلی است که ممکن است بر موارد بی‌شماری از اعمال حقوقی حاکم باشد. با این حال، برخی حقوق‌دانان در تلاش برای توضیح این قاعده گفته‌اند: «استاپل مانعی است که شخص را از انکار یا هر ادعای متضاد با آنچه که از نظر حقوقی احراز شده است، ممنوع می‌سازد؛ اعم از اینکه این احراز به وسیله اعمال کارگزاران قضایی یا قانونی صورت گرفته باشد یا به وسیله سند یا اظهارات صریح یا ضمنی، رفتار یا ترک فعل خود شخص [باشد].»^۶ قاعده استاپل، آن‌چنان مفهوم گسترده‌ای دارد که یکی از قضات آمریکایی در رأی صادره،^۷ به مزاح گفته است: «...تقریباً هر چیزی را می‌توان استاپل نامید. هنگامی که

1. Estoppel

۲. گایبار، امانوئل، «قاعده استاپل یا منع تناقض‌گویی به ضرر دیگری»، ترجمه و تلخیص ناصر صبح‌خیز، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۶، ۱۳۶۵، ص. ۲۳۷.

۳. همان.

۴. یزدی، عباس، فرهنگ حقوقی انگلیسی به فارسی چاپ سوم، رهنما، ۱۳۷۹، ص. ۳۵۷.

۵. خدابخشی، عبدالله، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، چاپ سوم، شرکت انتشار، ۱۳۹۳، ص. ۶۶۵.

۶. افتخار جهرمی، گودرز؛ شهبازی‌نیا، مرتضی، «بررسی قاعده استاپل در حقوق انگلیس و آمریکا»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۰، بهار ۱۳۸۳، ص. ۱۱.

7. First Option of Chicago Inc. v. Kaplan, United States Supreme Court, 514 U.S. 938 (1995).

یک حقوق‌دان یا قاضی نمی‌داند به تصمیمی که اتخاذ نموده، چه عنوان خاصی اطلاق نماید، خواهد گفت که این نظر، نوعی از استاپل است ...» اما به هر حال قواعد حقوقی، با هر اندازه وسعت و دامنه شمول، دارای احکام و حدود و ثغور دقیقی هستند.

قاعده استاپل، اندیشه‌ای است که از حقوق قراردادهای داوری وارد شده و کارکرد روزافزونی پیدا کرده است. در عرصه داوری، این قاعده بر این مبنا استوار است که اشخاص حق ندارند، در یک رابطه قراردادی، به حقی به نفع خود استناد نمایند و همزمان خود را از مسئولیت بری دانسته و به داوری مندرج در آن قرارداد ملتزم نباشند^۱ و بالعکس در حالتی که شخصی، به نفع خود از تعهدات یک قرارداد چشم پوشی می‌کند، دیگر نمی‌تواند به دنبال منافع و حقوق ناشی از آن باشد.^۲ اعمال قاعده استاپل در داوری، ممکن است منتهی به گسترش قلمرو شخصی داوری شود، اما نه به این دلیل که شخص ثالث، از طرفین موافقت‌نامه داوری است؛ بلکه به این علت که رفتار و اقدامات وی منجر به ایجاد تعهدات قراردادی بر عهده وی و متعاقباً فرض کردن او می‌شود.^۳

برخی نویسندگان، توسعه قلمرو داوری به وسیله اعمال قاعده استاپل را در موردی مجاز دانسته‌اند که شخصی با وجود عدم امضای موافقت‌نامه داوری، متعهد به شرکت در جریان داوری می‌شود که توسط اعضای دیگر یک گروه اقتصادی منعقد شده است.^۴ زیرا یک گروه اقتصادی در حالتی که تشکیل یک ماهیت حقوقی واحد را بدهد، در واقع جملگی اعضای تشکیل‌دهنده آن به عنوان یک پیکره کلی، ملتزم به قرارداد منعقد شده خواهند بود. روشن است که این تعبیر و توضیح، شباهت زیادی با نظریه «گروه شرکت‌ها»^۵ دارد. به موجب این نظریه، درحالی که مجموعه‌ای از شرکت‌های عضو یک گروه، دارای چنان رابطه تجاری و مدیریتی متقابلی باشند که عملاً تشکیل یک ماهیت تجاری واحد را داده، با یک هدف و هماهنگی با یکدیگر در راستای تأمین منافع مشترک عمل نمایند، هر یک از اعضای گروه شرکت‌ها در قبال تعهداتی که عضو دیگر بر عهده می‌گیرد، مسئول است. از زمانی که نظریه گروه شرکت‌ها در نظام‌های حقوقی

1. Rodler, Irmgard Anna, When are Non-Signatories Bound by the Arbitration Agreement in international Commercial Arbitration? Master in International Law, University of Chile and University of Heidelberg, 2012, p. 26.
2. MacHarg, Jeffrey; Bates, Albert, Non-Signatories and International Arbitration: Understanding the Paradox, Comparative Law Yearbook of International Business, 2007, p. 19.
3. Pavic, Vladimir, Non-Signatories and the Long Arm of Arbitral Jurisdiction, Resolving International Conflict, Central European University Press, 2009, p. 224.
4. Rodler, Irmgard Anna, Op. cit, p.14.
5. Group of companies Doctrine

رومی - ژرمنی پذیرفته شد و به تدریج گسترش یافت، دادرسی قضایی کامن‌لا و به‌ویژه، کشور ایالات متحده آمریکا، جهت ایجاد نظریه و روشی مشابه با نظریه گروه شرکت‌ها به قاعده استاپل متمایل شده و در جایگاهی کم و بیش مشابه از آن استفاده نموده است.^۱ در واقع، برداشتی که گاه، برخی حقوق‌دانان نظام حقوق عرفی از قاعده استاپل در داوری دارند، نسخه حقوق عرفی و آمریکایی - انگلیسی نظریه گروه شرکت‌ها است که در فرانسه و برخی کشورهای حقوق رومی - ژرمنی اعمال می‌شود.

قاعده استاپل در مواردی که یکی از طرفین موافقت‌نامه داوری مبادرت به طرح ادعایی علیه شخص ثالثی می‌نماید و در مقابل، شخص اخیرالذکر نیز در صدد ورود به داوری و دریافت رأی لازم‌الاجرائی علیه متعاقد موافقت‌نامه داوری برمی‌آید و یا هنگامی که شخص ثالثی به هر دلیل، به جریان داوری وارد می‌شود و علیه یا له هریک از طرفین اقدام می‌نماید، قابل استناد است؛ زیرا این قبیل اشخاص ثالث و در چنین وضعیتی، باید عواقب دخالت در دعوا را پذیرفته و خود را آماده نتایج ورود به یک جریان داوری نمایند. استناد به این قاعده در داوری، بیشتر در مورد انتقال قرارداد پایه یا موافقت‌نامه داوری اتفاق می‌افتد.^۲ حسب این قاعده، شخصی که با انتقال یک قرارداد تجاری موافقت نموده، نمی‌تواند با این استدلال که از متعاقدین موافقت‌نامه داوری مربوط به آن نبوده است، از شرکت در رسیدگی داوری امتناع نماید.

۱. پیشینه اعمال قاعده استاپل در داوری

۱-۱. ظهور نظریه

ورود قاعده استاپل به قلمرو شکلی داوری با دعوی مشهور به «دلوثیت»^۳ آغاز شد.^۴ در این دعوا، یک دفتر حسابرسی نروژی، با دریافت درخواست حل و فصل اختلافی در ارتباط با استفاده از علامت تجاری «دلوثیت» در عملیات حسابرسی به رسیدگی داوری فراخوانده شد. وفق قرارداد فرانشیز موضوع اختلاف که حاوی شرط

1. Tang, Edward Ho Ming, "Methods to extend the scope of an arbitration agreement to third party non-signatories." School of Law Hong Kong, LW4635 Research Paper, 2009, p. 12.
2. Hosking, James, "The Third Party Non-Signatory's Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice without Destroying Consent", Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Volume 4, 2004, p. 486.
3. DELOITTE NORAUDIT A/S v. DELOITTE HASKINS & SELLS, U.S. and the Others, United States Court of Appeals, Second Circuit, 9 F.3d 1060 (1993).
4. Martinez-Fraga, Pedro, the American Influences on International Commercial Arbitration: Doctrinal Developments and Discovery Methods, Cambridge University Press, 2009, p. 154.

داوری نیز بود، کلیه شعب محلی یک موسسه حسابرسی بین‌المللی حق داشتند از علامت تجاری «دلوثیت» در فعالیت‌های حسابرسی خود استفاده نمایند. یک دفتر حسابرسی نروژی با پذیرش این قرارداد و بدون هیچ‌گونه اعتراض به مفاد آن، با ملحق شدن به این قرارداد کلی، مبادرت به استفاده از علامت تجاری «دلوثیت» نمود. پس از بروز اختلاف، شرکت نروژی با این استدلال که هیچ‌گاه موافقت‌نامه داوری را امضا ننموده است، نسبت به صلاحیت دیوان داوری به دلیل عدم وجود موافقت‌نامه داوری معتبر ایراد نمود. دیوان داوری، ایراد خواننده را مسموع ندانست و به رسیدگی خود ادامه داد. متعاقباً و پس از صدور رأی داوری، شرکت نروژی درخواست ابطال رأی صادره را به دادگاه صالح تقدیم نمود. دادگاه رسیدگی‌کننده، پس از استماع دفاعیات طرفین، مقرر داشت که ایراد طرف نروژی به عدم التزام به داوری پذیرفته نیست، زیرا بهره‌برداری آگاهانه از قرارداد، با وجود اینکه مؤسسه حسابرسی مذکور هیچ‌گاه موافقت‌نامه داوری را امضا ننموده است، وی را از طرح ادعای عدم التزام به داوری منع می‌کند. پس از صدور رأی داوری و متعاقب درخواست اعلام بطلان رأی داوری به دلیل عدم توجه به ایراد عدم صلاحیت، دادگاه ناظر بر داوری نیز مقرر داشت که اگرچه شرکت نروژی، هیچ‌گاه موافقت‌نامه داوری را امضا ننموده است، لیکن ایراد مطروحه مبنی بر عدم التزام به داوری پذیرفته نیست، زیرا بهره‌برداری آگاهانه از قرارداد موجب التزام وی به داوری است. رأی صادره در خصوص پرونده «دلوثیت» به معنای اعمال قاعده استاپل در داوری، به جهت گسترش اثر موافقت‌نامه داوری به اشخاص ثالث است. زیرا حسب الزامات این قاعده، طرفی که با پذیرش یک قرارداد از منافع آن سود برده است، ملتزم به آن نیز می‌شود.

صدور این رأی داوری و تایید آن توسط دادگاه، موجب ظهور زمینه جدیدی از قاعده استاپل شد و از آن پس، دیوان‌های داوری و محاکم قضایی به کرات از این قاعده جهت بررسی امکان تعمیم اثر موافقت‌نامه داوری به برخی اشخاص ثالث بهره بردند. از آن جمله می‌توان به رأیی که دو سال پس از دعوای دلوثیت صادر شد، اشاره نمود. در دعوای معروف به «تامسون»^۱ دادگاه با استناد به رأی صادره در دعوای دلوثیت، قاعده استاپل را مبنای امکان گسترش قلمرو داوری به اشخاص ثالثی دانست که به طور عملی قرارداد حاوی شرط داوری را پذیرفته‌اند.

چنین استدلال‌هایی در نظام حقوقی عرفی پیشینه‌ای دور دارد و پیش از صدور رأی در پرونده دلوثیت، در پرونده «شرکت معماری هیوز» نیز بحث گسترش قلمرو

1. THOMSON-CSF, S.A. v. AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, United States Court of Appeals, Second Circuit, 64 F.3d 773 (1995).

موافقت‌نامه داوری مطرح شده و قاضی رسیدگی کننده، با وجود طرح استدلالی مشابه با قاعده استاپل، در تمام متن رأی هیچ اشاره‌ای به این قاعده ننموده بود. بنابراین، قاعده استاپل در این رأی جنبه استنادی ندارد و دادگاه صرفاً با تکیه بر تحلیل‌های مبتنی بر اصل انصاف اقدام به صدور رأی نموده و همین امر علت قابل قبولی است که آن را طلیعه استناد به قاعده استاپل در گسترش قلمرو داوری ندانند.

دادگاه با این استدلال که آشکارا خلاف انصاف است که به پیمانکار اجازه داده شود، هم ادعا نماید که کارفرما مسئول نقض تعهدات قراردادی است و هم مانع ورود وی به جریان داوری شود،^۱ قلمرو شخصی داوری را به کارفرما به عنوان شخص ثالث گسترش داد. روشن است که دادگاه در استدلال مندرج در رأی صادره، با آنکه مفهومی مشابه با قاعده استاپل را مدنظر داشته لیکن تلاش داشته است که تصمیم خود را متکی به انصاف نماید، نه آنکه صرفاً با استناد به یک قاعده، رأی صادره را تقویت نماید.

با وجود اینکه دعوای «دلوثیت» سرآغاز استناد به قاعده استاپل در داوری بود، اما نویسندگان اذعان دارند که برخی دعوای پس از آن مانند دعوای «تامپسون» از اهمیت آموزشی بیشتری برخوردار است. زیرا در این دعوای است که به طور روزافزون، استناد به نظریات حقوقی و قواعد مؤید گسترش قلمرو داوری در نظام حقوق عرفی تحلیل شده و به تدریج، برخی اشخاص ثالث به‌مثابه طرفین موافقت‌نامه داوری شناسایی شده‌اند.^۲

۱-۲. جایگاه قاعده استاپل

قاعده استاپل بر مبنای رعایت انصاف و احترام به حسن نیت شکل گرفته و توجهی به تفسیر اراده اطراف موافقت‌نامه داوری ندارد.^۳ از همین رو است که این نظریه در کشورهای نظیر آمریکا که تابع نظام حقوقی عرفی هستند، رواج چشم‌گیری پیدا کرده اما در مقابل، در کشورهای حقوق نوشته یا رومی - ژرمنی از جایگاهی برخوردار نیست. برخی حقوق دانان برای قاعده استاپل، سابقه‌ای قدیمی‌تر از نظام حقوقی عرفی قایل هستند و ریشه آن را در قاعده‌ای رومی^۴ یافته‌اند که تأکید می‌کند: «هیچ کس نمی‌تواند از وضعیتی متعارض با رفتار قبلی خود بهره ببرد».^۵ لیکن به نظر می‌رسد این

1. HUGHES MASONRY COMPANY, INC. v. GREATER CLARK COUNTY SCHOOL BUILDING CORPORATION, J. A. CONSTRUCTION MANAGEMENT CORPORATION and INSURANCE COMPANY OF NORTH AMERICA, United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 659 F.2d 836, (1981)

2. Martinez-Fraga, Pedro, Op. cit, p. 155.

3. Mistelis, Loukas; Lew, Julian; Kröll, Stefan Michael, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, p. 139.

4. Venire contra factum proprium

5. Born, Gary, International Commercial Arbitration; Commentary and Materials, 2nd Ed, Kluwer Law International Pub, 2001, p. 1194.

دو قاعده، فاقد رابطه مستقیم و علت و معلولی است و صرفاً می‌توان این دو را با یکدیگر مقایسه نمود. قاعده استاپل و قاعده مذکور رومی حکم مشابهی دارند، اما روشن است که حقوق روم با دخالت انصاف در تفسیر قواعد قراردادی بیگانه بوده و مسئولیت و تکالیف را صرفاً بر مبنای تفسیر اراده اشخاص شناسایی می‌نموده است. بنابراین اگرچه قاعده عرفی استاپل با بسیاری از قواعد موجد مسئولیت در سایر نظام‌های حقوقی مشابه‌هایی دارد، اما نمی‌توان این دو را هم‌ریشه دانست.

به هر حال، امروزه اعمال قاعده استاپل در داوری‌هایی که تحت حکومت قوانین کشورهای تابع نظام حقوقی عرفی انجام می‌شود، مقرراتی شناخته‌شده است. خواه این قاعده، در اثبات امری موضوعی باشد یا آنکه برای گسترش قلمرو داوری به کار گرفته شود. اگرچه استناد به این قاعده، محدود به داوری‌هایی است که تابع نظام مذکور باشند اما به عنوان یک قاعده مجری در داوری‌های بین‌المللی، لازم است شرایط اعمال و استناد به آن و سپس مطابقت آن با اصول و قواعد داوری‌های داخلی مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد.

۲. مبانی و شرایط اعمال قاعده استاپل در داوری

۲-۱. مبنای اعمال نظریه

نظریه اعمال قاعده استاپل در گسترش اثر موافقت‌نامه داوری به اشخاص ثالث،^۱ ویژه نظام حقوق عرفی آمریکا و داوری‌هایی است که قانون این کشور بر آن حاکم است.^۲ زیرا در این نوع از نظام‌های حقوقی روابط افراد بر مدار انصاف تحلیل می‌گردد. بنابراین، این قاعده طبعاً در داوری‌هایی که قوانین کشورهای تابع نظام حقوقی رومی - ژرمنی بر آن حاکم است، جایی ندارد؛ زیرا در این قبیل نظام‌های حقوقی، نظریات همواره بر مدار تحلیل اراده شکل می‌گیرد. با این حال، نفوذ نظام حقوقی کامن‌لا در داوری‌های بین‌المللی به تدریج این قاعده را از شکل مقررات محلی و داخلی، به قاعده‌ای وسیع‌تر تبدیل نموده که ممکن است در هر جریان داوری با احاطه بر این قاعده عرفی گیرد. بنابراین لازم است که محققین و متخصصین داوری با احاطه بر این قاعده عرفی به ذات آن پی برده و مواردی که امکان اعمال آن می‌رود را شناسایی نمایند.

نویسندگان، با مذاقه در آرای صادره توسط محاکم آمریکا، به این نتیجه رسیده‌اند که برای گسترش قلمرو موافقت‌نامه داوری با اعمال قاعده استاپل لازم است که اولاً

1. Extension of Arbitration by Estoppel
2. Van den Berg, Albert, International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions, Kluwer Law International, 2002, p. 52.

شخص ثالث، به موافقت‌نامه داوری یا قرارداد موجود و معتبری که حاوی شرط داوری است، استناد نماید و ثانیاً مدعی حقی علیه حداقل یکی از طرفین آن شود.^۱ در چنین وضعیتی، نظام حقوقی کامن‌لا با اتکا بر اصول انصاف و حسن نیت حکم می‌کند که چنین شخصی، مقید به چیزی باشد که جهت کسب منفعت به آن استناد می‌کند. چنین تفکری است که منجر به خلق ضرب‌المثل معروف حقوقی شده است که «هیچ شخصی نمی‌تواند منافع قراردادی را همچون گیللاس روی کیک برداشته و بقیه آن را رها نماید.»^۲ بنابراین حسب نظریه استاپل در گسترش قلمرو داوری، در صورتی که شخص ثالثی، آگاهانه، قصد بهره‌مندی از قراردادی را داشته باشد، نمی‌تواند منکر التزام به موافقت‌نامه داوری ضمن آن شود.

اعمال قاعده استاپل نه تنها به طور کامل، متکی به اراده متعاقدين نیست، بلکه صرف دست‌یابی به یک نفع قراردادی، دلیلی بر قابلیت استناد به آن نیست. مبنای قاعده استاپل، انجام عملی است که این مفهوم را متبادر سازد که رابطه حقوقی موضوع یک اختلاف، مورد احترام شخص است و قصد دارد به نفع خود از مفاد آن بهره‌برداری کند. استناد به قاعده استاپل، مخصوص یک طرف نیست. بلکه هم شخص ثالث و هم طرفین موافقت‌نامه داوری می‌توانند با اثبات اینکه طرف مقابل، منافع قراردادی را پذیرفته است، ادعا نمایند که وی ملتزم به آن است.^۳ برای استناد به قاعده استاپل کافی است که ذی‌نفع قاعده ثابت نماید که طرف مقابل، مستند به موافقت‌نامه داوری یا قرارداد حاوی شرط داوری، عملی انجام داده است که به معنای پذیرش کلی آن قرارداد است. چنانچه شخص ثالث، جهت اثبات ادعا یا مطالبه حق به قراردادی متوسل شود که متضمن موافقت‌نامه داوری است، در واقع خود را مقید به آن نموده و ممکن است به جریان داوری فراخوانده شود. افزون بر این، ممکن است متعاقدين موافقت‌نامه داوری، مدعی تکلیفی بر شخص ثالث شوند که موافقت‌نامه داوری یا قرارداد پایه آن را امضا نکرده است. در این صورت، به حکم قاعده استاپل، شخص ثالث حق دارد به جریان داوری وارد شده و ادعایی علیه طرف مقابل مطرح نماید.

۲-۲. قابلیت اعمال نظریه در حقوق ایران

در نظام حقوقی ایران، مانند سایر نظام‌های حقوقی تابع «حقوق نوشته»، قاعده استاپل جایگاهی ندارد و در نتیجه، استناد به آن منشأ هیچ اثری نیست. با این حال، در

1. Ferrari, Franco; Kröll, Stefan, Conflict of Laws in International Arbitration, Walter de Gruyter, 2011, p. 167.
2. Alanko, Karri, Arbitration and Non Signatory Beneficiaries, Binding Parties Who Agreed to Nothing, Master's Thesis, University of Helsinki, 2014, p. 38.
3. Martinez-Fraga, Pedro, Op. cit. p.155.

مقررات داخلی و قواعد سازمان‌های داوری، نمونه‌هایی قابل شناسایی است که از نظر حکمی، شباهت‌هایی با قاعده استاپل دارد. از آن جمله، می‌توان به احکام موسوم به «انصراف از حق ایراد» اشاره نمود.

قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ هجری شمسی، انصراف از حق ایراد را چنین توصیف نموده است: «در صورتی که هریک از طرفین با علم به عدم رعایت مقررات غیر آمره این قانون و یا شرایط قابل عدول موافقت‌نامه داوری، داوری را ادامه دهد و ایراد خود را فوراً و یا در مهلتی که به این منظور تعیین شده است اقامه نکند چنین تلقی خواهد شد که از حق ایراد صرف نظر کرده است.»^۱ به طور مثال، چنانچه شخص ثالثی با استناد به قرارداد پایه، قصد ورود به داوری را داشته باشد و متداعیین داوری، با علم به عدم رعایت اصل نسبی بودن قراردادهای، به عنوان مقرراتی غیرآمره، با عدول از شرایط نسبی موافقت‌نامه داوری، ایرادی مطرح ننموده و با ادامه داوری به ادعای شخص ثالث پاسخ دهند، فرض بر این خواهد بود که از حق ایراد خود صرف نظر نموده‌اند. شاید گفته شود که قانون داوری تجاری بین‌المللی ترجمه و تلخیصی از قانون نمونه داوری تجاری بین‌المللی کمیسیون تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد است^۲ و به همین لحاظ، مقرراتی با منشأ خارجی است و نمی‌تواند مبنای اثبات اعتبار استاپل در حقوق ایران باشد. در پاسخ باید گفت که اگرچه قانون داوری تجاری بین‌المللی را می‌توان ترجمه‌ای از قانون نمونه مذکور دانست اما باید توجه داشت که به هر حال مقرراتی مصوب مقنن ایرانی و از منابع حقوقی کشور و در خور توجه است. قواعد و آیین رسیدگی برخی سازمان‌های داوری نیز متأثر از قانون داوری تجاری بین‌المللی، رویه مشابهی را در پیش گرفته و با متنی کم و بیش مشابه، متداعیین داوری را از ادعایی بر خلاف رفتار قبلی خود منع نموده‌اند.^۳

ممکن است مبنای حکم انصراف از حق ایراد، نوعی استاپل قانونی معرفی گردد که به موجب آن، اگر شخصی با علم به عدم امکان ورود شخص ثالث به داوری، فوراً ایراد ننماید و عملاً وارد یک جریان داوری با ثالث شود، دیگر حق ندارد بر خلاف عملکرد قبلی خود، چنین ایرادی را مطرح نماید. لیکن اگرچه، مقررات ناظر به انصراف

۱. قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران (۱۳۷۶)، ماده ۵.

2. UNCITRAL Model Law on International Arbitration, Article 4.

۳. قواعد و آیین داوری مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران، ماده ۵: «در صورتی که هریک از طرفین پس از علم به عدم رعایت مقررات این آیین داوری و یا شرایط قابل عدول موافقت‌نامه داوری، سکوت اختیار کرده و داوری را ادامه دهد و در مهلت مقرر ایراد خود را مطرح نکند، چنین تلقی خواهد شد که از حق ایراد خود صرف نظر کرده است.» و نیز؛ قواعد داوری منطقه‌ای داوری تهران (۱۳۸۴)، ماده ۱۸-۳: «ایراد به صلاحیت دیوان داوری نباید دیرتر از زمان تقدیم لایحه دفاعیه یا در مورد دعوای متقابل، دیرتر از ارائه پاسخ به آن مطرح گردد.»

از حق ایراد را می‌توان برداشتی ناخودآگاه از قاعده استاپل تلقی نمود، اما مسلماً تحلیل یک حقوق‌دان ایرانی که متأثر از نظام «حقوق نوشته» است، متفاوت از همتای تابع نظام «حقوق عرفی» است. یک حقوق‌دان ایرانی این مقررات را بر اساس اراده ضمنی طرفین اختلاف توجیه می‌کند. به این معنا که انصراف از حق ایراد در واقع بیان اراده ضمنی طرفین دعوا به گسترش اثر موافقت‌نامه داوری است.

برخی پژوهشگران، با بررسی نظام حقوقی آمریکا به عنوان خاستگاه قاعده استاپل، دریافته‌اند که این قاعده به سه نوع استاپل ناشی از سابقه،^۱ استاپل ناشی از سند^۲ و استاپل ناشی از رفتار^۳ تقسیم شده است. دو نوع اول برگرفته از نظام حقوق عرفی و نوع آخر، نشأت گرفته از انصاف است.^۴ به عبارت دیگر، استاپل‌های ناشی از سند و رفتار به حکم رویه و عرف شناخته شده در جامعه، وضع شده است اما استاپل ناشی از رفتار، منبعث از انصاف است، یعنی بدون احراز عرف و به صرف اقتضای انصاف ایجاد شده است. استاپل موجب گسترش قلمرو موافقت‌نامه داوری به اشخاص ثالث از نوع سوم یعنی استاپل ناشی از رفتار است که گفته شد، مبتنی بر انصاف است.

نظر به اینکه اصولاً در نظام حقوقی ایران، انصاف در زمره منابع حقوقی نیست، نمی‌توان آن را محملی برای توجیه استاپل‌های مبتنی بر انصاف دانست. گرچه در بند ۲ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران،^۵ در صورت توافق طرفین، به داور اجازه رسیدگی بر اساس عدل و انصاف یا کدخدانمشی را داده است، لیکن نمی‌توان چنین حکمی را نیز دلیلی بر پذیرش انصاف در نظام حقوقی ایران دانست. ماده مذکور، صرفاً تأکیدی بر حق طرفین در خصوص توافق نسبت به حاکمیت عدل و انصاف یا رسیدگی مبتنی بر کدخدانمشی بر جریان داوری است. این تجویز قانونی به معنای پذیرش انصاف در نظام حقوقی ایران نیست زیرا حتی بدون تصریح قانونی نیز، اصولاً طرفین این حق را دارند که قوانین ماهوی ملی، مقررات نمونه، عرف‌های تجاری مشخص و هر مقرر شناخته شده دیگری را متفقاً به عنوان قانون ماهوی حاکم بر داوری انتخاب نمایند. به نظر می‌رسد از مفاد ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، چیزی بیش از متن مندرج در ماده ۴۸۳ قانون آیین دادرسی مدنی^۶ و پذیرفتن اعطای حق صلح دعوا به داور از سوی طرفین، قابل استنباط نیست.

1. Estoppel by Record.
2. Estoppel by Deed.
3. Estoppel by Conduct.

۴. افتخار جهرمی، گودرز؛ شهبازی‌نیا، مرتضی، منبع پیشین، ص. ۱۷.

۵. قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶: «۲- «داور» در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشند، می‌تواند بر اساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدانمشیانه تصمیم بگیرد ...»

۶. قانون آیین دادرسی در امور مدنی، مصوب ۱۳۷۹: «در صورتی که داوران اختیار صلح داشته باشند می‌توانند دعوا را با صلح خاتمه دهند. در این صورت صلح نامه‌ای که به امضای داوران رسیده باشد، معتبر و قابل اجراست.»

آنچه در حقوق ایران می‌تواند مبنای یک استدلال یا موضوع یک استناد قرار گیرد قواعد و اصولی است که ناشی از اراده اشخاص یا قانون موضوعه یا عرف متشرعه باشد. بنابراین استاپل ناشی از انصاف را نباید در داورهای تحت حاکمیت قوانین ایران مسموع دانست مگر اینکه آن را به نحوی تفسیر نمود که متکی به اراده اشخاص تلقی شود یا حکم ما نحن فیه قاعده استاپل را با مقررات متبوعه توجیه و آن را در لباسی از مقررات و احکام داخلی و فقهی اعمال نمود.

۲-۳. بی‌نیازی نظام حقوقی ایران از نظریه استاپل

با مذاقه در قوانین و احکام داخلی، روشن است که نیازی به تعبیر و تفاسیر موجهه برای اعمال قاعده استاپل وجود ندارد، زیرا از فقدان این قاعده در نظام حقوقی ایران، نقصانی احساس نمی‌شود. حقوق دانان اسلامی و فقها، قرن‌های متمادی است که با استفاده از قواعد و اصول استدلالی مبتنی بر اراده، راهکارهای مؤثر و مشابهی با قاعده استاپل یافته‌اند. از آن جمله، قاعده فقهی «اقدام»^۱ است که در زمره قواعد بنیادین فقهی در تشخیص امور ترافعی است.

قاعده اقدام، حاکی از آن است که اگر شخصی بر خلاف مصالح و حقوق خود رفتار نماید، باید تبعات آن را نیز بپذیرد. در واقع اقدام ذی‌حق، علیه منافع و امتیازات خود از مسقطات حقوق است. مانند آنکه اگر خریدار با علم به اینکه وارد یک معامله فضولی شده است و پس از این معامله، مالک حقیقی به خریدار رجوع نماید و مال خود را مطالبه نماید، به مقتضای قاعده اقدام، خریدار حق مراجعه به فضول برای دریافت خسارات یا مبلغی بیش از ثمن معامله را ندارد. قاعده اقدام یک دفاع مطلق و کامل تلقی می‌شود که در مصادیق نامحدودی قابلیت استناد دارد.^۲

اگرچه اکثر فقها، قاعده اقدام را در موردی به کار برده‌اند که خسارت مالی یا جانی مستند به فعل یک شخص به او وارد شده^۳ اما روشن است که دامنه قاعده عقلی اقدام، محدود به ورود خسارت نیست و به طریق اولی، محدودیت حقوق یا التزام به امری را نیز در بر می‌گیرد. بنابراین چنانچه شخصی، ایرادی را که حسب قوانین، مقید به زمان طرح است، در موعد مقرر قانونی مطرح ننماید، عملی بر خلاف حقوق خود انجام داده و باید آثار آن را نیز متحمل شود. همچنین در موردی که شخصی، ورود به یک قرارداد و حقوق و تعهدات قراردادی را می‌پذیرد، مقید به تمام شروط ضمن عقد و از جمله، موافقت‌نامه دآوری مندرج در آن می‌شود.

۱. «الاقدام مسقط الضمان»

۲. بجنوردی موسوی، سیدمحمد، قواعد فقهیه، انتشارات پژوهشکده امام خمینی، ۱۳۷۹، صص. ۹۷-۹۲.

۳. طوسی، محمد، المبسوط، جلد ۳، المکتبه المرتضویه، ۱۴۰۳ ق، ص. ۸۵.

از سوی دیگر، ممکن است ایراد شود که قاعده اقدام، ظهور در انجام یک فعل دارد و صرف ترک فعل و عدم ایراد نمی‌تواند، موجبی برای اعمال این قاعده شود. در پاسخ باید گفت فعل یا ترک فعل، در این قاعده، موضوعیتی ندارد بلکه آن چه اهمیت دارد احراز علم و اراده شخص در زوال حقوق خود می‌باشد، خواه به واسطه فعل یا ترک فعل از سوی وی باشد.

در واقع، طرفین یک قرارداد حاوی موافقت‌نامه داوری، با دخالت دادن اشخاص ثالث در تعهدات قراردادی و یا به جای طرح ایراد به ورود ثالث، انجام دفاع ماهوی در برابر ایشان، بر علیه حقوق و منافع خود اقدام نموده و وی را به عنوان یک طرف قراردادی پذیرفته‌اند و همین امر موجب منع ایشان در ممانعت از ورود شخص ثالث موصوف به داوری است. همچنین است در موردی که شخص ثالثی قصد بهره‌مندی از منافع یک قرارداد یا داوری را دارد و این به معنای اعلام اراده ضمنی و التزام به عقد است.

سیطره و تفوق فقه بر قاعده استاپل، منحصر به قاعده اقدام نیست. از دیگر قواعدی که می‌تواند در بردارنده فلسفه وجودی قاعده استاپل و در واقع نسخه حقوق نوشته آن باشد، قاعده «اقرار» است. با وجود اینکه برخی محققان، قلمرو قاعده استاپل را وسیع‌تر از آنچه دانسته‌اند که کاملاً منطبق با قاعده اقرار باشد^۱ و برخی دیگر، قاعده اقرار را نزدیک‌ترین مفهوم به قاعده استاپل دانسته‌اند^۲ به نظر می‌رسد این قاعده قابلیت پوشش تمام زوایای قاعده استاپل را دارد. زیرا قاعده اقرار در دو جنبه قابل اعمال است؛ گاه به عنوان یک ادله اثباتی در دعوی که معطوف به یک اقرار مکتوب یا شفاهی است و گاه جهت شناسایی حقیقت یک ماهیت اعتباری که معطوف به یک اقرار فعلی است بررسی می‌شود.

قاعده اقرار، مبتنی بر سیره عقلا و از قواعد عقلی است^۳ و حتی برخی فقها، نفوذ اقرار و اخبار هر عاقلی بر علیه خود را از احکام ضروری هر دین و ملیتی برشمرده‌اند.^۴ قانون مدنی^۵ و به تبع آن، قانون آیین دادرسی مدنی^۶ نیز به حکم عقل و با تکیه بر منابع فقهی، اقرار را یکی از ادله اثبات دعوی برشمرده است.

۱. افتخار جهرمی، گودرز؛ شهبازی‌نیا، مرتضی، منبع پیشین، ص. ۹.

۲. خدابخشی، عبدالله، منبع پیشین، ص. ۶۶۹.

۳. حسینی مراغی، میر عبدالفتاح، عنوان الاصول و قوانین الفصول، مؤسسه نشر اسلامی قم، ۱۴۱۷ ق، ص. ۳۳۰.

۴. نراقی، احمد، عوائد الایام، جلد ۱، مؤسسه نشر اسلامی قم، ۱۴۰۸ ق، ص. ۱۷۳.

۵. قانون مدنی، ماده ۱۲۵۹: «اقرار عبارت از اخبار به حقی است برای غیر بر ضرر خود».

۶. قانون آیین دادرسی مدنی (۱۳۷۹)، ماده ۲۰۲: «هرگاه کسی اقرار به امری نماید که دلیل ذی‌حق بودن طرف او

باشد، دلیل دیگری برای ثبوت آن لازم نیست».

هنگامی که طرفین یک موافقت‌نامه داوری، مبادرت به برقراری تعاملات قراردادی با اشخاص ثالث معینی نموده و ایفای تعهدات قراردادی که وی نسبت به آن، ظاهراً ثالث محسوب می‌شود را می‌پذیرند یا در اختلافی با استناد به آن قرارداد حقی را از ثالثی مطالبه می‌نمایند که هیچ‌گاه قرارداد یا موافقت‌نامه داوری آن را امضا ننموده است، می‌توان این اقدامات را اقرار عملی به وجود حقی قراردادی، به نفع شخص ثالث تلقی نمود.

ممکن است ایراد شود که اقرار به دلالت قوانین مدنی و آیین دادرسی آن، باید به لفظ باشد و اقرار عملی، در اثبات امری موضوعی، محلی از اعراب ندارد. در پاسخ باید گفت اگرچه در قوانین موضوعه، تأکید بر استفاده از الفاظ در اقرار شده، اما چنین استعمالی از باب غلبه است زیرا اغلب اقرارها به طریقه صدور الفاظ صورت می‌گیرد و به نظر نمی‌رسد استفاده از واژه «لفظ» موضوعیت داشته باشد و مقنن در تنسیق این ماده، در مقام بیان رد اقرار عملی نبوده است. فقها نیز متعرض اعتبار اقرار عملی نشده و در پاره‌ای موارد، صراحتاً آن را تأیید کرده‌اند. ایشان در نظر داشته‌اند که ممکن است اقرار به صورت انجام یا ترک فعل باشد. این اقرار فعلی است و در این صورت لازم است که قرینه‌ای کاشف از قصد واقعی مقرر بر اقرار وجود داشته باشد.^۱ کما اینکه برخی معتقدند که اعلام اراده در اقرار، محدود به لفظ نبوده و هر وسیله‌ای که عرفاً حکایت از اخبار به حقی به ضرر خود و به نفع غیر کند، مفید اقرار خواهد بود و بر این اساس، علاوه بر گفتار، افعال و حتی سکوت نیز می‌تواند در اوضاع و احوال خاصی اقرار ضمنی محسوب شود.^۲ بنابراین، اقرار ممکن است به فعل باشد، مانند آنکه طرفین یک قرارداد و شخص ثالثی با اتکا به مفاد آن وارد تعاملات حقوقی شده و حتی با استناد به آن قرارداد حقی را از یکدیگر مطالبه نمایند، که در این فرض، می‌توان قائل به این بود که این اشخاص، اقرار ضمنی به تعمیم آثار قرارداد و شروط ضمن آن به شخص ثالث دارند.

بر خلاف ظاهر قوانین مدنی و آیین دادرسی مدنی، با مذاقّه در قوانین دیگر و تطبیق مواد مختلف آن، مشخص است که اقرار ضمنی، مورد پذیرش مقنن نیز واقع شده است. به موجب ماده ۲۴۲ امور حسبی،^۳ قبول ترکه از سوی وراثت ممکن است

۱. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، جلد سوم، چاپ دوم، مرکز نشر علوم انسانی، ۱۳۸۳، ص. ۱۳۸.

۲. مولودی، محمد؛ حمزه هویدا، مهدی، «ماهیت و توان اثباتی اقرار ضمنی در دعاوی حقوقی»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۷، پاییز و زمستان ۱۳۹۱، ص. ۸۹.

۳. قانون امور حسبی، ماده ۲۴۲: «قبول ترکه ممکن است صریح باشد یا ضمنی. قبول صریح آن است که به موجب سند رسمی یا عادی قبول خود را به دادگاه اطلاع بدهند. قبول ضمنی آن است که عملیاتی در ترکه نمایند که کاشف از قبول ترکه و ادای دیون باشد...»

صریح یا ضمنی باشد و از سوی دیگر پذیرش ترکه به موجب ماده ۲۴۸ همان قانون^۱ موجب ایجاد حق برای بستانکاران متوفی جهت مراجعه به وراث خواهد شد. توجه به این نکته ضروری است که هر چند، قبول صریح ترکه به معنای اقرار به چیزی نیست اما قبول ضمنی ترکه در واقع نوعی اقرار عملی به قبول آن است. در فرضی که با یک اقرار ضمنی و عملی می‌توان قایل به ایجاد حق مراجعه بستانکاران به شخصی شد که سمتی در رابطه حقوقی بین بستانکاران و مورث نداشته، اعتقاد به اینکه اقرار عملی به تعمیم مفاد یک قرارداد به شخص ثالث موجب ایجاد حق متقابل به استناد به موافقت‌نامه داری ضمن آن می‌شود ادعایی بی‌اعتبار نیست.

بنابراین اگرچه قاعده عرفی استاپل، مفهوم و حکمی بیش از قواعد اقدام و اقرار در فقه ندارد، اما به هر حال نه امکان و نه ضرورتی برای اعمال قاعده استاپل به مفهوم حقوق عرفی آن در نظام حقوقی ایران متصور نیست. غور در قواعد فقهی و ملاحظه نظریات فقها، موافق اعتبار قاعده استاپل در نظام حقوقی کشور است، بلکه صرفاً حاکی از این است که ظرفیت فقه و قوانین جاری مملکتی، عمقی بیش از قواعد و نظریات نوظهور غربی دارد. با وجود نظریات پذیرفته شده در نظام‌های حقوق رومی - ژرمنی مانند نظریات گروه شرکت‌ها، ذی‌نفع ثالث و با تکیه بر قواعد و اصول موجود در حقوق داخلی، دادرسان و داوران مستغنی از توسل به قاعده استاپل و مفاهیم انتزاعی نظیر انصاف و حسن نیت است.

۱. قانون امور حسبی، ماده ۲۴۸: «در صورتی که ورثه، ترکه را قبول نمایند، هر یک مسئول ادای تمام دیون به نسبت سهم خود خواهند بود...»

نتیجه‌گیری

نظریه استاپل در توسعه قلمرو شخصی داوری، متکی به قاعده عرفی به همین نام است. چنانچه شخص ثالثی به نحو مسلمی قصد بهره‌مندی از موافقت‌نامه داوری یا قرارداد پایه آن را داشته باشد، استاپل یا قاعده منع تناقض وی را ملتزم به داوری می‌داند. چنین شخص ثالثی نمی‌تواند به یک ماهیت حقوقی که متضمن التزام به داوری است استناد نماید و همزمان خود را ملتزم به داوری نداند. اگر شخص ثالث، آگاهانه به یک رسیدگی داوری وارد شود، نمی‌تواند به دلیل مشارکت نداشتن در انعقاد موافقت‌نامه داوری، خود را ملتزم به داوری نداند؛ زیرا ادعای عدم التزام به داوری با رفتار قبلی وی مبنی بر پذیرش صلاحیت داوری تناقض دارد. در مقابل نیز چنانچه اثبات گردد که طرفین یک موافقت‌نامه داوری، جهت مطالبه حقی از ثالث به قرارداد یا موافقت‌نامه داوری استناد نموده یا وی را در اجرای قرارداد دخالت داده باشند، قاعده استاپل موجب تفسیر اصل نسبی بودن قراردادها به نفع شخص ثالث و در نتیجه، گسترش قلمرو شخصی موافقت‌نامه داوری است.

امروزه، با هر چه پیچیده‌تر شدن تجارت و تعاملات بازرگانی، توجه به نظریاتی مانند توسعه قلمرو داوری به اشخاص ثالث با استناد به قاعده استاپل ضروری به نظر می‌رسد و از همین رو، قاعده استاپل، در عرصه داوری‌هایی که تحت حاکمیت نظام حقوقی عرفی انجام می‌پذیرد، رواج چشمگیری داشته و حتی در پاره‌ای موارد، به داوری‌های بین‌المللی نیز تسری پیدا کرده است. لیکن با توجه به اینکه قاعده استاپل بر پایه انصاف شکل گرفته و گسترش یافته است در نظام حقوقی ایران که مبتنی بر حقوق نوشته است و جاهتی ندارد. بنابراین حقوق‌دانان کشورهای تابع نظام حقوق نوشته، همواره در پی یافتن راهکارهای جایگزین مبتنی بر تحلیل اراده طرفین هستند و در این رهگذر به نظریاتی هم‌چون گروه شرکت‌ها، اصیل واقعی و مانند آن دست یافته‌اند.

در نظام حقوقی ایران با توجه به ظرفیت‌های موجود در فقه به عنوان بخشی از منابع حقوقی، علاوه بر تحلیل عملکرد شخص ثالث بر مدار اعلام اراده، قواعد اقدام و اقرار نیز مانع ادعای شخص ثالث مبنی بر عدم التزام به رسیدگی داوری شود که خود به آن وارد شده است. به هر حال، با وجود اینکه اعمال قاعده استاپل و تفسیر اراده شخص ثالث یا اعمال قواعد فقهی مذکور ممکن است به نتیجه مشابهی منتهی گردد، لیکن نباید از نظر دور داشت که قاعده استاپل با ریشه عمیقی که در انصاف دارد، قابلیت اعمال در نظام حقوقی ایران به عنوان یک قاعده را ندارد. بنابراین نظام حقوقی ایران، در صورتی که احراز گردد شخص ثالث در جریان داوری یا پیش از آن، اقدامی نموده که

حاکی از پذیرش مفاد موافقت‌نامه داوری یا قرارداد پایه آن بوده است، در واقع خود را ملتزم به آن نموده است و بالعکس، چنانچه طرفین موافقت‌نامه داوری اقدامی انجام داده‌اند که نتیجه آن دخالت موثر شخص ثالث در قرارداد پایه یا موافقت‌نامه داوری است در واقع، ورود وی به رابطه قراردادی یا رسیدگی داوری را پذیرفته‌اند.

منابع

- افتخار جهرمی، گودرز؛ شهبازی‌نیا، مرتضی، «بررسی قاعده استاپل در حقوق انگلیس و آمریکا»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۰، بهار ۱۳۸۳.
- بجنوردی موسوی، سیدمحمد، قواعد فقهیه، انتشارات پژوهشکده امام خمینی، ۱۳۷۹.
- حسینی مراغی، میر عبدالفتاح، عناوین الاصول و قوانین الفصول، مؤسسه نشر اسلامی قم، ۱۴۱۷ ق.
- خدابخشی، عبدالله، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، چاپ سوم، شرکت انتشار، ۱۳۹۳.
- طوسی، محمد، المبسوط، جلد ۳، المكتبه المرتضویه، ۱۴۰۳ ق.
- گایار، امانوئل، «قاعده استاپل یا منع تناقض‌گویی به ضرر دیگری»، ترجمه و تلخیص ناصر صبح‌خیز، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۶، ۱۳۶۵.
- مولودی، محمد؛ حمزه هویدا، مهدی، «ماهیت و توان اثباتی اقرار ضمنی در دعاوی حقوقی»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۷، پاییز و زمستان ۱۳۹۱.
- نراقی، احمد، عوائد الایام، جلد ۱، مؤسسه نشر اسلامی قم، ۱۴۰۸ ق.
- یزدی، عباس، فرهنگ حقوقی انگلیسی به فارسی چاپ سوم، رهنما، ۱۳۷۹.
- Alanko, Karri, Arbitration and Non Signatory Beneficiaries, Binding Parties Who Agreed to Nothing, Master's Thesis, University of Helsinki, 2014.
- Born, Gary, International Commercial Arbitration; Commentary and Materials, 2nd Ed, Kluwer Law International Pub, 2001.
- Ferrari, Franco; Kröll, Stefan, Conflict of Laws in International Arbitration, Walter de Gruyter, 2011.
- Hosking, James, "The Third Party Non-Signatory's Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice without Destroying Consent", Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Volume 4, 2004.
- MacHarg, Jeffrey; Bates, Albert, Non-Signatories and International Arbitration: Understanding the Paradox, Comparative Law Yearbook of International Business, 2007.
- Martinez-Fraga, Pedro, the American Influences on International Commercial Arbitration: Doctrinal Developments and Discovery Methods, Cambridge University Press, 2009.
- Mistelis, Loukas; Lew, Julian; Kröll, Stefan Michael, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003.

-
- Pavic, Vladimir, Non-Signatories and the Long Arm of Arbitral Jurisdiction, Resolving International Conflict, Central European University Press, 2009.
 - Rodler, Irmgard Anna, When are Non-Signatories Bound by the Arbitration Agreement in international Commercial Arbitration? Master in International Law, University of Chile and University of Heidelberg, 2012.
 - Van den Berg, Albert, International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions, Kluwer Law International, 2002.

چالش‌های مقررات تعدد جرم در جرایم سایبری

حمید بهره‌مند*

چکیده

یکی از ویژگی‌های جرایم سایبری آن است که مرتکب به دلیل امکان گمنام ماندن و با یافتن روش‌های ارتکاب جرم می‌تواند در آن واحد جرایم متعددی را علیه بزه‌دیدگان متعدد مرتکب شود. از سویی، ارتکاب برخی از جرایم با به کار بستن شیوه‌هایی چون فیشینگ به نحوی است که دامنه گسترده‌ای از بزه‌دیدگان را در بر می‌گیرد. از سوی دیگر مرتکبان این جرایم با توجه به ویژگی‌های شخصیتی که دارند، همان‌گونه که به فنون ارتکاب جرم آشنایی دارند، از قوانین و مقررات کیفری و اینکه ارتکاب جرم، بیش از تعدادی خاص تأثیری در میزان مجازات آنها ندارد، آگاهی دارند. این امر باعث می‌شود این مقررات که قاعداً برای اشخاصی کاربرد دارد که تعدد جرایم در مورد آنها استثنا است، در مورد مجرمان سایبری که ارتکاب جرم واحد در مورد آنها غالباً استثناست، اثربخش نباشد و پاسخ‌های کیفری مانع بازدارنده‌ای از ارتکاب جرایم دیگر توسط مجرمان نشود. عدم وضع مجازات‌هایی چون محرومیت از خدمات عمومی الکترونیکی، چه به عنوان مجازات اصلی و چه به عنوان مجازات تکمیلی، نیز موجب می‌شود که این مجرمان پس از تحمل مجازات اصلی خلع سلاح نشوند و امکان ارتکاب مجدد جرایم را داشته باشند. ابهام در مقررات تعدد و شفاف نبودن مرز میان تعدد مادی و معنوی و نتایج مجرمانه متعدد نیز باعث شده است که در رویه قضایی اختلافاتی در تعیین مجازات‌های متناسب به وجود آید. این مقاله به دنبال ارائه راهکارهایی مناسب برای حل مشکلات موجود بوده است.

کلیدواژه‌ها: تعدد جرم، جرم سایبری، فضای سایبر، اقتصاد جرم و مجازات.

فضای سایبر علاوه بر امکاناتی که برای رشد و توسعه در اختیار بشر قرار داده، فرصتهایی نیز برای مجرمان ایجاد کرده است. از این روست که امروزه سخن از وجه سیاه اینترنت به میان می‌آید.^۱ از جمله ویژگی‌های این فضا آن است که مجرمان می‌توانند راحت‌تر مرتکب جرم شده، جرایم بیشتری مرتکب شوند و آماج مجرمانه متکثرتری را هدف بگیرند. این ویژگی‌های فضای سایبر باعث شده است تا مقرراتی که در خصوص پاسخ‌دهی کیفری برای مجرمان مرتکب جرایم متعدد وضع شده است، با چالش روبرو شود. به عبارت دیگر، برخلاف جرایم سنتی که ارتکاب جرایم متعدد علی‌الاصول متضمن صرف زمان بیشتری از جرم واحد بود، در جرایم سایبری مرتکب هم می‌تواند در زمانی کوتاه مرتکب رفتارهای مجرمانه متعددی شود که هر کدام جرمی مستقل از دیگری را تشکیل می‌دهد و هم می‌تواند با رفتار واحد عده زیادی را بزه‌دیده قرار دهد و نتایج مجرمانه گسترده‌ای ایجاد کند. از این رو، در این مقاله تلاش می‌شود به این سؤال پاسخ داده شود که آیا مقررات تعدد جرم که به عنوان یک قاعده هم در جرایم سنتی و هم در جرایم سایبری جاری است، در مورد بزهکاران سایبری اثربخشی کافی را دارد یا باید برای این دسته از جرایم و مجرمان آنها سیاست کیفری خاصی در نظر گرفت. از این رو، پس از بررسی ویژگی‌های جرایم سایبری و مرتکبان آنها و لزوم اتخاذ سیاست کیفری افتراقی در مورد این جرایم، پاسخ‌های کیفری در دو بخش مجازات‌های اصلی و تکمیلی مورد بحث قرار خواهند گرفت و اثربخشی یا عدم اثربخشی این مجازات‌ها در سه حوزه تعدد معنوی، تعدد مادی و نتایج مجرمانه متعدد در خصوص جرایم سایبری مورد مطالعه قرار خواهد گرفت.

۱. مبانی تعیین مجازات در جرایم سایبری متعدد

برای اتخاذ سیاست کیفری کارآمد در خصوص جرایم سایبری متعدد لازم است ابتدا ویژگی‌های این جرایم شناسایی شود و با شناخت دقیق مجرمان این جرایم، پاسخ‌های کیفری مؤثری پیش‌بینی شود. در غیر این صورت ممکن است قواعد عامی که در تعیین کیفرها مقرر شده است، برای این دسته از مجرمان اثربخشی کافی را نداشته باشد. به عبارت دیگر، شناسایی ویژگی‌های جرایم سایبری و مرتکبان آنها می‌تواند قانون‌گذار را در اتخاذ سیاست کیفری افتراقی کمک کند. در واقع باید توجه داشت سیاست کیفری اتخاذ شده در مرحله تقنین باید به نحوی باشد که موجبات دست

یافتن به اهداف را در مرحله تعیین مجازات در محاکم فراهم کند. به دیگر سخن زمانی می‌توان انتظار داشت در مرحله تعیین مجازات از سوی محاکم (مجازات‌دهی) پاسخ‌های مناسبی بر مجرمان تحمیل شود که در مرحله وضع مجازات از سوی قانون‌گذار (مجازات‌گذاری) مقررات مناسبی وضع شده باشد. تنها در این صورت است که می‌توان حصول اهداف مجازات‌ها را انتظار داشت؛ خواه این اهداف حصول بازدارندگی کافی باشد، خواه توان‌گیری از مجرم و خواه بازپروری او.^۱

۱-۱. ویژگی‌های فضای سایبر و جرایم سایبری

برخلاف فضای فیزیکی که دارای محدودیت‌های زیادی چون محصور بودن شخص در زمان و مکان است، به نحوی که یک شخص در زمان واحد نمی‌تواند در چند مکان حضور داشته باشد، فضای سایبر به گونه‌ای است که اشخاص می‌توانند در یک زمان در قلمروهای سایبری مختلفی حضور داشته باشند و فعالیت کنند. علاوه بر این، گمنام ماندن در فضای سایبر و اتخاذ نام‌های مستعار و یا جعلی نسبت به فضای فیزیکی بسیار ساده‌تر است. از این رو ممکن است شخصی که در فضای واقعی نمی‌تواند ویژگی‌هایی چون سن و جنس خود را به راحتی مخفی کند، در فضای سایبر نه تنها می‌تواند این ویژگی‌ها را تغییر دهد، بلکه می‌تواند هویت‌های بی‌شماری برای خود ایجاد کند و با هریک از این هویت‌ها مرتکب جرم شود. از این روست که گفته می‌شود سرعت، کثرت، سهولت ارتکاب جرم، ارزان بودن، مقید نبودن به مرزهای جغرافیایی، ناشناختگی باعث بروز جرایمی شده است که از سایر جرایم متمایز است.^۲ علاوه بر اینکه این ویژگی‌ها باعث می‌شود اشخاص به راحتی مرتکب جرایم سایبری متعدد شوند یا با ارتکاب جرم واحد، نتایج مجرمانه متعددی را رقم بزنند، مرتکبان این‌گونه جرایم کمتر تحت تعقیب، محاکمه و مجازات قرار گیرند، به نحوی که مطابق یک مطالعه از هر ۲۲۰۰۰ مجرم سایبری تنها یک نفر به مجازات حبس محکوم شده است.^۳

۱-۲. ویژگی‌های مجرمان سایبری

علاوه بر ویژگی‌های فوق که جرم سایبری را از جرایم سنتی متمایز می‌سازد، مرتکبان جرایم سایبری هم عموماً نسبت به مرتکبان جرایم سنتی متفاوت هستند.

۱. برای اطلاع بیشتر از اهمیت مرحله تعیین مجازات و اهداف کیفرها، ر.ک.: مهرا، نسرين، «کیفر و چگونگی تعیین آن در فرایند کیفری انگلستان (با تأکید بر کارکرد کیفرها)»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۵، بهار و تابستان ۱۳۸۶، صص: ۶۵-۷۸.

۲. جوان‌جعفری، عبدالرضا، «جرایم سایبر و رویکرد افتراقی حقوق کیفری (با نگاهی به قانون مجازات اسلامی بخش جرایم رایانه‌ای)»، مجله دانش و توسعه، شماره ۳۴، اسفند ۱۳۸۹، ص. ۱۷۱.

۳. زبیر، اولریش، جرایم رایانه‌ای، ترجمه محمدعلی نوری و دیگران، چاپ دوم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۰، ص. ۶۱.

توضیح آنکه با توجه به فضای ارتکاب جرم، مجرمانی می‌توانند از این فضا برای ارتکاب جرم بهره جویند که آگاهی‌هایی نسبت به این فضا و فرصت‌هایی که برای ارتکاب جرم در اختیار قرار می‌دهد داشته باشند. به عبارت دیگر، بر خلاف بزه‌دیدگان سایبری که ممکن است به دلیل ناآشنا بودن از ویژگی‌های فضای سایبر و موقعیت‌هایی که برای ارتکاب جرم علیه آنها وجود دارد، مورد حمله بزهکاران قرار گیرند، بزهکاران سایبری خصوصاً در جایی که جرم ارتكابی جرم سایبری محض است، عموماً دارای دانشی بالاتر از سطح عمومی هستند.^۱ حتی ارتکاب برخی از جرایم رایانه‌ای مستلزم دانش و استفاده از نرم‌افزارهایی است که برای عموم کاربران فضای سایبر ناآشناست و کشف این جرایم جز با بهره گرفتن از کارشناسان مجرب و متخصص ممکن نیست.^۲ از این رو، مرتکبان جرایم سایبری عموماً به جای اتکا به قدرت فیزیکی، از قوه تفکر و تحلیل خود برای ارتکاب جرم استفاده می‌کنند. لذا در دسته‌بندی‌های مرسوم معمولاً جرایم رایانه‌ای به عنوان دسته‌ای از جرایم یقه‌سفیدها قلمداد می‌شوند.^۳ در جرم‌شناسی نیز تلاش می‌شود که بر مبنای نظریه انتخاب عقلانی،^۴ چرایی ارتکاب جرایم، شخصیت مرتکبان و نحوه پیشگیری از آنها مورد بررسی قرار گیرد.^۵ از این رو، اگر در مورد جرایم خیابانی بتوان مواردی را یافت که مرتکب در ارتکاب جرم، توجه چندانی به هزینه‌ها و منافع جرم نداشته است، در مورد مجرمان یقه‌سفید عموماً با مرتکبان حسابگر روبرو هستیم. لذا در تعیین پاسخ‌های کیفی ناظر به این دسته از مجرمان باید هزینه‌های ناشی از جرم به گونه‌ای تعیین شود که بتواند در تحلیل هزینه-منفعت^۶ جرم انگیزه‌ای برای ارتکاب جرم پیدا نکند. به عبارت دیگر، این دسته از مجرمان، برخلاف مجرمان هیجانی که تحلیل منطقی از جرم ندارند و مجرمان خیابانی که ممکن است به زندان رفتن برای آنها یک افتخار تلقی شود، مجرمان منطقی محسوب می‌شوند که هزینه‌ها و منافع ارتکاب جرم را می‌سنجند و فقط در صورتی مرتکب جرم می‌شوند که منافع بیشتر از هزینه‌ها باشند.^۷

۱. محمدکوره‌پز، حسین؛ و دیگران، «نیم‌رخ جرم‌شناختی بزهکاران سایبری»، پژوهش حقوق کیفری، سال سوم، شماره نهم، زمستان ۱۳۹۳، ص. ۱۲۵.

2. Wiles, Jack; Reyes, Anthony, *The Best Damn Cybercrime and Digital Forensics Book Period*, Rockland, Mass, Syngress, 2007, p. 18.

3. Scheb, John M; Scheb, John M, *Criminal Law and Procedure*, Belmont, CA, Wadsworth Cengage Learning, 2011, p. 210.

4. Rational choice perspective theory.

5. Akhgar, Babak; Yates, Simeon, *Intelligence Management*, London, Springer, 2011, p. 188.

6. Cost-benefit analysis.

۷. البته برخی از مجرمان سایبری هم وجود دارند که ارتکاب جرم از سوی آنها نوعی لذت و تفریح محسوب می‌شود و بنابراین ممکن است درک کاملی از آسیب‌ها و خسارت‌هایی که وارد می‌کنند، نداشته باشند؛ وینتر، هارولد، اقتصاد جرم، ترجمه حمید بهره‌مند و زهرا ساکبانی، تهران، انتشارات دادگستر، ۱۳۹۴، ص. ۲۹.

لازم به ذکر است که امروزه بحث تحلیل اقتصادی جرم و توجه به انگیزه‌های مرتکب موضوع دانشی به نام اقتصاد جرم است. در این دانش علاوه بر توجه به تحلیل‌های اقتصادی در جرم‌انگاری رفتارها، تأکید ویژه‌ای بر پاسخ‌های کیفی می‌شود و با مدل‌های اقتصادی مقدار بهینه مجازات‌ها تعیین می‌شود.^۱ از این رو، چنانچه در جرایمی چون سرقت و کلاهبرداری رایانه‌ای منافع ناشی از جرم و در برخی از جرایم چون تخریب رایانه‌ای خسارت‌های ناشی از جرم می‌تواند عوامل مهمی در تعیین مجازات‌ها باشد، باید توجه داشت در جرایم متعدد نیز که مرتکب منافع متعددی تحصیل می‌کند یا خسارت‌های متعددی ایجاد می‌کند، پاسخ‌های متناسبی باید در نظر گرفته شود.

لذا با توجه به اینکه جرایم سایبری با جرایم سنتی و مجرمان سایبری با سایر مجرمان تفاوت‌های معناداری دارند، لازم است سیاست کیفری اتخاذی در خصوص این جرایم و مجرمان وجوه افتراق را در نظر بگیرد. این وجوه افتراق را می‌توان در مجازات‌های اصلی و در مجازات‌های تکمیلی در نظر گرفت که ذیلاً مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۲. پاسخ‌های تقنینی به جرایم سایبری متعدد

مجازات‌هایی که در نظام حقوقی ایران برای مجرمان در نظر گرفته می‌شود یا مجازات‌های اصلی است که قانون‌گذار با در نظر گرفتن جرم ارتكابی و فارغ از اینکه چه شخصی مرتکب آن شده است، تعیین می‌کند. البته توجه به عواملی چون شخصیت مرتکب جرم و نتایج زیان‌بار ناشی از جرم در تعیین حداقل تا حداکثر مجازات اصلی مؤثر است.^۲ افزون بر این مجازات، قاضی می‌تواند در جرایم تعزیری درجه ۱ تا ۶ بسته به جرم ارتكابی و شخصیت مرتکب، او را به مجازات‌های تکمیلی نیز محکوم کند.^۳ همچنین در جرایمی که شدت کمتری دارد، دادگاه می‌تواند ضمن تعیین مجازات جایگزین حبس،^۴ مرتکب را به یکی از محرومیت‌های مقرر در مجازات‌های تکمیلی یا تبعی محکوم کند.

۱. صادقی، حسین؛ و دیگران، اقتصاد جرم، تهران، نور علم، ۱۳۸۹، ص. ۱۲۴.

۲. مطابق ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «... دادگاه در صدور حکم تعزیری، با رعایت مقررات قانونی، موارد زیر را مورد توجه قرار می‌دهد: الف: انگیزه مرتکب و وضعیت ذهنی و روانی وی حین ارتکاب جرم؛ ب: شیوه ارتکاب جرم، گستره نقض وظیفه و نتایج زیان‌بار آن؛ پ: اقدامات مرتکب پس از ارتکاب جرم؛ ت: سوابق و وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی مرتکب و تأثیر تعزیر بر وی»

۳. مطابق ماده ۲۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «دادگاه می‌تواند فردی را که به حد، قصاص یا مجازات تعزیری از درجه شش تا درجه یک محکوم کرده است با رعایت شرایط مقرر در این قانون، متناسب با جرم ارتكابی و خصوصیات وی به یک یا چند مجازات از مجازات‌های تکمیلی زیر محکوم نماید.»

۴. مطابق ماده ۸۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «دادگاه می‌تواند ضمن حکم به مجازات جایگزین حبس، با توجه به جرم ارتكابی و وضعیت محکوم، وی را به یک یا چند مورد از مجازات‌های تبعی و یا تکمیلی نیز محکوم نماید. در این صورت مدت مجازات مذکور نباید بیش از دو سال شود.»

از آنجا که این دو نوع مجازات ستون اصلی پاسخ‌های کیفری جرایم محسوب می‌شود، لازم است بررسی شود با توجه به ویژگی‌هایی که برای جرایم و مجرمان سایبری بیان شد، مقررات موجود و قواعد تعیین این دو دسته مجازات برای برخورد با مرتکبان جرایم سایبری متعدد مناسب‌اند یا باید قواعدی افتراقی برای این دسته از جرایم و مجرمان اتخاذ شود.

۲-۱. مجازات‌های اصلی جرایم سایبری متعدد

همان‌طور که بیان شد، تعدد جرایم یا مادی است و یا معنوی. البته قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی، در مورد جرایمی که موجب نتایج متعدد می‌شود، حکم خاصی در نظر گرفته است که در این بخش قواعد و مقررات ناظر بر تعیین مجازات‌های اصلی هریک از این حالات به طور مجزا مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۲-۱-۱. تعدد معنوی جرایم سایبری

در تعدد معنوی میان جرایم سایبری یا میان جرایم سایبری و سنتی، چنانچه این جرایم تعزیری باشند، مطابق مقررات ماده ۱۳۱ قانون مجازات اسلامی، مرتکب به مجازات اشد محکوم می‌شود. مانند آنکه شخصی با استفاده از داده مجعول دیگری را فریب دهد و با او ازدواج کند. در این صورت از میان مجازات دو جرم موضوع مواد ۶۴۷ (حبس از شش ماه تا دو سال) و ۷۳۵ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (حبس از یک تا پنج سال یا جزای نقدی از ۲۰ میلیون تا ۱۰۰ میلیون ریال یا هر دو مجازات) مرتکب به مجازات جرم دوم محکوم خواهد شد. همچنین اگر شخصی فیلم خصوصی دیگری را که بنا به دلایلی طبقه‌بندی و سری محسوب شده است، در دسترس اشخاص دیگر قرار دهد و از این طریق موجب هتک حیثیت او شود، از میان مجازات دو جرم جاسوسی رایانه‌ای موضوع ماده ۷۳۱ (حبس از ۲ تا ۱۰ سال) و هتک حیثیت رایانه‌ای موضوع ماده ۷۴۵ (حبس از ۹۱ روز تا دو سال یا جزای نقدی از ۵ میلیون تا ۴۰ میلیون یا هر دو مجازات) به مجازات جرم نخست محکوم خواهد شد. در این موارد چون به واقع شخص مرتکب جرایم متعددی نشده است بلکه رفتار او مشمول عناوین مختلفی قرار گرفته است، همین که مجازات جرمی بر مرتکب تحمیل شود که شدیدتر است کفایت می‌کند.

۲-۱-۲. تعدد مادی یا واقعی جرایم سایبری

در جایی که شخصی مرتکب رفتارهای مختلفی شده است که هر کدام جرم تعزیری محسوب می‌شود، موضوع مشمول ماده ۱۳۴ قرار خواهد گرفت. برخلاف قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ که در خصوص تعدد مادی میان جرایم مشابه و

غیرمشابه تمایزی برقرار کرده بود و در مورد نخست، تعدد را موجب تشدید^۱ و در مورد دوم تعدد را موجب جمع مجازات‌ها می‌دانست، در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با بازگشت به مقررات قانون ۱۳۵۲، این تمایز حذف و تعداد جرایم ملاک نحوه تعیین مجازات‌ها^۲ در نظر گرفته شده است.^۳ بدین نحو که در جرایم تعزیری درجه ۷ و ۸ و در اجتماع این جرایم با جرایم تعزیری درجه ۱ تا ۶ جمع مجازات‌ها صورت می‌گیرد و در تعدد جرایم تعزیری ۱ تا ۶ چنانچه تعداد جرایم ۲ یا ۳ مورد باشد، چنانچه مجازات دارای حداقل و حداکثر باشد، تشدید به نحو اجرای حداکثر مجازات یا مجازات‌های شدیدترین جرم ارتكابی و چنانچه مجازات فاقد حداقل و حداکثر باشد، تشدید به نحو اجرای مجازات ثابت به علاوه مجازاتی تا یک چهارم آن مجازات صورت می‌پذیرد و چنانچه تعداد جرایم ۴ مورد یا بیشتر باشد، در مجازات‌هایی که دارای حداقل و حداکثر است تشدید مجازات به نحو اجرای حداکثر مجازات یا مجازات‌های شدیدترین جرم به علاوه مجازاتی تا نصف حداکثر مجازات قانونی و چنانچه مجازات فاقد حداقل و حداکثر باشد، تشدید به نحو اجرای مجازات ثابت به علاوه مجازاتی تا یک دوم آن مجازات صورت می‌پذیرد.

در قانون جرایم رایانه‌ای موارد معدودی وجود دارد که مجازات جرمی از درجه ۷ یا ۸ باشد. برای مثال اگر شخصی مرتکب سرقت رایانه‌ای شود بدون آنکه موجب حذف داده شود، به جزای نقدی از یک میلیون تا ۲۰ میلیون ریال محکوم خواهد شد. چنین شخصی اگر چند بار مرتکب این جرم شده باشد، برای هر مرتبه به این مجازات محکوم و جمع مجازات‌ها در خصوص او اعمال خواهد شد.^۴ همچنین اگر چنین شخصی برای ارتکاب جرم سرقت، مرتکب دسترسی غیرمجاز شده باشد، علاوه بر مجازات مذکور به مجازات مقرر برای جرم اخیر نیز (جزای نقدی از ۵ میلیون تا ۲۰ میلیون ریال یا حبس

۱. لازم به ذکر است با توجه به اینکه در ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ میزان تشدید معین نشده بود، رأی وحدت رویه شماره ۶۰۸ مورخ ۱۳۷۵/۶/۲۷ امکان تعیین مجازات بیش از حداکثر مجازات قانونی را ممنوع دانست و عملاً مفهوم تشدید را به نفع اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها به تعیین حداکثر مجازات تغییر داد. برای مطالعه بیشتر در این خصوص، ر.ک.: پورباقرانی، حسن، «تعدد و تکرار در حقوق کیفری ایران»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، ویژه‌نامه بهار ۱۳۸۴، ص. ۳۶.

۲. عباسی، اصغر، «نقدی بر مقررات تعدد جرم در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»، فصلنامه تعالی حقوق، دوره جدید، شماره ۷، تابستان ۱۳۹۳، ص. ۱۶۲.

۳. البته در آرای برخی از محاکم اعتقاد بر آن است که قواعد تعدد جرم که در ماده ۱۳۴ ذکر شده است تنها در خصوص جرایم غیرمشابه اعمال می‌شود و جرایم مشابه از شمول مقررات این ماده مستثنا هستند.

۴. در حالی که مطابق قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ در خصوص این شخص تنها یک مجازات اعمال و مشمول تشدید می‌شد و چون میزان تشدید مشخص نشده بود، نهایتاً به حداکثر مجازات یعنی ۲۰ میلیون ریال جزای نقدی محکوم می‌شد.

از ۹۱ روز تا یک سال یا هر دو مجازات) محکوم شده و هر دو مجازات در مورد او اعمال خواهد شد.

اما در مورد غالب جرایم رایانه‌ای که مجازات‌هایی از درجه ۶ به بالا دارند، مطابق قاعده پیش‌گفته عمل می‌شود. برای مثال، اگر شخصی مرتکب دو جرم جعل رایانه‌ای و دو جرم کلاهبرداری رایانه‌ای شود، از آنجا که مجازات این دو جرم دارای حداقل و حداکثر است برای هر چهار جرم او حداکثر مجازات تا حداکثر مجازات به علاوه نصف تعیین می‌شود. یعنی برای دو جرم نخست به ۱۰ میلیون تا ۱۵ میلیون ریال جزای نقدی یا دو تا سه سال حبس یا هر دو مجازات و برای دو جرم اخیر به جزای نقدی از ۱۰۰ میلیون تا ۱۵۰ میلیون ریال یا حبس از ۵ تا ۷.۵ سال یا هر دو مجازات محکوم و مجازات اخیر در مورد او اعمال خواهد شد.

این گونه تشدید مجازات‌ها شاید در مورد جرایمی که مرتکبان آنها کمتر مرتکب جرایم متعدد می‌شود، موجب بازدارندگی از جرایم متعدد شود، اما در مورد مرتکبان جرایم سایبری چنین تشدید نمی‌تواند بازدارندگی کافی را ایجاد کند. توضیح آنکه در خصوص مجرمان سایبری وضعیت غالباً به نحوی دیگر است و ارتکاب جرایم متعدد از سوی آنها بیشتر از جرایم سنتی است. به عبارت دیگر، ارتکاب جرم از سوی آنها به کرات صورت می‌پذیرد، مانند آنکه کسانی که مرتکب نفوذ در سامانه‌ها می‌شوند، تنها یک سامانه را آماج جرم خود قرار نمی‌دهند، بلکه این رفتار مجرمانه را در ارتباط با سامانه‌های متعدد انجام می‌دهند. همچنین همان‌طور که در بخش نخست مقاله نیز بیان شد جرایم سایبری معمولاً با جرایم سایبری دیگر همراه هستند. به دیگر سخن، معمولاً مرتکب جرم دسترسی غیرمجاز، مرتکب جرایم دیگری چون جعل و تخریب رایانه‌ای و سرقت و کلاهبرداری رایانه‌ای هم می‌شود.

همچنین با توجه به سهولت ارتکاب جرم سایبری، احتمال اینکه اشخاص بسیار زیادی بزه‌دیده یک رفتار مجرمانه شوند، بالا است و در جرایمی که از طریق روش‌هایی چون فیشینگ واقع می‌شود، بزه‌دیدگان فراوانی درگیر جرم می‌شوند و موضوع ممکن است مشمول مقررات صدر ماده ۱۳۴ قرار گیرد.

از آنجا که معمولاً مجرمان سایبری از هوش و استعداد بالاتری نسبت به سایر مجرمان برخوردارند و آگاهی آنها نیز از قوانین و مقررات بیشتر است، به نظر می‌رسد محدودیت‌هایی که در میزان تشدید مجازات‌ها برای این دسته از بزه‌کاران در نظر گرفته شده است، کافی نیست. توضیح آنکه همان‌طور که در مثال بیان شد، چه تعداد جرایم ارتكابی سایبری چهار مورد باشد و چه صدها مورد، به لحاظ کیفی تفاوتی در میزان مجازات مرتکبان جرایم ندارد. از این رو بزه‌کاری که چهار جرم سایبری را

مرتکب شده است، می‌داند از این پس هر چقدر مرتکب جرم دیگر شود، تأثیری در میزان مجازات او ندارد.

البته با وضع قانون مجازات اسلامی جدید و پیش‌بینی جرمی به نام افساد فی‌الارض، این امکان برای قضات به وجود آمده است که با استناد به مقررات این ماده، مجازات اعدام را برای برخی از مرتکبان این جرایم اجرا کنند. اما علاوه بر نقد جدی که بر مقررات این ماده وجود دارد، باید توجه داشت در بسیاری از موارد نه شرایط اعمال مقررات این ماده وجود دارد و نه ضرورتی به تشدید مجازات مرتکبان جرایم سایبری متعدد به این اندازه وجود دارد.

البته باید توجه داشت هر چند اعمال نظامی چون جمع مجازات‌ها به نتایج بسیار سهمگینی می‌انجامد که ممکن است در عمل قابل اجرا نباشد،^۱ لکن باید توجه داشت با محدودیتی که در نظام ایجاد شده در ماده ۱۳۴ وجود دارد، نمی‌توان برای مرتکبان جرایم رایانه‌ای که معمولاً در ارتکاب جرم حساب سود و زیان ارتکاب جرم را می‌کنند، بازدارندگی مناسبی را ایجاد کرد. از این رو، باید راهکاری مدنظر قرار گیرد که بتواند انگیزه‌ای برای خودداری از ارتکاب جرایم دیگر برای بزهکاران سایبری ایجاد کند. از این رو، شاید وضع ضمانت‌اجراهایی چون تحمیل محرومیت از خدمات عمومی الکترونیک که در ادامه مقاله مورد توجه قرار خواهد گرفت برای این دسته از مجرمان مؤثرتر واقع شود.

۲-۱-۳. جرایم سایبری منجر به نتایج مجرمانه متعدد

با اینکه وقوع نتایج مجرمانه متعدد از رفتار واحد، همانند تعدد معنوی به واقع از مصادیق تعدد جرم نیست، اما قانون‌گذار نظام مشابهی با نظام تعدد مادی برای تعیین مجازات در این‌گونه موارد پیش‌بینی کرده است.^۲ به عبارت دیگر، مطابق تبصره ۱ ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی، چنانچه از رفتار مجرمانه واحد نتایج مجرمانه متعددی حاصل شود، مجازات‌ها به نحوی که در ماده ۱۳۴ بیان شده است، تعیین خواهد شد. برای مثال، چنانچه شخصی با انتشار صوت یا تصویر خصوصی دیگران موجب هتک حیثیت اشخاص مختلفی شود، با توجه به تعداد اشخاصی که از آنها هتک حیثیت شده

۱. جعفری، مجتبی، «تعدد جرم و آثار آن در قانون جدید مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)»، مجله پژوهش حقوق کیفری، دوره ۲، شماره ۵، زمستان ۱۳۹۲، ص. ۱۸۹.

۲. برای مطالعه بیشتر راجع به تمایز این دو مورد، رک: فروغی، فضل‌الله؛ جودکی، بهزاد، «تعدد نتیجه در جرایم تعزیری بر اساس قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۰، تابستان ۱۳۹۴، ص. ۱۰۳؛ بسامی، مسعود؛ وروایی، اکبر، «تعدد نتایج مجرمانه در فقه و حقوق کیفری ایران»، نشریه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۷، شماره ۱۳، پاییز و زمستان ۱۳۹۴، ص. ۳۵؛ قیاسی، جلال‌الدین، «بررسی وحدت یا تعدد جرم در حالت تعدد نتیجه»، نشریه حقوق اسلامی، سال پنجم، شماره ۲۰، بهار ۱۳۸۸، ص. ۱۳۳.

است، مجازات مطابق ماده ۷۴۵ و به نحوی که فوقاً در خصوص تعدد مادی اشاره شد، تعیین می‌شود. یعنی اگر تعداد اشخاص ۲ یا ۳ نفر باشند مرتکب به ۲ سال حبس یا ۴۰ میلیون ریال جزای نقدی یا هر دو مجازات و اگر تعداد اشخاص ۴ نفر یا بیشتر باشند مرتکب به ۲ تا ۳ سال حبس یا جزای نقدی از ۴۰ میلیون تا ۶۰ میلیون ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد.

البته بند هـ ماده ۷۵۴ مقرر داشته است چنانچه جرم در سطح گسترده‌ای ارتکاب یافته باشد، مرتکب به بیش از دو سوم حداکثر یک یا دو مجازات مقرر محکوم خواهد شد. در این خصوص به نظر می‌رسد با وضع تبصره ۱ ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی که به نوعی مربوط به این موضوع می‌شود، این بند نسخ شده است و امکان جمع میان مقررات این بند و تبصره ۱ ماده ۱۳۴ وجود ندارد.

در این موارد هم به نظر می‌رسد با اینکه قانون‌گذار در مقام تشدید مجازات مرتکبان جرایمی است که از جرم واحد آنها نتایج مجرمانه متعددی حاصل شده است، لکن این تشدید ممکن است حداقل در مواردی با نتایج زیان‌بار جرم تناسب کافی را نداشته باشد و وضع محرومیت‌هایی مشابه آنچه در مورد تعدد مادی جرایم بیان شد، به ارتقای بازدارندگی مجازات‌ها کمک کند.

۲-۲. مجازات‌های تکمیلی جرایم سایبری متعدد

مجازات‌های تکمیلی مقرر در قانون مجازات اسلامی را می‌توان اقداماتی تأمینی دانست که قانون‌گذار اعمال آنها را برای پیشگیری از جرایم دیگر در خصوص مرتکبان پیش‌بینی کرده است. البته با توجه به تحولاتی که قانون مجازات اسلامی در خصوص اقدامات تأمینی و تربیتی ایجاد کرده است، این عنوان تنها در خصوص مجرمان غیرمسئول به کار می‌رود و اقدامات تأمینی‌ای که سابقاً در خصوص مجرمان مسئول اتخاذ می‌شد، در حال حاضر یا در قالب مجازات اصلی و یا مجازات تکمیلی تعیین می‌شوند.

قانون‌گذار در خصوص جرایم سایبری واحد، مجازات تکمیلی خاصی پیش‌بینی نکرده است. اما در قانون جرایم رایانه‌ای مجازات‌های تکمیلی خاصی برای مرتکبان تکرار جرم سایبری مقرر شده است. این مجازات‌ها شامل محرومیت از خدمات الکترونیکی عمومی است.^۱ این نوع مجازات‌ها از این جهت که مشمول هیچ‌یک از بندهای ماده ۲۳

۱. ماده ۷۵۵: در صورت تکرار جرم برای بیش از دو بار دادگاه می‌تواند مرتکب را از خدمات الکترونیکی عمومی از قبیل اشتراک اینترنت، تلفن همراه، اخذ نام دامنه مرتبه بالای کشوری و بانکداری الکترونیکی محروم کند: الف) چنانچه مجازات حبس آن جرم نودویک روز تا دو سال حبس باشد، محرومیت از یک ماه تا یک سال. ب) چنانچه مجازات حبس آن جرم دو تا پنج سال حبس باشد، محرومیت از یک تا سه سال.

نمی‌شوند، در خصوص مرتکبان جرایم سایبری واحد نمی‌شود. وضع این محرومیت‌ها نشان از این دارد که قانون‌گذار به حالت خطرناک مرتکبان تکرار جرم سایبری توجه داشته است. این در حالی است که در جرایم سایبری متعدد نیز که ممکن است مرتکب با ارتکاب جرایم متعدد یا با ایجاد نتایج مجرمانه متعدد خطرناکی خود را نشان داده باشد، تحمیل محرومیت از خدمات عمومی الکترونیک مجاز نیست با اینکه لازم است در چنین مواردی با وضع محدودیت‌هایی ابزار ارتکاب جرم را از دست این اشخاص دور نگاه داشت. مجازات‌هایی چون محرومیت از اشتراک اینترنت، تلفن همراه، اخذ دامنه مرتبه بالای کشوری و بانکداری الکترونیکی که در مورد مرتکبان تکرار از جرم پیش‌بینی شده است، می‌توانند اقدامات مناسبی برای جلوگیری از ارتکاب جرایم دیگر از سوی مرتکبان جرایم سایبری متعدد تلقی شوند. همچنین محرومیت‌های دیگری چون مسدودسازی وبگاه یا کانال‌های شبکه‌های مجازی متعلق به مرتکب، سلب نام‌های دامنه‌ای که مرتکب از آنها برای ارتکاب جرم استفاده کرده است و محروم کردن او از راه‌اندازی وبگاه یا کانال جدید، می‌توانند تأثیر به‌سزایی در ایجاد بازدارندگی و همچنین ناتوان‌سازی مرتکب از ارتکاب مجدد جرم داشته باشد.

البته باید توجه داشت از آنجا که برخی از این محرومیت‌ها می‌تواند بسیار شدید تلقی شده و با توجه به اینکه امروزه بخش عمده‌ای از خدمات عمومی از طریق یا به کمک فضای مجازی ارائه می‌شود، چنین محرومیت‌هایی ممکن است زندگی عادی مجرم را با محدودیت‌های زیادی روبرو سازد. از این جهت همان‌طور که در مقررات تکرار جرایم سایبری پیش‌بینی شده است، اعمال این محدودیت‌ها باید موقت و به صلاح‌دید قاضی صادرکننده حکم باشد. برای مثال، این امکان وجود دارد که محرومیت از اشتراک اینترنت به صورت خاص و محدود به اشتراک خانگی یا از طریق وسایل ارتباطی همراه مانند تلفن همراه یا وایمکس باشد.

افزون بر این محرومیت‌ها، شاید الزام به انجام خدمات عمومی رایانه‌ای مانند خدمت به نهادهای عمومی جهت شناسایی نقاط ضعف امنیتی سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی مناسب باشد. البته در این خصوص با توجه به اینکه بند د ماده ۲۳ الزام به خدمات عمومی را به عنوان یکی از مجازات‌های تکمیلی مقرر کرده است، نقض قانونی وجود ندارد و لازم است قضات در هنگام تعیین مجازات‌ها به این بند و آیین‌نامه اجرایی آن^۱ توجه کافی داشته باشند. همچنین شاید مناسب باشد، امکان تخفیف مجازات اصلی

← (ج) چنانچه مجازات حبس آن جرم بیش از پنج سال حبس باشد، محرومیت از سه تا پنج سال.

۱. لازم به ذکر است که مطابق ماده ۱۶ آیین‌نامه راجع به نحوه اجرای مجازات‌های تکمیلی موضوع ماده ۲۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۳/۱۱/۲۶ رییس قوه قضاییه که مقرر می‌دارد: «نحوه اجرای حکم دادگاه مبنی بر الزام



با توجه به میزان پایبندی محکوم به انجام این خدمات را به عنوان عاملی تشویقی برای ایجاد انگیزه در محکومان مورد توجه قرار داد.

محکوم به خدمات عمومی بر اساس آیین‌نامه اجرایی ماده ۷۹ قانون مجازات اسلامی است» این امکان وجود دارد که قضات در الزام محکوم به انجام خدمات عمومی از خدماتی چون خدمات مربوط به امور آموزشی و فنی و حرفه‌ای (موضوع بندهای الف و پ آیین‌نامه اجرایی ماده ۷۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۳/۶/۱۵ هیأت وزیران استفاده کنند.

نتیجه‌گیری

ویژگی‌های فضای سایبر و امکان ارتکاب آسان جرایم سایبری متعدد از یک‌سو و ویژگی‌های مجرمان سایبری از سوی دیگر اقتضا می‌کند، پاسخ‌های کیفری خاصی در مورد این مجرمان اتخاذ شود. با توجه به مقررات فعلی تعیین مجازات در خصوص تعدد معنوی، تعدد مادی و جرایم موجب نتایج متعدد، لازم است در دو مورد اخیر، علاوه بر تشدید مجازات، محرومیت‌های متناسبی با جرایم سایبری بر مرتکبان این جرایم تحمیل شود. تحمیل این محرومیت‌ها چه به عنوان مجازات اصلی و چه به عنوان مجازات تکمیلی باعث می‌شود از یک سو مرتکبان، خود را در ارتکاب جرایم سایبری متعدد مطلق‌العنان ندانند و این پیام به آنها داده شود که هر چند مجازات‌هایی چون حبس و جزای نقدی در صورت ارتکاب جرایم بیشتر، از حد خاصی شدیدتر نمی‌شود، اما این امکان وجود دارد که قاضی با در نظر گرفتن تعداد جرایم یا نتایج مجرمانه محرومیت‌هایی بر او وضع کند که اثر شدیدی بر زندگی روزمره او خواهد گذاشت و از سوی دیگر باعث شود، مرتکبان جرایم سایبری متعدد خلع سلاح شده و ابزار ارتکاب جرایم احتمالی بعدی از دست آنها خارج می‌شود. لذا تعیین محرومیت از حقوق خدمات عمومی الکترونیک چون محرومیت از اشتراک اینترنت، تلفن همراه، اخذ دامنه مرتبه بالای کشوری و بانکداری الکترونیکی که در مورد مرتکبان تکرار از جرم پیش‌بینی شده است و همچنین محرومیت‌های دیگری چون مسدودسازی وبگاه یا کانال‌های شبکه‌های مجازی متعلق به مرتکب، سلب نام‌های دامنه‌ای که مرتکب از آنها برای ارتکاب جرم استفاده کرده است و محروم کردن او از راه‌اندازی وبگاه یا کانال جدید، می‌توانند تأثیر به‌سزایی در ایجاد بازدارندگی و جلوگیری از ارتکاب جرایم دیگر از سوی مرتکبان جرایم سایبری متعدد تلقی شوند.

منابع

- بسامی، مسعود؛ وروایی، اکبر، «تعدد نتایج مجرمانه در فقه و حقوق کیفری ایران»، نشریه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۷، شماره ۱۳، پاییز و زمستان ۱۳۹۴.
- پوربافرانی، حسن، «تعدد و تکرار در حقوق کیفری ایران»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، ویژه‌نامه بهار ۱۳۸۴.
- جعفری، مجتبی، «تعدد جرم و آثار آن در قانون جدید مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)»، مجله پژوهش حقوق کیفری، دوره ۲، شماره ۵، زمستان ۱۳۹۲.
- جوان جعفری، عبدالرضا، «جرایم سایبر و رویکرد افتراقی حقوق کیفری (با نگاهی به قانون مجازات اسلامی بخش جرایم رایانه‌ای)»، مجله دانش و توسعه، شماره ۳۴، اسفند ۱۳۸۹.
- زیبر، اولریش، جرایم رایانه‌ای، ترجمه محمدعلی نوری و دیگران، چاپ دوم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۰.
- صادقی، حسین؛ و دیگران، اقتصاد جرم، تهران، نور علم، ۱۳۸۹.
- عباسی، اصغر، «نقدی بر مقررات تعدد جرم در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»، فصلنامه تعالی حقوق، دوره جدید، شماره ۷، تابستان ۱۳۹۳.
- فروغی، فضل‌الله؛ جودکی، بهزاد، «تعدد نتیجه در جرایم تعزیری بر اساس قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۰، تابستان ۱۳۹۴.
- قیاسی، جلال‌الدین، «بررسی وحدت یا تعدد جرم در حالت تعدد نتیجه»، نشریه حقوق اسلامی، سال پنجم، شماره ۲۰، بهار ۱۳۸۸.
- محمدکوره‌پز، حسین؛ و دیگران، «نیم‌رخ جرم‌شناختی بزهکاران سایبری»، پژوهش حقوق کیفری، سال سوم، شماره نهم، زمستان ۱۳۹۳.
- مهرا، نسرین، «کیفر و چگونگی تعیین آن در فرایند کیفری انگلستان (با تأکید بر کارکرد کیفرها)»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۵، بهار و تابستان ۱۳۸۶.
- وینتر، هارولد، اقتصاد جرم، ترجمه حمید بهره‌مند و زهرا ساکیانی، تهران، انتشارات دادگستر، ۱۳۹۴.
- Akhgar, Babak; Yates, Simeon, Intelligence Management, London, Springer, 2011.
- Scheb, John M; Scheb, John M, Criminal Law and Procedure, Belmont, CA, Wadsworth Cengage Learning, 2011.
- Williams, Matthew, Virtually Criminal, London, Routledge, 2007.
- Wiles, Jack; Reyes, Anthony, The Best Damn Cybercrime and Digital Forensics Book Period, Rockland, Mass, Syngress, 2007.

مسئولیت کیفری مؤسسه‌های اعتباری در حقوق ایران

محمدجعفر حبیب‌زاده*

محمود صابر**

حسین سمیعی زنوز***

چکیده

متعاقب شناسایی مسئولیت کیفری به صورت عام برای اشخاص حقوقی در قانون مجازات مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مؤسسات اعتباری نیز به عنوان اشخاص حقوقی، تحت شرایط مقرر قانونی، واجد مسئولیت کیفری خواهند بود؛ لیکن جایگاه بی‌بدیل مؤسسات اعتباری در تعالی یا اضمحلال اقتصاد یک کشور، اقتضای قانون‌گذاری ویژه و متمایز از سایر اشخاص حقوقی در حوزه مسئولیت کیفری مؤسسات مذکور را دارد. پذیرش مسئولیت کیفری برای مؤسسات اعتباری به عنوان اشخاص حقوقی، همراه با این پرسش اساسی است که شرایط تحقق مسئولیت کیفری و معیار انتساب این مسئولیت به مؤسسات اعتباری به عنوان اشخاص حقوقی چیست. ضابطه نمایندگی به عنوان معیار انتساب مسئولیت کیفری به مؤسسات اعتباری به عنوان اشخاص حقوقی، در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مورد پذیرش قرار گرفته است. لیکن با عنایت به نقایص این نظریه از جمله دشواری شناسایی اشخاص حقیقی مقصر و پیچیدگی ساختار مؤسسات اعتباری، پذیرش نظریه مسئولیت سازمانی با فلسفه شناسایی مسئولیت کیفری برای مؤسسات اعتباری به عنوان اشخاص حقوقی و همچنین عدالت و انصاف قضایی سازگارتر است. در عین حال، تحمیل مسئولیت کیفری بر مؤسسات اعتباری مستلزم تحقق شرایطی است، از جمله آنکه «نماینده قانونی» مؤسسه اعتباری، «به نام» یا «در راستای منافع» مؤسسه اعتباری مرتکب جرم شود.

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس (نویسنده مسئول) Habibzam@modares.ac.ir

** عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس M.saber@modares.ac.ir

*** دانش‌آموخته دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه تربیت مدرس و بازپرس دادسرای رسیدگی به جرایم پولی و بانکی تهران

H.samie1987@gmail.com

تاریخ دریافت: ۹۴/۱۰/۲۸ تاریخ پذیرش: ۹۵/۰۲/۲۲

مفهوم نماینده قانونی مؤسسه اعتباری، زمان پیدایش شخصیت حقوقی مؤسسات اعتباری دولتی و غیردولتی و شرایط تحمیل مسئولیت کیفری بر این مؤسسات، همگی دارای ابهاماتی است که تحلیل نقادانه آنها مورد اهتمام این نوشتار است.

کلیدواژه‌ها: مؤسسه اعتباری، مسئولیت کیفری، شخصیت حقوقی، اعمال تصدی، عملیات بانکی.

دستیابی به رشد بلندمدت و مستمر اقتصادی نیازمند تجهیز و تخصیص منابع پولی در سطح اقتصاد ملی است و این مهم بدون کمک بازارهای مالی امکان پذیر نیست. بازار مالی، بازار رسمی و سازمان یافته‌ای است که در آن عملیات انتقال وجوه از افراد و واحدهایی که با مازاد منابع مالی مواجه هستند، به افراد و واحدهای متقاضی منابع صورت می‌پذیرد. تأثیر مثبت و انکارناپذیر بازار مالی بر رونق تولید و رشد بخش خصوصی اقتصاد بر کسی پوشیده نیست.^۱ بازارهای مالی کشور دربرگیرنده بازار پول، بازار سرمایه و بازار بیمه هستند. بازار پول، بازار مطالبات کوتاه مدت است و برای تأمین مالی عملیات تولیدی و تجاری پیش‌بینی نشده به کار می‌رود.^۲ «مؤسسه‌های اعتباری»،^۳ مهم‌ترین کنش‌گران فعال در بازار پول هستند.

در نظام اقتصادی ایران، به دلیل عدم کارایی مطلوب بازار سرمایه، نظام مالی کشور به شدت بانک‌محور بوده و تأسیس کارخانه‌ها و رونق تولید در کشور تا حدود زیادی وابسته به تسهیلات بانکی است؛ لیکن بانک‌ها و مؤسسه‌های اعتباری به همان میزان که نقشی تأثیرگذار و سازنده در اقتصاد یک کشور دارند، در صورت عدم نظارت و انحراف از مسیر صحیح، زمینه‌ساز اضمحلال نظام اقتصادی و حتی براندازی نظام سیاسی در یک کشور خواهند بود. به دلیل نقش حیاتی مؤسسه‌های اعتباری و به طور خاص بانک‌ها در اقتصاد یک کشور، قانون‌گذار برخی الزامات و محدودیت‌ها را خارج از مقررات حقوق تجارت، بر مؤسسه‌های اعتباری به عنوان شرکت‌های تجاری، تحمیل کرده است. در حالی که اعمال چنین محدودیت‌هایی در خصوص سایر شرکت‌های تجاری بی‌سابقه است. به عنوان مثال در حالی که شرکت‌های تجاری در هر یک از قالب‌های هفت‌گانه ماده ۲۰ قانون تجارت امکان ثبت و فعالیت دارند، مؤسسه اعتباری غیردولتی به عنوان یک شرکت تجاری، به موجب ماده ۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، تنها در قالب

۱. رشیدی، مهدی، بانکداری بین‌المللی (۱)، چاپ نهم، مؤسسه آموزش عالی بانکداری ایران، ۱۳۹۱، ص. ۱۱۵.

۲. سلطانی، محمد، حقوق بانکی، چاپ اول، انتشارات میزان، ۱۳۹۰، ص. ۱۷.

۳. با عنایت به اشتغال مؤسسات اعتباری به عملیات بانکی و نظر به تعریف عملیات بانکی در ماده ۱ قانون تنظیم بازار غیرمتشکل پولی مصوب ۱۳۸۳، «مؤسسات اعتباری» را باید ناظر به کلیه نهادهایی دانست که به موجب قانون یا با مجوز بانک مرکزی به واسطه‌گری میان عرضه‌کنندگان و متقاضیان وجوه و اعتبار و یا ارائه خدمات بانکی مشغول هستند. بنابراین بانک‌ها، مؤسسات مالی و اعتباری، شرکت‌های تعاونی اعتبار و صندوق‌های قرض‌الحسنه، همگی داخل در مفهوم مؤسسه اعتباری بوده و مسئولیت‌گیری آنها در این نوشتار مورد تبیین و تحلیل قرار می‌گیرد.

شرکت سهامی عام و شرکت تعاونی سهام عام، امکان ثبت، تأسیس و فعالیت دارد. در حالی که محدودیتی برای میزان مالکیت سهام شرکت‌های سهامی توسط یک شخص وجود ندارد، لیکن مقرره اخیرالذکر، سقف مجاز تملک سهام بانک‌ها یا مؤسسه‌های اعتباری غیردولتی را برای هر شرکت سهامی عام یا هر مؤسسه و نهاد عمومی غیردولتی، ۱۰٪ و برای اشخاص حقیقی و سایر اشخاص حقوقی، ۵٪ تعیین کرده است و معامله بیش از سقف‌های مجاز مذکور را باطل و بلااثر اعلام نموده است. در واقع نقش حساس مؤسسه‌های اعتباری در عرصه اقتصاد کشور، اقتضای قانون‌گذاری ویژه و منحصر به فرد در خصوص مؤسسه‌های اعتباری متمایز از سایر اشخاص حقوقی را دارد. بر خلاف سایر اشخاص حقوقی، ارتکاب جرایم از سوی مؤسسه‌های اعتباری، بیش از آنکه ناشی از قصور فردی باشد، ناشی از قصور سیستمی و معلول فرهنگ سازمانی معیوب و مجرمانه حاکم بر مؤسسه اعتباری است. در فرضی که یک مؤسسه اعتباری با هزاران شعبه در سطح کشور، مرتکب بزه رباخواری می‌گردد، چگونه می‌توان شخص یا اشخاص حقیقی مقصر و مجرم را شناسایی کرد؟ آیا جز این است که ارتکاب جرایم از سوی مؤسسه اعتباری، بیش از آنکه معلول قصور اشخاص حقیقی تشکیل‌دهنده آن باشد، محصول، قصور سیستمی و فرهنگ سازمانی مجرمانه حاکم بر مؤسسه اعتباری است؟ در همین راستا، نگارنده درصدد تبیین مسئولیت کیفری مؤسسه‌های اعتباری، متمایز از سایر اشخاص حقوقی برآمده است.

غیرمجاز بودن فعالیت بخش عمده‌ای از مؤسسه‌های اعتباری در کشور و جرم‌انگاری اشتغال غیرمجاز به عملیات بانکی در قوانین داخلی، حجم عظیم نقدینگی موجود در مؤسسه‌های اعتباری و فراهم بودن بستر ارتکاب جرایم مالی با مقیاس کلان، لزوم مذاقه بیشتر دولت و سهام‌داران مؤسسه‌های اعتباری در انتخاب مدیران و پیچیدگی ساختار بانک‌ها و عدم امکان شناسایی اشخاص حقیقی مقصر و همچنین فرهنگ سازمانی جرم‌زای حاکم بر مؤسسه‌های اعتباری، ضرورت پذیرش مسئولیت کیفری مؤسسه‌های اعتباری و تحمیل مجازات بر آنها را بیش از گذشته در کانون توجه قرار داده است.

طبع فردگرایانه قوانین کیفری، مانع از آن بود که قانون‌گذار ایرانی به صراحت مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را به صورت کلی قبل از سال ۱۳۹۲ پیش بینی نماید. هرچند در قوانین قبل و پس از انقلاب، مواردی از مجازات اشخاص حقوقی به چشم می‌خورد که تداعی‌گر پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی توسط

قانون‌گذار بود.^۱ با این حال، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، به صورت کلی، برای نخستین بار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به رسمیت شناخته شد. طبیعی است که امکان تحمیل مسئولیت کیفری بر مؤسسه‌های اعتباری نیز به عنوان اشخاص حقوقی وجود دارد. در جرایمی نظیر تأسیس غیرمجاز بانک یا مؤسسه اعتباری و استفاده غیرمجاز از نام بانک توسط مؤسسه‌های اعتباری،^۲ اشتغال غیرمجاز به عملیات بانکی،^۳ پولشویی،^۴ رباخواری^۵ و اخلاف در نظام اقتصادی کشور،^۶ مسئولیت کیفری بانک‌ها و مؤسسه‌های اعتباری بیش از دیگر جرایم متجلی است. نوشتار حاضر درصدد آن است که ضمن شناسایی مبانی مسئولیت کیفری مؤسسه‌های اعتباری، مصادیق مسئولیت آنها در نظام عدالت کیفری ایران را تبیین نماید.

۱. مبانی شناسایی مسئولیت کیفری مؤسسه‌های اعتباری

مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی برای نخستین بار به صورت عام در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به رسمیت شناخته شد. ماده ۱۴۳ قانون مذکور اشعار می‌دارد: «در مسئولیت کیفری اصل بر مسئولیت شخص حقیقی است و شخص حقوقی در صورتی دارای مسئولیت کیفری است که نماینده قانونی شخص حقوقی، به نام یا در راستای منافع آن مرتکب جرمی شود. مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، مانع مسئولیت اشخاص حقیقی مرتکب جرم نیست.»

نقش حیاتی و حساس مؤسسه‌های اعتباری در رونق تولید در کشور و تعالی اقتصاد یک کشور، از طریق تأمین مالی واحدهای تولیدی، موجب تمایز آنها از سایر نهادهای اقتصادی شده است. در عین حال، به همان میزان که مؤسسه‌های اعتباری، نقشی سازنده در رونق تولید و تعالی اقتصاد یک کشور دارند، عدم نظارت بر مؤسسه‌های اعتباری و شیوع فساد اقتصادی در مؤسسه‌های اعتباری، با عنایت به گستره وسیع سپرده‌گذاران یک

۱. ماده ۴ قانون مربوطه به مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی مصوب ۱۳۳۴، ماده ۱۲ قانون تعزیرات حکومتی مصوب ۱۳۶۷ و ماده ۶ قانون الزام شرکت‌ها و مؤسسات ترابری جاده‌ای به استفاده از صورت وضعیت مسافری و بارنامه مصوب ۱۳۶۸، مهم‌ترین قوانینی هستند که به صورت غیرمستقیم و موردی، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را مورد پذیرش قرار داده‌اند.
۲. موضوع بند ب ماده ۴۲ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱.
۳. موضوع تبصره ۴ ماده ۱ قانون تنظیم بازار غیرمتشکل پولی مصوب ۱۳۸۳.
۴. موضوع ماده ۲ قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۸۶.
۵. موضوع ماده ۵۹۵ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵.
۶. موضوع بندهای «الف» و «ه» ماده ۱ قانون مجازات اخلاف‌گران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۶۹.

مؤسسه اعتباری از آحاد مختلف جامعه و حجم وسیع نقدینگی موجود در مؤسسه‌های اعتباری، موجب اضمحلال نظام اقتصادی یک کشور خواهد شد. بنابراین واکنش کیفری و قهرآمیز دستگاه عدالت کیفری به عملیات مجرمانه مؤسسه‌های اعتباری از مجرای شناسایی مسئولیت کیفری برای آنها به عنوان اشخاص حقوقی، به منظور پیشگیری از بروز پیامدهای ناگوار فوق و تحمیل هزینه‌های گزاف به جامعه، امری ضروری و اجتناب‌ناپذیر است.

دشواری احراز عنصر روانی جرم در مؤسسه‌های اعتباری، عدم امکان اعمال اغلب مجازات‌های معمول علیه مؤسسه‌های اعتباری و نقض اصل شخصی بودن مجازات‌ها، پذیرش مسئولیت کیفری مؤسسه‌های اعتباری را همواره با تردیدهای جدی مواجه نموده است. هرچند با عنایت به محدودیت‌های موجود، مجال کافی برای پاسخ به تردیدها و ایرادات فوق در این نوشتار فراهم نیست، با این حال در خصوص چرایی پذیرش مسئولیت کیفری مؤسسه‌های اعتباری می‌توان دلایلی به شرح ذیل ارائه نمود.

۱-۱. دشواری شناسایی اشخاص حقیقی مقصر

ساختار مؤسسه‌های اعتباری به اندازه‌ای پیچیده است که در برخی موارد، یافتن شخص یا اشخاص حقیقی مقصر بسیار دشوار است. در چنین حالتی علت اصلی ارتکاب جرم را باید در سیاست و خط‌مشی سازمانی خود مؤسسه اعتباری جست‌وجو کرد. به عنوان مثال در فرضی که یک مؤسسه اعتباری با هزاران شعب در سطح کشور، در مقیاس گسترده، مرتکب پولشویی یا رباخواری می‌گردد، با عنایت به تقسیم مسئولیت میان سهام‌داران و شعب متعدد مؤسسه اعتباری در سطح کشور، یافتن مدیران و کارمندان مقصر بسیار دشوار است. در واقع قصور سازمانی و خط‌مشی‌های مجرمانه مؤسسه اعتباری، اقتضای تعقیب کیفری مؤسسه اعتباری به عنوان شخصیتی مستقل از مدیران و اعضای تشکیل‌دهنده آن را دارد. ضمن آنکه مسئولیت کیفری مؤسسه اعتباری به عنوان شخص حقوقی، مانع از تعقیب کیفری مدیران و اعضای تشکیل‌دهنده مؤسسه اعتباری به عنوان اشخاص حقیقی نخواهد بود.

۱-۲. افزایش دقت در انتخاب مدیران و تشدید نظارت بر آنها

پذیرش مسئولیت کیفری برای مؤسسه‌های اعتباری، موجب افزایش حساسیت و دقت سهام‌داران در انتخاب مدیران مؤسسه اعتباری خواهد شد که نهایتاً منتهی به

افزایش نظارت اعضا و سهام‌داران بر تصمیمات و اقدامات مدیران و کاهش جرایم ارتكابی توسط مؤسسه‌های اعتباری می‌گردد. به عنوان مثال اگر سهام‌دار یک مؤسسه اعتباری احتمال دهد که در نتیجه ارتكاب جرم در مؤسسه اعتباری مربوطه، مجازات‌هایی همچون جزای نقدی و مصادره کل اموال در انتظار مؤسسه اعتباری خواهد بود که وی سهام‌دار آن می‌باشد، اتلاف سهام خود و وجوه نقدی را که در مؤسسه اعتباری سرمایه‌گذاری کرده است، محتمل خواهد دید و نهایت دقت و تلاش خود را در انتخاب مدیران شایسته به کار خواهد گرفت و پس از انتخاب مدیران نیز بر تصمیمات و اقدامات آنان نظارت خواهد کرد. چه آنکه اراده مؤسسه اعتباری بازتابی از اراده جمعی مدیران و نهادهای تصمیم‌ساز شرکت است.

۳-۱. آگاه‌سازی اشخاص ثالث

پذیرش مسئولیت کیفری برای مؤسسه‌های اعتباری به اشخاص ثالث یادآوری می‌نماید تا در سپرده‌گذاری در مؤسسه‌های اعتباری که دارای سابقه محکومیت کیفری هستند، احتیاط بیشتری به خرج دهند. بدیهی است درآمدزایی مؤسسه‌های اعتباری و به نوعی ادامه حیات آنها، در گروی اعتماد عمومی مردم به آنها به منظور سپرده‌گذاری است. حال زمانی که این اعتماد در نتیجه اطلاع از سوابق کیفری یک مؤسسه اعتباری به سستی می‌گراید، واکنش مردم، اجتناب از سپرده‌گذاری در چنین مؤسسه اعتباری و انتقال سپرده‌های خود به سایر مؤسسه‌های اعتباری می‌باشد. پیش‌بینی انتشار حکم محکومیت در رسانه‌ها به عنوان یکی از مجازات‌های قابل اعمال بر اشخاص حقوقی از جمله مؤسسه‌های اعتباری در ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در راستای آگاه ساختن عموم مردم از سوابق کیفری مؤسسه‌های اعتباری به منظور تنظیم روابط تجاری و بازرگانی خود با آنها است.

۴-۱. جبران مطلوب ضرر و زیان وارد بر بزه‌دیدگان

در صورت پذیرش مسئولیت کیفری مؤسسه‌های اعتباری و الزام آنها به جبران ضرر و زیان ناشی از جرم، بزه‌دیدگان و مال‌باختگان از بخت بیشتری برای جبران ضرر و زیان وارده بر خود برخوردارند. حالتی را فرض کنیم که یک مؤسسه اعتباری پس از ثبت در اداره ثبت شرکت‌ها و بدون اخذ مجوز فعالیت از بانک مرکزی، از طریق تبلیغات موهوم، اقدام به اخذ وجوه کلان از مردم به صورت قبول سپرده کرده و برخی مدیران آن پس از مدتی، همراه با وجوه مأخوذه متواری می‌شوند. در این صورت با عنایت به کلان بودن وجوه دریافتی و عدم امکان جبران ضرر و زیان وارده به

سپرده‌گذاران به علت فرار، اعسار یا ورشکستگی مؤسسان و مدیران مؤسسه اعتباری مربوطه، بهترین راهکار به منظور جبران ضرر و زیان وارده به سپرده‌گذاران در فرضی که دارایی مؤسسه اعتباری تکافوی پرداخت تمام یا بخشی از ضرر و زیان ناشی از جرم را می‌نماید، پذیرش مسئولیت کیفری برای مؤسسه اعتباری و توقیف اموال متعلق به مؤسسه اعتباری به عنوان یک شخص حقوقی مستقل از مدیران و اعضای تشکیل‌دهنده آن می‌باشد.

۲. انتساب مسئولیت کیفری به مؤسسه‌های اعتباری به عنوان اشخاص حقوقی

در این قسمت، سازوکار انتساب مسئولیت کیفری به مؤسسه‌های اعتباری و شرایط تحمیل مسئولیت کیفری به مؤسسه‌های اعتباری مورد تحلیل و بررسی قرار می‌گیرند.

۲-۱. سازوکار انتساب مسئولیت کیفری به مؤسسه‌های اعتباری

پس از تبیین ضرورت شناسایی مسئولیت کیفری برای مؤسسه‌های اعتباری به عنوان اشخاص حقوقی، گام بعدی، تحلیل چگونگی ارتکاب ارکان مادی و معنوی جرم توسط مؤسسه‌های اعتباری و انتساب مسئولیت کیفری به آنها به عنوان اشخاص حقوقی است؛ چه آنکه مؤسسه‌های اعتباری به عنوان اشخاص حقوقی، موجودیت عینی و ملموس ندارند تا بتوانند مرتکب عنصر مادی جرم شده و دارای عنصر معنوی باشند.

مداقه در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مشخص می‌سازد که قانون‌گذار «ضابطه مسئولیت مبتنی بر نمایندگی»^۱ را در خصوص چگونگی انتساب مسئولیت کیفری به اشخاص حقوقی پذیرفته است. منظور از نظریه نمایندگی آن است که رفتار ارکان و نمایندگان شخص حقوقی، با تحقق شرایطی، به منزله رفتار شخص حقوقی محسوب و جرم به شخص حقوقی منتسب شود.^۲ همان‌طور که ماده فوق نیز تصریح دارد، جهت ایجاد مسئولیت کیفری برای شخص حقوقی، باید شخص حقیقی به نمایندگی از شخص حقوقی بزه‌ی را به نام یا در راستای منافع شخص حقوقی مرتکب شده باشد. بنابراین اولین شرط لازم به منظور ایجاد مسئولیت کیفری برای شخص حقوقی، یافتن شخص حقیقی مقصر و انتساب رفتار مجرمانه به وی می‌باشد. لیکن یافتن اشخاص حقیقی مقصر در اشخاص حقوقی با شعب متعدد که

1. Vicarious liability theory

۲. رفیع‌زاده، علی، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی حقوق عمومی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهیدبهشتی، ۱۳۹۲، ص. ۲۰.

دارای ساختار پیچیده‌ای بوده و مرتکب جرایمی در سطح گسترده می‌شوند، دشوار به نظر می‌رسد.

با تأمل در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ می‌توان دریافت که قانون‌گذار قایل به وجود شخصیتی مستقل برای شخص حقوقی نبوده و ضمن عدم توجه به فرهنگ سازمانی مجرمانه حاکم بر شخص حقوقی، مسئولیت کیفری شخص حقوقی را متوقف بر شناسایی اشخاص حقیقی مقصر نموده است. این در حالی است که پیش شرط قبول مسئولیت کیفری شخص حقوقی، پذیرش وجود شخصیتی مجزا و مستقل از اشخاص حقیقی تشکیل‌دهنده برای شخص حقوقی است.

در واقع ماهیت شخص حقوقی به عنوان وجودی اعتباری که دارای واقعیت خارجی است، مورد پذیرش اندیشمندان علم حقوق قرار گرفته و ایشان، شخص حقوقی را به عنوان یک واقعیت حقوقی که دارای اراده‌ای مستقل از اعضای تشکیل‌دهنده آن و موجد حقوق و تکالیف مستقل برای آن می‌باشد را به رسمیت شناخته‌اند.^۱

یکی از ایرادهای وارد بر ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، متوقف ساختن مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، بر شناسایی و احراز مسئولیت کیفری اشخاص حقیقی مرتکب جرم است. نتیجه حتمی تقید به رویکرد فوق، لزوم صدور حکم برائت مؤسسه اعتباری در صورت عدم شناسایی اشخاص حقیقی مقصر است؛ این در حالی است که در خصوص مؤسسه‌های اعتباری معظم با ساختار پیچیده، به دشواری می‌توان شخص یا اشخاصی را به عنوان نمایندگان شخص حقوقی یافت که ارتکاب عناصر متشکله جرم قابل انتساب به آنان باشد.

لیکن برخی کشورها همچون استرالیا، مبنای جدیدی را تحت عنوان «مسئولیت سازمانی»^۲ به منظور توجیه مسئولیت کیفری شخص حقوقی پیش‌بینی کرده‌اند. این کشورها، مقرراتی را پیش‌بینی کرده‌اند که شخص حقوقی را به دلیل فرهنگ سازمانی مجرمانه که اشخاص حقیقی تشکیل‌دهنده خود را هدایت یا تشویق به ارتکاب جرم می‌نماید، از لحاظ کیفری مسئول قلمداد می‌نمایند.^۳

به موجب نظریه مسئولیت سازمانی، مسئولیت کیفری شخص حقوقی ناشی از قصور در اعمال نظارت بر ارکان و نمایندگان خود می‌باشد.^۴ این نظریه برخلاف نظریه

۱. فرج‌الهی، رضا، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق فرانسه، چاپ اول، انتشارات میزان، ۱۳۸۸، ص. ۳۷.

2. Organizational liability

3. Robinson, Allens Arthur, "Corporate Culture as a Basis for the Criminal Liability of Corporations", Prepared For The United Nations Special Representative of The Secretary-General On Human Rights and Business, 2008, p. 7.

4. Doyle, Charles, "Corporate Criminal Liability: An Overview of US Federal Law", Prepared For Members and Committees of Congress, 2013, p. 16.

نماینده‌گی بر فرضیه واقعی بودن شخص حقوقی مبتنی است و بر مبنای این نظریه، تقصیر کیفری را باید در ساختار، رویه و سیاست سازمانی شخص حقوقی معیوب جست‌وجو کرد.^۱

بر مبنای نظریه مسئولیت سازمانی، تقصیر شخص حقوقی نه از مجرای تقصیر یک یا چند فرد، بلکه از رهگذر فرهنگ جرم‌زای حاکم بر شخص حقوقی قابل احراز است.^۲ برخلاف نظریه پیشین، بر مبنای این نظریه، مسئولیت کیفری شخص حقوقی متوقف بر احراز مسولیت کیفری اشخاص حقیقی مرتکب جرم نمی‌باشد.

تعدد شعب یک مؤسسه اعتباری در سطح کشور، تعداد کثیر سهام‌داران آن، ساختار پیچیده حاکم بر تصمیم‌گیری، ایجاد خط‌مشی‌ها و اجرای تصمیمات مأخوذه، موجب تقسیم مسئولیت میان شعب متعدد مؤسسه اعتباری در سطح کشور و همچنین سهام‌داران آن می‌گردد که این امر شناسایی اشخاص حقیقی مقصر را در جرایمی نظیر رباخواری، پولشویی، اشتغال غیرمجاز به عملیات بانکی و اخلال در نظام اقتصادی کشور، با دشواری زایدالوصفی مواجه می‌سازد. در چنین مواردی، به جای تلاش برای یافتن اشخاص حقیقی مقصر، باید از طریق مراجعه به دستورالعمل‌ها و رویه‌های سازمانی و اسنادی نظیر اساسنامه و صورت‌جلسات مجامع عمومی و هیأت مدیره، به دنبال کشف فرهنگ سازمانی مجرمانه حاکم بر مؤسسه اعتباری و تحمیل مسئولیت کیفری و مجازات به مؤسسه اعتباری از مجرای این فرهنگ سازمانی معیوب و مجرمانه بود.

تذکر این نکته خالی از فایده نخواهد بود که رویکرد مذکور، هرگز در مقام نفی تقصیر فردی اشخاص حقیقی و مسئولیت کیفری آنان نیست، بلکه تنها درصدد است تا مسئولیت کیفری مؤسسه اعتباری به عنوان شخص حقوقی، مستقل از تقصیر اعضای تشکیل‌دهنده آن مورد بررسی قرار گیرد؛ بدیهی است که در چنین مواردی صرف عدم شناسایی اشخاص حقیقی مقصر یا تبرئه آنان، موجب برائت مؤسسه اعتباری به عنوان شخص حقوقی نخواهد بود.

۲-۲. شرایط تحقق مسئولیت کیفری مؤسسه‌های اعتباری

تحقق شخصیت حقوقی به معنای بهره‌مندی شخص حقوقی از مزایا و حقوق و نیز بارگردیدن تکالیف بر آن است. تا زمانی که چنین شخصیتی پدید نیامده،

1. Weissmann, Andrew, "A New Approach To Corporate Criminal Liability", American Criminal Law Review, vol. 44, 2011, p. 89.

۲. شریفی، محسن، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق ایران و انگلستان، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۹۳، ص. ۲۰۰.

مسئولیت حقوقی و کیفری تنها متوجه اشخاص حقیقی خواهد بود. در نتیجه، تا قبل از تحقق شخصیت حقوقی، تحمیل مسئولیت کیفری بر مؤسسه‌های اعتباری امکان‌پذیر نخواهد بود. بنابراین آن دسته از مؤسسه‌های اعتباری که به صورت «شرکت عملی»^۱ و بدون ثبت در دفتر ثبت شرکت‌ها به صورت غیرمجاز به عملیات بانکی اشتغال دارند، فاقد شخصیت حقوقی بوده و تحمیل مسئولیت کیفری بر این مؤسسه‌های اعتباری به عنوان اشخاص حقوقی امکان‌پذیر نیست. شرکت عملی از مصادیق شرکت مدنی است که قرارداد آن مورد قبول قانون مدنی است و مطلق شرکت مدنی که به امور تجاری یا غیرتجاری اشتغال می‌ورزد، با توجه به دلایل ذیل، خارج از شمول ماده ۲۲۰ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱^۲ بوده و نمی‌توان چنین شرکت‌هایی را با استناد به ماده اخیرالذکر در قالب شرکت تضامنی واجد شخصیت حقوقی و مسئولیت کیفری دانست:

اول، پیشینه تاریخی حکم مواد ۵۹۴ و ۲۲۰ قانون تجارت به بهمن ماه سال ۱۳۰۳ که قسمت اول قانون تجارت ۴-۱۳۰۳ شامل ۱۴۱ ماده به تصویب رسید، برمی‌گردد. در حالی که باب هفتم قانون مدنی در باب شرکت، در سال ۱۳۰۷ به تصویب رسیده است. از این رو حکم ماده ۲۲۰ با پیشینه تاریخی مذکور، منصرف از شرکت مدنی است، حتی اگر این شرکت به امور تجاری اشتغال داشته باشد.

دوم، تدوین‌کنندگان قانون مدنی در هیچ یک از مواد قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ به عقدی به نام شرکت اشاره نکرده‌اند، بلکه به جای عقد شرکت، خود شرکت را تعریف کرده‌اند و به این طریق مشکل است با استناد به مواد قانون مزبور، صریحاً اظهار عقیده نمود بر اینکه عقد مستقل شرکتی موجود است که ایجاب و قبول به وسیله الفاظ دال بر معنای مشارکت منعقد می‌گردد، بدون اینکه اطراف عقد مجبور به مزج سهم‌الشرکه خود باشند. بنابراین به این دلیل هم، ماده ۲۲۰ قانون تجارت نمی‌تواند ناظر بر شرکت مدنی باشد.

سوم، اگر شرکت مدنی که به امور تجاری اشتغال دارد، مشمول ماده ۲۲۰ قانون تجارت باشد (یعنی در حکم شرکت تضامنی تلقی شود) عقد مضاربه هم که نوعی

۱. شرکت عملی شرکتی است که دو یا چند نفر به منظور انجام یک فعالیت مشترک سرمایه‌گذاری می‌کنند و در منافع، هزینه‌ها و زیان‌های شرکت سهیم هستند. این شرکت‌ها ثبت نشده و فاقد شخصیت حقوقی هستند و بر حسب موضوع آنها، یک شرکت مدنی یا تجاری محسوب می‌شوند.

۲. ماده ۲۲۰ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱، کلیه شرکت‌های ایرانی را که با اشتغال به امور تجاری خود را به صورت یکی از شرکت‌های مذکور در قانون تجارت در نیاورده و مطابق مقررات مربوط به آن شرکت عمل ننمایند، شرکت تضامنی محسوب نموده و احکام راجع به شرکت‌های تضامنی در مورد آن مجری دانسته است.

شرکت در امور تجاری است، باید مشمول ماده فوق باشد. در این صورت، دیگر عقدی به نام مضاربه وجود نخواهد داشت. به نظر می‌رسد که این تعبیر بر خلاف موازین شرع و مقررات قانون مدنی ایران است.^۱

چهارم، علاوه بر دلایل فوق، پذیرش تحقق شخصیت حقوقی مؤسسه‌های اعتباری غیرمجاز فاقد سابقه مثبتی، در قالب شرکت تضامنی، در تعارض صریح با بند الف ماده ۳۱ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ و همچنین ماده ۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۶ می‌باشد که تأسیس مؤسسه‌های اعتباری را صرفاً در قالب شرکت سهامی عام یا شرکت تعاونی سهامی عام امکان‌پذیر دانسته‌اند.

بنابراین شرکت‌های ایرانی مذکور در ماده ۲۲۰ قانون تجارت، الزاماً واجد شخصیت حقوقی هستند، اما مطلق شرکت مدنی از جمله مؤسسه‌های اعتباری غیرمجازی که فاقد سابقه مثبتی هستند، تا زمانی که در اداره ثبت شرکت‌ها به ثبت نرسند، فاقد شخصیت حقوقی بوده و نمی‌توانند به عنوان اشخاص حقوقی واجد مسئولیت کیفری باشند.

بنا به مطالب فوق‌الذکر، آگاهی از زمان تحقق شخصیت حقوقی مؤسسه‌های اعتباری به منظور تحمیل مسئولیت کیفری بر آنها حایز اهمیت است. لیکن شیوه و زمان تحقق شخصیت حقوقی در مؤسسه‌های اعتباری دولتی و غیردولتی متفاوت است. بنابراین زمان ایجاد شخصیت حقوقی در مؤسسه‌های اعتباری دولتی و غیردولتی باید به صورت جداگانه مورد بررسی قرار گیرد.

مطابق ماده ۵۸۷ قانون تجارت، مؤسسه‌های و شرکت‌های دولتی، به محض ایجاد و بدون احتیاج به ثبت، دارای شخصیت حقوقی هستند. بنابراین با عنایت به اینکه مؤسسه‌های اعتباری دولتی خود نوعی شرکت دولتی محسوب می‌شوند که به موجب قانون تشکیل شده و اساسنامه آنها توسط قانون‌گذار یا هیأت وزیران به تصویب می‌رسد و به عنوان مصوبات رسمی در روزنامه رسمی منتشر می‌گردد، به محض تشکیل و به موجب قانون و بدون نیاز به ثبت در اداره ثبت شرکت‌ها، دارای شخصیت حقوقی هستند.^۲

۱. عیسایی تفرشی، محمد، «مفهوم و قلمرو ماده ۲۲۰ قانون تجارت ۱۳۱۱»، فصلنامه مدرس، دوره ۴، شماره ۱، ۱۳۷۹، ص. ۵۴.

۲. البته باید توجه داشت چنانچه بانک‌های دولتی به عنوان یک شرکت دولتی مبادرت به راه‌اندازی شرکت‌های فرعی در قالب عقود مانند مزارعه و مضاربه نمایند و سپرده اشخاص را در آن مؤسسات به کار اندازند، شرکت‌های فرعی، تابع مقررات عمومی از جمله قانون تجارت هستند و شخصیت حقوقی آنها از زمان ثبت در

لیکن در خصوص مؤسسه‌های اعتباری غیردولتی، مسأله متفاوت است. با توجه به اینکه به موجب ماده ۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، مؤسسه اعتباری غیردولتی الزاماً در قالب شرکت سهامی عام یا تعاونی سهام عام، ثبت و تأسیس می‌شود، مؤسسه اعتباری غیردولتی، نوعی شرکت تجاری محسوب می‌شود. در خصوص زمان آغاز شخصیت حقوقی شرکت‌های تجاری از جمله مؤسسه‌های اعتباری، با عنایت به پذیرش معیار ثبت، باید زمان ثبت مؤسسه اعتباری در اداره ثبت شرکت‌ها را به عنوان زمان پیدایش شخصیت حقوقی مؤسسه‌های اعتباری غیردولتی مورد پذیرش قرار داد.^۱

مؤسسه‌های اعتباری، به عنوان اشخاص حقوقی دارای مسئولیت کیفری هستند. بنابراین شرایط تحقق مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، در خصوص مؤسسه‌های اعتباری نیز جاری است. شرایط تحقق مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مورد تصریح قرار گرفته است. ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد:

«شخص حقوقی در صورتی دارای مسئولیت کیفری است که نماینده قانونی شخص حقوقی به نام یا در راستای منافع آن مرتکب جرمی شود...»

لیکن این پرسش مطرح می‌گردد که منظور از نماینده قانونی شخص حقوقی چه کسی است. برای فهم این مهم، لازم است به مفهوم نظریه نمایندگی در حقوق مدنی نگاهی بیاندازیم. نمایندگی در دکتترین حقوق مدنی بدین نحو تعریف شده است: «نمایندگی عنوانی است که بر مبنای آن، شخصی به نام و به حساب شخص دیگری، اقدام به انجام اعمال حقوقی و یا اعمال مادی می‌کند، به گونه‌ای که آثار ناشی از اعمال حقوقی یا قراردادی مستقیماً متوجه شخص اصیل می‌شود.»^۲

← دفتر ثبت شرکت‌ها شکل خواهد گرفت و تنها پس از ثبت در دفتر ثبت شرکت‌ها، امکان تحمیل مسئولیت کیفری و مجازات بر آنها وجود دارد.

۱. در خصوص زمان تشکیل شخصیت حقوقی شرکت‌های تجاری غیردولتی، دو معیار مورد توجه حقوق دانان قرار گرفته است که عبارتند از: ۱- معیار تشکیل عملی بدون نیاز به ثبت. ۲- معیار ثبت. در خصوص معیار تشکیل عملی شرکت به عنوان نقطه آغاز شخصیت حقوقی شرکت، با عنایت به اختلاف در معیارهای مقرر برای تشکیل شرکت‌های مختلف و عدم توجه هرگونه قرینه‌ای بر ترادف اصطلاحات تشکیل و تحقق شخصیت حقوقی از سوی دیگر، احراز اراده مقنن به کاربرد تشکیل در معنای ایجاد شخصیت حقوقی را به طور جدی با تردید مواجه می‌سازد. لیکن پذیرش نظریه تحقق شخصیت حقوقی شرکت‌های تجاری پس از ثبت در مقایسه با دیدگاه مقابل، با قواعد و منطق حقوقی سازگارتر است. برای ملاحظه دلایل موافقان و مخالفان معیار قراردادن زمان ثبت شرکت به عنوان نقطه آغاز شخصیت حقوقی شرکت، ر. ک: پاسبان، محمدرضا، حقوق شرکت‌های تجاری، چاپ نهم، انتشارات سمت، ۱۳۹۳، صص. ۳۰-۱۸.

۲. رفیع‌زاده، علی، منبع پیشین، ص. ۴۱.

ماده ۱۲۵ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ نیز مقرر می‌دارد: «مدیرعامل شرکت در حدود اختیاراتی که توسط هیأت مدیره به او تفویض شده است، نماینده شرکت محسوب و از طرف شرکت، حق امضا دارد.» هر چند مقرر قانونی فوق، ناظر به شرکت‌های سهامی است، لیکن می‌توان آن را به عنوان یک مقرر قانونی برای تعریف عنوان نماینده قانونی در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مورد استفاده قرار داد. منظور از «نماینده قانونی» شخصی است که به حکم قانون یا اساسنامه، سمت نمایندگی به او داده شده است، یا خودش مدیر باشد و یا از سوی مدیر منصوب شده باشد. با این حال به نظر می‌رسد که مدیرعامل یا رئیس هیأت مدیره در این بین موضوعیت نداشته باشد، بلکه منظور شخصی است که اختیاراتی از جانب ارکان تصمیم‌گیرنده شخص حقوقی نظیر مجمع عمومی و هیأت مدیره به وی تفویض شده است و وی به نام یا در راستای منافع شخص حقوقی مرتکب بزه می‌گردد.

شرط دیگر تحقق مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی آن است که نماینده شخص حقوقی «به نام» یا «در راستای منافع» شخص حقوقی انجام دهد. «به نام» شخص حقوقی یعنی نماینده شخص حقوقی عمل را نه به حساب خود بلکه به حساب شخص حقوقی انجام دهد. به عنوان مثال، شخصی حقیقی به عنوان نماینده بانک به حساب بانک معامله‌ای انجام داده و در انجام این معامله مرتکب جعل و کلاهبرداری می‌شود. در این صورت، علاوه بر نماینده‌ای که مرتکب بزه کلاهبرداری شده است، مسئولیت کیفری متوجه بانک به عنوان شخص حقوقی نیز خواهد بود. این در حالی است که اگر نماینده، این معامله را به حساب خود انجام دهد، مسئولیت کیفری تنها متوجه خود نماینده به عنوان شخص حقیقی خواهد بود.

«در راستای منافع» شخص حقوقی مرتکب جرم شدن، بدین معناست که به عنوان مثال نماینده بانک در معامله‌ای که در راستای منافع بانک به عنوان شخص حقوقی انجام می‌دهد، مرتکب جرمی شود. این نفع و فایده می‌تواند جنبه مادی یا معنوی، مستقیم یا غیرمستقیم، قطعی یا احتمالی داشته باشد.

مثل زمانی که نماینده یک مؤسسه اعتباری به زبان مؤسسه اعتباری رقیب، اقدام به تبلیغات غیرواقعی یا نشر اکاذیب می‌نماید. در چنین حالتی، علاوه بر نماینده، خود مؤسسه اعتباری به عنوان شخص حقوقی، واجد مسئولیت کیفری بوده و قابل تعقیب و مجازات خواهد بود.^۱ در مواردی که نماینده قانونی، از سمت خود برای

۱. روح الامینی، محمود، «دگرگونی‌های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در فرانسه»، مجله فقه و حقوق، سال چهارم، شماره ۱۶، ۱۳۸۷، ص. ۱۴۵.

نفع شخصی سوءاستفاده نموده، نمی‌توان گفت که در راستای منافع شخص حقوقی یا به نام او مرتکب جرم شده است.^۱ همچنین برخلاف نظر برخی نویسندگان،^۲ لزومی ندارد در نتیجه اقدامات نماینده، در عمل نفعی عاید شخص حقوقی شود. بلکه همین که اقدامات نماینده، عرفاً در راستای منافع بانک به عنوان شخص حقوقی محسوب شود، کافی است. همچنین به منظور تحقق مسئولیت کیفری برای مؤسسه اعتباری به عنوان شخص حقوقی، برخلاف نظر برخی نویسندگان^۳ لزومی به تجویز ارتکاب جرم توسط ارکان تصمیم‌ساز مؤسسه اعتباری همچون مجمع عمومی و هیأت مدیره نمی‌باشد؛ زیرا اولاً نمایندگان قانونی مؤسسه اعتباری یکی از ارکان مؤسسه اعتباری بوده و اراده و اقدام آنها، اراده و اقدام مؤسسه اعتباری به عنوان شخص حقوقی محسوب می‌شود؛ ثانیاً با توجه به تفویض مطلق اختیارات توسط مؤسسه اعتباری به نماینده خود، جهت اداره امور مؤسسه اعتباری در راستای منافع مؤسسه، لزومی به تجویز موردی اقدامات توسط مؤسسه اعتباری به نماینده مربوطه نمی‌باشد؛ ثالثاً عموم و اطلاق ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، اقتضای ایجاد مسئولیت کیفری برای مؤسسه اعتباری در صورت تجویز یا عدم تجویز ارتکاب جرم توسط ارکان تصمیم‌ساز مؤسسه اعتباری به نماینده خود را دارد؛ رابعاً وحدت ملاک موجود میان ماده اخیر و ماده ۱۱۸ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷،^۴ اقتضای آن دارد که چنانچه نماینده مؤسسه اعتباری با تجاوز از حدود اختیارات تفویضی به وی، به نام مؤسسه اعتباری یا در راستای منافع آن، مرتکب جرمی شود، اقدام وی موجب مسئولیت کیفری برای مؤسسه اعتباری به عنوان شخص حقوقی نیز باشد؛ منوط بر اینکه اقدامات نماینده مؤسسه اعتباری، در حدود موضوع مؤسسه اعتباری به عنوان یک شرکت تجاری باشد.

این ایراد که ارتکاب جرم توسط نماینده مؤسسه اعتباری، موضوع اراده و خواست سهام‌داران و ارکان تصمیم‌ساز مؤسسه اعتباری نبوده، لذا مسئولیت کیفری متوجه

۱. مصدق، محمد، شرح قانون مجازات اسلامی، چاپ چهارم، انتشارات جنگل، ۱۳۹۲، ص. ۲۸۷.

۲. یکی از شارحان حقوق جزا معتقد است: «شخص حقوقی فقط باید زمانی پاسخگوی افعال خود باشد که نفعی از ارتکاب جرم حاصل کرده باشد، به عبارت دیگر، رفتار مجرمانه شخص حقیقی، باید به نفع شخص حقوقی تمام شود.» اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، چاپ سی و دوم، انتشارات میزان، ۱۳۹۳، ص. ۶۷.

۳. الهام، غلامحسین؛ برهانی، محسن، درآمدی بر حقوق جزای عمومی: جرم و مجرم، جلد اول، چاپ اول، انتشارات میزان، ۱۳۹۴، ص. ۳۲۳.

۴. ماده ۱۱۸ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، اقدامات مدیران شرکت، ولو خارج از حدود اختیارات تفویضی به ایشان را برای شرکت در مقابل اشخاص ثالث تعهدآور محسوب نموده است، منوط بر اینکه اقدامات آنان در حدود موضوع شرکت صورت پذیرفته باشد.

مؤسسه اعتباری به عنوان شخص حقوقی نمی‌باشد نیز مردود است؛ زیرا همان طور که اشاره شد، ارتکاب جرم توسط نماینده مؤسسه اعتباری، ناشی از قصور سهام‌داران و ارکان تصمیم‌ساز مؤسسه اعتباری در عدم نظارت بر اقدامات نماینده یا مدیر متخلف بوده و از این لحاظ سهام‌داران نیز قابل سرزنش و مستحق تحمل مجازات هستند.

در صورتی که قائل به لزوم تجویز ارتکاب جرم توسط ارکان تصمیم‌ساز مؤسسه اعتباری نظیر مجمع عمومی یا هیأت مدیره به نماینده یا مدیر مؤسسه اعتباری به منظور ایجاد مسئولیت کیفری برای مؤسسه اعتباری به عنوان شخص حقوقی باشیم، با عنایت به لزوم اتخاذ تصمیمات با رأی اکثریت سهام‌داران، لاجرم باید تمام سهام‌دارانی که با رأی مثبت خود، ارتکاب جرم توسط نماینده مؤسسه اعتباری را تجویز نموده‌اند، به اتهام معاونت در جرم تحت تعقیب کیفری قرار دهیم؛ لیکن در عرصه عمل، به ندرت چنین تجویزی تحقق یافته و شخص حقوقی جز در موارد بسیار نادر و استثنایی، از تعقیب کیفری مصون خواهد ماند؛ چنین نتایجی، با فلسفه و مبانی شناسایی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی توسط قانون‌گذار در تعارض است.

نکته حایز اهمیت آن که بین دو عبارت فوق از حرف «یا» استفاده شده است؛ بدین توضیح که به صرف اینکه اقدامات مجرمانه نماینده به نام شخص حقوقی باشد، کفایت می‌کند و نیازی نیست اقدامات نماینده در راستای منافع شخص حقوقی باشد. همین طور اگر اقدامات نماینده به نام و حساب خود لیکن عرفاً در راستای منافع شخص حقوقی محسوب گردد، شخص حقوقی با تحقق سایر شرایط، واجد مسئولیت کیفری خواهد بود. بنابراین ضرورتی ندارد اقدامات مجرمانه نماینده شخص حقوقی هم به نام و هم در راستای منافع شخص حقوقی باشد.

نکته دیگری که در این بین باید مورد توجه قرار گیرد آن است که به منظور تحقق مسئولیت کیفری مؤسسه اعتباری به عنوان شخص حقوقی، اقدامات نماینده مؤسسه اعتباری که به نام مؤسسه اعتباری یا در راستای منافع آن صورت پذیرفته، الزاماً باید متصف به وصف مجرمانه باشد؛ یعنی نماینده مؤسسه اعتباری باید به نام یا در راستای منافع مؤسسه اعتباری مرتکب جرم شود و عناصر مادی و معنوی بزه ارتكابی در خصوص شخص حقیقی به عنوان نماینده کاملاً به اثبات برسد. بنابراین مسئولیت کیفری نماینده مؤسسه اعتباری به عنوان شخص حقیقی، شرط ضروری تحقق مسئولیت کیفری شخص حقوقی است و مسئولیت کیفری شخص حقوقی نیز نافی مسئولیت کیفری نماینده آن به عنوان شخص حقیقی نخواهد بود.

تذکر این نکته حایز اهمیت است که مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، نافی مسئولیت کیفری مدیران نخواهد بود. ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، صراحتاً مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را نافی مسئولیت کیفری اشخاص حقیقی تشکیل دهنده آن ندانسته است.

همان طور که پیش تر نیز اشاره شد، اشخاص حقوقی به اشخاص حقوقی حقوق خصوصی و اشخاص حقوقی حقوق عمومی قابل تقسیم هستند. اشخاص حقوقی حقوق خصوصی صرفاً به اعمال تصدی مبادرت می‌ورزند. لیکن اشخاص حقوقی حقوق عمومی این امکان را دارند که علاوه بر اعمال حاکمیتی، به اعمال تصدی نیز مبادرت ورزند. اعمال تصدی بر خلاف اعمال حاکمیتی، قابل واگذاری به بخش خصوصی است. بانک‌داری از جمله اعمال تصدی‌گرایانه است و در سالیان اخیر، در راستای اجرای قانون اجازه تأسیس بانک‌های غیردولتی مصوب ۱۳۷۹، بخش عمده‌ای از سهام برخی بانک‌های دولتی به بخش خصوصی واگذار شده است.

در راستای تبیین مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی حقوق عمومی تبصره ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اشعار می‌دارد: «مجازات موضوع این ماده، در مورد اشخاص حقوقی دولتی و یا عمومی غیردولتی در مواردی که اعمال حاکمیت می‌کنند، اعمال نمی‌شود.» از مفهوم مخالف تبصره فوق، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی عمومی تصدی‌گر، اعم از دولتی و غیردولتی قابل برداشت است. در واقع اعتبار و حجیت مفهوم مخالف در تبصره مذکور به اعتبار قیود مندرج در آن است.^۱ جمله مذکور در تبصره به اعتبار عبارت «در مواردی که اعمال حاکمیت می‌کنند»، جمله شرطیه است و مفهوم مخالف شرط نیز مطابق نظر اکثر اصولیون به دلیل تبادر یا همان فهم عرفی، حجیت داشته و معتبر است.^۲ اصولاً هر جا قانون‌گذار در متن دستورهای خود، قیدی اعم از وصف و شرط و حصر و غایت و عدد قرار دهد، در صورت انتفای قید مزبور، در انتفای حکم قانونی نباید تردید کرد.^۳

بنابراین با عنایت به اینکه بانک‌داری، نوعی عملیات تصدی‌گرایانه محسوب می‌گردد، چنانچه مؤسسه‌های اعتباری دولتی نیز به عنوان اشخاص حقوقی حقوق عمومی، مرتکب رفتار مجرمانه‌ای شوند، به عنوان شخص حقوقی دارای مسئولیت کیفری بوده و قابل تعقیب کیفری و مجازات هستند.

۱. شریفی، محسن، منبع پیشین، ص. ۲۱۰.

۲. محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، چاپ بیست و دوم، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۸۴، ص. ۸۲.

۳. امیدی، جلیل، تفسیر قانون در حقوق جزا، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۹، ص. ۱۵۳.

۳. جلوه‌های بارز مسئولیت کیفری مؤسسه‌های اعتباری به عنوان شخص حقوقی

در این قسمت مهم‌ترین جرایمی که در آنها، امکان تحمیل مسئولیت کیفری بر بانک‌ها و مؤسسه‌های اعتباری به عنوان اشخاص حقوقی وجود دارد، مورد تحلیل قرار می‌گیرند.

۳-۱. اشتغال غیرمجاز به عملیات بانکی

اشتغال غیرمجاز به عملیات بانکی به صورت مختلف توسط قانون‌گذار، جرم انگاری شده است که مشتمل بر موارد ذیل است: تأسیس غیرمجاز بانک، اشتغال به بانک‌داری بدون رعایت مقررات قانون پولی و بانکی کشور، استفاده غیرمجاز از نام بانک توسط مؤسسه‌های اعتباری (همگی موضوع بند «ب» ماده ۴۲ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱)، مداومت در اشتغال غیرمجاز به عملیات بانکی (موضوع تبصره ۴ ماده ۱ قانون تنظیم بازار غیرمتشکل پولی مصوب ۱۳۸۳) و ادامه تصدی مدیران متخلف و سلب صلاحیت‌شده در امور بانکی (موضوع تبصره ۳ ماده ۹۶ قانون پنجم توسعه مصوب ۱۳۸۹).

به عنوان مثال در فرضی که یک مؤسسه اعتباری، علی‌رغم اخطار بانک مرکزی، همچنان به فعالیت بانکی غیرمجاز خود ادامه می‌دهد، علاوه بر اینکه مدیران مؤسسه اعتباری مربوطه وفق تبصره ۴ ماده ۱ قانون تنظیم بازار غیرمتشکل پولی مصوب ۱۳۸۳ به شش ماه حبس محکوم می‌شوند، به دلیل اینکه ارتکاب رفتار مجرمانه مداومت در اشتغال غیرمجاز به عملیات بانکی، از سوی مدیران مؤسسه اعتباری، به نام و در راستای منافع مؤسسه اعتباری صورت پذیرفته است، مؤسسه اعتباری مربوطه نیز به عنوان شخص حقوقی، مطابق ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، دارای مسئولیت کیفری خواهد بود.

۳-۲. پولشویی

پولشویی به موجب ماده ۲ قانون مبارزه با پولشویی مصوب ۱۳۸۶ جرم انگاری و برای آن مجازات تعیین شده است. به بیان ساده «پولشویی به مجموعه فعل و ترک فعل‌هایی اطلاق می‌شود که برای پنهان نگه داشتن ماهیت و منشأ نامشروع اموال حاصل از فعالیت‌های مجرمانه ارتکاب می‌یابند، تا این اموال، ظاهر قانونی به خود گرفته و پاک و مشروع جلوه داده شوند.»

بانک‌ها و مؤسسه‌های اعتباری به علت اینکه محل اصلی نگهداری وجوه نقد اشخاص هستند، مجرای اصلی ارتکاب بزه پولشویی محسوب می‌شوند. بنابراین چنانچه کارمند یک مؤسسه اعتباری در راستای منافع مؤسسه اعتباری و به منظور کسب سود برای مؤسسه اعتباری، وجوه نقد کلان را از سپرده‌گذار با علم به منشأ مجرمانه وجوه، تحصیل نماید یا وجوه مذکور را به منظور مخفی نمودن منشأ مجرمانه وجوه، به حساب بانکی اشخاص دیگر انتقال دهد، نظر به اینکه ارتکاب بزه پولشویی توسط کارمند مؤسسه اعتباری، به نام و در راستای منافع مؤسسه اعتباری صورت پذیرفته است، مؤسسه اعتباری مربوطه نیز مطابق ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، دارای مسئولیت کیفری خواهد بود.

۳-۳. رباخواری

ماده ۵۹۵ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ رباخواری را جرم‌انگاری کرده و برای آن مجازات تعیین نموده است. مطابق این ماده، دریافت مبلغی زاید بر مبلغ پرداختی به گونه‌ای که از قبل شرط اضافه شده باشد، ربا محسوب و مرتکب به مجازات مقرر قانونی محکوم می‌شود. در حال حاضر برخی مؤسسه‌های اعتباری اقدام به دریافت «بهره مرکب» از تسهیلات‌گیرندگان می‌نمایند. بدیهی است در صورت تحقق شرایط مقرر قانونی، علاوه بر کارمندی که اقدام به محاسبه و دریافت بهره مرکب نموده، از آنجا که اقدام کارمند به نام و در راستای منافع مؤسسه اعتباری صورت پذیرفته است، مؤسسه اعتباری نیز به عنوان شخص حقوقی، قابل تعقیب کیفری و مجازات خواهد بود.

۳-۴. اخلال در نظام اقتصادی کشور

به موجب بند «ه» از ماده یک قانون مجازات اخلال‌گران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۶۹، «وصول وجوه کلان به صورت قبول سپرده اشخاص حقیقی یا حقوقی تحت عنوان مضاربه و نظایر آن که موجب حیف و میل اموال مردم یا اخلال در نظام اقتصادی شود» جرم‌انگاری شده و مستوجب مجازات مقرر قانونی می‌باشد. به منظور تحقق بزه فوق، باید فرد یا افرادی اغلب از طریق تشکیل شخصیت حقوقی در قالب مؤسسه اعتباری و به صورت سازمان‌یافته و با تبلیغات موهوم و دادن وعده‌های واهی نظیر پرداخت سودهای کلان در کوتاه مدت، اقدام به جذب وجوه نقدی اشخاص در سطح وسیع، در قالب عقود همچون مضاربه و مشارکت مدنی کرده و سپس همراه با وجوه مأخوذه متواری شده و زمینه حیف و میل اموال مردم را فراهم

نمایند و میزان وجوه ماخوذه از اشخاص نیز به اندازه‌ای کلان باشد که موجب اخلال در نظام اقتصادی کشور شود. در این فرض، از آنجا که اقدامات مدیران و کارمندان مؤسسه اعتباری، به نام و در راستای منافع مؤسسه اعتباری صورت پذیرفته است، علاوه بر اشخاص حقیقی، خود مؤسسه اعتباری نیز به عنوان شخص حقوقی قابل تعقیب کیفری و مجازات خواهد بود.

نتیجه‌گیری

مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، به صورت عام در کلیه جرایم، برای اولین بار در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به رسمیت شناخته شد. بدیهی است که تحمیل مسئولیت کیفری و مجازات بر مؤسسه‌های اعتباری نیز به عنوان اشخاص حقوقی امکان‌پذیر است. دشواری شناسایی اشخاص حقیقی مقصر، ضرورت جبران مطلوب ضرر و زیان وارد بر بزه‌دیدگان، ضرورت آگاه‌سازی اشخاص ثالث و افزایش دقت سهام‌داران مؤسسه اعتباری در انتخاب مدیران و نظارت بر اقدامات آنها، از مهم‌ترین مبانی شناسایی مسئولیت کیفری برای مؤسسه‌های اعتباری است.

تحمیل مسئولیت کیفری بر مؤسسه‌های اعتباری، مستلزم آگاهی از ایجاد یا عدم ایجاد شخصیت حقوقی در مؤسسه‌های اعتباری است. بنابراین اطلاع از زمان پیدایش شخصیت حقوقی در مؤسسه‌های اعتباری دولتی و غیردولتی، نکته کلیدی در تحمیل مسئولیت کیفری بر آنهاست. با عنایت به پذیرش معیار ثبت به عنوان نقطه آغاز شخصیت حقوقی شرکت‌های تجاری، باید قائل به آن بود که مؤسسه‌های اعتباری غیردولتی به عنوان شرکت سهامی عام، پس از اخذ اجازه‌نامه تأسیس از بانک مرکزی و ثبت در اداره ثبت شرکت‌ها، واجد شخصیت حقوقی شده و قابل تعقیب و مجازات هستند. لیکن مسأله در خصوص مؤسسه‌های اعتباری دولتی متفاوت است. با توجه به اینکه مؤسسه‌های اعتباری دولتی با تجویز قانون یا با تصویب اساسنامه توسط مجلس شورای اسلامی یا هیأت وزیران، در قالب شرکت دولتی تشکیل می‌شوند، وفق ماده ۵۸۷ قانون تجارت، به محض تشکیل و بدون نیاز به ثبت دارای شخصیت حقوقی هستند.

با عنایت به مفهوم مخالف تبصره ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و با توجه به اینکه بانک‌داری نوعی تصدی‌گری محسوب می‌گردد، علاوه بر مؤسسه‌های اعتباری غیردولتی، مؤسسه‌های اعتباری دولتی نیز، با تحقق شرایط مقرر قانونی، واجد مسئولیت کیفری و قابل تعقیب و مجازات هستند.

در خصوص چگونگی انتساب مسئولیت کیفری به مؤسسه‌های اعتباری به عنوان اشخاص حقوقی، به نظر می‌رسد که با عنایت به اینکه قانون‌گذار در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مسئولیت کیفری شخص حقوقی را از رهگذر احراز تقصیر نمایندگان شخص حقوقی به رسمیت شناخته است، باید قائل به پذیرش نظریه نمایندگی توسط قانون‌گذار در نحوه انتساب مسئولیت کیفری به اشخاص حقوقی بود.

با این حال به جای نظریه منتخب قانون‌گذار یعنی نظریه مسئولیت مبتنی بر نمایندگی، پذیرش نظریه مسئولیت سازمانی که با قبول فرضیه واقعی بودن شخص حقوقی، تقصیر مؤسسه اعتباری به عنوان شخص حقوقی را نه از مجرای تقصیر یک یا چند فرد، بلکه از رهگذر فرهنگ جرم‌زای حاکم بر شخص حقوقی احراز می‌کند، بر نظریه نمایندگی مقدم است؛ مخصوصاً اینکه در جرایمی همچون پولشویی و اخلاف در نظام اقتصادی کشور، شناسایی اشخاص حقیقی مقصر، در عمل، بسیار دشوار است. در باب مفهوم «نماینده قانونی» مذکور در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، به نظر می‌رسد مدیر عامل یا رئیس هیأت مدیره در این بین موضوعیت نداشته باشد؛ بلکه منظور از نماینده قانونی شخص حقوقی، فردی است که اختیاراتی از جانب ارکان تصمیم‌گیرنده شخص حقوقی نظیر مجمع عمومی و هیأت مدیره به وی تفویض شده است و وی به نام یا در راستای منافع شخص حقوقی مرتکب جرم می‌شود.

تحمیل مسئولیت کیفری بر مؤسسه‌های اعتباری، مستلزم آن است که نماینده قانونی مؤسسه اعتباری، «به نام» یا «در راستای منافع» مؤسسه اعتباری به عنوان شخص حقوقی، مرتکب جرم شود. در عین حال با عنایت به عموم و اطلاق موجود در ماده ۱۴۳ قانون مذکور، اقدامات مجرمانه نماینده قانونی مؤسسه اعتباری در همین حد که به نام یا در راستای منافع مؤسسه اعتباری باشد، موجب مسئولیت کیفری برای مؤسسه اعتباری به عنوان شخص حقوقی خواهد بود و لزومی به تجویز ارتکاب جرم به نماینده قانونی، توسط ارکان تصمیم‌ساز مؤسسه اعتباری نظیر مجمع عمومی یا هیأت مدیره نیست. در عین حال نباید از نظر دور داشت که مسئولیت کیفری مؤسسه اعتباری، نافی مسئولیت کیفری مدیران و نمایندگان مؤسسه اعتباری به عنوان اشخاص حقیقی مرتکب جرم نیست.

همچنین مؤسسه‌های اعتباری غیرمجازی که در اداره ثبت شرکت‌ها به ثبت نرسیده‌اند، به علت عدم تحقق شخصیت حقوقی، فاقد مسئولیت کیفری هستند و با استناد به ماده ۲۲۰ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ نیز نمی‌توان برای چنین مؤسسه‌هایی در قالب شرکت تضامنی، قائل به وجود شخصیت حقوقی و بالتبع مسئولیت کیفری شد؛ زیرا منظور از «شرکت‌های ایرانی» مذکور در ماده مذکور، شرکت‌های دارای شخصیت حقوقی است. ضمن اینکه اعتقاد به تشکیل شخصیت حقوقی مؤسسه‌های اعتباری غیرمجاز فاقد سابقه مثبتی، در قالب شرکت تضامنی، در تعارض صریح با ماده ۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی می‌باشد

که تأسیس و اداره مؤسسه‌های اعتباری غیردولتی را تنها در قالب شرکت سهامی عام یا شرکت تعاونی سهامی عام به رسمیت شناخته است. در انتها پیشنهادات ذیل خطاب به قانون‌گذار به منظور اصلاح قوانین ناظر بر مسئولیت کیفری مؤسسه‌های اعتباری ارائه می‌گردد:

۱. مسئولیت کیفری مؤسسه‌های اعتباری صراحتاً در متن قوانین ناظر به امور پولی و بانکی نظیر قانون پولی و بانکی کشور، قانون تنظیم بازار غیرمتشکل بانکی و قانون عملیات بانکی بدون ربا مورد تصریح قرار گرفته و مجازات‌هایی بازدارنده و متناسب با ماهیت و عملکرد مؤسسه‌های اعتباری، نظیر ممنوعیت افتتاح حساب، ممنوعیت در اعطای تسهیلات بانکی و ممنوعیت گشایش اعتبارات اسنادی یا صدور ضمانت‌نامه‌های بانکی در متن قوانین مذکور پیش‌بینی شود.

۲. در خصوص مؤسسه‌های اعتباری غیرمجازی که به علت عدم ثبت در اداره ثبت شرکت‌ها فاقد شخصیت حقوقی هستند، مقرراتی تصویب گردد که با مفروض پنداشتن شخصیت حقوقی در مورد آنها، امکان تحمیل مسئولیت کیفری بر آنها را فراهم سازد.

۳. مفهوم و دایره شمول عبارت «نماینده قانونی» در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ دقیقاً مورد تبیین قرار گیرد.

۴. در خصوص زمان و نحوه ایجاد شخصیت حقوقی شرکت‌های دولتی از جمله مؤسسه‌های اعتباری دولتی، مقرراتی صریح و شفاف تصویب گردد.

۵. در خصوص عدم لزوم تجویز ارتکاب جرم به نماینده قانونی توسط ارکان تصمیم‌ساز مؤسسه اعتباری به منظور ایجاد مسئولیت کیفری برای مؤسسه اعتباری به عنوان شخص حقوقی، مقرراتی صریح و شفاف توسط قانون‌گذار تصویب گردد.

۶. از طریق اصلاح ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، سازوکار مسئولیت سازمانی برای مؤسسه اعتباری به عنوان شخص حقوقی مورد پذیرش قرار گیرد. به گونه‌ای که مسئولیت کیفری مؤسسه اعتباری به عنوان شخص حقوقی، متوقف بر احراز مسولیت کیفری نمایندگان و اشخاص حقیقی تشکیل‌دهنده آن نباشد.

منابع

- ادابی، میرزاعلی، «ضبط و مصادره اموال در جرایم مربوط به قاچاق از منظر قوانین کشور»، فصلنامه کارآگاه، دوره دوم، سال پنجم، شماره ۱۸، ۱۳۸۹.
- اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، چاپ سی و دوم، انتشارات میزان، ۱۳۹۳.
- اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت (شرکت‌های تجارتي)، جلد اول، چاپ دهم، انتشارات سمت، ۱۳۸۷.
- السان، مصطفی، حقوق بانکی، چاپ اول، انتشارات سمت، ۱۳۸۹.
- الهام، غلامحسین؛ برهانی، محسن، درآمدی بر حقوق جزای عمومی: جرم و مجرم، جلد اول، چاپ اول، انتشارات میزان، ۱۳۹۴.
- امیدی، جلیل، تفسیر قانون در حقوق جزا، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۹.
- بهمند، محمد؛ بهمنی، محمود، بانکداری داخلی ۱ (تجهیز منابع پولی)، چاپ نوزدهم، مؤسسه عالی آموزش بانکداری ایران، ۱۳۹۳.
- پاسبان، محمدرضا، حقوق شرکت‌های تجاری، چاپ نهم، انتشارات سمت، ۱۳۹۳.
- رشیدی، مهدی، بانکداری بین المللی (۱)، چاپ نهم، مؤسسه آموزش عالی بانکداری ایران، ۱۳۹۱.
- رفیع‌زاده، علی، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی حقوق عمومی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه شهیدبهشتی، ۱۳۹۲.
- روح الامینی، محمود، «دگرگونی‌های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در فرانسه»، مجله فقه و حقوق، سال چهارم، شماره ۱۶، ۱۳۸۷.
- ساجدی، ولی، «قوانین و مقررات حاکم بر مؤسسه‌ها و شرکت‌های دولتی»، فصلنامه حقوقی گواه، شماره ۱۳، ۱۳۸۷.
- ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، جلد دوم، چاپ بیست و یکم، انتشارات دادگستر، ۱۳۹۰.
- سلطانی، محمد، حقوق بانکی، چاپ اول، انتشارات میزان، ۱۳۹۰.
- شریفی، محسن، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق ایران و انگلستان، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۹۳.
- عیسایی تفرشی، محمد، «مفهوم و قلمرو ماده ۲۲۰ قانون تجارت ۱۳۱۱»، فصلنامه مدرس، دوره ۴، شماره ۱، ۱۳۷۹.
- فرج‌الهی، رضا، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق فرانسه، چاپ اول، انتشارات میزان، ۱۳۸۸.
- قنواتی خلف آبادی، خلیل، نظریه کلی نمایندگی در حقوق ایران و انگلیس، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۰.

-
- کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، چاپ بیستم، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۷.
 - محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، چاپ بیست و دوم، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.
 - مسعودی، علیرضا، حقوق بانکی، چاپ دوم، انتشارات پیشبرد، ۱۳۸۷.
 - مصدق، محمد، شرح قانون مجازات اسلامی، چاپ چهارم، انتشارات جنگل، ۱۳۹۲.
 - میرسعیدی، سیدمنصور، مسئولیت کیفری، جلد اول، چاپ سوم، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۰.
 - نوربها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، چاپ بیستم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶.
 - Doyle, Charles, "Corporate Criminal Liability: An Overview of US Federal Law", Prepared For Members and Committees of Congress, 2013.
 - Robinson, Allens Arthur, "Corporate Culture as a Basis for the Criminal Liability of Corporations", Prepared For The United Nations Special Representative of The Secretary-General On Human Rights and Business, 2008.
 - Weissmann, Andrew, "A New Approach To Corporate Criminal Liability", American Criminal Law Review, vol. 44, 2011.

بررسی تطبیقی مقررات کنترلی حقوق رقابت پیرامون ادغام شرکت‌های تجاری

مهدی حقیقت‌جو*

چکیده

امروزه، بدون تردید، ادغام را باید در زمره یکی از مهم‌ترین تدابیر افزایش ظرفیت تولید و ارتقاء سهم بازاری واحدهای تجاری دانست. امری که توسعه خارجی آنها را به دنبال خواهد داشت. توسعه خارجی بنگاه‌ها، توازن موجود در میادین بازرگانی و تعادل جریان رقابت را در سطوح مختلف آن تغییر خواهد داد. در این میان، حراست از امنیت بازارهای تجاری، نظارت بر آنها را ضروری می‌نماید. رسالت حقوق رقابت در چنین نظارتی خلاصه خواهد شد. اجتناب از ظهور قدرت‌های نامتعارف و مقابله با آثار مخرب ادغام‌ها، هدف اصلی حقوق رقابت را از کنترل آنها تشکیل می‌دهد. به همین علت است که در تمامی کشورها تدابیر به خصوصی در این رابطه جریان دارد. تدابیری که با عنوان سیاست کنترل ادغام شناخته می‌شوند.

به منظور اجرای کارآمد این سیاست‌ها، در نظام‌های مختلف، مراجع مخصوصی متصدی نظارت بر حسن اجرای آن هستند. چنان که در ایالات متحده آمریکا، کمیسیون تجارت فدرال، در اتحادیه اروپا کمیسیون رقابت و در بازارهای داخلی انگلستان، مراجع قضایی این وظیفه را اعمال می‌نمایند. مطابق مقررات کشورمان نیز شورای رقابت تصدی اجرای چنین نظارتی را برعهده دارد. در هر یک از نظام‌ها، آنچه مبنای اصلی عملکرد این مراجع را تشکیل می‌دهد، سیاست‌های مورد پذیرش آنان در کنترل ادغام‌ها خواهد بود. با وجود این، در نظام‌های مختلف تجاری این سیاست‌ها تفاوت‌هایی اساسی با یکدیگر دارند. در این خصوص نظامی را می‌توان کارآمد تلقی نمود که مبنای مورد پذیرش آن از دقت بالاتری برخوردار باشد.

کلیدواژه‌ها: ادغام مجاز، ادغام ممنوع، انحصار نامتعارف، محدودیت اساسی در رقابت، موقعیت مسلط.

Haghighatjoomehdi@yahoo.com

* عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد پردیس

تاریخ پذیرش: ۹۴/۰۴/۰۲

تاریخ دریافت: ۹۳/۰۹/۱۳

مقدمه

امروزه، گسترش دامنه اقتدار شرکت‌های تجاری با ابزارهای مختلفی حاصل می‌شود. در این میان، ادغام‌ها را باید یکی از متداول‌ترین آنها تلقی نمود. بر این اساس شرکت‌های ادغام‌کننده با جذب دیگر واحدها، ضمن تفوق بر رقبای، سهم بیشتری از بازارهای تجاری عاید خود خواهند نمود. تفوق بر رقبای از طریق ادغام آنان، ضمن آنکه افزایش دامنه اقتدار تجاری شرکت‌های ادغام‌کننده را در پی خواهد داشت، توازن موجود در بازارها را تغییر خواهد داد. از این رو وقوع آن در سطوح مختلف اقتصادی چندان بی‌خطر نخواهد بود. احراز مصادیق نامتعارف ادغام‌ها، مقابله با زوایای مخرب آنها و نیز مقابله با آثار نامطلوب آنان در تمامی نظام‌ها دغدغه‌هایی بنیادین محسوب می‌شوند. به همین علت جهت کنترل زوایای نامتعارف ادغام‌ها، در نظام‌های مختلف تدابیر متعددی جریان دارد. در این میان هر آنچه تدابیر مذکور جریان‌ی مطلوب‌تر داشته باشند، نتایج حاصل از آن نیز کارایی بیشتری خواهند داشت. حال پرسش اصلی آن است که تدابیر کنترلی ادغام‌ها بر چه مبنایی باید صورت گیرد تا در پی آن؛ نتایج مطلوب‌تری حاصل شود؟ به منظور شناسایی راهبردی کارآمد جهت کنترل ادغام‌ها، پژوهش‌های بیشتر در این موضوع ضرورتی اساسی خواهد داشت.

هدف اصلی این پژوهش را باید احراز مناسب‌ترین رویکرد جهت کنترل ادغام‌ها خلاصه نمود. جهت نیل بدین مقصود، ابتدا ضمن تحلیل پیرامون زوایای مختلف ادغام‌ها به بررسی دامنه نفوذ مقررات رقابت در خصوص آنان خواهیم پرداخت. سپس با تامل در ساختار داخلی آنها، نحوه کنترل آنان را در نظام‌های مختلف مورد بررسی قرار خواهیم داد. روشی که ما را در انجام این پژوهش یاری خواهد نمود، شیوه توصیفی، تطبیقی و تحلیلی است.

۱. ادغام‌های تجاری و دامنه نفوذ مقررات حقوق رقابت

کنترل ادغام‌ها در فقدان درک دقیق ساختار درونی آنها امکان‌پذیر نخواهد بود. از این رو ناگزیریم که در ابتدا به بررسی در باب مفهوم و زوایای مختلف ساختار وجودی آنان بپردازیم. سپس با هدف شناسایی سیاستی کارآمد جهت کنترل آنها، به تحلیل پیرامون دامنه نفوذ مقررات رقابت بر آنان خواهیم پرداخت.

۱-۱. مفهوم ادغام‌های تجاری

لفظ ادغام که دامنه‌ای گسترده دارد، از جمله موارد کاربرد آن را باید در باب شرکت‌های تجاری دانست. اگرچه تا به امروز تعابیر قانونی روشنی از مفهوم آن ارائه

نشده است، اما با تعمق در برخی از قوانین می‌توان به طور پراکنده به کلیاتی از آن دست یافت. به نظر می‌رسد که نخستین تعبیر مدون را باید در ماده ۹۰۱ «قانون شرکت‌های تجاری ایالت نیویورک»^۱ یافت.^۲ بر این اساس:

«ادغام ... فرایندی است قراردادی که با تحقق آن شخصیت کلیه شرکت‌های موضوع آن خاتمه یافته ... و (از این زوال) شرکتی جدید خلق خواهد شد ... همچنین ممکن است یکی از شرکت‌های اطراف قرارداد سایر شرکت‌های موضوع آن را در خود جذب نماید.»

در این میان، در مقررات کشورمان مطابق بند ۱۶ ماده ۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ چنین تعریف شده است:

«۱۶- ادغام: اقدامی که بر اساس آن چند شرکت، ضمن محو شخصیت حقوقی خود، شخصیت حقوقی واحد و جدیدی تشکیل دهند یا در شخصیت حقوقی دیگری جذب شوند.»

بر خلاف قوانین فوق، غالب نظام‌های تجاری بدون آنکه مفهومی از ادغام ارائه نمایند، صرفاً موادی را به بحث پیرامون انواع، شرایط و آثار ادغام‌های تجاری اختصاص داده‌اند. چنان‌که مواد ۹۰۲ تا ۹۱۸ قانون شرکت‌های انگلستان تنها به تبیین انواع، شرایط و آثار این قالب اکتفا نموده است.^۳ در این میان برخی از نویسندگان تعبیری عام از آن ارائه می‌نمایند. تعبیری که با کلیت خود تملک‌ها را هم در بر می‌گیرد. بنابراین باور:

«... این مفهوم، برخی مواقع ممکن است در کالبدی تمام عیار محقق شود ... در این صورت تحقق آن انحلال شرکت‌های ادغام‌شونده (حسب مورد) در شرکت بازمانده و یا شرکت جدید را در پی خواهد داشت. چنین ادغامی را باید «قانونی»^۴ نامید. برعکس ماهیت مذکور در برخی مواقع در شکلی دیگر محقق خواهد شد. جلوه‌ای که اگرچه دیگر آن اتحاد سازمان‌یافته را نخواهد داشت، اما در کالبد کنترلی مؤثر متظاهر خواهد شد. به طوری که تحقق آن، سلطه یک شرکت را بر سایر واحدها به دنبال خواهد داشت. چنانکه شرکتی با تحصیل سهام شرکت دیگر، سیطره‌ای مطلق را بر آن اعمال نماید. سیطره‌ای که حتی او را قادر خواهد ساخت که به موجودیت واحد تملک‌شونده

1. Business Corporate Law (NY), 1961.
2. Alvarad, Michelle, New York State Sales and Use Tax Law and Regulations, Wolters Kluwer, New York, 2009, p. 444.
3. Balotti, Franklin; Finkelstein, Jesse, Delaware Law of Corporations and Business Organization, Wolters Kluwer, New York, 2011.
4. Statutory Merger

خاتمه دهد و دارایی آن را به خود انتقال دهد. این امر اگرچه آثار ادغام‌های واقعی را نخواهد داشت، ولی در عمل ما را به همان نتایج حاصل از آن خواهد رساند. از این رو باید آن را «ادغام در عمل»^۱ نامید.^۲

ملاحظه می‌شود که تلقی فوق تعبیر واحدی را از ادغام‌ها و تملک‌های تجاری ارائه می‌دهد. به نظر می‌رسد که علت این نگرش را باید در وجود نوعی سوء برداشت خلاصه نمود. تصویری نابجا که موجبات خلق نوعی اختلاط را میان دو قالب ادغام و تملک پدید آورده است. بر این اساس چنین تصور می‌شود که ادغام‌ها و تملک‌ها را باید تدابیری واحد تلقی نمود. زیرا خصیصه اصلی در ادغام‌ها، وجود نوعی اتحاد میان واحدهای پیرامون آن است. اتحادی که صورت دیگری از آن در تملک‌ها نیز به چشم می‌خورد. شرکتی که سهام عمده واحدی دیگر را تحصیل می‌نماید، به نوعی در لایه‌های مدیریتی آن نفوذ نموده و آن واحد را با خود همسو خواهد نمود. این امر حکایت از نوعی وحدت دارد.^۳ باوری نادرست و غلطی مصطلح که رگه‌هایی از آن در ادبیات حقوقی موجود نفوذ نموده است. چنانکه در بسیاری از متون حقوقی برای تملک‌ها از لفظ «Merger» استفاده می‌شود.^۴ فرازهای مختلف فصل ۲۶ و ۲۷ قانون شرکت‌های انگلستان و ماده ۸۶ قانون شرکت‌های تجاری ایالت نگزاس حکایت از این آشفتگی دارند. همچنان که بندهای ۱ و ۴ ماده ۴۸ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴^۵ نیز از این بی‌نظمی در امان نمانده است. این در حالی است که لفظ «Merger» مؤید نهاد ادغام بوده و به کارگیری آن برای تملک‌ها چندان خوشایند نخواهد بود.^۶

1. Actual Merger

2. Alan, Morrison, Fundamentals of American Law, Oxford University Press, New York, 1998, pp. 359-362.

3. Hildebrandt International (Firm), Anatomy of Law Firm Merger, American Bar Association, Chicago, 2004, p. 29.

۴. استفاده از لفظ Merger را برای تبیین مفهوم تملک در آثار بسیاری از نویسندگان به وضوح می‌توان ملاحظه نمود. برای ملاحظه این موضوع ر.ک:

– Snow, Bill, Merger and Acquisitions, Wiley Publishing, New York, 2011, p.11.

– Coyle, Brian, Merger and Acquisitions, Glenelake Publishing Company, Chicago, 2000, p. 25.

– Young, Ernest, Merger and Acquisitions, John Wiley, Toronto, 1904, p.3.

به همین علت است که بسیاری از نویسندگان با مشاهده تشابهات میان راهبرد تجاری ادغام و فرایند تملک آنها، با ارائه تعبیری واحد از آن دو عبارت «M and G» را برای آن به کار می‌برند.

– Bruner, Robert, Applied Mergers and Acquisitions, John Wiley and Son, New Jersey, 2004, p. 3.

۵. از این پس: ق.ا.س.ک.ا.

۶. از جمله، این بی‌دقتی را می‌توان در بندهای ۱ و ۴ ماده ۴۸ قانون یادشده مشاهده نمود. چنان که در صدر ماده از عبارت ادغام‌های ممنوع سخن رفته است، اما آنچه به عنوان ادغام‌های ممنوع در این ماده احصا گردیده است، علاوه بر مفهوم حقیقی ادغام، تملک‌ها را نیز در بر می‌گیرد.

مبنای تحلیلی تلقی فوق را همان باور سابق تشکیل می‌دهد و نویسنده را مجبور می‌نماید برای مفاهیم «ادغام و تملک» از لفظی واحد استفاده کند. با این وجود ادغامها و تملکها از حیث ماهوی واجد تفاوت‌هایی اساسی با یکدیگر هستند. آنچه در ادغام صورت می‌گیرد، نوعی اتحاد سازمان‌یافته است که با تحقق خود، ضمن خاتمه موجودیت اعتباری سایر واحدها، کل غیرقابل تجزیه دارایی آنان را به شرکت بازمانده (و یا شرکت جدید) منتقل می‌نماید. حال آنکه در تملکها تحصیل سهام واحدهای تملک‌شونده هیچ‌گاه (در ابتدا) به انحلال آنان منجر نخواهد شد. همچنین راهبرد تجاری تملک (در معنای دقیق) جلوه‌ای از «انتقال دارایی» ندارد. در این قالب، آنچه که موضوع انتقال واقع می‌شود، سهام عمده واحد تملک‌شونده (به عنوان جزئی از دارایی) خواهد بود. از این رو استعمال عنوان ادغام و مفاهیم مرتبط با آن برای توصیف تملکها نوعی آشفتگی در بیان را ایجاد خواهد نمود.

تعبیر فوق هیچ‌کدام مفهوم دقیقی را از ادغامها به دست نمی‌دهند. ضروری است، تعریف دیگری ارائه نماییم. بر این اساس می‌توان ادغامها را چنین تعریف کرد: «قراردادی است در ابعادی یک‌جانبه، چندجانبه و یا فوق‌العاده که به محض وقوع، ضمن انحلال واحدهای ادغام‌شونده، با انتقال دارایی آنان به شرکت‌های بازمانده و یا جدید، قائم‌مقامی آنها را به همراه خواهد داشت.»

با عنایت به تعبیر فوق، باید بر این باور بود که قراردادهای ادغام، امکان تحقق در کالبدی یک‌جانبه، چندجانبه و یا فوق‌العاده را خواهند داشت. در حالت نخست، یکی از شرکت‌های موضوع آن، سایر واحدها دیگر طرف قرارداد را در خود جذب خواهد نمود. در حالی که در کالبد چندجانبه آن، از طریق ادغام تمامی واحدهای موضوع آن در یکدیگر، شرکتی جدید حاصل خواهد شد. در این میان، امکان دارد که ادغام‌های تجاری ابعادی فوق‌العاده داشته باشند. جریان فوق‌العاده آن نیز از حیث ساختار، ممکن است در ظاهری مشابه با کالبد یک‌جانبه آن صورت گیرد و یا آنکه به ادغام‌های چندجانبه گرایش داشته باشد. با این توضیح که توافقی‌های صورت‌گرفته میان شرکت‌های اطراف ادغام ممکن است به نحوی باشند که از میان واحدهای موضوع آن، حداقل دو شرکت، سایر شرکت‌ها را در خود جذب نمایند. همچنان که این توافقی‌ها می‌توانند از ظاهری مشابه ادغام‌های چندجانبه برخوردار باشند. با این توضیح که شرکت‌های اطراف قرارداد جملگی در یکدیگر ادغام شوند و از چنین ترکیبی، حداقل دو شرکت جدید حاصل شود.

در ادامه به منظور شناسایی راهبردی مناسب جهت کنترل آنان، به بررسی تأثیر مقررات رقابت بر آنها خواهیم پرداخت.

۱-۲. تأثیر قواعد کنترلی حقوق رقابت بر جریان تحقق ادغامها

توسعه دامنه نفوذ شرکتهای ادغام‌کننده در سطوح مختلف اقتصادی، نتیجه‌ای است که از ادغامها حاصل خواهد شد. وضعیتی که سرانجام تفوق بر دیگر رقبا را در پی خواهد داشت. وضعیت مذکور علی‌الاصول جلوه‌ای مجاز خواهد داشت. از این رو سایر شرکتهای، نه تنها ناگزیرند آثار حاصل از ادغام را به رسمیت بشناسند، بلکه حق تجاوز به حقوق شرکتهای ادغام‌کننده را نخواهند داشت. آثار حاصل از چنین ادغامهایی ابهام‌چندانی نخواهند داشت. آنچه محل تاملی جدی محسوب می‌شود، جریان ممنوع ادغامها خواهد بود. به عبارت دیگر پرسش اصلی آن است که مقصود از ادغامهای ممنوع چیست و چه مصادیقی از آنها را می‌توان ممنوع دانست. تفکیک میان مصادیق مجاز و ممنوع ادغامها، ریشه در تحولات سال‌های ۱۸۹۰ بازارهای آمریکا دارد. توسعه دامنه تعاملات تجاری در ایالات متحده آمریکا، افزایش واحدهای مختلف تجاری را در پی داشت. حس منفعت‌طلبی میان بازرگانان ایجاد نوعی تمایلات ضدتجاری را در پی داشت. بنابراین واحدهای تجاری از هر وسیله‌ای برای تضعیف جریان رقابت و تفوق خود نسبت به سایر رقبا استفاده می‌نمودند.^۱

علاقه وافر شرکتهای به توسعه دامنه اقتدار بازرگانی در کنار ماهیت به خصوص ادغامها، کارکرد ضدتجاری آنها را به دنبال داشت. بر این اساس شرکتهای تجاری برای آنکه قدرتی بیشتر از سایر رقبا تحصیل نمایند و جریان رقابت را به سود خود تغییر دهند، با ادغام دیگر واحدها ضمن تحصیل منابع تجاری آنان، در مدتی کوتاه خود را به قدرتی برتر در آن بازار مبدل می‌نمودند. ساختار منحصر به فرد این قالبها، استعمال روزافزون آنها را به دنبال داشت. به مرور این تدابیر به راهبردی متداول جهت از میان بردن رقبا تبدیل شد. به همین علت بود که در آن دوران از این قالبها تحت عنوان روشی ناعادلانه در تجارت یاد می‌شد.^۲ سرانجام تصویب ماده ۱ قانون شرمین را باید واکنشی به این وضعیت قلمداد نمود.^۳ این ماده مقرر می‌دارد: «انعقاد هرگونه قرارداد ادغام ... و مواردی نظیر آن ... که به منظور محدودیت در تجارت ... صورت می‌گیرد، غیرقانونی است ...»

1. Davies, Paul, Gowers Principles of Modern Company Law, Sixth Edition, Sweet and Maxell, London, 1997, pp.129-137.
2. Geradin, Damien, Competition Law and Regional Economic Integration, Library of Congress, New York, 2004, pp. 180-190.
3. Smitherman, Charles, Transatlantic Merger Cases, Cameron May L.T.D, London, 2007, pp. 19-22.

پیشینه تاریخی تصویب این ماده، تفاسیری سخت‌گیرانه را از مفهوم آن به دنبال داشت. بر این اساس این چنین تصور می‌شد که ماده ۱ قانون شرمین درصدد مقابله با هر عامل محدودکننده‌ای است که رقابت را مخدوش نماید. به همین علت بود که در آن دوران ادغام‌های تجاری ممنوعیتی مطلق داشت. زیرا در باور رایج، از آنها تحت عنوان ابزارهایی جهت محدودیت جریان رقابت یاد می‌شد. به مرور تعبیر جدید، تعدیل این وضعیت در پی داشت.^۱ در نتیجه، این باور تقویت شد که قراردادهای ادغام ملازمه‌ای با محدودیت ندارند. از این رو نمی‌توان هر گونه ادغامی را عامل محدودیت در بازارهای تجاری دانست. همچنین هرگونه محدودیتی را هم نمی‌توان ممنوع قلمداد نمود. برخی از محدودیت‌ها لازمه تجارت هستند و فقدان آنها تهدیدی جدی برای پویایی بازارها خواهد بود.^۲

سرانجام تصویب قانون کلی تن در سال ۱۹۱۴، سیاست کنترل ادغام‌ها را دست‌خوش تحولی دیگر قرار داد.^۳ با تأثیر از تحولات موجود در ایالات متحده آمریکا، امروزه تمامی صاحب‌نظران بر این مهم اذعان دارند که آنچه از آن تحت عنوان زوایای منفی تعاملات تجاری یاد می‌شود، محدودیت‌هایی را شامل خواهد شد که از ابعاد نامتعارف برخوردار هستند. مطابق با مراتب فوق، شناسایی دامنه نامتعارف محدودیت‌های تجاری مستلزم احراز دو عنصر ضروری خواهد بود:

از یک سو لازم است که این نوع از محدودیت‌ها، صورتی تصنعی داشته باشند. می‌دانیم که مقصود از تصنعی بودن آن است که جریان آن در اثر فرایند طبیعی رقابت حاصل نشده باشد.^۴ جریان عادلانه رقابت در نهایت به پیروزی بنگاه‌های کارآمد و شکست شرکت‌های ضعیف‌تر منجر خواهد شد. رقابتی که نتیجه آن محدودیت عملکرد شرکت‌های ضعیف‌تر خواهد بود. نتیجه مذکور از آنجایی که در اثر فرایند عادلانه رقابت حاصل می‌شود، باید قانونی و قابل حمایت قلمداد نمود. در مقابل آنچه نامتعارف محسوب می‌شود، جریان تصنعی محدودیت‌های تجاری است. محدودیت‌هایی که به شکلی غیرطبیعی محقق می‌شوند. مواردی نظیر توافق‌های دو یا چندجانبه‌ای که از طریق تبانی در بستر بازارهای تجاری، حوزه عملکرد سایر رقبای را محدود خواهند نمود.^۵

1. Letwin, William, Law and Economic Policy in America, University Chicago Press, London, 1981, pp. 204-208.
2. Hdebrand, Doris, The Role of Economic Analysis in The EC Competition Rules, Wolter Kluwer, Boston, 2009, pp. 82-83.
3. Geradin, Damien, Op.cit, p. 199.
4. Letwin, William, Op.cit, pp. 210-212.
5. Moreira, Abel; Tera, Mateus, Competition and Economic, Edward Elgar Publishing Limited, New York, 2010, pp. 140-157.

از جانب دیگر، عنصر دوم را باید در دامنه آن خلاصه نمود. به عبارت دیگر، هر محدودیتی را نمی‌توان ممنوع دانست. ضروری است که محدودیت‌های مذکور از صورتی اساسی و غیرجزئی برخوردار باشند.^۱

در نتیجه مطابق با مراتب فوق، جریان ممنوع ادغام‌ها را می‌توان این‌گونه تعریف نمود: «ادغام‌ها در صورتی جریاناتی ممنوع محسوب می‌شوند که محدودیت‌هایی اساسی را در بازارهای تجاری ایجاد کنند.» در این صورت باید آنها را رویه‌هایی ضدتجاری و جریاناتی معارض با رقابت قلمداد نمود.

۲. مبانی مختلف نظارت بر ادغام‌ها

کنترل ادغام‌ها و مقابله با دامنه ممنوع آنان در نظام‌های مختلف، با تدابیر متعددی صورت می‌گیرد. در این میان چگونگی این نظارت و کیفیت آن در هر نظامی جریانی به خصوص دارد. به منظور شناسایی رویکردی کارآمد، بررسی این وضعیت را از ایالات متحده آمریکا آغاز می‌نماییم.

۲-۱. ایالات متحده آمریکا

همزمان با تصویب قانون کلی تن، واحدی موسوم به کمیسیون تجارت فدرال جهت نظارت بر ادغام‌ها ایجاد شد.^۲ واحدی که امروزه در معیت دادگاه عمومی فدرال به کنترل ادغام‌ها اشتغال دارد.^۳ با توجه به محتوای فصل هفت قانون مذکور، شناسایی مصادیق ممنوع ادغام‌ها از ناحیه مراجع مذکور با شاخص خاصی صورت می‌گیرد. شاخصی که از آن تحت عنوان «معیار کاهش اساسی رقابت»^۴ یاد می‌شود. بر این اساس ادغام‌ها در صورتی ممنوع خواهند بود که تحقق آنها رقابت را به شکلی اساسی کاهش دهد. در این میان مراجع مذکور جهت تفسیر و به‌کارگیری چنین معیاری، ناگزیرند که محتوای «اصول راهنمای ادغام‌های افقی»^۵ سال ۲۰۱۰ را مورد توجه قرار دهند. بر این اساس مطابق با محتوای راهنمای مذکور، مهم‌ترین مؤلفه‌های شناسایی مصادیق ممنوع ادغام‌ها از موارد مجاز آن را می‌توان در شاخصه‌های زیر خلاصه نمود.^۶

1. Hdebrand, Doris, Op.cit, pp. 82-83.

2. Joelson, Mark, An International Antitrust Primer, Library of Congress, London, 2006, pp. 674-675.

۳. امروزه رسیدگی به رویه‌های ضدتجاری در ایالات متحده آمریکا در صلاحیت دادگاه‌های عمومی فدرال است. در این میان رسیدگی به چنین موضوعاتی در این محکمه، متعاقب وصول درخواست به دفتر دادگاه صورت خواهد گرفت. در خصوص جریان ممنوع ادغام‌های تجاری، یکی از مهم‌ترین مراجعی که مکلف به اعلام چنین گزارش‌هایی خواهد بود، دادگاه عمومی فدرال است.

4. The Substantial Lessening of Competition/Substantial Lessen Competition.

5. U.S Department of Justice and The Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guideline, August 19, 2010.

6. Letwin, William, Op.cit, pp. 119-130.

از یک سو جریان ادغام‌ها نباید میان شرکت‌هایی صورت گیرند که با تحقق آن، از مجموع سرمایه آنان قدرتی متمرکز حاصل شود. امروزه یکی از معیارهای ارزیابی دامنه ممنوع ادغام‌ها توجه به شاخص تمرکز خواهد بود. راهنمای سال ۲۰۱۰ نیز از این شاخص به عنوان معیاری کمی شناسایی مصادیق ممنوع ادغام‌ها یاد نموده است. تمرکز موجود در هر بازاری، حکایت از میزان استعداد آن بازار در جهت خلق انحصاری نامتعارف دارد. بنابراین بررسی دامنه تمرکز این فایده را دارد که شناسایی آن، محدوده مجاز و ممنوع ادغام‌ها را بر ما نمایان می‌کند.^۱

در این خصوص باید توجه نمود که هر ادغامی با خود درجه‌ای از تمرکز را همراه خواهد داشت. با وجود این، تغییر شاخص تمرکز در صورتی جریانی ممنوع دارد که تحقق آن از ابعادی نامتعارف برخوردار باشد. مطابق با محتوای اصول راهنمای مذکور تعیین میزان نامتعارف تمرکز «... بر عهده کمیسیون تجارت فدرال است ... کمیسیون مکلف است همه‌ساله میزان آن را تعیین نماید ...» لازم به ذکر است که کمیسیون در تعیین آن، شرایط بازار و کیفیت جریان رقابت را مورد توجه قرار خواهد داد.^۲

از جانب دیگر تحقق ادغام‌ها نباید به نحوی صورت گیرد که به در پی آنها اخلاقی در حقوق مصرف‌کنندگان وارد شود. به عبارت دیگر ضروری است که در پی جریان تحقق ادغام‌ها، کارایی بازارهای تجاری افزایش یابد. این امر در گرو توجه به منافع مصرف‌کنندگان خواهد بود.^۳ در نتیجه چنانچه در پی ادغام‌ها، تولید محصولات (از حیث فناوری به کاررفته در آنها)، توزیع آنان و نیز عرضه خدمات منجر به لطمه به منافع مصرف‌کنندگان شود، باید آن را مصادقی نامطلوب دانست و با آن مقابله نمود.^۴ در خصوص دغدغه‌های فوق، کمیسیون نقش خود را در دو سطح پیشگیرانه و بازدارنده اعمال خواهد کرد. بر این اساس امروزه کلیه شرکت‌های موضوع ادغام، مکلف هستند قصد خود را به کمیسیون اطلاع دهند. کمیسیون در مدتی معادل با ۳۰ روز

1. Wendt, Ida, EU Competition Law and Liberal Profession, Library of Congress, New York, 2003, pp. 290-293.

۲. کمیسیون تجارت فدرال آمریکا، جهت احراز دامنه تمرکز از راهکارهای متعددی بهره می‌گیرد. یکی از مهم‌ترین آنها استفاده از شاخص «هرفیندال هیرشمن» است. شاخصی که با نام «Herfindahl-Hirschman Index (HHI)» شناخته می‌شود. شاخص مذکور با بررسی سهم تجاری بنگاه‌های موضوع ادغام به توان دو و جمع آنها در یکدیگر، میزان تمرکز موجود را شناسایی خواهد نمود. بر این اساس مطابق با آخرین اطلاعیه کمیسیون تجارت فدرال در صورتی که حاصل جمع اعداد این شاخص بیشتر از ۱۸۰۰ باشد، چنین ادغامی دارای تمرکزی شدید قلمداد خواهد شد.

3. Dabbah, Maher; lasok, Paul, Merger Cont World Wide, Cambridge University Press, New York, 2008, p. 232.

4. Lindsay, Alistair; Berridge, Alison, The EC Merger Regulation, Sweet and Maxwell, London, 2012, p. 585.

(که به دوران انتظار معروف است) زوایای مختلف مصداق موردنظر را بررسی می‌نماید. در پایان چنانچه ادغام را معارض با رقابت تلقی نماید، از تحقق آن ممانعت خواهد نمود. در این صورت شرکت مذکور از فرصت حضور در بازار محروم خواهد شد.^۱ همچنین در صورتی که شرکت‌های موضوع ادغام در خصوص تکلیف خود به کمیسیون تجارت فدرال اقدام ننمایند، نه تنها از جریمه نقدی به میزان ۱۶ هزار دلار در ازای هر روز تأخیر محکوم خواهند شد، بلکه کمیسیون تجارت فدرال در صورتی که اعمال آنان را مغایر با حقوق رقابت تلقی نماید، مکلف به ابطال آن اعمال خواهد بود.^۲

۲-۲. انگلستان

از آنجا که انگلستان به دلیل عضویت در بازارهای مشترک، متأثر از مصوبات اتحادیه خواهد بود، در ذیل ابتدا به تحلیل رویکرد بازارهای مشترک در رابطه با کنترل ادغام‌ها می‌پردازیم. سپس به بررسی مقررات داخلی انگلستان در این خصوص خواهیم پرداخت.^۳ نظارت بر بازارهای اروپایی و حفظ رقابت در سطوح مختلف اقتصادی دغدغه‌ای بود که از همان بدو تأسیس جامعه مشترک در میان اعضای آن وجود داشت. در این میان، «کمیسیون اروپایی»^۴ نیز با چنین هدفی تأسیس شد. مرجعی که متصدی اجرای قواعد عمومی تنظیم بازارهای تجاری در سراسر اتحادیه اروپا بود. با این وجود فراگیر شدن ادغام‌ها در بازارهای مشترک، دغدغه‌های فراوانی را در خصوص لزوم تخصصی شدن نظارت بر آنها ایجاد نمود. تصویب مقرره‌ای موسوم به «قانون کنترل ادغام (شرکت‌های تجاری در مرزهای اتحادیه اروپا)»^۵ را باید پاسخی بر آن دانست.^۶ ابداع قابل توجه این قانون را باید در استفاده از شاخصی به خصوص، موسوم به «معیار مانع چشمگیر جریان مؤثر رقابت»^۷ جهت شناسایی دامنه مجاز ادغام‌ها از مصادیق ممنوع آنها دانست.^۸ مطابق با محتوای کلی مقرر مذکور، مقصود از مانع چشمگیر، موقعیت

1. Laing, David; Gomez, Luis, Global Merger Control Manual, Cameron May Ltd, London, 2007, pp. 180-190.

2. Lindsay, Alister; Berridge, Alison, Op.cit. p. 450.

۳. باید به این نکته توجه نمود که ادغام‌ها در صورتی مشمول مقررات اتحادیه خواهند شد که یکی از دو شرط زیر در آنها وجود داشته باشد:

– مجموع گردش مالی شرکت‌های موضوع ادغام بیش از ۵ میلیارد یورو در سطح جهانی باشد.

– مجموع گردش مالی شرکت‌های موضوع ادغام در سطح اتحادیه اروپا بیش از ۲۵۰ میلیون یورو باشد.

4. European Commission

5. Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation).

6. Kokkoris, Ioannis, Merger Control in Europe, Routledge, New York, 2011, pp. 18-19.

7. The Significantly Impeding Effective Competition Test (SIEC Test)

8. Robert, Wood, The Demography of Victorian England and Wales, Cambridge University Press, London, 2000, pp. 253-254.

مسلط شرکت‌های حاصل از ادغام خواهد بود. در نتیجه در محدوده بازارهای مشترک، ادغام‌ها در صورتی جریانی ممنوع خواهند داشت که در پی آن، شرکت‌های حاصل از آن به موقعیتی مسلط نایل شوند. در این صورت باید آنها را ممنوع دانست.^۱ به منظور مقابله با دامنه ممنوع ادغام‌ها، کمیسیون رقابت متصدی نظارت بر آنها خواهد بود. نظارتی که در دو سطح پیشگیرانه و بازدارنده جریان دارد.^۲

ماده ۴ مقرر مذکور به جریان پیشگیرانه کنترل ادغام‌ها اختصاص دارد. بر این اساس شرکت‌های موضوع ادغام مکلفند قصد خود را به کمیسیون اطلاع دهند. کمیسیون در همان ابتدا، مدت رسیدگی را به شرکت‌های متقاضی اطلاع خواهد داد. مرجع اخیر در این مدت (دوران انتظار)، مبادرت به رسیدگی در تمامی زوایای مختلف مصداق مورد نظر خواهد نمود. در پایان نیز چنانچه خصایص مربوط به موقعیت مسلط را در مصداق مورد نظر احراز نمایند، با صدور مجوزهای مربوطه، اجازه طی مراحل تحقق ادغام را به شرکت‌های موضوع آن خواهد داد. همچنین در صورتی که در پایان مدت مذکور پاسخی واصل نشود، سکوت کمیسیون در حکم تأیید خواهد بود.^۳

با وجود این، چنانچه کمیسیون جریان ادغام را عاملی در جهت ایجاد موقعیتی مسلط قلمداد نماید، این امر، فرجام کار نخواهد بود. شرکت متخلف این فرصت را خواهد داشت تا با متابعت از رهنمودهای کمیسیون، ضمن آنکه زوایای مخرب مصداق مورد نظر را مرتفع نمایند، مجوزهای لازم را جهت حضور در بازارهای مشترک تحصیل کند. در این صورت هیچ گاه از بخت حضور در بازار محروم نخواهند شد. بیهوده نیست که غالب پژوهش‌گران، سیاست اروپایی کنترل ادغام‌ها را در دوران انتظار به «سیاستی مبتنی بر تغییر و تعدیل»^۴ تعبیر نموده‌اند. زیرا که کمیسیون باید تا حد امکان تدابیر پیش‌گیرانه نظارت را به نحوی اعمال نماید که نتیجه آن تعدیل مصداق مخرب و تبدیل آنان به جریانی مطلوب باشد.^۵

در این میان چنانچه ادغام‌ها در سطح بازارهای مشترک واقع نشوند، مشمول مقررات داخلی کشورهای عضو خواهند بود. انگلستان نیز چنین وضعیتی دارد. بر این اساس در بازارهای داخلی انگلستان، مقررات «قانون رقابت»^۶ مصوب ۱۹۹۸ مبنای

1. Manfred, Neumann; Jurgen, Veigand, The International Handbook of Competition, Edward Elgar Publishing Limited, London, 2004, p. 265.

2. Wendt, Ida, Op. cit, pp. 112-113.

3. Decker, Christopher, Economic and the Enforcement of European Competition Law, Edward Elgar Publishing Limited, Massachusetts, 2009, p. 104.

4. Mutatis Mutandis Policy

5. Jones, Alison; Sufrin, Brenda, EC Competition Law, Third Edition, Oxford University Press, London, 2008, p. 1084.

6. Competition Act, 1998

اصلی نظارت بر بازارهای تجاری را تشکیل می‌دهد. مطابق با قانون مذکور، مرجع تخصصی رقابت در این کشور «کمیسیون رقابت»^۱ محسوب می‌شود. مرجعی که در معیت خود «مرکز رقابت و بازار»^۲ را دارد.^۳ مرکز رقابت و بازار، به عنوان بازویی مشورتی برای کمیسیون رقابت محسوب می‌شود. با تأملی اجمالی در مقررات انگلستان، باید بر این باور بود که در این کشور جهت نظارت بر ادغام‌ها، رویکردی تخصصی وجود ندارد. در نتیجه نظارت بر ادغام‌ها با همان قواعد عمومی کنترل بازار صورت می‌گیرد.^۴ مطابق با محتوای کلی قانون رقابت، تعاملات تجاری در جایی صورتی ممنوع خواهند داشت که در پی آنها موقعیتی مسلط در بازار ایجاد شود. اگرچه در مقررات داخلی انگلستان، مانند قواعد اتحادیه اروپا شاخصی تخصصی جهت شناسایی ادغام‌های ممنوع وجود ندارد؛ اما به نظر می‌رسد که مقابله با دامنه ممنوع ادغام‌ها در بازارهای داخلی این کشور وضعیتی شبیه به بازارهای مشترک دارد. از این رو در این کشور موقعیت مسلط را باید معیار اصلی شناسایی دامنه ممنوع ادغام‌ها قلمداد نمود.^۵

در بازارهای داخلی انگلستان نظارت بر ادغام‌ها در دو سطح پیشگیرانه و بازدارنده جریان دارد. در رابطه با جریان پیشگیرانه نظارت، مطابق با محتوای مواد ۸۹۹ و ۹۰۰ قانون شرکت‌های ۲۰۰۶ این کشور، اعمال آن با نقش پررنگ مراجع قضایی همراه است. بر این اساس جریان ادغام‌ها در این کشور مستلزم صدور حکم مراجع قضایی خواهد بود.^۶ محاکم در صورتی چنین حکمی را صادر خواهند نمود که تحقق ادغام، موقعیتی مسلط را در بازار ایجاد ننماید. بنابراین در صورتی که جریان ادغام‌ها انسجام موجود در بازارهای داخلی انگلستان را متزلزل نماید، مراجع قضایی از صدور حکم در خصوص آنها خودداری خواهند نمود. در راستای این وظیفه، محاکم حق استعلام از مراجع تخصصی مربوطه را خواهند داشت. در خصوص دغدغه حفظ جریان رقابت،

1. Competition Commission

2. Competition and Market Authority

۳. در سال ۲۰۱۳ با تصویب قانون سرمایه‌گذاری، دفتر تجارت منصفانه «Office of Fair Trading (OFT)» منحل شد. در همان سال به موجب آن قانون، مرکز رقابت و بازار به عنوان جایگزینی برای آن تأسیس شد. واحد اخیر تحت نظارت وزیر بازرگانی قرار دارد. ارگانی که وظیفه آن تسهیل امر نظارت در بازارهای داخلی انگلستان است. مرکز رقابت به مانند نوعی بازوی مشورتی برای کمیسیون رقابت محسوب می‌شود و موظف است با اعمال نظارتی مستمر، ضمن احراز مصادیق ممنوع فعالیت‌های ضد تجاری، جریان آنها را به کمیسیون گزارش نماید.

4. Van Gerven, Dirk, Cross-Border Merger in Europe, Volume 2, Cambridge University Press, 2011, p. 117.

5. Zimmer, Daniel, The Goals of Competition Law, Ascola, New York, 2012, pp. 89-95.

6. Vadapalli, Ravindhar, Merger, Acquisition and Bussiness Valuation, Excel Book, New Dehli, 2007, pp. 104-118.

کمیسیون رقابت مرجعی تخصصی برای این منظور محسوب می‌شود و در کنار آن، مرکز رقابت و بازار بازوی مشورتی آن خواهد بود. بر این اساس در صورتی که گزارش واصله از جانب کمیسیون، گویای آن باشد که مصداق مذکور ابعادی نامتعارف و نامطلوب دارد، محکمه آن را تأیید نخواهد کرد.^۱

در این میان نکته قابل توجه آن است که برای تأیید مراتب فوق (در قانون) مهلتی پیش‌بینی نشده است. از این رو جریان پیشگیرانه نظارت در بازارهای داخلی انگلستان، مدتی نامعلوم دارد.

۲-۳. حقوق ایران

در مقررات کشورمان رویکرد اصلی کنترل ادغام‌ها را در ماده ۴۸ ق.ا.س.ک.ا، باید جستجو نمود. آنچه رویکرد اصلی بندهای مختلف این ماده را تشکیل می‌دهد، ضرورت مقابله با عوامل محل (زایل‌کننده) رقابت است. از این رو بنگاه‌های ادغام‌کننده، در صورتی با واکنش‌های مراجع رقابت مواجه خواهند شد که ساختار آنها ابعادی مخرب برای بازار داشته باشد و آثار حاصل از آنها بر نظم رقابتی بازار تأثیر نامطلوبی برجای گذارد.

با وجود این، ابهام اصلی در رابطه با محدوده آن مطرح می‌شود. بر این اساس پرسش آن است که در مقررات ایران، ادغام‌ها را در چه صورتی می‌توان واجد چنین اوصافی تلقی نمود. پاسخ به این سؤال مستلزم شناسایی مبانی اصلی کنترل ادغام‌ها در بازارهای کشورمان خواهد بود. با این وجود تشخیص این امر به سادگی میسر نخواهد بود، زیرا در مقررات موجود ضمن آنکه محتوای ماده ۴۸ اجمال فراوان دارد، محدوده مخرب ادغام‌ها به طور دقیق مشخص نشده است. از این رو به روشنی معلوم نیست که بندهای ماده ۴۸ چه مصادیقی از ادغام‌ها را شامل می‌شوند. بنابراین صرفاً با تکیه بر ظاهر آن، به تنهایی قادر به احراز دامنه ممنوع ادغام‌ها نخواهیم بود. علاوه بر آن اگرچه مطابق با تبصره ۲ ماده ۴۸، شورای رقابت مکلف است دامنه ممنوع ادغام‌ها را در سطوح مختلف تجاری تعیین نماید، با این وجود علیرغم چنین تکلیفی شورا تا به امروز هیچ‌گونه راهنما و یا دستورالعملی را در این خصوص مدون ننموده است. در نتیجه در بازارهای کشورمان بر خلاف دیگر کشورها رهنمود دقیقی در این خصوص وجود ندارد.

ملاحظه می‌شود که ابهام‌های فوق احراز سیاست موجود در حقوق رقابت ایران را دشوار خواهد نمود. وجود چنین ابهام‌هایی در کنار فقدان راهنمایی دقیق، عنایت به برخی از اشارات موجود در دیگر مواد این قانون را ناگزیر می‌سازد. ماده ۴۵ که اقدامات

1. Kokkoris, Ioannis, Op. cit, p. 202.

یک‌جانبه را مقرر می‌دارد، با ساختار ادغام‌های تجاری و اتحاد حاصل میان شرکت‌های موضوع آن تا حدودی شباهت دارد. در نتیجه به نظر می‌رسد که به کمک این ماده می‌توان اراده پنهان قانون‌گذار در رابطه با دامنه ممنوع ادغام‌ها را شناسایی نمود.

ماده ۴۵ از مواردی نظیر افزایش نامتعارف قیمت‌ها، افزایش چشمگیر شاخص تمرکز، امکان کنترل قیمت‌ها و دیگر مصادیق قطعی یا احتمالی رویه‌های ضدتجاری یاد می‌نماید. با تأمل در این ماده بدون تردید باید بر این باور بود که جریانات مذکور تنها در جایی حاصل خواهند شد که شرکت متخلف در موقعیتی مسلط بر بازار قرار گیرد تا با سوءاستفاده از این وضعیت بتوانند اخلاقی شدیدی را در آن بازار ایجاد نمایند. به نظر می‌رسد که موقعیت مسلط را باید شاخص اصلی شناسایی دامنه ممنوع ادغام‌ها در مقررات کشورمان دانست. در نتیجه باید بر این باور بود که در بازارهای ایران در جایی با شرکت‌های ادغام‌کننده مقابله خواهد شد که در نتیجه جریان ادغام، شرکت مذکور در موقعیتی قرار گیرد که در اثر آن، سلطه‌ای مؤثر را بر سایر رقبا اعمال نمایند. تأکید بر موقعیت مسلط شرکت‌های ادغام‌کننده جهت احراز زوایای نامتعارف ادغام‌ها، وضعیت ایران را به سیاست‌های موجود در بازارهای مشترک بسیار نزدیک می‌کند.

با تأمل در محتوای ماده ۴۹، باید بر این باور بود که در بازارهای کشورمان جریان کنترل ادغام‌ها در دو سطح پیشگیرانه و بازدارنده جریان دارد. با وجود این، به نظر می‌رسد که در بازارهای کشورمان بر خلاف دیگر نظام‌ها، دوران انتظار و متعاقب آن تدابیر پیشگیرانه نظارت ماهیتی اختیاری دارد. زیرا که مطابق با صدر ماده مذکور «... شرکت‌ها می‌توانند در مورد شمول مواد (۴۷) و (۴۸) این قانون بر اقدامات خود از شورای رقابت کسب تکلیف کنند ...» از این رو شرکت‌های موضوع ادغام، تکلیفی به اطلاع‌رسانی از قصد خود نخواهند داشت.

اتخاذ چنین رویکردی در عمل، ضوابط این ماده را به قواعدی متروکه مبدل خواهد نمود، زیرا به طور طبیعی، شرکت‌های تجاری تمایلی بر آن ندارند تا قصد خود را در خصوص ادغام‌ها اطلاع‌رسانی نمایند. آنان بیشتر درصدد آن هستند تا اسناد مربوط به ادغام را از منظر مراجع رقابت مخفی کنند. در نتیجه اعمال این رویکرد در کارزار عمل، به ندرت جریان پیشگیرانه نظارت را به دنبال خواهد داشت. از جانب دیگر، اعمال رویکرد شورا را موظف می‌نماید که خود رأساً سطوح مختلف بازار را رصد نماید. این وضعیت، تراکم بیش از حد وظایف شورا را در پی خواهد داشت و ضریب خطا را در عملکرد آن، افزایش خواهد داد. همچنین این رویکرد ضمن آنکه دستورات شورا را نسبت به اعلام انطباق مصداق مورد نظر با جریان رقابت، به تصمیماتی بیهوده مبدل می‌نماید، راه‌گریز را برای شرکت‌های متخلف هموار خواهد نمود، زیرا پذیرش سیاستی

اختیاری در خصوص اطلاع‌رسانی به منزله آن است که ادغام‌ها از لحظه وقوع واجد آثاری قانونی خواهند بود. از این رو در مقررات کشورمان، جریان آثار ادغام‌ها را نمی‌توان منوط به صدور چنین دستوری نمود. در نتیجه در چنین وضعیتی باید قائل بر آن بود که نسبت به دستورات مذکور در ماده ۴۹، هیچ نوع اثری مترتب نخواهد شد. از این رو اقدام شورا را باید به رفتاری بیهوده تشبیه نمود. با این وجود، این امر تنها خصیصه منفی آن محسوب نمی‌شود. در این خصوص باید توجه نمود که نه تنها دستورات مذکور، تصمیماتی بیهوده محسوب می‌شوند، بلکه صدور آنها (و یا سکوت در فرجه یک‌ماهه) در آینده نوعی محدودیت برای شورا ایجاد خواهد نمود. زیرا قسمت آخر ماده ۴۹ مقرر می‌دارد: «... در صورت اعلام عدم شمول مواد (۴۷) و (۴۸) این قانون به اقدامات موضوع استعلام یا عدم ارسال پاسخ از سوی شورا ظرف مدت مقرر، اقدامات مذکور صحیح تلقی می‌شود.» این امر بدان معنا خواهد بود که چنانچه شورا با جریان تملک و ادغام موافقت نماید و یا در فرجه تعیین شده سکوت کند، دیگر نمی‌تواند با چنین بهانه‌ای با شرکت‌های ادغام‌کننده مقابله نماید. هرگونه تفسیری غیر از این، عبارت «صحیح تلقی می‌شود» مندرج در قسمت ذیل ماده را بیهوده خواهد نمود.

ملاحظه می‌شود که تدابیر پیشگیرانه کنترل ادغام‌ها در بازارهای کشورمان، تفاوت‌هایی اساسی با دیگر کشورها دارد. تفاوت‌های مذکور در خصوص جریان بازدارنده نظارت و ضمانت‌های اجرایی مربوط به دامنه ممنوع ادغام‌ها چهره‌ای ملموس‌تر خواهد داشت.

در بازارهای کشورمان ضمانت‌های اجرای دامنه ممنوع ادغام‌ها را باید در ماده ۶۱ جستجو نمود. با این وجود ماده مذکور محتوایی مشتت و دامنه‌ای پراکنده دارد. محتوای مذکور اگرچه از بندهایی پراکنده تشکیل شده، اما به نظر می‌رسد که می‌توان این ماده را (با اندکی مسامحه) مجموعه‌ای از واکنش‌های رفتاری و ساختاری قلمداد نمود. زیرا برخی از بندهای آن از ضمانت‌های اجرایی رفتاری خبر می‌دهند و رفتارهای نامتعارف شرکت‌های ادغام‌کننده را شامل می‌شوند. در مقابل پاره‌ای دیگر چهره‌ای ساختاری دارند و مربوط به ساختار نامتعارف شرکت‌های حاصل از ادغام هستند. بر این اساس بندهای ۲، ۳، ۴، ۹ و ۱۱ این ماده حکایت از واکنش‌های رفتاری دارند. همچنین دیگر بندهای این ماده را باید گویای ضمانت‌های اجرایی ساختاری دانست. علاوه بر آن باید بر این باور بود که واکنش‌های مذکور از حیث زمانی، هر یک به مرحله به‌خصوصی از جریان ممنوع ادغام‌ها تعلق دارند. از این رو در اعمال آنها باید پاره‌ای از ملاحظات را در نظر داشت. در ادامه با در نظر گرفتن ترتب زمانی هریک از این واکنش‌ها، به مطالعه در باب ضمانت‌های اجرایی ادغام‌های ممنوع خواهیم پرداخت.

مستنبط از مفهوم بندهای ۹ و ۱۱ الزام به رعایت شاخصه‌های ضروری جریان رقابت را نخستین واکنش شورای رقابت در مواجهه با دامنه ممنوع ادغام‌ها باید دانست. بر این اساس چنانچه در اثر جریان ادغام، تعادل موجود در قسمتی از بازار از میان رود، مطابق با بند نهم این ماده، شورای رقابت در خصوص شرکت‌های متخلف دستوری مبنی بر عدم فعالیت در آن «منطقه یا مناطق خاص» را صادر خواهد نمود. همچنین در صورتی که از میان رفتن تعادل به دلیل افزایش نامتعارف سهم بازاری شرکت حاصل از ادغام باشد، به موجب بند یازدهم آن ماده، شورا این امکان را خواهد داشت که به منظور اعاده وضعیت به حالت سابق، آن «بنگاه‌ها و شرکت‌ها را به رعایت حداقل عرضه و دامنه قیمتی در شرایط انحصاری» الزام نماید. طبیعتاً چنین التزامی در حالتی میسر خواهد بود که با التزام آن واحدها به رعایت استانداردهای مربوطه، بتوان تعادل را به بازارهای تجاری بازگرداند.

به موجب بند دوم ماده مذکور، دستور به توقف شرکت ادغام‌کننده واکنشی دیگر جهت مقابله با ادغام‌ها محسوب می‌شود. به نظر می‌رسد که چنین توقفی تا مدتی ادامه خواهد داشت که با انقضای آن انضباط مورد نظر به بازارهای تجاری بازگردد. با وجود این، ضروری است که مدت مذکور به طور دقیق از جانب شورا مشخص شود. از این رو این دستور را نمی‌توان تصمیمی دائمی تلقی نمود. زیرا اگر مقصود قانون‌گذار از آن، توقف دائمی فعالیت‌های شرکت بود، به دلیل وجود واکنش‌هایی نظیر فسخ، ابطال و دیگر طرق انحلال شرکت‌های تجاری در بندهای دیگر این ماده، ضرورتی به تصریح در خصوص آن نبود.

مطابق با قسمت نخست بند هفتم، التزام به تعلیق شرکت‌های حاصل از ادغام را باید دیگر واکنش رفتاری شورا تلقی نمود. هنگامی که در کشورمان از تعلیق یاد می‌کنیم، ماده ۱۸۹ قانون مدنی به ذهن متبادر می‌شود. تعلیق در مفهوم منوط شدن اعمال حقوقی به حوادث احتمالی به کار می‌رود. به همین علت شورای رقابت در جایی می‌تواند دستور به تعلیق را صادر نماید که امکان پیش‌بینی مدتی دقیق برای اعاده وضعیت بازار به حالت سابق موجود نباشد. در چنین شرایطی شورای رقابت ناگزیر خواهد بود تا زمانی که آثار مخرب موردنظر برطرف گردد، دستور تعلیق را صادر نماید. در نتیجه باید بر این باور بود که دستور تعلیق، به دلیل ماهیت احتمالی آن؛ مدتی نامعلوم دارد. پایان آن زمانی خواهد بود که شرایط متزلزل موجود مرتفع شود. هرگونه تفسیری غیر از این دلیل وجودی تعلیق را بیهوده می‌نماید. از آنجا که مطابق با بند دوم، دستور به توقف در مدتی معلوم صادر می‌شود، چنانچه قائل بر آن شویم که دستور به تعلیق نیز باید از بازه زمانی دقیقی برخوردار باشد، در این صورت باید بر این باور بود

که التزام به تعلیق واکنشی بیهوده و غیرضروری محسوب می‌شود. در نتیجه باید پذیرفت که التزام به تعلیق به دلیل ماهیت احتمالی آن، مدت دقیقی ندارد.

در سطور فوق با واکنش‌های رفتاری شورا آشنا شدیم. اما به نظر می‌رسد که دستورات مذکور هیچ نوع ضمانت اجرایی وجود ندارد. به عبارت دیگر چنانچه شرکت‌های متخلف علیرغم تصیم شورا در خصوص موارد مذکور، از تصمیمات متابعت نمایند، در این قانون ضمانت اجرایی برای آن پیش‌بینی نشده است.

پذیرش این وضعیت، ضمن آنکه دستورات متصدیان رقابت را به دستوراتی تشریفاتی مبدل می‌نماید، امکان نقض تصمیم‌های شورا و عدم تمکین به واکنش‌های رفتاری را برای شرکت‌های متخلف فراهم خواهد نمود. در نتیجه ضروری است که از مقررات موجود، تفسیر دیگری را ارائه دهیم تا در پی آن واکنش‌های رفتاری موجود در بازارهای کشورمان در زمره تصمیماتی تأثیرگذار قلمداد شوند.

به نظر می‌رسد هنگامی که قانون‌گذار از التزام به رعایت شاخصه‌های ضروری جریان رقابت یاد می‌کند، به نوعی شرکت مذکور را از رفتارهای خلاف استانداردهای ابلاغی ممنوع می‌نماید. همچنین در جایی که شرکت‌های متقاضی توسعه به توقف از فعالیت‌های تجاری ملتزم می‌شوند، دیگر در مدت توقف مجوز اشتغال را نخواهند داشت. علاوه بر آن، دستور به تعلیق به معنای محرومیت از فعالیت‌های تجاری در مدت تعلیق خواهد بود. ممنوعیت، فقدان مجوزهای ضروری تجارت و محرومیت، مطابق با قواعد عمومی قراردادهای تجاری به معنای اسقاط حقوق مدنی خواهد بود. شرکتی که از حیث مدنی، اهلیت تمتع نسبت به تعاملات خاصی را ندارد، اجازه اشتغال به آنها را نخواهد داشت. به نظر می‌رسد که آنچه ماهیت اصلی این دستورات را تشکیل می‌دهد، نوعی فقدان حق است که اختیار سلب آن به موجب ماده ۶۱، از جانب قانون‌گذار به شورای رقابت اعطا شده است. بنابراین در جایی شورا دستور توقف، تعلیق و یا ممنوعیت صادر می‌کند، این امر بدان معنا است که شورا، حقوق شرکت‌های مذکور را مطابق با ضوابط موجود در ماده ۴۵۴ قانون مدنی ساقط نموده است. حال اگر این شرکت‌ها علیرغم اسقاط چنین حقوقی، مبادرت به ارتکاب رفتارهای ممنوع شده نمایند، تمامی اقدامات آنان را باید باطل تلقی نمود. ملاحظه می‌شود که با پذیرش این تفسیر، ضمن احترام به جایگاه و تصمیمات شورای رقابت، واکنش‌های رفتاری موجود در ماده ۶۱ را از پشتوانه‌ای مستحکم برخوردار نموده‌ایم.

محدوده ماده ۶۱ تنها به ضمانت‌های اجرایی رفتاری محدود نمی‌شود. در ادامه از حیث ترتب زمانی، به بررسی واکنش‌های ساختاری خواهیم پرداخت.

دستور به اصلاح ساختار مخرب شرکت‌های ادغام‌کننده را باید خفیف‌ترین ضمانت اجرای ساختاری ماده ۶۱ دانست. مطابق با بند دهم ماده ۶۱، از جمله اختیارات شورای رقابت را باید در اصلاح اساسنامه و تعدیل صورتجلسات داخلی شرکت‌ها دانست. بر این اساس شورای رقابت می‌تواند «... دستور به اصلاح اساسنامه، شرکت‌نامه یا صورتجلسات مجامع عمومی یا هیأت‌مدیره شرکت‌ها ...» را صادر نماید. مطابق با ظاهر کلی ماده ۶۱، به نظر می‌رسد شورای رقابت در جایی امکان استناد به اصلاحات موجود در این بند را خواهد داشت که اساسنامه، شرکت‌نامه و یا سایر اسناد داخلی شرکت‌های ادغام‌کننده را حاوی قیدی بدانند که وجود آن، معارض با جریان عادی رقابت باشد. در این صورت می‌تواند اجرای ضوابط موجود در این بند را دستور دهد.

به موجب بند هفتم، التزام به تجزیه ابعاد شرکت‌های حاصل از ادغام واکنش دیگری است که قانون‌گذار کشورمان، جهت مقابله با دامنه ممنوع تعاملات تجاری بر استفاده از آن تأکید دارد. رویکردی که ساختار متمرکز بنگاه‌ها را در نظر دارد و در صدد است تا با تجزیه شرکت‌های متمرکز، ضمن برقراری تعادل؛ شرایط عادی تمرکز را در بازارهای تجاری برقرار نماید. از این رو واکنشی ساختاری محسوب می‌شود. در نتیجه تجزیه را باید راهبردی برای کوچک نمودن حجم نامتعارف شرکت‌های ادغام‌کننده دانست.

دستور به فسخ ساختار مخرب ادغام‌ها، واکنش دیگری است که بند نخست ماده ۶۱ حکایت از آن دارد. مطابق با قواعد عمومی قراردادهای تجاری، اثر فسخ را باید نسبت به آینده دانست. بنابراین باید بر این باور بود که با اعمال چنین واکنشی، تعاملات مذکور از لحظه وقوع تا تاریخ وقوع فسخ معتبر بوده و دارای آثاری قانونی خواهند بود. در نتیجه تاریخ انحلال آنها را باید از لحظه تحقق فسخ دانست.

با این مقدمه باید پذیرفت که شورای رقابت به ندرت می‌تواند چنین واکنشی را اعمال نماید. زیرا صرفاً ادغام‌هایی را می‌توان مشمول چنین واکنشی دانست که در لحظه وقوع، اخلاقی را در انضباط بازارهای تجاری ایجاد ننمایند. از این رو چنانچه زوایای مخرب ادغام در لحظه وقوع حاصل شود، دیگر نمی‌توان چنین واکنشی را نسبت به آن اعمال نمود. هرگونه تفسیری غیر از برداشت فوق، با مبانی اصلی حقوق رقابت در تعارضی آشکار خواهد بود. زیرا ماهیت فسخ و تأثیر آن نسبت به آینده مؤید آن خواهد بود که چنانچه ضمانت اجرای فسخ را نسبت به جریانات اخیر اعمال نماییم، ضمن رسمیت یافتن رویه‌های ضدتجاری و صدمات جبران‌ناپذیر آن به بازار، مسیر نقض قواعد رقابت را برای شرکت‌های متخلف هموار نموده‌ایم. در نتیجه چاره‌ای جز پذیرش این

تفسیر نخواهیم داشت. با این وجود تصور ادغام‌هایی که از چنین ابعادی برخوردار باشند، بسیار دشوار و حتی غیرممکن خواهد بود. در نتیجه باید بر این باور بود که شورای رقابت در عمل هیچ گاه قادر نخواهد بود که چنین واکنشی را اتخاذ نماید. بیهوده نیست که در هیچ یک از دیگر کشورها چنین واکنشی را مشاهده نمی‌کنیم. به موجب بند هفتم «دستور به ابطال» ادغام را باید به عنوان شدیدترین واکنش ساختاری ماده ۶۱ تلقی نمود. ماده فوق از عبارت «ابطال» به عنوان واکنشی برای مصادیق ممنوع توسعه یاد می‌کند. ابطال را باید در معنای تغییر وضعیت حقوقی تعاملات قراردادی از حالت صحیح به وضعیت باطل تعبیر نمود. می‌دانیم در امکان پذیرش چنین مفهومی در مقررات کشورمان اختلاف نظر فراوان است. به طور کلی صرف‌نظر از اختلافات موجود، باید پذیرفت که این مفهوم در مقررات کشورمان وضعیتی کاملاً استثنایی دارد. زیرا در مقررات کشورمان تغییر وضعیت قراردادهای تجاری، به سادگی امکان‌پذیر نیست.^۱

با عنایت به مراتب فوق و با در نظر گرفتن محتوای کلی ق.ا.س.ک.ا. ۴۴، باید بر این باور بود که مقصود قانون‌گذار در بند هفتم ابطال نبوده است. زیرا از یک سو مواد مختلف این قانون به وضوح حکایت از عدم دقت قانون‌گذار در تشریح محتوای آن دارد. در سابق دیدیم که بسیاری از الفاظ و عبارات موجود در این ماده در مفهوم درست و جایگاه مناسب استعمال نشده است. در نتیجه در مواجهه با این وضعیت باید پذیرفت که ادبیات قانون‌گذار در مواد مختلف این قانون، چندان دقیق و قابل اطمینان محسوب نمی‌شود. از جانب دیگر، ابطال جریانی کاملاً استثنایی در مقررات کشورمان دارد. این در حالی است که در قانون مذکور، هیچ گونه صراحتی در خصوص پذیرش این مفهوم از جانب قانون‌گذار دیده نمی‌شود. حال چگونه می‌توان با استناد به یک ماده مبهم از قانونی که انشاء دقیقی ندارد، یک قاعده استثنایی را در فقدان تصریح قانونی مورد پذیرش قرارداد؟! بنابراین باید نتیجه گرفت که قانون‌گذار در تدوین محتوای بند هفتم، از ذکر عبارت ابطال در مقام بیان نبوده است. به نظر می‌رسد که مقصود از ابطال، همان دستور به بطلان است.

ملاحظه می‌شود که چنانچه شورای رقابت مصادیقی را منطبق با بند هفتم احراز نماید، آن را باطل خواهد نمود. در این خصوص باید توجه نمود که اگرچه قانون‌گذار از لفظ «دستور» استفاده نموده است، اما در این رابطه، اقدام مستقیم شورا را در نظر داشته است. به نظر می‌رسد که علت عدم استفاده از عباراتی نظیر «اعلام» یا «اعلان»

۱. برای مطالعه در خصوص این اختلافات، ر.ک: طالب احمدی، حبیب، «معاملات قابل ابطال در حقوق ایران»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۹، شماره ۳، ۱۳۸۴، صص ۱۶۲-۱۴۵.

را باید در تردید نویسندگان این قانون در رابطه با ماهیت شورای رقابت توجیه نمود. اگرچه شورا خود مخلوق این قانون محسوب می‌شود، اما با مطالعه مواد مختلف آن به وضوح می‌توان تردید قانون‌گذار را نسبت به ماهیت و جایگاه شورای رقابت احراز نمود. بر این اساس از آنجا که اعلام بطلان قراردادهای تجاری علی‌الاصول در زمره اختیارات مراجع قضایی محسوب می‌شود، نویسندگان در قید این لفظ برای شورا تردید داشته‌اند. به همین علت از ذکر صریح عبارت اعلان بطلان پرهیز نموده‌اند. در نتیجه به جای آن، عبارت «دستور به ابطال» را به کار برده‌اند. از این رو باید بند هفتم را در معنای اعلام بطلان تعبیر نمود.

۳. مبنای کارآمد کنترل ادغام‌ها و سیاست مطلوب نظارت بر آنها

کنترل ادغام‌های تجاری در جایی نتایجی مطلوب خواهد داشت که سیاستی کارآمد مبنای عملکرد مراجع رقابت را تشکیل دهد. سیاستی که جریان آن در سه سطح مختلف نمایان خواهد شد. بر این اساس در وهله نخست ضروری است که شاخصی فراگیر به عنوان معیار ارزیابی دامنه ممنوع و مجاز ادغام‌ها انتخاب شود. در این خصوص لازم است که معیار مذکور رویکردی جامع نسبت به زوایای مخرب ادغام‌ها داشته باشد. با این حال معیار موجود در بازارهای مشترک، فاقد چنین اوصافی محسوب می‌شوند. واقعیت آن است که معیار فعلی اتحادیه اروپا (مانع چشمگیر جریان مؤثر رقابت)، تنها قابلیت شناسایی موقعیت مسلط شرکت‌های ادغام‌کننده را دارد. در نتیجه با به‌کارگیری آن، نمی‌توان سایر رویه‌های ضدتجاری را احراز نمود. این در حالی است که جریان ممنوع ادغام‌ها، طیف گسترده‌ای از رویه‌های محدودکننده رقابت را شامل می‌شوند. در این میان موقعیت مسلط را تنها می‌توان یکی از اقسام آن قلمداد نمود. بر این اساس چنانچه جریان نامتعارف ادغام‌ها موقعیتی مسلط را ایجاد ننماید، احتمال بروز تبعات مخل رقابت منتفی نخواهد بود. حال اگر کنترل ادغام‌ها تنها با تأکید بر چنین معیاری صورت گیرد، پرسش آن است که چگونه می‌توان با مصادیق مذکور مقابله نمود. واقعیت آن است که معیار موجود در بازارهای اروپایی را نمی‌توان رویکردی جامع دانست. باید پذیرفت که سیاست اروپایی حاکم بر کنترل ادغام‌ها بر همان باورهای سابق وفادار مانده است. زیرا حتی امروزه نیز هدف اصلی مقامات ذی‌صلاح از اعمال سیاست‌های فوق در بستر بازارهای مشترک، مقابله با موقعیت مسلط شرکت‌های ادغام‌کننده است. از این رو سیاست اروپایی کنترل ادغام‌ها را باید نگرشی جزئی دانست که محدوده آن تنها به تمرکز حاصل از موقعیت مسلط شرکت‌های ادغام‌کننده خلاصه خواهد شد.

ملاحظه می‌شود که معیار اروپایی جامعیت لازم را ندارد. در نتیجه باید پذیرفت که شناسایی دامنه ممنوع ادغام‌ها در بازارهای مشترک اروپا، با دقت چندانی صورت نمی‌گیرد. از این رو نمی‌توان رویکرد مذکور را به عنوان الگویی موفق قلمداد نمود. در این میان، بازارهای داخلی انگلستان وضعیتی مشابه با اتحادیه اروپا دارد. همچنان که بازارهای کشورمان نیز از این شاخص متابعت می‌نماید. تأکید بر موقعیت مسلط شرکت‌های ادغام‌کننده جهت مقابله با زوایای مخرب آنها، رویکرد اصلی بازارهای ایران را تشکیل می‌دهد. رویکردی که در اروپا تجربه موفق محسوب نمی‌شود و در ایران نیز آینده چندان روشنی برای آن پیش‌بینی نخواهد شد. ضرورت اتخاذ نگرشی جامع و لزوم اعمال معیاری دقیق جهت مقابله با زوایای مخرب ادغام‌ها، پذیرش رویکردی دیگر را ضروری می‌نماید. از این رو اعمال اصلاحاتی اساسی در محتوای ماده ۴۸ ضروری است.

در مقابل به نظر می‌رسد که بازارهای آمریکا رویکردی مناسب‌تر دارند. بر این اساس معیار کاهش اساسی رقابت را باید شاخصی فراگیر و نگرشی جامع نسبت به زوایای مخرب ادغام‌های تجاری تلقی نمود. زیرا محدوده آن تنها به موقعیت مسلط شرکت‌های ادغام‌کننده محدود نمی‌شود. در نتیجه بدون تردید در این خصوص باید رویکرد موجود در ایالات متحده آمریکا را به عنوان الگویی شاخص معرفی نمود. در کنار مولفه‌های فوق، تدابیر پیشگیرانه موجود در دوران انتظار را باید سطحی دیگر از سیاست‌های مربوط به کنترل ادغام‌ها دانست. در وهله نخست ضروری است که تدابیر مذکور از ماهیتی اجباری برخوردار باشند. زیرا در غیر این صورت مراجع رقابت خود راساً ناگزیر بر آن خواهند شد که سطوح مختلف بازار را رصد نمایند. این امر ضریب احتمالی خطا در عملکرد آنان را افزایش خواهد داد. با وجود این، در مقررات کشورمان، ماده ۴۹ ق.ا.س.ک.ا را نسبت به چنین ضرورتی باید بی‌توجه دانست. علاوه بر آن، در دوران انتظار نسبت به مصادیقی که مخل رقابت محسوب می‌شوند، تلاش اصلی مراجع رقابت باید در رفع زوایای مخرب آنان باشد. از این رو رویکرد متصدیان رقابت در این دوران باید به نحوی باشد که بازار از ظرفیت‌های احتمالی خود محروم نشود. در نتیجه مراجع رقابت باید سیاست‌هایی تعدیل‌کننده را در دوران انتظار اتخاذ نمایند. در این خصوص برخلاف ایالات متحده آمریکا که نگرشی غیرمنعطف در این خصوص دارد، نگرش موجود در اتحادیه اروپا را باید رویکردی شاخص در این زمینه قلمداد نمود. زیرا در بازارهای مشترک، چنانچه متصدیان مربوطه مصداقی را مخل رقابت تشخیص دهند، ضمن رفع تمامی زوایای مخرب آن جریان مذکور را به فرایندی مجاز مبدل خواهند نمود. در این صورت نه‌تنها شرکت مذکور از فرصت حضور در بازار محروم نخواهد شد، بلکه بازارهای تجاری نیز تمامی ظرفیت خود را خواهند داشت.

سطح نهایی سیاست‌های کنترل ادغام را باید تدابیر بعد از دوران انتظار دانست. در رابطه با آن دسته از ادغام‌های مخربی که اجتناب از آنها میسر نخواهد بود، ضروری است که واکنش‌هایی مقتضی در جهت مقابله با آنها صورت گیرد. بر این اساس ضمانت‌های اجرایی دامنه ممنوع ادغام‌ها باید به نحوی باشد که با اعمال آن، ضمن رفع کامل آثار مخرب ادغام‌ها، وضعیت بازار تا حد امکان به حالت سابق بازگردد. اگرچه امروزه در اغلب کشورها جهت مقابله با ادغام‌های ممنوع نسبت به اعمال ضمانت اجرای بطلان تردیدی وجود ندارد، اما به نظر می‌رسد که اتخاذ این رویکرد در بازارهای کشورمان نگرشی کارآمد نخواهد بود، زیرا ساختار قدرتمند اقتصادی کشورهای نظیر ایالات متحده آمریکا، به نحوی است که شدیدترین نوع واکنش‌ها، آن‌چنان اخلالی را در پیکره اقتصادی آنان وارد نمی‌نماید و به سادگی بطلان چنین قراردادهایی را در خود هضم خواهند نمود. با این حال، این وضعیت با جریان حاکم بر کشورهای در حال توسعه‌ای نظیر ایران قابل مقایسه نخواهد بود. اقتصاد نه چندان قوی این کشورها، بنگاه‌هایی نوپا و جریان ضعیف تجارت در لایه‌های مختلف آن، تحمل اعمال این‌گونه واکنش‌ها را نخواهد داشت. در نتیجه به نظر می‌رسد که در رابطه با این کشورها، ضمن آنکه ایالات متحده آمریکا مبنایی مناسب برای اقتباس در این خصوص محسوب نمی‌شود، این شیوه از الگوبرداری منطبق با نیازهای کشورهای هم‌چون ایران نخواهد بود.

با وجود این، باید پذیرفت که ساختار کلی ماده ۶۱ ق.ا.س.ک.ا. ۴۴ را با این کیفیت نمی‌توان اعمال نمود، زیرا ماده مذکور از جهات مختلف واجد نقایص اساسی و اشتباهاتی غیرقابل‌انکار است. چنانکه قانون‌گذار در انتخاب عبارات دقت چندانی را ننموده است. بر این اساس صدر ماده و بند نخست آن، حکایت از فراگیر بودن محتوای شمول آن را دارد. در حالی که ظاهر بندهای ۸ و ۷ دلالت بر امری دیگر دارند و چنین به ذهن متبادر می‌کنند که ادغام‌ها از ضمانت اجرایی مجزا برخوردار هستند. همچنین بندهای مختلف ماده ۶۱، ظاهری بسیار مشتت و پراکنده دارند.

قانون‌گذار نیز اولویتی در اعمال آن مشخص ننموده است. این امر تفسیر سلیقه‌ای مواد آن را از جانب شورای رقابت به دنبال خواهد داشت. در نتیجه ضروری است که هر چه سریع‌تر اصلاحاتی اساسی در این ماده صورت گیرد.

نتیجه‌گیری

امروزه در نظام‌های مختلف تجاری کنترل ادغام‌ها با اتخاذ سیاست‌هایی متفاوت صورت می‌گیرد. تفاوت‌هایی که ریشه تمامی آنها را باید در مبانی فکری و نیز رویکرد تحلیلی هر نظامی خلاصه نمود. در این میان جهت کنترل ادغام‌ها ضروری است که سیاستی مبنای اصلی تصمیمات مراجع رقابت را تشکیل دهد که بر پایه آن، ضمن آنکه تمامی ابعاد مخرب ادغام‌ها شناسایی شود، از ظهور آثار نامتعارف آنها اجتناب گردد و در صورت لزوم واکنش‌هایی مؤثر به منظور مقابله با آنها صورت گیرد. از این رو در این خصوص، سیاستی را می‌توان کارآمد دانست که خصایص مذکور در آن، از دقت بالاتری برخوردار باشد. در این صورت در پی عملکرد آن، ضمن آنکه ضریب احتمالی خطا به نحوی ملموس کاهش خواهد یافت، بدون تردید نتایج حاصل از آن نیز به واقعیات موجود نزدیک‌تر خواهد بود. حقیقت آن است که امروزه هیچ یک از سیاست‌های مورد قبول در دیگر نظام‌های تجاری را نمی‌توان به طور مطلق الگویی تمام عیار معرفی نمود. از این رو غالب سیاست‌های موجود، نواقص قابل توجهی دارد. بدون تردید در مقررات کشورمان، وجود چنین نواقصی جریانی مشهودتر دارند. بر این اساس در وهله نخست اصلاح ماده ۴۸ و مبانی موجود در آن ضرورتی اساسی خواهد داشت. در این خصوص توصیه می‌شود که در این ماده، برای شناسایی دامنه ممنوع ادغام‌ها مبنایی انتخاب شود که از دامنه‌ای فراگیر برخوردار است. مبنایی که نه تنها به تمرکز ناشی از موقعیت مسلط شرکت‌های حاصل از ادغام اختصاصی ندارد، بلکه با کلیت خود تمامی زوایای قطعی و احتمالی مصادیق مخرب ادغام‌ها را در بر می‌گیرد. در این رابطه به نظر می‌رسد معیار کاهش اساسی رقابت که رویکرد اصلی موجود در بازارهای آمریکا را تشکیل می‌دهد، می‌تواند الگویی کارآمد برای بازارهای تجاری کشورمان باشد.

همچنین ضروری است که نسبت به تدابیر پیشگیرانه کنترل ادغام‌ها توجه بیشتری صورت گیرد. بنابراین لازم است رویکرد موجود در ماده ۴۹ قانون یادشده اصلاح شود. بر این اساس جهت پیشگیری از ظهور دامنه مخرب ادغام‌ها، مناسب‌تر آن است که محتوای ماده مذکور، صورتی اجباری به خود گیرد و بر مبنای آن تمامی شرکت‌های موضوع ادغام ناگزیر به طی تشریفات مربوط به اطلاع‌رسانی شوند. با این اقدام ضمن آنکه ضریب احتمالی خطا در عملکرد شورای رقابت کاهش خواهد یافت، از امنیت بازارهای تجاری در ابعادی وسیع‌تر حراست خواهد شد. در این خصوص اتحادیه اروپا به دلیل برخورداری ضوابطی دقیق‌تر در دوران انتظار، می‌تواند برای کشورمان الگویی مناسب‌تر از آمریکا باشد.

با این وجود در رابطه با ضمانت‌های اجرایی بعد از دوران انتظار، اقتباس از بازارهای آمریکا و اروپا برای فضای رقابتی ایران نتایج مطلوبی نخواهد داشت. با این وجود نمی‌توان نسبت به اجمال ماده ۶۱ بی‌توجه بود و اصلاحات آتی در محتوای آن اجتناب‌ناپذیر است.

منابع

- صادقی مقدم، محمدحسین؛ غفاری فارسانی، بهنام، «روح حقوق رقابت»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۳، ۱۳۹۰.

- Balotti, Franklin; Finkelstein, Jesse, Delaware Law of Corporations and Business Organization, Wolters Kluwer, New York, 2011.
- Bowman, Scott, Modern Corporation and American Political Thought, Library of Congress, New York, 1999.
- Dabbah, Maher; lasok, Paul, Merger Cont World Wide, Cambridge University Press, New York, 2008.
- Davies, Paul, Gowers Principles of Modern Company Law, Sixth Edition, Sweet and Maxell, London, 1997.
- Decker, Chiristopher, Economic and the Enforcement of European Competition Law, Edward Elgar Publishing Limited, Massachusetts, 2009.
- Elliot, Porter, Merger Control, Thomson Reuters, London, 2011.
- Geradin, Damien, Competition Law and Regional Economic Integration, Library of Congress, New York, 2004.
- Joelson, Mark, An International Antitrust Primer, Library of Congress, London, 2006.
- Jones, Alison; Suftrin, Brenda, EC Competition Law, Third Edition, Oxford University Press, London, 2008.
- Kokkoris, Loannis, Merger Control in Europe, Routledge, New York, 2011.
- Lindsay, Alister; Berridge, Alison, The EC Merger Regulation, Sweet and Maxwell, London, 2012.
- Neumann, Manfred; Veigand, Jurgen, The International Handbook of Competition, Edward Elgar Publishing Limited, London, 2004.
- Smitherman, Charles, Transatlantic Merger Cases, Cameron May L.T.D, London, 2007.
- Vadapalli, Ravindhar, Merger, Acquisition and Bussiness Valution, Excel Book, New Dehli, 2007.
- Van Gerven, Dirk, Cross-Border Merger in Europe, Volume 2, Cambridge University Press, 2011.
- Wendt, Ida, EU Competition Law and Liberal Profession, Library of Congress, New York, 2003.
- Wood, Robert, Antitrust Compliance Manual, Library of Congress, New York, 1995.
- Zimmer, Daniel, The Goals of Competition Law, Ascola, New York, 2012.

وضعیت منافع عوضین پس از فسخ معامله در حقوق ایران

غلامعلی سیفی*

رسول بهرامپوری**

حامد شریفی***

چکیده

قانون مدنی علی‌رغم بیان احکام هر یک از خيارات و متعاقب آن بیان احکام خيارات به طور کلی، وضعیت منافع ایجادشده در فاصله عقد تا فسخ را مسکوت گذاشته است. این سکوت باعث شکل گرفتن دیدگاه‌های متفاوتی میان حقوق‌دانان شده است. برای تشخیص وضع مالکیت منافع در فاصله عقد تا فسخ، رجوع به مواد قانون مدنی ضروری است که در این قانون دو ماده به ظاهر متعارض، بدین موضوع اشاره دارند. ماده ۲۸۷ قانون مدنی در مواد مربوط به اقاله در مورد انواع منافع قائل به تفکیک بوده و صرفاً مالکیت منافع منفصل را برای کسی که به موجب عقد مالک عین اصلی شده است، مقرر می‌دارد؛ در حالی که ماده ۴۵۹ این قانون، علی‌الاطلاق منافع (اعم از منفصل و متصل) را متعلق به مشتری (مالک عین اصلی به موجب عقد) دانسته و بدین طریق، در خصوص منافع متصل، حکمی متفاوت از ماده ۲۸۷ قانون مدنی ارائه می‌دهد. برای روشن شدن موضوع و تشخیص وضع مالکیت منافع عوضین پس از فسخ، مواد مرتبط با این موضوع در قانون مدنی بررسی شده و از شیوه استقرا در مواد این قانون راه حل مسئله جستجو می‌شود. همچنین در این خصوص، از دیدگاه فقهای امامیه استفاده شده و وضع مالکیت منافع عوضین پس از فسخ، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

کلیدواژه‌ها: فسخ، منفعت متصل، منفعت منفصل، تابعیت منافع از اعیان.

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول) A_seifi@sbu.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران Rasoolbahrampoori@gmail.com

*** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی Hamedsharifi88@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۹۴/۰۸/۱۷ تاریخ پذیرش: ۹۵/۰۶/۱۴

در قراردادهایی که میان اشخاص منعقد می‌شود، هدف طرفین بر آن است که قرارداد به نحو کامل اجرا گردد؛ لکن گاهی بنا به عللی اصرار بر تداوم لزوم عقد خاتمه یافته و یکی از طرفین یا هر دو یا شخص ثالثی حق فسخ عقد را می‌یابد. این حق، گاهی به موجب توافق صریح طرفین (خیار شرط) و گاهی به واسطه حکم مستقیم قانون ایجاد می‌گردد. فسخ به عنوان عمل حقوقی یک‌جانبه (ایقاع) دارای آثار متعددی است که نخستین اثر آن استرداد عوضین است. محور اصلی این نوشتار بررسی وضعیت منافع ایجادشده در عوضین، در فاصله عقد تا فسخ است. قانون مدنی علی‌رغم بیان احکام جزئی انواع خیارات و متعاقب آن بیان احکام خیارات به طور کلی، در خصوص وضعیت منافع ایجادشده در فاصله عقد تا فسخ سکوت اختیار کرده و در مراجعه به مواد دیگر این قانون برای استنباط حکم این منافع، دو ماده ظاهراً متعارض مشاهده می‌شود. ماده ۲۸۷ قانون مدنی در اقاله، منافع متصل را برای شخصی که به واسطه اقاله مالک شده و منافع منفصل را برای شخصی که به موجب عقد مالک شده است، مقرر می‌دارد. در حالی که ماده ۴۵۹ این قانون، در بیع شرط علی‌الاطلاق منافع (اعم از متصل و منفصل) را برای کسی می‌داند که به موجب عقد مالک شده است. در این نوشتار، تلاش بر آن است که با استقرا در مواد قانون مدنی و بررسی نظریات فقهی، وضع مالکیت منافع عوضین پس از فسخ، مشخص گردد.

چنانچه قاعده تابعیت منافع از اصل مال به نحو کامل قابل اجرا باشد، تمام منافع ایجادشده، متعلق به شخصی است که به موجب عقد مالک شده است. در حالی که گاهی لزوم جبران زیانی که از عقد به ذوالخیار وارد شده است، اقتضا می‌کند که فسخ اثر قهقرایی داشته و عقد را از ابتدا فاقد اثر نماید که نمونه آن در اعمال برخی خیارات در عقد اجاره قابل مشاهده است. همچنین گاهی دشواری محاسبه ارزش برخی منافع، عدم مالیت مستقل و قابل انفکاک نبودن آنها از عین اصلی، تعلق این منافع به شخصی غیر از مالک عین اصلی را غیرممکن می‌سازد.

این نوشتار به دنبال پاسخ به این پرسش‌ها است که قانون مدنی در مورد منافع منفصل و متصل ایجادشده در فاصله عقد تا فسخ چه حکمی مقرر می‌دارد. آیا استثنائاتی بر این حکم وارد است؟ و آیا قرار گرفتن هر یک از این منافع در مالکیت یکی از طرفین، برای طرف دیگر تکلیف پرداخت ما به ازای آن را ایجاد می‌کند؟

در این مقاله، بخش نخست به مفاهیم بنیادین و دیدگاه حقوق‌دانان و فقها در خصوص وضعیت منافع ایجادشده در فاصله عقد تا فسخ اختصاص داده شده و ادله و

توجیهات هر یک از نظرات بیان می‌گردد و در بخش دوم، دیدگاه قانون مدنی در این زمینه مطرح شده و استثنائات وارد بر آن بررسی می‌شود.

۱. تعدد نظریات فقهی و حقوقی در خصوص وضع مالکیت منافع عوضین پس از فسخ

علی‌رغم سکوت قانون مدنی، فقها و حقوق‌دانان سکوت نظرات متفاوتی در خصوص اثر فسخ بر منافع مورد معامله مطرح کرده‌اند. لذا شایسته است پیش از پرداختن به موضوع بر اساس مواد مرتبط در قانون مدنی، محتوا و ادله نظریات فقهی و حقوقی مورد تبیین و بررسی قرار گیرد. به طور کلی فقها و حقوق‌دانان سه نظریه را بیان کرده‌اند که هر یک از این نظریات مستظهر به دلایل و مستندات است: ۱- تمام منافع مبیع (اعم از متصل و منفصل) متعلق به بایع است. ۲- تمام منافع مبیع (اعم از متصل و منفصل) متعلق به مشتری است. ۳- منافع متصل مبیع متعلق به بایع و منافع منفصل آن متعلق به مشتری است. در اینجا به بررسی نظرات مذکور و ادله و مستندات آنها پرداخته می‌شود.

۱-۱. تعلق منافع متصل و منفصل مبیع به بایع

نظری که در میان فقها و حقوق‌دانان اقبال کمتری بدان نشان داده شده است، نظری است که مطابق آن تمام منافع ایجادشده در مبیع، پس از فسخ متعلق به بایع است و در این خصوص تفاوتی میان منافع متصل و منفصل وجود ندارد. طرفداران این نظر، به دو گروه تقسیم می‌شوند: گروه اول بر این اعتقادند که فسخ اثر قهقرایی داشته و در صورت وقوع، اثر این عمل حقوقی به گذشته سرایت کرده و عقد را از ابتدا فاقد اثر می‌سازد و گروه دوم که از فقهای متقدم هستند، بر مبنای نظرشان در خصوص انتقال مالکیت مبیع پس از انقضای اختیار، بر این اعتقادند که پس از فسخ، تمام منافع مبیع متعلق به بایع است. در این گفتار به صورت مختصر، دیدگاه هر دو گروه و ادله ایشان بررسی می‌گردد.

۱-۱-۱. اثر قهقرایی فسخ

پیروان این نظر بیان می‌کنند که حق فسخ چنانچه ناشی از اراده صریح طرفین در خیار شرط باشد، اثر آتیه‌ای فسخ قابل قبول است، زیرا مستفاد از اراده طرفین آن است که عقد از حین وقوع فسخ زایل گردد. لکن اگر فسخ ناشی از اراده صریح طرفین نباشد و به حکم قانون برای طرفین فسخ ایجاد شده باشد، می‌توان برای آن دو مبنای

لاضرر یا اراده ضمنی طرفین را در نظر گرفت که هر کدام از این دو مبنا ملاک قرار داده شود، ما را به سمت اثر قهقرایی فسخ رهنمون می‌سازد. جریان آثار فسخ به آینده و عدم تسری آن به گذشته بر خلاف اراده ضمنی طرفین به تعادل عوضین بوده و همچنین بر خلاف قاعده لاضرر است و اعمال خیار بدون اثر قهقرایی آن، موجب بقای ضرر در دارایی شخص ذوالخیار می‌شود. به عنوان مثال شخصی پس از پنج ماه در می‌یابد که در معامله‌ای که به موجب آن اتومبیلی را فروخته است، دچار غبن فاحش شده و فوراً اقدام به فسخ عقد کرده و عوضین مسترد می‌شود. در فاصله پنج‌ماهه، منافع حاصل از مبیع که وارد در مال مشتری (غابن) شده بیش از منافع حاصل از ثمنی است که وارد در مال بایع (مغبون) شده است و ملاحظه می‌شود که فسخ عقد بدون اثر قهقرایی، تمام ضررهای ذوالخیار را جبران نمی‌کند. برخی مقررات خارجی همانند بندهای ۱ و ۲ ماده ۸۴ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰) و ماده ۱۱۸۳ قانون مدنی فرانسه نیز اثر قهقرایی فسخ را پذیرفته^۱ و مؤید این نظر هستند.

دلیل دیگر این نظریه آن است که مقایسه مقررات فسخ با اقاله صحیح نمی‌باشد؛ زیرا اقاله نوعی توافق است که متکی به خواست مشترک طرفین است و دو طرف با در نظر گرفتن غبطه و مصالح خود تصمیم بر اقاله می‌گیرند؛ در حالی که در غالب موارد، فسخ به سبب متضرر شدن یکی از طرفین ایجاد شده و برای رفع زیان و جبران خدشه به اراده ضمنی او در حین عقد، حق فسخ به وی اعطا می‌گردد و هیچ توافقی بر انحلال عقد میان طرفین صورت نگرفته و فسخ (همانند سایر ایقاعات) به صورت یک‌جانبه اعمال می‌شود. وانگهی، قانون مدنی در ماده ۲۶۴ در اسباب سقوط تعهدات، از اقاله نام برده لکن از فسخ سخنی به میان نیاورده است و به نظر می‌رسد قانون‌گذار عمداً فسخ را در اسباب سقوط تعهدات بیان نکرده است، زیرا اسباب سقوط تعهد مربوط به مواردی است که منشأ تعهد (در اینجا عقد) از ابتدا از بین نمی‌رود بلکه صرفاً تعهدات طرفین است که نسبت به آینده زایل می‌شوند. لکن در فسخ، منشأ تعهد از ابتدا از بین می‌رود، در غیر این صورت مقنن که در مقام احصای اسباب سقوط تعهد بوده است، فسخ را نیز در کنار سایر اسباب بیان می‌کرد. به عبارت بهتر اسباب سقوط تعهد ذکر شده در ماده ۲۶۴ اثر آتی‌های دارند و به قهقرا سرایت نمی‌کنند، لکن فسخ اثر قهقرایی داشته و منشأ تعهد را زایل می‌سازد.^۲

۱. در ق.م.فرانسه مانند ق.م. ایران ماده‌ای که به صراحت اثر فسخ نسبت به منافع را مورد حکم قرار دهد وجود ندارد و حقوقدانان ماده ۱۱۸۳ که در باب شرط فاسخ است را به فسخ تسری می‌دهند. بنگرید به: یزدانیان، علیرضا، شرط فاسخ در حقوق ایران و فرانسه، حقوق مدنی تطبیقی، چاپ پنجم، انتشارات سمت، ۱۳۹۲، ص. ۲۸۴.
۲. ساعی، سید محمد هادی، «بررسی تطبیقی اثر قهقرایی فسخ»، نامه مفید، شماره ۷۹، شهریور ۱۳۸۹، صص. ۳۱-۳۵.

۱-۱-۲. انتقال مالکیت مبیع پس از انقضای خیار

گروه دومی که معتقدند تمام منافع مبیع (اعم از متصل و منفصل)، پس از فسخ متعلق به بایع است، فقهای متقدمی از جمله شیخ مفید^۱، شیخ طوسی^۲، قاضی ابن براج^۳ و ابن جنید هستند که به اعتقاد ایشان، مالکیت مبیع پس از انقضای خیار منتقل می‌شود. این فقها در مورد خیار مجلس و حیوان بیان می‌دارند که اگر در عقد هیچ قیدی در مورد زمان انتقال مالکیت وجود نداشته باشد، با انقضای خیار به افتراق طرفین (در خیار مجلس) یا گذشت سه روز (در خیار حیوان)، مالکیت مبیع به مشتری منتقل می‌شود و در جایی که خیار شرط وجود داشته باشد، در صورتی که این خیار برای هر دو طرف و یا صرفاً برای بایع باشد، پس از انقضای خیار مالکیت مبیع به مشتری منتقل می‌گردد و اگر خیار شرط صرفاً مختص به مشتری باشد به نفس عقد، مالکیت بایع زایل شده لکن تا انقضای خیار مالکیت به مشتری منتقل نمی‌گردد و هنگامی که خیار زایل شد، مشتری از حین عقد مالک مبیع تلقی می‌شود.

در مورد نظر فقهای متقدم دو سؤال مطرح می‌شود:

اولاً در مواردی که خیار برای هر دو طرف یا صرفاً برای بایع وجود دارد، پس از انقضای خیار، مالکیت از حین عقد به مشتری منتقل شده است یا از حین انقضای خیار؟ به عبارت بهتر انقضای خیار کاشف مالکیت است یا ناقل؟ شهید ثانی در مسالک الافهام^۴ احتمال اینکه نظر فقهای متقدم بر کاشفیت انقضای خیار باشد را بیشتر می‌داند و معتقد است در صورت انقضای خیار، مالکیت از حین عقد به مشتری منتقل شده است.

ثانیاً اگر خیار صرفاً مختص به مشتری باشد، با توجه به تحقق عقد و زوال مالکیت مبیع از بایع و عدم انتقال آن به مشتری، در فاصله عقد تا فسخ، مبیع و متعاقباً منافع مبیع متعلق به چه شخصی است؟ اگر مشتری بیع را فسخ نکند، پیش‌تر بیان شد که انقضای خیار کاشف از مالکیت او از حین عقد است و معلوم می‌شود که در فاصله عقد تا انقضای خیار، مبیع و منافع آن متعلق به مشتری بوده است؛ لکن اگر مشتری بیع را فسخ کند به نظر می‌رسد این فسخ در دیدگاه شیخ طوسی و پیروان ایشان اثر قهقرایی داشته و به گذشته سرایت می‌کند، زیرا مالکیت مشتری منوط به انقضای خیار

۱. نعمان عکبری (شیخ مفید)، محمد، المقنعه، انتشارات کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق، ص. ۵۹۱.

۲. شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، الخلاف، جلد ۳، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق، ص. ۲۲.

۳. قاضی ابن براج، عبدالعزیز طرابلسی، المهذب، جلد ۱، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق، ص. ۳۵۰.

۴. علی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، جلد ۳، موسسه المعارف

الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق، ص. ۲۱۵.

بوده که محقق نشده است و زمانی که مالکیت مشتری بر مبیع حاصل نشود، مالکیت مبیع و منافع آن متعلق به بایع است؛ زیرا زوال حق مالکیت بایع بر مبیع، به سبب حقی بوده است که مشتری بر مبیع داشته و اکنون (پس از فسخ) که این مانع زایل شده است، این رفع مانع به گذشته اثر کرده و کاشف از آن است که مشتری هیچ‌گاه حقی بر مبیع نداشته و از این رو مالکیت بایع در فاصله عقد تا فسخ برقرار می‌گردد.^۱

بدین ترتیب مشاهده می‌شود که از دیدگاه این دسته از فقهای متقدم، چنانچه در فاصله عقد تا فسخ به موجب خیار مجلس، حیوان و شرط، منافی در مبیع حاصل شود، به علت عدم مالکیت مشتری بر مبیع و بقای مالکیت بایع بر عین مال، تمام منافع (اعم از متصل و منفصل) به تبعیت از عین، متعلق به بایع است. شایان توجه است که شیخ طوسی (ره) دلیل انتقال مالکیت مبیع به مشتری پس از انقضای خیار را اجماع فقها و نبودن اختلاف در این زمینه بیان کرده است،^۲ در حالی که پس از چندی این دیدگاه به کلی مطرود شده و مشهور فقهای امامیه این نظر را مطرح کردند که مالکیت مبیع در معاملات خیاری به محض وقوع عقد به مشتری منتقل می‌گردد.^۳

در سایر خیارهای غیر از خیار مجلس، حیوان و شرط، شیخ طوسی و پیروان ایشان (در دیدگاه مشابه فقهای متأخر) معتقدند مالکیت مبیع از حین عقد به مشتری منتقل می‌شود؛ بدین ترتیب حتی اگر نظر فقهای متقدم، نظری بدون خلل و مطابق نظر مشهور فقها تلقی می‌شد، نمی‌توانستیم از این نظر، حکم کلی وضع مالکیت منافع عوضین پس از فسخ را استنباط کنیم، زیرا دلیل اخص از مدعاست و از طریق حکمی که در باب چند خیار خاص (مجلس، حیوان و شرط) بیان شده، نمی‌توان درصدد بیان حکم کلی برای تمامی خیارهای بود.

۲-۱. تعلق منافع متصل و منفصل مبیع به مشتری

در مقابل نظری که بیانگر تعلق تمام منافع مبیع از حین عقد تا وقوع فسخ به بایع می‌باشد، نظر دیگری مطرح است که چنانچه بیعی فسخ شود، تمام منافع مبیع متعلق به مشتری است. پیروان این نظر، ادله‌ای را برای آن بیان کرده‌اند که در این گفتار به صورت مختصر، هر یک از این دلایل، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. اذا زال المانع عاد الممنوع.

۲. شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، الخلاف، منبع پیشین، ص. ۲۳.

۳. علامه حلی، حسن بن یوسف، تحریر الاحکام الشریعة علی مذهب الامامیه، جلد ۲، موسسه امام صادق، ۱۴۲۰ ق، ص. ۲۹۶.

۱-۲-۱. قاعده تابعیت منافع از ملک

اولین دلیل نظریه تعلق منافع متصل و منفصل مبیع به مشتری، «قاعده تابعیت منافع از ملک» است. فقها این قاعده را به چند صورت بیان کرده‌اند: «من ملک شیئا ملک منفعتها بالتبع»^۱، «الزوائد تابع للاصل»^۲، «النماء تابع للملك». مفاد این قاعده که کمتر به صورت مستقل در کتب قواعد فقه مورد بررسی قرار گرفته، آن است که هرکس مالک عینی باشد، به تبع مالکیت عین، مالک منافع آن هم خواهد بود. در واقع منافع از شئون اعیان به حساب می‌آیند و نسبت آنها با اعیان، نسبت عرض به موضوع است^۳ و با توجه به این رابطه است که برخی فقها قاعده تابعیت منافع از ملک را استنتاج کرده و معتقدند صرف وجود مالکیت شخصی بر عین مال با احراز فقدان مانع (عدم تفکیک بین منافع و عین مثل عقد اجاره)، عامل ثبوت مالکیت منفعت برای صاحب عین است. یکی از فقها^۴ در بیان این ارتباط بین اصل و منفعت می‌گوید: «رابطه بین نماء و اصل یک رابطه ذاتی است، منافع حقیقتاً جزئی از عین مال هستند و وجود آنها در امتداد وجود عین است، بنابراین منافع در ملکیت نیز تابع اصل مال هستند و این رابطه ذاتی آنها برای تحقق چنین تبعیتی کفایت می‌کند»^۵.

بنابراین مطابق قاعده تابعیت منافع از ملک، هرگاه تردید شود مالکیت منفعت متعلق به چه شخصی است، اصل بر تعلق منافع به شخصی است که این منافع در هنگام مالکیت او بر اصل مال ایجاد شده است؛ لذا با توجه به اینکه در فاصله عقد تا فسخ، مالکیت مبیع برای مشتری بوده و منافع متصل و منفصل ایجاد شده در این زمان متعلق به مشتری خواهد بود.

ایرادی برای این دلیل قابل طرح است که تفکیکی بین «تبعیت در مالیت» و «تبعیت در ملکیت» که دو مفهوم مجزا از هم هستند، صورت نگرفته است. منافع متصل توابع عین مال هستند و مثلاً اگر مشتری بخواهد مبیع را به شخص ثالثی نیز بفروشد، ورود منافع متصل در مبیع نیازی به تصریح ندارد و همراه با عین منتقل می‌شود و در صورت فسخ نیز، همراه با اصل مال به عنوان جزئی از آن به بایع برمی‌گردد؛ لذا گفته می‌شود که اعیان متصل در مالیت تابع عین هستند، اما منافع منفصل در مالیت تابع عین مال نیستند و نماء منفصلی که ایجاد می‌شود، مال مستقلی

۱. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، المستند فی شرح العروه الوثقی، جلد ۴، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۸ ق، ص. ۱۲۲.

۲. مکی عاملی (شهید اول)، محمد، القواعد و الفوائد، جلد ۲، کتابفروشی مفید، ۱۴۰۰ ق، ص. ۲۹۵.

۳. بجنوردی، سید حسن، القواعد الفقهیه، جلد ۱، انتشارات اسماعیلیان، ۱۴۰۷ ق، ص. ۱۲۴.

۴. مصطفوی، سید محمد کاظم، مائه القواعد، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۱ ق، ص. ۸۱.

۵. همان.

است که متعلق به مشتری است و از این حیث با نماء متصل تفاوت دارد. به بیان دیگر، منافع متصل هم در ایجاد و هم در بقا تابع اصل مال هستند مانند چاق شدن حیوان یا بزرگ شدن درخت و امکان تملک آن جدای از اصل مال قابل تصور نیست، ولی منافع منفصل صرفاً در ایجاد تابع اصل مال بوده اما قابلیت مادی و حقوقی جداشدن از آن را دارد و در بقا تابع اصل مال نیستند، همانند میوه درختان یا نتاج حیوانات که جدای از اصل مال قابل تملک می‌باشند.

۱-۲-۲. احکام بیان شده در تعلق منافع مبیع به مشتری در بیع شرط

دومین دلیل برای تعلق منافع متصل و منفصل مبیع به مشتری، ظاهر احکام مطرح شده در بیع شرط است که علی‌الاطلاق منافع مبیع (اعم از متصل و منفصل) را متعلق به مشتری می‌داند. در این خصوص، ظاهر ماده ۴۵۹ قانون مدنی قابل استناد است که مقرر می‌دارد: «در بیع شرط به مجرد عقد، مبیع ملک مشتری می‌شود با قید خیار برای بایع، بنابراین اگر بایع به شرایطی که بین او و مشتری برای استرداد مبیع مقرر شده عمل ننماید، بیع قطعی شده و مشتری مالک قطعی مبیع می‌گردد و اگر بالعکس بایع به شرایط مزبوره عمل نماید و مبیع را استرداد کند، از حین فسخ، مبیع مال بایع خواهد شد ولی نمآت و منافع حاصله از حین عقد تا فسخ مال مشتری است.» همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، این ماده منافع مبیع را علی‌الاطلاق متعلق به مشتری دانسته و تفکیکی میان منافع متصل و منافع منفصل وجود ندارد و بر این اساس ممکن است بیان شود که این ماده بیانگر وضع مالکیت منافع پس از فسخ است که قانون‌گذار در پایان بحث بیع و پس از بیان انواع خیارات و احکام خاص آنها و سپس بیان احکام خیارات به طور کلی، در فصل مربوط به بیع شرط به این موضوع پرداخته و مقرر داشته است که منافع عوضین (اعم از منفصل و متصل) متعلق به مشتری می‌باشد و این ماده نه تنها در بیع شرط بلکه در تمام موارد فسخ عقود جاری است.

ایرادی که به این استدلال می‌توان گرفت این است که اولاً خلاف حکمت قانون‌گذار است که حکمی کلی در مورد تمام خیارات را در قسمت احکام خیارات به طور کلی بیان نکرده و آن را در فصل مربوط به بیع شرط که از نظر شکلی کاملاً مجزا از بحث خیارات است بیان کند. ثانیاً از نظر اصولی نیز می‌توان دلیل فوق را مردود دانست زیرا زمانی می‌توان گفت مطلق دلالت بر اطلاق دارد که چند شرط جمع باشد که یکی از این شروط این است که قانون در مقام بیان باشد یعنی درصدد

اجمال گویی یا بیان حکمی دیگر نباشد.^۱ در این ماده همان طور که برخی گفته‌اند^۲ به نظر می‌رسد قانون‌گذار در مقام بیان وضعیت منافع متصل و منفصل نبوده و صرفاً در مقام بیان انتقال مالکیت مبیع در بیع شرط به مشتری از حین وقوع عقد بوده و به عنوان مهم‌ترین اثر این انتقال مالکیت، تعلق منافع ایجادشده به مشتری را بیان کرده است و درصدد بیان تفصیلی این نبوده است که اگر بیع فسخ شود، منافع منفصل و متصل برای چه کسی خواهد بود و به نظر می‌رسد نظریه کلی قانون مدنی در خصوص وضعیت منافع پس از انحلال عقود، در سایر مواد به صورت پراکنده مطرح شده باشد.

سئوالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که اگر قانون مدنی دیدگاه تعلق منافع را در سایر مواد بیان کرده است، چه دلیلی وجود دارد که در فصل مربوط به بیع شرط نیز به این موضوع پرداخته شود؟ در پاسخ باید گفت همان طور که در گفتار قبل مطرح گردید، در میان فقهای متقدم شیعه بزرگانی نظیر شیخ طوسی معتقد به عدم انتقال مالکیت مبیع به مشتری در خیار شرط تا زمان انقضای خیار بودند و اگرچه این نظر در فاصله‌ای نزدیک مطرود شد و فقهای بعدی به انتقال مالکیت از حین عقد برای مشتری حکم دادند و در این زمینه تفاوتی بین خیار شرط و سایر خيارات قائل نشدند، ولی همواره سایه این نظر به عنوان نظری مخالف در ذهن فقها^۳ وجود داشته است، از همین رو به طور سنتی همواره در بحث بیع شرط، فقها به این مسأله اشاره داشته‌اند که مالکیت از زمان وقوع عقد منتقل شده و در بیان آثار آن می‌گفتند که منافع برای مشتری خواهد بود و قائل به تفصیل بین منافع متصل و منفصل در این جایگاه نبوده و صرفاً در مقام بیان انتقال مبیع از حین وقوع عقد در بیع شرط بوده‌اند. فقهای امروزی نیز چنین شیوه‌ای دارند.^۴ بدین ترتیب مشخص می‌شود که علت ذکر تعلق منافع به مشتری در زیر بحث خیار شرط در فقه به طور سنتی برای رفع شبهه عدم انتقال مالکیت بوده است. قانون مدنی نیز در ماده ۴۵۹ از این شیوه مرسوم فقهی در زیر بحث بیع شرط برای رفع هرگونه شبهه‌ای در خصوص زمان انتقال مالکیت استفاده کرده و ابتدا از انتقال مالکیت از حین وقوع عقد سخن گفته و سپس به عنوان یکی از آثار آن بیان می‌دارد اگر عقد توسط بایع فسخ شود منافع در فاصله عقد تا فسخ متعلق به مشتری است. بنابراین حکم ماده ۴۵۹ ق.م حکمی است اجمالی و نه تنها این ماده به

۱. محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی (اصول فقه)، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۸، ص. ۱۳۹.

۲. کاتوزیان، ناصر، انحلال قراردادهای شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷، ص. ۸۲.

۳. محقق حلی، نجم الدین بن جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی شرح مسائل الحلال و الحرام، جلد ۲، انتشارات اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق، ص. ۱۸.

۴. سیستانی، سید علی حسینی، منهاج الصالحین، جلد ۲، انتشار دفتر حضرت آیت‌الله سیستانی، ۱۴۱۷ ق، ص. ۴۵.

سایر اختیارات تسری پیدا نمی‌کند بلکه پس از یافتن نظریه کلی قانون مدنی در خود بیع شرط نیز باید مانند سایر اختیارات عمل کرد و به عبارت بهتر وضعیت منافع در بیع شرط نیز مانند سایر اختیارات تعیین تکلیف می‌شود.

سومین دلیل این گروه برای تعلق تمام منافع به مشتری، قاعده الخراج بالضمان است. این قاعده از قواعدی است هم شیعیه و هم اهل سنت به آن استناد کرده و در واقع از قواعد مشترک می‌باشد. الضمان بالخراج از حدیث نبوی برآمده است که مفاد آن با «الغرم بالغنم» و «النعمة بقدر النعمة» یکسان است و معنای آن این است که هر کس مسئول و عهده‌دار تلف چیزی باشد، منافع و عواید آن را نیز مستحق خواهد بود و به لسان حقوقی هر کس ضامن تلف مالی باشد، منافع آن مال نیز برای او خواهد بود.^۱ در باب تعلق منافع مبیع به مشتری این قاعده در برخی کتب توسط فقها استفاده شده است. شیخ طوسی در مبسوط در مورد گوسفند مصرا^۲ می‌گوید پس از علم مشتری به این موضوع و فسخ بیع به واسطه چنین عملی، شیری که در فاصله عقد تا فسخ از این گوسفند دوشیده شده برای مشتری است و به قاعده الضمان بالخراج استناد کرده است.^۳ زیرا اگر در این فاصله حیوان تلف می‌شد، این تلف بر عهده خریدار بود. ایشان سپس در باب خیار شرط نیز به این قاعده استناد کرده و بیان می‌دارند پس از فسخ بیع، طبق الخراج بالضمان، تمام منافع مبیع در فاصله عقد تا فسخ متعلق به مشتری است.^۴

ایرادی که به این دلیل می‌توان گرفت این است که طبق این نظر اگر منافع را در مقابل خطر تلف یا به عبارت بهتر مسئولیت تلف قرار دهیم، در خیار مجلس، حیوان و شرطی که خیار مختص به مشتری باشد، ضمان بر عهده بایع است و اگر قائل به الخراج بالضمان باشیم یا به عبارت دیگر تلازم بین نماء و درک باشیم، در حین این اختیارات منافع متعلق به بایع خواهد بود و این چیزی است که با مالکیت مشتری بر مبیع و قاعده تابعیت نماء از ملک تعارض دارد. این قبیل اشکالات موجب بروز نظریه دیگری شده که بر مبنای آن میان منافع متصل و منفصل قائل به تفکیک گردیده‌اند.

۱. محمدی، ابوالحسن، قواعد فقه، انتشارات میزان، ۱۳۸۹، ص. ۱۴۲.

۲. گوسفندی که شیر او چند روز دوشیده نشده تا پر شیرده به نظر برسد و این عمل تصریه است که از اقسام تدلیس تلقی می‌شود.

۳. شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط، جلد ۲، المكتبة المرتضویه لاحیا آثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق، ص. ۱۲۵.

۴. همان.

۳-۱. تعلق منافع منفصل به مشتری و منافع متصل به بایع

نظر سومی که در رابطه با منافع مطرح شده و اکثر فقها و حقوق دانان قائل به آن هستند،^۱ این است که پس از فسخ برای تعیین وضعیت منافع ایجاد شده در مبیع در فاصله عقد تا فسخ، میان منافع متصل و منافع منفصل تفکیک کرده و منافع منفصل را متعلق به مشتری و منافع متصل را به تبع اصل مال برای بایع بدانیم.

نظر مشهور فقهای امامیه برای تعیین وضعیت منافع، بیانگر این تفکیک است. علامه در تذکره می‌گوید: «اگر بیع فسخ گردد و زیادتی در آن حاصل شده باشد این زیاده اگر متصل باشد مثل چاق شدن حیوان یا بزرگ شدن درخت، همراه با اصل و تابع آن می‌باشد و با اصل مبیع باز می‌گردد و بایع مسئولیتی برای پرداخت وجهی به مشتری در قبال این زیاده ندارد و اگر منافع منفصل باشد مثل میوه‌ای که از درخت حاصل شده، این منافع متعلق به مشتری است زیرا این‌ها در زمان مالکیت او بر مبیع حاصل شده است».^۲ علامه این قول را به احمد بن حنبل نیز نسبت می‌دهد. در مفتاح الکرامه آمده است که اگر در مبیع زیادتی حاصل شده و سپس بیع فسخ گردد، منفعت متصل برای بایع و منفعت منفصل برای مشتری است و در این تعلق منافع هیچ فرقی میان منفعتی که قبل از قبض ایجاد شده و منفعت بعد از قبض نیست و با هر دو بطور یکسان برخورد می‌شود. در شرح لمعه شهید ثانی به شهید اول ایراد می‌کند؛ شهید اول در مورد گوسفند مصرأ معتقد است اگر مشتری به واسطه تدلیس، عقد را فسخ کند، علاوه بر گوسفند باید شیری را که در هنگام عقد در پستان گوسفند بوده و همچنین شیری که بعد از عقد تا زمان فسخ از گوسفند دوشیده است را به بایع مسترد دارد، اما شهید ثانی ایراد می‌کند که استرداد شیر موجود در هنگام عقد در پستان گوسفند، مطابق اصول است زیرا این شیر از توابع مبیع بوده و در هنگام فسخ باید با اصل مبیع به بایع بازگردد اما شیری که در فاصله عقد تا فسخ ایجاد شده منفعت منفصلی است که در مالکیت مشتری بوده و رد آن به بایع خالی از وجه است.^۳

علت اینکه فقها بین منافع متصل و منفصل در تعیین وضعیت منافع عوضین تفکیک قائل هستند، این است که منافع متصل در ایجاد و بقا تابع و وابسته به اصل مال هستند، یعنی هم در زمان ایجاد وابسته به اصل مال ایجاد شده و هم بعد از آن برای بقا نیازمند به اصل مال است. اما منافع منفصل صرفاً در ایجاد وابسته به اصل مال

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۱، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۰، ص. ۸۲.

۲. علامه حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقها، جلد ۱۱، موسسه آل‌البیت، ۱۴۱۴ ق، ص. ۱۴۱.

۳. علی‌عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، جلد ۳، کتابفروشی داری،

۱۴۱۰ ق، ص. ۵۵۱.

هستند و بقای آنها مجزا از اصل مال متصور است. از همین روست که پس از فسخ، منافع متصل تابع اصل مبیع و به همراه آن به بایع بازمی‌گردد و اساساً متصور نیست که مثلاً حیوانی را به بایع مسترد داریم ولی چاقی آن حیوان را در مالکیت مشتری بدانیم، چون منافع متصل به واسطه وابستگی ذاتی خود، مالکی جز مالک اصل مال نمی‌توانند داشته باشند. اما در منافع منفصل وضع به شکل دیگری است، این منافع می‌توانند حیاتی مستقل از اصل مال داشته و از همین رو تصور داشتن مالکی متفاوت از مالک اصل مال در مورد این منافع ممکن است، لذا در هنگام بازگرداندن اصل مبیع به بایع با توجه به اینکه منافع در حین مالکیت مشتری بر مبیع حاصل شده و به تبع اصل مال در مالکیت او درآمده است، پس از فسخ فقط اصل مال به بایع بازگردانده شده و علتی برای انتقال منافع از مالکیت مشتری به مالکیت بایع وجود ندارد. علت دیگر تفاوت بین منافع متصل و منفصل همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، تفاوت بین دو مفهوم «تابعیت در مالیت» و «تابعیت در ملکیت» است. منافع متصل در مالیت خود تابع اصل مال هستند و جدای از اصل مال قابل تصور نیستند و پس از ایجاد شدن، اگر مبیع به شخص دیگری منتقل شود منافع متصل نیز به این شخص انتقال پیدا می‌کند که این‌که اگر مال تلف شود منافع متصل نیز به همراه مال تلف خواهند شد اما منافع منفصل فقط در مالکیت تابع اصل مال هستند که مطابق با قاعده تابعیت منافع از ملک، در هنگام ایجاد وارد در دارایی مالک عین شده و عینیتی مستقل از اصل مال دارد و در مالیت خود وابستگی به عین نداشته و جدای از آن نیز مالیت دارد. محتوای این نظریات در مقررات قانون مدنی اثرگذار بوده و راه حل موردقبول در این قانون دور از انظار فقهی نیست.

۲. دیدگاه قانون مدنی در خصوص وضع مالکیت منافع عوضین پس از فسخ

در آغاز این بند ابتدا با استقرا در قانون مدنی و بررسی مقررات اقاله، رهن، هبه و شفعه در قانون مدنی و تطبیق آنها با نظرات مشهور فقها (به عنوان منبع اصلی تدوین قانون مدنی) به دنبال کشف نظر نویسندگان قانون مدنی نسبت به منافع مورد معامله از جهت متصل یا منفصل بودن هستیم و پس از آن به ترتیب به بررسی وضع منافی که پس از فسخ به طور طبیعی و منافی که در نتیجه عمل طرف معامله ایجاد شده می‌پردازیم.

۲-۱. رویکرد قانون مدنی نسبت به تفکیک منافع مورد معامله

در این قسمت از طریق استقرا در مواد مختلف قانون مدنی در جستجوی نظر قانون مدنی نسبت به منافع از جهت متصل یا منفصل بودن به مورد معامله هستیم.

یکی از مواردی که قانون مدنی از منافع مورد معامله سخن گفته، بحث اقاله است. اقاله عبارت است از فسخ دوجانبه عقد، از این رو به آن تفاسخ هم گفته می‌شود. طرفین همان گونه که به توافق یکدیگر عقد را منعقد می‌سازند، به تراضی یکدیگر هم می‌توانند عقد را بر هم زده و تفاسخ نمایند.^۱ اقاله عملی حقوقی است که مانند عقد دارای آثار حقوقی می‌باشد. اقاله در حالت اطلاق، عقد را از زمان وقوع اقاله و صرفاً نسبت به زمان بعد از اقاله منحل می‌کند و بدین ترتیب عقد و آثار آن نسبت به زمان پیش از اقاله معتبر است. در مورد وضعیت منافع عوضین، ماده ۲۸۷ قانون مدنی حکم صریح دارد: «نمات و منافع منفصله که در زمان عقد تا زمان اقاله در مورد معامله حادث می‌شود مال کسی است که به واسطه عقد مالک شده است ولی نمات متصله مال کسی است که در نتیجه اقاله مالک شده است». مبنای این حکم توضیح داده شد که با توجه به استقرار مالکیت مشتری بر مبیع در فاصله عقد تا فسخ و قاعده تبعیت نماء از ملک، منافع منفصل و متصل در مالکیت مشتری حاصل شده لکن منافع متصل نسبت به عین استقلال نداشته و عرفاً با آن وحدت دارد و به همین علت به تبع عین داخل در مالکیت فروشنده خواهد شد و منافع منفصل کماکان در مالکیت مشتری باقی می‌ماند. در فقه نظر مشهور همانند آن چیزی است که در ماده ۲۸۷ ق.م.بیان شده و قانون مدنی در این زمینه از نظر مشهور فقه تبعیت کرده است.

قانون مدنی در خصوص رهن نیز میان منافع متصل و منفصل در انضمام آن به عین مرهونه تفاوت گذاشته شده است. ماده ۷۸۶ بیان می‌دارد: «ثمره رهن و زیادتی که ممکن است در آن حاصل شود در صورتی که متصل باشد، جزء رهن خواهد بود و در صورتی که منفصل باشد متعلق به راهن است، مگر اینکه ضمن عقد بین طرفین ترتیب دیگری مقرر شده باشد.» علت این حکم آن است که عقد رهن اگرچه از اختیار مالک در تصرف عین مرهونه می‌کاهد ولی حق مالکیت او را از بین نمی‌برد. راهن همچنان مالک عین مرهونه است و به تبع این حق، منافع مورد رهن نیز متعلق به اوست.^۲ در اینجا، هم منافع متصل متعلق به مالک است و هم منافع منفصل، اما در منافع متصل چون امکان انفکاک آن از اصل عین مرهونه وجود ندارد و تابع اصل مال است، به تبعیت از آن وارد در رهن می‌شود.

مورد دیگری که قانون مدنی در این خصوص به آن پرداخته در عقد هبه است. در این مورد، قانون‌گذار میان منافع عین موهوبه پس از رجوع واهب، قائل به تفکیک میان منافع متصل و منافع منفصل شده است: «در صورت رجوع واهب نمات عین موهوبه

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۱، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۰، ص. ۲۳۱.

۲. کاتوزیان، ناصر، عقود معین (دوره مقدماتی)، جلد ۲، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۰، ص. ۲۸۶.

اگر متصل باشد مال واهب و اگر منفصل باشد مال متهب خواهد بود.» (ماده ۸۰۴) در فقه نیز نظر مشهور به همین شکل است و عین موهوبه و نماء متصل را قابل تفکیک نمی‌دانند.^۱

در مقررات شفعه نیز قانون مدنی بین منافع متصل و منافع متصل مبیع در فاصله عقد تا اخذ به شفعه، تفاوت قائل شده است و در ماده ۸۱۹ بیان می‌دارد: «نمائی که قبل از اخذ به شفعه در مبیع حاصل می‌شود در صورتی که منفصل باشد مال مشتری و در صورتی که متصل باشد مال شفیع است» زیرا اثر اخذ به شفعه در آینده است و از هنگام انشاء آن، مبیع از خریدار به شفیع منتقل می‌شود ولی اقدام شفیع در اخذ به شفعه در گذشته اثر ندارد و مالکیت خریدار بر مبیع و منافع آن را در این مدت از بین نمی‌برد. بدین ترتیب نظریه کلی قانون مدنی در تمام موارد، تفکیک میان منافع متصل و منافع منفصل با پیروی از نظر مشهور فقه امامیه است.

۲-۲. دیدگاه قانون مدنی نسبت به منافع عوضین پس از فسخ معامله

قانون مدنی علی‌رغم مقررات مستقل و نسبتاً مفصلی که در بیان انواع خيارات و احکام آنها و به خصوص احکام کلی خيارات مطرح کرده، در خصوص وضعیت منافع عوضین که در فاصله عقد تا فسخ ایجاد شده، اظهار نظر نکرده است. با توجه به اینکه سکوت در موقع بیان زبینه قانون‌گذار حکیم نیست و فرض بر حکمت قانون‌گذار است، باید گفت که قانون‌گذار حکم وضعیت منافع را در قالب سایر مقررات مطرح کرده و در احکام فسخ، نیازی به تکرار آن ندیده است. از مواردی که در قسمت قبل مورد اشاره قرار گرفت، دو مورد با ماهیتی شبیه به فسخ به چشم می‌خورد. اول بیع شرط که بیعی است که در آن خیار شرط با شرایط خاص برای بایع قرار دارد و دوم اقاله که به تعبیر قانون مدنی در ماده ۲۸۳ فسخ دو طرفی (تفاسخ) عقد است.

قانون‌گذار بعد از بحث از خيارات، در فصلی مستقل از بیع شرط نام برده^۲ و در میان بیان احکام این نوع از بیع در ماده ۴۵۹ مطلقاً منافع مبیع را صرف‌نظر از متصل یا منفصل بودن آن متعلق به مشتری می‌داند. از طرف دیگر مقررات اقاله در ماده ۲۸۷، تکلیف منافع را به صورت تفصیلی مشخص ساخته و منافع منفصل ایجاد شده در زمان عقد تا اقاله را متعلق به مشتری و منافع متصل را به تبع مبیع برای بایع می‌داند و در واقع حکمی هم‌جهت با مواد قانونی دیگر در خصوص تفکیک میان منافع بیان کرده

۱. خمینی، سید روح‌الله موسوی، تحریر الوسیله، جلد ۲، موسسه مطبوعات دارالعلم، ۱۴۱۱ ق، ص. ۶۰.
 ۲. از نظر شکلی بیع شرط در عرض عقود معین مثل بیع، اجاره، معاوضه و ... قرار گرفته و قسم آنها آمده، در حالی که بلاشک یکی از اقسام بیع است.

است. در نگاه اول به نظر می‌رسد بین این دو مقررۀ تعارض وجود دارد. علت بیان اجمالی وضعیت منافع در ماده ۴۵۹ در گفتار دوم فصل قبل مطرح شد و در ترجیح یکی از این دو ماده بر دیگری، باید در جستجوی نظریه کلی قانون مدنی در خصوص وضعیت منافع پس از انحلال موجودات حقوقی باشیم. بر اساس نظر مشهور حقوق‌دانان،^۱ به نظر می‌رسد که قواعد حاکم بر اقاله در مورد وضعیت منافع عوضین پس از فسخ، بر ماده ۴۵۹ ترجیح دارد و منافع متصل برای بایع و منافع منفصل برای مشتری است.

مرحوم دکتر شهیدی معتقدند: «اگرچه در قانون مدنی، ماده‌ای که به‌طور مطلق اثر فسخ را بیان کند نداریم ولی می‌توان آن را از ماده ۲۸۷ قانون مدنی در مورد اقاله استخراج کرد زیرا از یک‌طرف، اقاله چیزی جز فسخ به رضایت طرفین نیست و در اجتماع رضایت طرفین خصوصیتی وجود ندارد که موجب تفاوت اثر تفاسخ با فسخ یک‌طرفه باشد و بنابراین حکم ماده ۲۸۷ در مورد تفکیک بین منافع متصل و منفصل انحصار به اقاله ندارد و با وحدت ملاک نسبت به فسخ یک‌طرفی نیز جاری است.»
ایرادی که ممکن است به نظر فوق گرفته شود متفاوت ماهیت اقاله با فسخ است که در واقع اقاله یک توافق است که دو طرف با در نظر گرفتن منافعشان صورت می‌دهند، در حالی که فسخ یک ایقاع و عمل یک طرفه است که شخص متضرر از عقد بدین وسیله درصدد جلوگیری از ادامه زیان خود بر می‌آید. در پاسخ به این ایراد باید گفت که در پی یکسان دانستن ماهیت اقاله و فسخ نیستیم و صرفاً به دنبال کشف نظریه کلی قانون مدنی در مورد وضعیت منافع منفصل و متصل پس از انحلال عقود هستیم که نه فقط از مقررات اقاله بلکه از استقرا در سایر مواد قانون مدنی مثل مقررات رهن، هبه و شفعه نیز تفکیک میان منافع متصل و منفصل به دست می‌آید. یکی از دلایلی که برای تعلق منافع متصل به بایع از سوی حقوق‌دانان مطرح می‌شود، صعوبت محاسبه میزان این منافع برای جدا تلقی کردن آنها از اصل مبیع است.^۲ در فقه نیز مشاهده می‌شود که برخی فقها از کلمه زیاده غیر متمیزه برای منافع متصل استفاده کرده‌اند.^۳ سؤالی که ممکن است مطرح شود این است که آیا صحیح است که منافی که در مالکیت مشتری به وجود آمده، به واسطه صعوبت محاسبه، برای شخص دیگر می‌شود؟ آیا نمی‌توان معادلی برای این زیاده به عنوان مابه‌التفاوت در نظر بگیریم و بایع را ملزم داریم در قبال بهره‌مندی از این زیاده، معادل آن را به مشتری رد کند؟

۱. امامی، سید حسن، منبع پیشین، جلد ۱، ص. ۵۴۷.

۲. کاتوزیان، ناصر، شفعه وصیت و ارث، نشر میزان، ۱۳۹۰، ص. ۴۹.

۳. شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، المبسوط، منبع پیشین، ص. ۱۱۹.

در پاسخ باید گفت که منفعت منفصل، مالی مستقل است که در مالکیت مشتری ایجاد شده ولی منفعت متصل صرفاً ارزشی افزوده شده بر مال است نه مال جداگانه. در واقع مالی نبوده که به مالکیت مشتری درآید و در واقع کیفیت یا ویژگی مثبتی است که به مال افزوده شده است مثلاً گران تر شدن یا چاق شدن مبیع در فاصله عقد تا فسخ. چاق شدن یا گران شدن را نمی‌توان مال مستقل تلقی کرد و ما به ازایی در مقابل آن قرار داد. البته اگر این افزایش کیفیت ناشی از عمل مشتری در مبیع باشد، نه از این باب که مالی متعلق به او ایجاد شده بلکه با توجه به اینکه عمل او محترم است استحقاق ما به ازای عمل خود را دارد و در اینکه استحقاق او به شکل اجرت‌المثل است یا شریک شدن در زیاده قیمت مبیع یا دریافت قیمت افزوده شده بر مبیع، در گفتار بعد سخن خواهیم گفت، ولی در جایی که منافع به طور طبیعی ایجاد شده است، مشتری عملی انجام نداده است تا از باب احترام به عمل او بخواهیم او را مستحق چیزی بدانیم.

در رد نظری که ماده ۴۵۹ را بر ماده ۲۸۷ مقدم می‌داند، همان‌طور که در مبحث قبل مطرح شد، می‌توان گفت قانون‌گذار در این ماده در مقام بیان انتقال مالکیت مبیع به مشتری در بیع شرط از حین عقد بوده و به شیوه مرسوم فقهی، به عنوان یکی از آثار این انتقال مالکیت اقدام به بیان تعلق منافع به مشتری داشته است. از سوی دیگر با توجه به مالکیت متزلزل مشتری بر مبیع در بیع شرط و محدودیت او در تصرفات ناقله و متغیره در مبیع، ممکن بود این تصور به وجود آید که این مالکیت متزلزل بر مبیع، نمی‌تواند موجب تعلق منافع به مشتری شود، قانون مدنی در این ماده بیان می‌کند که حتی این مالکیت متزلزل نیز منشأ اثر بوده و باعث تعلق منافع به مشتری می‌شود. نظر دیگری که در قسمت قبل مطرح کردیم تعلق منافع متصل و منفصل به بائع در نتیجه اثر قهقرایی فسخ است تا ضرر ذوالخیار کاملاً جبران شود، ولی ایرادی که وجود دارد این است که امور اعتباری جز در مواردی که صریحاً در قوانین و نصوص بیان شده است تابع قواعد و احکام امور مادی هستند و بارزترین نتیجه این مقایسه در ما نحن فیه، آن می‌شود که همان‌طور که امور مادی از حین حدوث منشأ اثر هستند و به ماقبل خود اثر ندارند، امور اعتباری نیز به همین شکل هستند. بنابراین اگرچه این نظر عادلانه به نظر می‌رسد ولی برای تسری آثار فسخ نیاز به تصریح قانون داریم. با اینکه به دلیل بیان شده، اثر قهقرایی فسخ را نمی‌توان در تمام خيارات جاری دانست، ولی در برخی از خيارات، قانون مدنی صراحتاً به وجود خیار از ابتدا اشاره کرده است و تسری آثار فسخ به گذشته را در این خيارات اجازه داده است. ماده ۴۸۰ قانون مدنی در مورد اجاره بیان می‌دارد: «عیبی که بعد از عقد و قبل از قبض منفعت در عین مستاجر

حادث شود، موجب خیار است و اگر عیب در اثناء مدت اجاره حادث شود، نسبت به بقیه مدت خیار ثابت است». بنابراین میان عیبی که در هنگام عقد در مبیع وجود داشته و عیبی که در اثنای مدت اجاره ایجاد شده است، باید تفاوت گذاشت و در موردی که عیب از حین عقد وجود داشته فسخ اجاره را از همان آغاز منحل می‌کند و در واقع اثر قهقرایی دارد. از این قاعده می‌توان در سایر مواردی که در اجاره سبب خیار از حین عقد موجود بود مثل خیار غبن یا تدلیس استفاده کرد و پس از فسخ اجاره را از همان آغاز منحل شده دانست.^۱ بنابراین در صورتی که خیار از ابتدای عقد اجاره وجود داشته باشد فسخ اثر قهقرایی داشته و تمام منافع اعم از منفصل و متصل متعلق به موجر بوده و مستأجر در صورت استفاده از آنها، ما به ازای آن را (اجرت‌المثل در مواردی مثل سکونت یا مثل یا قیمت در مواردی مثل استفاده از منافع منفصل مثل پشم حیوان یا میوه درخت یا فرزند حیوان و ...) پرداخته و اجاره‌بهای خود را دریافت می‌کند. ماده ۴۹۶ نیز این عقیده را تقویت می‌کند: «... نسبت به تخلف از شرایطی که بین موجر و مستأجر مقرر است، خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می‌گردد.» این ماده به دو شکل قابل تفسیر است: اول اینکه بگوییم این ماده در مقام بیان شرایط ایجاد خیار تخلف شرط است و می‌گوید نیازی به الزام نیست و دوم اینکه قائل شویم این ماده در قانون مدنی بیانگر زمان ایجاد خیار است. چنانچه تفسیر دوم را قبول کنیم اگر تخلف از شرطی صورت بگیرد و پس از چندی مشتری عقد اجاره را فسخ کند، فسخ اثر قهقرایی داشته و از تاریخ ثبوت تخلف این اجاره را منحل می‌سازد. لذا تمام منافع از تاریخ ثبوت خیار برای موجر بوده و مستأجر ما به ازای استفاده از منافع را می‌پردازد و اجاره‌بهای خود را از زمان ثبوت خیار دریافت می‌کند.

همان‌گونه که گفته شد منافع حاصله از مورد معامله ممکن است که به صورت طبیعی ایجاد شده و یا ناشی از عمل طرف معامله باشد. هر کدام از این دو نیز ممکن است که متصل یا منفصل باشند. در ادامه این مبحث به بررسی وضعیت منافی که در نتیجه عمل طرف معامله و یا ناشی از وضع طبیعی مورد معامله ایجاد شده، می‌پردازیم و خواهیم دید که آیا منشأ به وجود آمدن منافع تأثیری بر حکم ماده ۲۷۸ ق.م. دارد یا خیر.

۲-۳. وضعیت منافع ناشی از وضع طبیعی مورد معامله

همان‌طور که گفته شد اصولاً با توجه به ماده ۲۷۸ ق.م. پس از فسخ معامله منافع منفصل علی‌الاطلاق متعلق به مشتری است چه این منافع در نتیجه عمل مشتری به

۱. کاتوزیان، ناصر، عقود معین (دوره مقدماتی)، جلد ۱، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۰، ص. ۱۷۳.

وجود آمده باشد و یا این که به طور طبیعی حاصل شده باشند و منافع متصل نیز به تبع عین برای کسی است که در اثر فسخ مالک شده است. در بیشتر اوقات این منافع در نتیجه وضع طبیعی مورد معامله ایجاد شده است و نه عمل طرف عقد. در این مورد اعمال کامل مقررات ماده ۲۷۸ ق.م. کمتر با تردید مواجه می‌شود، چرا که اگر منفعت منفصل باشد به دلیل مالکیتی که طرف عقد بر عین دارد، منافع نیز به او تعلق گرفته است و به علت منفصل بودن آن به عنوان مال مستقل وارد دارایی او شده است. همچنین اگر این منفعت از نوع متصل باشد برگشت آن به مالکی که در نتیجه فسخ مالک شده است توجیه‌پذیر است و این حکم ناعادلانه به نظر نمی‌رسد. اما اگر این منفعت در نتیجه عمل طرف معامله به وجود آمده باشد با توجه به بازگشت آن به دارایی طرف مقابل عقد ممکن است که شبهه نادیده گرفتن احترام عمل کسی که در نتیجه عقد صحیح مالک شده است، پیش آید که راه حل آن در ادامه بیان خواهد شد. اما در موردی که منفعت ناشی از وضع طبیعی مورد معامله ایجاد شده باشد با توجه به توضیحات پیشین، این شبهه وجود ندارد و مانعی برای اعمال مقررات ماده ۲۸۷ ق.م. وجود ندارد.

۲-۴. وضعیت منافع و زیاده ناشی از فعل طرف عقد

منافع متصل چه ناشی از عمل طرف عقد باشد یا به صورت طبیعی ایجاد شده باشند، به لحاظ اینکه جزئی از اصل مال است به تبع آن به بایع باز می‌گردد. گاهی نیز زیاده‌ای توسط مشتری در مبیع ایجاد شده است که نمی‌توان آن را منفعت دانست ولی امکان انفکاک آن از اصل مال نیز وجود ندارد مثل ساختمانی که بر روی زمین خریداری شده، ساخته شده است که به علت کامل کردن بحث در مورد منافع متصل ناشی از عمل مشتری، به آن نیز می‌پردازیم. اگر هم که زیاده ایجاد شده به صورت منفصل بوده باشد، قطعاً متعلق به شخصی است که در نتیجه عقد مالک گردیده است. بنابراین بحث در مورد جایی است که منفعت و یا زیاده به صورت متصل به عین و ناشی از عمل طرف مقابل است.

همان‌طور که گفته شد منفعت متصل اگر به صورت طبیعی ایجاد شده باشد، مشتری مستحق چیزی نیست چون در ایجاد این منافع مداخلیتی نداشته و اگر این مال در دست بایع یا هر کس دیگری نیز بود این منافع حاصل می‌شد. اما در خصوص زیاده متصلی که ناشی از عمل مشتری است وضع متفاوت است. مثل زمینی که توسط مشتری شخم زده شده یا ازدیاد قیمت کالا در اثر تبلیغات مشتری. در فقه این موضوع بیشتر تحت عنوان خیار غبن مطرح شده است که مشتری غابن در ملکی که از عقد

مالک شده است تصرفات موجب ازدیاد قیمت انجام داده و سپس با بیع مغبون عقد را فسخ می‌کند.

فقها به طور کلی تصرفات موجب ازدیاد قیمتی را که در فاصله عقد تا فسخ توسط مشتری انجام می‌شود در سه دسته قرار داده‌اند:

یک؛ مشتری صرفاً عملی انجام داده باشد بدون اینکه چیزی به مال افزوده باشد مثل اهلی کردن حیوان یا شخم زدن زمین.

دو؛ مشتری علاوه بر آنکه عملی انجام داده، چیزی نیز به مال افزوده باشد مثل جواهرسازی که یک تکه جواهر را نگین کاری می‌کند یا شخصی که اتومبیلی را خریده آن را صافکاری و رنگ می‌کند.

سه؛ زیاده به صورت عین مستقلی باشد که قابلیت جدا شدن از اصل مال بدون آسیب به زیاده یا اصل مال ممکن نباشد، مثل خانه‌ای که بر روی زمین خریداری شده ساخته شود یا درختی که در این زمین کاشته شود.

تفاوت مورد دوم و سوم در این است که در مورد دوم مالی به اصل مال اضافه شده و این زیاده بر خود مال قرار گرفته و عرفاً یک مال محسوب می‌شود که ارزشش افزوده شده ولی در مورد سوم، عین مستقلی بر روی مبیع ساخته شده و هر کدام جداگانه قابل تملک هستند.

در مورد دسته اول، برخی فقها معتقدند مشتری مستحق اجرت‌المثل عمل خود می‌باشد^۱ اما عده‌ای دیگر از فقها ایراد می‌کنند که این شخص (مشتری غابن) مستحق اجرت‌المثل نیست چون عمل موجب ازدیاد قیمت را در ملک خودش انجام داده است^۲ و در چنین حالتی اجرت عمل گرفتن وجهی ندارد، بلکه مقتضای قاعده شرکت است لکن نه به معنی شرکت در عین، بلکه به این معنا که آن وصفی که از عمل مشتری ایجاد شده برای مشتری است و عین مال برای بائع، پس در محاسبه قیمت ثمن، آنچه به ثمن به ملاحظه آن وصف افزوده می‌شود، متعلق به مشتری است. شیخ انصاری نیز معتقد به این نظر است.^۳

۱. نراقی، مولا احمد، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، جلد ۱۴، موسسه آل‌البیت، ۱۴۱۵ ق، ص. ۳۹۳.

۲. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۳، در الاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق، ص. ۴۶.

۳. شیخ انصاری معتقد است: اگر بر اثر فعل مشتری غابن در مبیع زیادتی حاصل شده باشد، در صورتی که این زیاده متصل حکمی باشد مثل دوختن لباس از پارچه یا اهلی کردن یک حیوان، ظاهر کلام فقها این است که مشتری نسبت به قیمت اضافه شده بر کالا شریک است به این نحو که اول عین با این زیاده قیمت‌گذاری شده و بدون آن نیز تقویم شود و مابه‌التفاوت دو قیمت را مشتری شریک در قیمت می‌شود. بدین ترتیب اگر مشتری زیادتی ایجاد کرده باشد، ولی این زیاده بر ارزش کالا نیفزوده باشد، مشتری مستحق اجرت‌المثل

در مورد دسته دوم مشهور فقها اعتقاد به شرکت مشتری در اضافه قیمت مبیع ناشی از زیاده‌ای که به وجود آمده است دارند.^۱ محاسبه قیمت این زیاده مثل دسته اول انجام می‌شود.

در مورد دسته سوم فقها معتقدند که این عین مستقل، متعلق به مشتری است و از آنجا که این دو مال از هم مستقل می‌باشد، می‌توانند دو مالک متفاوت داشته باشند و نظر مشهور بر این است که اگر خانه‌ای توسط مشتری (ولو اینکه غابن باشد) بر روی زمین (مبیع) ساخته شده یا مثلاً درختی کاشته باشد، بین دو دسته از خيارات تفاوت قائل هستند: خياراتی که سبب آنها حین عقد ایجاد شده و خياراتی که سبب آنها پس از عقد حادث شده است. اگر مبنای فسخ خياری باشد که حین عقد وجود داشته (مثل خيار عیب، غبن و ..) بايع می‌تواند با پرداخت ارزش به مشتری بنای او را قلع یا درختش را قطع کند (ارش در اینجا به معنای مابه‌التفاوت قیمت درخت زنده و درخت کنده شده است یا مابه‌التفاوت قیمت مصالح ساختمانی که پس از تخریب به جا مانده با ساختمان بنا شده) و یا می‌تواند اذن دهد که مشتری درخت و بنای خود را داشته باشد و به مالک اجرت‌المثل زمین را بپردازد. بدین ترتیب حق مالکیت هر دو محترم شناخته می‌شود ولو اینکه مشتری غابن باشد و بداند که در ملکی که اقدام به بنای ساختمان یا غرس درخت می‌کند مالکیتش متزلزل است. اگر سبب خيار پس از عقد به وجود آید (مثل خيار تفلیس و یا تعذر تسلیم) و مشتری در فاصله عقد تا حدوث سبب خيار اقدام به بنای اعیانی کرده باشد، چون در مالکیتی غیر متزلزل اقدام به چنین عملی کرده است و زمانی که درختان کاشته می‌شده یا بنا ساخته می‌شده خياری وجود نداشته است، بايع حق قلع ندارد و فقط استحقاق دارد که اجرت‌المثل زمینش را بگیرد.^۲ در اینجا بدیهی است که چون مشتری مالک بر مال خود می‌باشد، می‌تواند این درخت یا بنا را قلع کند که در این صورت باید زمین را به حالت اولیه برگردانده و بدون هیچ آسیبی آن را پس دهد.

در میان حقوق‌دانان با توجه به ماده ۲۸۸ قانون مدنی در خصوص منافع متصل ناشی از عمل مشتری نظرات کمابیش متفاوتی مطرح است. قانون مدنی در ماده ۲۸۸ بیان می‌دارد: «اگر مالک بعد از عقد در مورد معامله تصرفاتی کند که موجب ازدیاد

← نیست، زیرا عملی که کرده است در مال خودش بوده و مستحق شراکت نیز نیست، چون چیزی بر قیمت مال افزوده نشده است.

۱. علی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین، الروضه البهیه فی شرح اللعنه الدمشقیه، جلد ۳، کتابفروشی داری، ۱۴۱۰ ق، ص. ۴۶۸.

۲. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، جلد ۶، انتشار کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق، ص. ۱۹۵.

قیمت شود، در حین اقاله به مقدار قیمتی که به سبب عمل او زیاد شده است مستحق خواهد بود.» از ملاک این ماده می‌توان در فسخ نیز استفاده کرد.

حقوق دانان معتقدند در مواردی که کار طرف معامله (مشتری) موجب ایجاد منافع متصلی برای مال شود، اقتضای قاعده بر این است که مشتری نسبت به این اضافه قیمت شریک باشد، اما خود این شراکت ممکن است باعث اختلاف میان طرفین شود و قانون مدنی ترجیح داده است ریشه نزاع را قطع کرده و بگوید حق هر کس در زمان فسخ به او داده شود. بدین ترتیب ق.م عامل تغییر و فزونی در مال موضوع اقاله را مستحق بهای اضافی در زمان اقاله دانسته است و اگر این ماده را در مورد فسخ نیز جاری بدانیم باید گفت که عامل زیادی متصل از تاریخ فسخ طلبکار بهای اضافی است و شریک محسوب نمی‌شود.^۱

عقیده عده‌ای دیگر از حقوق دانان بر این است که تغییری که سبب افزایش قیمت شده با مال موضوع قرارداد وحدت پیدا کرده و عرفاً یکی شده است و چون اقاله یا فسخ به خودی خود دلالت بر انتقال این حق متبلور در عین مال در مقابل قیمت آن به طرف دیگر ندارد، بدین جهت مالک پس از عقد به نسبت افزایش قیمت حاصل از عمل او با طرف دیگر در عین مال شریک می‌شود.^۲

اگرچه نظر دوم مطابق اصول و قواعد اولیه است ولی ایرادی که به این نظر وارد می‌شود این است که فسخ در زمره اسباب اشاعه نیامده است و با توجه به قانون مدنی که در ماده ۲۸۸ در مورد اقاله صراحتاً بیان داشته که عامل ازدیاد قیمت، حین الاقاله مستحق دریافت قیمت افزوده شده بر مال به سبب عملش است، این‌گونه قابل برداشت است که قانون مدنی در اقاله که به توافق طرفین صورت گرفته درصدد جلوگیری از هرگونه نزاع در خصوص شراکت در منافع است و در فسخ که در اثر متضرر شدن یک‌طرف اتفاق افتاده و رابطه توافقی نبوده است، به طریق اولی مصلحت جلوگیری از بروز اختلاف در اینجا نیز وجود داشته و این مصلحت در مورد فسخ پررنگ‌تر جلوه‌گر است. از این‌رو ملاک ماده ۲۸۸ در مورد فسخ نیز وجود دارد.

این استحقاق دریافت زیاده قیمت را با اجرت‌المثل نباید اشتباه گرفت، زیرا این استحقاق دریافت وجه از جانب مشتری به واسطه افزایش قیمتی است که در مبيع حاصل شده نه میزان عملی که او انجام داده است و چه بسا شخص در مال تصرفات مثبت زیادی انجام داده باشد ولی چون به قیمت مال افزوده نشده، مستحق دریافت هیچ وجهی حین الفسخ نیست.

۱. امامی، سید حسن، منبع پیشین، ص. ۵۴۹.

۲. شهیدی، مهدی، منبع پیشین، ص. ۱۲۷.

اما با تأمل در این نظرات باید گفت که اصولاً در مورد زیاده‌ای که به صورت عین اضافی در مال ایجاد شده است اگر این مال قابلیت جدا شدن و انفکاک از اصل مال را داشته باشد بدون شک متعلق به مشتری خواهد بود چرا که در ملک خود مبادرت به ایجاد نموده است. هم‌چنین اگر عین اضافی به نحوی باشد که انفکاک آن از اصل مال، موجب زیان به عین اصلی یا خود زیاده می‌شود مثل درخت یا ساختمان در زمین (مبیع)، در این صورت نیز این زیاده متعلق به کسی است که آن را ایجاد کرده است. اما از آن جا که اعمال این قاعده موجب ضرر فسخ‌کننده از جهت عدم امکان انتفاع کامل از عین می‌شود باید به دنبال راه‌حلی برای احترام به حقوق هر دو باشیم. چرا که هر دو عمل مشروعی انجام داده‌اند که دارای ارزش است. در اینصورت ممکن است چنین نظر داده شود که باید میان دو فرض تفاوت قائل شد. در خیار شرط و خیاراتی که مشتری مطلع از وجود آنها است نباید از تصرف او حمایت کرد زیرا در معامله خیار بر خلاف شرط ضمنی عدم تصرف منافی خیار عمل کرده و با انجام عمل در ملک متزلزل به زیان خود اقدام کرده است. پس بایع می‌تواند ساختمان یا درخت را قلع کرده و غرامت ندهد. اما اگر مشتری از وجود خیار علیه خود اطلاعی نداشته باشد تصرف او در مالی که در زمان تصرف در مالکیت وی بوده مشروعیت دارد و بهتر است به بایع حق داده شود که ازاله این بنا یا درخت را بخواهد و در مقابل غرامت بپردازد. اما باید پذیرفت که علم مشتری به خیار بودن بیع نمی‌تواند مانع تصرف او در مبیع شود و تصرف او را بی‌ارزش کند، چرا که او مالک عین است و می‌تواند هر تصرفی را در عین انجام دهد. قانون‌گذار هم در مقررات بیع شرط که نوعی بیع خیار است، خریدار را تنها از تصرفات منافی حقوق دارنده حق فسخ ممنوع کرده است. مسلم است که احداث بنا تصرف منافی حق مالک بر فسخ معامله نیست. نویسندگان بیان کرده‌اند که تصرفی منافی با حقوق بایع محسوب می‌شود که او را از حق دستیابی به مبیع در صورت فسخ، محروم کند. در صورتی که عملی که باعث افزایش قیمت مبیع شده باشد نمی‌تواند تصرف مانع حقوق ذوالخیار تلقی شود چرا که فاسخ از این عمل سود برده است. پس صرف علم بر خیار بودن بیع نمی‌تواند اقدام مشتری به زیان خود تلقی شود. پس برای جمع هر دو حق باید گفت که فاسخ می‌تواند قلع بنا یا درخت را بخواهد اما به هر حال باید معادل ارزشی که ناشی از عمل خریدار به مال افزوده شده است را به او تادیه کند. هم‌چنین اگر خریدار مال را قلع نکرد در اینصورت زیاده به تبع عین در اختیار بایع قرار می‌گیرد و در نتیجه او مکلف به پرداخت اجرت‌المثل به خریدار است. در همین خصوص قانون مدنی در ماده ۵۰۴ در مقررات اجاره چنین بیان کرده که اگر مستأجر مجاز در غرس اشجار یا احداث بنا بوده باشد پس از مدت اجاره، مالک

نمی‌تواند مستأجر را به قلع بنا یا نزع درخت مکلف کند. در مورد عقد بیع می‌توان گفت که حتی اگر مشتری عالم به خیاری بودن باشد از آنجا که او پس از عقد مالک عین شده است باید او را مجاز در احداث بنا بدانیم مگر در صورتی که ضمن عقد بیع شرط عدم احداث شده باشد. حتی می‌توان از نظریه دارا شدن بلاجهت برای مستحق بودن مشتری به دریافت غرامت استفاده نمود. چرا که او به هر حال غاصب نبوده است و باعث افزایش ارزش مبیع شده است و از این جهت باید سود برده است.

نتیجه‌گیری

با توجه به مطالب بیان‌شده مشخص شد که نظریه کلی قانون مدنی مبتنی بر این است که منافع منفصل چه به صورت طبیعی ایجادشده یا صنعتی (ناشی از عمل مالک) باشد، متعلق به شخصی است که به موجب عقد مالک گردیده است زیرا منافع در زمان مالکیت او بر اصل مال ایجادشده و مطابق قاعده تابعیت نماء از اصل متعلق به اوست. اما در مورد منافع متصل وضع متفاوت است و چه این منافع به صورت طبیعی باشد یا ناشی از فعل، متعلق به شخصی است که به موجب فسخ مالک شده است، زیرا این منافع جزئی از مال محسوب می‌شود و جدای از اصل مال قابل تصور نیست و به تبع آن به مالک اولیه بازمی‌گردد.

اگر منافع متصل به صورت طبیعی ایجادشده باشد، شخصی که این منافع همراه با اصل مال به او بازمی‌گردد مسئولیتی برای پرداخت ما به ازای در قبال این منافع ندارد اما اگر منافع متصل ناشی از عمل شخصی باشد که به موجب عقد مالک شده است و با اصل مال وحدت عرفی پیدا کرده و در واقع عین مستقلی تلقی نشود، با توجه ماده ۲۸۸ ق.م. عامل ازدیاد قیمت، مستحق قیمت اضافه شده بر مبیع خواهد بود. اما در صورتی که در نتیجه عمل خریدار عین مستقلی در ملک به وجود آمده باشد که قابل انفکاک از مبیع نباشد باید در هر صورت قائل به این بود که مشتری در هر صورت مالک عین مستقل است پس حق قلع آن را دارد. همچنین بایع نیز حق دارد که زیاده را با پرداخت مبلغی معادل ارزشی که عمل مشتری بر مال افزوده است قلع کند. اما در صورت عدم قلع و با توجه به این که پس از فسخ زیاده مزبور در اختیار بایع قرار گرفته است، او مکلف به پرداخت اجرت‌المثل است. بنابراین در هر صورت نباید حق مشتری که در ملک خود مباردت به احداث بنا کرده است نادیده انگاشته شود.

بر این نظریه کلی استثنائاتی وجود دارد که قانون مدنی در مواد مربوط به اجاره بیان کرده است که اثر فسخ در عقد اجاره به زمان ایجاد سبب خیار تسری پیدا کرده و اثر قهقراایی دارد: بدین شکل که اگر عقد اجاره به سبب عیبی که از حین عقد وجود داشته فسخ گردد، این فسخ به قهقرا اثر کرده و عقد را از ابتدا منحل می‌سازد و این حکم قانون مدنی در مورد خیار عیب (ماده ۴۸۰ ق.م.)، به تمام خیاراتی که در عقد اجاره سبب آنها از حین عقد وجود دارد قابل تسری است. می‌توان گفت که در واقع در هر مورد که سبب خیار از ابتدای عقد موجود بوده، خیار به قهقرا سرایت کرده و عقد را از ابتدا منحل می‌سازد و در اثر آن تمام منافع منفصل و متصل متعلق به موجر بوده و مشتری باید ما به ازای منافع که بهره‌مند شده را بپردازد و اجاره‌بهای خود را پس

بگیرد اما اگر سبب خیار در حین عقد اجاره به وجود آید با اعمال فسخ، عقد از زمان حدوث سبب خیار منحل شده و در این فاصله منافع منفصل و متصل برای موجر بوده و مشتری باید ما به ازای منافع استفاده شده را پرداخته و اجاره‌بهای متعلق به این مدت را پس بگیرد. با این حال نظر به فقدان حکم صریح قانون در خصوص مالکیت منافع مال مورد معامله پس از فسخ عقد، سزاوار است که از طریق تقنین در باب احکام کلی خیارات ماده‌ای پس از ماده ۴۵۶ گنجانیده شود و وضعیت منافع مال مورد معامله پس از فسخ روشن گردد. متن ماده پیشنهادی می‌تواند چنین باشد: «منافع منفصل مال مورد معامله پس از فسخ، مطلقاً و هم چنین منافع متصلی که به صورت عین غیر قابل انفکاک از مورد معامله بوجود آمده است، متعلق به شخصی است که با عقد مالک شده است و منافع متصل غیر قابل انفکاک از اصل مال، در هر حال از آن مالک پس از فسخ می‌باشد».

منابع

- ابن فارس بن زکریا، احمد، معجم مقاییس اللغة، جلد ۴، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۱، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۰.
- انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، جلد ۶، انتشار کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
- بجنوردی، سید حسن، القواعد الفقهیه، جلد ۱، انتشارات اسماعیلیان، ۱۴۰۷ ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق، جلد ۴، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۱.
- _____، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۵، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸.
- خمینی، سید روح‌الله موسوی، تحریر الوسیله، جلد ۲، موسسه مطبوعات دارالعلم، ۱۴۱۱ ق.
- ساعی، سید محمد هادی، «بررسی تطبیقی اثر قهقراپی فسخ»، نامه مفید، شماره ۷۹، شهریور ۱۳۸۹.
- سیستانی، سید علی حسینی، منهاج الصالحین، جلد ۲، انتشار دفتر حضرت آیت‌الله سیستانی، ۱۴۱۷ ق.
- شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۰.
- شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، الخلاف، جلد ۳، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
- _____، المبسوط، جلد ۲، المكتبة المرتضویه لاحیا آثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
- عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه، جلد ۱۴، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، تحریر الاحکام الشریعۀ علی مذهب الامامیه، جلد ۲، موسسه امام صادق، ۱۴۲۰ ق.
- _____، تذکره الفقها، جلد ۱۱، موسسه آل البيت، ۱۴۱۴ ق.
- _____، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، جلد ۵، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- علی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، جلد ۳، کتابفروشی داورى، ۱۴۱۰ ق.
- _____، مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، جلد ۳، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
- قاضی ابن برآج، عبدالعزیز طرابلسی، المهذب، جلد ۱، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
- کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، انتشارات میزان، ۱۳۸۸.
- _____، شفعه وصیت و ارث، انتشارات میزان، ۱۳۸۹.
- _____، عقود معین (دوره مقدماتی)، جلد ۱، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۰.
- _____، عقود معین (دوره مقدماتی)، جلد ۲، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۰.

- _____ ، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲.
- محقق ثانی (کرکی)، علی بن حسین عاملی، جامع القاصد فی شرح القوائد، جلد ۴، موسسه آل البيت، ۱۴۱۴ ق.
- محقق حلی، نجم الدین بن جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی شرح مسائل الحلال و الحرام، جلد ۲، انتشارات اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
- محمدی، ابوالحسن، قواعد فقه، انتشارات میزان، ۱۳۸۹.
- _____ ، مبانی استنباط حقوق اسلامی (اصول فقه)، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۸.
- مصطفوی، سید محمد کاظم، مائه القواعد، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۱ ق.
- مکی عاملی (شهید اول)، محمد، القواعد و الفوائد، جلد ۲، کتابفروشی مفید، ۱۴۰۰ ق.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم، المستند فی شرح العروه الوثقی، جلد ۴، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۸ ق.
- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۳، در الاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
- نراقی، مولا احمد، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، جلد ۱۴، موسسه آل البيت، ۱۴۱۵ ق.
- نعمان عکبری (شیخ مفید)، محمد، المقنعه، انتشارات کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
- یزدانیان، علیرضا، شرط فاسخ در حقوق ایران و فرانسه، حقوق مدنی تطبیقی، چاپ پنجم، انتشارات سمت، ۱۳۹۲.

قانون قابل اعمال بر تعهدات غیر قراردادی در مقررات متحدالشکل رم دو (۲۰۰۷) و حقوق ایران

مهدی عباسی سرمدی*

سیدسلیمان سیدی زاده اصل**

چکیده

تعهدات غیر قراردادی، در کنار تعهدات قراردادی، قسمت اعظم تعهدات حقوقی را تشکیل می‌دهند و از نظر تعارض قوانین، قاعده حل تعارض خاصی را دارند. بحث تعارض قوانین و تعیین قانون حاکم بر دعوی در تعهدات غیر قراردادی، زمانی پیش می‌آید که در وقوع آن یک یا چند عنصر خارجی دخالت داشته باشند. از جدیدترین ابتکارهای حقوق اروپایی در زمینه تعارض قوانین در تعهدات غیر قراردادی و تعیین قانون حاکم بر آن که در سال ۲۰۰۷ به تصویب رسیده است، مقررات موسوم به مقررات رم دو می‌باشد. در این مقررات قانون محل وقوع خسارت به عنوان قاعده کلی قانون قابل اعمال بر تعهدات غیر قراردادی تعیین شده است. در سیستم حقوقی ایران در مورد تعهدات غیر قراردادی هیچ‌گونه قاعده‌ای وجود ندارد. لذا قاضی ایرانی در خصوص تعیین قانون صالح، به جهت فقدان قاعده حل تعارض با مشکل جدی مواجه خواهد شد. در این مورد بعضی معتقد به قانون محل وقوع حادثه می‌باشند و نظر دیگر به لحاظ فقدان نص صریح در این زمینه به اجرای قانون مقر دادگاه تأکید دارد. در حقوق ایران می‌توان با تنقیح ملاک از برخی مواد قانونی، نظریه قانون محل وقوع حادثه را تحت شرایطی پذیرا شد. مقرر رم دو که اولین سند بین‌المللی (منطقه‌ای) در زمینه قانون قابل اعمال بر تعهدات غیر قراردادی می‌باشد، و همچنین به طور خاص به موضوع مربوط است، مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

کلیدواژه‌ها: تعهدات غیر قراردادی، حاکمیت اراده، قانون محل وقوع خسارت،

مقرر رم دو.

Ma.sarmadi@yahoo.com

*عضو هیأت علمی دانشگاه خوارزمی تهران (نویسنده مسئول)

S_seyedi_law@yahoo.com

**کارشناس ارشد حقوق خصوصی از دانشگاه خوارزمی تهران

تاریخ دریافت: ۹۳/۱۰/۰۶ تاریخ پذیرش: ۹۴/۱۲/۲۵

مسئولیت مدنی خارج از قرارداد (تعهد غیرقراردادی) عبارت است از یک وظیفه یا تعهد غیرقراردادی که بالقوه بر ذمه همه انسان‌ها می‌باشد و به‌وسیله قانون تحمیل می‌شود. در دعوی تعهدات غیرقراردادی در صورتی که یک یا چند عنصر خارجی دخالت داشته باشند، موضوع تعارض قوانین و تعیین قانون حاکم بر تعهدات غیرقراردادی مطرح می‌شود. مثلاً در موردی که یک شرکت فرانسوی سبب آلوده شدن آب رودخانه راین شود و به محصولات کشاورزی کشاورزان هلندی به خاطر استفاده از آب رودخانه خسارت وارد آید، تعارض قوانین در دعوی مسئولیت مدنی خارج از قرارداد (تعهد غیرقراردادی) علیه شرکت فرانسوی پیش می‌آید. تعارضی که پیش می‌آید این است که قانون کدام کشور، کشور فرانسه (محل وقوع حادثه زبان‌بار) یا قانون کشور هلند (محل ورود ضرر و خسارت) یا باید قانون مقر دادگاه یا کشور رسیدگی کننده اعمال شود. موضوع تعارض قانون حاکم بر تعهدات غیرقراردادی از مسائل شایع بوده که در اکثر نظام‌های حقوقی مورد بحث واقع شده و از دیرباز سه نظریه در این خصوص، که شامل قانون محل وقوع مسئولیت غیرقراردادی، قانون مناسب و قانون مقر دادگاه یا کشور رسیدگی کننده می‌باشد، مطرح بوده است. نظام‌های حقوقی اتحادیه اروپا در سال ۲۰۰۷ مقرره‌ای را با هدف یکسان نمودن قواعد حل تعارض در میان کشورهای عضو اتحادیه اروپا در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات غیرقراردادی وضع کردند (مقررات رم دو)^۱ که از سال ۲۰۰۹ لازم‌الاجرا گردیده است. این مقرره بر اساس ماده ۸۹ معاهده اروپایی جزئی از منابع ثانویه اتحادیه اروپا تلقی شده و با توجه به قابلیت اجرایی و مستقیم آن و همچنین الزام‌آور بودن آن، در قلمرو خود بر مقررات داخلی تمام کشورهای عضو مقدم است.^۲ در این مقرره قانون محل وقوع خسارت به عنوان قاعده کلی (اصلی) در قانون قابل اعمال بر تعهدات غیرقراردادی پذیرفته شده است. البته این قاعده دارای محدودیت‌های زیادی می‌باشد که حوزه عملکرد آن را کاهش می‌دهد.^۳ در نظام حقوقی ایران در زمینه قانون قابل اعمال بر تعهدات غیرقراردادی قاعده حل تعارض وجود ندارد.

۱. از این به بعد با عنوان رم دو به آن اشاره می‌شود.

۲. الماسی، نجادعلی؛ افضلی مهر، مرضیه، «قانون حاکم بر الزامات خاص غیرقراردادی»، نامه مفید، شماره ۶۷،

شهریور ۱۳۸۷، ص. ۷.

3. Garcimartin, Francisco; Garcimartin, Alfèrez, "The Rome II Regulation: On the way towards a European Private International Law Code", The European Legal Forum, Issue 3, 2007, p. 83.

این مقاله درصدد است ضمن بررسی قاعده اصلی مورد پذیرش و استثنائات آن در زمینه قانون قابل اعمال بر تعهدات غیرقراردادی در مقررات رم دو به این سؤال پاسخ دهد که قانون قابل اعمال بر تعهدات غیرقراردادی در حقوق ایران چیست. فرضیه‌ای که در پاسخ به این سؤال مطرح می‌گردد این است که در حقوق ایران، قانون محل وقوع حادثه زیان‌بار تحت شرایطی، با توجه به مقرر رم دو، نظریات دکترین در این زمینه و با وحدت ملاک از ماده ۹۶۸ قانون مدنی قابل پذیرش می‌باشد. این مطالعه می‌تواند در تدوین مقرراتی در زمینه قانون قابل اعمال بر تعهدات غیرقراردادی در کشورمان مورد استفاده قانون‌گذاران واقع شود.

این مقاله در دو قسمت به موضوع می‌پردازد. در قسمت اول شرح و بررسی قاعده کلی (اصلی) در زمینه قانون قابل اعمال بر تعهدات غیرقراردادی و استثنائات آن در مقرر رم دو که قسمت عمده مباحث این مقاله را شامل می‌شود، ارائه می‌گردد و در قسمت دوم، قانون قابل اعمال بر تعهدات غیرقراردادی در حقوق ایران مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. قانون حاکم بر تعهدات غیرقراردادی و استثنائات آن در مقرر رم دو

۱-۱. قاعده کلی

مقرر رم دو در ماده ۴ تحت عنوان «قاعده کلی» قانون قابل اعمال در خصوص شبه جرم / خطای مدنی را بیان نموده است که ذیلأ به بررسی آن می‌پردازیم. ماده ۴ مقرر رم دو بیان می‌دارد:

«۱- مگر در مواردی که در این مقرر به نحو دیگری مقرر شده است، قانون قابل اعمال بر تعهدات غیرقراردادی، که از شبه جرم / خطای مدنی ناشی می‌شوند، قانون کشوری خواهد بود که خسارت در آنجا رخ داده است، بدون اینکه به کشوری که حادثه منجر به بروز خسارت در آنجا رخ داده و کشور یا کشورهایی که نتایج غیرمستقیم آن حادثه در آنجا اتفاق افتاده است، توجه شود.

۲- با این حال در مواردی که اقامتگاه عادی (متعارف) فردی که ادعا می‌شود مسئول است و فردی که متحمل خسارت شده است، در زمان وقوع خسارت، کشور واحدی باشد، قانون همان کشور اعمال خواهد شد.

۳- در جایی که از تمام اوضاع و احوال مشخص است که شبه جرم / خطای مدنی، ارتباط آشکارا نزدیکی با کشوری به جز کشورهای بند یک یا دو دارد، قانون همان کشور اعمال خواهد شد. یک ارتباط نزدیک آشکارا با یک کشور دیگر ممکن است، از

جمله، مبتنی بر یک رابطه موجود قبلی میان طرفین، مثلاً (یک قرارداد) باشد که با شبه جرم یا خطای مدنی مطروحه ارتباط نزدیکی دارد.»

ماده ۴ این مقررہ از سه جزء تشکیل شده است. قاعده کلی قانون قابل اعمال بر تعهدات غیرقراردادی طبق بند ۱ این ماده «قانون محل وقوع خسارت»^۱ می‌باشد، در حالی که بند ۲ «اقامتگاه عادی مشترک»^۲ استثنایی بر این قاعده عمومی و بند ۳ «قانون دارای ارتباط آشکارا نزدیک با حادثه رخ داده» نیز شرط معافیت از بندهای پیشین است.^۳ در این قسمت به بررسی بند یک ماده مذکور می‌پردازیم و بندهای ۲ و ۳ در مباحث بعدی بررسی می‌شود.

مطابق بند (۱) ماده ۴ فوق‌الذکر و (بند ۳ ماده ۲) این مقررہ قانون قابل اعمال باید بر این اساس که خسارت مستقیم در کجا اتفاق افتاده یا ممکن است رخ دهد تعیین شود، صرف‌نظر از اینکه نتایج غیرمستقیم می‌تواند در کدام کشور یا کشورها رخ دهد. ارتباط با کشوری که خسارت مستقیم در آنجا اتفاق افتاده است، تعادل منصفانه‌ای را میان منافع شخص زیان‌دیده و شخص مسئول برقرار می‌کند. در بیشتر موارد این قانون، قانون اقامتگاه متضرر خواهد بود. با وجود این، در برخی موارد، از جمله مواردی که شبه جرم (مسئولیت مدنی) صرفاً نتیجه یک ضرر اقتصادی باشد نه آسیب و ضرر فیزیکی، تشخیص اینکه خسارت مستقیم می‌باشد یا غیرمستقیم (تبعی) مشکل است.^۴ در ماده ۲۴ این کنوانسیون تحت عنوان «استثنای احاله» موارد احاله منع شده است و باید به قانون ماهوی کشوری که انتخاب می‌شود توجه نمود و منظور از قانون محل وقوع خسارت، قوانین ماهوی کشوری که خسارت در آنجا بروز کرده است می‌باشد و نه قواعد حل تعارض آن کشور.^۵ اینکه آیا قانون آن کشور مناسب است یا نه و یا اینکه به نفع کدام طرف می‌باشد، اهمیتی ندارد مگر آنکه مورد مشمول بند ۲ یا ۳ ماده ۴ این مقررہ شود.

همان‌طور که بیان شد، محل یا محل‌هایی که زیان‌دیده در آنجا خسارت غیرمستقیم را متحمل شده است، در تعیین قانون قابل اعمال نقشی ندارد. مثلاً در خصوص حوادث ناشی از تصادفات رانندگی، محل خسارت مستقیم محلی است که تصادف در آنجا رخ داده و در این مورد به خسارت‌های مالی یا غیرمالی که به تبع

1. Lex loci damni

2. Habitual residence

3. Garcimartin, Francisco; Garcimartín, Alférez, Op. cit., p. 84.

4. Huber, Peter, Rome II Regulation: Pocket Commentary, European law Publishers. 2011, p. 7.

5. Stone, Peter, "The Rome II Regulation on Choice of Law in Tort", Ankara Law Review, vol.4. No. 2, 2007, p. 104.

خسارت اصلی، در سایر کشورها به خواهان وارد شده است، توجهی نمی‌شود. خسارات بدنی و یا خسارات وارده بر اموال، خسارت مستقیم تلقی می‌شود. لذا در مورد صدمه‌های بدنی یا خسارات وارده بر اموال یا کالاها، مقررات مرتبط با مقررہ بیان داشته است که کشوری که در آن خسارت اتفاق افتاده، به ترتیب کشوری است که فرد در آنجا متحمل زیان شده و یا کالا یا مال در آنجا در معرض خسارت قرار گرفته است. در برخی موارد خاص، محل وقوع خسارت معلوم نمی‌باشد. از جمله مواردی که در آنها محل وقوع خسارت به طور دقیق معلوم نمی‌باشد، خساراتی است که در آب‌های بین‌المللی اتفاق می‌افتد. در چنین مواردی بند ۱ ماده ۴ اعمال نمی‌شود و محاکم باید به بندهای ۲ و ۳ این ماده مراجعه نمایند.^۱ در مواردی که خسارت در چند کشور به وجود می‌آید، قاعده مندرج در بند ۱ ماده ۴ ایجاب می‌کند که قانون هر کدام از آن کشورها بر اساس نظریه توزیعی اعمال شود، یعنی قانون هر کشوری برای تعیین خسارت جمع و نتیجه نهایی به دست می‌آید. البته به نظر می‌آید که چون اعمال چند قانون کار مشکلی است، در این گونه موارد نیز قضاوت در پی آن بر می‌آیند که مثلاً با یافتن یک رابطه موجود قبلی میان طرفین قانون قابل اعمال را بر اساس بند ۳ تعیین کنند و بند ۱ را رها نمایند.

۲-۱. استثنائات

دو استثناء بر قاعده کلی قانون قابل اعمال بر تعهدات غیرقراردادی در این مقررہ، وضع شده است که شامل اقامتگاه عادی مشترک (بند ۲ ماده ۴) و قانون دارای ارتباط آشکارا نزدیک با حادثه رخ داده (بند ۳ ماده ۴) می‌باشد. البته قاعده کلی در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات غیرقراردادی، صرف‌نظر از استثنائات آن، زمانی قابل اعمال خواهد بود که در این خصوص بین طرفین توافق صورت نگرفته باشد، در این بند ابتدا اصل حاکمیت اراده و استثنائات آن بررسی می‌شود و سپس به ترتیب به شرح استثنائات مذکور می‌پردازیم.

۱-۲-۱. اصل حاکمیت اراده

امروزه، اصل حاکمیت اراده یکی از اصول اساسی در حقوق بین‌الملل خصوصی است که هم در حقوق داخلی کشورها و هم در عهدنامه‌های بین‌المللی مورد پذیرش واقع شده است. اصل آزادی اراده در روابط مربوط به خطای مدنی به آن گستردگی که در روابط قراردادی است، مورد پذیرش واقع نشده است. اصل حاکمیت اراده در انتخاب

1. Huber, Peter, Op.cit. pp. 90-91.

قانون قابل اعمال بر تعهدات غیرقراردادی در کشورهای عضو، از جمله ماده ۴۲ قانون مدنی آلمان و در خارج از اتحادیه اروپا برای مثال ماده ۱۳۳ حقوق بین‌المللی سوئیس به طور صریح پذیرفته شده است.

مقرره رم دو در قانون قابل اعمال بر تعهدات غیرقراردادی اصل حاکمیت اراده را مطابق ماده ۱۴ پذیرفته است، لذا قاعده کلی «قانون محل وقوع خسارت» زمانی قابل اعمال است که طرفین قانون حاکم بر تعهدات غیرقراردادی را تعیین نکرده باشند. ماده ۱۴ به طرفین اجازه می‌دهد تا قانون هر کشوری را که خواستند بر دعوا حاکم کنند. این قانون می‌تواند قانون کشور یکی از طرفین دعوا یا قانون کشوری غیر از کشورهای طرفین دعوا باشد.^۱ البته این مقرره محدودیت‌هایی را برای آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم بر تعهدات غیرقراردادی مقرر کرده و توافق اشخاص عادی (غیرتجار) را محدود به بعد از وقوع حادثه نموده است که عملاً کاربرد آن را محدود می‌کند.

بند یک ماده ۱۴ رم دو بیان می‌دارد: «طرفین ممکن است توافق کنند تعهدات غیرقراردادی خود را به قانون منتخب خویش ارجاع نمایند:

الف) به وسیله موافقت‌نامه‌ای که بعد از وقوع واقعه منجر به خسارت، منعقد شده است، یا؛

ب) همچنین در جایی که تمام طرفین فعالیت تجاری انجام می‌دهند، به وسیله موافقت‌نامه‌ای که قبل از وقوع واقعه منجر به خسارت، آزادانه در موردش مذاکره کرده باشند. انتخاب باید صریح بوده یا با اطمینان معقولی به وسیله اوضاع و احوال آشکار شود که بر حقوق اشخاص ثالث لطمه وارد نخواهد کرد.»

مطابق بند یک ماده مذکور توافق طرفین برای انتخاب قانون قابل اعمال می‌تواند قبل یا بعد از وقوع حادثه زیان‌بار صورت گیرد. توافق قبل از وقوع حادثه مختص اشخاصی است که فعالیت تجاری انجام می‌دهند و همچنین لازمه اعتبار این توافق‌ها که قبل از وقوع زیان منعقد می‌شود، انجام مذاکرات آزاد و به دور از تحمیل، توسط طرفین تجاری است. هدف از این محدودیت حمایت از شخص ضعیف‌تر در رابطه با شبه‌جرم/خطای مدنی آینده است.^۲ اما توافق بعد از وقوع حادثه مختص به دسته خاصی از اشخاص یا شکل خاصی از روابط نمی‌باشد و تمام افراد اعم از تاجر و غیرتاجر می‌توانند طرف این قبیل توافق‌ها باشند. این دسته از قراردادها کمتر مشکل‌زا هستند؛ زیرا پس از رخ دادن حادثه منجر به بروز خسارت، طرفین در موقعیتی هستند که

1. Garcimartin, Francisco; Garcimartín, Alférez, Op. cit., p. 82.

2. Ibid, p. 87.

بیشتر به حقوق و تکالیف خود آگاهی دارند و می‌توانند مزایا و معایب قانون منتخب را بسنجند و در نتیجه انتخاب آگاهانه‌ای داشته باشند.

دلیل اینکه توافق اشخاص غیرتاجر در مورد قانون حاکم بر تعهدات غیرقراردادی به بعد از وقوع حادثه محدود شده است، جلوگیری از سوءاستفاده و تجاوز به حقوق مصرف‌کنندگان و کارگران (طرف ضعیف‌تر) می‌باشد.^۱

انتخاب قانون توسط طرفین می‌تواند صریح یا ضمنی باشد. البته در مورد انتخاب غیرصریح، انتخاب باید به گونه‌ای باشد که بتوان آن را با اطمینان معقولی از اوضاع و احوال قضیه استنباط کرد. طرفین فقط می‌توانند قوانین ماهوی کشور دیگری را به عنوان قانون حاکم بر تعهدات غیرقراردادی خود انتخاب کنند و حق انتخاب قواعد حل تعارض کشور دیگر را ندارند؛ به این دلیل که ماده ۲۴، همان‌طور که قبلاً ذکر شد، احاله را از شمول این مقرر خارج دانسته و هیچ‌یک از دو نوع احاله را نپذیرفته است. یکی از دلایل عدم پذیرش احاله آن است که احاله منجر به اعمال قانونی به جز قانونی که مقصود و منظور طرفین بوده است، می‌شود. همچنین بند یک ماده ۱۴ به طرفین تنها حق انتخاب قوانین ماهوی یک کشور دیگر را داده است. لذا طرفین نمی‌توانند مثلاً اصول کلی حقوقی و یا عرف و ... را حاکم بر تعهدات غیرقراردادی خویش کنند. علاوه بر شرایط فوق‌الذکر، بر آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم بر تعهدات غیرقراردادی خویش، محدودیت‌هایی از قبیل قواعد آمره، نظم عمومی و نظایر آنها نیز تعیین شده است.

۱-۲-۲. قانون اقامتگاه مشترک

استثنای بعدی جایی است که در زمان بروز خسارت، اقامتگاه عادی زیان‌دیده و زیان‌زننده در یک کشور باشد که در این صورت به جای قاعده کلی (قانون محل وقوع خسارت) قانون همان اقامتگاه مشترک اعمال می‌شود. در صورتی که چنین اقامتگاه مشترکی وجود نداشته باشد، قانون محل وقوع خسارت اعمال می‌شود.^۲ در سوئیس قاعده کلی در خصوص خطای مدنی، محل ارتکاب می‌باشد. اما اگر اقامتگاه عادی طرفین مشترک باشد قانون همان محل اعمال می‌شود. همانند این قاعده در کشورهای چینی، آلمان، پرتغال و هلند نیز وجود دارد.^۳

1. Hern, John; Binchy, William, "The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non Contractual Obligations", Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp.113-114.
2. Stone, Peter, Op. cit, p.103.
3. Zhang, Mo, "Party Autonomy in Non-contractual Obligation: RomeII and its Impacts on Choice of Law", Hall Law Review, vol. 39, 2009, p.16.

از آنجا که در نظام‌های حقوقی مختلف، اصطلاح اقامتگاه دارای معنا و مفهوم خاص می‌باشد، ماده ۲۳ اقامتگاه عادی را تعریف کرده است. براساس ماده ۲۳ مقررہ رم دو، اقامتگاه متعارف شرکت‌ها و سایر ارگان‌های دارا یا فاقد شخصیت حقوقی، مرکز اداره آنها می‌باشد. مقصود از مرکز اداره آنها در این ماده محل مدیریت و کنترل شرکت می‌باشد؛ یعنی محلی که شرکت و اعضایش از آنجا مدیریت می‌شوند. در مواردی که حادثه در اثنای عملکرد شعبه یا نماینده شرکت یا سایر تأسیسات شرکت رخ می‌دهد، محل استقرار آن شعبه یا نماینده به عنوان اقامتگاه عادی شرکت شناخته می‌شود. در مورد اشخاص حقیقی، که در جریان فعالیت تجاری خود اقدام می‌کنند، اقامتگاه عادی آنها محل اصلی تجارت آنها می‌باشد. در مورد اقامتگاه سایر اشخاص حقیقی (غیرتاجر) در این ماده تعیین تکلیف نشده است؛ اما تعیین آن باید بر اساس ملاک و ضوابط واقعی صورت گیرد.

نکته مهمی که در بند ۲ ماده ۴ باید به آن دقت شود، زمان رخ دادن خسارت است و آنچه در این بند اهمیت دارد زمان بروز خسارت است و نه زمان وقوع حادثه زیان‌بار یا زمان اقامه دعوا. بنابراین، اگر خسارت در طی چند ماه رخ دهد، آنچه اهمیت دارد، اولین نقطه بروز خسارت می‌باشد و هر تغییری که پس از آن در اقامتگاه طرفین رخ دهد، هیچ اثری بر تعیین قانون قابل اعمال نخواهد داشت. همین که طرفین در اولین نقطه بروز خسارت دارای اقامتگاه عادی مشترک باشند، قانون همان محل اعمال می‌شود؛ صرف نظر از اینکه آنها بعداً اقامتگاه خود را تغییر دهند یا خیر. بند ۲ ماده ۴ تنها موردی را شامل می‌شود که یک زیان‌دیده و یک مقصر وجود داشته باشد و در مواردی (مانند تصادفات رانندگی) که ممکن است چندین مقصر یا زیان‌دیده وجود داشته باشد، ساکت است. بعضی‌ها چنین استدلال کرده‌اند که به خاطر عدم تصریح ماده ۴، در این موارد بند ۲ اعمال نمی‌شود.^۱

البته راجع به بند ۲ ماده ۴، که اقامتگاه مشترک طرفین را در صورتی که در زمان وقوع خسارت یکسان باشد، استثنای بر قاعده کلی بیان کرده، به نظر می‌رسد که در فرضی که محل وقوع حادثه زیان‌بار و محل وقوع خسارت در یک کشور باشد و اقامتگاه مشترک طرفین در کشوری دیگر باشد، در برخی موارد اعمال قانون اقامتگاه مشترک طرفین خلاف عدالت قضایی و سبب تخلف نسبت به قانون خواهد شد. از جمله در موردی واقعه حقوقی زیان‌بار بر اساس قانون محل وقوع آن تخلف محسوب نشده و بر اساس قانون اقامتگاه مشترک طرفین تخلف و سبب مسئولیت گردد. مثلاً در

1. Huber, Peter, Op.cit, p.94

موردی که یکی از اتباع ایران در انگلستان که رانندگی در آنجا از سمت چپ خیابان مجاز است، در همان سمت رانندگی کرده و موجب تصادف با اتومبیل ایرانی دیگر و بروز خسارت به او شده باشد و در ایران خواسته شود که آن رانندگی بر اساس قانون ایران مسئول شناخته شود. در حالی که بر اساس قانون محل وقوع خسارت رانندگی از سمت چپ مجاز بوده و سبب مسئولیت کسی که با رعایت قوانین انگلستان، رانندگی کرده است، نخواهد بود. به نظر می‌رسد در این موارد باید بند ۱ ماده ۴ (قانون محل وقوع خسارت) اعمال گردد.^۱

۱-۲-۳. اعمال قانون دارای ارتباط آشکارا نزدیک با حادثه رخ داده

بر اساس بند ۳ ماده ۴ مقرر در «در جایی که از تمام اوضاع و احوال مشخص است که شبه‌جرم/خطای مدنی ارتباط آشکارا نزدیکی با کشوری به جز کشورهای بند ۱ یا ۲ دارد، قانون همان کشور اعمال خواهد شد. یک ارتباط نزدیک آشکارا با یک کشور دیگر ممکن است، از جمله، مبتنی بر یک رابطه موجود قبلی میان طرفین، مثلاً (یک قرارداد) باشد که با شبه‌جرم یا خطای مدنی ارتباط نزدیکی دارد.»

بر اساس این بند، زمانی که از اوضاع و احوال مشخص است که شبه‌جرم یا خطای مدنی واقع شده، به صورت آشکار با کشوری جز کشوری که خسارت در آنجا رخ داده است، یا غیر از کشور اقامتگاه مشترک طرفین، در ارتباط است، آن گاه قانون همان کشور اعمال خواهد شد. این شرط که از آن به عنوان استثنای کلی نیز تعبیر شده است، بر بند ۲ نیز حاکم است. یعنی اگر طرفین رابطه حقوقی، هر دو مقیم یک کشور باشند ولی دعوا با کشور دیگری به طور آشکارا ارتباط بیشتری داشته باشد، قانون کشور اخیر اعمال می‌شود. به عبارت دیگر در صورت تحقق چنین ارتباطی، بند ۳ ماده ۴ شرط معافیت از بندهای ۲ و ۱ آن می‌باشد.^۲ لفظ «آشکارا» در این بند حاکی از وضعیت استثنایی این مقرره است، زیرا با اعمال این قاعده تا اندازه‌ای عدم پیش‌بینی‌پذیری در تشخیص قانون قابل اعمال ایجاد می‌شود. علاوه بر اینکه باید قانون کشوری غیر از کشور محل وقوع خسارت و کشور اقامتگاه مشترک طرفین، به طور آشکارا ارتباط نزدیکی با حادثه رخ داده داشته باشد. همچنین باید تمام اوضاع و احوال قضیه، مطابق ماده فوق‌الذکر مورد بررسی قرارگیرد و دادگاه نباید تنها به اوضاع و احوالی توجه کند که خواهان دعوی برای تقویت ادعاهایش به آنها استناد می‌کند.^۳ بند

1. Stone, Peter, Op. cit, p.110.

2. Ibid, p.113.

3. Symeonides, Symeon, "Rome II And Tort Conflicts: A Missed Opportunity", American Journal of Comparative Law, vol.56, 2008, p. 28.

۳ ماده ۴ تنها یکی از مصادیقی را که در آن رابطه آشکارا نزدیکی با کشور دیگر وجود دارد مشخص نموده و آن جایی است که یک قرارداد دارای ارتباط نزدیک با شبه جرم یا خطای مدنی وجود دارد. بدیهی است که این مورد تمثیلی است و نه حصری، و موارد محدود به این مصداق نمی‌باشد. می‌توان گفت که این تنها مثالی برای روشن‌تر کردن موضوع می‌باشد. مواردی هم ممکن است پیش بیاید که طرفین مقیم کشورهای مختلفی باشند و اتفاقاً در خصوص موضوع رخ داده دارای مقررات یکسان و یکنواختی باشند. اما در عین شباهت، قانون آنها با قانون کشور محل وقوع خسارت متفاوت باشد. در این موارد اگر چه به موجب بند (۲) به علت اینکه اقامتگاه طرفین یکسان نمی‌باشد، امکان اعمال قانون اقامتگاه آنها ممکن نیست، اما می‌توان با استفاده از راه مقرر در بند (۳)، مبادرت به اعمال قانون اقامتگاه طرفین نمود. بنابراین با توجه به آنچه که بیان شد، ترتیب اولویت برای تعیین قانون قابل اعمال مطابق مقرر رم دو به نحو زیر می‌باشد:

- قانونی که توسط طرفین انتخاب شده است، جز مواردی که در آنها تعیین قانون قابل اعمال توسط طرفین منع شده است (ماده ۱۴).
- قانونی که شبه جرم یا خطای مدنی رخ داده، ارتباط آشکارا نزدیکی با آن دارد (بند ۳ ماده ۴).
- قانون اقامتگاه عادی مشترک طرفین در زمان وقوع خسارت (بند ۲ ماده ۴).
- قانون کشوری که خسارت در آنجا رخ داده است یا همان قانون محل وقوع خسارت (بند ۱ ماده ۴).

۲. قانون قابل اعمال بر تعهدات غیرقراردادی در حقوق ایران

در نظام‌های حقوقی که مبنای آنها بر حقوق نوشته استوار است، مانند نظام حقوقی ایران، به اقتضای آنکه عمده‌ترین و اصلی‌ترین منابع حقوق را قانون تشکیل می‌دهد، منبع اصلی قواعد حل تعارض، قانون است. در حقوق ایران منبع اصلی قواعد حل تعارض قوانین، قانون مدنی است. لیکن در قانون مدنی ایران، هیچ نصی در خصوص نحوه تعیین قانون حاکم بر تعهدات غیرقراردادی وجود ندارد. اما این سکوت قانون‌گذار را نباید چنین تعبیر کرد که راه تدارک چنین قاعده حل تعارضی در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران مسدود است. برعکس، با در نظر گرفتن اینکه بی‌تردید، رویه قضایی از منابع حقوق ایران به‌ویژه در زمینه حقوق بین‌الملل خصوصی است و با توجه به مفاد ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ و اصل ۱۶۷ قانون اساسی در مورد تکلیف قاضی به صدور رأی حتی در موارد

سکوت قانون، باید گفت که با سکوت قانون‌گذار در این باره، این تکلیف برای دادگاه‌های ایران ایجاد شده که در مقام رسیدگی به مسئولیت‌های خارج از قرارداد تعهدات غیرقراردادی با در نظر گرفتن روح قوانین ایران، به‌ویژه قوانین راجع به حقوق بین‌الملل خصوصی و اسلوبی که در آن قوانین درباره راه‌حل‌های تعارض قوانین از سوی قانون‌گذار ترسیم شده، به برگزیدن قاعده‌ای که بتوان بر پایه آن به تعیین قانون صالح از میان قوانین کشورهای دخیل در قضیه دست یافت همت گمارند.^۱

در میان علمای حقوق هم موضوع آن چنان که باید مورد دقت نظر قرار نگرفته است. برخی از استادان حقوق مدنی ایران، با توسل به جنبه ایجابی اصل سرزمینی و قاعده محلی بودن قوانین و دلالت الفاظ عام به کار رفته در ماده ۵ قانون مدنی ایران، معتقدند که «قوانین ایران، اصولاً در داخل مرزهای سیاسی کشور اجرا می‌شود و بر تمام اشخاص و اموال موجود در آن حکومت می‌کند». زیرا «کلیه سکنه ایران، اعم از اتباع خارجه و داخله، مطیع قوانین ایران خواهند بود، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد». در مقام نتیجه بیان می‌دارند که در مقام رفع تعارض قوانین هر جا که تردید در اجرای قانون ایران یا خارجی باشد، اصل اجرای قانون ایران درباره ساکنان آن است.^۲ به عبارت دیگر، در این دیدگاه، اصل بر حکومت قانون مقرر دادگاه بر دعوی مطروحه است. چرا که در حقوق ایران قاعده کلی تعارض قوانین، درون مرزی بودن قوانین است و حاکمیت قوانین برون مرزی نیازمند به تصریحی است که در اینجا وجود ندارد. در خصوص نظریه قانون محل وقوع حادثه زیان‌بار، با وحدت ملاک از ماده ۹۶۸ ق.م. که تعهدات ناشی از عقود را تابع محل وقوع عقد قرارداد است، به نظر می‌رسد که حقوق و تکالیف ناشی از الزامات غیرقراردادی با توجه به روح قانون ایران اصولاً تابع قانون (محل وقوع فعل زیان‌بار) است و نه قانون مقرر دادگاه. در توجیه این دلیل لازم به ذکر است که توسل به وحدت ملاک در روابط میان مسئولیت قراردادی و مسئولیت خارج از قرارداد امر تازه‌ای نیست، همچنین مطابق با ماده ۵ قانون مدنی، قانون ایران بر تمام اموری که در قلمرو حاکمیت ایران رخ می‌دهد و بر هر کس و هر چیزی که بر آن واقع است، حکومت دارد.^۳

برای روشن‌تر شدن موضوع و جهت احراز قانون حاکم، باید بین فرضی که در آن، حادثه زیان‌بار منجر به ورود خسارت در قلمرو ایران اعم از زمینی، دریایی و هوایی

۱. عاشوری، مهدی، تعارض قوانین در مسئولیت خارج از قرارداد (با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه)، تهران، نشر دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۰، ص. ۲۷.

۲. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم کنونی، چاپ هجدهم، تهران، میزان، ۱۳۸۷، ص. ۲۷.

۳. صالحی، جمال، تعیین قانون حاکم بر مسئولیت مدنی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۸۱، ص. ۸۰.

اتفاق افتاده و فرضی که در آن حادثه زیان بار در یک کشور خارجی اتفاق افتاده و به دیگری خسارت وارد کرده و در دادگاه ایران، اقامه دعوی جبران خسارت می‌شود، تفکیک قائل شویم. هرگاه بر اثر فعل زیان‌باری در قلمرو ایران به جان و مال شخص دیگری لطمه وارد آید و در دادگاه‌های ایران دعوی مطالبه خسارت ناشی از فعل زیان‌بار که در ایران به وقوع پیوسته و دارای عامل ارتباط بین‌المللی است اقامه شود، اعم از اینکه یکی از طرفین دعوا (خواهان یا خوانده) و یا هر دوی آنها دارای تابعیت خارجی باشند. طبق نظریه قانون محل وقوع حادثه زیان‌بار، صرف نظر از تابعیت طرفین دعوا، قوانین و مقررات داخلی و ماهوی ایران در خصوص تعهدهای بدون قرارداد (مسئولیت مدنی خارج از قرارداد)، صلاحیت‌دار است و سرنوشت دعوا و نیز حقوق و تکالیف طرفین و میزان و کیفیت جبران خسارت را معین خواهد کرد. همان‌طور که بیان شد، در این فرض فرقی نمی‌کند که دعوا بین خواهان و خوانده ایرانی اقامه شده باشد یا بین خواهان یا خوانده‌ای که ایرانی نیست و تابعیت خارجی دارد یا بین خواهان و خوانده خارجی؛ زیرا بنابر این فرض حادثه زیان‌بار در قلمرو حکومت ایران واقع، و در دادگاه ایران اقامه دعوی شده است. چرا که به موجب ماده ۵ قانون مدنی که بیانگر اصل سرزمینی بودن قوانین ایران است: «کلیه سکنه ایران، اعم از اتباع داخله و خارجه مطیع قوانین ایران خواهند بود، مگر ...». به عبارت دیگر مطابق ماده مذکور قوانین ایران، از جمله قوانین مربوط به مسئولیت مدنی، در مورد کلیه اشخاصی که در قلمرو ایران در اثر ارتکاب وقایع حقوقی موجب ورود خسارت به دیگری گردند نیز اعمال خواهد شد و در این رابطه تابعیت عامل زیان و زیان‌دیده تأثیری در ماهیت امر نخواهد داشت.^۱ در این مورد در انتقاد از موضع حقوق ایران می‌توان گفت در مواردی که تمام عناصر ارتباطی واقعه زیان‌بار، مربوط به یک یا چند کشور خارجی است، آیا به صرف اینکه ایران محل اتفاقی وقوع حادثه زیان‌بار است، می‌تواند توجیه‌کننده حکومت قانون ایران بر رابطه حقوقی مذکور باشد یا خیر.^۲

اما هر گاه یک فرد اعم از ایرانی یا بیگانه در قلمرو یک کشور خارجی موجب ضرر و زیان شخص دیگری (ایرانی یا بیگانه) شده باشد و فعل زیان‌بار و هم خسارت ناشی از آن در خارج از قلمرو ایران به وقوع پیوسته باشد. اگر در این فرض شخص زیان‌دیده، برای مطالبه خسارت وارده بر خود و جبران آن در دادگاه‌های ایران اقامه دعوی جبران خسارت علیه عامل ورود زیان کند، قاضی ایرانی باید بر اساس قانون کدام کشور مسئله را حل کند؟ ممکن است گفته شود در این فرض قانون ایران، به عنوان قانون حاکم

۱. عاشوری، مهدی، منبع پیشین، ص. ۲۵۵.

۲. همان، صص. ۲۵۶-۲۵۷.

بر دعوی مسئولیت مدنی می‌باشد. زیرا در ماده ۵ قانون مدنی ضابطه حکومت قانون ایران، «سکونت» اشخاص ساکن در ایران اعم از تبعه خارجی و ایرانی می‌باشد و همین سکونت هر چند که موقت باشد، برای اعمال قانون ایران در خصوص دعاوی مطروحه در ایران کافی است.

قائل شدن به این نظر، در حقیقت به معنی پذیرفتن حکومت قانون مقرر دادگاه به‌عنوان قانون حاکم بر تعهدات غیرقراردادی می‌باشد که، همان‌طور که بیان شد، مورد پذیرش برخی از دکترین حقوق ایران می‌باشد. اما در انتقاد از این نظر باید گفت که اولاً اعمال قانون مقرر دادگاه در دعاوی تعهدات غیرقراردادی یادآور اصل سرزمینی بودن قوانین جزایی است. حال آنکه قیاس تعهدات غیرقراردادی (مسئولیت مدنی) با مسئولیت جزایی صحیح نیست. زیرا نمی‌توان پذیرفت که دعاوی مسئولیت مدنی ارتباط تنگاتنگی با نظم عمومی کشور متبوع دادگاه رسیدگی کننده دارد؛ هدف و مبنای حقوق مسئولیت مدنی بر خلاف مسئولیت کیفری، جبران خسارت زیان دیده است نه حفظ نظم اجتماعی و مجازات بزهکاران و اصلاح آنان.^۱ ثانیاً در این فرض با اعمال قانون مقرر دادگاه ممکن است کسی که برحسب قانون مقرر دادگاه متخلف و مسئول شناخته می‌شود، به موجب قانون محل واقعه متخلف و مسئول نباشد که این خلاف عدالت قضایی و سبب تقلب نسبت به قانون ایران هست. ایراد دیگری که بر نظریه قانون مقرر دادگاه وارد است این است که این نظریه به خواهان خسارت این اختیار را می‌دهد که دعوی خود را در دادگاه کشوری که مقررات قانون در آن کشور به سود اوست مطرح سازد.

به علت اینکه قانون مقرر دادگاه در تمامی موارد به خصوص در موردی که ذکر شد قابل اعمال نمی‌باشد، باید سراغ نظریه حکومت قانون محل وقوع حادثه زیان‌بار که در مباحث قبل مورد بررسی قرار گرفت، برویم. همان‌طور که بیان شد، مطابق این نظریه قانون حاکم بر تعهدات غیرقراردادی قانون محلی است که فعل زیان‌بار در آنجا تحقق یافته است. به عبارت دیگر مسائل مربوط به تعیین چگونگی منشأ مسئولیت مدنی و وصف حقوقی آن و درجه مداخله فاعل و عنصر معنوی لازم برای توجه مسئولیت به او و رابطه سببیت میان فعل و زیانی که به خواهان رسیده است، مطرح می‌گردد. این گونه مسائل به طور کلی تابع قانون محل واقعه دانسته می‌شوند. در مقابل درباره آنچه مربوط به تعیین انواع خسارت‌ها و میزان آنها و چگونگی جبران آنهاست، این امکان دیده می‌شود که بتوان آن را تابع قاعده آزادی اراده دانست، مگر آنکه میان

۱. همان، ص. ۲۵۹.

طرفین توافق نباشد که در این صورت درباره آنها باید بر پایه همان محل واقعه به تعیین قانون قابل اجرا پرداخت.^۱

با توجه به اینکه نظریه قانون محل وقوع فعل زیان‌بار در برخی موارد (از جمله مثال مذکور در مقدمه درباره آلوده شدن رودخانه راین توسط شرکت فرانسوی و همچنین در موردی که خسارت در قلمرو کشورهای مختلفی رخ داده باشد) ما را با چند قانون مختلف متفاوت روبه‌رو می‌گرداند و این امر قاضی رسیدگی‌کننده به دعوا را دچار سردرگمی و مشکل می‌سازد، به طور مطلق قابل پذیرش نمی‌باشد. لذا با توجه به ماده ۵ قانون مدنی و با وحدت ملاک از ماده ۹۶۸ قانون مدنی در خصوص قانون حاکم بر تعهدات غیرقراردادی می‌توان گفت که در حقوق ایران اصولاً باید از قاعده حل تعارض «قانون محل وقوع فعل زیان‌بار» پیروی کرد.

از آنجا که ماده ۹۶۸ قانون مدنی، تعهدات ناشی از عقود یا به عبارتی مسئولیت قراردادی را تابع محل وقوع عقد دانسته است، می‌توان بر این باور بود که حقوق و تکالیف ناشی از تعهدات غیرقراردادی و مسئولیت قهری، با توجه به روح قانون ایران، اصولاً تابع قانون محل وقوع فعل زیان‌بار است نه قانون مقر دادگاه.

همان‌طور که ذکر شد پذیرش مطلق حکومت قانون محل وقوع فعل زیان‌بار در برخی موارد، به نتایج نامناسبی منجر می‌شود. لذا بهتر خواهد بود که در کنار قاعده قانون محل وقوع فعل زیان‌بار در برخی موارد خاص، حاکمیت قانونی را بپذیریم که بیشترین ارتباط و تناسب را با واقعه زیان‌بار و طرفین دعوی دارد. این موارد در کنوانسیون رم دو که جدیدترین سند بین‌المللی (منطقه‌ای) در زمینه قانون قابل اعمال بر تعهدات غیرقراردادی می‌باشد، پذیرفته شده است.

لازم به ذکر است که در مقایسه میان مسئولیت قراردادی و مسئولیت خارج از قرارداد منظور از وحدت ملاک به مفهوم (محل وقوع عقد) در تعهدات قراردادی و (محل وقوع فعل زیان‌بار) در تعهدات غیرقراردادی به معنی وحدت در ماهیت و دامنه و حدود این دو نوع مسئولیت نمی‌باشد. زیرا اثبات شیء نفی ما اداء نمی‌کند.

در مصادیقی که عمل مجرمانه در یک کشور رخ داده و خسارت در کشور دیگر ایجاد گردیده، از آنجا که هدف اصلی الزامات غیرقراردادی، اجرای عدالت از راه جبران ضرر است، شاید بتوان چنین نتیجه گرفت که با توجه به این هدف، قانون حاکم بر الزامات غیرقراردادی، قانونی است که به حال زیان‌دیده مساعدتر باشد و خسارت وارده به خواهان را بیشتر جبران نماید.^۲ بنابراین قانون محل وقوع خسارت به این دلیل که

۱. سلجوقی، محمود، حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد ۲، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۸۵، ص. ۳۹۹.

۲. الماسی، نجاد علی، حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ پانزدهم، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۸۸، ص. ۴.

منافع زیان‌دیده را بیشتر و به نحو موثرتر تأمین می‌کند باید اعمال کرد. همچنین در موردی که اتفاقاً زیان‌زننده و زیان‌دیدگان دارای اقامتگاه مشترکی باشند اما خسارت در قلمرو کشورهای مختلفی رخ داده باشد، چون اعمال قانون محل وقوع فعل زیان‌بار به علت وقوع آن در قلمرو کشورهای مختلف ما را با چند قانون مختلف و متفاوت مواجه می‌سازد و این امر باعث پیچیده‌تر شدن قضیه گردیده و قاضی رسیدگی‌کننده به دعوا را دچار مشکل می‌سازد. در اینجا اعمال قانون اقامتگاه مشترک طرفین به عنوان قانونی که بیشترین ارتباط را با دعوا و طرفین دعوا دارد، مناسب‌تر است.

در خصوص تعیین قانون حاکم بر تعهدات غیرقراردادی این سؤال پیش می‌آید که آیا در یک دعوی مطالبه خسارت ناشی از تعهدات غیرقراردادی (مسئولیت مدنی خارج از قرارداد) طرفین می‌توانند با تراضی خویش قانون حاکم بر دعوی را تعیین کنند یا خیر. اگر در ماده ۹۶۸ ق.م مدنی ملاحظه می‌شود که قانون‌گذار به اراده طرفین در حاکم نمودن قانون دیگر، احترام گذارده است؛ این امر به جهت حاکمیت اصل «آزادی قراردادی» در حقوق قراردادها است. وگرنه هیچ ویژگی خاص دیگری که این استثناء را در مقایسه با سایر دسته‌های ارتباط توجیه کند، وجود ندارد؛ چرا که قانون‌گذار به خوبی می‌دانسته است که حتی در صورت آمرانه بودن قاعده حل تعارض و حاکمیت اجباری قانون محل انعقاد عقد، دو طرف قرارداد اصلی می‌توانند به راحتی محتوای قانون خارجی را به عنوان یک شرط در قرارداد اصلی بگنجانند و آنچه را قانون‌گذار در قلمرو حقوق بین‌الملل خصوصی از آنها دریغ نموده، خود آنها به مدد «اصل آزادی قراردادی» به دست آورند. بر این مبنا، در الزامات خارج از قرارداد نیز آزادی طرفین در تعیین آثار فعل زیان‌بار و نحوه توزیع خسارات، اصل مسلمی است که به طرفین دعوی مسئولیت مدنی اجازه می‌دهد که در مورد قانون حاکم بر جبران خسارت توافق نمایند. ملاک در هر دو نوع مسئولیت (قهری و قراردادی) یکسان و دائر مدار آزادی در تصرفات مالی است.

در حقوق ایران حاکمیت اراده طرفین در تعیین قانون حاکم بر مسئولیت مدنی را نه یکسره می‌توان پذیرفت و نه به صورت کامل می‌توان رد کرد؛ بلکه بر اساس زمان و مفاد توافق باید قائل به تفکیک شده و استقلال اراده را در هر دو مورد به صورت مجزا بررسی نمود.

در توافقی‌های بعد از وقوع فعل زیان‌بار می‌توان از نقش پیشگیرانه مسئولیت مدنی و تأثیر آن در کنترل رفتارهای مخاطره‌آمیز و حفظ نظم عمومی سخن گفت. اما با وقوع حادثه زیان‌بار، این شخص زیان‌دیده و منافع از دست رفته اوست که در قانون توجه

قرار گرفته و جبران خسارت وارده بر او به عنوان تنها هدف مطرح می‌گردد.^۱ از این رو با وقوع زیان، توافق اشخاص در تعیین قانون حاکم بر تعهدات غیرقراردادی خودشان تأثیر مستقیمی در بازدارندگی مسئولیت مدنی نداشته و تنها اثر آن در چگونگی توزیع خسارت میان دو طرف دعوا ظاهر می‌شود. همچنین با وقوع زیان، طرفین بیشتر به حقوق و تکالیف خود آگاهی دارند و می‌توانند مزایا و معایب قانون منتخب را سنجیده و در نتیجه انتخاب آگاهانه‌ای داشته باشند و قانون حاکم بر تعهدات غیرقراردادی بین خودشان را تعیین کنند.

اما در توافقاتی پیش از وقوع فعل زیان‌بار، لازم است میان قواعد کنترل‌کننده و موازین ایمنی و احتیاط با آن دسته از مقررات مسئولیت مدنی که ناظر بر چگونگی جبران و توزیع خسارت می‌باشد، تفکیک شود. بسیاری از مقررات مسئولیت مدنی، مانند مقررات ناظر بر رانندگی وسایل نقلیه، امنیت محیط کار و نظامات پزشکی و مهندسی در بر گیرنده استانداردهای رفتاری مشخص هستند که از نظر قانون‌گذار ایران رعایت آنها الزامی و تخطی از آنها حتی با تراضی طرفین نیز امکان‌پذیر نیست. بر این اساس، توافق طرفین در حاکم ساختن هر قانونی غیر از قانون ایران برای این دسته از مقررات بر خلاف قواعد آمره و نقش پیشگیرانه و انتظام‌بخشی است که از مسئولیت مدنی توقع می‌رود.^۲

با توجه مباحث مذکور و دیدگاه‌های دکترین حقوق ایران می‌توان گفت که در حقوق ایران دو نظریه غالب وجود دارد که نظریه قانون مقر دادگاه با توجه به ایرادات وارده بر آن که مورد اشاره قرار گرفت، قابل پذیرش نمی‌باشد. لذا با عنایت به ماده ۵ قانون مدنی و با وحدت ملاک از ماده ۹۶۸ قانون مدنی می‌توان از نظریه «قانون محل وقوع فعل زیان‌بار» پیروی کرد. از آنجا که پذیرش مطلق این نظریه در برخی موارد به نتایج نامناسبی منجر می‌شود، در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات غیرقراردادی در حقوق ایران می‌توان گفت که دعوی مطالبه خسارت ناشی از تعهدات غیرقراردادی در حقوق ایران، تابع قانون محل وقوع فعل زیان‌بار خواهد بود؛ مگر:

الف) طرفین در خصوص قانون حاکم بر تعهدات غیرقراردادی بین خودشان پس از وقوع فعل زیان‌بار توافق کرده باشند. البته همان‌طور که بیان کردیم، قبل از وقوع فعل زیان‌بار هم توافق طرفین را به طور محدود می‌توان پذیرفت.

۱. الماسی، نجادعلی؛ افضل‌ی مهر، مرضیه، منبع پیشین، ص. ۲۲.

۲. همان.

ب) در مواردی که عمل زیان‌بار در یک کشور رخ داده و خسارت در کشور دیگر ایجاد گردیده باشد، قانون محل وقوع خسارت که منافع زیان‌دیده را بیشتر و به نحو مؤثرتر تأمین می‌کند، اعمال می‌شود.

ج) در موردی که اتفاقاً زیان‌زننده و زیان‌دیدگان دارای اقامتگاه مشترکی باشند، اما خسارت در قلمرو کشورهای مختلفی رخ داده باشد، در اینجا قانون اقامتگاه مشترک طرفین به عنوان قانونی که بیشترین ارتباط را با دعوا و طرفین دعوا دارد، اعمال می‌شود.

نتیجه‌گیری

در سطح اتحادیه اروپا، مقرر شده که با هدف یکسان نمودن قواعد حل تعارض در زمینه تعهدات غیرقراردادی وضع شده، قانون محل وقوع خسارت را به عنوان قاعده کلی در خصوص تعهدات غیرقراردادی تعیین کرده است. این مقرر، آزادی اراده را در تعیین قانون قابل اعمال بر تعهدات غیرقراردادی پذیرفته و در خصوص آن نکات مهم و اساسی را مطرح کرده است، به نحوی که انتخاب اشخاص عادی را، جهت حمایت از شخص ضعیف‌تر در تعیین قانون حاکم، محدود به پس از وقوع حادثه زیان‌بار کرده است. ولی توافق اشخاصی را که فعالیت تجاری انجام می‌دهند، هم قبل و هم بعد از وقوع حادثه زیان‌بار نافذ و معتبر شمرده است.

برای بعضی از موضوعات خاص، از جمله اعمالی که منجر به نقض حقوق مالکیت فکری می‌شوند، رویه‌های محدودکننده رقابتی یا رقابت‌های ناعادلانه و مسئولیت ناشی از تولید و نظایر آنها، احکام و قواعد خاصی پیش‌بینی شده است که در دو مورد اول، آزادی طرفین در انتخاب قانون قابل اعمال منع شده است.

علاوه بر اینکه در تعیین قانون قابل اعمال بر تعهدات غیرقراردادی در این مقرر، بدو اصل آزادی طرفین در انتخاب قانون قابل اعمال بر تعهدات غیرقراردادی است و در صورت عدم تعیین قانون قابل اعمال توسط طرفین، قاعده کلی قانون محل وقوع خسارت با لحاظ دو استثنای وارده بر این قاعده اعمال می‌شود. استثنای اول جایی است که اقامتگاه عادی طرفین دعوی، مشترک باشد که در این صورت قانون اقامتگاه مشترک به جای قانون محل وقوع خسارت اعمال می‌شود. استثنای دوم در موردی است که قانونی غیر از قانون محل وقوع خسارت و قانون اقامتگاه عادی مشترک طرفین، رابطه آشکارا نزدیکی با دعوا داشته باشد. در این صورت قانون اخیر اعمال می‌شود.

با توجه به فقدان قاعده حل تعارض در خصوص تعهدات غیرقراردادی در حقوق ایران، امکان صدور آراء متفاوت و جریان رویه‌های مختلف وجود دارد که نتیجه آن غیرقابل پیش‌بینی بودن قانون حاکم بر تعهدات غیرقراردادی و نامعلوم بودن حدود مسئولیت اشخاص می‌باشد. لذا لازم است که قانون‌گذار ایران در این زمینه دخالت کرده و قانون مناسبی را مقرر نماید. تا زمانی که چنین کاری صورت نگرفته است، می‌توان قاعده «قانون محل وقوع فعل زیان‌بار» را با توجه به ماده ۵ قانون مدنی و با وحدت ملاک از ماده ۹۶۸ قانون مدنی به عنوان قانون قابل اعمال بر تعهدات غیرقراردادی، البته نه بطور مطلق اعمال کرد. چرا که پذیرش قانون مقر دادگاه به

عنوان قانون قابل اعمال بر تعهدات غیرقراردادی، همان‌طور که ذکر شد، دارای معایب زیادی است و در برخی موارد اعمال قانون مقرر دادگاه عملاً منجر به نتایج غیر قابل پذیرش می‌شود.

از آنجا که در برخی موارد، پذیرش مطلق قاعده قانون محل وقوع حادثه زیان‌بار به نتایج نامناسبی منجر می‌شود، لذا باید در کنار این قاعده، حاکمیت قانونی را بپذیریم که بیشترین ارتباط و تناسب را با واقعه زیان‌بار و طرفین دعوا دارد.

منابع

- الماسی، نجاد علی، حقوق بین الملل خصوصی، چاپ پانزدهم، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۸۸.
- الماسی، نجاد علی؛ افضلی مهر، مرضیه، «قانون حاکم بر الزامات خاص غیرقراردادی»، نامه مفید، شماره ۶۷، شهریور ۱۳۸۷.
- الماسی، نجاد علی؛ میرحسینی، مجید، «حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر مسئولیت مدنی در مقررات متحدالشکل روم دو و حقوق ایران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۱۷، پاییز و زمستان ۱۳۸۹.
- ارفع‌نیا، بهشید، حقوق بین الملل خصوصی، جلد ۲، چاپ دوم، تهران، انتشارات بهتاب، ۱۳۷۶.
- سلجوقی، محمود، حقوق بین الملل خصوصی، جلد ۲، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۸۵.
- صالحی، جمال، تعیین قانون حاکم بر مسئولیت مدنی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۸۱.
- عاشوری، مهدی، تعارض قوانین در مسئولیت خارج از قرارداد (با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه)، تهران، نشر دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۰.
- کاتوزیان، ناصر، الزامات خارج از قرارداد، جلد ۱، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.
- _____، قانون مدنی در نظم کنونی، چاپ هجدهم، تهران، میزان، ۱۳۸۷.
- _____، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، چاپ هشتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸.
- _____، مقدمه علم حقوق، چاپ بیستم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۴.
- کوپنول، لافورس، حقوق بین الملل خصوصی، ترجمه مهدی حدادی، قم، نشر مجتمع آموزشی عالی، ۱۳۷۹.
- نصیری، محمد، حقوق بین الملل خصوصی، چاپ شانزدهم، تهران، انتشارات آگاه، ۱۳۸۶.
- نیکبخت، حمیدرضا؛ عیوض‌پور، علی‌اصغر، «اصل حاکمیت (آزادی اراده) به عنوان قاعده حل تعارض در تعهدات غیرقراردادی با نگاهی اجمالی به نظام حقوقی اتحادیه اروپا»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۴۴، ۱۳۹۰.
- DeBoer, T, "Party Autonomy and Its limitations in the Rome II Regulation, Yearbook of Private International Law, vol. 11, 2007.
- Garcimartin, Francisco; Garcimartín, Alférez, "The Rome II Regulation: On the way towards a European Private International Law Code", The European Legal Forum, Issue 3, 2007.
- Hay, P, "Contemporary Approaches to Non-Contractual Obligations in Private International Law and European

Communities Rome II Regulation”, European Legal Forum, Issue 3, 2007.

- Hern, Johna; Binchy, William, “The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non Contractual Obligations”, Martinus Nijhoof Publishers, 2009.
- Huber, Peter, Rome II Regulation: Pocket Commentary, European law Publishers. 2011.
- Stone, Peter, “The Rome II Regulation on Choice of Law in Tort”, Ankara Law Review, vol.4. No. 2, 2007.
- Symeonides, Symeon, ”Rome II And Tort Conflicts: A Missed Opportunity”, American Journal of Comparative Law, vol.56, 2008.
- Zhang, Mo, “Party Autonomy in Non-contractual Obligation: RomeII and its Impacts on Choice of Law”, Hall Law Review, vol. 39, 2009.

دادرسی الکترونیکی در رویارویی با جرایم رایانه‌ای: چالش‌ها و بایسته‌ها

حسنعلی مؤذن‌زادگان*

نرجس روستا**

چکیده

دادرسی الکترونیکی به معنای ابتدای فرآیند رسیدگی کیفری بر تجهیزات الکترونیکی، ثبت، پردازش و تبادل اطلاعات است که به عنوان پدیده‌ای جدید به همراه رایانه‌ای شدن امور مطرح شده و فرض بر آن است که نقش به‌سزایی در روزآمد، کم‌هزینه و عادلانه کردن رسیدگی کیفری دارد.

از منظر تقنینی، «دادرسی الکترونیکی» عنوان مبهمی در بخش نهم قانون آیین دادرسی کیفری است که صرفاً به پشتوانه پیش‌بینی در قانون مطرح شده است و با دادرسی جرایم رایانه‌ای یکی نیست. میان این دو رابطه عموم و خصوص من‌وجه برقرار است؛ چنان که در دادرسی الکترونیکی تلاش می‌شود تا فرآیند رسیدگی کیفری نسبت به عموم جرایم با استفاده تجهیزات الکترونیکی و در فضای سایبر انجام شود. ولی در دادرسی جرایم رایانه‌ای، از امکانات و فرآیندها برای کشف، اثبات و پیگیری جرایم رایانه‌ای استفاده می‌شود که ممکن است بعضاً با فرآیند کیفری سنتی انجام شود. با این حال چون دادرسی جرایم رایانه‌ای، یکی از صورت‌های دادرسی کیفری افتراقی است و در قانون آیین دادرسی کیفری نیز از همین وجه مورد تأکید قرار گرفته است، وجه افتراق استفاده از رایانه برای رسیدگی به جرم رایانه‌ای است. به سخن دیگر، همچنان که مرتکب با استفاده از رایانه، مرتکب جرم رایانه‌ای شده است؛ با بهره‌گیری از امکانات و ظرفیت‌های محیط رایانه، به اتهام وی رسیدگی شود. در این صورت دادرسی جرایم رایانه‌ای در بطن دادرسی الکترونیکی قرار می‌گیرد و با آن رابطه عموم و خصوص مطلق برقرار می‌کند.

کلیدواژه‌ها: دادرسی الکترونیکی، جرایم رایانه‌ای، دادرسی کیفری افتراقی،

فرآیند کیفری.

* عضو هیأت علمی دانشگاه علامه طباطبایی (نویسنده مسئول) Moazenzadegan@gmail.com

** کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی از دانشگاه علامه طباطبایی N.roosta84@gmail.com

تاریخ دریافت: ۹۴/۱۱/۱۲ تاریخ پذیرش: ۹۵/۰۵/۲۲

مقدمه

دادرسی الکترونیکی عنوانی است که به طور صریح در قانون آیین دادرسی کیفری آمده است، ولی دادرسی منصفانه یا تعابیر مرتبط مانند منصفانه بودن دادرسی کیفری در قوانین کیفری کنونی به صراحت پیش‌بینی نشده‌اند. سنجش دادرسی الکترونیکی که جایگاه قانونی دارد، با دادرسی منصفانه که جایگاه قانونی از جهت عنوان یا تعریف مشخص قانونی ندارد و تأثیر مثبت یا منفی دادرسی الکترونیکی بر دادرسی منصفانه، نقطه حرکت این تحقیق است.

دادرسی کیفری به عنوان فرآیند رسیدگی جرم از گام کشف جرم و پیگرد متهم تا اجرای حکم، صوری و تشریفاتی است. ویژگی صوری و تشریفاتی دادرسی کیفری سبب می‌شود تا حقوق کیفری شکلی همانی باشد که شهروندان می‌توانند در جامعه ببینند و ارزیابی کنند. بنابراین دادرسی کیفری در کنار دیگر فعالیت‌های اجتماعی قرار می‌گیرد که بسته به تحولات و پیشرفت‌های اجتماعی، متحول می‌شود. تحول دادرسی کیفری به ویژه در اثر پیشرفت‌های الکترونیکی و انفورماتیکی، امری طبیعی است؛ همچنان که دیگر حوزه‌های عینی و فعالیت محور نیز تحت تأثیر این پیشرفت‌ها قرار می‌گیرند. به همین دلیل دادرسی کیفری الکترونیکی به عنوان جدیدترین تحول عمده در حقوق کیفری شکلی، بخشی از پروژه کلان دولت الکترونیک است.

الکترونیکی کردن دادرسی کیفری، برنامه‌ای است که به طور آگاهانه و کارشناسی شده درصدد برقراری ارتباط بین قضاوت عادلانه‌تر و قانونی‌تر، با امکانات فضای سایبر و ابزارهای الکترونیکی است. این رویکرد در نقطه مقابل الکترونیکی شدن دادرسی کیفری که یک فرآیند است، قرار می‌گیرد؛ به این مضمون که امکانات فضای سایبر می‌تواند به سرعت بخشی در امر قضاوت کیفری و کاهش هزینه‌های آن منجر شود. ولی محور اساسی مسأله در این است که سرعت بخشی به قضاوت کیفری و کاهش هزینه‌های دادرسی کیفری در برابر عادلانه‌تر شدن و قانونی‌تر شدن دادرسی کیفری تا چه میزان ارزش محسوب می‌شود. به سخن دیگر رابطه امکانات و ابزارهای الکترونیکی و قضاوت کیفری بر محوریت بستر انجام قضاوت کیفری است یا با محوریت رسالت قضاوت کیفری.

الکترونیکی شدن دادرسی کیفری بستر جدیدی برای قضاوت طراحی می‌کند ولی لزوماً رسالت‌های دادرسی کیفری را تأمین نمی‌کند. از این رو طرح برنامه‌ای آگاهانه و کنترل شده با عنوان الکترونیکی کردن دادرسی کیفری ضرورت دارد. با این حال ضرورت انتخاب عنوان تحقیق و مسیر آن هنوز وابسته یک پرسش بنیادین است که آیا اساساً دادرسی کیفری نیاز به الکترونیکی کردن دارد یا خیر.

از یک سو فرآیند دادرسی کیفری نگاه عینی و ظاهری به اصحاب و اجزای پرونده کیفری دارد. در فرآیند رسیدگی کیفری قاضی باید اصحاب دعوی را ببیند، متهم در دسرهای تحقیقات مقدماتی و قرارهای تأمین و حضور در دادگاه را بچشد و بزه دیده به همراه شهروندان جامعه شکوه نمادهای عدالت کیفری را به عینه ببیند. شاید هیچ مقوله‌ای در زمان حاضر به اندازه عدالت کیفری به حقوق طبیعی نزدیک نیست و حقوق طبیعی ریشه در فطرت و طبیعت انسانی دارد. پس نمی‌توان دادرسی کیفری را از ماهیت اصلی و ذاتی خود دور کرد و آن را در فضای سایبر جای داد.

ولی از طرف دیگر الکترونیکی شدن، موج یا برنامه فراگیر است که همه شئون زندگی اجتماعی و فردی بشر را تحت تأثیر قرار داده است، عدم بهره‌گیری از امکانات و ابزارهای الکترونیکی برای فرآیند کیفری به منزله جزیره‌ای کردن دادرسی کیفری و دور کردن آن از واقعیت‌های اجتماعی است. در عین حال، رایانه‌ای کردن یا رایانه‌ای شدن شئون دیگر زندگی اجتماعی با هدف و فلسفه تسهیل زندگی بشر بوده است و قرار نیست که فضای سایبر و شبکه‌های مجازی، زندگی جایگزین برای بشر تعیین کند؛ بلکه فضای سایبر و امکانات آن دستاوردی برای بهتر و راحت‌تر زیستن است. بنابراین انطباق رایانه‌ای کردن با دیگر شئون اجتماعی ضرورتاً به منزله نیاز فرآیند رسیدگی کیفری به رایانه‌ای شدن نیست. ضمن اینکه به لحاظ تطبیقی نیز غالب کشورهای که برنامه فراگیر و منظم برای رایانه‌ای کردن کلیه امور پیاده کرده‌اند، نسبت به فرآیند رسیدگی کیفری چنین برنامه‌ای اعمال نکرده‌اند و یا نسبت به اعمال آن مردد هستند. از جهت معیارهای الکترونیکی کردن دادرسی کیفری، بر فرض آنکه ضرورت آن پذیرفته شود نیز این چالش وجود دارد که الکترونیکی کردن باید نسبت به نهادها صورت بگیرد یا نسبت به اشخاص. به عبارت دیگر الکترونیکی کردن برای تسهیل ارتباط نهادهای قضایی و آمارگیری و اطلاع‌رسانی به کار می‌آید یا نسبت به اشخاص به‌ویژه قضات، نسبت به اتخاذ رویکردهای الکترونیکی در قضاوت کیفری و تعیین مجازات‌های بیشتر به کار می‌آید و یا اینکه برای هر دو قابل تحقق باشد.

در این نوشتار به جهت رسالت دادرسی کیفری در توازن حقوق، باید به چالش‌های دادرسی کیفری الکترونیکی در این زمینه از یک سو و بایسته‌های آن از سوی دیگر پرداخته شود و پیش از این دو بحث اشاره‌ای به مفهوم دادرسی کیفری الکترونیکی می‌شود.

۱. مفهوم دادرسی کیفری الکترونیکی

دادرسی الکترونیکی به معنای دادرسی از طریق امکانات و ابزارهای الکترونیکی است. ولی این تعریف برای دادرسی الکترونیکی رویکردی ظاهری و ابزارگرایانه دارد

در حالی که دادرسی کیفری فرآیندی است که نهادها و موضوعات آن به ویژه با محوریت اهداف آن یعنی برقرار نظم و احیای عدالت از ظاهرش بسیار مهم‌تر است و باید روشن گردد که تعریف دادرسی الکترونیکی به چنان حوزه‌های مهمی نیز کشیده می‌شود. بر همین اساس دادرسی الکترونیکی از منظر موضوع، فرآیند و نهاد بررسی و تعریف می‌شود.

فضای سایبر و محیط‌های الکترونیکی بدون اطلاعات و داده‌ها بی‌معنا و بی‌کارکرد است. در دادرسی کیفری الکترونیکی قرار است موضوع یا محتوای پرونده‌ها به داده تبدیل شوند. بدون داده‌سازی اطلاعاتی که قبلاً بر روی کاغذ بوده‌اند و به طور ظاهری در لابلای پرونده‌ها نمود می‌یافته‌اند، نمی‌توان از دادرسی کیفری الکترونیکی سخن گفت. پس دادرسی الکترونیکی همان داده‌ای کردن اطلاعات کاغذی و شفاهی (اطلاعات سنتی) مرتبط با پرونده‌ها است. «دادرسی الکترونیک به معنای بهره‌گیری از فناوری اطلاعات در کل امور است. به نحوی که طرح شکایت، رسیدگی پرونده‌ها، ابلاغ اوراغ (اخطاریه، احضاریه و ...) و حتی بعضی از بازجویی‌ها که نیاز به حضور در دادگاه ندارند، از راه دور و از طریق اینترنت انجام شود. به معنای دیگر حذف کاغذ تا جایی که امکان دارد و استفاده از فضای مجازی اینترنت در عملیات دادرسی را دادرسی الکترونیک گویند.»^۱

در دادرسی الکترونیکی موضوع محور، همه چیز ثبت رایانه‌ای می‌شود. اساس پرونده‌ها و ترافعات در قالب همین داده‌ها نمود می‌یابد. در واقع در دادگاه‌های الکترونیکی، جلسه دادرسی بدون حضور فیزیکی خواهان و خوانده برگزار می‌شود. این جلسات دادرسی به صورت کنفرانس برخط بوده و تمامی فرآیند دادرسی در فضای بسته انجام می‌شود. مقدمات برگزاری دادگاه‌های الکترونیکی به این صورت است که اشخاص دعاوی خود را در یک دادگاه مجازی ارائه و دلایل خود را ضمیمه می‌کنند. خواهان یا شاکی پس از طی این مراحل، پرونده خود را ثبت می‌کند و شماره پرونده و رسید آن را تحویل می‌گیرد. این تعریف بر اساس استفاده از تجهیزات الکترونیکی در رویه رسیدگی کیفری تبیین می‌شود. بر این اساس، «دادرسی الکترونیکی عبارت است از فرآیند جامع رسیدگی تمام مراحل تحقیق و دادرسی و امور مرتبط با آن اعم از تنظیم و تقدیم شکوائیه، ارجاع، ابلاغ، احضار، استعلام، صدور قرار و حکم و ... به صورت الکترونیکی با کمک فناوری IT و شبکه مجازی بدون نیاز به ضبط نسخه فیزیکی

۱. میرزاپور، سلیمان؛ حیدری، ولی، «بررسی کارآمدی دادرسی الکترونیک و تحقق آن به عنوان یکی از مولفه‌های شهر الکترونیک»، در: بایسته‌های پژوهش در نظام عدالت کیفری (مقالات برگزیده نخستین همایش ملی پژوهش در نظام عدالت کیفری؛ فرصت‌ها و چالش‌ها)، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲، ص. ۲۷۱.

پرونده، که رسیدن به این امکان نیاز به اصلاح تمام زیرساخت‌ها و گسترش استفاده از فناوری اطلاعات و شبکه در سطح جامعه را دارد.^۱

تعریف فرآیندمحور از جهت به کارگیری تجهیزات الکترونیکی، متکثر و متنوع است و هر جا که امکان این باشد که رویه‌ها و فرآیندها بر اساس امکانات الکترونیکی انجام شود، داخل در این تعریف خواهد بود. تکثر و تنوع استفاده از تجهیزات الکترونیکی به گونه‌ای است که «دادخواست، ضمیمه و سایر مدارک مورد نیاز برای اقامه دعوا به اقامتگاه مجازی طرف دعوی ابلاغ می‌شود. طرف دعوی نیز برای پاسخ به ادعاهایی که علیه او مطرح شده است، می‌تواند از طریق الکترونیکی اقدام کند و به صورت برخط پاسخ دهد و دلایل و مدارک خود را ارائه یا پیوست پرونده کند. قاضی دادگاه از طریق رایانه، دلایل و مدارک طرفین را مطالعه و بررسی و در صورت نیاز به تشکیل جلسه، طرفین را از طریق پست الکترونیکی دعوت می‌کند یا اظهارات آنها را به صورت مجازی و از طریق ویدئوکنفرانس و سایر سامانه‌های ارتباطات الکترونیکی استماع می‌کند. سپس اوراق دادرسی به اقامتگاه مجازی اصحاب دعوی ابلاغ می‌شود و سرانجام در مرحله اجرای حکم، مسائلی مانند ابلاغ‌ها، توقیف اموال و سایر اقدامات اجرایی به صورت الکترونیکی انجام می‌شود.»^۲

برای تعریف نهادمحور در ابتدا باید تعریفی از دولت الکترونیک ارائه شود. «دولت الکترونیک، به معنای تحویل و دریافت خدمات و تبادل اطلاعات به دو صورت درون‌سازمانی (دولتی) و یا برون‌سازمانی (فرا دولتی) می‌باشد که با بهره‌گیری از ابزارهای مختلف فنی انجام می‌گیرد و به صورت ارتباط و تأثیر دو سویه میان دولت با شهروندان، سازمان‌های غیر انتفاعی، بازرگانان، کارمندان و خود دولت دیده می‌شود و در تعریفی دیگر دولت الکترونیک، به معنای بهینه‌سازی مستمر ارائه خدمات و حکومت‌گری از طریق تغییر شکل روابط داخلی و خارجی، توسط فناوری، اینترنت و رسانه‌های تازه است.»^۳ با توجه به تعریف دولت الکترونیک، دادرسی الکترونیکی به معنای تحقق بخشی از خدمات دولت در عرصه احقاق حقوق شهروندان، برقراری عدالت و ایجاد نظم عمومی با استفاده از تجهیزات الکترونیکی است.

۱. محمدزاده، مهدی، «کارآمدی دادرسی در نظام عدالت کیفری»، در: بایسته‌های پژوهش در نظام عدالت کیفری (مقالات برگزیده نخستین همایش ملی پژوهش در نظام عدالت کیفری؛ فرصت‌ها و چالش‌ها)، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲، ص. ۲۹۸.

۲. رضوانی، سودابه؛ آقا میرسلیم، مرضیه‌سادات، «کارآمدی خدمات الکترونیکی و فناوری ارتباطات و اطلاعات در حوزه عدالت کیفری»، در: بایسته‌های پژوهش در نظام عدالت کیفری (مقالات برگزیده نخستین همایش ملی پژوهش در نظام عدالت کیفری؛ فرصت‌ها و چالش‌ها)، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲، ص. ۳۱۶.

۳. فیضی، کامران؛ مقدسی، علیرضا، دولت الکترونیک: بازآفرینی دولت در عصر اطلاعات، تهران، انتشارات ترمه، ۱۳۸۴، ص. ۱۲.

برای ارائه تعریف از دادرسی الکترونیکی، هر سه معیار گفته‌شده مدنظر قرار می‌گیرد؛ ولی جنبه فرآیندمحوری دادرسی الکترونیکی قوی‌تر است. زیرا دادرسی الکترونیکی، چنان که از جهت عنوان در مباحث بعدی بررسی خواهد شد، یک پدیده مجزا و تفکیک‌یافته از دادرسی کیفری عمومی نیست، بلکه بستر متفاوتی با وسایل و امکانات متنوع برای تسهیل انجام خدمات قضایی است. بر این اساس باید گفت که دادرسی الکترونیکی به معنای ارائه خدمات قضایی از طریق امکانات و تجهیزات الکترونیکی است که اگر رسیدگی‌های قضایی نسبت به پرونده‌های کیفری انجام شود، می‌توان به آن دادرسی کیفری الکترونیکی خطاب کرد. به تعبیر دیگر دادرسی کیفری الکترونیکی، رسیدگی به پرونده‌های کیفری در بستر پردازش، ذخیره و تبادل اطلاعات است.

۲. چالش‌های دادرسی الکترونیکی در رویارویی با جرایم سایبری

رویارویی با جرایم، و به‌ویژه جرایم سایبری، متضمن رعایت اصول حاکم بر دادرسی کیفری است. دادرسی کیفری در نگاه ظاهری نه تنها باید برای رویارویی با جرم مؤثر باشد، که در نگاه باطنی، اصل قانونی و منصفانه بودن رسیدگی نیز رعایت شود. این دو نگاه خود با هم در تعارض هستند و دلیل این تعارض در نقش اصلی دادرسی کیفری است. آیا دادرسی کیفری به عنوان جنبه صوری و شکلی حقوق کیفری ماهوی در ادامه خط مقابله با پدیده مجرمانه قرار می‌گیرد یا اینکه دادرسی کیفری نگاه مقابله‌گر به جرم ندارد و برعکس در پی توجه به حقوق و منافع کسی است که جرم را انجام داده است؟ دادرسی کیفر الکترونیکی به طور ویژه در پاسخ به این پرسش بنیادین با چالش‌های عدیده‌ای روبه‌رو است که بررسی آنها به عنوان زمینه ظرفیت‌ها و بایسته‌های دادرسی الکترونیکی در رویارویی با جرایم سایبری لازم است.

نخستین چالش در قبال تهدید دادرسی کیفری الکترونیکی نسبت به دادرسی منصفانه است. ویژگی‌های خاص دادرسی الکترونیکی به گونه‌ای است که می‌تواند دادرسی کیفری را از حق‌محوری و انصاف دور کند. چهره ابزارمحوری، امنیت‌مداری، شتاب‌گرایی و اعتماد به روش‌های ماشینی در رسیدگی‌ها از جمله تهدیدهای دادرسی منصفانه و اصول آن است که در ادامه به مهم‌ترین آنها اشاره می‌شود.

۲-۱. تضعیف اعتبار دادرسی کیفری

عنوان «دادرسی الکترونیکی» در بخش نهم از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴ رسمیت یافته است. «دادرسی الکترونیکی» همچنین یک عنوان

مرجع محسوب شده که بخشی از مقررات شکلی به آن استناد داده شده است. این نقش مرجعیت برای برخی از قواعد و نهادهای شکلی و به ویژه تعبیر «مطابق مقررات راجع به دادرسی الکترونیکی «یا» با رعایت مقررات راجع به دادرسی الکترونیکی» در بخشی از قسمت‌های قانون می‌تواند نشان از جایگزینی دادرسی الکترونیکی به جای دادرسی کیفری سنتی باشد. جدا از این، با وجود مقررات دادرسی الکترونیکی، قانونگذار باز به طور مجزا از شیوه‌های الکترونیکی یاد کرده است که برای نمونه بند چ ماده ۲۱۷ درباره قرارهای تأمینی به التزام به عدم خروج از منزل یا محل اقامت تعیین شده با موافقت متهم با تعیین وجه التزام از طریق نظارت با تجهیزات الکترونیکی یا بدون نظارت با این تجهیزات است.

دادرسی الکترونیکی از جهت قرینه‌های قانونی در کنار دادرسی نظامی، دادرسی رایانه‌ای و دادرسی اشخاص حقوقی بیان شده که در زمره صور دادرسی کیفری افتراقی‌اند. دادرسی کیفری افتراقی یا جداگانه، در بخش‌هایی از قواعد و شیوه‌های رسیدگی، متفاوت با آیین دادرسی کیفری عام است. آیین دادرسی کیفری افتراقی بر پایه سه معیار پیش‌بینی می‌شود: «نخست، سنجه مرتکب بزه که چون متهم به بزه، دارای ویژگی‌های جداگانه نسبت به متهمان عادی است؛ باید در بخشی از فرآیند رسیدگی، گزاره‌های شکلی جداگانه‌ای اعمال گردد. آیین دادرسی جداگانه در اینجا یا سهل‌گیرانه است که نسبت به کودکان و نوجوانان، اشخاص حقوقی و عاقله اعمال می‌گردد یا سخت‌گیرانه که نسبت به نظامیان بار می‌گردد. رسیدگی به بزه‌های روحانیان با روی آوردن به آیین‌نامه ویژه روحانیت نیز در همین رسته است. سنجه دوم برای توجیه دادرسی کیفری جداگانه، ماهیت بزه است. گاهی خطرناک و بااهمیت بودن بزه دلیل دادرسی افتراقی است که بیشتر به دو دسته اقدام‌های تروریستی و جرایم اقتصادی می‌پردازد که چون این دو دسته بیشتر با سازمان‌یافتگی انجام می‌شوند، در این میان بزه‌های سازمان‌یافته نیز به میان می‌آید. این شیوه از رسیدگی افتراقی هنوز در مقرره‌های ایران به رسمیت شناخته نشده است؛ هرچند نشانه‌هایی از آن را می‌توان در مقرره‌های ایران یافت. گاهی نیز ماهیت بزه به گونه‌ای است که هم از دید جامعه و هم از دید قانون‌گذار، بزه‌های کم‌اهمیت یا غیرواقعی به شمار می‌آید، مانند بزه‌های سیاسی و مطبوعاتی که بودن هیأت منصفه برجسته‌ترین ویژگی افتراقی بودن در رسیدگی به آنها است. سنجه سوم، فنی و تخصصی بودن انجام بزه که نیازمند رسیدگی فنی و تخصصی است. این سنجه به بزه‌های رایانه‌ای انگشت می‌نهد. از این رو افتراقی بودن رسیدگی نسبت به بزه‌های رایانه‌ای به جهت فنی بودن آنهاست.»^۱

۱. عالی‌پور، حسن، جزوه آیین دادرسی کیفری (دادرسی افتراقی)، دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه اصفهان، گروه حقوق، نیمسال نخست سال تحصیلی ۹۳-۱۳۹۲، ص. ۲.

دادرسی الکترونیکی نه متهم‌محور است و نه بر حسب اهمیت و ماهیت جرم تبیین می‌شود. بنابراین بیشترین قرابت را با معیار سوم یعنی رسیدگی افتراقی رایانه‌ای دارد. هر دو، به‌ویژه از جهت معیار ابزار و بستر کارها و فرآیندها یعنی الکترونیک و رایانه، همسان‌اند. ولی تفاوت برجسته‌ای میان این دو است. رسیدگی افتراقی رایانه‌ای دو بخش دارد: نخست بخش موضوع‌محور که نسبت به جرایم رایانه‌ای اعمال می‌شود و دوم بخش دلیل‌محور که نسبت به عموم جرایم اعم از رایانه‌ای و غیررایانه‌ای اعمال می‌شود. رسیدگی افتراقی نسبت به جرایم رایانه‌ای به‌ویژه از منظر صلاحیت کیفری مطرح می‌شود که ارتباطی با دادرسی الکترونیکی ندارد؛ زیرا دادرسی الکترونیکی نقشی در تعیین یا تغییر صلاحیت کیفری ندارد. ولی در ارتباط با گردآوری و استنادپذیری نسبت به عموم جرایم، شیوه‌های جدیدی از کشف جرم، پیگرد متهم و تحقیقات مقدماتی و سپس استناد به ادله مطرح می‌شود. روشن است که این مورد نیز در ذیل دادرسی الکترونیکی قرار نمی‌گیرد؛ زیرا دادرسی الکترونیکی نگاهی ادله‌مدار ندارد، بلکه شیوه‌ای برای تسریع در انجام تشریفات رسیدگی از طریق ابزارهای الکترونیکی است. در واقع ادله الکترونیکی و قواعد و اصول مرتبط با آن در رسیدگی‌های سنتی و غیرالکترونیک نیز قابل استفاده است و نحوه گردآوری، حفاظت یا استناد به آنها به‌منزله نوعی دادرسی الکترونیکی نیست؛ بلکه پشتیبانی برای قانونی و مستند بودن رأی است که به صورت سنتی صادر می‌شود. به همین دلیل نیز بخش دهم قانون آیین دادرسی کیفری زیر عنوان «آیین دادرسی جرایم رایانه‌ای» و جدا از «دادرسی الکترونیکی» بیان شده است. بنابراین جایگاه ابزارمحورانه دادرسی الکترونیکی نمی‌تواند مستلزم دادرسی کیفری افتراقی باشد، زیرا اصول یا قواعد دادرسی کیفری عام را برهم نمی‌زند یا از آن تخطی نمی‌کند. همان اصول و قواعد با ابزار و شیوه‌های نو تجلی پیدا می‌کنند.

رویکردهای چهارگانه فرآیندمحور، مقام و نهادمحور، حق‌محور و دلیل‌محور، اساس آیین دادرسی کیفری را شکل می‌دهند. دادرسی الکترونیکی در بخش نهم قانون و در مواد پراکنده، هیچ اصل یا قاعده ماهوی ندارد که از آن بتوان به عنوان دادرسی افتراقی یاد کرد. مواد مرتبط با دادرسی الکترونیکی مجموعاً سه دسته‌اند: دسته نخست مرتبط با تاسیسات و مراکز شامل شورای راهبردی دادرسی الکترونیکی، مرکز ملی داده‌های قوه قضائیه، شبکه ملی عدالت، درگاه ملی قوه قضائیه، تارنماهای دادگستری‌های استان و دفاتر خدمات الکترونیک قضایی است که برخی از آنها پیش از تصویب قانون هم وجود داشته‌اند.

دسته دوم، مواد تکلیف‌محور است که عموماً قوه قضائیه و همان نهادهای پیش‌گفته را مکلف به انجام برنامه‌های مرتبط با اطلاع‌رسانی یا تسریع در دادرسی از طرق مختلف مرتبط با ابزارهای الکترونیکی می‌کند. چنین تکالیفی نه در شأن مواد مرتبط با دادرسی کیفری است و نه با آن ارتباط دارد.

دسته سوم ضمانت‌اجراهای حفظ حریم خصوصی افراد و امنیت تأسیسات الکترونیکی و سامانه‌های رایانه‌ای است که باز ارتباطی با دادرسی الکترونیکی ندارند. بنابراین در بخش نهم مقرره‌ای نمی‌توان یافت که حاوی قاعده اصلی یا شیوه جدیدی از رسیدگی کیفری متفاوت با آنچه که در دادرسی عام رعایت می‌شود، باشد.

یکی از دستاویزهای مهم برای اینکه ثابت شود دادرسی الکترونیکی در قانون آیین دادرسی کیفری بر عنوان استوار شده و نه بر محتوا و چهارچوب، آیین‌نامه‌ای بودن آن است. در نظام‌های حقوقی مبتنی بر قانون، اصول و چهارچوب ماهوی و شکلی تنها با قانون بیان می‌شود و آیین‌نامه در راستای تبیین مواد قانونی پیش‌بینی می‌شود. آیین‌نامه نمی‌تواند هیچ حق یا تکلیف یا قاعده یا اصلی را بنیان بگذارد و حتی آیین‌نامه تنها در مواردی استفاده می‌شود که در شأن قانون نباشد، آن چنان وارد جزئیات شود که از ایجاز و استواری بکاهد.

اساساً در همان نخستین ماده بخش نهم قانون، شورای راهبری دادرسی الکترونیکی باید برای توسعه و ارتقای دادرسی الکترونیکی و نظارت بر حسن اجرای آنها، به تدوین آیین‌نامه‌های لازم همت کند؛ یعنی اساس کار شورا و به تعبیری اساس دادرسی الکترونیکی با تدوین آیین‌نامه‌های لازم که محتوا و شمار آنها روشن نیست، خواهد بود.

ویژگی دیگر دادرسی الکترونیکی، اختیاری بودن آن است. این ویژگی، خود گواهی بر شیوه و ابزار بودنش دارد و چون این شیوه نیاز به سواد و امکانات دارد، قانون‌گذار نیز به اعمال آن توصیه کرده است و نه الزام؛ برای نمونه طبق تبصره ۲ ماده ۲۰۴ قانون آیین دادرسی کیفری در صورتی که دلیل پرونده منحصر به شهادت شهود و مطلعان نباشد، تحقیق از آنان می‌تواند به صورت الکترونیکی و با رعایت مقررات راجع به دادرسی الکترونیکی به عمل آید. همین اختیار در ماده ۲۶ آیین‌نامه شیوه اجرای قرارهای نظارت و تأمین قضایی مصوب ۱۳۹۵/۱/۲۲ نیز پیش‌بینی شده است که بر پایه آن، مرجع قضایی می‌تواند حضور و غیاب متهم را از طریق نظارت الکترونیکی انجام دهد. با این حال در برخی موردها، جلوه‌های دادرسی از طریق امکانات و ابزارهای الکترونیکی، چهره الزامی نیز دارند و این الزامی بودن نه از جهت اهمیت دادرسی الکترونیکی یا جایگزینی آن به جای دادرسی سنتی که به جهت

اهمیت ارزش دیگری است که دادرسی الکترونیکی می‌تواند از آن حمایت به عمل آورد. برای نمونه طبق ماده ۲۱۴، هرگاه بیم خطر جانی یا حیثیتی و یا ضرر مالی برای شاهد یا مطلع و یا خانواده آنان وجود داشته باشد، اما استماع اظهارات آنان ضروری باشد، بازپرس به‌منظور حمایت از شاهد یا مطلع و با ذکر علت در پرونده، تدابیر زیر را اتخاذ می‌کند: «... پ - استماع اظهارات شاهد یا مطلع در خارج از دادسرا با وسایل ارتباط از راه دور.» در این ماده توسل به تجهیزات سامانه‌ای و مخابراتی الزامی شده است.

۲-۲. تضعیف ترافیعی بودن

ترافیعی بودن به معنای مرافعه طرفین اصحاب در برابر هم در حضور قاضی بی‌طرف است. در واقع «ترافیعی بودن دادرسی به این معنا است که طرفین پرونده یا وکلای آنها همزمان در یک جلسه نزد مراجع قضایی حاضر و به بیان مواضع خود و پاسخ به اظهارات طرفین مقابل بپردازند. این خصیصه از ویژگی‌های نظام اتهامی است؛ زیرا در نظام‌های تفتیشی وضعیت کاملاً متمایز است.»^۱ ترافیعی بودن دادرسی کیفری معیار اصلی توازن حقوق طرفین پرونده از یک سو و متهم و جامعه از سوی دیگر است. بنابراین، «مفهوم ترافیعی بودن دادرسی مستلزم این است که متهم از دعوی علیه خود آگاه باشد. بدین معنی که از همه دلایل و استدلال‌هایی که دادگاه می‌تواند در زمان صدور حکم راجع به اتهام، در نظر گیرد، مطلع بوده و اینکه فرصت به چالش کشیدن این دلایل و اثبات خلاف آن را داشته باشد.»^۲ این مهم در ماده ۱۹۲ و ۳۵۹ قانون آیین دادرسی کیفری به صراحت بیان شده است.

دادرسی الکترونیکی می‌تواند آسیبی برای ترافیعی بودن رسیدگی کیفری باشد: اولاً سبب افزایش قدرت دولت در برابر شهروندان می‌شود. دادرسی الکترونیکی در اصل بخشی از دولت الکترونیک است. دولت الکترونیک تعبیری است برای کنترل بهتر و فراگیرتر حوزه‌های رایانه‌ای شده توسط دولت. از این رو در دولت الکترونیک، امنیت دولت یا در مفهوم مردم سالارانه، امنیت ملی بهتر تضمین می‌شود. امنیت ملی «شامل تعقیب روانی و مادی ایمنی است و اصولاً جزء مسئولیت حکومت‌های ملی است، تا از تهدیدات مستقیم ناشی از خارج نسبت به بقای رژیم‌ها، نظام شهروندی و شیوه زندگی شهروندان خود ممانعت به عمل آورند»^۳ و در واقع اصلی‌ترین دغدغه نظام حقوقی «باید

۱. طهماسبی، جواد، آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۴، ص. ۲۴.

۲. ناجی زواره، مرتضی، دادرسی بی‌طرفانه در امور کیفری، تهران، انتشارات موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۹، ص. ۵۰.

۳. ماندل، رابرت، چهره متغیر امنیت ملی، چاپ دوم، ترجمه پژوهشکده مطالعات راهبردی، انتشارات پژوهشکده مطالعات راهبردی، تهران، ۱۳۷۹، ص. ۵۲.

حمایت از شهروندان در مقابل تجاوزات دولت باشد که همیشه درصدد است تا خواسته خود را بر تابعان خود تحمیل کند. عدم تمرکز قدرت برای تأمین امنیت شهروندان در مقابل دولت نقش بسزایی دارد.^۱

دادرسی الکترونیکی در مفهوم شناخته شده خود مبتنی بر دیده بان‌های الکترونیکی، گردآوری اطلاعات و تبادل اطلاعات پلیسی و قضایی است. بخش عمده دادرسی الکترونیکی در مرحله تحقیقات مقدماتی مظنون محور است؛ به گونه‌ای که برای کشف جرم یا پیشگیری از آن، دیده بان‌های الکترونیکی اثری از حریم خصوصی شهروندان باقی نمی‌گذارد. در واقع ابزارها و شیوه‌هایی که به عنوان مایه دادرسی الکترونیکی دانسته می‌شود؛ پای دولت به میزانی بیشتر از دولتهای خودکامه در حریم خصوصی شهروندان باز می‌کند؛ چندان که چنان کنترل اطلاعاتی شهروندان در فرآیند کشف جرم یا پیشگیری از آن «نه تنها سبب بی‌اعتمادی می‌شود که باز خطر ناامنی را افزایش می‌دهد؛ زیرا تمرکز بر امنیت، ناامنی را می‌پروراند.»^۲ زیرا ابزارها و شیوه‌های الکترونیکی برای رویارویی با جرم برای امنیت شهروندان خود به ناامنی ذهنی و روانی آنها در قبال کنترل شدنشان از سوی دولت است. بدین حال دادرسی الکترونیکی چون بر دو پایه دیده بان‌های الکترونیکی و دسترسی به اطلاعات قرار دارد، نقطه مقابل رویکرد حقوق بشری آیین دادرسی کیفری است؛ چندان که برخی استفاده از تجهیزات الکترونیکی برای متهمان و مجرمان یادآور نماد برادر بزرگ رمان جرج اورول و «روند رو به رشد دیده بان‌های الکترونیکی»^۳، زیست‌سنجی^۴، تلویزیون مدار بسته و دیگر ابزارهای مدار بسته را چالشی برای حاکمیت، پاسخگویی دولتها و عدالت می‌دانند.^۵ در واقع ابزارهای الکترونیکی و فضای سایبر بیشتر از آنکه ابزارهای مناسبی برای صیانت از حقوق شهروندان و به طور ویژه حقوق متهم محسوب شود، برای امنیت و قدرت دولت به کار می‌آید و دلیل آن نیز روشن است؛ ارائه‌کننده یا ناظر اصلی خدمات الکترونیکی دولت است و از همین دریچه می‌تواند کنترل خود را بر شهروندان به طور کامل بگستراند.

ثانیاً بر شکل‌گیری پرونده شخصیت تأثیر منفی دارد. دادرسی الکترونیکی وابستگی شدید به ابزار آلات و برنامه‌های از قبل نوشته شده دارد؛ بنابراین کمتر بستر

۱. فلچر، جورج. پی، مفاهیم بنیادین حقوق کیفری، ترجمه سیدمهدی سیدزاده ثانی، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۴، ص. ۳۴۵.

2. Bennett, Colin, "Securitization and Surveillance: from Privacy Rights to Security Risks", in: *Transparent Lives: Surveillance in Canada*, AU Press, Athabasca University, 2014, p. 42.

3. Electronic Monitoring

4. Biometrics

5. Paterson, Craig, *Understanding the Electronic Monitoring of Offenders*, VDM Verlag Dr. Muller Aktiengesellschaft, Saarbrücken, Germany, 2009, p. 36.

لازم برای قرار گرفتن در مجاورت متهم برای شناسایی وی و علل وقوع جرم را پدید می‌آورد. قاضی در برخورد با پدیده بزهکاری نباید تنها در مقام توجه به سرزنش‌پذیری یا زیانباری جرم و جستجوی مصداق قانونی آن باشد، بلکه او به مثابه یک قاضی طبیب است که نه تنها در مقام اجرای عدالت است که با توجه به آنچه در زندگی فردی و اجتماعی مرتکب گذشته است را معیاری برای تعیین میزان مسوولیت وی قرار دهد و بر اساس اصل فردی کردن مجازات، ضمانت‌اجراهای متناسب با هر شخص تعیین کند. بر این اساس «به منظور پی بردن به زوایای شخصیت متهم یا مجرم، تشکیل پرونده‌های تحت عنوان «پرونده شناسایی شخصیت» در کنار پرونده قضایی که در تنظیم و تدوین آن متخصصان علوم مختلف مانند پزشک، روان‌پزشک، روان‌شناس، جامعه‌شناس، مددکار اجتماعی و ... نقش اساسی دارند، از ضروریات یک دادرسی کیفری عادلانه محسوب می‌گردد، تا مقام قضایی با مراجعه به آن پرونده و اشراف بر ابعاد مختلف شخصیت بزهکار بتوانند در راستای فردی کردن رسیدگی‌های کیفری و تصمیمات قضایی، عادلانه‌ترین تصمیم را جهت بازسازی و یا تنبیه مجرم اتخاذ کند.»^۱

قانون درباره مدیریت زمانی پرونده کیفری و پرونده شخصیت ساکت است و همین امر می‌تواند نشان دهد که دادرسی الکترونیکی می‌تواند به دو صورت، اثر منفی بر پرونده شخصیت بگذارد: نخست اینکه تشکیل پرونده شخصیت مجزا از پرونده کیفری و با محوریت گزارش خانوادگی، اجتماعی و روان‌شناختی مرتکب است. در حالی که پرونده کیفری بر اساس گردآوری ادله کیفری و تفهیم اتهام انجام می‌شود و چون خدمات الکترونیکی سبب دقت و تسریع در رسیدگی کیفری می‌شود؛ پرونده کیفری غالباً زودتر از پرونده شخصیت آماده است. همین امر ممکن است سبب تسریع در تشکیل پرونده شخصیت و بی‌اعتنایی به بایدها و لوازم پرونده شخصیت شود. دوم اینکه با در نظر گرفتن دادرسی الکترونیکی و فرآیند آن در فضای مجازی و شتاب در رسیدگی سبب بی‌توجهی قاضی دادگاه نسبت به پرونده شخصیت شود؛ زیرا تشکیل پرونده مستلزم رویارویی قاضی با متهم و دیدن و شناختن زوایای شخصیت او با کمک متخصصان روانشناس است، که در رسیدگی الکترونیکی که عموماً ماشین محور است، فراهم نمی‌شود.

ثالثاً دادرسی الکترونیکی می‌تواند اعتبار اصل علنی بودن رسیدگی را کاهش دهد. دادرسی الکترونیکی اگر در مرحله دادرسی در مفهوم خاص یعنی در دادگاه نیز اعمال شود؛ عملاً اصل علنی بودن رسیدگی کیفری را تحت تأثیر قرار می‌دهد. «مفهوم اصل

۱. محمدیان، سارا؛ محمدرضاپور، بابک، «لزوم تشکیل پرونده شخصیت در فرایند کیفری ایران»، مجله پزشکی قانونی، دوره ۱۹، شماره‌های ۲ و ۳، تابستان و پاییز ۱۳۹۲، ص. ۲۳۰.

علنی بودن دادرسی این است که علاوه بر اشخاصی که به عنوان شاکی، متهم، وکیل هر یک از آنها، شاهد، کارشناس و غیره در پرونده نقش دارند و توسط دادگاه به جلسه دادرسی دعوت می‌شوند، هر کس هم که به هر دلیل مایل به حضور در جلسات رسیدگی دادگاه باشد، می‌تواند بدون دعوت و احضار قبلی در دادگاه حاضر شده، جریان رسیدگی را از نزدیک مشاهده نماید، بدون اینکه رئیس دادگاه بتواند مانع حضور او در جلسه گردد. غیر علنی بودن دادرسی، امری استثنائی و محدود به موارد مصرح قانونی است.^۱

الکترونیکی شدن دادرسی کیفی به دو صورت می‌تواند اصل علنی بودن را تضعیف کند: نخست اینکه اگر دادرسی الکترونیکی فرآیندی رو به جلو باشد که همه قسمت‌ها و نهادها و تشریفات دادرسی کیفی را در نوردد، پس جلسه رسیدگی در دادگاه را نیز می‌تواند به عرصه‌ای برای بررسی اطلاعات رایانه‌ای مرتبط با پرونده کند، نه عرصه‌ای برای گفت‌و شنید و مرافعه اصحاب دعوی که اقتضای اقدامات سنتی در محیط فیزیکی و مشخص به نام دادگاه دارد. دادگاه الکترونیکی از مکان مشخص و محیط خاص ترسیم‌شده تبعیت نمی‌کند؛ در حالی که همین مکان و محیط به اصل علنی بودن معنا می‌بخشند. دوم اینکه حتی اگر اصل علنی بودن به منزله آگاهی همگانی از فرآیند رسیدگی شود و از طریق محیط تبادل اطلاعات به ویژه از طریق کانال ویژه در شبکه‌های اجتماعی مجازی به اطلاع عموم برسد؛ در این صورت جلسه دادگاه شانی در حد روزنامه‌نگاری الکترونیکی خواهد داشت. با این حال نمی‌توان انکار کرد که تجهیزات الکترونیکی می‌تواند حضور مجازی تعداد بسیاری از شهروندان را در جلسه دادگاه از طریق اقداماتی مانند ویدئوکنفرانس فراهم کند که از این جهت، خدمات الکترونیکی برعکس آنچه گفته شد، در راستای تقویت اصل علنی بودن رسیدگی کیفی خواهد بود.

۲-۳. تضعیف تجربه و مهارت قضایی

دادرسی الکترونیکی وضعیتی را پدید می‌آورد که بر اساس دستورالعمل‌ها و برنامه‌های پیشین، بخش عمده‌ای آماده‌سازی پرونده و تکمیل آن انجام می‌گیرد. در چنین وضعیتی، هر شخص آگاه یا مرتبط با رایانه و تجهیزات الکترونیکی به حسب تجربه فنی می‌تواند بخش‌هایی از رسیدگی کیفی مدیریت کند؛ بی‌آنکه سواد و تجربه قضایی داشته باشد. در واقع دادرسی الکترونیکی تجربه فنی را در برابر تجربه قضایی

۱. خالقی، علی، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفی، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۳، ص. ۳۰۲.

قرار می‌دهد که اولی برای تسریع در کارها ولی دومی برای اجرای عدالت و برقراری توازن میان حقوق طرفین لازم است. دادرسی الکترونیکی اولاً با مشکل عدم گرایش قضات به آن روبه‌رو است. نه دادرسی الکترونیکی به صورتی که از آن یاد می‌شود، جایگاه استواری دارد و نه دادرسی منصفانه به گونه‌ای که از آن دفاع می‌شود، ماهیت روشنی دارد. این ادعا می‌تواند رابطه این دو را تیره‌تر از آنچه فکر می‌شود، نشان دهد؛ زیرا این دو گونه از دادرسی کیفری نه تنها در دو سرزمین گوناگون و بی‌ارتباط با هم هستند که اساساً ممکن است هویت و موجودیت هر دو در مظان تردید باشد و با این ناستواری در جایگاه هر یک، مقایسه این دو شاید از اساس اثری نداشته باشد.

با نگاه به قوانین کیفری شکلی کشورهای غربی نمی‌توان از عنوانی که قانون‌گذار ایران به کار گرفته است، سراغ گرفت. برای نمونه در بخش ششم و هفتم قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه (که قوانین این کشور معمولاً نخستین الگو برای نگارش قوانین کیفری اصلی محسوب می‌شوند) و از مواد ۷-۷۲۳ به عنوان نظارت (دیدهبانی یا پایش) الکترونیکی^۱ اشاره شده و در بخش‌های گوناگون نیز به این تعبیر و نیز مدارک الکترونیکی اشاره شده، ولی تعبیر دادرسی الکترونیکی به کار برده نشده است. در قانون آیین دادرسی کیفری سوئیس که از ابتدای سال ۲۰۱۱ لازم‌الاجرا شده، حتی کمتر از قانون فرانسه از تجهیزات الکترونیکی استفاده شده است. از همه برجسته‌تر ماده ۸۶ این قانون زیر عنوان «خدمات الکترونیکی» است که مقرر می‌دارد با رضایت اشخاص درگیر در پرونده، خدماتی مانند ابلاغ اوراق قضایی به صورت الکترونیکی انجام می‌شود. همین طور الکترونیک به عنوان وصفی برای «دلیل و اطلاعات» مورد استفاده قرار گرفته است. دلیل الکترونیکی یا دیجیتالی هر اطلاعات اثبات‌کننده در شکل الکترونیکی است و در دادگاه قابل استفاده است. اطلاعات الکترونیکی مفهوم عام‌تری داشته و شامل همه محتوای رایانه‌ای، داده‌های ثبت‌شده و فایل‌های روگرفت از اسناد کاغذی است. با این حال در نظام قضایی سوئیس، ارزش دلیل الکترونیکی به اندازه دلیل غیرالکترونیکی نیست و دادرسان در صورت وجود دلایل غیرالکترونیکی، کمتر به دلایل الکترونیکی توجه می‌کنند.^۲ در چنین بستری روشن است که از اصطلاح کلان دادرسی الکترونیکی استفاده نمی‌شود.

در واقع اسناد الکترونیکی بیشتر از آنکه دادرسان را جلب کند، وکلا، متصدیان امور اداری و اشخاص حقوقی را جلب می‌کند؛ چرا که اسناد الکترونیکی به همان اندازه

1. Electronic Surveillance

2. Perrin, Bertrand; and others, "Electronic Evidence in Swiss Criminal Procedure", Digital Evidence and Electronic Signature Law Review, vol. 8, 2011, p. 72.

که کار دادرسان ناآشنا با حوزه امکانات و تجهیزات رایانه‌ای و نیز به جهت تغییر مداوم این اسناد دشوار می‌کند ولی برای دیگران می‌تواند مؤثر و کارگشا باشد. سند الکترونیکی «به معنای هر سندی است که در شکل الکترونیکی نگهداری می‌شود؛ مانند رایانامه و دیگر ارتباطات الکترونیکی چون متن پیام‌های نوشتاری و گفتاری، اسناد پردازشگر واژگان، پایگاه داده، اسناد ذخیره‌شده در حامل‌های داده همچون وسایل حافظه‌دار و گوشی همراه و به طور کلی هر سند قابل خوانش به وسیله رایانه.»^۱

در قانون آیین دادرسی کیفری آلمان که در سال ۲۰۱۴ اصلاح شده است نیز از عنوان دادرسی الکترونیکی خبری نیست. تنها در زیر بخش چهارم از قانون تحت عنوان تصمیمات دادگاه و ارتباط بین طرفین پرونده و در ماده ۴۱ مکرر (۴۱ الف) به اسناد الکترونیکی اشاره شده است. در ادبیات حقوقی و دانشگاهی نیز دادرسی الکترونیکی تعبیری رایج و جاافتاده نیست. در مفاهیم قدیمی‌تر نیز دادرسی الکترونیکی در معنای استفاده از ابزارهای ماشینی و الکترونیکی برای دسترسی سریع‌تر به دادگاه گفته می‌شود. برای مثال «در سال ۱۹۹۳ دادگاه‌های ایالت آریزونا به سامانه‌های رایانه‌ای جهت شکایت سریع، مشاوره حقوقی و دیگر نیازهای حقوقی مجهز شدند.»^۲

ثانیاً دادرسی الکترونیکی سبب روزمرگی قضایی می‌شود. دادرسی الکترونیکی سبب می‌شود تا قضات نسبت به پرونده و تکمیل آن دچار روزمرگی شوند و چه بسا امر دادرسی الکترونیکی را خود انجام نداده و به دیگران بسپارند. در واقع در یک امر فنی، قاضی احساس نمی‌کند که وضعیت هر پرونده‌ای با پرونده دیگر تفاوت فاحشی داشته باشد؛ مگر در زمان صدور حکم. از این رو دادرسی الکترونیکی حس متفاوت بودن پرونده‌ها از ابتدا تا انتها را کم‌رنگ می‌کند. «تجربه سیستم‌های قضایی گوناگون نشان می‌دهد که اتخاذ تصمیمات قضایی مستلزم گستره‌ای از موضوعات متنوع در هنر صدور حکم می‌باشد. پیچیدگی، تغییرپذیری، قابلیت انعطاف و توان تشخیص که نمونه بارزی تصمیمات قضایی هستند، به سادگی توسط سیستم‌های کامپیوتری قابل حل و فصل نیستند. بنابراین تسهیلات فناوری اطلاعات صرفاً به قاضی کمک می‌کند تا بتواند با استفاده از اطلاعات بیشتر و دقیق‌تر، تصمیمات بهتری اتخاذ نماید.»^۳

ولی وقتی اساس رسیدگی کیفری بر عهده تجهیزات رایانه‌ای و الکترونیکی قرار بگیرد؛ دو پیامد عمده اجتناب‌ناپذیر خواهد بود. نخست آنکه با داده شدن اطلاعات

1. Mason, Stephen, *Electronic Disclosure*, 3rd edition, LexisNexis Butterworth, 2012, p. 10.

2. Crowell, James, "the Electronic Courtroom", *Journal of Science and Technology Law*, Boston University, vol. 10, 1998, p. 3.

۳. شاهسون، مهدی؛ خجسته‌بخت، مجتبی، سیستم مدیریت پرونده قضایی، تهران، انتشارات روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۸، ص. ۴۰.

قضایی، در کنار مقام قضایی یا یک کارشناس یا خود رایانه به بررسی و انجام امور اطلاعاتی که تا قبل از این کاغذی و سندمحور بوده‌اند، خواهند پرداخت. در این صورت قاضی تعهدی را که در بررسی چشمی اوراق قضایی دارد، نخواهد داشت. به همین دلیل است که برخی نظام‌های کیفری در جهان مانند هلند «با وجود گسترش اطلاعات و ادله دیجیتالی نهایتاً اگر این اطلاعات به صورت نوشته و کاغذی مورد استفاده شوند، به عنوان دلیل اثبات مورد توجه قرار می‌دهند.»^۱ دلیل این امر نیز تفاوت بررسی ادله و اطلاعات کاغذی با ادله و اطلاعات دیجیتال است.

دوم آنکه از جهت قابلیت‌های جذب نظر و دقت قضایی، ادله و اطلاعات دیجیتال ضعیف‌اند. ادله و اطلاعات سنتی که بر روی کاغذ یا سایر اشیای دیگر قابل رویت‌اند و عموماً هم در اشکال و رنگ‌های مختلف‌اند، خود سبب تنوع در بررسی پرونده و اقتضای دقت جداگانه دارند؛ ولی اطلاعات و ادله دیجیتال از این جهت یکنواخت هستند. هرچند بتوان از سیستم روگرفت‌برداری، همان وضعیت سنتی را در دستگاه رایانه‌ای انتقال داد، ولی واقعیت این است که اطلاعات و ادله دیجیتالی نهایتاً در قالب داده و به صورت یکنواخت و ساده در اختیار قاضی قرار می‌گیرند.

شیوه یکنواخت استفاده از دستگاه‌های الکترونیکی، تمرکز غالب بر فعالیت با رایانه، تحلیل و بررسی داده به عنوان اطلاعات پرونده و به طور کلی سرگرم شدن نیروی انسانی دستگاه قضایی به ویژه قاضی با ماشین‌ها و دستگاه‌ها نه تنها روزمرگی قضایی و یکنواختی قضاوت را پدید خواهد آورد که چه‌بسا همان پیامدهای منفی را به همراه خواهد داشت که استفاده بیش از اندازه از تلفن همراه و دیگر دستگاه‌های رایانه‌ای توسط شهروندان دارد.

ثالثاً دادرسی الکترونیکی سبب شتاب در رسیدگی می‌شود. برخی پیام مشهور «تأخیر در عدالت انکار عدالت است» که در فرمان کبیر (منشور بزرگ انگلستان در سال ۱۲۱۵ درباره حقوق و آزادی مردم و کلیسا) آمده است را یکی از ارکان اساسی دادرسی کیفری منصفانه می‌دانند.^۲ از این منظر، دادرسی الکترونیکی که خود بر پایه تسریع در فرآیند رسیدگی کیفری بنیاد گذاشته شده است و دادرسی منصفانه، همنشین هم می‌شوند. اما اگر دادرسی سریع بدون پیش‌بینی قانون و صرفاً در پاسخ به واکنش اجتماعی یا خواست مقامات قضایی یا سیاسی یا اقتضات زمانی و مکانی انجام گیرد، در این صورت، تهدیدی برضد دادرسی منصفانه خواهد بود؛ زیرا آنچه که در

1. Schellekens, Maurice, "Digital Watermarks as Legal Evidence", Digital Evidence and Electronic Signature Law Review, vol. 8, 2011, p. 158.
2. Hopwood, Shon, "The not so Speedy Trial Act", Washington Law Review, vol. 89, 2014, p. 710.

ماده ۳ قانون آیین دادرسی کیفری تحت تعبیر «در کوتاه‌ترین مهلت ممکن» آمده، مرتبط با تعبیر «از هر اقدامی که باعث ایجاد اختلال یا طولانی شدن فرآیند دادرسی کیفری می‌شود، جلوگیری کنند» است که در ذیل همین ماده آمده است. در اینجا رسیدگی «در کوتاه‌ترین مهلت ممکن» به معنای عدم تأخیر و تعلل غیرقابل توجیه در رسیدگی است و نه شتاب در رسیدگی که اولی موافق دادرسی منصفانه و دومی ناسازگار با آن است. هر چند از دید «دیوان اروپایی حقوق بشر در قضیه گولدر، سه قاعده مهم دادرسی، انصاف، علنی بودن و سرعت در رسیدگی قید شده است.»^۱ ولی سرعت در رسیدگی از جمله عناصر دادرسی منصفانه نیست. در ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نیز به «رسیدگی در مهلت معقول» اشاره شده است.

۳. بایسته‌های دادرسی کیفری الکترونیکی در رویارویی با جرایم سایبری

دادرسی کیفری الکترونیکی به همان اندازه که به طور بالقوه با چالش مواجه است، به طور بالفعل برای رویارویی با جرایم سایبری کارآمد است. در اصل دادرسی کیفری الکترونیکی شیوه مدرنی برای رسیدگی به همه جرایم و حتی دعاوی حقوقی است ولی در این میان شاید دادرسی الکترونیکی از جهت ویژگی‌ها و بستر تحقق، بیشترین سنخیت را با جرایم سایبری دارد. دادرسی الکترونیکی در مواجهه با جرایم سایبری مبتنی بر بستر مبادله الکترونیکی است و بر این قاعده ساده استوار است که پاسخ ارتکاب جرم در فضای سایبر را باید در همان فضای سایبر و با امکانات آن داد. چنین پاسخی به مجرم سایبری نشان خواهد داد که فقط او نیست که از فضای سایبر برای جرم و سپس مخفی شدن استفاده می‌کند؛ بلکه برعکس این فضا نه تنها قابلیت‌های متعدد برای پیگرد مرتکب دارد که در مقایسه با امکانات سنتی بسیار کارآمدتر است. بایسته‌های دادرسی الکترونیکی در رویارویی با جرایم سایبری فارغ از توجه به حقوق خود متهم که بحثی جداگانه است، در راستای تقویت جامعه، بزه دیده و متصدیان پیگرد و رسیدگی خواهد بود:

۳-۱. تقویت جامعه در برابر مجرم سایبری

دادرسی الکترونیک، از این جهت سبب تقویت جامعه در برابر مجرم سایبری می‌شود که مبتنی بر تنوع و تکثر ادله اثبات جرم در زمان کوتاه است. جدا از جنبه فراملی بودن جرایم سایبری که یک مانع بزرگ در پیگرد مجرم سایبری است ولی از

۱. آشوری، محمد، «مفاهیم عدالت و انصاف از دیدگاه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر»، در: مجموعه حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، زیر نظر محمد آشوری، چاپ اول، نشر گرایش، ۱۳۸۳، ص. ۳۳۷.

جهت دیگر، موقعیت مجرم سایبری در مقایسه با مجرم سنتی از جهت گرفتار شدن در دام قانون، شکننده‌تر است.

بخش اعظم تجهیزات الکترونیکی خود در مقام ادله الکترونیکی به کار می‌آیند که سبب تنوع در ادله اثبات دعوی می‌شود. در فضای سنتی ادله اثبات، قابل انفکاک و شیوه‌های تحقق و نمود آنها مشخص است. نمود بیرونی اقرار، گواهی گواهان، سوگند و قسامه با ویژگی‌های خاص خودشان، حکایت از جنبه واقعی و بیرونی بودن دارند؛ ولی ادله دیجیتال و به طور کلی ادله‌ای که بر پایه تجهیزات الکترونیکی گردآوری می‌شوند، عموماً مبتنی بر اطلاعاتی به مقام قضایی هستند. اطلاعات یا داده رایانه‌ای نیز همین معنا را می‌رسانند که بر اساس آن، معنا یا اطلاعی را به مقام قضایی می‌رسانند. از این رو ادله دیجیتال در مقایسه با ادله سنتی اولاً تنها طریقت دارند و در قبال ادله سنتی به ویژه ادله شرعی که هنوز نگاه موضوعیت داشتن به آنها وجود دارد، ولی برای ادله دیجیتال چنین نگاهی اساساً وجود ندارد. همه این ادله اطلاع‌محور و طریق دستیابی به واقعیت‌اند و به راحتی قابل تعارض و قابل انکار هستند.

ثانیاً ادله سنتی به مفهوم واقعی دلیل هستند که مشهورترین آنها اقرار، شهادت و سوگند است. در کنار این ادله، از قرائن اثبات نیز می‌توان نام برد که به کلیه قرینه‌ها و نشانه‌های حامی ادله اثبات مانند معاینه محلی یا کارشناسی گفته می‌شود. این قرائن اگر همراه با ادله اثبات نباشند، می‌توانند خود سبب شکل‌گیری علم قاضی شوند. ولی ادله دیجیتال در اصل همان قرائن و شواهد اثبات هستند و همین امر بر تکثر و تنوع آنها گواهی می‌دهد.

تکثر و تنوع ادله دیجیتال، هرچند وظیفه قاضی در گردآوری قرائن و تطبیق و استفاده از آنها را مشکل می‌کند، ولی پرونده را علمی‌تر و مستندتر می‌کند. این ادله به تدریج سبب تقویت علم قاضی و تضعیف اقرار، شهادت و سوگند از طریق روی‌گردانی قضات از این ادله و روی‌آوری به ادله دیجیتال خواهد بود.

تنوع ادله دیجیتال ناشی از تحولات بسیار سریع و روزانه حوزه فناوری اطلاعات است که از یک علامت یا نقطه یا عدد شروع می‌شود و به محتواهای طولانی یا امواج حامل داده می‌رسد. همه این ادله نه‌تنها می‌توانند برای همه جرایم اعم از رایانه‌ای و غیررایانه‌ای به کار روند، بلکه تنوع این ادله خود سبب می‌شود که بخشی از آنها غالباً یا حتی اختصاصاً برای کشف برخی از جرایم خاص کارکرد داشته باشند. برای نمونه «فناوری نشانه‌های نامرئی دیجیتال^۱، خود یکی از ادله دیجیتال است که برای کشف

جرائم مرتبط با نقض حقوق هنری و تالیفی به کار می‌رود. این شیوه متضمن استفاده از اطلاعات غیرنمادین است که بر روی کارهای مرتبط با حقوق دارندگان مالکیت فکری مانند عکس یا فیلم قابل بارگذاری است. این اطلاعات برای کاربر قابل دیدن و به راحتی نیز قابل تغییر یا حذف نیست. این شیوه می‌تواند برای کشف بیشتر جرائم قابل ارتکاب در فضای سایبر برای مقام‌های قضایی کارآیی داشته باشد.^۱

تجهیزات الکترونیکی بستر بسیار مناسبی برای اصل آزادی دلیل و اقناع وجدانی مقام قضایی است. ویژگی‌های بنیادین دلیل کیفری که اصل آزادی دلیل را توجیه می‌کند، یعنی «مثبت امور وجودی بودن، مثبت امور سابق‌الوقوع بودن و کاشف حقیقت بودن»^۲ با تجهیزات الکترونیکی بهتر و فراگیرتر میسر می‌شود. برخلاف ادله سنتی، ثبت شدن ادله دیجیتال و تنوع آنها به خوبی این سه ویژگی را حاصل می‌کند.

تجهیزات الکترونیکی سبب به روز کردن اطلاعات و بازنگری در پرونده‌ها می‌شود. در رویکرد سنتی به ندرت و به دشواری امکان بررسی چندباره ادله گردآوری شده و به‌ویژه با قطور شدن پرونده‌ها، عملاً بازگشت به عقب و دقت بیشتر نسبت به آنچه قبلاً دقت شده، عملاً کمتر است. ولی تجهیزات الکترونیکی پرونده قطور و کم قطر نمی‌شناسد و در هر حال بستری را برای بازنگری ادله تحصیل شده یا نیز بررسی مجدد پرونده فراهم می‌کند که بسیار از اشتباهات قضایی می‌کاهد. در واقع این بازنگری بستگی به نحوه ساخت برنامه نرم‌افزاری دارد که به قاضی کمک کند که در کمترین زمان، هرگاه احساس کرد باید به قسمتی از پرونده مراجعه کند، این کار را بتواند انجام دهد.

قابلیت بازنگری در ادله و پرونده به وسیله تجهیزات الکترونیکی از دو بعد دارای اهمیت است: نخست، بازنگری در ادله سنتی و معمول که تجهیزات الکترونیکی این حسن را دارد که با جایگزینی ادله دیجیتال، از اشتباهات ادله سنتی که احتمال آنها کم نیست، بکاهد. هرچند طبق بررسی‌های آکادمی ملی علوم^۳ ایالات متحده «دیجیتالی شدن ادله اثبات این خطر را دارد که تأثیر ادله سنتی که بر اساس جرم‌یابی به دست آمده‌اند را کنار می‌زند و گاه متهمی را که طبق ادله سنتی مجرم تلقی می‌شود را بی‌گناه معرفی می‌کند. از این رو براهت دیجیتال لزوماً به معنای براهت سنتی نیست.»^۴ ولی نمی‌توان دقت و قابلیت بازنگری که در ادله دیجیتال است را نادیده

1. Schellekens, Maurice; Op. cit, p. 152.

۲. حیدری، الهام؛ اصل آزادی دلیل و ارزیابی دلیل در دادرسی کیفری ایران و انگلیس، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، پردیس قم دانشگاه تهران، ۱۳۹۱، ص. ۲۱.

3. National Academy of Sciences (NAS)

4. Fairfield, Joshua; Luna, Erik, "Digital Innocence", Cornell Law Review, vol. 99, 2014, p. 988.

گرفت. این درست است که ادله دیجیتال قابلیت برابری با اقراری که در فضای آزاد و بدون شکنجه و فشار تحصیل شده یا شهادتی که از سوی افراد مطمئن ارائه شده را ندارد. ولی باید در نظر داشت که چنین ادله‌ای مجموعاً وضعیت استثنایی دارد. واقعیت این است که اقرار و شهادت مطمئن و بدون فشار و آزار به عنوان یک دلیل مطمئن ولی کمیاب تلقی می‌شود؛ از این رو ادله دیجیتال حتی اگر معارض با ادله سنتی باشند، نهایتاً طبق قانون ایران در قالب علم قاضی در می‌آیند که ترجیح آنها نسبت به ادله سنتی ایرادی ندارد.

دوم، ادله دیجیتال چنان که گفته شد، قرینه اثباتی هستند و به جهت سیالیت فضای سایبر و فراوانی اطلاعات در محیط تبادل اطلاعات قابلیت جایگزینی با ادله دیجیتال که پیش از این حاصل شده است را دارد که همین سبب اطمینان بیشتر قاضی در اقتناع وجدانی و صدور حکم دارد. با این حال این ایراد را هم دارد که پویایی و قابلیت بازنگری ادله دیجیتال ممکن است فرآیند رسیدگی به نتیجه پرونده مبنی بر برائت یا محکومیت را به تعویق بیندازد و به طور ویژه از سوی اشخاص حقوقی مورد سوءاستفاده قرار گیرد. وضعیتی که معمولاً ادله سنتی با آن مواجه نیستند، ولی ادله دیجیتال به جهت فراوانی و تنوع، برعکس ادله سنتی که محدود و معدود هستند، به خودی خودی اطمینان قضات را نسبت به خود کمرنگ می‌کنند. برای نمونه در قبال سوءاستفاده ارائه‌کنندگان کالا از مشتریان «تبلیغات دیجیتالی معمولاً متنوع و متغیر هستند و شرکت‌ها نیز می‌خواهند بیشترین جذابیت را برای مشتری فراهم کنند. ادله ارتکاب جرم سوءاستفاده از بازار اینترنتی با تفاوت تبلیغات اینترنتی می‌تواند متنوع باشد.»^۱

۲-۳. تقویت بزه‌دیده در برابر مجرم سایبری

دادرسی کیفری الکترونیکی می‌تواند سبب تقویت بزه‌دیده جرایم سایبری شود که عامل مهمی برای رویارویی با این جرایم به شمار می‌رود. برای یک بزه‌دیده هیچ امری مهم‌تر از دستگیری عامل تجاوز علیه او نیست و این امر با تجهیزات الکترونیکی بهتر میسر است. به همین نحو تحقیقات درباره تعیین تکلیف نسبت به بزه‌دیده نیز زودتر انجام می‌شود. مشخصاً دوران تحقیقات مقدماتی چه با حضور مرتکب و چه بدون حضور وی مرحله حساسی برای بزه‌دیده خواهد بود تا گام‌های موثری برای احقاق حق خود بردارد. در واقع «تحقیقات مقدماتی، یکی از مراحل دادرسی کیفری است و در معنای

1. Calo, Ryan, Digital Market Manipulation, George Washington Law Review, vol. 82, 2014, p. 1016.

وسیع به مجموعه اقداماتی اطلاق می‌شود که از زمان وقوع جرم آغاز و با کشف جرم، اقدام برای دسترسی به متهم، جمع‌آوری دلایل به نفع یا ضرر متهم، انجام بازجویی، صدور قرار تأمین و اظهارنظر راجع به بزهکاری یا بی‌گناهی متهم خاتمه پیدا می‌کند، لیکن در مفهوم مضیق، تحقیقات مقدماتی محدود به اقدامات قاضی تحقیق و یا ضابطان دادگستری به موجب قانون و یا ارجاع قاضی مزبور به ضابطان، در جمع‌آوری دلایل به نفع یا ضرر متهم در موارد مصرح قانونی، صدور قرار تأمین برای جلوگیری از فرار یا مخفی شدن او یا امحای آثار جرم و نیز اظهارنظر راجع به بزهکاری یا بی‌گناهی او است.^۱ در این مرحله، بزه‌دیده با دسترسی به تجهیزات الکترونیکی و سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی همانند گذشته منفعل نبوده و منتظر اقدام انحصاری ضابطان و مقام قضایی نماند و خود می‌تواند در پیگرد متهم و شناسایی محل اخفا یا اقامت وی یا افشای اطلاعات مرتبط با وی و اطلاع‌دهی سریع به مقام‌های قضایی مؤثر باشد.

طبق تبصره یک ماده ۲۶ آیین‌نامه شیوه اجرای قرارهای نظارت و تأمین قضایی مصوب ۱۳۹۵/۱/۲۲ رئیس قوه قضاییه، نظارت و کنترل الکترونیکی شیوه‌ای است که اجازه می‌دهد حضور و غیاب متهم از راه دور فقط در محدوده مکانی که توسط مرجع صادرکننده قرار تعیین می‌شود، در مدت معین توسط ابزار الکترونیکی که به این منظور ایجاد شده است، مورد کنترل قرار گیرد. طبق تبصره دو، متهم نباید در مدت اجرای نظارت الکترونیکی دستگاه فرستنده را از خود جدا کند.

۳-۳. تقویت سازوکارهای قضایی

دادرسی الکترونیکی جدا از اینکه سبب تسریع در رسیدگی می‌شود، مؤلفه‌های مهمی برای رسیدگی قضایی دقیق و مؤثر در رویارویی با همه جرایم و به طور ویژه جرایم سایبری ایجاد می‌کند که برجسته‌ترین آنها ذیل‌اً مطرح می‌گردد.

۳-۳-۱. ایجاد یکپارچگی قضایی

تجهیزات الکترونیکی بخشی از دنیای مجازی‌اند که به صورت یکپارچه، جهان بزرگ را در نزد کاربران کوچک کرده‌اند. بنابراین طبیعی است که با دادرسی الکترونیکی همه تصمیمات و اقدامات قضایی یکپارچه و هماهنگ گردد. وظیفه یک قاضی خدمت به یک جامعه در محور اجرای عدالت بر اساس قانون است. منصب قضاوت این فرصت را در اختیار آنها قرار می‌دهد و این یک امتیاز است. جامعه تنها

۱. مؤذن‌زادگان، حسنعلی، «تضمینات حقوق دفاعی متهمان و امر بازجویی در مرحله تحقیقات مقدماتی»، مجله حقوق و سیاست، سال دوازدهم، شماره ۲۸، بهار ۱۳۸۹، ص. ۳۰۴.

زمانی نسبت به سلامت و ظرفیت دستگاه قضایی اعتماد حاصل می‌کند که آن جامعه تحت حاکمیت قانون اداره شود و این میسر نیست جز با اجرای صحیح قانون و نظارت مستمر و گسترده بر این اجرا.^۱ یکی از آثار پیوند مثبت دادرسی الکترونیکی دادرسی منصفانه ایجاد یکپارچگی قضایی است. صدور حکم یکسان در مورد پرونده‌های یکسان خود یکی از اصول و استانداردهای دادرسی منصفانه محسوب می‌شود که با کمک تجهیزات رایانه‌ای و فضای سایبر قاضی در حین رسیدگی می‌تواند به تمامی احکام صادره از کلیه دادگاه‌ها در موضوع مورد رسیدگی دست پیدا کند و از آن احکام اطلاع پیدا کند.

۲-۳-۲. افزایش دقت قضایی

تجهیزات الکترونیکی ابزاری برای دقت در کار هستند. در حال حاضر امور مهم و حساس از طریق رایانه اعمال می‌شود که همگی به دلیل دقت رایانه در مقایسه با انسان است. بنابراین در فرآیند قضایی، استفاده از تجهیزات الکترونیکی نه به معنای جایگزین کردن ماشین با انسان که استفاده از ماشین برای کمک به انسان که همان قاضی است، می‌باشد تا دقت و ظرافت در رسیدگی به پرونده‌ها حفظ شود. در واقع اوراق قضایی در پرونده‌ها به صورت ماشینی و در فضای مجازی درج می‌گردد و از اشتباهات فردی که در برخی موارد ممکن بود به تجدید جلسه دادرسی هم بیانجامد، جلوگیری می‌شود. همین طور امکان نظارت آنلاین بر عملکرد قضات و سایر کارکنان شعب، امکان آمارگیری لحظه به لحظه از عملکرد شعب می‌باشد.^۲

۳-۳-۳. دسترسی فراگیر به اطلاعات و اسناد

در فضای مجازی که همه امور بیرونی در قالب اطلاعات در آمده‌اند، پایه و اساس همه چیز «داده» است. از طریق داده‌ها که نماد وقایع بیرونی است، دسترسی فراگیر به اسناد الکترونیکی و اطلاعات مورد نظر برای قاضی فراهم می‌شود. بنابراین «نمی‌توان انتظار داشت که یک قاضی به تمامی قوانین و رویه‌های قضایی موجود و مربوط به هر دعوا اشراف و تسلط کامل داشته باشد ... در عمل، عدم تسلط کافی قضات بر قوانین نه تنها باعث اطاله دادرسی می‌شود، بلکه باعث صدور آراء متفاوت در پرونده‌هایی با موضوع مشابه می‌شود. برای رفع مشکل مذکور اقدامات و پیشنهادهایی از جمله آنچه

۱. شاه حیدری پور، محمدعلی؛ همتی، مجتبی، شرح اصول رفتار قضایی (بنگلور)، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۹، ص. ۴۵.

۲. افشارنیا، طیب؛ مبین، حجت، اطاله دادرسی و توسعه قضایی، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۸، ص. ۱۵۱.

به عنوان مکانیزه کردن یا خودکارسازی فرآیند دادرسی تعبیر می‌شود مطرح شده است، که تمامی مواد مربوط به یک موضوع و عنوان مجرمانه را گردآوری نموده و در حافظه رایانه گنجانده است و با وارد کردن عنوان مربوطه و فشار یک کلید تمامی موارد مربوط به آن عنوان در دسترس دادرس خواهد بود.^۱

۳-۳-۴. تقویت علمی ضابطان دادگستری

در قانون آیین دادرسی کیفری، وظایف عدیده‌ای از آماده‌سازی پرونده کیفری تا اطلاع‌دهی از حقوق مقرر نسبت به اصحاب دعوی برای ضابطان پیش‌بینی شده است که عمده آنها به واسطه تجهیزات الکترونیکی انجام می‌شود و این تجهیزات به واقع فضای رابطه متهم و ضابط را تلطیف و انجام امور مرتبط با ضابطان که عموماً به کندی و با نظمی اندک پیگیری می‌شود را سامان می‌دهد که خود به تضمین بهتر حقوق متهم می‌انجامد. طبق ماده ۱۷ آیین‌نامه اجرایی احراز عنوان ضابط دادگستری مصوب ۱۳۹۴/۷/۱: «مرکز آمار و فناوری اطلاعات قوه قضائیه با هماهنگی دادستان کل کشور و دستگاه‌های مربوط و رعایت ملاحظات حفاظتی و امنیتی، بانک اطلاعات ضابطان دادگستری را به گونه‌ای که مقامات قضایی مرتبط با ضابطان بتوانند به آن دسترسی داشته باشند در سامانه پرونده قضایی (cms) پیش‌بینی و ایجاد می‌نماید.»

بر پایه آیین‌نامه نحوه استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی مصوب ۹۵/۵/۲۴، در اجرای مواد ۱۷۵ و ۱۷۶ قانون آیین دادرسی کیفری، بخشی از وظایف ضابطان با سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی انجام می‌شود. در این مقرره سخا^۲ سامانه‌های الکترونیکی است که بر بستر شبکه قابل دسترسی و استفاده برای طرفین دعوا، نماینده قانونی آنان، دفاتر خدمات قضایی، کارشناسان یا ضابطان قضایی جهت مدیریت و اجرای انواع خدمات قضایی از قبیل طرح شکایت یا دعوا، اعلام جرم، ارسال لوایح، ابلاغ اخطاریه و احضاریه است. ضابطان دادگستری بیشتر اقدامات زمینه‌ساز خود را از این پس با این سامانه انجام می‌دهند.

آگاهی ضابطان به تجهیزات الکترونیکی نه تنها شرط آماده‌سازی پرونده که در رعایت حقوق اشخاص نیز مؤثر است. برای نمونه ضابط می‌تواند با آگاهی از تجهیزات الکترونیکی به ماده ۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ عمل کند.

۱. گلدوست جویباری، رجب؛ اکبری، جهاندار، «عوامل انسانی اطلاع دادرسی در امور کیفری»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۹، بهار و تابستان ۱۳۸۸، ص. ۲۹۱.
۲. سامانه خدمات الکترونیک قضایی

نتیجه‌گیری

تجربه‌گرایی نظام قضایی و به طور ویژه آیین دادرسی کیفری، آن را بیشتر شبیه یک صنعت می‌کند. صنعتی به نام اتخاذ راهکارها و فنون نوین و نیز رویکردهای ظاهری، ملموس و پیشرفته در رسیدگی کیفری. چنین صنعتی در زمان ما با به طور ویژه با فضای سایبر و محیط تبادل اطلاعات پیوند تنگاتنگی یافته است و این پیوند به گونه‌ای است که گاه دادرسی کیفری الکترونیکی را در برابر دادرسی کیفری سنتی مطرح کرده است.

دادرسی کیفری الکترونیکی، رویکرد نوین در نزدیک‌سازی آیین دادرسی کیفری به تحولات اجتماعی و بهره‌گیری از امکانات و تجهیزات است. این شیوه هرچند می‌تواند چالش‌هایی را از جهت رعایت اصول سنتی دادرسی کیفری ایجاد کند، ولی برای اثبات و پیگرد جرایم و نیز تشریفات پیرامون دادرسی در دادگاه تأثیرگذار است. نمود دادرسی کیفری الکترونیکی در رویارویی با جرایم رایانه‌ای نیز غیرقابل انکار است؛ چرا که دادرسی الکترونیکی نسبت به همه جرایم و حتی دعاوی غیر کیفری نیز قابل اعمال است که در این میان، بیشترین سنخیت را با جرایم رایانه‌ای خواهد داشت. دلیل این امر در مشترک بودن بستر جرم و بستر اقدامات شکلی رویارو با جرم است. ولی در کنار دادرسی کیفری الکترونیکی، دادرسی جرایم رایانه‌ای نیز مطرح می‌شود که به طور اختصاصی برای رسیدگی به این دسته از جرایم است.

این طور به نظر می‌رسد که با عنوان «دادرسی الکترونیکی» دیگر نیازی به عنوان «دادرسی جرایم رایانه‌ای» نیست. هرچند می‌توان گفت که میان این دو رابطه عموم و خصوص من وجه برقرار است؛ چنان که در دادرسی الکترونیکی در مفهومی فرآیندمحور، تلاش می‌شود تا فرآیند رسیدگی کیفری نسبت به عموم جرایم با استفاده تجهیزات الکترونیکی و در فضای سایبر انجام شود، ولی در دادرسی جرایم رایانه‌ای در مفهومی پدیده‌محور، از امکانات و فرآیندها برای کشف، اثبات و پیگیری جرایم رایانه‌ای استفاده می‌شود که ممکن است بعضاً با فرآیند کیفری سنتی انجام شود.

در رابطه عموم و خصوص من وجه، دادرسی الکترونیکی و دادرسی جرایم رایانه‌ای، به طور مجزا قابل طرح هستند. ولی از سوی دیگر چون دادرسی جرایم رایانه‌ای، یکی از صورت‌های دادرسی کیفری افتراقی است (در قانون آیین دادرسی کیفری نیز از همین وجه مورد تأکید قرار گرفته است) وجه افتراق، استفاده از رایانه برای رسیدگی به جرم رایانه‌ای است. به سخن دیگر، همچنان که مرتکب با استفاده از رایانه، مرتکب جرم رایانه‌ای شده است؛ با بهره‌گیری از امکانات و ظرفیت‌های محیط

رایانه، به اتهام وی رسیدگی شود. در این صورت دادرسی جرایم رایانه‌ای در بطن دادرسی الکترونیکی قرار می‌گیرد و با آن رابطه عموم و خصوص مطلق برقرار می‌کند. یعنی در جایی که برای اثبات جرایم رایانه‌ای از ادله سنتی استفاده شود. در این صورت مشمول قواعد ادله عام و سنتی است و هنگامی که از ادله دیجیتال و فرایندهای رایانه‌ای استفاده شود، خودبخود دادرسی الکترونیکی مطرح می‌شود.

نهایت اینکه دادرسی کیفری الکترونیکی، در مفهوم عام خود شامل دادرسی جرایم رایانه‌ای نیز می‌شود که با تقویت جنبه‌های مثبت و دیده‌بانی چالش‌های آن، می‌تواند به عنوان یکی از ابزارهای شکلی مؤثر در رویارویی به جرایم رایانه‌ای مطرح شود. به سخن دیگر، رویارویی با جرایم رایانه‌ای از طریق دادرسی کیفری الکترونیکی برخلاف دیگر راهکارهای مقابله‌کننده دیگر، مبتنی بر توازن است و نه تقابل صرف.

منابع

- آشوری، محمد، «مفاهیم عدالت و انصاف از دیدگاه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر»، در: مجموعه حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، زیر نظر محمد آشوری، چاپ اول، نشر گرایش، ۱۳۸۳.
- افشارنیا، طیب؛ مبین، حجت، اطاله دادرسی و توسعه قضایی، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۸.
- حیدری، الهام؛ اصل آزادی دلیل و ارزیابی دلیل در دادرسی کیفری ایران و انگلیس، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، پردیس قم دانشگاه تهران، ۱۳۹۱.
- خالقی، علی، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۳.
- رضوانی، سودابه؛ آقا میرسلیم، مرضیه‌سادات، «کارآمدی خدمات الکترونیکی و فناوری ارتباطات و اطلاعات در حوزه عدالت کیفری»، در: بایسته‌های پژوهش در نظام عدالت کیفری (مقالات برگزیده نخستین همایش ملی پژوهش در نظام عدالت کیفری؛ فرصت‌ها و چالش‌ها)، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲.
- روزنا، جیمز؛ و دیگران، انقلاب اطلاعات، امنیت و فناوری‌های جدید، ترجمه علیرضا طیب، تهران، پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۸۹.
- شاه حیدری پور، محمدعلی؛ همتی، مجتبی، شرح اصول رفتار قضایی (بنگلور)، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۹.
- شاهسوند، مهدی؛ خجسته‌بخت، مجتبی، سیستم مدیریت پرونده قضایی، تهران، انتشارات روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۸.
- طهماسبی، جواد، آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۴.
- عالی‌پور، حسن، جزوه آیین دادرسی کیفری (دادرسی افتراقی)، دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه اصفهان، گروه حقوق، نیمسال نخست سال تحصیلی ۹۳-۱۳۹۲.
- فلچر، جورج. پی، مفاهیم بنیادین حقوق کیفری، ترجمه سیدمهدی سیدزاده ثانی، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۴.
- فیضی، کامران؛ مقدسی، علیرضا، دولت الکترونیک: بازآفرینی دولت در عصر اطلاعات، تهران، انتشارات ترمه، ۱۳۸۴.
- گلدوست جویباری، رجب؛ اکبری، جهاندار، «عوامل انسانی اطاله دادرسی در امور کیفری»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۹، بهار و تابستان ۱۳۸۸.
- ماندل، رابرت، چهره متغیر امنیت ملی، چاپ دوم، ترجمه پژوهشکده مطالعات راهبردی، انتشارات پژوهشکده مطالعات راهبردی، تهران، ۱۳۷۹.

- محمدزاده، مهدی، «کارآمدی دادرسی در نظام عدالت کیفری»، در: بایسته‌های پژوهش در نظام عدالت کیفری (مقالات برگزیده نخستین همایش ملی پژوهش در نظام عدالت کیفری؛ فرصت‌ها و چالش‌ها)، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲.
- محمدیان، سارا؛ محمدرضاپور، بابک، «لزوم تشکیل پرونده شخصیت در فرایند کیفری ایران»، مجله پزشکی قانونی، دوره ۱۹، شماره‌های ۲ و ۳، تابستان و پاییز ۱۳۹۲.
- مؤذن‌زادگان، حسنعلی، «تضمینات حقوق دفاعی متهمان و امر بازجویی در مرحله تحقیقات مقدماتی»، مجله حقوق و سیاست، سال دوازدهم، شماره ۲۸، بهار ۱۳۸۹.
- میرزاپور، سلیمان؛ حیدری، ولی، «بررسی کارآمدی دادرسی الکترونیک و تحقق آن به عنوان یکی از مولفه‌های شهر الکترونیک»، در: بایسته‌های پژوهش در نظام عدالت کیفری (مقالات برگزیده نخستین همایش ملی پژوهش در نظام عدالت کیفری؛ فرصت‌ها و چالش‌ها)، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲.
- ناجی زواره، مرتضی، دادرسی بی‌طرفانه در امور کیفری، تهران، انتشارات موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۹.

- Bennett, Colin, "Securitization and Surveillance: from Privacy Rights to Security Risks", in: *Transparent Lives: Surveillance in Canada*, AU Press, Athabasca University, 2014.
- Calo, Ryan, *Digital Market Manipulation*, *George Washington Law Review*, vol. 82, 2014.
- Crowell, James, "the Electronic Courtroom", *Journal of Science and Technology Law*, Boston University, vol. 10, 1998.
- Fairfield, Joshua; Luna, Erik, "Digital Innocence", *Cornell Law Review*, vol. 99, 2014.
- Hopwood, Shon, "The not so Speedy Trial Act", *Washington Law Review*, vol. 89, 2014.
- Mason, Stephen, *Electronic Disclosure*, 3rd edition, LexisNexis Butterworth, 2012.
- Paterson, Craig, *Understanding the Electronic Monitoring of Offenders*, VDM Verlag Dr. Muller Aktiengesellschaft, Saarbrucken, Germany, 2009.
- Perrin, Bertrand; and others, "Electronic Evidence in Swiss Criminal Procedure", *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, vol. 8, 2011.
- Schellekens, Maurice, "Digital Watermarks as Legal Evidence", *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, vol. 8, 2011.

ویژگی‌ها و راهبردهای کیفرشناسی ریسک‌مدار

رحیم نوبهار*

یزدان صیقل**

چکیده

در دوران معاصر نوعی تحول گفتمانی در کیفرشناسی، با عنوان کیفرشناسی ریسک‌مدار، رخ داده است. این مقاله ویژگی‌ها و راهبردهای این انگاره از کیفرشناسی را به بحث می‌گذارد. با تصویب قوانینی همچون قانون مجازات اسلامی و قانون آیین دادرسی کیفری و متحول شدن کیفرها، این کیفرشناسی به شکلی غیرمستقیم وارد حقوق کیفری ایران نیز شده است. از همین رو شایسته است تا به شکل راهبردی مورد توجه قرار گیرد. کیفرشناسی ریسک‌مدار بر آن است تا با تأکید بر ریسک بزهکاران و نیز از طریق راهبردهای مدیریتی، به دغدغه تأمین امنیت جامعه در مقابل خطر احتمالی بزهکاران بالقوه و نیز احتمال تکرار جرم پاسخ دهد. در حالی که کیفرشناسی سنتی، با تأکید بر جرم ارتكابی و نیز از طریق نگرش‌های بالینی و اصلاح‌مدار نسبت به تعیین پاسخ کیفری اقدام می‌نماید، در کیفرشناسی ریسک‌مدار، به تدریج اصل قطعیت در تعیین جرایم و کیفر آنها، که در کیفرشناسی سنتی بسیار پررنگ بود، کم‌اهمیت می‌گردد. همچنین در این کیفرشناسی، به مدد ابزارهای ارزیابی ریسک، نسبت به مقابله کیفری مبتنی بر طرد، توان‌گیری و به طور کلی کنترل، مدیریت و کاهش ریسک اقدام می‌شود. البته، در این کیفرشناسی، بر عقلانیت در تعیین کیفر، برنامه‌محوری و نیز توجه به اصولی چون اصل احتیاط در جهت مقابله با ریسک نیز تأکید می‌شود.

کلیدواژه‌ها: کیفرشناسی ریسک‌مدار، راهبردهای هدف‌مدار، راهبردهای

برنامه‌مدار، اصل احتیاط، اصل عدم قطعیت.

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول) R-nobahar@sbu.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی Yazdan.seyghal@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۹۴/۱۱/۰۶ تاریخ پذیرش: ۹۵/۰۲/۲۴

امروزه مقابله با هر آنچه ریسک تلقی شود رواج چشمگیری در کیفرشناسی کشورهای مختلف پیدا کرده است. این نگرش در پرتو جهانی شدن علوم جنایی و نیز دغدغه مشترک نظام‌های عدالت کیفری به تدریج وارد نظام‌های عدالت کیفری کشورهای مختلف از جمله ایران نیز شده است. به تعبیر برخی نویسندگان، از برجسته‌ترین رویکردهای مؤثر در کیفرشناسی در اوایل دهه ۱۹۹۰، پیدایش یک سیاست کیفری مبتنی بر ریسک بود. در سایه این رویکرد، گونه‌ای کیفرشناسی نوین با عنوان کیفرشناسی ریسک‌مدار^۱ شکل می‌گیرد که اساس آن محاسبه تخمینی^۲ است.^۳ پیش از رواج گفتمان کیفرشناسی ریسک‌مدار، در رویکرد مسلط و رایج جرم‌شناسی، هر پرونده به طور جداگانه جایگاه ویژه‌ای داشت. تصمیمات ناظر به تعیین مجازات به طور گسترده‌ای مبتنی بر تشخیص کارشناسان در نهادهای تعیین مجازات و آزادی مشروط بود. مراجع صالح کیفری نیز بر اساس همین اطلاعات اقدام به تعیین مجازات می‌نمودند. مجازات‌ها تا حدی می‌بایست هم با ضرورت اصلاح مجرم و هم شدت جرم ارتكابی تناسب داشته باشند. به تدریج، سیمون و فیلی به الگوی جدید نوظهوری دست یافتند که در آن این اصول نادیده گرفته می‌شود. کیفرشناسی نوین ریسک‌مدار به معنای تغییر تأکید از اصلاح بزهکار به سمت طرد وی و با هدف کاهش جرم به وجود آمد.^۴ با ظهور این کیفرشناسی، در تعیین کیفرها دیگر بزهکار محور اصلی نبود؛ بلکه به جای آن، روز به روز نیازهای امنیتی جامعه و حمایت از آن اهمیت پیدا کرد.^۵ به موجب این رویکرد، مجازات‌ها می‌بایست بر مبنای درجه‌بندی ریسک بزهکار تعیین شود. جزئیات هر پرونده خاص تنها تا جایی اهمیت داشت که بزهکار را به یک طبقه یا درجه از ریسک منتسب نماید تا بتوان کیفر متناسب را برای وی تعیین

۱. ریسک معادل همان واژه انگلیسی Risk است. به کار بردن همین واژه به عنوان برابر نهاد پارسی آن اگرچه مغایر با رویکرد لزوم استفاده از واژه‌های فارسی است، به لحاظ نشان دادن معنا و مفهوم، دقیق‌تر از واژه‌های ترجمه‌شده مانند خطر و ضرر است. در صورت تأکید بر استفاده از واژه فارسی می‌توان وضعیت مخاطره‌آمیز را نزدیک‌تر به صواب دانست. در هر حال ما در این مقاله واژه ریسک را برگزیده‌ایم.

2. Actuarial Justice

3. Feeley, M; Simon, J, "Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law", in: Nelken, D (ed.), *The Future of Criminology*, London, Sage Publications, 1994, p. 449.

4. O'Malley, P, *Crime and Risk*, Impact Criminology Series, London, Sage Publications, 2010, p. 34.

۵. برای مطالعه بیشتر، ر.ک. حسینی، سید محمد؛ ساعدی، زهرا؛ صادقی، آزاده، «نگاهی به تحولات مفهومی و کارکردی در کیفرشناسی نوین»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۶، شماره ۷۹، پاییز ۱۳۹۱، صص. ۱۷۸-۱۵۶.

نمود. دیگر مدت مجازات با توجه به شدت جرم یا نیازهای اصلاحی مجرم، آن گونه که توسط قضات و کارشناسان ارزیابی شده است، تعیین نمی‌شود؛ بلکه مدت مجازات یا به طور کلی مدیریت، کنترل و نظارت می‌بایست با میزان ریسک و خطرناکی بزهکار تناسب داشته باشد.^۱

همچنین با تغییر در نوع نگرش حاکم به حبس در کیفرشناسی ریسک‌مدار، اصلاح‌مدار بودن رژیم زندان، دیگر هدف اصلی نبود، بلکه تأکید ویژه حبس بر تقلیل ریسک بزهکاران است. این امر به نوبه خود باعث تبدیل زندان به محل نگهداری افراد مطرود شد. دغدغه امنیت جامعه جای اصلاح مجرم را گرفت و نگرش مدیریت‌مدار اهمیت یافت. در راستای همین نگرش و در قرن بیستم، پدیده حبس‌گرایی مضاعف در کشورهایی چون آمریکا رخ داد و جمعیت فراوانی روانه زندان شدند.^۲ از آنجا که بزهکاران ریسک را به وجود می‌آورند و با توجه به این‌که زندان‌ها آنان را طرد می‌کنند، نگهداری آنها در زندان از میزان ریسک احتمالی آنها در جامعه می‌کاهد. نتیجه اینکه رژیم‌های اصلاحی در زندان به تدریج حذف شد^۳ و در قالب کیفرشناسی مبتنی بر ریسک، شیوه‌های نوین طرد بزهکاران با هدف تقلیل میزان ریسک بزهکاران در جامعه ظهور نمود. رویکرد طردمدار و نظارت‌مدار موجود در قوانین سارا^۴ و مگان^۵ - که ناظر به

۱. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «کیفرشناسی نو - جرم‌شناسی نو: درآمدی بر سیاست جنایی مدیریتی خطرمدار»، در: تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقاله‌ها)، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ نخست، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۸، ص. ۷۲۴.

2. Brown, Michelle, "New Penology", in: Bruinsma, G; Weisburd, D (eds.), Encyclopaedia of Criminology and Criminal Justice, Springer Science Business Media, New York, 2014, p. 3283.

۳. در کنار حبس‌گرایی، کاهش ریسک در جامعه بدون بهره‌مندی از خدمات اصلاحی و تربیتی در زمان حبس به تدریج مدنظر قرار گرفت. قوانین مختلفی از جمله قانون سه‌ضربه (Three strikes) در ایالت کالیفرنیا آمریکا، با هدف خنثی‌سازی حداکثری ریسک تکرارکنندگان جرم به وجود آمد.

۴. در انگلستان، برنامه‌های اطلاع‌رسانی بزهکار جنسی، این بزهکاران را ملزم نموده تا آدرس خود را در اختیار پلیس گذاشته تا بتوانند تحت نظارت پلیس قرار گیرند. واکنش عمومی به مرگ سارا پابن در تابستان ۲۰۰۰ باعث شکل‌گیری تقاضای «قانون سارا»، شبیه به قانون مگان، شد. به موجب این قانون، نه تنها پلیس و دیگر کنش‌گران ذی‌صلاح، بلکه همچنین والدین، حق اظهار نظر در رابطه با امکان ورود یا عدم ورود بزهکار جنسی به منطقه آنها را خواهند داشت. از اواسط دهه ۱۹۸۰ چنین برنامه‌هایی در چندین منطقه انگلستان وجود داشت؛ اما با قانون بزهکاران جنسی ۱۹۹۷ به صورت ملی اجرایی گردید. این قانون به عنوان یک تکلیف قانونی تلقی می‌شود که به موجب آن نه تنها پلیس باید نسبت به ثبت مشخصات این بزهکاران اقدام کند، بلکه در صورت آزادی نیز باید فعالانه، ریسک احتمالی این بزهکاران جنسی را «مدیریت» نماید. نک:

Kemshall, H; Maguire, M, "Community justice, risk management and Multi-Agency Public Protection Panels", Community Justice, vol. 1, 2002.

۵. قانون مگان از نام دختر بچه هفت ساله‌ای به نام مگان کانکا گرفته شده است. مگان توسط یک بزهکار جنسی مشهور مورد تجاوز قرار گرفت و به قتل رسید. والدین او پس از این حادثه بر این نظر بودند که اگر از وجود یک

مدیریت ریسک بزهکاران جنسی و اطلاع‌رسانی وجود آنان به دیگر افراد جامعه است - نمونه‌ای از مقابله با ریسک است.

در شیوه مجازات‌ها نیز تغییراتی رخ داد، به گونه‌ای که به تدریج، جنبه اصلاحی کیفر کمرنگ شد. در این تغییر عموماً ویژگی نظارت و طرد در کیفر مدنظر قرار گرفت. در همین راستا، در حالی که بسیاری از کیفرشناسان این رژیم طردمدار در قبال ریسک را به عنوان آینده کیفرشناسی می‌دانند،^۱ به اعتقاد برخی مخالفان، این کیفرشناسی هنوز جایگاهی ندارد. در این میان، نویسندگانی از جمله سیمون و فیلی، با طرح این کیفرشناسی بر این نظر هستند که هنوز مقاومت قابل‌توجهی در برابر این عدالت تخمینی در حقوق کیفری کشورهایی چون آمریکا وجود دارد. با این حال نظر به تغییرات فراوان کیفرها و جهت‌دهی‌های حاکم بر اعمال پاسخ‌های کیفری، می‌توان نفوذ رویکرد کیفرشناسی ریسک‌مدار را در نظام‌های عدالت کیفری شاهد بود. حتی به نظر می‌رسد که بتوان تمام پاسخ‌های نظارت‌مدار و طردمدار و نیز تدابیر مدیریت‌مدار کیفری را با این کیفرشناسی توجیه نمود.

از همین رو، مقاله حاضر ویژگی‌ها و راهبردهای این انگاره نوپیدا از کیفرشناسی را به طور نظام‌مند تشریح می‌کند. بخش نخست مقاله به تحلیل ویژگی‌های کیفرشناسی ریسک‌مدار می‌پردازد. بخش دوم به تبیین راهبرد هدف‌مدار و بخش سوم نیز ابعاد راهبرد برنامه‌مدار این کیفرشناسی را واکاوی می‌نماید.

۱. ویژگی‌های کیفرشناسی ریسک‌مدار

طرح نظریه جامعه مخاطره‌آمیز^۲ از سوی اولریش بک^۳ منجر به ظهور کیفرشناسی کیفرشناسی نو، با موضوع کلیدی ریسک، در ربع آخر سده بیستم شد. این کیفرشناسی با سه ویژگی از کیفرشناسی سنتی متمایز است: تغییر در گفتمان؛ تغییر در اهداف و راهبردهای کیفری؛ و تغییر در نحوه تعیین کیفر.^۴ این موارد تمایز را می‌توان به عنوان مبنایی در تبیین ویژگی‌های کیفرشناسی ریسک‌مدار مدنظر قرار داد.

بزهکار جنسی در محله خود باخبر بودند، هرگز به مگان اجازه نمی‌دادند که بدون مراقبت و آزادانه از خانه بیرون برود. موضوع قانون مگان بزهکاران جنسی است، یعنی افرادی که رفتارهای وحشیانه‌ای را علیه کودکان انجام داده یا ... به شکار دیگران در نتیجه بیماری روانی می‌پردازند. منطق این طبقه‌بندی، بر شواهد آماری در رابطه با بازگشت به جرم و نه قضاوت‌های بالینی در رابطه با تمایل فردی آنها مبتنی است. نک:

Simon, J, "Managing the Monstrous: Sex Offenders and the New Penology", *Psychology, Public Policy and Law*, 4(1-2), 1998, p. 9.

۱. البته به نظر می‌رسد که ارزیابی‌های تخمینی ریسک‌مدار، با ارائه معیارهای بصری، هم عینی و هم عادلانه‌تر هستند، زیرا آنها دستخوش غرض‌ورزی‌ها و اعمال سلیقه قضات قرار نمی‌گیرند.

2. Risk society

۳. بک، اولریش، جامعه در مخاطره جهانی، ترجمه محمدرضا مهدی، تهران، انتشارات کویر، ۱۳۸۸، ص. ۱۳.

4. Kemshall, H, *Understanding Risk in Criminal Justice*, Open University Press, 2003, p. 65.

۱-۱. هدف‌گذاری امنیت‌مدار

در گفتمان کیفرشناسی ریسک‌مدار، امنیت یک دغدغه جدی است؛ به گونه‌ای که با مقایسه این کیفرشناسی با کیفرشناسی سنتی، تغییر بنیادین گفتمان امنیت‌مدار به جای تأکید اخلاق‌گرا را می‌توان بدیهی یافت؛^۱ راهبردها بر اعضای گروه‌های مشخص و نه بر افراد تمرکز نموده‌اند. روش‌های آماری، جغرافیایی و الکترونیکی (ارزیابی ریسک مبتنی بر آمار، مکان‌یابی جرم^۲ و شناسایی الگوهای جرم و تأکید بر مکان‌های خاص و ناامن، استفاده از دوربین‌های مداربسته و طیف وسیعی از ابزارهای امنیت الکترونیک و ردیابی حرکت افراد از طریق پایگاه‌های داده‌های کامپیوتری شده) جایگزین مددکاری اجتماعی و روان‌شناسی‌های فردی هریک از بزهکاران گردیده‌اند.^۳

اهمیت یافتن امنیت^۴ در قالب جامعه مخاطره‌آمیز را می‌توان در شکل‌گیری جرم‌شناسی امنیت‌گرا مؤثر دانست. در این رهیافت، سعی می‌شود با استفاده از راهبرد افتراقی منطبق با ریسک بزهکاران، بزهکاران مزمن با سازوکارهای کیفری و افراد خطرناک با سازوکارهای پیشگیری وضعی از جامعه طرد شوند. اما جرم‌شناسی امنیتی،^۵ لزوماً جرم‌شناسی ریسک‌مدار نیست، بلکه بُعد مهمی از آن است.

۱. ریگاکس، جورج اس، «جامعه خطر و جرم‌شناسی سنجشی: جنبه‌هایی برای یک گفتمان انتقادی»، ترجمه افشین عبداللهی، فصلنامه مطالعات بین‌المللی پلیس، سال چهارم، شماره ۱۳، بهار ۱۳۹۲.

2. Crime Mapping

3. Ibid, p. 82.

۴. امنیت واژه بسیار پیچیده‌ای است و وجود ابعاد مختلف در آن به ابهام آن دامن زده است (برای مطالعه بیشتر در رابطه با مفهوم و ابعاد مختلف امنیت، رک عالی‌پور، حسن، جرایم ضد امنیت ملی، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۹، صص. ۴۵-۱۸). به همین دلیل دخالت امنیت‌گرایی در کیفرشناسی ریسک‌مدار، به معنای دخالت دادن دامنه‌ای گسترده از ابهامات به این کیفرشناسی خواهد بود. در عین حال این هشدار کیفرشناسی ریسک‌مدار قابل توجه است که نباید در قالب امنیت‌گرایی، به سمت سخت‌گیری مضاعف در راهبردهای کلان و نیز کیفرهای برخاسته از این نوع کیفرشناسی حرکت نمود.

۵. مهدوی‌پور، اعظم؛ شهرانی کرانی، نجمه، «امنیتی شدن جرم‌شناسی: راهبردها و آثار آن بر حقوق کیفری»، دوفصلنامه پژوهشنامه حقوق کیفری گیلان، دوره پنجم، شماره ۱، تابستان، ۱۳۹۳، ص. ۱۵۹.

در واقع، مفهوم جرم‌شناسی امنیتی در برابر جرم‌شناسی هنجارمند قرار می‌گیرد. جرم‌شناسی هنجارمند، یعنی عبور دادن راهکارها و یافته‌های جرم‌شناسی از سنجح حقوق بشر، برای وارد کردن آنها در حقوق کیفری. جرم‌شناسی امنیتی، علم پلیسی یا علم استراتژیک (راهبردی) یا جرم‌شناسی خطر، ریسک یا به عبارتی «جرم‌شناسی قانون و نظم»، یک گروه از مجرمان یا جرایم را، به این اعتبار که دشمن جامعه و خطرناک می‌داند، برجسته و مشمول مقررات کیفری و رویکرد خاصی در جرم‌شناسی می‌کند. به نظر می‌رسد که تقابل دو جرم‌شناسی هنجارمند و امنیتی، به نوعی حکایت از تقابل بین دو حق یعنی حق فرد و جامعه بر امنیت در مقابل مجرمان و حق فرد بر داشتن تأمین در مقابل عوامل و نهادهای پلیسی-قضایی دارد (نجفی ابرندآبادی، علی حسین، تقریرات درس جرم‌شناسی (از جرم‌شناسی انتقادی تا جرم‌شناسی امنیتی)، دوره دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، نیم‌سال دوم سال تحصیلی ۱۳۹۲-۱۳۹۱، ص. ۲۲).

توضیح آنکه در هر دو بُعد از این دو، هدف‌گذاری امنیت بسیار مهم است. ولی در رویکرد ریسک‌مدار یکی تأکید بر ریسک بزهکار و دیگری سنجش آن است که محور تدابیر کیفرشناختی است،^۱ اما در جرم‌شناسی امنیت‌مدار میزان خطرناکی رفتار بزهکار آن هم با توجه به نوع جرم و نوع شخصیت مجرمانه بزهکار و بدون توجه به سنجش ریسک ملاک است.

در راستای اهمیت امنیت‌گرایی در کیفرشناسی ریسک‌مدار، توازن سنتی ریسک که ناظر به حمایت از بزهکار در مقابل تحمیل مجازات نامتناسب بود، به سمت حمایت از بزه‌دیدگان در مقابل بزهکاران واقعی و حتی بزهکاران بالقوه تغییر یافت.^۲ پس امنیت‌گرایی کیفرشناسی ریسک‌مدار خود به گونه‌ای از ریسک دامن می‌زند و آن ریسک تحمل کیفر نامناسب است؛ خواه شخص، جرم را مرتکب شده باشد یا صرفاً احتمال بزهکار شدن او وجود داشته باشد. بنابراین کفه ترازوی عدالت در این نوع کیفرشناسی به نفع بزه‌دیدگان سنگینی خواهد نمود.

همچنین در پرتو ایجاد این فضا، حاکمیت یافتن گفتمان دشمن‌انگاری متهمان و مجرمان آثار فراوانی بر سیاست کیفری کشورهای مختلف دارد. به گونه‌ای که در این رویکرد، بسیاری از مقررات حقوق کیفری با تأثیرپذیری از اندیشه‌های جرم‌شناسی‌های نوین، مبتنی بر حاکمیت امنیت شد.^۳

۲-۱. عدم قطعیت در قانون‌گذاری کیفری

قطعیت قانونی به معنای این است که شهروندان بدانند چه نوع رفتاری دقیقاً جرم است و ارتکاب آن، سبب تعقیب کیفری خواهد شد.^۴ در جامعه مخاطره‌آمیز، چنانچه قانون‌گذار بخواهد مقوله ریسک را در راستای تأمین امنیت و بهبود رفاه شهروندان مدنظر قرار دهد، با مسائل پیچیده بسیاری در تعیین پاسخ‌های کیفری روبرو خواهد بود. در واقع از یک سو تمایل به نگارش موسع و مبهم قانون وجود دارد که به نوبه خود

۱. کیفرشناسی نو، ویژگی‌های مهم کنترل جرم مدرنیته متأخر را مشخص تر می‌سازد، اما لزوماً معیاری برای پیش‌بینی دقیق ریسک ارائه نمی‌کند. همچنین روش برخاسته از رویکرد جامعه‌شناختی جامعه مخاطره‌آمیز و رویکرد کیفرشناسی نو می‌تواند متضمن غلبه ارزیابی ریسک در عدالت کیفری و اقدامات مربوط به اجتناب از ریسک در زندگی فردی و دسته‌جمعی روزمره انسان‌ها باشد، اما نمی‌تواند به گونه‌ای شفاف تغییری که از عدالت به سوی انتقام و از فرآیند دادرسی به کنترل جرم غیررسمی رخ داده است را تبیین نماید.

2. Walker, N, *Dangerous People*, London, Blackstone Press, 1996, p. 36.

۳. آقابابایی، حسین، امنیت، «آزادی شخصی و مدیریت خطر جرایم امنیتی»، ضمیمه فصلنامه تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، یادنامه شادروان دکتر رضا نوربها، شماره ۵۶، ۱۳۹۰، ص. ۷۳.

۴. بکاربا، سزار، رساله جرایم و مجازات‌ها، ترجمه محمدعلی اردبیلی، چاپ هشتم، نشر میزان، ۱۳۹۵، صص. ۴۵-۲۳.

امکان تفسیر آزادانه و شمول حداکثری وضعیت‌های ریسک‌مدار را فراهم می‌سازد؛ امری که با اصل حداقلی بودن حقوق جزا مغایر است.^۱ از سوی دیگر، عدم گستردگی متون قانونی احتمال عدم شمول وضعیت‌های ریسک‌زا و فرار عوامل آنها از شمول پاسخ کیفری را فراهم می‌سازد. بنابراین هیچ گونه قطعیتی پیرامون بهترین شیوه به‌کارگیری راهبردهای مداخله کیفری وجود ندارد، زیرا رفتارهای انسان به گونه‌ای است که این کیفرشناسی را با افراد محاسبه‌گر و نیز بزهکاران اتفاقی روبرو خواهد ساخت. نتیجه عدم قطعیت، قوت گرفتن محافظه‌کاری در غالب تصمیم‌گیری‌هاست، تا از طریق آن نه تنها یک سیاست‌گذاری جنایی کارآمد رقم زده شود، بلکه عملکرد کنش‌گران اجرایی و قضایی در مقابله با ریسک نیز توانمند ظاهر شود.^۲

۱-۳. اهتمام به مقوله ارزیابی

در کیفرشناسی ریسک‌مدار، سیاست‌گذار جنایی و یا کنش‌گران اجرایی - قضایی در مقام پیش‌بینی و یا اعمال نهادهای حقوق کیفری مانند تعلیق مجازات و آزادی مشروط از ابزارهای ارزیابی ریسک استفاده می‌نمایند؛ چندان که ارزیابی بنیاد این تصمیمات است. در این کیفرشناسی، «حقیقت» عبارت است از یک ارزیابی بر مبنای تشخیص درست عوامل ریسک. اینکه لزوماً یک فرد موضوع ارزیابی واقعاً مرتکب تکرار جرم خواهد شد یا نه، اهمیتی ندارد. اگر افراد عوامل ریسک را دارا باشند، ریسک مورد نظر به صورتی صحیح شناسایی می‌شود و دیگر نیازی به تأیید دیگران نیست. در پی این ارزیابی، تنها چیزی که اهمیت دارد این است که ریسک در پرتو عوامل ریسک شناسایی شود. بزهکاران نیز باید آن دسته از فعالیت‌هایی که متخصصان مسئول در راستای سیاست پیشگیرانه تعیین کرده‌اند^۳ را انجام دهند.^۴ توضیح آنکه کیفرهای مورد

۱. غلامی، حسین، «اصل حداقل بودن حقوق جزا»، پژوهش حقوق کیفری، فصلنامه دانشگاه علامه طباطبایی، سال اول، شماره ۲، زمستان، ۱۳۹۱، صص. ۴۳-۴۶.

2. O'Malley, P, Risk, Uncertainty and Government, London, The Glass House Press, 2004, p. 67.

3. Ashworth, Andrew; Zedner, Lucia, Preventive Justice, Oxford University press, 2014, p. 4.

4. Castel, R, "From Dangerousness to Risk", in: Burchell, G; Gordon, C; Miller, P (eds), The Foucault Effect: Studies in Governmentality, Hemel Hempstead, Harvester Wheatsheaf, 1991, p. 285.

حامیان این ابزارهای جدید ریسک می‌کوشند تا بر مشکلات مدل‌های آماری اولیه در رابطه با مثبت‌های اشتباه و استفاده از مشخصات جمعیتی برای ایجاد پیش‌بینی در رابطه با افراد غلبه کنند. این روش‌ها تا حوزه‌های که هنوز هم در برگیرنده عواملی همانند اشتغال، استفاده از مواد مخدر، سطوح آموزشی و ثبت‌های جنایی اعضای خانواده بوده، به نحوی به استفاده از ارزیابی‌های آماری ادامه داده است که گویی اینها ارزیابی‌های بالینی

نظر در این کیفرشناسی، با توسل به ابزارهای ارزیابی متعدد و با رویکرد کلی پیشگیرانه بر شخص اعمال می‌شود. به عنوان مثال، می‌توان برخی از دستورات حین قرار نظارت قضایی و دستورهای ضمن تعلیق تعقیب و ضمن تعویق صدور حکم را در راستای کیفرشناسی ریسک‌مدار توجیه نمود. برای نمونه به موجب ماده ۲۴۷ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، از جمله دستورات حین نظارت قضایی، ممنوعیت از حمل سلاح دارای مجوز، منع رانندگی با وسایل نقلیه موتوری، منع اشتغال به فعالیت‌های مرتبط با جرم ارتكابی است. این دستورها به علت وجود ارتباط با جرمی که رخ داده است، با هدف کاهش تکرار جرم نسبت به متهم اعمال می‌گردند، اما اعمال این ممنوعیت‌ها آن هم بدون توسل به ابزارهای ارزیابی بلاوجه خواهد بود.

همچنین نهادهایی مانند آزادی مشروط، آزادی پیش از موعد، حبس در زندان‌های باز یا بسته و حبس ابد همگی ابزارهایی برای مقابله با ریسک هستند که خود بر اساس ابزارهای سنجش ریسک نسبت به بزهکاران واقعی تعیین و اعمال می‌شوند. این ارزیابی ریسک برای بزهکاران واقعی عموماً بر یک مبنای فردی، توسط مدیران زندان، هیئت تصمیم‌گیری درباره عفو و آزادی مشروط در حوزه‌های قضایی دیگر صورت می‌گیرد. راهکارهای اخیر قانون‌گذاری و سیاست‌گذاری به سوی ارزیابی‌های ریسک برای متخلفان واقعی نشانه رفته است. این موضوع را جاناتان سیمون در رابطه با قانون‌گذاری ناظر به رفتارهای خشونت‌آمیز و تخلفات جنسی در دهه ۱۹۹۰ در ایالات متحده آمریکا مطرح کرده است. جلوه‌های این رویکرد را می‌توان در قوانینی از جمله قانون متجاوزان خشونت‌آمیز جنسی کانزاس، قانون مِگان و قانون ناظر به تخلفات جنسی نیوجرسی در سال ۱۹۹۴ مشاهده کرد.^۱

در حقوق ایران، اهمیت ارزیابی ریسک همچنین در مرحله اجرای احکام و عملکرد شورای طبقه‌بندی زندانیان در نهادهایی مانند آزادی مشروط، عفو، اعطای مرخصی^۲ به زندانیان دارای جایگاه است و می‌تواند به نظام‌مندتر شدن رویه شورای طبقه‌بندی کمک شایانی نماید. به عنوان مثال ورود ابزار ارزیابی به عملکرد شورای طبقه‌بندی بر اساس ماده ۸ آیین‌نامه سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور مصوب ۱۳۸۴/۹/۲۰ بسیار راهگشا خواهد بود. زیرا به موجب این ماده «کلیه محکومان

← می‌باشند. این به معنای آن است که از توصیف‌های ویژگی‌های جمعیتی متخلفان برای پیش‌بینی احتمال تخلف دوباره متخلفان فردی استفاده می‌شود.

1. O'Malley, P, Crime and Risk, Op. cit, p. 53.

۲. شرایط اعطای مرخصی به زندانیان که در ماده ۲۱۴ آمده است را می‌توان نوعی توجه به ارزیابی ریسک تفسیر و تعبیر نمود. این دیدگاه به ویژه با نظر به امتیازبندی ۲۹گانه مقرر در این ماده تأیید می‌شود.

با توجه به نوع و میزان محکومیت، پیشینه کیفری، شخصیت، اخلاق و رفتار بر اساس تصمیم شورای طبقه‌بندی، حسب مورد در زندان‌های بسته یا مراکز حرفه آموزش و اشتغال نگهداری می‌شوند، مگر آنکه مقام قضایی صادرکننده حکم در رای صادره محل خاصی را برای نگهداری محکوم تعیین نموده باشد».

توجه به ارزیابی‌های آماری تا اندازه‌ای است که در حقوق کیفری انگلستان به هر بزهکار باید یک نمره کامپیوتری داده شود. این نمره با ارائه سوابق قضایی محکوم نشان می‌دهد که این بزهکار چقدر برای مردم جامعه خطرناک است^۱ و میزان احتمال تکرار جرم از سوی وی چه میزان است. در این سیستم، نمره یک بزهکار بر مبنای عواملی مانند بیکاری، سواد، شرایط خانوادگی، سبک زندگی، تاریخ زندگی، روابط اجتماعی و پیش‌زمینه آموزشی، تعیین می‌شود. بر این اساس، راهبردهای جدید مربوط به ارزیابی ریسک لزوماً مبتنی بر سنجش‌های بالینی نیستند؛ بلکه برآوردهایی آماری هستند که با بررسی ویژگی‌های بزهکار تعیین می‌کنند که آیا احتمال تکرار جرم در آن شخص وجود دارد یا خیر. در این ارزیابی معیارهای مرتبط با ریسک می‌تواند شخصی و اجتماعی باشد و از مؤلفه‌های متعددی چون نوع جرم ارتكابی نشأت بگیرد.^۲

۴-۱. تأکید بر رویکرد سخت‌گیرانه

با تضعیف نظری عدم اصلاح بزهکاران دارای ریسک، کیفرشناسی ریسک‌مدار، نقشی محوری اما متفاوت در سیاست جنایی معاصر ایفا می‌کند. گارلند مشخصه این کیفرشناسی را «حاکمیت سزاگرایی» یا به تعبیر دقیق‌تر سخت‌گیرانه شدن می‌داند. این رویکرد نسبت به برخی مجرمان خاص مانند بزهکاران خشن و بزهکاران جنسی اعمال می‌گردد، در حالی که به اعتقاد برخی میزان بازپروری این افراد در مقایسه با دیگر بزهکاران خرد بیشتر و میزان تکرار جرم از سوی آنان بسیار کمتر است. به هرحال، دیدگاه سزاگرایی بر تدابیر مقابله با ریسک مبتنی است و می‌توان آن را ناشی از اهمیت دادن و تأکید بر رویکرد منفی اشتباه و مثبت اشتباه دانست. منفی اشتباه^۳، یعنی شخصی با اینکه پیش‌بینی‌ها حاکی از عدم تکرار جرم توسط وی است، مرتکب تکرار جرم شود. مثبت اشتباه^۴ یعنی پیش‌بینی‌ها حاکی از احتمال تکرار جرم است، ولی تکرار واقع نشود. بنابراین، اتخاذ تدابیر مبتنی بر ریسک در قالب دوگانه بودن قابل

۱. رضوانی، سودابه، مفهوم خطرناکی در علوم جنایی، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۹۶، صص. ۱۸۴-۱۸۱.

2. O'Malley, P, Crime and Risk, Op. cit, p. 54.

3. Incorrect negative

4. Incorrect positive

شناسایی است و نتیجه آن سرکوب ریسک است. در حالی که بزه‌دیدگان بالقوه در پی حمایت در برابر منفی‌های اشتباه هستند، بزهکاران بالقوه موضوع پاسخ‌های برخاسته از یک مثبت اشتباه قرار می‌گیرند.^۱

عامل دیگری که به بیان گارلند در سزاگرایی مبتنی بر ریسک مؤثر است، عوام‌گرایی کیفری است. مقابله با مجرمان جنسی عرصه‌ای است که در آن می‌توان همزیستی کیفرشناسی نوین مبتنی بر ریسک و رویکرد سزادهی عوام‌گرا را به سادگی تشخیص داد. در راهبردهای انطباقی امنیت جامعه از یک سو و در کیفردهی سزادهنده از سوی دیگر، راهبردهای حاکمیتی و به شدت سیاسی‌کاری شده به شکلی عوام‌گرا ظاهر می‌شود. در کنار عوام‌گرایی از نظر گارلند نهادینه‌سازی «هوشیاری جمعی از جرم» یا آنچه که وی «مجموعه جرم مدرنیته متأخر» می‌نامد،^۲ به رویکرد سزاگرایی جمعی و مردمی نیز منتهی می‌شود. هوشیاری مدام از احتمال جرم و تصور مدام بزه‌دیدگی و ضرورت دائمی مراقبت از خود در برابر ریسک جرم، شهروندانی را به وجود می‌آورد که نه تنها از لحاظ الگویی با واقعیت روزمره ریسک‌های جرم منطبق می‌باشند، بلکه نسبت به نیازهای مجرمان نیز بی‌تفاوت هستند. حس همدردی و دلسوزی جای خود را به محکومیت و سرزنش می‌دهد و به دنبال آن اجتماعی شدن و بازگشت به جامعه امری غیرواقعی و به لحاظ اخلاقی نامطلوب تصور می‌شود.^۳ در مواجهه با هزینه‌های اقتصادی و عاطفی، ترس و خشم، تمایزات میان جرم خفیف و جرم خشن کمرنگ می‌شود و تمامی جرایم، غیرقابل تحمل تلقی می‌گردند. این گرایش گسترده به کنترل جرم در قالب ریسک را می‌توان به عنوان واکنشی گسترده به پدیده تکثرگرایی و گوناگونی در جامعه مدرن شناخت.^۴

۲. راهبرد هدف‌مدار در کیفرشناسی ریسک‌مدار

راهبرد از نظر اصطلاحی به معنای رهنمودهای مؤثر در زمینه تصمیم‌گیری و عملکرد بلندمدت یک نهاد است. بدین‌سان راهبرد عبارت است از برنامه‌ای جامع و

۱. برای مطالعه بیشتر درباره مبنای آموزش اخلاقی در مجازات و نیز توجیه مجازات، ر.ک. گارلند، دیوید، مجازات و جامعه مدرن، ترجمه نبی‌الله غلامی، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۹۵، صص. ۶۳ و ۲۴۵.

2. Garland, D, *The Culture of Crime Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, Oxford University Press. 2001, p. 89.

3. Garland, D, "The Culture of High Crime Societies", *British Journal of Criminology*, vol. 40, 2000, p. 368.

4. Rose, N, "Government and Control", *British Journal of Criminology*, vol. 40, 2000, p. 67.

همه‌جانبه که چگونگی دستیابی یک سازمان و نهاد مانند نظام عدالت کیفری به هدف‌ها و مأموریت‌های خاص خود در آینده را روشن می‌سازد. مطالعات راهبردی امروزه در علوم مختلف از جمله عدالت کیفری وارد شده است. مطالعات راهبردی در حوزه حقوق و عدالت کیفری در زمینه مدیریت راهبردی قرار می‌گیرد. مدیریت راهبردی کیفری شامل آن دسته از تدبیرها و اقدام‌هایی هست که از طریق شناسایی وضعیت موجود و ترسیم چشم‌اندازهای مطلوب به دنبال تدوین برنامه راهبردی، اجرای دقیق آن و نظارت و سنجش عملکرد می‌باشد.^۱ به دنبال مشکلات موجود در نظام عدالت کیفری، تفکر راهبردی مورد توجه قرار گرفته است و تصمیم‌گیرندگان سیاست‌جنبایی در کشورهای مختلف با این تفکر در پی جبران ناکارآمدی موجود در نظام کیفری خود برآمده‌اند.

بنابراین، همان‌گونه که بیان شد عنوان کلی کیفرشناسی نوین نمی‌تواند گویای لزوم تمایز میان کارکردهای محاسبه ریسک از راهبردهای کنترل ریسک باشد. این در حالی است که این دو مقوله در عمل و آن‌گونه که غالب سیاست‌گذاران جنایی و نیز مردم مفهوم‌سازی کرده‌اند به شکل تنگاتنگی همراه یکدیگرند، اما باید در نظر داشت که اینها مقوله‌هایی کاملاً متمایزند. بر همین اساس، اولاً در مقابله با ریسک تنها هدف مورد نظر، کنترل ریسک نیست؛ بلکه اهداف دیگری نیز وجود دارد. ثانیاً سنجش ریسک که دارای دو جنبه عام و خاص است بایستی در عمل و به منظور تحقق اهداف مختلف مقابله با ریسک مورد توجه قرار گیرد. مقابله با ریسک یک هدف بنیادین و ادامه‌دار عدالت کیفری است. تمام رویکردهای جرم‌انگاری و کیفرگذاری به منظور کاهش احتمال وقوع جرم و کاهش ریسک جرم مورد حمایت قرار گرفته‌اند. عدالت کیفری در رابطه با مقابله با ریسک، تزلزل‌ها و سوءفهم‌های فراوانی را شاهد بوده است. بر همین اساس، برای شناخت راهبردهای مقابله با ریسک در کیفرشناسی ریسک‌مدار، بایستی در نظر داشت که اگرچه اصطلاح کنترل ریسک بسیار متداول و مورد استفاده است، کنترل‌گرایی تنها یکی از راهبردها و به تعبیر دیگر اهدافی است که در این کیفرشناسی اهمیت دارد. به همین منظور محاسبه ریسک در این کیفرشناسی با سه هدف راهبردی صورت می‌گیرد: کنترل ریسک، مدیریت ریسک و کاهش ریسک. اینکه در هر نظام عدالت کیفری کدام رویکرد اتخاذ می‌شود و کدام راهبرد مدنظر است به نوع نظام و تلاش آن نظام در جهت مقابله با ریسک بستگی دارد.

۲-۱. کنترل ریسک

این راهبرد تلاش می‌کند تا با اعمال کنترل‌های بیرونی بر ریسک، از عدم وقوع دوباره یک جرم جدید اطمینان پیدا شود. این شیوه‌ها توسط رابطه میان یک عامل

۱. رضوانی، حمیدرضا، برنامه‌ریزی استراتژیک راهبردی، چاپ اول، مؤسسه کتاب مهربان، ۱۳۸۹، ص. ۵۴.

بیرونی و هدف کنترل تعریف می‌شوند، که با استفاده از شیوه‌های جنایی در تلاش است تا انتخاب‌های بعدی را حذف کند. شیوه‌های کنترل جرم، هدف ناتوان‌سازی دارند که نوعاً به دو شکل می‌باشند: محدود نمودن جابجایی از قبیل حبس یا نظارت الکترونیکی و سازوکارهای مبتنی بر مواد روان‌گردان از قبیل داروهای کنترل رفتار. چون این شیوه‌های راهبرد کنترل ریسک، متضمن محدودیت‌های اجباری و تحمیلی بر انتخاب‌های مجرمان است، طرح چالش‌های اخلاقی - نظری و محدودیت‌های عملی فراوان را از لحاظ ابزار کنترل در پی دارند. به منظور پیاده‌سازی راهبردهای کنترل جرم باید بر وضعیت‌های ریسک در زندگی بزهکار تسلط داشت، به گونه‌ای که با شناخت آنها، پاسخی را تعیین نمود که بزهکار توان ارتکاب جرم را پیدا نکند.

بنابراین هدف اصلی کنترل ریسک، محدودسازی، مهار و کاهش احتمال وقوع ریسک است نه ایجاد تغییر؛ زیرا از منظر این هدف، جرایم غالباً افعال مثبت نادرستی هستند که به دلیل عدم وجود کنترل لازم بر آنها ارتکاب یافته‌اند. این راهبرد در پی اعمال کنترل‌هایی بر عامل ریسک به منظور پیشگیری از تکرار جرم است.^۱ بنابراین، به دلیل تأکید این رویکرد بر محدودسازی بزهکار به جای اصلاح وی، در ایالات متحده آمریکا، حتی وجود شواهدی هرچند اندک از ریسک، واکنش شدیدی را در پی خواهد داشت. در این راستا می‌توان به قانون «سه ضربه»^۲ که در کالیفرنیا و دیگر ایالت‌ها اجرا می‌شود، اشاره نمود. به موجب این قانون، احکامی با حداکثر حبس ابد در پی محکومیت سوم صادر می‌شود. بدین معنی که هرگونه احتمالی از رفتار مجرمانه در مرتبه چهارم به حبس ابد، بدون هر گونه احتمال برخورداری از عفو، منتهی می‌گردد.^۳

در حقوق کیفری ایران هم قوانین سه‌ضربه به شکلی مشابه، در جرایم مستوجب حد و نیز جرایم مقرر در اصلاحیه قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و روانگردان ۱۳۸۹ وجود دارد. به موجب ماده ۱۳۶ ق.م.ا، ارتکاب جرم حدی برای بار چهارم موجب مجازات اعدام می‌شود.^۴ در رابطه با جرایم مرتبط با مواد مخدر و روان‌گردان نیز

1. Clear, T; Cadora, E, "Risk and Correctional Practice", in: Stenson, K; Sullivan, R (eds.), *Crime, Risk and Justice*, Cullompton, Willan Publishing, 2001, p. 57.

2. Three strikes sentencing law

این قانون ابتدا در سال ۱۹۹۴ در ایالت کالیفرنیا به تصویب رسید. به موجب آن حداقل مجازات در مرتبه سوم ۲۵ سال حبس و حداکثر آن تا حبس ابد است. برابر آخرین اصلاحیه این قانون در سال ۲۰۱۲ نوع جرم ارتكابی برای اعمال مجازات شدید سوم، بایستی یا شدید توصیف شود، یا یک رفتار خشونت‌آمیز باشد.

3. Ibid, p. 58.

در انگلستان و ولز همانند ایالات متحده، قوانین ناظر به بزهکاران جنسی و کمپین‌های مردمی و همچنین قانون اختلال شخصیتی جدی، نشان‌دهنده عدم مدارا در رابطه با ریسک می‌باشد. به موجب این قانون، وجود اختلال شخصیتی جدی و انصاف به «درمان‌ناپذیری» می‌تواند باعث حبس برای تمام عمر حتی بدون ارتکاب یک جرم گردد.

۴. هر چند گاه درباره این که دلایل فقهی استواری بر این مطلب گواهی دهند، تردید و تشکیک‌های جدی هم مطرح شده است: نوبهار، رحیم، «بازخوانی مستندات فقهی حکم اعدام برای تکرار جرایم حدی»، پژوهش‌های حقوق کیفری، سال دوم، شماره ۵، زمستان ۱۳۹۲، ص. ۹.

قانون‌گذار گاه بار سوم (مانند بند ۴ ماده ۵) و گاه بار چهارم را مشمول مجازات اعدام دانسته است.

در حقوق ایران توجه به حالت خطرناک در طرد بزهکار و یا محدودسازی و کنترل وی خود دارای نمونه‌هایی است. در ماده ۱۵۰ ق.م.ا جنون شخص و حالت خطرناک باعث سلب آزادی وی می‌گردد. به تعبیری، این سلب آزادی پیشگیری‌محور است و در مقام تأمین امنیت جامعه^۱ همچنین گاه می‌توان رویکرد کنترل ریسک را با تدابیر اصلاح‌مدار مقارن دید. به عنوان مثال در مجازات نفی بلد شخص محارب، به موجب ماده ۲۸۴ ق.م.ا، تبعید تا زمانی ادامه می‌یابد که وی از جرم خود توبه نماید. بنابراین طرد در کنار تأکید بر اصلاح، نوعی رویکرد دوگانه برای مجازات مرتکب است. همچنین در جرم محاربه، اختیار تعیین مجازات به قاضی موکول شده است. بر همین اساس شدت مجازات را شدت جرم ارتكابی محارب تعیین می‌نماید. در جرم سرقت مستوجب حد نیز تبصره ۲ ماده ۲۷۸ حبس ابد را با تدابیر اصلاح‌مدار همراه نموده است و چنانچه شخص توبه نماید می‌توان او را عفو یا مجازات او را تبدیل نمود.

به طور کلی در حال حاضر راهبرد غالب حقوق کیفری ایران راهبرد طرد، خنثی‌سازی و نظارت شدید است که در قالب کنترل ریسک قرار می‌گیرد؛ اما لزوماً با همین عنوان از این رویکرد و راهبرد یاد نمی‌شود. جلوه‌های این گونه طرد و خنثی‌سازی را می‌توان در جنبه امنیتی دادن به جرایم^۲ اعمال مجازات‌های شدید از جمله اعدام - در اصلاحیه قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و روان‌گردان - و نیز حکومت نگرش دشمن‌مداری^۳ در مقابله با بسیاری از بزهکاران از جمله بزهکاران مواد مخدر مشاهده نمود.

۱. نجفی ابرندآبادی، علی حسین؛ رضوانی، سودابه، «سلب آزادی پیشگیری‌محور با تأکید بر ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، دوره چهارم، شماره ۱۲، پاییز ۱۳۹۴، صص. ۱۸-۱۳.
 ۲. منظور از امنیتی شدن در اینجا مطلق آن است و به طور کلی در معنای غیرقابل بخشش بودن جرایم است که گاه در جرایم حدی برجسته‌تر است. به عنوان مثال در ماده ۹ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و روان‌گردان چنین به رفتار مجرمانه شخص وجه حدی بخشیده شده است: «مجازات‌های مرتکبین جرایم مذکور در بندهای ۱ تا ۵ ماده ۸ برای بار دوم یک برابر و نیم مجازات مذکور در هر بند و برای بار سوم دو برابر میزان مقرر در هر بند خواهد بود. مجازات شلاق برای بار دوم به بعد، حداکثر هفتاد و چهار ضربه می‌باشد. چنانچه در مرتبه چهارم مجموع مواد مخدر در اثر تکرار به سی گرم برسد مرتکب در حکم مفسد فی الارض است و به مجازات اعدام محکوم می‌شود.»

۳. عموماً در حقوق کیفری ایران سیاست‌های مبتنی بر طرد و توان‌گیری و خنثی‌سازی بزهکاران از منظر نگرش دشمن‌مداری توجیه می‌گردد و به همین دلیل پاسخ‌های بسیار شدیدی را به دنبال خواهد داشت. این در حالی است که حقوق کیفری دشمنان از اساس تحقیرآمیز نیست، بلکه با اشاره به آرامش مختل‌شده در صدد است تا با رفتارهای قاعده‌مند و نه نسنجیده و هیجان‌زده عهده‌دار پاسخ صحیح گردد که هدف از آن پاسخ، زدودن خطر است. برای مطالعه بیشتر، ر.ک. یاکوبس، گونتر، «حقوق کیفری دشمنان و حقوق کیفری شهروندان»،

این راهبرد نیز در عمل با چالش‌هایی روبه‌رو است. در عمل اگرچه کنترل ریسک به مخاطبان نگران ریسک امید می‌دهد، اما بررسی‌ها حاکی از آن است که راهبرد کنترل ریسک همیشه از وعده‌ای که می‌دهد، یعنی رفع نگرانی مردم از ریسک، عقب‌تر است.^۱ افزون بر این، این پیش‌گویی و پیش‌بینی مبالغه‌آمیز به پیامدهای نادرست متعدد و نیز صرف هزینه‌های مالی هنگفتی در جهت کنترل افراطی در سیاست معاصر خواهد انجامید. همچنین عدم به‌کارگیری ابزارهای سنجشی و نیز بهره‌گیری از متخصصان ارزیابی ریسک باعث می‌شود که کیفر تعیین‌شده برای هر بزهکار با سنجش‌های بالینی مختلفی همراه باشد. این امر علاوه بر نقض شدید حقوق افراد می‌تواند عدم انسجام در مقام اجرا و ظهور و رویه قضایی را متشتت در پی داشته باشد.

۲-۲. مدیریت ریسک

مدیریت ریسک با به‌کارگیری فن‌های مدیریتی در پاسخ به ریسک و وضعیت‌های پرمخاطره، الگوی جدیدی در تدابیر و اقدامات مربوط به مجازات‌های کیفری ایجاد می‌کند.^{۲،۳} هدف در اینجا از میان بردن ریسک نیست، بلکه هدف، مدیریت آن از طریق شیوه‌های مدیریتی و تضمین اختصاص هر بزهکار به برنامه متناسب است. بزهکاران با ریسک بالاتر، تحت نظارت شدیدتر یا بازداشت قرار می‌گیرند، مجرمان با ریسک پایین‌تر با محدودیت‌های نظارتی کمتری روبرو می‌شوند. بنابراین تشکیل جوامع نظارتی نوعی ریشه در مقابله با ریسک از منظر مدیریت ریسک است؛^۴ هر چند که نظارت مورد تأکید دیگر راهبردها نیز بوده است. زیرا نه در مقام طرد و خنثی‌سازی موردنظر در کنترل ریسک می‌باشد و نه لزوماً در صدد اصلاح بزهکار در قالب کاهش ریسک. رویکردهای مدیریت ریسک، برخلاف کنترل ریسک، اجتناب‌ناپذیر بودن بزهکاری را به رسمیت می‌شناسد و تلاش می‌کند تا این نقض هنجارها را در قالب مقبول‌تری جهت داده و از میزان بزهکاری بکاهد.

← ترجمه محمد صدر توحیدخانه، در: مجموعه مقالات تازه‌های علوم جنایی، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۸۸، صص. ۴۹۷-۴۹۸.

1. Kemshall, H, Understanding Risk in Criminal Justice, Op. cit., p. 38.
۲. دنی، دیوید، ریسک و جامعه، ترجمه صالح کاشانی محمدی، چاپ اول، نشر پژوهشکده بیمه، ۱۳۹۳، ص. ۱۷۰.
3. Stenson, Kevin, "The New Politics of Crime Control", In: Stenson, Kevin; Sullivan, Robert (eds), Crime, Risk and Justice, Willan publication, 2001, p. 17.
۴. توسلی، غلامعباس؛ و داهیر، ابوعلی، «مناسبات دانش و سیاست در یک جامعه مخاطره‌آمیز: تأملی جامعه‌شناختی بر شکل‌گیری جوامع مخاطره‌آمیز نظارتی در عصر حاضر»، جامعه‌شناسی ایران، دوره دهم، شماره ۴، زمستان، ۱۳۸۸، ص. ۴۵.

بنابراین در رویکرد کیفرشناسی نو، از سازوکارهای جرم‌شناسی مانند علت‌شناسی، تشکیل پرونده شخصیت و توجه به حالت خطرناک و نهادهای حقوق کیفری برای مدیریت ریسک تکرار جرم گروه‌های مجرم خطرناک یا ریسک ارتکاب جرم گروه‌های بالقوه خطرناک مانند بیکاران، معتادان، بزهکاران، سابقه‌داران، مجردها، مردان، نوجوانان و جوانان، بی‌سوادان و بیگانه‌گان استفاده می‌شود. هدف نیز کاهش نرخ بزهکاری، حذف بنیادی آن و نیز عقب راندن حجمه بزهکاری از طریق مدیریت کیفری و مدیریت غیرکیفری و یا جرم‌شناختی ریسک جرم می‌باشد.^۱ به عنوان مثال یکی از گروه‌های پُرخطر در جامعه، معتادان هستند که مقنن در تبصره ۲ ماده ۱۶ اصلاحیه قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و روان‌گردان ۱۳۸۹^۲ با زایل نمودن عنوان مجرمانه و پیش‌بینی تعلیق تعقیب و درمان آنان، در جهت مدیریت ریسک این افراد خطرناک حرکت نموده است.

در ماده ۴۸۸ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ نوعی مدیریت‌مداری ریسک وجود دارد: «در هر معاونت اجرای احکام کیفری، واحد سجل کیفری و عفو و بخشودگی برای انجام وظایف زیر تشکیل می‌شود: الف- ایجاد بانک اطلاعاتی مجرمان خطرناک، متهمان تحت تعقیب و متواری و محکومان فراری ...»^۳ توسل به نظارت تأمینی^۴ مقرر در ماده ۴۸ مکرر الحاقی ۱۳۸۷ به قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ نیز با توجه به تأکید بر نظارت بر مجرمین سابقه‌دار نوعی مدیریت ریسک تلقی می‌شود. این

۱. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین؛ هاشم بیکی، حمید، دانشنامه جرم‌شناسی، چاپ چهارم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۵، ص. ۴۴.

۲. به موجب این تبصره «مقام قضایی می‌تواند برای یک بار با اخذ تأمین مناسب و تعهد به ارائه گواهی موضوع ماده (۱۵) این قانون، نسبت به تعلیق تعقیب به مدت شش ماه اقدام و معتاد را به یکی از مراکز موضوع ماده مزبور معرفی نماید. مراکز مذکور موظفند ماهیانه گزارش روند درمان معتاد را به مقام قضایی یا نماینده وی ارائه نمایند. در صورت تأیید درمان و ترک اعتیاد با صدور قرار موقوفی تعقیب توسط دادستان، پرونده بایگانی و در غیر این صورت طبق مفاد این ماده اقدام می‌شود. تمدید مهلت موضوع این تبصره با درخواست مراکز ذی‌ربط برای یک دوره سه‌ماهه دیگر بلامانع است.»

۳. همچنین می‌توان به ماده ۷۳ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ نیز اشاره نمود که خود نوعی تلاش برای مدیریت محکومان به جرایم مرتبط با قاچاق کالا و ارز تلقی می‌شود. به موجب این ماده «به منظور ثبت و دسترسی سریع به سوابق محکومان و ارائه آن به مراجع ذی‌ربط، پایگاه اطلاعات محکومان قاچاق کالا و ارز در مرکز فن‌آوری و اطلاعات قوه قضاییه تشکیل می‌گردد. تمامی واحدهای اجرای احکام مکلفند به محض دریافت رأی قطعی محکومیت‌های راجع به قاچاق کالا و ارز، مشخصات فردی محکومان را در این پایگاه ثبت نمایند. مبادله اطلاعات بین سازمان تعزیرات حکومتی و قوه قضاییه باید به نحوی باشد که امکان تعامل داده‌ها و استفاده کاربران طرفین وجود داشته باشد.» آیین‌نامه این ماده در اردیبهشت ۱۳۹۴ به تصویب رسیده است.

۴. قاضی‌زاده، حسین، بررسی حقوقی جرم‌شناختی نظارت تأمینی در ماده ۴۸ مکرر قانون مجازات اسلامی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علوم قضایی، ۱۳۸۹، ص. ۵۱.

ماده در حال حاضر نسخ شده و به موجب ق.م.ا. ۱۳۹۲، نظارت بر بزهکاران سابقه‌دار به همان شکل مقرر در مجازات‌های تبعی قابل اعمال است. به موجب این مجازات، مدت محرومیت از حقوق اجتماعی، نوعی دوره مدیریت‌مدار تلقی می‌گردد که هدف از آن، کاهش احتمال تکرار جرم است. توجه به وجود سابقه محکومیت کیفری در دیگر نهادهای اصلاح‌مدار را هم می‌توان نوعی مدیریت ریسک تلقی نمود. اینکه به موجب ماده ۶۶ ق.م.ا. گونه‌هایی از سابقه محکومیت مانع تبدیل مجازات حبس به مجازات‌های جایگزین می‌شود به نوعی با اندیشه مدیریت ریسک هماهنگ است. به کارگیری حبس خانگی و دستبندهای الکترونیکی نیز نوعی دیگر از پاسخ‌های نظارت‌مدار است. در سال‌های اخیر اقبال فراوانی نسبت به نظارت الکترونیکی به وجود آمده و در مواردی که محکومان از رفتن به مکان‌های معین^۱ منع شده‌اند نیز اعمال شده است.^۲

از منظری دیگر، این پرسش قابل طرح است که آیا می‌توان محرومیت بزهکاران از برخی نهادهای ارفاقی^۳ آن هم به دلیل داشتن سابقه محکومیت کیفری مؤثر را نوعی مدیریت موقت برخی بزهکاران دارای ریسک دانست؟ اینکه برخی از جرایم اساساً مشمول بسیاری نهادها نمی‌شوند نیز در قالب همین سؤال قابل طرح است، مانند اینکه تعویق صدور حکم فقط در جرایم درجه شش تا هشت صادر می‌شود، یا تعلیق فقط در جرایم تعزیری درجه سه تا هشت اعمال می‌شود؛ یا اینکه نظارت الکترونیکی فقط در جرایم تعزیری درجه پنج تا درجه هشت ممکن است.^۴ به نظر می‌رسد که این نحو از پیش‌بینی قانون‌گذار در اصل با راهبرد مدیریت ریسک فراوان بزهکاران جرایم شدید است،^۵ ولی قانون‌گذار لزوماً با توجه به این راهبرد اقدام به پیش‌بینی محدوده

۱. مثلاً نزدیک حیاط مدارس، نزدیک خانه معشوق سابق خود و مقررات منع رفت و آمد به ویژه برای مدیریت جوانان مسأله‌ساز.

۲. برای مطالعه بیشتر، ر.ک. آقایی جنت‌مکان، حسین، «نظارت (حبس) الکترونیکی؛ روشی نو در جانشینی کیفر زندان»، در: دایره‌المعارف علوم جنایی (مجموعه مقاله‌های تازه‌های علوم جنایی)، کتاب دوم، چاپ اول، تهران، میزان، ۱۳۹۲؛ تدین، عباس، «نظارت الکترونیکی: گامی به سوی جایگزین زندان»، مجله حقوقی دادگستری، دوره جدید، شماره ۶۴، پاییز، ۱۳۸۷؛ قادری ینگ‌کند، علی‌اکبر، مقایسه کنترل‌های الکترونیکی با کیفرهای سالب آزادی: کارکردها و پیامدها، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه کاشان، ۱۳۹۲؛ فروغی، فضل‌الله؛ ایرانی، امیر، «مطالعه تطبیقی شناسایی و اجرای نظارت الکترونیکی در حقوق کیفری ایران و آمریکا»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۷، شماره ۲، ۱۳۹۵.

۳. به عنوان مثال محرومیت از تعلیق اجرای مجازات و تعویق صدور حکم در ماده ۴۷، محرومیت از آزادی مشروط در مرتبه دوم با توجه به ماده ۵۸، محرومیت برخی جرایم از عفو خاص به موجب ماده ۲۶ آیین‌نامه کمیسیون عفو و تخفیف مجازات محکومین و ...

۴. همچنین این سؤال قابل طرح است که آیا در سایر موارد رویکرد مقنن بر کنترل، یا مدیریت و یا کاهش ریسک منطبق است یا خیر.

۵. در مدیریت کیفری ریسک جرم، سوژه اصلی "مجرم" است و تلاش می‌شود مرتکبان به لحاظ ریسکی که دارند، یعنی در واقع به حسب فراوانی ارتکاب جرم و شدت آن، طبقه‌بندی و کنترل شوند. از سوی دیگر در

نهادهای ارفاقی ننموده است؛ زیرا اولاً تعریف مشخصی از ریسک وجود ندارد، ثانیاً ضوابط توجه به ریسک از جمله ابزارهای ارزیابی ریسک مدنظر قرار نگرفته است؛ ثالثاً اینکه مبنای درجات هشت‌گانه جرایم تعزیری مقرر در ماده ۱۹ ق.م.ا.ل.زوماً طبقه‌بندی جرایم بر اساس ریسک باشد مورد تردید است.

به رغم این نهادهای قابل انطباق با نگرش مدیریت کیفری ریسک بزهکاران، به نظر می‌رسد که در حقوق کیفری ایران، مدیریت‌گرایی جایگاه بسیار کم‌رنگی دارد، زیرا بایسته‌های مدیریت ریسک، از ارزیابی بزهکاران گرفته تا بررسی میزان کاهش تکرار جرم از سوی آنان در نظام تقنینی و نیز قضایی وجود ندارد. همچنین، مدیریت ریسک نیازمند تلاش مشارکتی نهادهای پیراقضایی در کنار نهادهای قضایی است که به رغم پیش‌بینی آن در قوانین، زیرساخت‌های قضایی آن فراهم نیست.

۲-۳. کاهش ریسک

رایج‌ترین شیوه مقابله با ریسک، تلاش از رهگذر برنامه‌ها و تدابیری است که هدف آنها تغییر رفتار مجرمان به گونه‌ای است که ریسک کاهش یابد یا از بین برود. برنامه‌های کاهش ریسک به لحاظ سنتی، ذیل عنوان «بازپروری و اصطلاح مجرم» قرار می‌گیرند. همان گونه که از مفهوم کاهش ریسک بر می‌آید، این تدبیر و راهبرد نسبت به بزهکارانی کاربرد دارد که بتوان به نوعی با جلب رضایت آنان به برنامه‌های اصلاحی، انتظار تن دادن به این برنامه‌ها را از آنها داشت.^۱ بنابراین در این هدف راهبردی کیفرشناسی ریسک‌مدار، با آنکه بزهکاران دارای ریسک هستند، میزان اعتماد نظام عدالت کیفری به آنان بیشتر است و کاهش ریسک از طریق تلاش برای بازپروری آنان صورت می‌گیرد. اینکه کدام یک از بزهکاران در این دسته از راهبرد قرار می‌گیرند، با توجه به نوع برنامه‌های اصلاحی و نوع شخصیت بزهکار مانند سن و به طور کلی شخصیت و پرونده آنان تعیین می‌گردد. برای نمونه، در نظام کیفری ایران، بزهکاران نوجوانی که مرتکب جرم تعزیری درجه یک تا چهار می‌شوند، به موجب ماده ۸۹ ق.م.ا. مشمول تدبیر طرد و نگهداری در کانون اصلاح و تربیت می‌شوند. در سایر جرایم تعزیری نوع پاسخ‌ها خفیف‌تر است. اینکه قاضی می‌تواند در قالب ارجاع وی به برنامه

← مدیریت غیرکیفری ریسک جرم که از ابزارهای پیشگیری وضعی استفاده می‌شود، اصطلاح ریسک در خصوص یک موقعیت آماده ارتکاب جرم به کار رفته و تلاش می‌شود که موقعیت‌های پرریسک، یعنی اوضاع و احوالی که بیشترین فرصت ارتکاب جرم را فراهم می‌نمایند، شناسایی و مدیریت گردند (سی ولس، براندون؛ فارینگتون، دیوید پی، دانشنامه پیشگیری از جرم آکسفورد، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۹۵، ص. ۴۳۶).

1. Kemshall, H; Maguire, M, Op. cit., p. 15.

خدمات عمومی رایگان در صدد اصلاح وی برآید، خود نوعی تدبیر کاهش ریسک قلمداد می‌شود.

با مقایسه این سه راهبرد می‌توان دریافت که تضمین‌های ضعیف دو راهبرد اخیر، جاذبه و اهمیت آنها را نیز کمرنگ می‌کند. مدیریت ریسک یک راهبرد فنی است که توسط کنش‌گران کیفری اعمال می‌شود، حال آنکه ترجیح بر این است که کاهش ریسک توسط مددکاران خدمات اجتماعی انسان‌دوستانه صورت گیرد.^۱ این در حالی است که کنترل ریسک را می‌توان به مددکنش‌گران عدالت کیفری اجرا نمود. توصیه مهم در این راهبرد این است که نخبه‌ها و مأموران برگزیده ویژه از میان کنش‌گران عدالت کیفری انتخاب شوند تا این کنترل‌گرایی^۲ در عین اینکه به شکل دقیق اجرایی می‌گردد سبب سوءاستفاده آنان از جایگاهشان نشود و حقوق شهروندان نیز نقض نشود. در رابطه با کاهش ریسک نیز سیاست جنایی تقنینی با پذیرش نهادهای اصلاح‌مدار متعددی^۳ مجالی گسترده را برای سنجش‌های ریسک‌مدار مبتنی بر بازپروری به رسمیت شناخته است، اما رویکرد قضایی، در اعمال و پیاده‌سازی، به مؤلفه‌های سنجش ریسک و مقایسه میزان کاهش ریسک، میان دو زمان آغاز و فرجام برنامه‌های اصلاح‌مدار توجهی ندارد و در این خصوص نیز پرونده شخصیت جایگاه اجرایی ندارد. به همین دلیل رها بودن و بی‌ضابطگی اجرایی و از طرفی دیگر فقدان متون قانونی مشخص در این راستا، همه و همه راهبرد کاهش ریسک را بدون چارچوب نشان می‌دهد.

۳. راهبرد برنامه‌مدار در انطباق پاسخ کیفری با درجه ریسک بزهکار

در کیفرشناسی ریسک‌محور، کنش‌گران نظام عدالت کیفری در مقام مقابله با ریسک به طور خاص و نسبت به هر بزهکار و میزان ریسک وی باید به برنامه‌هایی افتراقی ملتزم باشند و آنها را به شکل دقیق اجرا نمایند. بنابراین، کنش‌گران همیشه میان دوراهی مبتنی بر ریسک هستند؛ از یک سو، میزان مخاطره‌آمیز بودن بزهکاران و از سویی دیگر، میزان کاهش ریسک احتمالی در جامعه. پیامد اشتباه آنان در تصمیم‌گیری می‌تواند کارکردهای مقابله با ریسک نظام عدالت کیفری را زیر سوال ببرد. از همین رو در این مسیر، در کنار سیاست‌گذاران جنایی معاصر، کنش‌گران کیفری نیز

1. Kemshall, H, Understanding Risk in Criminal Justice, Op. cit., p. 39.

۲. لازم به ذکر است که راهبردهای کنترل می‌تواند مبتنی بر تدابیر پیشگیرانه باشد (فیشر، بونی اس؛ لب، استیون بی، دانشنامه پیشگیری از جرم و بزه دیده‌شناسی، جلد دوم، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۹۴، ص. ۱۳۵۶).

۳. در این خصوص می‌توان به مواد مربوط به مباحث جایگزین‌های حبس، اقدامات تأمینی و تربیتی ناظر به اطفال و نوجوانان، نظارت الکترونیکی، و نیز تعویق صدور حکم در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ اشاره نمود.

برای مدیریت آسیب‌پذیری خود در برابر اشتباه باید از راهبردهای برنامه‌مدار منطبق با ریسک استفاده کنند. ریسک نوعاً در تعیین سطح نظارت و ماهیت مداخلات و اقدامات درمانی، سودمند است و بزهکاران بر اساس رفتارهایشان در طول اجرای برنامه از کنترل بیشتر به کنترل خفیف‌تر یا برعکس جابه‌جا می‌شوند.^۱

نظر به اهمیت تعیین برنامه مناسب در کیفرشناسی ریسک‌مدار، نحوه مقابله با ریسک در مقوله کیفردهی برای مدت مدیدی به نگرانی اصلی تبدیل شده است. به همین دلیل به نظر می‌رسد که در انطباق برنامه‌ها با بزهکاران دارای ریسک، توسل به دو راهبرد برنامه‌مدار می‌تواند جهت‌دهی قابل‌قبولی به کیفرشناسی نو بدهد و با مدنظر قرار دادن راهبردهای چهارگانه ذیل، نگرانی‌های ناظر به نحوه مقابله با ریسک را کمتر نماید.

۳-۱. پاسخ‌گزینی عقلانی به ریسک

عقلانیت در پاسخ‌دهی، به مانند اهمیت آن در حقوق کیفری سنتی، در کیفرشناسی ریسک‌مدار نیز جایگاه ویژه‌ای دارد. در یک معنا، این عقلانیت در کیفرشناسی ریسک‌مدار، به معنای ضرورت تعادل میان حقوق افراد، و نیز پیشگیری و محافظت در برابر ریسک است.^۲ در این معنا، مقابله با ریسک بیش از آنکه ابزاری در خدمت دیگر اهداف نظام عدالت کیفری باشد خود به یکی از آن اهداف تبدیل شده است. در معنای دیگر نیز عقلانیت در انتخاب مناسب‌ترین پاسخ به ریسک بزهکاران معنا می‌شود که هم در تعیین دامنه از سوی سیاست‌گذاران جنایی و هم در اعمال آن پاسخ از سوی کنش‌گران اجرایی و قضایی باید مدنظر قرار گیرد (البته گاه از پایان عقلانیت در جوامع مخاطره‌آمیز سخن گفته می‌شود).^۳ در این معنا، حتی مخالفان مقابله با ریسک نیز مجبور خواهند شد تا از پیشرفته‌ترین فناوری‌های ارزیابی و سنجش ریسک که در دسترس آنها می‌باشد استفاده کنند تا پیرامون ریسک بیندیشند و بزهکاران و بزه‌دیدگان و همچنین نظام عدالت کیفری را در پاسخ‌های انتخاب‌شده متقاعد سازند. در این میان به لحاظ عقلایی ابزارهای شاخص ریسک را باید ابزاری سودمند تلقی کرد. در این خصوص می‌توان مولفه‌های سه‌گانه‌ای را به منظور تقویت این

1. Kennedy, Leslie; Van Brunschot, Erin, *the Risk in Crime*, NY, Rowman and Littlefield, 2009.
2. Fu, X, "On Rational Response of Criminal Law to a Risk Society", *Canadian Social Science*, vol. 10, 2014, p. 77.
3. Simon, J, "Entitlement to Cruelty: Neo-liberalism and the Punitive Mentality in the United States", In: Stenson, Kevin; Sullivan, R (eds.), *Crime, Risk and Justice*, 2001, p. 125.

عقلانیت و ساختارمند شدن آن ترسیم نمود. آنچه بر میزان کارکرد عقلانیت می‌افزاید، لزوم بازشناسی عوامل اصلی و فرعی ریسک است. چنانچه این تعیین اولویت‌ها صورت نگیرد در بدترین وضعیت یک کنش‌گر اجرایی قضایی یا سیاست‌گذار جنایی ممکن است با استفاده از اطلاعات نامنظم و بی‌قاعده‌ای درباره ریسک تصمیم‌گیری کند؛ امری که سبب سوءبرداشت تصمیم‌گیرنده از ریسک می‌گردد.^۱

همچنین عقلانیت در تعیین برنامه مناسب با ریسک بزهکار نیز وجود دارد، زیرا در بستر سیاست انتخاب،^۲ کنش‌گر قضایی با کمک کنش‌گران پیراقضایی باید نسبت به انتخاب یکی از پاسخ‌های ناظر به جرم اقدام نماید. عدم تعیین اولویت‌های تشخیص تناسب از دو منظر، نامطلوب است. نخست آنکه، غیرقابل پیش‌بینی بودن رفتار بزهکار، کارآمدی و تأثیرگذاری برنامه‌های کیفری را تضعیف می‌کند و این امر سبب پیش‌بینی برنامه‌های اصلاحی نامناسب می‌گردد. بر اساس تحقیقات نیز پیش‌بینی یک برنامه اصلاحی نامناسب برای بزهکار نه تنها می‌تواند تأثیرگذاری آن برنامه را خنثی نماید بلکه می‌تواند پیامدهای منفی به دنبال داشته باشد. دوم عدم قابلیت پیش‌بینی، امکان و احتمال بی‌عدالتی را نیز به وجود می‌آورد، زیرا رفتار بزهکاران به طور تنگاتنگی به سلیقه‌های تصمیم‌گیرندگان وابسته می‌شود تا به ویژگی‌ها و مشخصات بزهکار.^۳

۳-۲. بهره‌گیری از فنون آماری و ارزیابی‌های سازمان‌دهی شده

وقتی تصمیمات کنش‌گران اجرایی و قضایی سازمان‌دهی نشوند، این امکان پدید می‌آید که عوامل مختلف فرهنگی، اخلاقی، نژادی و غیره بر تصمیمات آنان اثر بگذارد. فن‌های آماری می‌توانند الگوهای ریسک تعصبات نژادی، سنجش‌های ناصواب، سوءاستفاده‌های اخلاقی و دیگر عوامل مؤثر را از بین ببرد و باعث کاهش اثر ویژگی‌ها و عوامل مختلف بر تصمیمات گردد. به کاربست این تکنیک‌ها ارزیابی انطباق هم گفته می‌شود.^۴ ارزیابی‌ها و فنون مورد اشاره باعث می‌شود که برنامه‌ها به شکل صحیح پیش‌بینی شوند. نتیجه این امر افزایش قابل اعتماد بودن این برنامه‌ها در میان بزهکاران، بزه‌دیدگان و جامعه است. ارزیابی و پایش مستمر و سازمان‌یافته از ریسک را می‌توان به عنوان یک ضابطه در سنجش استحقاق و تناسب برنامه‌ها با داده‌های ناشی از ریسک مورد استفاده قرار داد. نتیجه این تکنیک آماری و یا ارزیابی سازمان‌دهی شده

1. Clear, T; Cadora, E, "Risk and Correctional Practice", in: Stenson, K; Sullivan, R (eds.), Crime, Risk and Justice, Cullompton, Willan Publishing, 2001, p. 34.

2. Stenson, Kevin, Op. cit, p. 23.

3. Kemshall, H, Understanding Risk in Criminal Justice, Op. cit., p.112.

4. Bonta, J, "Offender risk assessment: guidelines for selection and use", Criminal Justice and Behaviour, vol. 29, 2002, p. 359.

می‌تواند به صورت جدولی در اختیار پژوهکاران، بزه‌دیدگان و کنش‌گران قرار گیرد تا از سردرگمی‌ها و سوءاستفاده‌های احتمالی نیز پیشگیری نماید.

۳-۳. به‌کارگیری منطق احتیاط در پاسخ به ریسک

منطق احتیاط^۱ خود دو معنا را به ذهن متبادر می‌سازد؛ اول اینکه برای اطمینان از مقابله مناسب با ریسک، قانون‌گذاران اختیارات گسترده برای کنش‌گران اجرایی و قضایی پیش‌بینی می‌کنند تا هر جا نیاز باشد با اتخاذ تدابیر نظارتی و مدیریتی مختلف ریسک‌زایی را کاهش دهند. در نقطه مقابل و به موجب معنای دوم از منطق احتیاط، برای مقابله با ریسک بایستی در اتخاذ تدابیر و پاسخ‌های ریسک‌محور صرفه‌جویی نمود و بی‌محابا از آن سوءاستفاده ننمود. در کیفرشناسی ریسک مدار، اصل احتیاط در معنای اول به کار می‌رود و حکایت از نوعی تلاش پیش‌دستانه برای مقابله با ریسک دارد. در منطق احتیاطی، عدم قطعیت و احتمال به بهانه‌ای برای افزایش نظارت بیشتر تبدیل می‌شود. این منطق، یک پاسخ به تجدیدنظر نسبت به «مشکل ریسک صفر»^۲ است. در منطق احتیاطی محاسبات و توسل به تخصص علمی دیگر مورد توجه نیست و یا بسیار کم‌رنگ است؛ بلکه حقوق افراد خواه پژوهکار، خواه بزه‌دیده و نیز قانون نقش اساسی را ایفا می‌کند. در حقیقت منطق احتیاطی به چیزی می‌انجامد که اریکسون آن را جرم‌انگاری از طریق «ضدقانون»^۳ نامیده است.^۴ در ایالات متحده، چندین ایالت دست به تصویب قوانین درندگان/هیولاهای جنسی خطرناک نموده‌اند. این قوانین ابزاری برای دورزدن مشکل مربوط به مجرمان جنسی است که پس از سپری کردن دوره مقرر به خاطر جرم ارتكابی باید به مدت نامحدود، در راستای اعمال مقررات تعهد مدنی در مراکز محبوس بمانند. همچنین در انگلستان، در برنامه‌های مربوط به اختلال شخصیت جدی و خطرناک^۵ به صراحت از دورزدن قانون برای مؤثر بودن حبس در پیشگیری ریسک چنین مجرمانی سخن گفته می‌شود: دولت‌های موفق باید برای غلبه بر ریسک چنین مجرمانی که تا کنون نه مقررات عدالت کیفری و نه سلامت روانی توانسته است با ریسک آنها مبارزه کند، تلاش کنند. در بسیاری موارد، چنین افرادی باید پس از گذراندن دوره معین حبس به رغم ارزیابی خطرناک بودن و تحمیل ریسک

1. Precautionary logic
2. Zero-risk problematic
3. Counter law
4. Heberton, Bill; Seddon, Toby, "From Dangerousness to Precaution: Managing Sexual and Violent Offenders in an Insecure and Uncertain Age", *British Journal of Criminology*, Vol. 49, 2009, p. 346.
5. Dangerous and Severe Personality Disorder Programme

آزاد شوند. افرادی که اختلال شخصیت دارند و ریسک برای جامعه ایجاد می‌کنند، امروز به ندرت مطابق قانون سلامت/بهداشت روانی ۱۹۸۳^۱ تحت محدودیت قرار می‌گیرند؛ زیرا تصور بر این است که اقدامات جاری مطابق این قانون به درمان آنها کمک نمی‌کند، در حالی که نباید این چنین باشد.^۲ بر این اساس مطابق مواد ۲۲۵ تا ۲۲۷ قانون عدالت کیفری سال ۲۰۰۳، قضاات اختیار دارند تا حبس‌های نامعین یا قابل تمدید را برای مجرمان جنسی یا خشنی که به موجب ارزیابی‌ها احتمال ریسک و صدمه به عموم مردم را دارند، پیش‌بینی نمایند. به اعتقاد برخی نویسندگان، این اختیار گسترده، خود جلوه‌ای از منطق احتیاط است و منطق سیاسی پیشگیری از خطرات احتمالی آینده، چنین استفاده گسترده از اختیار نظارت و کنترل توسط قضاات را طبیعی اعلام می‌دارد. به دلیل احتمالی بودن ریسک آینده مجرمان خطرناک تعیین چنین مجازات‌های نامعین برای حفاظت از عموم ضروری است.

حال با توجه به افزایش توسل به منطق احتیاط در میان نظام‌های عدالت کیفری در جهت مدیریت مجرمان خطرناک، سیاست‌گذاران به سوی قانون‌گذاری سیاست حبس بزهکاران دارای ریسک جدی برای جامعه گرایش پیدا کرده‌اند. اما باید به یاد داشت که به محض آغاز این روند، انتقاد و چالش قابل توجهی به دلیل گسترش شبکه کنترل^۳ نظام عدالت کیفری آغاز می‌شود. به همین دلیل نیز رعایت نوعی از احتیاط (معنای دوم احتیاط از نظر ما) در خود منطق احتیاط می‌تواند از پیامدهای منفی گسترش شبکه جلوگیری کند.^۴

در راستای معنای دوم از منطق احتیاط، کنترل و نظارت الکترونیکی افراد خطرناک در جهت توجه به پیش‌بینی آسیب آینده نیز مدنظر قرار می‌گیرد. در ایالات متحده آمریکا، ثبت مجرمان جنسی و اطلاع‌رسانی به جامعه علاوه بر جلوگیری از ارتباط با مجرمان جنسی و در نتیجه پیشگیری از آسیب بزه‌دیده شدن به پلیس نیز در جهت ردیابی آنان و دستگیری مظنونان مؤثر بوده است. در دهه اخیر این اطلاع‌رسانی و ثبت نام، اینترنتی شده است. قانون ایمنی و حفاظت از کودکان آدام والش مصوب ۲۰۰۶ تحولات مربوط به ثبت نام اینترنتی و دسترسی بر خط عموم به شرح زندگی مجرمان خطرناک و اتهام‌ها و محکومیت‌های سابق را فراهم آورده است.^۵ با تصویب این قانون زمینه برای افشای اطلاعات بیشتری از مجرمان جنسی فراهم شده است که علاوه

1. Mental Health Act 1983
2. Department of Health/Home Office 2000: para. 2.2
3. Net-Widening
4. Ibid, P 349
5. National online registry, www.nsopr.gov

بر ثبت اطلاعات مربوط به نام و آدرس محل کار و زندگی به عموم و بنگاه‌های معاملات ملکی، برخی ویژگی‌های شخصیتی و ظاهری ارائه می‌گردند. در برخی ایالت‌ها مانند فلوریدا، گاه مجرمان جنسی از ساختن یا خریدن خانه در برخی مناطق مانند نزدیکی مدارس و پارک‌ها ممنوع شده و گاه مجازات‌های کیفری برای برخی صاحب‌خانه‌ها که در مناطق مشخص شده خانه به آنها اجاره می‌دهند مقرر شده است. در انگلستان، پیشنهادات اخیر دولت مبنی بر مراقبت بیشتر شهروندان و نیز ارائه اطلاعات به عموم در حال پیگیری است. همچنین به عنوان یک فرایند جدید، افراد خاصی می‌توانند در ارتباط با پلیس برای حفاظت از کودکانش در ارتباط با یک فرد خاص ثبت‌نام کنند.^۱

تلاش برای مدیریت برخی مجرمان یا جرایم، به ریسک ریسک تعبیر شده است؛ یعنی با تمرکز بر برخی خطرها و ریسک‌ها از توجه به سایرین و همچنین سایر راه حل‌ها و مصادیق دیگر باز می‌مانیم و تلاش برای کاهش ریسک در یک زمینه، منجر به افزایش ریسک در زمینه دیگر می‌شود. گویی ما هرچه به دنبال افزایش امنیت و مسأله امنیت هستیم، کمتر احساس امنیت می‌کنیم. بدین‌سان می‌توان به دیدگاه‌هایی که خواستار امنیت با هر هزینه‌ای هستند و نیز کسانی که امنیت را بدون پرداخت هرگونه هزینه‌ای می‌خواهند، خدشه وارد کرد.^۲ چالش دولت‌ها مشخص کردن گروه‌های خطرناک و اعمال رفتارهای پیشگیرانه برای حمایت از گروه‌های آسیب‌پذیر مانند کودکان و زنان است. ما باید در زمان حاضر به فکر تأمین امنیت در برابر مجرمان خطرناک برای حفاظت عمومی باشیم نه اینکه هنگامی که با آن مواجه شدیم به فکر چاره باشیم.^۳ کمشال و وود دو مدل را در این زمینه بیان می‌کنند. مهم‌ترین هدف در یک «مدل حفاظت از جامعه»^۴، مدیریت مؤثر مجرمان خطرناک است و در یک رویکرد «سلامت عمومی»^۵، هدف، تأکید بر افزایش آگاهی عموم و کمپین‌های آموزشی برای گسترش این حوزه از سلامت به جوامع محلی و جامعه در کل است. به نظر آنها مدل اول برای مجرمان پرریسک و دومی برای مجرمان کم‌ریسک به کار می‌رود.^۶

1. Zedner, Lucia, "Pre-Crime and Post-Criminology?", *Theoretical Criminology*, vol. 17, issue 2, 2007, pp. 263-264.
2. O'Malley, P, *Gendered Risks*, Abingdon, UK, Cavendish Publishing Limited, 2007, p. 125.
3. Fitzgibbon, D, *An Pre-Emptive Criminalization: Risk Control and Alternative Futures*, Issues in Community and Criminal Justice, Monograph No. 4, London, National Association of Probation Officers, 2004, p. 50.
4. Community protection model
5. Public health approach
6. Kemshall, H; Wood, J, "Beyond Public Protection: An Examination of Community Protection and Public Health Approaches to High-Risk Offenders", *Criminology & Criminal Justice*, vol. 7, 2007, p. 89.

نتیجه‌گیری

با مطرح شدن عدم کارایی نظریه‌های اصلاح و درمان، به تدریج کیفرشناسی نو یا به تعبیر دقیق‌تر کیفرشناسی ریسک‌مدار به عنوان رویکردی رادیکال در پاسخ به جرایم مطرح شد. در این کیفرشناسی، جرم از منظر ریسک کنترل می‌شود؛ بنابراین، ریسک نقشی محوری در سیاست جنایی معاصر پیدا کرده است. در کیفرشناسی ریسک‌مدار مکانیسم مقابله با ریسک، هدفمند و منطقی است، زیرا با دخالت دادن فناوری‌ها و ابزارهای آماری مرتبط با ارزیابی ریسک، بزهکاران در قالب گروه‌های خطرناک یا دارای ریسک بالا دسته‌بندی می‌شوند. در این راستا، بسته به میزان خطرناکی بزهکار و جرم ارتكابی وی، تعیین می‌شود که کدام راهبرد هدف‌مدار قابل اعمال است. با توجه به معیارهای شخص‌مدار و جرم‌مدار می‌توان راهبرد مناسب را تعیین نمود. در نتیجه می‌توان انتظار داشت که برنامه موردنظر با ویژگی‌های شخص‌ایجادکننده ریسک و نیز اهداف برآمده از کیفرشناسی ریسک منطبق و در عین حال قابل توجیه باشد. به این منظور می‌توان از درجه‌بندی شدت جرم ارتكابی، طبقه‌بندی بزهکاران از حیث داشتن سابقه محکومیت کیفری و دیگر رهیافت‌های عملی اجرایی بهره برد و پاسخ متناسبی را برای ریسک ایجادشده ارائه نمود. از جمله ویژگی‌های مهم این کیفرشناسی آن است که سنجش آماری ریسک تمام مراحل دادرسی و همه کنش‌گران نظام عدالت کیفری را شامل می‌شود.

در حقوق کیفری ایران، درجه‌بندی ریسک لزوماً منطبق با درجه‌بندی هشت‌گانه مقرر در قانون مجازات اسلامی نیست. درجه‌بندی ریسک خود نیازمند کار تخصصی و کارشناسی است تا از سردرگمی‌های قضایی و اجرایی جلوگیری نماید. نتیجه این راهبردها را می‌توان در عین حال در قالب قانون جامع مقابله با ریسک تدوین نمود و بسته به عواملی مانند نوع جرایم، معیارهای خاص شخصی و نوعی و شرایط بزه‌دیدگان به مدیریت، کاهش و یا کنترل ریسک اقدام نمود. در همه موارد می‌توان رویکرد چندنهادی را مدنظر داشت و به عنوان مثال بزهکاران محکوم به کلاهبرداری، جرایم جنسی یا جرایم خشونت‌بار را از فعالیت‌های روزمره‌ای که می‌تواند در تکرار جرم مؤثر باشد، محروم نمود و از این طریق در مقام کنترل آنان یا مدیریت آنان گام برداشت. پرونده شخصیت ریسک‌مدار در کیفرشناسی مبتنی بر ریسک می‌تواند به تعیین برنامه‌های متناسب با بزهکاران خطرناک بسیار مؤثر باشد.

در زمینه امکان‌سنجی رویکرد قابل اعمال در حقوق کیفری ایران، کنترل ریسک، تنها راهبردی است که هدف آن امید دادن به مخاطبانی است که نگران ریسک هستند.

به موجب این راهبرد می‌توان احتمال ظهور ریسک را به حداقل میزان ممکن رساند؛ نتیجه‌ای که نه مدیریت ریسک و نه کاهش ریسک، هیچ کدام پیشنهاد نمی‌کنند. در عمل اما بررسی‌ها حاکی از آن است که راهبرد کنترل ریسک همیشه از وعده‌ای که می‌دهد، عقب‌تر است. به همین دلیل باید در کنار کنترل ریسک، بر مدیریت و نیز کاهش ریسک هم تأکید نمود. در همین راستا به نظر می‌رسد که حقوق کیفری ایران از سازوکارهای مرتبط با مدیریت ریسک بی‌بهره است. به همین دلیل لازم است که مقنن ایرانی فراتر از تأکید بر سزاگرایی صرف به بازشناسی بزهکاران سابقه‌دار، طبقه‌بندی جرایم، مدیریت بزهکاران پرخطر و دیگر تدابیر ناظر به مدیریت و کاهش ریسک اهتمام نماید. البته باید با پابندی به تفکر عقلانی، از توسعه کیفردهی برخاسته از مقابله با ریسک پرهیز نمود؛ زیرا اگرچه هدف از این کیفرشناسی توسعه احساس امنیت است، این هدف را نباید به بهای کیفی‌های فراوان و سزاگرایی افراطی به دست آورد. بر همین اساس، با آنکه این کیفرشناسی، ریسک را هدف قرار می‌دهد، اجرا و پیگیری آن نباید خود به ریسک جدیدی دامن بزند. مسلماً مدیریت ریسک نباید به ابزاری برای نفی نهادهای بنیادین و اصول مسلم عدالت کیفری مانند فرض برائت و کمینه‌گرایی در کیفر یا بی‌توجهی به حقوق دفاعی متهمان یا حقوق شناخته‌شده محکومان تفسیر و تعبیر شود.

منابع

- آقابابایی، حسین، امنیت، «آزادی شخصی و مدیریت خطر جرایم امنیتی»، ضمیمه فصلنامه تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، یادنامه شادروان دکتر رضا نوربها، شماره ۵۶، ۱۳۹۰.
- آقایبی جنت‌مکان، حسین، «نظارت (حبس) الکترونیکی؛ روشی نو در جانشینی کیفر زندان»، در: دایره‌المعارف علوم جنایی (مجموعه مقاله‌های تازه‌های علوم جنایی)، کتاب دوم، چاپ اول، تهران، میزان، ۱۳۹۲.
- احمدی، حبیب؛ دهقانی، رودابه، «آراء و اندیشه‌های اولریش بک (نظریه‌پرداز جامعه مخاطره‌آمیز)»، فصلنامه توسعه اجتماعی (توسعه انسانی سابق)، دوره ۱۰، شماره ۲، زمستان ۱۳۹۴.
- ام بریکول، گلینیس، روانشناسی ریسک، ترجمه: پروانه فخیم قاسم‌زاده و مهتاب صالحی، چاپ اول، ایران چاپ، پژوهشکده بیمه، ۱۳۹۳.
- بک، اولریش، جامعه در مخاطری جهانی، ترجمه محمدرضا مهدی، تهران، انتشارات کویر، ۱۳۸۸.
- بکاریا، سزار، رساله جرایم و مجازاتها، ترجمه محمدعلی اردبیلی، چاپ هشتم، نشر میزان، ۱۳۹۵.
- تدین، عباس، «نظارت الکترونیکی: گامی به سوی جایگزین زندان»، مجله حقوقی دادگستری، دوره جدید، شماره ۶۴، پاییز، ۱۳۸۷.
- توسلی، غلامعباس؛ وداهیر، ابوعلی، «مناسبات دانش و سیاست در یک جامعه مخاطره‌آمیز: تأملی جامعه‌شناختی بر شکل‌گیری جوامع مخاطره‌آمیز نظارتی در عصر حاضر»، جامعه‌شناسی ایران، دوره دهم، شماره ۴، زمستان، ۱۳۸۸.
- حسینی، سید محمد؛ ساعدی، زهرا؛ صادقی، آزاده، «نگاهی به تحولات مفهومی و کارکردی در کیفرشناسی نوین»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۶، شماره ۷۹، پاییز ۱۳۹۱.
- دنی، دیوید، ریسک و جامعه، ترجمه صالح کاشانی محمدی، چاپ اول، نشر پژوهشکده بیمه، ۱۳۹۳.
- رضوانی، حمیدرضا، برنامه‌ریزی استراتژیک راهبردی، چاپ اول، مؤسسه کتاب مهربان، ۱۳۸۹.
- رضوانی، سودابه، مفهوم خطرناکی در علوم جنایی، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۹۶.
- ریگاکاس، جورج اس، «جامعه خطر و جرم‌شناسی سنجشی: جنبه‌هایی برای یک گفتمان انتقادی»، ترجمه افشین عبداللهی، فصلنامه مطالعات بین‌المللی پلیس، سال چهارم، شماره ۱۳، بهار ۱۳۹۲.
- زاهدی، شمس‌السادات؛ و دیگران، فرهنگ جامع مدیریت، انتشارات دانشگاه علمه طباطبایی، چاپ چهاردهم، ۱۳۸۸.

- سی ولش، براندون؛ فارینگتون، دیوید پی، دانشنامه پیشگیری از جرم آکسفورد، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۹۵.
- عاملی، سعیدرضا، «دوج جهانی شدن‌ها و جامعه جهانی اضطراب»، نامه علوم اجتماعی، شماره ۲۱، ۱۳۸۲.
- غلامی، حسین، «اصل حداقل بودن حقوق جزا»، پژوهش حقوق کیفری، فصلنامه دانشگاه علامه طباطبایی، سال اول، شماره ۲، زمستان، ۱۳۹۱.
- فروغی، فضل‌الله؛ ایرانی، امیر، «مطالعه تطبیقی شناسایی و اجرای نظارت الکترونیکی در حقوق کیفری ایران و آمریکا»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۷، شماره ۲، ۱۳۹۵.
- فیشر، بونی اس؛ لب، استیون پی، دانشنامه پیشگیری از جرم و بزه دیده شناسی، جلد دوم، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۹۴.
- قادری ینگگی‌کند، علی‌اکبر، مقایسه کنترل‌های الکترونیکی با کیف‌های سالب آزادی: کارکردها و پیامدها، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه کاشان، ۱۳۹۲.
- قاسمی، محمدعلی، «جامعه ریسک و اهمیت آن برای مطالعات استراتژیک»، فصلنامه مطالعات راهبردی، سال دوازده، شماره ۴۵، ۱۳۸۸.
- قاضی‌زاده، حسین، بررسی حقوقی - جرم‌شناختی نظارت تأمینی در ماده ۴۸ مکرر قانون مجازات اسلامی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علوم قضایی، ۱۳۸۹.
- گارلند، دیوید، مجازات و جامعه مدرن، ترجمه نبی‌اله غلامی، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۹۵.
- مهدوی‌پور، اعظم؛ شهرانی کرانی، نجمه، «امنیتی شدن جرم‌شناسی: راهبردها و آثار آن بر حقوق کیفری»، دو فصلنامه پژوهشنامه حقوق کیفری گیلان، دوره پنجم، شماره ۱، تابستان، ۱۳۹۳.
- نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، «کیفرشناسی نو - جرم‌شناسی نو: درآمدی بر سیاست جنایی مدیریتی خطرمدار»، در: تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقاله‌ها)، زیرنظر علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ نخست، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۸.
- نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، تقریرات درس جرم‌شناسی (از جرم‌شناسی انتقادی تا جرم‌شناسی امنیتی)، دوره دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، نیم‌سال دوم سال تحصیلی ۱۳۹۲-۱۳۹۱.
- نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین؛ ایارگر، حسین، «نظارت بر مجرمان پرخطر: راهکارها و چالش‌ها»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، دوره ۲، شماره ۶، زمستان ۱۳۹۳.
- نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین؛ رضوانی، سودابه، «سلب آزادی پیشگیری‌محور با تأکید بر ماده ۱۵۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، دوره چهارم، شماره ۱۲، پاییز ۱۳۹۴.
- نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین؛ هاشم بیکی، حمید، دانشنامه جرم‌شناسی، چاپ چهارم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۵.

- نوبهار، رحیم، «بازخوانی مستندات فقهی حکم اعدام برای تکرار جرایم حدی»، پژوهش‌های حقوق کیفری، سال دوم، شماره ۵، زمستان ۱۳۹۲.

- Ashworth, Andrew; Zedner, Lucia, Preventive Justice, Oxford University Press, 2014.
- Bonta, J, "Offender Risk Assessment: Guidelines for Selection and Use", Criminal Justice and Behaviour, vol. 29, 2002.
- Brown, Michelle, "New Penology", in: Bruinsma, G; Weisburd, D (eds), Encyclopaedia of Criminology and Criminal Justice, Springer Science Business Media, New York, 2014.
- Castel, R, "From Dangerousness to Risk", in: Burchell, G; Gordon, C; Miller, P (eds), The Foucault Effect: Studies in Governmentality, Hemel Hempstead, Harvester Wheatsheaf, 1991.
- Clear, T; Cadora, E, "Risk and Correctional Practice", in: Stenson, K; Sullivan, R (eds), Crime, Risk and Justice, Cullompton, Willan Publishing, 2001.
- Day, Andrew; Carson, Ed, Boni, Nadia; Hobbs, Gaynor, "The Management of Sex Offenders in the Community: from Policy to Practice", Australian Journal of Social Issues, vol. 49, No. 3, 2014.
- Feeley, M; Simon, J, "Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law", in: Nelken, D(ed.), The Future of Criminology, London, Sage Publications, 1994.
- Feeley, M; Simon, J, "The New Penology", Criminology, vol. 39, 1992.
- Fitzgibbon, D, An Pre-Emptive Criminalization: Risk Control and Alternative Futures, Issues in Community and Criminal Justice, Monograph No. 4, London, National Association of Probation Officers, 2004.
- Fu, X, "On Rational Response of Criminal Law to a Risk Society", Canadian Social Science, vol. 10, 2014.
- Garland, D, "The Culture of High Crime Societies", British Journal of Criminology, vol. 40, 2000.
- Garland, D, The Culture of Crime Control: Crime and Social Order in Contemporary Society, Oxford, Oxford University Press. 2001.
- Heberton, Bill; Seddon, Toby, "From Dangerousness to Precaution: Managing Sexual and Violent Offenders in an Insecure and Uncertain Age", British Journal of Criminology, Vol. 49, 2009.
- Kemshall, H, Understanding Risk in Criminal Justice, Open University Press, 2003.

-
- Kemshall, H; Maguire, M, "Community Justice, Risk Management and Multi-Agency Public Protection Panels", *Community Justice*, vol. 1, 2002.
 - Kemshall, H; Wood, J, "Beyond Public Protection: An Examination of Community Protection and Public Health Approaches to High-Risk Offenders", *Criminology & Criminal Justice*, vol. 7, 2007.
 - Kennedy, Leslie; Van Brunschot, Erin, *the Risk in Crime*, NY, Rowman and Littlefield, 2009.
 - O'Malley, P, *Risk, Uncertainty and Government*, London, The Glass House Press, 2004.
 - O'Malley, P, *Crime and Risk*, Impact Criminology Series, London, Sage Publications, 2010.
 - O'Malley, P, *Gendered Risks*, Abingdon, UK, Cavendish Publishing Limited, 2007.
 - Rose, N, "Government and control", *British Journal of Criminology*, vol. 40, 2000.
 - Simon, J, "Entitlement to Cruelty: Neo-liberalism and the Punitive Mentality in the United States", In: Stenson, Kevin; Sullivan, R (eds.), *Crime, Risk and Justice*, 2001.
 - Simon, J, "Managing the Monstrous: Sex Offenders and the New Penology", *Psychology, Public Policy and Law*, 4(1-2), 1998.
 - Stenson, Kevin, "The New Politics of Crime Control", In: Stenson, Kevin; Sullivan, Robert (eds.), *Crime, Risk and Justice*, Willan publication, 2001.
 - Ulrich, Beck, "Pioneer in Cosmopolitan Sociology and Risk Society", *Springer Briefs on Pioneers in Science and Practice*, Vol. 18, 2014.
 - Walker, N, *Dangerous People*, London, Blackstone Press, 1996.
 - Zedner, Lucia, "Pre-Crime and Post-Criminology?", *Theoretical Criminology*, vol. 17, issue 2, 2007.

چالش‌های تعیین صلاحیت قضایی و قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی بین‌المللی

ابراهیم نوشادی*

محمود باقری**

چکیده

استفاده از فناوری اطلاعات برای امر تجارت منجر به چالش در قواعد تعیین صلاحیت قضایی و قانون حاکم شده است. زیرا این قواعد با پیش‌فرض مکان و مرز و بر مبنای اصل تقرب فیزیکی وضع گردیده‌اند در حالی که در فضای مجازی مکان وجود ندارد. این عنصر لامکانی فضای مجازی سبب شده قواعد حقوقی سنتی صلاحیت که ابتدای اصلی آن بر مکان بوده در انطباق با فضای مجازی با چالش مواجه شود و این پرسش مطرح گردد که آیا می‌توان اعمال حقوقی فضای مجازی را به وسیله قواعد حقوقی سنتی صلاحیت تنظیم کرد. برای پاسخ به این پرسش باید قوانین حاکم بر تعیین صلاحیت و قانون حاکم را از حیث مبنا تفکیک و سپس مبانی قواعد تعیین صلاحیت (عامل ذهنی - عامل عینی) در انطباق بر فضای مجازی مورد ارزیابی کارکردی قرار گیرد.

کلیدواژه‌ها: فضای مجازی، قرارداد الکترونیک، قانون حاکم، صلاحیت قضایی، عامل ارتباطی.

Enoshadi@gmail.com

Mahbagheri @ ut.ac.ir

* عضو هیأت علمی دانشگاه محقق اردبیلی (نویسنده مسئول)

** عضو هیأت علمی دانشگاه تهران

تاریخ پذیرش: ۹۲/۰۱/۲۴

تاریخ دریافت: ۹۰/۰۷/۱۷

مقدمه

تعیین صلاحیت قضایی و قانون حاکم بر اعمال حقوقی در فضای مجازی اهمیت اساسی دارد، زیرا متصدیان تجارت برای ارزیابی استراتژی تجاری خود نیاز به وضوح حقوقی جهت تشخیص قواعد مادی حاکم بر قرارداد الکترونیکی فرامرزی منعقد دارند، چون نامشخص بودن موقعیت حقوقی در معاملات بین‌المللی منجر به مسئولیت‌های بالقوه می‌گردد و به عنوان یک عامل بازدارنده مانع از دخالت افراد در تجارت الکترونیک می‌شود.

بنابراین افراد برای ورود به تجارت الکترونیک نیاز به یک محیط حقوقی دارند که در آن با اطمینان خاطر مبادرت به انعقاد قرارداد الکترونیک نمایند. اطمینان نیز از طریق آگاهی از حقوق و تکالیف خود در هنگام عقد قرارداد الکترونیک حاصل می‌شود، لازمه آگاهی از این حق و تکلیف نیز قابلیت پیش‌بینی قانون حاکم بر قرارداد منعقد است، بنابراین شرط اساسی ورود افراد به تجارت الکترونیک اطلاع از حقوق و تکالیف ناشی از قانون حاکم بر قرارداد منعقد است. بدون این آگاهی، افراد بندرت مبادرت به انعقاد قرارداد الکترونیکی فرامرزی خواهند کرد و تجارت الکترونیک در بازارهای جهانی تضعیف خواهد شد.

در سطح داخلی، جهانی و منطقه‌ای برای ایجاد شفافیت حقوقی در این خصوص گام‌های متعددی برداشته شده،^۱ ولی هنوز این حوزه با ابهامات متعددی روبرو است، زیرا برداشت‌های متعدد از ماهیت فضای مجازی، منجر به پیشنهاد نظام‌های حقوقی متعددی برای اعمال در فضای مجازی شده است. به گونه‌ای که برخی آن را صرفاً یک وسیله ارتباطی و بی‌نیاز از وضع قواعد جداگانه و برخی دیگر آن را فضای مستقل و خارج از حاکمیت تقنینی و اجرایی دولت‌ها می‌دانند.^۲ علاوه بر این رویه قضایی زیادی در خصوص دعاوی مرتبط با معاملات الکترونیکی در ایالات متحده وجود دارد. اصول و قواعد تعارض قوانینی که در این پرونده‌ها به وسیله قضات

۱. رک: کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی، ۲۰۰۵، کنوانسیون موافقت‌نامه انتخاب دادگاه ۲۰۰۵، قانون تجارت الکترونیکی ایران، ۱۳۸۲، دستورالعمل تجارت الکترونیکی اتحادیه اروپا ۱۹۹۹، دستورالعمل امضاء الکترونیکی اتحادیه اروپا ۲۰۰۰ - یوتا (قانون متحدالشکل معاملات الکترونیکی ایالات متحده آمریکا)، ۱۹۹۹.

۲. برای مشاهده این دیدگاه‌ها که در قالب چند دسته کلی: استقلال فضای مجازی از حاکمیت کشورها، اعمال قوانین موجود بر فضای مجازی، ضرورت وضع نظام حقوقی جداگانه برای فضای مجازی، استفاده تلفیقی از قواعد حقوقی و فناوری برای تنظیم فضای مجازی قابل دسته‌بندی است؛ رک: باقری، محمود؛ نوشادی، ابراهیم، «چالش‌های صلاحیتی اعمال تجاری در فضای مجازی»، فصلنامه برنامه و بودجه، شماره ۱۱۲، بهار ۱۳۹۰.

به کار گرفته شده، روش‌ها و منابع ارزشمندی را برای قانون‌گذاران ملی، منطقه‌ای و بین‌المللی فراهم کرده است. از جمله مهم‌ترین روش‌های تعارض قوانین و صلاحیت در فضای مجازی در ایالات متحده شامل معیار «حداقل تماس»^۱ معیار «میزان فعالیت»^۲ و «روش هدف‌گیری»^۳ است. که در پاسخ به چالش‌های حقوقی ناشی از فناوری اطلاعات مورد عمل قرار گرفته‌اند.

دادگاه‌ها از سال ۱۹۹۶ تاکنون با موضوعات صلاحیتی ناشی از ورود این واسطه الکترونیکی درگیر بوده‌اند. بیشتر دعاوی مطروحه در فضای مجازی مرتبط با نقض علائم تجاری و توهین بوده است و دادگاه‌ها نیز بر اساس قوانین متبوع خود و موضوعات پرونده، نظم عمومی و اعمال قواعد صلاحیتی بر این واسطه جدید آرائی صادر کرده‌اند. دادگاه‌های آمریکا در این خصوص پیشتاز هستند اما دادگاه‌های فرانسه، استرالیا، کانادا نیز با موضوع صلاحیت در فضای مجازی مواجه بوده‌اند.

در پرونده لیکرا علیه شرکت یاهو یک دادگاه فرانسوی به صرف قابل دسترس بودن وبسایت یک خواننده آمریکایی بر آن اعمال صلاحیت کرد،^۴ زیرا معتقد بود فروشنده مانع از شرکت اتباع فرانسه در این حراج نشده است. طبق قانون فرانسه خرید و فروش اشیاء نازی‌ها جرم است. مکان وبسایت در فرانسه نبود و فرانسه را نیز مورد هدف قرار نداده بود بلکه صرفاً مکانی برای اشخاص جهت فروش کالاهایشان بود. دادگاه آمریکا در یک حکم اعلامی عدم صلاحیت دادگاه فرانسه علیه خواننده خارجی را اعلام کرد. در پرونده دوجونز علیه گوتنیک، دادگاه استرالیا بر یک سکنه آمریکا به صرف قابل دسترس بودن مطالب توهین‌آمیز سایت در استرالیا و قابلیت دانلود آن مطالب در محل اقامت خواهان [استرالیا] اعمال صلاحیت کرد^۵ با توجه به اینکه مبنای اعمال صلاحیت این دو دادگاه صرف قابلیت دسترسی به سایت بوده است، پس با اعمال این معیار هر دادگاهی در جهان واجد صلاحیت خواهد بود، دادگاه‌های آمریکا نیز

۱. برای بررسی مفهوم و مبنای وضع این معیارها و نحوه اعمال آنها در فضای مجازی رک:

- فای فنگفی، ونگ، «صلاحیت قضایی در دعاوی ناشی از قراردادهای اینترنتی، بررسی حقوق اتحادیه اروپا و ایالات متحده»، ترجمه عباس کریمی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰ شماره ۱۰۱ بهار ۸۹، ص ۲۵۱.

2. Sliding scale

3. Targeting

4. LICRA v. yahoo! Inc., Interim Court Order of November 20, 2000, online: Chicago-Kent College of law, conflict of Laws, Dean Henry H.Perritt , Jr.< <http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/>>. Last visited 2010.

5. Dow Jones & Company Inc v Gutnick [2002]HCA 56 (10 december 2002), online: AusLII [Dow Jones]. mentioned by Dan Jerker B. Svantesson. (2004) "An introduction to jurisdictional issues in cyberspace", pp54-55,available at: http://epublications.bond.edu.au/law_pubs/265

تصمیماتی بر اساس صرف قابلیت دسترسی به سایت و تفکیک وبسایت فعال از منفعل که به عنوان ضابطه میزان فعالیت و اثر شناخته می‌شود اتخاذ نموده‌اند. در پرونده اینست علیه شرکت اینتراکشن‌ست که راجع به نقض علامت تجاری بود دادگاه بر خواننده‌ای که نه در آمریکا مقیم بود و نه در آنها دارایی داشت و نه در آن کشور تجارت حضوری انجام داده بود اعمال صلاحیت کرد^۱ و مبنای صرف قابل دسترس بودن وبسایت خوانده بود.

اما دادگاه‌های آمریکا در خصوص اعمال صلاحیت به‌ویژه در خصوص نقض علائم تجاری معیارهای پیچیده‌تری را به کار می‌برند، در پرونده تولیدات شرکت زیپو علیه زیپودات کام صلاحیت بر مبنای میزان تعامل واقعی خواننده با کاربران مقیم در حوزه دادگاه احراز شد و اعلام شد که یک وبسایتی که به نحو مداوم مبادرت به معامله الکترونیکی با کاربران مقیم در حوزه دادگاه می‌کند، می‌تواند مشمول صلاحیت دادگاه حوزه قضایی کاربر شود. اما یک وبسایتی که صرفاً یک شماره تلفن برای خرید اعلام کرده یا ارتباط با آن از طریق پست الکترونیکی است، نمی‌تواند به صرف قابل دسترسی بودن صفحه وب آن مشمول صلاحیت قرار گیرد. اکثر دادگاه‌های آمریکا ضابطه «میزان فعالیت» را بر موضوعات صلاحیتی در فضای مجازی اعمال کرده‌اند، ولی برخی دادگاه‌ها با اعمال ضابطه اثر که قبل از پیدایش فضای مجازی توسط دیوان عالی در پرونده کالدر علیه جونز تأسیس شد، از اعمال ضابطه «میزان فعالیت» خودداری کرده‌اند،^۲ در اعمال ضابطه اثر دادگاه‌ها موضوع صلاحیت را از طریق بررسی اثراتی که عمده‌اً به وسیله خواننده مقیم خارج در حوزه قضایی دادگاه ایجاد می‌شود، احراز می‌کنند.^۳ این معیار در پرونده‌های سایبرسل، پاناوینسون برای احراز صلاحیت اعمال شد. در پرونده سایبرسل دادگاه قرار عدم صلاحیت صادر کرد اما در پرونده پاناوینسون دادگاه صلاحیت خود را محرز دانست زیرا خواننده عمده‌اً تلاش کرده بود که تجارت خواهان در حوزه قضایی دادگاه را تحت تأثیر قرار دهد.^۴

1. Inset Systems Inc. v. Instruction Set Inc., 937 F.Supp.161 (D.Conn. 1996) [Inset]. mentioned by Viktor ievpak, jurisdictional issue of e-commerce consumer contracts in the case of absence choice of court, short theses central European university, 2007.pp25-26. available at: www.etd.ceu.hu/2007/ievpak_viktor.pdf, last visited 2011
2. Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc. 952 F.supp 1119 (1997) [Zippo].
3. Panavision Int'l, L.P. v. Toepfen, 141 F.3d 1316, C.A.9 (cal.), 1998 [panavision]
4. Julia Alpert Gladstone, "Determining Jurisdiction in Cyberspace: the 'Zippo' Test of the 'Effects' Test?" Paper Presented to the Informing Science + information Technology Education Joint Conference, Pori, Finland, June 24-27, 2003, available online:

در مواردی که اعمال ضابطه اثر منجر به احراز صلاحیت دادگاه نمی‌شود، ضابطه میزان فعالیت را اعمال می‌کنند و بر این مبنا دادگاه می‌گوید که اگرچه خواننده به صورت فیزیکی در حوزه قضایی مقیم نیست، ولی اثرات ناشی از وبسایت، حضور وی در حوزه قضایی دادگاه را نشان می‌دهد.^۱

در ایالات متحده در مواردی به صرف قابلیت دسترسی به وبسایت، دادگاه صلاحیت خود را احراز کرده بود. اگرچه این احکام در ادامه به نحوی نقض شدند اما هنوز هم صرف دسترسی به وبسایت بر این مبنا که مدیر وبسایت قصد ایجاد آثاری در حوزه صلاحیت دادگاه داشته، می‌تواند مبنای اعمال صلاحیت قرار گیرد.

اتحادیه کانون وکلای دادگستری آمریکا در پروژه صلاحیت در فضای مجازی توصیه کرده که صرف وجود پایگاه داده مبنای اعمال صلاحیت قرار نگیرد، اما کشورها اعم از حقوق نوشته و کامن‌لا به طور فزاینده‌ای از ضابطه اثر به عنوان دستاویزی برای اعمال صلاحیت استفاده می‌کنند.^۲

اگرچه قانون‌گذاران برای پاسخ به این چالش در سطح جهانی، منطقه‌ای و داخلی مبادرت به قانون‌گذاری کرده‌اند، اما این اقدامات منجر به وضع نظام حقوقی جداگانه‌ای برای اعمال حقوقی در فضای مجازی نشده است. زیرا یافته‌های استقرایی در قوانین حاکم بر تجارت الکترونیک بیانگر این است که در زمینه قواعد ماهوی، اصول بی‌طرفی فنی و برابری کاربردی مبنای وضع قوانین ماهیتی حاکم بر قراردادهای الکترونیک قرار گرفته است، تا از این طریق شخص متوجه شود که تغییر عنصر متشکله قرارداد تغییری در رژیم حقوقی حاکم بر آن ایجاد نکرده است و قرارداد الکترونیک مشمول همان قوانین حاکم بر قراردادهای سنتی است. در زمینه قواعد تعارض قوانین نیز رویکرد جهانی و منطقه‌ای اعمال قواعد مرسوم در فضای مجازی است و از وضع عامل‌های ارتباط جداگانه برای تعیین قانون حاکم و صلاحیت قضایی در این فضا و ایجاد دو نظام حقوقی جداگانه صلاحیتی خودداری شده است. بنابراین همان قواعد تعارض قوانین مرسوم برای تعیین قانون ماهوی حاکم بر این نوع قراردادها اعمال می‌شود، لذا با مبنا قراردادن دو اصل برابری کاربردی و بی‌طرفی

→ <http://ecommerce.lebow.drexel.edu/eli/2003proceedings/docs/029glads.pdf> last visited 2016.

1. J.-G. Gastel, "The Internet in Light of Traditional Public and Private International Law Principles and Rules Applied in Canada", (2001) 39 Can. Y.B Int'l Law 3 at 42. (Accessable by google account)
2. London Meeting Draft "Achieving Legal and Business Order in Cyberspace" Report of the American Bar Association ("ABA") Jurisdiction in Cyberspace Project empanelled in 1998 under the title, "Transnational Issues in Cyberspace: A Project on the Law Relating to Jurisdiction."

فنی،^۱ رویکرد انطباق قواعد حقوقی موجود بر اعمال حقوقی واقع شده در فضای مجازی را اتخاذ کرده‌اند.^۲

بنابراین چون کشورها رویکرد انطباق قواعد حقوقی موجود بر فضای مجازی را اتخاذ کرده‌اند، بررسی چالش‌های ناشی از انطباق قواعد صلاحیتی موجود بر فضای مجازی ضرورت دارد و هدف این مقاله نیز بررسی قابلیت انطباق قواعد صلاحیتی موجود بر اعمال حقوقی در فضای مجازی است.^۳ از طرفی چون مجموعه قواعد صلاحیتی متحدالشکلی برای اعمال حقوقی (قراردادهای الکترونیکی) در سطح بین‌المللی نداریم و به عبارتی تئوری بخشی‌گرایی هنوز بر حقوق بین‌الملل خصوصی حاکم است. باید از طریق بررسی مصدقی قوانین حاکم بر تعارض قوانین و صلاحیت کشورها و تحلیل استقرایی، مبانی مشترک قواعد حاکم بر صلاحیت و قانون حاکم را استخراج کنیم و کارکرد آن مبانی را در فضای مجازی بررسی کنیم. بنابراین روش تحقیق این است که از طریق تحلیل استقرایی در قوانین حاکم بر صلاحیت، دو عامل ذهنی و عینی به عنوان مبانی مشترک قواعد تعیین صلاحیت و تعیین قانون حاکم مفروض گردیده و قابلیت انطباق این دو مبنا بر فضای مجازی از حیث کارکرد از طریق پاسخ به پرسش‌های ذیل ارزیابی می‌گردد.

آیا عامل ذهنی تعیین قانون حاکم و دادگاه صالح (شرط گزینش قانون حاکم و دادگاه صالح) می‌تواند از طریق ارتباطات الکترونیکی محقق گردد و به عنوان مبنای صلاحیت در فضای مجازی اعمال شود و در صورت عدم وجود عامل ذهنی، آیا عوامل عینی ارتباطی مبتنی بر مکان در انطباق بر تعهدات قراردادی منعقد در فضای بی‌مکان با چالش خاصی مواجه است؟

۱. مبانی قواعد تعیین صلاحیت

بررسی مصدقی و تحلیل استقرایی در قوانین صلاحیتی بیانگر این است که قواعد صلاحیتی عمدتاً بر دو مبنا استوار است: عامل ذهنی (توافق طرفین راجع به صلاحیت

۱. برای بررسی بیشتر راجع به اصل برابری کاربردی، ر.ک: کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی، ۲۰۰۵، متن تفسیری، ص. ۲۷.

۲. ر.ک: کنوانسیون موافقت‌نامه انتخاب دادگاه، ۲۰۰۵، بند (C) ماده ۳- کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی، ۲۰۰۵، ماده ۹- دستور العمل تجارت الکترونیکی اتحادیه اروپا، ۲۰۰۰، ماده ۹- دستور العمل امضاء الکترونیکی اتحادیه اروپا، ۱۹۹۹، ماده ۵- قانون نمونه تجارت الکترونیکی ۱۹۹۶، ماده ۱۱- قانون متحدالشکل معاملات الکترونیکی، (یوتا) ۱۹۹۰، ماده ۷- قانون تجارت الکترونیکی، ۱۳۸۲، ماده ۶.

۳. چالش‌های حقوق قراردادهای در فضای مجازی در مراحل چهارگانه: قبل از انعقاد قرارداد، مرحله انعقاد قرارداد، مرحله اجرای قرارداد، مرحله بعد از قرارداد وحل و فصل اختلافات قراردادی قابل بررسی است. البته، هدف این مقاله بررسی تمامی این مراحل نیست.

قضایی و قانون حاکم) که مصداقاً از طریق شرط گزینش قانون حاکم و دادگاه صالح یا موافقت‌نامه مستقل انتخاب دادگاه محقق می‌گردد، زیرا هر قراردادی باید متکی به یک قانون ملی یا بین‌المللی باشد تا بتوان آن را به عنوان معیاری برای سنجش صحت تشکیل و انجام تعهدات طرفین به کاربرد. به همین لحاظ طرفین قراردادهای تجاری بین‌المللی برای رفع این ابهامات، معمولاً مبادرت به درج شرط گزینش دادگاه (تعیین مرجع صالح برای رسیدگی به اختلافات ناشی از قرارداد) و تعیین قانون داخلی یک کشور به عنوان قانون حاکم بر قرارداد می‌نمایند. در صورت پیش‌بینی چنین شرطی در قرارداد، موضوع تنفیذ یا عدم تنفیذ حاکمیت اراده طرفین در این خصوص مطرح می‌گردد که عمدتاً موضوع به بررسی، مرتبط یا مناسب بودن قانون تعیینی بر قرارداد و جواز یا عدم جواز انتخاب قانون غیر دولتی (حقوق بازرگانی فراملی) محدود می‌گردد.

چنانچه طرفین مرجعی را برای رسیدگی به اختلافات یا قانونی را برای حکومت بر قرارداد تعیین نکرده باشند، موضوع تعیین قانون حاکم یا تعیین صلاحیت از طریق عامل‌های ارتباط عینی مطرح می‌گردد. عوامل ارتباط برای تعیین قانون مناسب و اینکه این قرارداد شایسته تعلق به کدامین سیستم حقوقی ملی است، اعمال می‌گردد که در این صورت قانونی بر قرارداد حاکم است که نزدیک‌ترین ارتباط را با قرارداد دارد معیارهای تعیین نزدیک‌ترین ارتباط نیز عواملی مانند محل اقامت یا سکونت طرفی که اجراء تعهد شاخص به عهده اوست یا محل انعقاد عقد، مکان مذاکره طرفین، مکان اجراء، محل وقوع موضوع قرارداد و تابعیت طرفین است که عمدتاً مبتنی بر یک عامل فیزیکی ملموس است. مبنای تمامی این عوامل ارتباط عینی اصل تقرب مکانی^۱ است که مصداقاً از طریق عوامل ارتباطی عینی محقق می‌گردد. نقطه تلاقی فضای مجازی با فضای مادی جهت تعیین صلاحیت نیز در صورت عدم وجود عامل ذهنی یا عدم اعتبار بخشی به آن از طریق این عوامل ارتباطی عینی احراز می‌گردد.

۲. عامل ذهنی

یکی از مبانی صلاحیت، قصد طرفین عمل حقوقی است یعنی طرفین قرارداد می‌توانند از طریق درج شرط گزینش دادگاه و قانون حاکم در قرارداد، قانون خاصی را بر قرارداد حاکم یا دادگاه خاصی را برای رسیدگی به اختلافات احتمالی تعیین کنند،

۱. اصل تقرب مکانی معادل اصطلاح *physical approximation* و به معنی این است که دادگاهی صالح به رسیدگی به دعاوی است و همچنین قانونی بر ماهیت آن دعوی حاکم است که نزدیک‌ترین ارتباط مکانی با عمل یا واقعه حقوقی رادارد.

در این صورت عنصر اساسی تعیین صلاحیت، قصد و نیت طرفین است که به عنوان یک عامل ذهنی مبنای احراز صلاحیت قرار می‌گیرد. در اکثر نظام‌های حقوقی عامل ذهنی به عنوان مبنای قاعده صلاحیتی جهت تعیین قانون حاکم و دادگاه صالح پذیرفته شده است و طرفین قرارداد اعم از الکترونیکی و کاغذی حق دارند هنگام عقد قرارداد یا بعد از آن توافق کنند که قانون خاصی بر قرارداد آنها حاکم باشد و در صورت بروز اختلاف معیاری برای تعیین حیطه تعهدات طرفین باشد. اصولاً حاکمیت اراده طرفین در این خصوص واجد اعتبار حقوقی است، مگر اینکه قانون انتخابی فاقد رابطه اساسی با طرفین یا معامله باشد یا اجرای قانون منتخب طرفین مغایر قواعد آمره و نظم عمومی باشد.^۱

بنابراین کشورها، اختیار طرفین در تعیین قانون حاکم را به عنوان قاعده می‌پذیرند و اجازه می‌دهند که طرفین متعاقد، قانون حاکم بر حل و فصل اختلافات قراردادی خود را انتخاب کنند، اعم از اینکه این انتخاب صریحاً بیان شده باشد یا از طریق اصطلاحات قرارداد یا اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد، به طور ضمنی احراز شود. ولی سؤال اصلی این است که آیا شرط گزینش از طریق ارتباطات الکترونیکی قابل تحقق است یا خیر. به عبارت دیگر حاکمیت اراده طرفین و بیان آن از طریق ارتباطات الکترونیکی نفوذ حقوقی دارد و آیا انطباق عامل ذهنی بر قواعد صلاحیتی در فضای مجازی با مشکل خاصی مواجه می‌گردد؟ این پرسش در راستای مباحث مربوط به اعتبار تشکیل قرارداد از طریق ارتباطات الکترونیکی مورد بحث قرار می‌گیرد، زیرا خود یک شرط قراردادی است.^۲ معهداً از مجموعه کنوانسیون‌ها اعم از جهانی و منطقه‌ای حاکم بر قراردادهای الکترونیکی می‌توان استنباط کرد که قرارداد الکترونیکی فاقد شکل خاصی است و اصول برابری کاربردی و بی‌طرفی فنی مانع از تبعیض شرایط شکلی مشترک نظیر نوشته و امضاء بین قراردادهای الکترونیکی و کاغذی شده است، لذا عامل ذهنی صلاحیتی از طریق ارتباطات الکترونیکی قابلیت تحقق دارد. به همین دلیل اکثر شرکت‌هایی که در محیط الکترونیکی مبادرت به تجارت می‌نمایند، در وبسایت‌های خود یا در قراردادهای الکترونیکی منعقد ماده‌ای را به شرط گزینش قانون حاکم اختصاص می‌دهند و از طریق آن شرط، قانون ماهیتی حاکم بر قرارداد را تعیین می‌کنند. بنابر این عامل ذهنی تعیین صلاحیت از حیث کارکرد در فضای

۱. برای بررسی محدودیت‌های اصل حاکمیت اراده طرفین قرارداد. رک: «محدودیت‌های اعمال قانون خارجی در تعارض قوانین»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۴، ۱۳۸۵، ص. ۱۱۳.

۲. برای مطالعه امکان تشکیل قرارداد از طریق ارتباطات الکترونیکی، ر. ک: السان، مصطفی، «ایجاب و قبول معاملات الکترونیکی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۳، ۱۳۸۵.

مجازی با مشکل خاصی مواجه نیست. بر همین اساس استفاده از عامل ذهنی برای تعیین قانون حاکم بر قراردادهای الکترونیکی مورد تأکید کنوانسیون‌های بین‌المللی قرار گرفته است.^۱ علاوه بر تعیین قانون حاکم طرفین حق دارند که دادگاه خاصی را برای رسیدگی به اختلافات قراردادیشان تعیین کنند. این شرط به شرط گزینش دادگاه مشهور است.^۲ چون انعقاد قرارداد به صورت الکترونیکی، جز قراردادهای مرتبط با نظم عمومی، تجویز شده است و در صورتی که منجر به یک سابقه دائم برای مراجعات بعدی شود، در حکم یک قرارداد کتبی محسوب می‌گردد. این قاعده مشمول قراردادهای الکترونیکی متضمن شرط گزینش دادگاه نیز می‌شود، زیرا امروزه انعقاد الکترونیکی موافقت‌نامه شرط گزینش دادگاه معتبر شناخته شده است و مانعی در جهت اعتباربخشی به آن وجود ندارد. مشروط به اینکه وسیله الکترونیکی که برای انعقاد موافقت‌نامه شرط گزینش دادگاه به کار می‌رود، قادر به ایجاد یک سابقه پایدار از آن برای مراجعات بعدی باشد.^۳ بر این اساس اکثر موافقت‌نامه‌های شرط گزینش دادگاه که به صورت الکترونیکی منعقد و ذخیره می‌شوند، شرط «کتبی بودن» را دارا هستند. ولی برخی ارتباطات الکترونیکی ناپایدار نظیر اتاق گفتگو و تلفن‌های اینترنتی که بر روی حافظه موقت کامپیوتر ذخیره می‌شوند، معادل اسناد کتبی قرار نمی‌گیرند.^۴ کنوانسیون راجع به موافقت‌نامه انتخاب دادگاه مصوب ۲۰۰۵ نیز با پیروی از رویه کشورها و همچنین اصل برابری کاربردی قانون نمونه،^۵ شرط گزینش دادگاه به صورت کتبی یا الکترونیکی مشروط به وجود یک سابقه پایدار از آن را معتبر می‌شناسد.^۶ مشروط به اینکه یا به صورت نوشته باشد یا بر روی یک واسطه بادوام که امکان مراجعات بعدی به آن وجود داشته باشد، ذخیره شده باشد.^۷ بنابراین درج شرط گزینش دادگاه در

۱. کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی، ۲۰۰۵، مقدمه.

۲. خلیلیان، خلیل، دعاوی حقوقی ایران و آمریکا مطرح در دیوان داوری لاهه، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲، ص. ۸۰.
۳. منظور از سابقه پایدار هر شکلی از سوابق الکترونیکی است نظیر نوار، دیسک سخت، فلاپی دیسک و غیره است که امکان مراجعه بعدی به سابقه الکترونیکی را فراهم کند. [قانون تجارت الکترونیکی، ۱۳۸۲، بند ق ماده ۲].

۴. قانون تجارت الکترونیکی، ۱۳۸۲، بند ق ماده ۲.

۵. منظور از اصل برابری کاربردی (Functional Equivalence) وضع قواعد تسهیلی مبنی بر شناسایی تجارت بر خط همانند تجارت سنتی و اعتبار بخشی و اثر بخشی به آن مبتنی بر وضع قوانینی حاکی از شمول قواعد موجود بر تجارت بر خط است که اصطلاحاً روش «برابری کاربردی» نامیده می‌شود. برای بررسی بیشتر ر. ک. به مجمع عمومی سازمان ملل متحد، کنوانسیون استفاده از نشانه‌های الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی (متن تفسیری)، ۲۰۰۵، ص. ۲۷.

۶. کنوانسیون موافقت‌نامه انتخاب دادگاه، پیشین، بند (C) ماده ۳.

۷. این رویکرد منطبق با اصول مندرج در قانون نمونه انسیترا ل راجع به تجارت الکترونیک است، زیرا از نظر قانون نمونه شرط کتبی بودن از طریق درج یک داده پیام بر روی یک واسطه با دوام قابل تحقق است. ر. ک. قانون نمونه تجارت الکترونیکی، ۱۹۹۶، ماده ۶ — قانون تجارت الکترونیکی، ۱۳۸۲، ماده ۲، بند ق.

قراردادهای الکترونیکی به شکل فوق شرایط شکلی لازم برای اعتبار حقوقی آن را ایفاء می‌کند. بر این اساس رویکرد قانون‌گذاری و رویه قضایی اصولاً بیانگر اعتبار قراردادهای راجع به شرط گزینش دادگاه به شکل الکترونیکی است، اعم از اینکه به صورت موافقت‌نامه مستقل منعقد گردند یا به عنوان یکی از شروط، ضمن عقد الکترونیکی درج گردد. معهداً ممکن است با توسل به اصول حاکم بر قراردادها نظیر یک‌جانبه بودن، مخالفت با نظم عمومی یا عدم احراز قصد التزام به شرط، بی‌اعتبار شناخته شود. یعنی رویکرد رویه قضایی در برخورد با شرط گزینش دادگاه به شکل الکترونیکی رویکردی موضوعی است و هر شرط باید مستقلاً در چارچوب قواعد ماهوی حقوق قراردادهای که از طریق اعمال قواعد تعارض قوانین مشخص می‌گردد، اعتبارسنجی شود. بنابراین برای تعیین اعتبار آن از لحاظ ماهوی باید تلفیقی از اصول و قواعد حاکم بر حقوق قراردادهای و قواعد آمره حمایتی را اعمال کرد که عمدتاً تحت عنوان ضرورت ارتباط دادگاه منتخب با دعوی، عدم مغایرت شرط با قواعد آمره و لزوم تعادل قدرت چانه‌زنی طرفین قرارداد مطرح می‌شود. همچنین اگر یکی از طرفین قرارداد مصرف‌کننده باشد، صرفاً پس از ایجاد اختلاف می‌توان مبادرت به تعیین شرط گزینش دادگاه در قرارداد کرد و هرگونه توافق منعقد شده قبل از اختلاف بی‌اعتبار است و نمی‌توان از این صلاحیت حمایتی به صورت قراردادی عدول کرد.^۱ نتیجتاً می‌توان گفت انطباق عامل ذهنی صلاحیتی از طریق ارتباطات الکترونیکی قابلیت تحقق دارد و انطباق آن بر فضای مجازی با چالش خاصی مواجه نیست.

۳. عامل عینی

چنانچه قرارداد فاقد شرط گزینش قانون حاکم و دادگاه باشد یا یکی از طرفین قرارداد مصرف‌کننده باشد یا شرط گزینش به دلایلی فاقد اثر حقوقی شناخته شود، نوبت به تعیین قانون حاکم بر مبنای عوامل عینی می‌رسد. بنابراین در غیاب هرگونه شرط صریح یا ضمنی انتخاب قانون، دادگاه‌ها برای اعمال اصل تقرب مکانی مبادرت به تعیین قانون حاکم از طریق تعیین و تشخیص نظام حقوقی که نزدیکترین و واقعی‌ترین رابطه را با قرارداد دارد، می‌کنند.^۲ برای اعمال اصل تقرب مکانی، باید عوامل عینی متعددی نظیر زبان قرارداد، واحد پول مندرج در قرارداد، محل وقوع موضوع قرارداد، اشاره به مقررات قانونی یا اصطلاحات حقوقی یک کشور در قرارداد

۱. قانون تجارت الکترونیکی، ۱۳۸۲، مواد ۴۶-۴۵ آیین‌نامه بروکسل ۲۰۰۱، ماده ۱۷.

۲. ایرانیپور، فرهاد، «نگاهی اجمالی به اصل حاکمیت اراده در حیطه انتخاب قانون حاکم بر تعهدات ناشی از قراردادهای تجاری»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۵۵، ۱۳۸۱، ص. ۲۸.

اقامتگاه فروشنده یا ارائه‌کننده خدمت، اقامتگاه مصرف‌کننده، محل وقوع مال غیرمنقول، محل انعقاد عقد، محل اجرای قرارداد مورد بررسی قرار گیرد تا بر اساس آنها قانون کشوری که نزدیکترین ارتباط با قرارداد را دارد برای حکومت بر قرارداد تعیین گردد. ولی تشخیص و تعیین بسیاری از این عوامل در محیط الکترونیکی با مشکل و ابهام مواجه است یا در صورت تشخیص نیز منجر به نتیجه مطلوب نمی‌گردد. چون اکثر عوامل ارتباطی فوق بر مبنای عنصر مادی مکان متکی هستند و فضای مجازی منجر به کم‌رنگ شدن این عوامل ارتباطی گردیده است، لذا اعمال قواعد تعارض قوانین مبتنی بر این عوامل ارتباط عینی که پیش فرض آنها وجود یک مکان فیزیکی است بر فضای مجازی که عامل مکان در آن نقش بسیار کم‌رنگی دارد. مواجه با اشکالات و ابهاماتی است.

قوانین حاکم بر قانون‌گذاری قراردادهای الکترونیکی نظیر قانون نمونه تجارت الکترونیکی، قانون تجارت الکترونیکی و کنوانسیون استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی قواعد تعارض قوانین مبتنی بر عوامل ارتباط عینی برای تعیین قانون ماهوی حاکم قراردادهای الکترونیکی پذیرفته است ولی چون آن قواعد بر مبنای اصل تقرب فیزیکی بین قانون حاکم و قرارداد وضع گردیده و مبنای احراز این تقرب نیز عوامل ارتباطی مبتنی بر مکان فیزیکی است، اعمال این عوامل ارتباطی در فضای مجازی برای احراز اصل تقرب و نتیجتاً تعیین قانون حاکم به لحاظ تفاوت ماهوی بین فضای مادی و مجازی (عدم وجود مکان در فضای مجازی) با مشکلاتی مواجه است لذا برای حل این مشکل بازتعریف عوامل ارتباطی تعیین قانون حاکم نظیر اقامتگاه، محل تجارت در فضای مجازی و به تبع آن نوسازی قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی ضرورت دارد. بر این اساس با بازتعریف این عوامل ارتباطی عینی تعیین صلاحیت؛ نظیر «مکان تجارت»^۱ «نزدیک‌ترین رابطه با قرارداد»^۲ «اقامتگاه دائم» انطباق آنها بر فضای مجازی جهت تعیین صلاحیت تسهیل شده است.^۳ در زمینه صلاحیت قضایی بر اعمال حقوقی در فضای مجازی نیز چون قوانین صلاحیتی متحدالشکل یا جداگانه‌ای وجود ندارد. قواعد حل تعارض داخلی کشورها مبنای قرار می‌گیرد. هر چند در مواردی نیز دولت‌ها مبادرت به انعقاد توافق‌نامه‌هایی راجع به

۱. قانون تجارت الکترونیکی ۱۳۸۲، بند ح ماده ۴.

۲. قانون تجارت الکترونیکی ۱۳۸۲، بند ۲ ماده ۶.

۳. برای مطالعه نقش اقامتگاه در تعیین صلاحیت قضایی و قانونی، رک: سلجوقی، محمود، بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ سوم، میزان، ۱۳۸۵، ص. ۱۰۳.

تعیین مجموعه قواعد صلاحیتی برای موضوع یا موضوعاتی کرده‌اند ولی این قواعد متحدالشکل نیز بخشی از حقوق بین‌الملل خصوصی آن کشورها محسوب می‌گردد.^۱ مبنای مشترک تمامی این قواعد موضوعه نیز اصل تقرب فیزیکی^۲ یا اصل حمایتی است که مصداقاً در قالب صلاحیت عام،^۳ صلاحیت خاص^۴ و صلاحیت تخصیصی^۵ قرار می‌گیرد،^۶ مبنای اساسی احراز صلاحیت قضایی عام یا خاص نیز اصل تقرب فیزیکی است. بر مبنای این اصل هر دادگاهی که به مکان واقعه حقوقی یا عمل حقوقی نزدیک‌تر است، بر اختلافات ناشی از آن واقعه یا عمل حقوقی صلاحیت دارد. احراز این تقرب از طریق عوامل ارتباطی عینی از جمله عامل ارتباط حضور در حوزه قضایی یا مصادیق حضور نظیر انعقاد قرارداد با سکنه حوزه قضایی، بهره‌مندی از منافع قانونی یا مادی حوزه قضایی، هدایت تجارت به سوی حوزه قضایی و تأثیر بر حوزه قضایی امکان‌پذیر است و بر اساس این عوامل ارتباطی می‌توان آن عمل یا واقعه را به دادگاه کشور خاصی مرتبط دانست. ولی چون مبنای تمامی این عوامل ارتباطی عینی، مکان جغرافیایی طرفین عمل یا واقعه حقوقی مربوطه است، انطباق یا احراز آن در فضای مجازی با چالش‌هایی مواجه است، زیرا ماهیت فضای مجازی، بی‌مکانی است و یافتن نقطه اتکای مکانی مشکل است.

از طرفی حقوق بین‌الملل اختیار کشورها برای اعمال صلاحیت بر وقایع و اعمال حقوقی را محدود می‌کند و آنان را ملزم می‌کند که اعمال صلاحیت قضایی خود را بر مبنای معقولی استوار نمایند تا در عرصه بین‌المللی مشروعیت داشته باشد. یعنی باید یک رابطه حقیقی بین واقعه یا عمل حقوقی با کشور متبوع دادگاه احراز شود و این امر نیز از طریق اتکا به یک عامل عینی ممکن است بنابراین لازمه اعمال صلاحیت معقول بر یک رابطه حقوقی احراز حداقل یک عامل ارتباطی عینی است. از طرف دیگر چون تشخیص اصل تقرب فیزیکی منوط به اتکا آن به یک مکان مادی است، انطباق آن بر فضای مجازی بی‌مکان مشکل است. یعنی مبنای اعمال صلاحیت در فضای مجازی احراز نقطه تلاقی فضای مجازی با دنیای واقعی است. لذا برای تعیین

۱. آیین‌نامه بروکسل اول ۲۰۰۱، کنوانسیون رم ۱۹۸۰، کنوانسیون رم اول ۲۰۰۸، موافقت‌نامه انتخاب دادگاه ۲۰۰۵.

2. Physical approximation
3. General jurisdiction
4. Special jurisdiction
5. Specific jurisdiction

۶. برای بررسی بیشتر در این خصوص، ر.ک:

- Faye, Fangfei Wang, *Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal Practices in the EU, US and China*, Cambridge University Press, 2009

صلاحیت از طریق عوامل ارتباطی عینی تعیین صلاحیت باید عواملی را مبنا قرار داد که هم نقطه تلاقی فضای مجازی و فضای مادی محسوب گردد و هم واجد معیار معقولیت باشد تا منجر به تعارض صلاحیت‌ها نشود.

نتیجه‌گیری

اگرچه فناوری‌های اطلاعاتی منجر به چالش‌های متعددی در قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی (تعارض قوانین و صلاحیت) شده است ولی منجر به وضع رژیم حقوقی جداگانه‌ای برای قراردادهای الکترونیکی در فضای مجازی نشده است، رویکرد کشورها انطباق قواعد صلاحیتی موجود بر اعمال حقوقی منعقد در فضای مجازی است.

در انطباق قوانین صلاحیتی موجود بر اعمال حقوقی منعقد در فضای مجازی قوانین صلاحیتی که بر مبنای اعتبار بخشی به عامل ذهنی تعیین صلاحیت وضع گردیده‌اند با چالش خاصی مواجه نیستند، ولی قوانین صلاحیتی مبتنی بر عامل عینی به لحاظ ابتدای آنها بر اصل تقرب مکانی و عدم وجود مکان در فضای مجازی با چالش مواجه هستند. بر همین اساس، بازتعریف آنها برای انطباق بر اعمال حقوقی منعقد در فضای مجازی ضرورت دارد. علاوه بر این چون مجموعه قوانین صلاحیتی متحدالشکلی برای تعیین صلاحیت بر اعمال حقوقی منعقد در فضای مجازی وضع نشده و اعمال قوانین صلاحیتی مبتنی بر عامل عینی نیز با چالش‌هایی مواجه است، در وضعیت حاضر راهکار مفیدی برای جلوگیری از عدم شفافیت موضوعات صلاحیتی حاکم بر قرارداد الکترونیکی است؛ زیرا اتکا بر قواعد صلاحیتی مبتنی بر عامل ذهنی در صورت عدم اتکا به آن یا عدم اعتبار بخشی آن موضوعات صلاحیتی قرارداد تابع قواعد مبهم و مختلف حل تعارض داخلی دولت‌ها قرار می‌گیرد و تعارضات صلاحیتی افزایش می‌یابد، ولی چون ممکن است دادگاه‌ها به دلایل ماهوی، شکلی، شخصی و موضوعی عامل ذهنی را مبنای احراز صلاحیت قرار ندهند. اتکا صرف به عامل ذهنی اما نمی‌تواند رافع مطلق چالش‌های صلاحیتی در تجارت الکترونیک باشد.

بر این اساس علاوه بر اینکه باید اصل را بر احراز صلاحیت در فضای مجازی بر عامل ذهنی قرارداد، ولی چنانچه به دلایلی عامل ذهنی به عنوان مبنای احراز صلاحیت قرار نگیرد باید از عوامل عینی برای احراز صلاحیت قضایی یا قانون حاکم استفاده کرد که واجد یک رابطه و ارتباط حقیقی با دادگاه یا قانون مربوطه باشد به گونه‌ای که بتواند هم معیارهای اعمال صلاحیت بر مبنای معقول را داشته باشد و هم منجر به تعارض مثبت یا منفی صلاحیت‌ها نگردد.

منابع

- آهني، بتول، «انعقاد قراردادهای الكترونيكي»، ندای صادق، فصلنامه فقه و حقوق اسلامي دانشگاه امام صادق (ع)، واحد خواهران، سال نهم، شماره ۳۴-۳۵، تابستان و پاييز ۱۳۸۳.
- السان، مصطفي، «ايجاب و قبول معاملات الكترونيكي»، مجله تحقيقات حقوقي، شماره ۴۳، ۱۳۸۵.
- _____، «تشكيل قراردادهای الكترونيكي»، فصلنامه پژوهشنامه بازرگاني، شماره ۳۶، ۱۳۸۴.
- ايرانيپور، فرهاد، «نگاهی اجمالي به اصل حاکمیت اراده در حیطه انتخاب قانون حاکم بر تعهدات ناشی از قراردادهای تجاری»، مجله دانشکده حقوق و علوم سياسي دانشگاه تهران، شماره ۵۵، ۱۳۸۱.
- باقري، محمود؛ نوشادي، ابراهيم، «چالش‌های صلاحيتی اعمال تجاری در فضای مجازی»، فصلنامه برنامه و بودجه، شماره ۱۱۲، بهار ۱۳۹۰.
- بختياروند، مصطفي، «صلاحیت محاکم در قراردادهای الكترونيك مصرف‌کننده»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سياسي دانشگاه تهران، شماره ۱۵، پاييز ۱۳۸۹.
- بناء نیاسري، ماشاءاله، «تشكيل قرارداد در فضای ساير»، مجله پژوهش‌های حقوق شهر دانش، سال پنجم، شماره ۹، ۱۳۸۵.
- اسمندينگاف، توماس جی، «قواعد ضروری جهت اعتبار تعاملات الكترونيكي در عرصه جهانی»، ترجمه مصطفي بختياروند، مجله حقوقی بين‌المللی، شماره ۳۸، ۱۳۸۷.
- هيل، جنيفر، «آينده قراردادهای الكترونيكي در عرصه بين‌الملل: خلأها و گريزهای ذاتی کنوانسيون سازمان ملل متحد راجع به بيع بين‌المللی کالا»، ترجمه مصطفي السان و زينب كنعاني، مجله حقوقی مرکز امور حقوقی بين‌المللی رياست جمهوری، شماره ۳۵، ۱۳۸۵.
- حجت‌زاده، عليرضا؛ نوشادي، ابراهيم، «قانون حاکم بر قراردادهای الكترونيكي بين‌المللی»، مجله حقوقی بين‌المللی، شماره ۴۴، ۱۳۹۰.
- خليليان، خليل، دعاوی حقوقی ايران و آمريکا مطرح در ديوان داوری لاهه، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲.
- سلجوقي، محمود، بايسته‌های حقوق بين‌الملل خصوصي، چاپ سوم، ميزان، ۱۳۸۵.
- رکودو، سيلويا، «رويکرد نظام حقوقی ایالات متحده آمريکا و اروپا به تشكيل قراردادهای الكترونيكي»، ترجمه ابراهيم نوشادي، ویژه‌نامه مجله حقوقی بين‌المللی، ۱۳۸۹.
- کاويار، حسين؛ مافی، همایون، «بررسی تطبيقی قانون حاکم بر قراردادهای الكترونيكي منعقد در محیط اينترنت از منظر نظام‌های حقوقی آمريکا، اتحاديه اروپا و ايران»، آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۱۵، بهار و تابستان ۱۳۹۶.

-
- هولتمارک رامبرگ، کریستینا، «دستورالعمل تجارت الکترونیکی و تشکیل قرارداد در چشم‌اندازی تطبیقی»، ترجمه مصطفی‌السان، مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۲۰، ۱۳۸۵.
 - نوری، سید مسعود، «اصول حقوقی تجارت الکترونیک با تأکید بر قانون تجارت الکترونیک ایران»، مجله حوزه و دانشگاه، شماره ۴۴، ۱۳۸۴.
 - نیکبخت، حمیدرضا، «مسائل مطرح در قانون حاکم بر قرارداد»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۹، ۱۳۸۳.
 - _____، «محدودیت‌های اعمال قانون خارجی در تعارض قوانین»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۴، ۱۳۸۵.
 - _____، «ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۲-۳۱، ۱۳۷۹.
 - _____، «چگونگی تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲۲-۲۱، ۱۳۷۶.
 - Faye, Fangfei Wang, *Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal Practices in the EU, US and China*, Cambridge University Press, 2009.
 - Folsom, Thomas, "Defining Cyberspace (Finding Real Virtue in the Place of Virtual Reality)", *Tulane Journal of Technology & Intellectual Property*, Vol. 9, 2007.

Challenges of Determining Jurisdiction and Applicable Law in International Electronic Contracts

Ebrahim Noshadi
Mahmood Bagheri

Abstract

The use of information technology in business has led to challenges in the rules governing jurisdiction and applicable law as, these rules are mainly based on the principle of physical approximation, while there is no physical space in the cyberspace, so how we can apply this principle to find out appropriate jurisdiction either law or court. Accordingly, this element of cyberspace has challenged the traditional legal rules of jurisdiction, which is based on place. This advent raised the question of whether legal actions in cyberspace can be regulated by traditional legal rules. In order to answer this question, we categorize rules governing on the determination of jurisdiction and applicable law according to their basis, and then fundamental bases of jurisdiction rules including mental factor and objective factor will be evaluated functionally.

Keywords: Cyberspace, Electronic Contracts, Jurisdiction, applicable law, Connecting Factors.

Risk-Oriented Penology: Features and Strategies

Rahim Nobahar
Yazdan Seyghal

Abstract

In contemporary time, there has been a kind of discursive transformation in the penology, called Risk-Oriented penology. This paper discusses the features and strategies of this notion. With the approval of laws such as Iranian Penal Code (April 2013), Iranian Code of Criminal Procedure (June 2015) and the evolution of Penalties, this trend of penology has, indirectly, seems to entered Iranian criminal law system. It is therefore desirable to be considered in a strategic manner. Risk penology focuses more on addressing the risk of potential offenders and the probability of recidivism through emphasizing the risk of offenders as well as managerial strategies. Indeed, while traditional penology emphasizes crime, as well as clinical and rehabilitative attitudes to determine a criminal response, in risk oriented penology the principle of certainty in the determination of crimes and punishments, loses its significance. Moreover, in this new approach of penology, assessment tools are widely used to exclude and incapacitate the risky offenders, and generally speaking, control, manage and reduce the risk. In Risk-oriented penology, however, enough emphasis is placed on the rationality in determining punishment, programming along with principles such as the principle of precaution in addressing risk.

Keywords: Risk Penology, Target-Oriented Strategies, Program-Oriented Strategies, Precaution Principle, Uncertainty of Punishment.

Electronic Trial versus Computer Crimes: Challenges and Necessities

Hasanali Moazenzadegan
Narjes Roosta

Abstract

Electronic trial means basing criminal proceedings upon electronic devices, logging, processing and exchanging information, which is a new phenomenon accompanied by computerizing of the works. It is supposed that this process plays an important role in modernizing criminal proceedings and making it more fair and economic.

In relation to the laws, electronic trial is a vague title on the ninth chapter of the Criminal Procedure Act, and is completely different from proceedings in computer crimes. There is partial overlap between these two, because electronic trial is about to use electronic instruments to try all crimes, but in trial of computer crimes, the purpose is to prove these type of crimes, using all possible ways, modern or traditional (non-electronic). Although, because trial of computer crimes is one type of differential proceedings, and this has been considered important in the Criminal Procedure Act, the differentiating factor is the use of computer in trial of computer crime. In other words, as the perpetrator uses computer to commit the crime, she will be tried by using the capabilities provided by computer. By doing so, trial of computer crimes will be a part of the electronic trial and their relationship will be a complete overlap.

Keywords: Electronic Trial, Computer Crimes, Differential Criminal Procedure, Criminal Process.

The Applicable Law on Non-contractual Obligations in the Uniform Rules of Rome II (2007) and the Law of Iran

Mahdi Abbasi Sarmadi
Seyyed Salman Seyedizadeh

Abstract

Non-contractual obligations, along with contractual obligations, form a large part of the legal obligations and, in aspect of conflict of laws, constitute a conflict resolution rule. The conflict of laws and the determination of the law governing non-contractual obligation arise when one or more foreign elements interfere. The most recent initiative in European legislation on conflicts of laws in non-contractual obligations was passed in 2007 which is known as the Rome II. In these regulations, law of the place of the damage is accepted as the general rule of law applicable to non-contractual obligations. Therefore, the Iranian judge faces a big problem in determining the applicable law, because Iranian legal system has not any rule in regard to the non-contractual obligations. In this case, some believe in the applicability of the law of the place of the incident. The other view is that, because of the lack of an explicit statute, the applicable law is the law of the court seat. In the Iranian law, we believe that the law of the place of the incident can be accepted as the applicable law. As well as this point, we will consider the regulations of the Rome II, as the first international document related to the non-contractual obligations.

Keywords: Non-contractual Obligation, Free Will, Law of Place of Occurrence, Rome II Regulation.

**The Status of the Benefits Resulting from Considerations after the
Revocation of the Transaction in the Iranian Law**

Gholam Ali Seifi
Rasool Bahrampoori
Hamed Sharifi

Abstract

In spite of expression of the rules of each legal option and the subsequent expression of the general rules of legal options, the Civil Code has suspended the status of the benefits resulted between the time of conclusion and revocation of the transaction. This suspension has brought about different views among lawyers. To obtain the rule for the status of benefits, we have to refer to other articles of the Civil Code in which there are two seemingly conflicting regulations. Article 287 concerning the cancellation of bargain distinguishes the types of benefits and grants the ownership of only separate benefits to a person who is the owner of consideration under the contract. However, Article 459 grants the ownership of benefits (including separate and inseparate) to the buyer.

To clarify the case further and to determine the status of the resulted benefits, we consider the general theory of the Civil Code and look for the solution of the problem in the Civil Code through the inductive method. The ideas of Shiite jurists on the status of benefits of consideration are also helpful in this exploration.

Keywords: Revocation, Inseparate Benefit, Separate Benefit, Dependence of Benefits On Considerations.

Comparative Study in Competition Law Regulations about Corporate Merger

Mehdi Haghghatjoo

Abstract

Methods and strategies of Companies extension in competition law like joint venture, acquisition and merger are various and numerous. Companies' merger is one of the most important strategies of increasing production capacity and expanding companies in the international commercial world. Increasing production capacity leads to expansion of market portion. Therefore the purpose of competition law can be abstracted in preserving market balance and controlling these policies for preventing creation unreasonable trusts and monopolies at market. So in the majority of pioneer countries in international commercial world there are different rules which have been approved for controlling of competitive methods and preserving market order and there are special courts to take care of performing these policies. For example, in the United States, Federal Trade Commission is supervising competition performance in market and on the basis of European community regulations, Trade Commission has the same duty. In England, courts should do this mission. In current Iranian legal system, Competition Council should supervise competition strategy to prevent anti-competitive performances.

Keywords: Permissible Merger, Prevented Merger, Unusual Monopoly, Substantial Lessening Of Competition, Domain Position.

Criminal Liability of Credit Institutions In Iranian Law

MohammadJafar Habibzadeh
Mahmood Saber
Hossein Samie Zonouz

Abstract

The demands of today's world and the Commitment of dangerous and harmful crimes by legal entities and the need for appropriate compensation for victims of damage and judicial -criminological considerations, have convinced legal systems such to accept criminal responsibility of legal entities. It is clear for credit institutions including banks, as well as other legal entities under certain conditions, to be eligible for criminal responsibility.

But accepting criminal liability for credit institutions as legal entities, is accompanied by this fundamental question: what are the conditions and criteria for assigning criminal liability to credit institutions as legal entities? Representing approach as a criteria for attributing criminal liability to credit institutions as legal entities, is approved by the Iranian legislature in Article 143 of the Islamic Penal Code, but due to flaws in this theory, including the difficulty of identifying responsible individuals and complicated structure of credit institutions, accepting of corporate responsibility theory is consistent with the basics of Identifying of criminal liability for credit institutions as legal entities and the principles of justice and fairness. At the same time, imposing criminal liability on the banks and credit institutions, requires that the legal representative of bank or credit union, "the" or "in the interests" of the bank or credit union as a legal person, commits a crime. The concept of legal representative of Credit Institutions, realization time of legal personality of governmental and non-governmental Credit Institutions, the Conditions of criminal liability realization, have ambiguities that critical analysis of them, is concerned with this article.

Keywords: Criminal Liability, Legal Personality, Enterprise-Oriented Activities, Banking Activities, Credit Institutions.

Challenges of Concurrence of Crimes Regulations in Cybercrime

Hamid Bahrmand

Abstract

One of the characteristics of cybercrimes is that perpetrators because of the possibility of anonymity and by finding ways to commit crimes can commit several crimes against multiple victims at the same time. On one hand, some crimes are committed by using methods such as phishing, which encompasses a wide range of victims. On the other hand, according to their personality, the perpetrators of these crimes are familiar with the techniques of committing the crime and also are aware of the criminal laws and regulations, and that the commission of the crimes more than certain numbers has no effect on the amount of their punishment. This makes these rules, which are, as a rule, applicable to individuals whose multiple crimes are exceptions, is not effective for cybercriminals whose single offense is often the exception, and criminal responses do not prevent them from other crimes. The failure to impose penalties, such as deprivation of electronic public services, both as primary punishments and as additional penalties do not prevent these criminals from committing another crime again after sustaining the main penalty. The ambiguity in the regulation of the multiple crimes and unclear boundaries between actual and virtual concurrence of crimes and numerous criminal consequences has led to differences in the determination of appropriate penalties in judicial proceedings. This article, by using a library-based resources and a descriptive-analytical method, in addition to interpretive method seeks appropriate solutions for solving problems.

Keywords: Concurrence of Crimes, Cybercrime, Cyber Space, the Economics of Crime and Punishment.

Extension of Arbitration to the Third Party Relying on the Estoppel Doctrine

Mohsen Izanloo
Babak Sheed

Abstract

Traditionally, lawyers believe that the arbitration agreement may not extend to the third parties by referring to the “privity of contract rule”. Actually in many international cases, there are various opinions about the extension of the arbitration to the persons who never signed the arbitration agreement and they are non-signatories. Estoppel rule as the main element of the “estoppel Doctrine on the extension of arbitration” is one of the most famous legal rules and regulations of the common law system, for years has appeared and illuminated in arbitration issues. Despite the importance of estoppel rule and its prevalence in international proceedings, there are no proper researches about the essence and effects of this rule. This comparative study on extension of arbitration agreement to the third parties with emphasis on the estoppel doctrine is one of the newest and practical issues may be the point of challenges between common law and statutory law legal systems.

Keywords: Arbitration, Estoppel, Extension, Third-Party, Approval.

Comparative Study of the Models of Sharia Proceedings in Islamic Countries

Ali Bahadori
Esmaeil Ajorloo

Abstract

The structure of the judicial system in contemporary Islamic countries is based on the modern models of the world. But, to fulfill the requirements of the Islamic laws, it has been affected by Islamic sharia. The basic issue is that do these legal systems have native models in combining these two approaches or not. What are these models and their pros and cons. This paper is about to analyze these models and their religious or non-religious characteristics. Overall, there are two models of proceedings system based on sharia. First, creating special courts of sharia, and second, trial in general courts, but according to the Islamic laws. The type of political system and its approach in relation to the religion is an important factor in applying these two models. Finally, both models are considered in relation to the realization of sharia laws, which is the ultimate purpose of these models.

Keyword: Sharia Proceedings, Fundamental Rights, Judicial System, Islamic Legislative, Islamic Countries.

Contents

Comparative Study of the Models of Sharia Proceedings in Islamic Countries	a
Ali Bahadori / Esmail Ajourloo	
Extension of Arbitration to the Third Party Relying on the Estoppel Doctrine	b
Mohsen Izanloo / Babak Sheed	
Challenges of Concurrence of Crimes Regulations in Cybercrime	c
Hamid Bahrmand	
Criminal Liability of Credit Institutions In Iranian Law	d
MohammadJafar Habibzadeh / Mahmood Saber / Hossein Samie Zonouz	
Comparative Study in Competition Law Regulations about Corporate Merger	e
Mehdi Haghighatjoo	
The Status of the Benefits Resulting from Considerations after the Revocation of the Transaction in the Iranian Law	f
Gholam Ali Seifi / Rasool Bahrampoori / Hamed Sharifi	
The Applicable Law on Non-contractual Obligations in the Uniform Rules of Rome II (2007) and the Law of Iran	g
Mahdi Abbasi Sarmadi / Seyyed Salman Seyedizadeh	
Electronic Trial versus Computer Crimes: Challenges and Necessities	h
Hasanali Moazenzadegan / Narjes Roosta	
Risk-Oriented Penology: Features and Strategies	i
Rahim Nobahar / Yazdan Seyghal	
Challenges of Determining Jurisdiction and Applicable Law in International Electronic Contracts	j
Ebrahim Noshadi / Mahmood Bagheri	

The Judiciary's
**Law
Journal**

The 81st Year of Publication/ No.100/ 2018 Winter

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: 4500

Price: 50000 R

Fax: 021-22091869

Web Site: www.jlj.ir

E-mail: majaleh_hoghooghi@jpri.ir
