

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيْمِ

مَحْلَهُ حُوْدَهْتَرِي

سال هشتاد و دوم / شماره یکصد و چهارم / زمستان ۱۳۹۷

به موجب مجوز شماره 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

سردیر: حسین میرمحمد صادقی

مدیر اجرایی: مهدی صبوری پور

اعضاء هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

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

سام سوادکوهی فر، سیدمرتضی قاسمزاده، علی حسین نجفی ابرندآبادی

حروف‌چینی، صفحه‌بندی و چاپ: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه

قیمت: ۵۰۰۰۰ ریال

شمارگان: ۲۰۰

نشانی: تهران، بزرگراه شهید چمران، بزرگراه پادگار امام (ره)، بعد از خروجی اوین در که،

پژوهشگاه قوه قضاییه، دفتر مجله حقوقی دادگستری

صندوق پستی: ۱۱۱۵۵ - ۳۵۱۵

تلفکس: ۰۲۱ - ۲۲۰۹۱۸۶۹

وب سایت: www.jlj.ir

نشانی پست الکترونیک: Majaleh_hoghooghi@jpri.ir

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

راهنمای تدوین مقالات

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

مجموّعه حقوقی

از نشریات
اداره فنی وزارت عدالت

درویش آموزگاری هسای وزارت عدالت

مواد اتحانات مستخدمین فضایی
بحث در موضوعات حقوقی

لیحیهات محکم
بن قوانین و تعیمات رسی
حقوق بیمه

هفته یکبار منتشر میشود

مخصوصیت مستخدمین عدالت و دادوطلبان خدمت قضائی

چهار شنبه ۱۹ مرداد ماه ۱۳۹۷

شرکت چاپ خودکار د ایران

شماره مسلسل

فهرست مقالات

۶۷

شماره بیستم (سال دوم) هجدهمین حقوق

ردیف	نوع اسناد	موضوع
<u>دروس آموزشگاههای وزارت عدالت</u>		
۱	آموزشگاه قضائی	حقوق مدنی
۲	آموزشگاه قضائی	اصول محاکمات حقوقی
۳	آموزشگاه قضائی	قانون مجازات عمومی
۴	آموزشگاه قضائی	نیت اسناد و املاک
۵	آموزشگاه قضائی	حقوق تجارت
<u>و ادامه مقالات همین قضايانی</u>		
۶	آموزشگاه قضائی	حقوق بین الملل عمومی
۷	آموزشگاه قضائی	حقوق جزائی
۸	آموزشگاه قضائی	تصرف عدوانی در حق و حریم
۹	آموزشگاه قضائی	أهلیت برای تصرف در مهر
۱۰	آموزشگاه قضائی	حمایت بین المللی اطفال
۱۱	آموزشگاه قضائی	سی فصل تحقیق و رهبری استنطاق
<u>قضیه های محکم</u>		
۱۲	آموزشگاه قضائی	تصمیم دیوان عالی تمیز برنقض در موردی که مدعی العموم اظهار عقیده نهایی در ماهیت امر نکرده است
۱۳	آموزشگاه قضائی	تصمیم دیوان عالی تمیز بر رد عرضحال در مورد استدعای تمیز از قرار قبول عرضحال ضمن حکمی که بنفع مستندی صادر شده
۱۴	آموزشگاه قضائی	برنقض درصورتیکه محکمه تحقیقات محلی را با مورد استماع شهادت شهود یکی بداند و از تحقیقات محلی خودداری نماید
<u>حقوق اخلاقی</u>		
۱۵	آموزشگاه قضائی	هیئت انعامیه در حقوق جزائی فرانسه
۳۹	آموزشگاه قضائی	آفای امیر علائی
۳۷	آموزشگاه قضائی	آفای دکتر آقایان
۳۸	آموزشگاه قضائی	آفای دکتر جلال عبدی
۳۹	آموزشگاه قضائی	آفای اخوی
۴۰	آموزشگاه قضائی	آفای حسن امامی
۴۱	آموزشگاه قضائی	آفای سپهبدی «بصر»

دنباله شماره پیش

در فرانسه

سایر دول ارقامی در این زمینه تقدیم کمیته
حمایت اطفال نموده‌اند که برای عدم تکرار و
تطویل از ذکر آنها صرف‌نظر میکنیم از همه
این ارقام فوائد محسوس - قابل ملاحظه
دادگاههای اطفال - دوایر کمکی - بنگاههای
ارادی محدود دارالتادیب‌ها استنباط میشود و
خواننده اگر ایمانش بارقام بیشتر از الفاظ باشد
یقیناً مقاعد خواهد شد

بخش سوم

دارالتادیب و بنگاههای تربیتی

Maisons de correction et maisons de relevemen

زندان در همه جای دنیا بنا بر تعریف دارای دیوارهای بلند - پنجره‌های کوچک - اطاقهای تاریک - غذای بد و زندانیان پر تحکم و کم حوصله است و هرچه در داخله آن مراعات انصباط و بهداشت و انتظام مكافات با مجرم شده باشد باز برای اطفال شایسته نیست طریقه افرادیش باعث اختلال جسمی و صحی و طریقه اجتماعیش موجود فساد اخلاق و بدمنشی آنان میگردد. بدینجهات عموم دول درین خصوص متحداً تضمیم گرفته‌اند که تا آنجاییکه امکان دارد اطفال را بزندان نفرستند - و به بنگاههای تربیتی بسپارند تا حرفاً آموخته بتوانند معاش خود را از آن تأمین کنند یا اگر چنانچه چاره منحصر بفرداست و بنگاههای تربیتی آماده و پرداخته نیست قسمتی مجزا برایشان تخصیص دهند تا با بدکاران تماسی نداشته باشند رژیم علیحده (اطاق صغار مجرم در همه کشورها دارای یک تخت خواب یک صندل - یک میز کوکب یک صندوقه، است -

عده اطفالی که در ۱۹۱۳ توسط دادگاههای	اطفال قضاوت شده‌اند بالغ بر ۱۳۱۹۴	بوده‌اند
۱۹۱۹	بمناسبت وقوع جنگ بین‌المللی به	
۲۱۰۹۵	رسیده است از این تاریخ به بعد هر	
ساله مرتباً عده اطفال مجرم بموجب جدول		
زیر نقصان یافته است		
از سال ۱۹۲۰ تا سال ۱۹۲۵		
اطفالی که مورد تعقیب پارکه واقع شده‌اند ۱۳		
« « «		۲۳۵۴ ساله
۷۵۳۷ سال ۱۶ و بین ۱۳	« « «	« « «
و ۱۰۸۸۲ « ۱۸ و		
بوده‌اند		

د، ابطالا

قانون ۱۹۲۵ حمایت اطفال و بخش نامه ۲۴
سپتامبر ۱۹۲۹ وزیر عدیله عضو دائمی حزب
فاشیسم دادگاههای اطفال را ایجاد کردند
بموجب آمار وزارت عدیله از ۱۸۹۸ تا ۱۸۹۰
حد متوسط سالیانه اطفال مجرم از ۹ تا ۲۱
سال ۳۳۰۰ بوده است
از ۱۹۲۱ تا ۱۹۲۳ - حد متوسط سالیانه به
۲۸۰۰ تنزل یافته
در ۱۹۲۸ حد متوسط سالیانه اطفال مجرم به
۲۸۷۴۰

بچه نحو توسط چه کسی انجام می‌یابد وزارت عدليه چه قسم نظارتی در امور داخلی آنها دارد

۳- اگر بر خلاف انتظار اطفال به بنگاههای تربیتی نرفته بزندان بروند چه قسم «رژیمی» برای آنها تخصیص داده شده در ساختمانهای جداگانه منزل دارند یا در زندانهای عمومی طریقه افرادی بر ایشان منظور شده یا اجتماعی تماسی با بدکاران و مجرمین عادی دارند یا خیر - طرز رفتار و تکلم زندانیان با ایشان چگونه است

۴- چند بنگاه تربیتی در کشور شما هست صنعتی اند یا فلاحتی - رژیم داخلیتان کدام است حداکثر توقف اطفال در آنها چقدر می‌باشد آیا اطفال در بدو ورودشان مورد امتحانات لازمه از لحاظ جسم روح - مخصوصاً بیماریهای روحی و دماغی و عصبی واقع می‌شوند یا نه

۵- چه قسم وسائل تفریح در این بنگاهها موجود است تعليمات مذهبی بچه نحو و بتوسط چه کس اجرا می‌شود معلومات نظری و فنی را چه نوع فرا می‌گیرند - آیا در انتخاب حرفة - علم - تعليمات مذهبی اطفال آزادند یا خیر و پس از فرا گرفتن علم یا فنی گواهی نامه در این خصوص از طرف بنگاه بانها داده می‌شود یا نه

۶- خدمتگذاران این بنگاهها کیانند - شرایط لازمه برای استخدام آنها چیست - زنها در بنگاههای تربیتی چه مقامی دارند و چه نوع سمتی را میتوانند داشته باشند مردها در بنگاههای مخصوص دختران جوان چه قسم کارهایی را عهده دارند - کار اطفال دستمزد دارد یا مجنب است دستمزد در صورت مجانی نبودن بخودشان داده می‌شود یا در صندوق ذخیره پس انداز می‌شود

۷- چه قدر و چه قسم آزادی برای اطفال قائل شده‌اید حق خروج هفتگی ماهیانه و سالیانه و دیدن اقوام کسان و بستگان خود را دارند یا نه - تعطیل تابستانی آنها چگونه است - بنگاه میتواند بطور مؤقت یا مشروط مرخصی چند ماهه بانان بدهد - شرایط آن چیست و توسط چه کس این تصمیم اتخاذ می‌شود

آب و نان فقط که بسایر زندانیان داده می‌شود بآنها نمیدهدند و وعده غذای سبزی - و در بعضی جاها روزهای یکشنبه حق داشتن شراب و گوشت دارند. زندانیان اطفال حق پوشیدن لباسهای مخصوص خود را ندارند بایستی لباسهای عادی در برداشته باشند برای حفظ اعتدال روح و جسمشان منظور دارند تا دفع فاسد با فسد نگردد.

کمیته حمایت بین‌المللی اطفال بهمه دول تذکر داده و تقاضا کرده که دیگر اطفال همانطور که در بلژیک و هندوستان و استرالی معمول است بزندان فرستاده نشوند و پس از صدور حکم دادگاه در موقع ورود بدارالت‌آدب یا بنگاههای تربیتی و آزادی محدود امتحانات لازمه از لحاظ جسم و روح مخصوصاً سلسه اعصاب آنها بعمل آید پس از تشخیص مبتلایان به بیماریهای روحی و دماغی را از دیگران جدا کرده درمان نمایند و آنانکه در تحت تأثیر فقر و بیچارگی رشد بقاعده و مطابق معمول نکرداند رژیم غذائی مخصوصی داشته باشند

(مهمنترین و کاملترین نمونه بنگاه آزمایشی بیماری - های روحی دماغی - عصبی که برای اطفال ساخته شده عملاء خدمات گرانبهایی برای نضج مجرمین خردسال و جلوگیری از جرائم اطفال کرده و میکند در بلژیک واقع است و باسم مکانی که در آن نزدیکی واقع شده است Moll (مل) نامیده می‌شود.

حال بینینیم کدام یک از کشورها تقاضاهای لازمه کمیته حمایت اطفال را عملی کرده‌اند سردبیر کمیته نامبرده در پایان جلسه یازدهم پرسش‌های زیرین را بهمه دول فرستاده پاسخ‌های آنها را خواستار شده است

۱- در کشور شما طبق چه قانونی صغار مجرم قضاؤت می‌شود - در چه سنی کلمه صغیر بخردسانان اطلاق می‌شود و در چه سن خاتمه می‌باید - مسئولیت جزائی از چه سن شروع می‌گردد - بچند طبقه خردسانان مجرم تقسیم شده‌اند

۲- بچه بنگاههای اطفال مجرم فرستاده می‌شوند - این بنگاهها دولتی‌اند یا ملی - مورد باز رسی واقع می‌شوند یا نه اگر واقع می‌شوند

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
چینش مقالات در این شماره براساس حرف نخست نام خانوادگی نویسنده مسئول می‌باشد.	
❖ راهکارهای دادخواهی قربانیان سلاح شیمیایی در جنگ تحمیلی	
در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران ۱۱	
توكل حبیبزاده / کیوان اقبالی / نجمه سمیعی منش	
❖ پیشگیری از بزه‌دیدگی جنسی در شبکه‌های اجتماعی ۳۹	
بهزاد رضوی‌فرد / محمدتقی رباط جزی / گلسا عمرانی	
❖ آثار پرونده شخصیت در حقوق کیفری ایران ۶۷	
راضیه سبزه‌علی / محمود اشرفی / مسعود حیدری	
❖ چالش‌ها و خلاهای موجود در فرایند رسیدگی به جرایم سایبری ۹۵	
جواد طهماسبی / خیرالله شاهمرادی	
❖ مرابحه بانکی و مشروعیت آن ۱۲۳	
امیرحسین علی‌زاده	
❖ مجازات تشهیر در تعزیرات (با رویکرد تطبیقی به مجازات‌های	
مبتنی بر شرم‌ساری در ایالات متحده) ۱۵۳	
علی غلامی / محمدحسین مجتبه‌ی / محمدحسن طهماسبی	
❖ امکان یا امتناع خصوصی‌سازی امور مربوط به قوه قضاییه ۱۷۹	
سید محمدمهردی غمامی / مهدی مرادی برلیان	
❖ بررسی شرط مذاکره در حل و فصل اختلافات تجاری با توجه	
به رویه قضایی بین‌المللی ۲۱۵	
عبدالحسین شیروی / محمدجavad کاظمی	
❖ مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری در قوانین ایران و	
اسناد بین‌المللی ۲۳۹	
عبدالعلی توجهی / هاله کریمیان	

توکل حبیبزاده*

کیوان اقبالی**

نجمه سمیعی منش***

چکیده

یکی از عمدترين مصاديق به کارگيري سلاح شيميايی در جريان مخاصمات مسلحane مدرن، استفاده گسترده ارتش عراق از آن در جنگ تحميلي بر عليه رزمندگان و غيرنظميان ايراني و حتى اتباع عراقي می باشد که در نتيجه آن هزاران تن شهيد و يا مصدوم گردیده اند. در اين ميان و به سبب لزوم حمایت يك دولت از اتباع خود، جمهوري اسلامي ايران هم با توجه به شدت آلام و آثار زيان بار وارده بر قربانيان ايراني حملات شيميايی عراق و خانواده هاي ايشان، وظيفه تسهيل دادخواهی اين افراد از مرتكبان حملات مزبور را بر عهده دارد. در همين راستا قوه قضائيه نيز به عنوان رکن قضائي کشور، تکليف به تسهيل و مساعدت در دادخواهی داخلی قربانيان ايراني حملات شيميايی عراق از طریق سازکارهای قضایی داخلی را بر عهده دارد.

در اين چارچوب، گرچه صلاحیت لازم برای ورود دادگاههای داخلی در اين حوزه وجود دارد، اما با توجه به عدم جرم انگاری جنایات بين المللی در قوانین داخلی ايران، دادخواهی کيفری يا مدنی مصدومان شيميايی ايراني و خانواده هاي ايشان از مقامات وقت عراق و همچنین افراد کمک کننده به تسلیح شيميايی ارتش بعث عراق منوط به جرم انگاری دقیق جنایات بين المللی و از آن جمله، جرم به کارگيري سلاح شيميايی به عنوان مصدقی از جنایت جنگی می باشد. از سوی ديگر، با توجه به اصل مصونیت

Thabibzadeh@gmail.com

* عضو هيأت علمی دانشگاه امام صادق (ع) (نویسنده مسئول)

Keivan_eghbali@yahoo.com

** دانش آموخته دکتری حقوق بین الملل دانشگاه علامه طباطبائی

Najmehsm.nsm@gmail.com

*** دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق بین الملل دانشگاه علامه طباطبائی

تاریخ دریافت: ۹۶/۰۴/۲۰ تاریخ پذیرش: ۹۶/۰۸/۱۴

قضایی دولت‌ها نزد دادگاه‌های یکدیگر، در حال حاضر تنها طرح مسئولیت بین‌المللی دولت آمریکا در دادگاه‌های داخلی ایران از جهت کمک به تسليح ارتش عراق به سلاح‌های شیمیایی، آن هم در چارچوب اصل عمل متقابل امکان‌پذیر خواهد بود.

کلیدواژه‌ها: سلاح شیمیایی، مسئولیت کیفری فردی، مسئولیت بین‌المللی دولت، صلاحیت دادگاه داخلی، عمل متقابل.

مقدمه

یکی از شاخصه‌های جنگ تحمیلی عراق بر علیه ایران، نقض شدید حقوق بین‌الملل بشردوستانه از سوی رژیم بعثت عراق و از آن جمله، استفاده از سلاح شیمیایی علیه نیروهای نظامی ایران و افراد غیرنظامی بوده که هنوز هم به رغم گذشت سه دهه از پایان جنگ تحمیلی، همچنان آثار مخرب و جبران‌ناپذیر آن بر مجروحان و جانبازان شیمیایی تداوم دارد. شواهد و مستندات موجود حکایت از آن دارد که موضوع استفاده عراق از سلاح شیمیایی، تنها با اتکا به توانایی‌های فنی و صنعتی ارتش عراق صورت نگرفته و با آگاهی، حمایت و مشارکت گسترده کشورهای غربی از جمله آمریکا، آلمان و سایر کشورها از عراق و پشتیبانی شرکت‌های دولتی و خصوصی این کشورها از برنامه سلاح شیمیایی دولت مذکور انجام شده است.

بنابراین، در راستای وظیفه دولت در حمایت از اتباع خود به موجب قانون اساسی، جمهوری اسلامی ایران ملزم است تا با طرح مسئولیت کیفری و مدنی مقامات و رژیم سابق عراق، همچنین افراد، شرکت‌ها و دولت‌های مشارکت‌کننده در تسليح شیمیایی آن کشور، به طور جدی موضوع را پیگیری نموده و اقدامات مقتضی را انجام دهد. در این میان رسالت قوه قضائیه جمهوری اسلامی در راستای تحقق عدالت و حمایت از قربانیان تجاوزات ایجاب می‌نماید که سازوکار مناسبی را برای حمایت مؤثر و کارآمد از قربانیان تسليحات شیمیایی و جانبازان شیمیایی در نظر بگیرد.

در این چارچوب از مهم‌ترین اقداماتی که می‌بایست در قبال جنایات ارتکابی توسط عراق و متحداش در جریان جنگ تحمیلی صورت گیرد، پیگیری قضایی موضوع و تلاش برای محکومیت کیفری مقامات عراقی مربوط و افراد کمک‌کننده به ایشان و همچنین تلاش برای طرح مسئولیت دولت وقت عراق و دولت‌های تجهیز‌کننده آن به مواد شیمیایی، به منظور دریافت غرامت و جبران بخشی از خسارات وارد به قربانیان ایرانی سلاح‌های شیمیایی می‌باشد. بر این اساس، تحقیق حاضر به بررسی مبانی و راهکارهای داخلی دادخواهی قربانیان مزبور اختصاص یافته است.

۱. به کارگیری سلاح شیمیایی توسط عراق با همکاری برخی اشخاص و دولت‌های غربی

از عمدۀ ترین جنایات عراق در دوران جنگ هشت ساله، کاربرد گسترده سلاح شیمیایی علیه نظامیان و غیرنظامیان ایران می‌باشد. در مجموع و بر اساس یک نگاه آماری بر اثر حملات شیمیایی عراق، تعداد ۱۰۰۰۰ نفر از اتباع ایران مصدوم و تعداد

۱۰۰۰۰ نفر هم شهید شده و از مردم عراق نیز بیش از ۷۲۵۰ نفر شهید (۵ هزار نفر مربوط به حلبچه و روستای اینب و بقیه مربوط به بیش از ۱۰۰ روستای استان‌های کردستان عراق و در مواردی شهرهای شمال عراق) و بیش از ۲۷ هزار نفر دارای مصدومیت شدید گردیده‌اند. نکته مهم آنکه عراق در انجام این حملات تنها نبوده و به عنوان نمونه در گزارشات مختلف آنسکام^۱ (گزارش آقایان رالف ایکیوس،^۲ هانس بلیکس^۳ و اسکات ریتر^۴) نام شرکت‌های خصوصی و فراملیتی اروپایی، آمریکایی، آفریقایی، آسیایی و استرالیایی و نام ۳۶ کشور ارسال‌کننده مواد و تجهیزات مورد نیاز برای طراحی و راهاندازی کارخانجات تولید سلاح‌های شیمیایی از زبان مسئولان و مقامات عراقی بر اساس اسناد و مدارک متقن ذکر گردیده است.

در این راستا می‌توان از کشورهای آمریکا، سوروی، یوگسلاوی، آلمان، رومانی، لهستان، مجارستان، چکسلواکی، چین، فرانسه، انگلیس، لوکزامبورگ، هلند، اسپانیا، پرتغال، بزرگیل، آرژانتین، کانادا، شیلی، بلژیک، سوئد، سوئیس، فنلاند، دانمارک، اسکاتلندر، استرالیا، هند، ژاپن، اردن، مصر، عربستان، امارات، کویت، سنگاپور و اندونزی به عنوان کشورهای شریک در تجهیز عراق به سلاح‌های شیمیایی نام برد و در ارتباط با شرکت‌های عمدۀ غربی همکاری‌کننده با عراق در تولید تسليحات مذکور هم باید به شرکت‌های مختلف آلمانی، آمریکایی، بلژیکی، فرانسوی و ... اشاره نمود.

در همین راستا، خود دولت عراق هم در گزارش ارسالی خویش به سازمان ملل در تاریخ ۷ دسامبر ۲۰۰۲، اعتراف می‌نماید که دستکم ۳۱ شرکت غربی و حتی آسیایی در ارتقای توانایی عراق در ساخت سلاح شیمیایی مشارکت داشته‌اند.^۵

۲. مسئولیت مقامات عراقی و حامیان تسليح شیمیایی ارتش عراق از دید حقوق بین‌الملل

در این بند سعی بر آن است تا مسئولیت کیفری و مدنی مقامات عراقی و حامیان تسليح شیمیایی آن مورد بررسی قرار گیرد. بر این اساس ابتدا مسئولیت کیفری فردی در به کارگیری سلاح شیمیایی و سپس مسئولیت مدنی ناشی از آن بررسی می‌گردد.

۱. کمیته‌ی ویژه سازمان ملل برای خلع سلاح عراق (UNSCOM) در ژوئن ۱۹۹۱ تشکیل شد و تا سال ۱۹۹۷ که کمیسیون ناظارت، بررسی و بازرسی سازمان ملل متحد (UNMOVIC) جایگزین آن گردید، فعالیت نمود.

2. Rulf Ekeus
3. Hans Blix
4. Scott Ritter

۵. برای اطلاعات بیشتر ر.ک:

<http://www.un.org/Depts/unscom/unscmdoc.htm>

6. Shanon, Philip, «Declaration Lists Companies That Sold Chemicals to Iraq», 21 December, 2002, at:
<http://www.nytimes.com/2002/12/21/international/middleeast/21CHEM.html>.

۱-۲. مسئولیت کیفری فردی مقامات و عاملان عراقی و حامیان تسليح شیمیایی ارتش عراق

حقوق بین‌الملل بشرطه ضمن حمایت از افراد در هنگام مخاصمات مسلحانه، تعهداتی را نیز برای آنان به دنبال دارد. در واقع در نظام حقوق بین‌الملل، در موقعیت‌هایی همچون نقض حقوق بشرطه، مسئولیت «فرد» به طور مستقیم مطرح شده و امکان محکمه و مجازات افرادی که از قواعد این نظام حقوقی تخلف می‌کنند، فراهم می‌شود. در این چارچوب باید تعاریف استاد بین‌المللی از جنایات جنگی را مورد توجه قرار داد. تازه‌ترین مقررات بین‌المللی که در آن سعی شده با توجه به ظرفات‌های قضایی «جنایات جنگی» تعریف شود، ماده ۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری با عنوان تعریف جنایت جنگی و مصاديق آن است. در این ماده هیچ اشاره مستقیمی به استفاده از «سلاح شیمیایی» نشده است. با این حال «به کاربردن سم یا سلاح‌های سمی»، «استفاده از گازهای خفه کننده، سمی یا سایر گازها و تمام سیالات، مواد یا ابزارهای مشابه» در بخش‌های ۱۷ و ۱۸ جزء «ب» بند ۲ از ماده ۸، در کنار دیگر نقض‌های فاحش قوانین و عرف‌های مسلم حقوق بین‌الملل حاکم بر منازعات مسلحانه بین‌المللی که جنایت جنگی محسوب می‌گردد، می‌تواند به‌طور غیرمستقیم به سلاح شیمیایی نیز تفسیر و تأویل شوند.^۱

همچنین باید ماده ۱۳۰ کنوانسیون سوم ژنو ۱۹۴۹ را مدنظر قرار داد که چنین اعمالی را تخلف عمدی از قواعد حقوق جنگ قلمداد می‌کند: «آدم‌کشی عمدی و شکنجه یا رفتار خلاف انسانیت به انضمام آزمایش‌های بیولوژیکی، ایجاد درد شدید به طور عمدی یا لطمہ شدید به تمامیت جسمی یا به سلامتی ...».^۲ ماده ۱۲۹ کنوانسیون سوم ژنو نیز تمامی دولت‌های عضو را ملزم به مجازات مرتکبان تخلفات مقرر در ماده ۱۳۰ آن کنوانسیون نموده است. بدیهی است که استفاده از سلاح شیمیایی به سبب ایجاد درد شدید و یا لطمہ عمدی به تمامیت جسمی و سلامتی افراد، آن هم بدون وجود ضرورت جنگی، مصدق بارز نقض ماده ۱۳۰ کنوانسیون سوم ژنو و جنایت جنگی است. به‌ویژه در شرایطی که مدت‌هast قواعد کنوانسیون‌های ژنو برای تمامی دولت‌ها، صرف نظر از تصویب یا عدم تصویب آنها، به صورت عرف بین‌المللی لازم‌الاجرا در آمده است.^۳

۱. جلالی، محمود؛ مقامی، امیر، «تعامل حقوق ایران و حقوق بین‌الملل کیفری در جرم انگاری کاربرد سلاح‌های شیمیایی»، نامه مفید، شماره ۷۰، ۱۳۸۷، ص. ۱۱۵.

2. Third Geneva Convention , 12 August 1949, Article.130.

۳. جهان‌تبغ، حسین؛ نجفی، حسین، «نقش و جایگاه پروتکلهای الحاقی به کنوانسیون ژنو در حقوق بین‌الملل»، فصلنامه جستارهای حقوق عمومی، سال دوم، شماره پنجم، ۱۳۹۷، ص. ۵۸.

به علاوه، مسئولیت کیفری فردی، منحصر به ارتکاب موارد نقض عمدۀ نبوده و هر گونه تلاش به منظور ارتکاب، کمک، معاونت، طراحی و یا ترغیب انجام آنچه جنایات جنگی محسوب می‌شود را نیز در بر می‌گیرد. سایر موارد نقض کنوانسیون که نقض عمدۀ محسوب نمی‌شوند نیز مشمول تنبیه‌های انضباطی هستند.^۱ بنابراین تمام افرادی که در ارتکاب موارد نقض حقوق بشر دوستانه در جریان جنگ عراق علیه ایران و از آن جمله توسل به سلاح‌های شیمیایی به نحوی نقش داشته‌اند، از میباشان گرفته تا شرکا و معاونان آن، تا مسئولان دولتی که از این گونه حملات آگاه بوده و یا حسب مسئولیتی که داشته‌اند باید از آن آگاه می‌بودند، بحسب نقشی که داشته‌اند، دارای مسئولیت کیفری بوده و جنایتکار جنگی محسوب می‌شوند.

یکی از راهکارهایی که به نظر می‌رسد می‌تواند گام مناسبی برای دادخواهی مصدومان شیمیایی باشد، طرح دعوای کیفری در دادگاه‌های ایران علیه این افراد است. مسأله‌ای که پیش از هر چیز نیازمند اعطای صلاحیت به دادگاه‌های ایران و در کنار آن جرم‌انگاری اعمال افراد فوق‌الذکر در قوانین کشورمان می‌باشد.

در بحث اعطای صلاحیت به نظر می‌رسد که قانون مجازات اسلامی تدبیر مناسبی را به منظور تعقیب کیفری افراد فوق‌الذکر اتخاذ نموده است. ماده ۳ این قانون چنین مقرر داشته است: «قوانين جزایی ایران درباره کلیه اشخاصی که در قلمرو حاکمیت زمینی، دریایی و هوایی جمهوری اسلامی ایران مرتکب جرم شوند، اعمال می‌شود مگر آنکه به موجب قانون ترتیب دیگری مقرر شده باشد». ماده ۴ نیز چنین اعلام داشته است: «هرگاه قسمتی از جرم یا نتیجه آن در قلمرو حاکمیت ایران واقع شود، در حکم جرم واقع شده در جمهوری اسلامی ایران است». گذشته از این باید به ماده ۸ اشاره نمود که به موجب آن: «هر گاه شخص غیرایرانی در خارج از ایران علیه شخص ایرانی یا علیه کشور ایران مرتکب جرمی به جز جرایم مذکور در مواد قبل شود و در ایران یافت شود و یا به ایران اعاده گردد، طبق قوانین جزایی جمهوری اسلامی ایران به جرم او رسیدگی می‌شود، مشروط بر اینکه:

- الف - متهم در جرایم موجب تعزیر در محل وقوع جرم، محاکمه و تبرئه نشده یا در صورت محکومیت، مجازات کلأاً یا بعضاً درباره او اجرا نشده باشد.
- ب - رفتار ارتکابی در جرایم موجب تعزیر به موجب قانون جمهوری اسلامی ایران و قانون محل وقوع جرم باشد».

نهایتاً می‌باشد ماده ۹ قانون مجازات اسلامی را مدنظر قرار داد که به موجب آن «مرتكب جرایمی که به موجب قانون خاص یا عهدنامه‌ها و مقررات بین‌المللی در هر

1. Third Geneva Convention, Op.cit, Article. 129.

کشوری یافت شود در همان کشور محاکمه می‌شود، اگر در ایران یافت شود، طبق قوانین جزائی جمهوری اسلامی ایران محاکمه و مجازات می‌گردد.»

بر این مبنای توان گفت که به موجب مواد مختلفی از قانون مجازات اسلامی نه تنها امکان تعقیب مقامات عراقی به کارگیرنده سلاح شیمیایی وجود دارد، بلکه عاملان خارجی تسليح عراق به این نوع سلاح نیز قبل تعقیب خواهند بود. در واقع صلاحیت مقرر برای دادگاه‌های ایرانی در مواد ۳ و ۴ قانون مجازات اسلامی، به خوبی در اکثر موارد به کارگیری سلاح شیمیایی توسط عراق در جریان جنگ تحمیلی امکان اعمال دارد. چرا که در اکثر موارد، مقامات عراقی مبادرت به استفاده از سلاح شیمیایی در خاک ایران نموده و بر این مبنای محل وقوع جرم در خاک ایران بوده است. گذشته از این به نظر می‌رسد که در موارد به کارگیری سلاح شیمیایی در خاک عراق نیز امکان اعمال صلاحیت دادگاه‌های ایرانی همچنان محفوظ است. چرا که بر طبق ماده ۸ در صورتی که جرم در خارج کشور و بر علیه اتباع ایران صورت گرفته و بدون محاکمه و مجازات مانده باشد، باز هم امکان اعمال صلاحیت توسط دادگاه‌های ایران محفوظ خواهد بود.

شواهد موجود حاکی از آن است که متأسفانه نه در دادگاه‌های عراق و نه در دادگاه‌های دول متبع افراد و شرکت‌های تسليح‌کننده عراق به سلاح شیمیایی، تاکنون توجه چندانی به مسأله استفاده از سلاح شیمیایی در جریان جنگ تحمیلی عراق و جنایت جنگی ارتکابی نشده و تنها در پرونده علی حسن المجید^۱ در دادگاه عالی جنایی عراق و پرونده فرانس ون آنرات^۲ در دادگاه هلند این موضوع مورد توجه قرار گرفته است. در نتیجه همچنان شاهد وجود پرونده‌های بازنده بسیاری در ارتباط با مقامات عراقی و اشخاص و شرکت‌های تسليح‌کننده ارتش بعث عراق به سلاح شیمیایی هستیم که امکان دادخواهی آنها توسط قربانیان ایرانی به موجب ماده ۸ فوق الذکر فراهم است. علاوه بر این، بر طبق ماده ۹ هم صرف نظر از وقوع جرم در خاک ایران یا عراق و بدون محاکمه ماندن آن، اعمال صلاحیت دادگاه‌های ایران نه به سبب عوامل فوق، بلکه به سبب وجود نوعی صلاحیت جهانی در نظر گرفته شده است.

لزوم اعطای صلاحیت جهانی به دادگاه‌های ملی در رسیدگی به جنایات بین‌المللی مدت‌ها است که مورد توجه جامعه جهانی بوده و در این راستا ماده ۱۲۹ کنوانسیون سوم ژنو ۱۹۴۹، کشورها را ملزم به شناسایی و تعقیب کیفری افرادی می‌کند که یا خود مرتکب جنایات جنگی شده و یا دستور ارتکاب آن را صادر کرده‌اند.^۳ این

ماده با استفاده از اصل «یا مسترد کن یا محاکمه کن»^۱ تدوین شده است. به این مفهوم که چنانچه افراد مظنون به ارتکاب یکی از موارد نقض عمدی کنوانسیون در حوزه صلاحیت دولت طرف کنوانسیون یافت شود، آن دولت فارغ از ارتباط فرد از لحاظ تابعیت و یا محل ارتکاب عمل با خود، ملزم است او را نزد محاکم خود محاکمه و مجازات کند و یا اینکه مرتکب را براساس قوانین داخلی خود به کشوری مسترد دارد که قصد محاکمه متهم را دارد.^۲ البته این اصل مانع از آن نیست که متهم به یک دیوان بینالمللی تحويل داده شود.

عدم اجرای اصل «محاکمه یا استرداد» و اصل صلاحیت جهانی از مهمترین عوامل بی‌کیفرمانی جنایتکاران جنگی هستند. بدین منظور، دولتها موظفند قوانین و مقررات کیفری داخلی خود را با کنوانسیون سوم ژنو تطابق داده و قوانین لازم را در این خصوص تصویب کنند. در ضمن، صدور عفو عمومی پس از خاتمه مخاصمات، شامل جنایتکاران جنگی نشده و نباید بنا به هر دلیلی این دسته افراد مورد عفو قرار گیرند. جنایتکاران جنگی عراقی جنگ تحمیلی نیز از این قاعده مستثنی نبوده و بر این مبنای تمامی دولتهای عضو کنوانسیون سوم ژنو، در صورت یافتن شدن این افراد در حوزه صلاحیتشان، ملزم به محاکمه آنها و یا مسترد نمودن ایشان به ایران جهت محاکمه توسط کشورمان خواهند بود. با توجه به آنچه که گفته شد، می‌توان گفت که دادگاه‌های داخلی ایران از صلاحیت لازم برای رسیدگی به اتهامات مقامات سابق عراقی مسؤول در به کارگیری سلاح شیمیایی و افراد مساعدت‌کننده به ایشان برخوردار هستند.

۲-۲. مسئولیت مدنی فردی مقامات عراقی و حامیان تسليح شیمیایی

ارتش عراق

در ارتباط با بعد مدنی مسئولیت افراد درگیری سلاح شیمیایی در جنگ تحمیلی، چند نکته قابل تأمل است. نخست آنکه گرایش عمومی به همگرایی بین راهکارهای جبران کیفری و مدنی در بسیاری از نظامهای حقوقی داخلی دیده می‌شود. به عنوان نمونه در حقوق آلمان و همچنین شماری از نظامهای حقوقی اروپایی، امکان مطالبه غرامت به سبب شبه جرم در رسیدگی‌های کیفری پیش‌بینی شده است.^۳ در

1. Aut Dedere Aut Jedicare

۲. فروغی، فضل الله؛ جودکی، بهزاد، «راحلهای تعارض صلاحیت در قلمرو حقوق جزای بینالملل»، مجله حقوقی بینالمللی، دوره سی و چهارم، شماره ۷۵، ۱۳۹۶، ص. ۲۶۰.

۳. نژندی‌منش، هبیت‌الله، «تأملی بر احقاق حقوق قربانیان سلاح‌های شیمیایی در پرتو صلاحیت مدنی جهانی: با تأکید بر قربانیان ایرانی کاربرد سلاح‌های شیمیایی جنگ عراق علیه ایران»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال هفدهم، شماره ۵۰، ۱۳۹۵، ص. ۱۰۴.

نظام حقوقی ایران نیز در ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری، مصوب ۱۳۹۲ چنین آمده است:

"ارتکاب جرم می‌تواند موجب طرح دو دعوا شود:

الف - دعوای عمومی برای حفظ حدود و مقررات الهی یا حقوق جامعه و نظام عمومی.

ب - دعوای خصوصی برای مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم و یا مطالبه کیفرهایی که به موجب قانون، حق خصوصی بزهديده است مانند حد قذف و قصاص".

نکته مهم آنکه در حقیقت، رسیدگی مرجع کیفری به دعوای نوع دوم، «امری استثنایی است چرا که یک مرجع کیفری در اصل، (تنها) صلاحیت رسیدگی به امور کیفری را دارد. از این رو باید گفت تنها دعوای مطالبه خسارات ناشی از ارتکاب جرم، در مرجع کیفری قابل اقامه و طرح است».^۱ در همین چارچوب، به موجب ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری «شاكی می‌تواند جبران تمام ضرر و زیان‌های مادی و معنوی و منافع ممکن الحصول ناشی از جرم را مطالبه کند». بر اساس ماده ۱۷ همین قانون نیز «دادگاه مکلف است ضمن صدور رأی کیفری، در خصوص ضرر و زیان مدعی خصوصی نیز طبق ادله و مدارک موجود رأی مقتضی صادر کند...».

همچنین به موجب ماده ۱۸ قانون آیین دادرسی کیفری، در مواردی که «رأی قطعی کیفری، مؤثر در ماهیت امر حقوقی باشد، برای دادگاهی که به امر حقوقی یا ضرر و زیان رسیدگی می‌کند، لازم الاتّباع است».

با وجود این، طرح مسئولیت مدنی مقامات عراق و حامیان آنها، چنان که بعد اشاره خواهد شد، مستلزم جرم‌انگاری دقیق به کارگیری سلاح شیمیایی در قوانین جزایی ایران است. به عبارت بهتر، «در صورتی که یک قربانی سلاح‌های شیمیایی، اعم از ایرانی یا غیر ایرانی بخواهد در خصوص ضرر و زیان وارد به خود نزد مرجع کیفری در جمهوری اسلامی ایران، دعوای خصوصی طرح کند، ادعای وی باید ناشی از یک عمل مجرمانه باشد». بنابراین، چنین فردی ابتدا باید اثبات کند که به کارگیری سلاح شیمیایی علیه وی، جرم (جنایت جنگی) بوده تا پس از آن بتواند دعوای مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم علیه فرد متهم و نیز کسانی که تجهیزات و مواد لازم برای درست کردن سلاح‌های شیمیایی را تأمین می‌کردد، مطرح نماید.

۳-۲. استناد به قانون مجازات اسلامی به منظور رسیدگی به جنایت به کارگیری سلاح شیمیایی در جنگ تحمیلی

در حال حاضر شاید با استناد به برخی مواد قانون مجازات اسلامی و بدون نیاز به جرم‌انگاری جنایت جنگی نیز بتوان عاملان عراقی به کارگیری سلاح شیمیایی و حامیان تسلیح شیمیایی عراق را تعقیب و مجازات نمود. به نظر می‌رسد مواد ذیل از قانون مجازات اسلامی می‌توانند در امر تعقیب و مجازات مقامات سابق عراقی به جرم استفاده از سلاح شیمیایی، همچنین حامیان آنها، در دادگاه‌های ایران مورد استناد قرار بگیرند.

ماده ۲۸۶ از کتاب نخست قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد:

«هرکس به طور گسترده مرتكب جنایت علیه تمامیت جسمانی افراد، ...، پخش مواد سمی و میکروبی و خطرناک ... یا معاونت در آنها گردد به گونه‌ای که موجب ... ورود خسارت عمده به تمامیت جسمانی افراد ... گردد مفسد فی‌الارض محسوب و به اعدام محکوم می‌گردد.»

و در تبصره آن ماده آمده است:

«هرگاه دادگاه از مجموع ادله و شواهد قصد اخلال گسترده در نظام عمومی، ایراد خسارت عمده ... را احراز نکند و جرم ارتکابی مشمول مجازات قانونی دیگری نباشد، با توجه به میزان نتایج زیانبار جرم، مرتكب به حبس تعزیری درجه پنج یا شش محکوم می‌گردد.»

با استناد به این ماده امکان محکمه اشخاص مذکور به سبب جنایت علیه تمامیت جسمانی افراد و همچنین پخش مواد سمی و میکروبی و خطرناک از یکسو و اشخاص حقیقی تسلیح‌کننده ارتش عراق به سبب معاونت در ارتکاب جنایات فوق از سوی دیگر وجود دارد، چرا که اعمال ایشان خسارات عمده‌ای را به تمامیت جسمانی افراد وارد نموده است. حتی در صورت عدم اثبات قصد ایشان در ایراد خسارات عمده از طریق استفاده از سلاح شیمیایی، باز هم تبصره الحقیقی به ماده فوق به کمک آمده و همچنان به علت نتایج زیانبار اعمال افراد مذکور بر اتباع ایران، امکان محکوم نمودن آنها به حبس تعزیری درجه پنج یا شش وجود خواهد داشت.

صرف نظر از ماده ۲۸۶، می‌توان به ماده ۶۱۲ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی هم اشاره نمود که مقرر می‌دارد:

«هرکس مرتكب قتل عمد شود و شاکی نداشته و یا شاکی داشته ولی از قصاص گذشت کرده باشد و یا به هر علت قصاص نشود در صورتی که اقدام وی موجب اخلال در نظام و صیانت جامعه ... گردد، دادگاه مرتكب را به حبس از سه تا ده سال محکوم می‌نماید.»

در تبصره الحقی به ماده مزبور در مورد معاونت در قتل عمد هم مجازات حبس از یک تا پنج سال پیش‌بینی شده است. به دیگر سخن، بر مبنای این ماده، حتی در صورتی که مقامات عراقی یا حامیان آنها شاکی خصوصی نداشته باشند، باز هم به سبب وارد نمودن آلام شدید به اتباع ایران و کلیت جامعه ایرانی، می‌توان ایشان را مجازات نمود.

النهاية طرح مسأله در چارچوب بحث قصاص نیز قابل بررسی است. به موجب ماده ۲۹۰ کتاب قصاص قانون مجازات اسلامی:

«جنایت در موارد زیر عمدی محسوب می‌شود: الف - هرگاه مرتكب با انجام کاری قصد ایجاد جنایت بر فرد یا افرادی معین یا فرد یا افرادی غیرمعین از یک جمع را داشته باشد و در عمل نیز جنایت مقصود یا نظیر آن واقع شود، خواه کار ارتکابی نوعاً موجب وقوع آن جنایت یا نظیر آن بشود، خواه نشود....»

بر این مبنای هم به نظر می‌رسد که با توجه به نیت مقامات عراقی در به کارگیری سلاح شیمیایی برای ایجاد جنایت بر اتباع ایرانی و آثار زیان‌بار ناشی از این عمل، از جمله مرگ قربانیان، عمل ایشان قتل عمد محسوب شده و بنابراین در مورد آن حتی می‌توان حکم به قصاص نفس متهمن صادر نمود.

بر مبنای آنچه گفته شد، اگرچه در مرحله نخست این گونه به نظر می‌رسد که با استناد به مواد قانونی فوق می‌توان به راحتی مقامات وقت عراقی استفاده کننده از سلاح شیمیایی و افراد تأمین‌کننده مواد و تکنولوژی مورد نیاز ایشان را در دادگاه‌های داخلی ایران محکمه و مجازات نمود، اما واقعیت آن است که استناد به مواد قانونی فوق در عمل با موانعی جدی روبرو خواهد گردید. علاوه بر مشکلات عملی همچون چگونگی یافتن عاملان و حامیان ارتکاب اعمال مزبور در خاک ایران به منظور محکمه و همچنین چگونگی اجرای عملی احکام صادره بر علیه ایشان، به سبب احتمال عدم اجرای احکام کیفری دادگاه‌های ایران توسط برخی از کشورهای متبوع محکومان، با توجه به گذشت بیش از دو دهه از وقوع جنایات ارتکابی، استفاده از قانون فوق الذکر ممکن است با بحث عطف به ماسبق شدن یا نشندن مقررات قانون مجازات اسلامی، به عنوان مثال ماده ۲۸۶، روبرو گردد.^۱

به عبارت دیگر، اعمال مقررات قانون مجازات اسلامی در رابطه با حملات شیمیایی ارتکابی عراق در جنگ تحمیلی تنها هنگامی امکان‌پذیر است که این مقررات نسبت به قوانین زمان وقوع عمل، دهه شصت هجری شمسی، دربردارنده قواعدی مبنی

۱. عطف به ماسبق نشندن قوانین کیفری در اصل ۱۶۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی صراحتاً پیش‌بینی شده است.

بر تخفیف یا عدم مجازات مرتكب بوده و یا از جهات دیگر مساعدتر به حال وی باشند. این در حالی است که مقررات قانون ۱۳۹۲، نه تنها دارای جنبه تخفیفی یا مساعدتر به حال مرتكبان نیستند، بلکه با جدا نمودن بحث افساد فی الارض از بحث محاربه و تشریح مفهوم فساد فی الارض در ماده ۲۸۶، تشدیدکننده مجازات ایشان محسوب می‌شوند.^۱

با وجود این و اگرچه بحث مرور زمان در ارتباط با حملات شیمیایی در جنگ تحمیلی، به عنوان مانع جدی و اولیه در تعقیب مقامات وقت عراقی و حامیان ایشان جلوه می‌نماید، اما با توجه رویکرد نوین مقررات بین‌المللی کیفری جدید، همچنین عرف بین‌المللی که با هدف مبارزه با بی‌کیفرمانی در مسیر نفی بحث مرور زمان در پیگرد جنایات المللی و از آن جمله جنایت جنگی به کارگیری سلاح شیمیایی حرکت می‌نمایند،^۲ به نظر می‌رسد که دیگر مرور زمان را نباید به عنوان مانع چندان مهمی در رسیدگی به جنایت به کارگیری سلاح شیمیایی در دادگاههای ایران محسوب کرد.

نکته مهم دیگری نیز در ارتباط با استناد به قانون مجازات اسلامی در تعقیب و مجازات مقامات عراقی مسئول به کارگیری سلاح شیمیایی وجود دارد که به نوبه خود می‌تواند استفاده از قوانین مرتبط با جرایم عادی و زمان صلح را به منظور تعقیب افراد به جهت اعمال ارتکابی در زمان جنگ، قابل انتقاد و غیرعادلانه جلوه دهد. به عبارت بهتر، اساساً قتل افراد در جنگ به عنوان جزء طبیعی این پدیده شوم محسوب شده و در نتیجه قیاس بین کشن افراد در جنگ با کشن افراد در زمان صلح و در نتیجه تعمیم قواعد لازم‌الاجرا بر این جرایم بر اعمال زمان جنگ، غیرمنطقی و ناعادلانه به نظر می‌رسد. در واقع، تنها در یک مورد می‌توان کشته شدن افراد در زمان جنگ را قابل تعقیب و مجازات دانست و آن زمانی است که کشته شدن قربانیان توسط متهمان و نیروهای تحت امرشان، به سبب عدم رعایت مقررات جنگ یا به عبارت بهتر ارتکاب جنایت جنگی اتفاق افتاده باشد. مسئله‌ای که خود حکایت از لزوم جرم انگاری جدگانه جنایت جنگی در قوانین جزایی ما داشته و تاکنون انجام نشده است.

بنابراین به نظر نمی‌رسد که تا زمانی که قوانین جزایی ایران، فاقد جرم‌انگاری دقیقی در ارتباط با جنایات بین‌المللی به معنای اعم و به کارگیری سلاح شیمیایی به معنای اخص باشند، امکان طرح مسئولیت کیفری و مدنی در دادگاههای کشورمان بر

۱. قانون زمان وقوع حملات شیمیایی قانون حدود و قصاص مصوب ۶۱/۶/۳ می‌باشد که در آن در بحث محاربه و افساد فی الارض هیچ‌گونه مقرراتی آنچنان که در ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مقرر شده، مشاهده نمی‌گردد. در ماده ۱۹۶ این قانون صرفاً به بحث محاربه اشاره شده و هیچ‌گونه تفکیکی بین محاربه و افساد فی الارض پیش‌بینی نشده است.

۲. رمضانی قوام‌آبادی، محمدحسین، «نهی مرور زمان در حقوق بین‌الملل کیفری»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۳، شماره ۴، ۱۳۹۲، ص. ۹۱.

علیه مقامات عراقی به جرم به کارگیری سلاح شیمیایی و اشخاص تسليح کننده ارتش عراق به مواد شیمیایی وجود داشته باشد.

۳. مسئولیت دولت عراق ناشی از به کارگیری سلاح شیمیایی و حامیان تسليحاتی آن

موضوع مسئولیت بین‌المللی در حقوق بین‌الملل کیفری، وجود مختلفی دارد. از یک سو تخلفات شناسایی شده در حقوق بین‌الملل کیفری، واجد جنبه کیفری و شخصی بوده و از سوی دیگر، مسئولیت کیفری برای دولتها علی‌رغم کوشش‌های صورت‌گرفته توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل مورد شناسایی واقع نشده است.^۱ پس از تصویب کنوانسیون منع نسل‌کشی در سال ۱۹۴۸ و شناسایی نسل‌کشی به عنوان یک جنایت بین‌المللی مستقل، همچنین با تدوین کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ و تلقی نقض فاحش مقررات این کنوانسیون‌ها به عنوان جنایات جنگی، نهاد جدیدی تحت عنوان مسئولیت کیفری دولتها در کنار مسئولیت مدنی آنها، مطرح گردید.^۲ کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز در پیش‌نویس سال ۱۹۸۰ خود راجع به طرح مواد مسئولیت بین‌المللی دولتها، در ماده ۱۹ تحت عنوان جنایات بین‌المللی و جرایم بین‌المللی دولتها، اقدام به شناسایی جنایت بین‌المللی دولتها کرده که البته در نهایت و پس از مواجه با مقاومت شدید دولتها ناچار گردید تا در طرح سال ۲۰۰۱ مسئولیت بین‌المللی دولتها، ماده مزبور را حذف نماید.^۳ در نتیجه باید چنین نتیجه‌گیری نمود که جامعه بین‌المللی هنوز هم بر همان رهیافتی تأکید دارد که کمیسیون حقوق بین‌الملل در اولین تکاپوهای خود برای بررسی مسئولیت بین‌المللی کیفری دولت اتخاذ نموده بود.^۴

بنابراین، در موضوع مسئولیت بین‌المللی دولتها همچنان صرفاً جنبه مدنی مسئولیت مطرح بوده و جامعه بین‌المللی هنوز حاضر به پذیرش بعد کیفری برای مسئولیت دولتها نشده است.^۵ از این رو در ارتباط با به کارگیری سلاح شیمیایی توسط عراق نیز تنها می‌توان از مسئولیت مدنی دولت عراق و دولتها تسليح کننده آن به مواد شیمیایی به سبب نقض تعهدات بین‌المللی سخن به میان آورد و از بعد کیفری

۱. دلخوش، علیرضا، «جنبهای گوناگون مسئولیت در حقوق بین‌الملل کیفری»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۴۴، ۱۳۹۰، ص. ۲۳۰.

۲. همان، ص. ۲۲۳.

۳. همان، ص. ۲۳۵.

۴. همان، ص. ۲۲۴.

۵. همان، ص. ۲۲۴.

تنها پیگرد مقامات عراقی مسئول و اشخاص خارجی حقیقی و حقوقی تجهیز کننده عراق به مواد شیمیایی امکان پذیر خواهد بود.

۱-۳. مسئولیت مدنی دولت عراق ناشی از به کارگیری سلاح شیمیایی در جنگ تحمیلی

دولتهای طرف کنوانسیون های ۱۹۴۹ ژنو در قبال نقض مقررات آنها مسئول بوده و نمی توانند با استناد به محاکمه افراد ناقص این معاهدات، از خود رفع مسئولیت نمایند.^۱ طرف مخاطمه ای که حقوق بشر دوستانه را نقض نماید در صورت اقتضا، مسئول پرداخت غرامت برای جبران زیان وارد بوده و بر این مبنای دولتها مسئول همه اعمال و رفتار افرادی هستند که بخشی از نیروهای مسلح آنان را تشکیل می دهند.^۲ به عبارت دیگر، نقض تعهدات بین المللی یک دولت، موجب مسئولیت بین المللی آن می شود.^۳ دولتها مسئول اعمال ارکان و نهادهای زیرمجموعه خود از جمله نیروهای مسلح خویش هستند.^۴ این اصل در مورد دولت عراق نیز حاکم بوده و در نتیجه در انتساب اعمال نیروهای مسلح عراق به دولت عراق مشکلی در میان نیست، زیرا همان گونه که اشاره شد، ارکان دولت عراق از نیروهای مسلح گرفته تا مقامات اجرایی و قضایی این کشور مرتكب موارد نقض عمد و فاحش کنوانسیون سوم ژنو در به کارگیری سلاح شیمیایی شده اند. بنابراین نه تنها مسئولیت دولت عراق در مقابل دولت ایران بلکه در برابر جامعه جهانی در کلیت آن ایجاد شده است. موارد نقض عمد و فاحش کنوانسیون های ژنو علاوه بر مسئولیت معاهده ای دو جانبی، موجب مسئولیت مشدد دولت نیز می شود، زیرا می توان این قواعد را عام الشمول^۵ محسوب نموده^۶ و آثار خاصی بر نقض آنها مترتب دانست.^۷

1. Third Geneva Convention, Article.131.
 2. Fourth Hague Convention of 1907, Articles.3
 3. International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, November 2001, Supplement No. 10 (A/56/10), Article.1
 4. Ibid., Article.4
 5. Erga Omnes
 6. ICTY, Kupreškić case, Judgement of 14 January 2000, para.23.
 7. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts., Article. 41.

ایران، به عنوان عضو دیگر پروتکل مذبور می‌باشد. پروتکلی که بنا به نظر دیوان اروپایی حقوق بشر در قضیه رد دعوای «ون آنرات»، مفاد آن به حقوق بین‌الملل عرفی نیز تبدیل شده است. بنابراین هیچ گونه تردیدی در ارتباط با مسئولیت بین‌المللی دولت عراق در قبال جمهوری اسلامی ایران، به سبب نقض قواعد مرتبط با ممنوعیت به‌کارگیری سلاح شیمیایی و خسارات ناشی از آن بر علیه اتباع کشور ما نمی‌توان روا داشت.^۱

۲-۳. مسئولیت مدنی دولتهای دیگر به سبب معاونت در تسليح شیمیایی عراق

افزون بر این باید به مسئولیت بین‌المللی کشورهای کمک‌کننده به تسليح شیمیایی ارتش عراق اشاره نمود. در این میان و به عنوان نمونه، مسئولیت بین‌المللی ایالات متحده به عنوان یکی از اصلی‌ترین حامیان عراق در جنگ و کمک‌کننده به تسليح شیمیایی این کشور را مورد بررسی قرار می‌دهیم. شواهد حاکی از آن است که آمریکا به صورت عملی حملات شیمیایی عراق علیه ایران را تسهیل نموده است. در این رابطه می‌توان به افشاگری روزنامه نیویورک تایمز اشاره نمود که چنین می‌نویسد:

"با کمک آمریکا، عراق به استفاده کینه‌توزانه از گازهای شیمیایی در جنگ با ایران مبادرت ورزید. دولت ریگان به صورت پنهانی، اطلاعات و نقشه‌های جنگی را در اختیار رژیم صدام قرار می‌داد، آن هم در حالی که به خوبی از استفاده عراقی‌ها از اطلاعات فوق به منظور حمله شیمیایی علیه ایرانی‌ها آگاه بود".^۲

این چشم‌پوشی آمریکا بر اعمال ارتش عراق در حالی بود که همزمان مقامات بلندپایه آمریکایی همچون جورج شولتز^۳ وزیر خارجه وقت آمریکا به صورت صریح استفاده عراق از سلاح شیمیایی در جنگ بویژه پس از حمله به شهر کردنشین حلبچه را تأیید و آن را سرزنش کرده بود.^۴

شاهد این مدعای سند سری شماره ۱۱۴ شورای امنیت ملی آمریکا مورخ ۲۶ نوامبر ۱۹۸۶ می‌باشد که بر طبق آن: «ایالات متحده به منظور جلوگیری از شکست عراق در

۱. عزیزی، ستار، «بررسی امکان مطالبه حقوق و جبران زیان‌های واردہ به قربانیان و خانواده‌های آسیب دیدگان بمباران شیمیایی سرداشت»، هفت‌نامه صور اسرافیل، شماره ۹۹، ۱۳۹۶.

2. Tyler, Patrick, «Officers Say U.S. Aided Iraq in War despite Use of Gas», The New York Times, August 18, 2002, at:
<http://www.nytimes.com/2002/08/18/world/officers-say-us-aided-iraq-in-war-despite-use-of-gas.html?pagewanted=all>

3. George Shultz.

4. Op.cit.

جنگ می‌بایست به هرگونه اقدام ضروری مبادرت ورزد.^۱ این حمایت اطلاعاتی بیشتر در قالب ارائه عکس‌های ماهواره‌ای از موضع نیروهای ایرانی صورت می‌گرفت که اطلاعات ارزشمندی برای عراقی‌ها در هنگام عملیات نظامی علیه ایران محسوب می‌شد.^۲

در کنار این گونه حمایت مستقیم اطلاعاتی آمریکا از عملیات نظامی عراق که در مواردی با استفاده از سلاح شیمیایی انجام می‌پذیرفت، باید به مجوز صدور مواد دارای کاربرد دوگانه و همچنین تأمین مالی عراق برای خرید مواد فوق و تجهیزات مورد استفاده در ساخت سلاح شیمیایی اشاره نمود که تماماً با آگاهی و مجوز مقامات آمریکایی صورت می‌گرفت. مسائلی که با توجه به اطلاع مقامات آمریکایی از برنامه ساخت و به کارگیری سلاح شیمیایی توسط عراق، به معنای رضایت این دولت به تسهیل و کمک به برنامه مزبور تلقی می‌گردند. در این مورد می‌توان به گزارش ساموئل گاجنسون^۳ نماینده دموکرات کنگره و رئیس کمیته فرعی تحقیق در ارتباط با صادرات تکنولوژی‌های حساس از آمریکا به عراق^۴ در سال ۱۹۹۱ اشاره کرد که بیان می‌دارد:

"از سال ۱۹۸۵ تا ۱۹۹۰ ایالات متحده ۷۷۱ مورد مجوز برای صادرات به عراق به ارزش یک و نیم میلیارد دلار مشتمل بر مواد بیولوژیک و تجهیزات پیشرفته با قابلیت کاربرد نظامی صادر نموده است. به عبارت بهتر ایالات متحده به مدت یک دهه دستیابی صدام به هر آنچه که می‌خواست را تضمین نمود."^۵

بدین ترتیب، در این خصوص باید از مسئولیت اشتراقی دولت آمریکا به علت کمک به ساخت و به کارگیری سلاح شیمیایی توسط عراق سخن به میان آورد. مسئولیت اشتراقی همان چیزی است که در حقوق داخلی از آن به مسئولیت ناشی از عمل دیگری یاد می‌شود. کمیسیون حقوق بین‌الملل هم در طرح سال ۲۰۰۱ راجع به مسئولیت بین‌المللی دولت، ضمن پرداختن به مسئولیت مباشر عمل متخلفانه بین‌المللی، از مسئولیت دولت یا دولتهایی که به نحوی از انجاء در ایفاء آن عمل

1. Dobbs, Michael, «U.S. Had Key Role in Iraq Buildup Trade in Chemical Arms Allowed Despite Their Use on Iranians, Kurds», Washington Post, December 30, 2002. at: http://courses.washington.edu/jsisb311/Case_Studies/Entries/2014/6/5_New_wars _For_A_New_Century_files/_U.S. Had Key Role in Iraq Buildup.pdf..
2. Tyler , Patrick, Op.cit.
3. Samuel Gejdenson.
4. Subcommittee investigating “United States Exports of Sensitive Technology to Iraq”.
5. Blum, William, «Anthrax for Export, U.S. companies sold Iraq the ingredients for a witch's brew», the progressive, April 1998, at: <http://www.progressive.org/news/2007/07/5080/anthrax-export>.

متخلفانه نقش داشته‌اند، غافل نمانده است.^۱ بر اساس طرح ۲۰۰۱ مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها، اگر دولتی، دولت دیگر را در ارتکاب عمل متخلفانه بین‌المللی یاری رساند، دارای مسئولیت بین‌المللی خواهد بود. برای احراز چنین مسئولیتی، اثبات دو شرط ضروری می‌باشد: ۱- آگاهی دولت کمک دهنده از شرایط حاکم بر ارتکاب عمل متخلفانه بین‌المللی ۲- مجرمانه تلقی شدن عمل در صورت انجام آن توسط خود دولت مزبور.^۲

در ارتباط با شرط نخست بر اساس آنچه گفته شد، تردید چندانی در ارتباط با آگاهی ایالات متحده از چگونگی استفاده از اطلاعات نظامی ارسالی، یعنی استفاده از آنها در عملیات بمباران شیمیایی و همچنین به کارگیری مواد با کاربرد دوگانه و اعتبارات تخصیص داده شده در برنامه ساخت سلاح شیمیایی توسط دولت عراق باقی نمی‌ماند، چرا که تمامی اقدامات فوق با اطلاع دقیق و حتی اعتراف مقامات آمریکایی در مورد ساخت و به کارگیری سلاح شیمیایی توسط عراق صورت گرفته و در حقیقت منجر به تسهیل برنامه ساخت و به کارگیری سلاح شیمیایی عراق شده است.

در ارتباط با شرط دوم، ابتدا باید آیا اساساً خود دولت ایالات متحده هم دارای تعهد بین‌المللی به عدم تولید و استفاده از سلاح شیمیایی در زمان مساعدت به عراق در این مورد بوده یا خیر؟ در این راستا می‌بایست به مقررات کنوانسیون دوم لاهه ۱۹۰۷ درباره جنگ‌های زمینی اشاره نمود. دولتهای شرکت‌کننده در کنفرانس دوم لاهه ۱۹۰۷، در ماده ۲۲ این کنوانسیون بر این نکته اساسی توافق کرده‌اند که «حق دولتها در استفاده از ابزار آسیب رساندن به دشمن، نامحدود نیست». در همین چارچوب، در ماده ۲۳ نیز بر ممنوعیت مواد و سلاح‌های سمی و گلوله‌ها و ابزارهای جنگی که درد و رنج بیش از حد ایجاد می‌کنند، تأکید شده است.^۳ در پروتکل ۱۷ ژوئن ۱۹۲۵ ژنو در مورد ممنوعیت به کارگیری سلاح شیمیایی هم کاربرد گازهای خفه‌کننده، سمی و دیگر گازهای مایعات و مواد مشابه ممنوع اعلام و این ممنوعیت به «روش‌های میکروب‌شناسانه» نیز تسری یافته است.^۴ النهایه باید به کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو ۱۹۴۹ نیز اشاره نمود که در آنها با استناد به ماده ۱۳۰ پیش گفته در کنوانسیون سوم

۱. ستایش پور، محمد؛ عابدینی، عبدالله، «استفاده عراق از سلاح‌های شیمیایی علیه ایران در جنگ تحمیلی: مسئولیت اشتغالی ایالات متحده امریکا»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال هفدهم، شماره ۵۰، ۱۳۹۵، ص. ۱۴۵.

2. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Op.cit., Article.16.

۳. ظریف، محمدجواد؛ سجادپور، سیدمحمد‌کاظم، دیپلماسی چندجانبه، جلد دوم، مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، تهران، ۱۳۸۷، ص. ۵۷.

۴. جلالی، محمود، منبع پیشین، ص. ۱۱۷.

ژنو، به صورت تلویحی استفاده از روش‌هایی همچون جنگ افزارهای شیمیایی ممنوع گردیده است.

شایان ذکر است که آمریکا در زمان جنگ تحمیلی به هر دو سند فوق، یعنی کنوانسیون لاهه ۱۹۰۷ و پروتکل ۱۹۲۵ ژنو و همچنین کنوانسیون‌های چهارگانه ژنو متعهد بوده است. آمریکا جزء نخستین تصویب‌کنندگان مقررات لاهه ۱۹۰۷ بوده و حتی تعهد این کشور به عدم توسل به سلاح‌های سمی، در سال ۲۰۰۴ و در جریان شکایت گروهی از قربانیان ویتنامی استفاده آمریکا از عامل نارنجی که خواهان جبران خسارات ناشی از کاربرد این ماده سمی توسط ارتش آمریکا، با استناد به نقض فاحش تعهد بین‌المللی مقرر در ماده ۲۳ مقررات ۱۹۰۷ لاهه بودند، مورد بررسی دادگاه‌های داخلی آمریکا نیز قرار گرفته است. در نهایت اگر چه دادگاه آمریکایی، استدلال‌های خواهان را در مورد تلقی عامل نارنجی به عنوان سلاح سمی، با این استدلال که عامل فوق تنها به گیاهان و نه به انسان‌ها آسیب زده و در نتیجه خارج از چارچوب مقرر در مقررات لاهه برای سلاح‌های سمی قرار می‌گیرد، رد نمود،^۱ اما از مفهوم مخالف استدلال به عمل آمده توسط آن می‌توان چنین نتیجه‌گیری نمود که دادگاه ایالات متحده خود معتقد به آن بوده که استفاده از هر گونه سلاح شیمیایی بر علیه انسان‌ها، بر خلاف تعهدات دولت ایالات متحده آمریکا به موجب مقررات ۱۹۰۷ لاهه می‌باشد.

در رابطه با پروتکل ۱۹۲۵، هر چند آمریکا علی‌رغم عضویت در میان ۳۸ کشور بنیان‌گذار پروتکل ابتدا از تصویب آن به مدت نیم قرن خودداری نمود، اما سرانجام در سال ۱۹۷۵ آن را تصویب کرده و از آن تاریخ به آن متعهد بوده است. این کشور در سال ۱۹۵۵ با الحق به کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۴۹ به آنها متعهد شده و با توجه به عرفی شدن مقررات آنها، تردیدی در متعهد بودن آمریکا به رعایت مفاد آنها باقی نمی‌ماند.

بر مبنای آنچه گفته شد، شرط دوم انتساب مسئولیت به یک دولت به سبب یاری‌رسانی به عمل متخلفانه بین‌المللی دولتی دیگر، یعنی مجرمانه تلقی شدن همان عمل در صورت انجام توسط خود دولت کمک‌کننده، در مورد ایالات متحده تحقق یافته است. به عبارت دیگر، ایالات متحده در زمان حمایت از تسليح شیمیایی عراق، خود نیز متعهد به عدم به کارگیری سلاح شیمیایی بوده و در نتیجه حمایت این دولت از عمل متخلفانه بین‌المللی عراق در به کارگیری سلاح شیمیایی، فراهم‌کننده موجبات مسئولیت آمریکا بر مبنای شرط دوم مذکور می‌باشد.

1. The Vietnam Association for Victims of Agent Orange/Dioxin V. Dow Chemical Company, at: <http://www.state.gov/documents/organization/87322.pdf>.

اما موضوعی که می‌تواند مانعی جدی بر سر راه رسیدگی به مسئولیت مدنی دولت عراق و حامیان آن در دادگاه‌های ایران تلقی گردد، مصونیت دولت از رسیدگی به اعمالش نزد دادگاه کشور دیگر است. چرا که دولتها به عنوان تابعانی با حاکمیت برابر در حقوق بین‌الملل حق اعمال صلاحیت قضایی نسبت به رفتار دیگر دولتها را ندارند.^۱ موضوعی که در بخش بعدی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۳-۳. قاعده مصونیت دولت و استثنای اقدام متقابل

بر اساس قاعده مصونیت دولت،^۲ هر دولتی متعهد است در راستای حفظ نظم و هماهنگی بین‌المللی از اعمال صلاحیت قضایی بر سایر دولتها اجتناب کند. در دکترین و رویه قضایی، این مصونیت دولت غالباً به عنوان تجلی اصل برابری دولتها تلقی شده است.^۳ به عنوان نمونه در قضیه «مک الحینی» دیوان اروپایی حقوق بشر چنین اعلام می‌نماید: «دیوان یادآوری می‌کند که مصونیت دولت یکی از مفاهیم حقوق بین‌الملل است که از اصل «میان برابرها هیچ کس برتری ندارد»^۴ ناشی شده و به واسطه آن هیچ دولتی نباید تحت صلاحیت دولت دیگر قرار گیرد.^۵ به موجب این قاعده، هر دولتی به دلیل برابری حاکمیتی خود با دولتهای دیگر، باید از اعمال صلاحیت سرزینی در پروندهای که در آن دولت دیگر خوانده دعوی قرار گرفته است، اجتناب کند.^۶

در نظریه مصونیت مطلق، همان‌طور که از عنوان آن پیداست، کلیه فعالیت‌های دولت اعم از تجاری، حاکمیتی و یا فعالیت‌های زیان‌بار آن از هرگونه اعمال صلاحیت در خارج از قلمرو آن دولت مصون می‌باشد. در واقع، در این نظریه از حاکمیت و منزلت دولتها چنان تفسیر گستردگی به عمل می‌آید که هرگونه اعمال صلاحیت قانون خارجی بر دولت، به منزله دنائت و تحریکی بزرگ قلمداد می‌شود.^۷ بنابراین اثر مصونیت، حمایت از یک دولت در قبال اعمال صلاحیت دادگاه‌های داخلی دولتهای دیگر است.^۸

1. Fellmeth, Aaron; Horwitz, Maurice, Guide to Latin in International Law, New York, Oxford University Press, 2009, p.14.

2. State Immunity

۳. خضری، سیدمرتضی، «مصطفیت دولت از نگاه حقوق بین‌الملل»، پژوهش اندیشه‌های حقوقی، سال اول، شماره ۳، ۱۳۹۱، ص. ۱۱۳.

4. par in parem non habet imperium

5. McElhinney v. Ireland (GC), European Court of Human Rights, Application no. 31253/96, 21 November 2001, para. 35.

۶ خضری، سیدمرتضی، منبع پیشین، ص. ۱۱۳.

۷. عبداللهی، محسن و میرشہبیز شافع، مصونیت قضایی دولت در حقوق بین‌الملل، چاپ دوم، معاونت پژوهش، تدوین و تحقیق قوانین ریاست جمهوری، ۱۳۸۶، ص. ۴۰.

۸ خضری، سیدمرتضی، منبع پیشین، ص. ۱۱۵.

البته باید توجه داشت که امروزه این نه دکترین مصونیت مطلق، بلکه دکترین مصونیت محدود می باشد که تقریباً از جانب تمامی کشورها مورد پذیرش واقع شده است.^۱ به عبارت دیگر، در حال حاضر صرفاً اعمال دولت‌های خارجی که در مقام اعمال حاکمیت انجام شده و همچنین آن دسته از اموال آنها که به انجام اعمال فوق اختصاص یافته، از قضاوت محاکم داخلی سایر دولتها و اقدامات اجرایی مربوط مصون می باشد. به دیگر سخن، مصونیت در مفهوم نوین آن، تنها در مورد اعمال «حاکمیتی و عمومی»^۲ قابلیت اجرا داشته و در خصوص «اعمال تصدی یا خصوصی»^۳ اجرا نمی شود.^۴ در واقع، اساس نظریه مصونیت نسبی بر تفکیک میان اعمال حاکمیتی و اعمال تصدی دولت استوار است،^۵ به این معنا که مصونیت دولت، منحصر به اعمال و اقتدارات حاکمیتی دولت بوده و شامل اعمالی که دولت در مقام تصدیگری و مشابه با یک بازرگان و شخص خصوصی به منظور کسب سود انجام می دهد، نمی گردد.^۶

علاوه بر این، در دو دهه گذشته، شاهد ظهور استثنایات جدیدی در عرصه حقوق مصونیت دولت هستیم. به طور کلی استثنایات مصونیت دولت را می توان به موارد رضایت صریح یا ضمنی دولت، طرح دعوای تقابل از سوی دولت نزد دادگاه دولت خارجی، و استثنای مصونیت اعمال و اموال تجاری خلاصه نمود. کنوانسیون ۲۰۰ ملل متحده راجع به مصونیت قضایی دولتها و اموال آنها نیز سه استثنا عمده بر مصونیت را مقرر می سازد که عبارتند از: (۱) انصراف از مصونیت (رضایت)؛ (۲) اموالی که به طور خاص مبنای طرح یک دعوای هستند؛ و (۳) دارایی‌هایی که برای مقاصد تجاری مورد استفاده قرار می گیرند و در قلمرو دولت متبع دادگاه واقع شده‌اند. حتی در رویه تقنیی و قضایی برخی کشورها به ویژه ایالات متحده، در دعاوی غرامت خدمات ناشی از عملیات تروریستی مورد حمایت دولت، مصونیت دولت به صورت کلی رد شده است.^۷

با وجود این، بررسی عملکرد دولتها، رویه قضایی و دکترین ما را به این نکته رهنمون می سازد که در حقوق بین‌الملل عرفی، هنوز قاعده‌ای به وجود نیامده که بر

1. Cassese, Antonio, International Law, 2nd Edition, USA, Oxford University Press, 2005, p.101.

2. Acta jure imperii

3. Acta jure gestioni

۴. حبیبی مجتبه، محمد؛ حسینی آزاد، سیدعلی؛ رحیم خوبی، الناز، «تقد عملکرد ایالات متحده آمریکا در نقض مصونیت قضایی دولتها در آینه حقوق بین‌الملل و رأی ۲۰۱۲ دیوان بین‌المللی دادگستری»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۱، ۱۳۹۳، ص. ۶۸.

۵. خضری، سیدمرتضی، منبع پیشین، ص. ۱۳۳.

۶. همان، ص. ۱۳۳.

۷. همان، ص. ۱۳۵.

اساس آن در صورتی که دولتی مرتکب نقض قواعد حقوق بشر شود، به طور کلی امکان استناد به مصونیت قضایی خود در برابر محاکم ملی سایر دولتها را از دست بدهد. در حقیقت نه در کنوانسیون ملل متعدد ۲۰۰۴ راجع به مصونیت قضایی دولتها و اموال آنها و نه در قوانین داخلی، استثنای صریحی بر مصونیت دولت در قبال نقض قواعد حقوق بشری وجود ندارد.^۱

بر این اساس به نظر می‌رسد که طرح دعوی علیه عراق و یا هر یک از دولتهای حامی تسلیحاتی وی به دلیل مصونیت قضایی این دولتها، در محاکم داخلی ایران امکان‌پذیر نخواهد بود، مگر آنکه بتوان به یکی از استثنایات قاعده مصونیت دولت در حقوق بین‌الملل استناد نمود. می‌توان گفت که دست‌کم در رابطه با یکی از کشورهای کمک‌کننده به تسلیح شیمیایی عراق، یعنی ایالات متحده آمریکا امکان نادیده گرفته شدن مصونیت قضایی آن بر مبنای اصل اقدام متقابل وجود دارد؛ چرا که دولت مزبور بر مبنای آنچه که در ادامه اشاره خواهد شد، مصونیت قضایی دولت ایران در محاکم داخلی خود را نادیده انگاشته است.

منظور از اقدام متقابل هر اقدام غیرخصوصه‌ای است که به خودی خود غیرقانونی است، اما زمانی که دولت زیان‌دیده در پاسخ به فعل متخلفانه دولت مسئول به چنین اقدامی مبادرت ورزد، جنبه غیرقانونی آن زایل می‌گردد. تردیدی نیست که در حقوق بین‌الملل معاصر «اقدام متقابل» یکی از واکنش‌های مشروعی است که در پاسخ به نقض تعهدات بین‌المللی یک دولت، ممکن است از سوی دولت ذینفع آن تعهد اتخاذ شود که این امر در حقوق بین‌الملل به عنوان یک قاعده مسلم پذیرفته شده است.^۲ کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز در پیش‌نویس مواد راجع به مسئولیت بین‌المللی دولتها برای اعمال متخلفانه بین‌المللی «اقدام متقابل» را ذیل فصل پنجم و به عنوان یکی از شرایط رافع وصف متخلفانه اعمال دولتها پیش‌بینی و اعلام داشته است که وصف متخلفانه بین‌المللی عمل دولت چنانچه در مقام اقدام متقابل باشد و شرایط مقرر در قسمت دوم بخش سوم این پیش‌نویس را هم رعایت نماید، زایل می‌شود.^۳

در ایالات متحده نیز تا سال ۱۹۹۶، دادگاه‌های این کشور به موجب قانون مصونیت‌های دولت خارجی^۴ مصوب ۱۹۷۶، تنها در موارد محدودی از امکان رسیدگی

۱. نواری، علی، «مصطفیت قضایی دولت و نقض حقوق بشر در پرتو عملکرد دولتها، رویه قضایی و دکترین»، فصلنامه سیاست خارجی، سال بیست و پنجم، شماره ۴، ۱۳۹۰، ص. ۱۰۸۱.

2. GabCikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), Judgment, 1. C. J. Reports 1997, para. 83.

3. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Op.cit, Article 22.

4. The Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)

به پروندهای مطروحه علیه دول خارجی برخوردار بوده‌اند، چرا که قانون مزبور مقرر می‌داشت که دولت‌های خارجی در برابر صلاحیت محاکم آمریکا، به استثنای موارد مندرج در مواد ۱۶۰۵ تا ۱۶۰۷ این قانون، از مصونیت برخوردار خواهند بود؛ به موجب این استثنایات، مصونیت دولت‌های خارجی تنها در صورت انصراف ارادی خود وی،^۱ انجام فعالیت‌های تجاری، سلب مالکیت^۲ در مغایرت با قوانین حقوق بین‌الملل، داشتن اختلاف در ارتباط با اموال واقع در خاک ایالات متحده، همچنین اعمال زیان‌بار^۳ یا ترک فعل^۴ رخداده در خاک آمریکا نادیده گرفته می‌شد.^۵ اما این قانون در سال ۱۹۹۶ مورد بازبینی قرار گرفته و بر اساس پارگراف الف از بند ۷ بخش ۱۶۰۵ قانون اصلاح شده فوق، در قضایایی که در آنها دعواهای جبران خسارت مالی علیه دولت خارجی در ارتباط با ایراد صدمه شخصی یا سلب حیات ناشی از شکنجه، قتل فracضاًی،^۶ خرابکاری در هواپیما و گروگان‌گیری اقامه شده باشد و یا این که چنین دعواهی به انجام حمایت مادی یا تأمین منابع برای چنین اعمالی معطوف باشد، مشروط به اینکه اعمال یا حمایت انجام‌شده توسط کارمند، مستخدم یا کارگزار دولت خارجی فوق که در حیطه مأموریت یا استخدام یا کارگزاری خود اقدام کرده، ارتکاب یافته باشد؛ دولت خارجی مزبور در برابر اعمال صلاحیت محاکم ایالات متحده، مصونیت نخواهد داشت.^۷

عدول ایالات متحده از رعایت مصونیت دولت‌ها، پنج ماه بعد و این بار با اصلاحیه فلاتو پرنگ تر می‌گردد. در اصلاحیه فوق، برای نخستین بار نوعی خسارت تنبیه‌ی^۸ در نظر گرفته شده که پیش از آن در چارچوب قانون مصونیت‌های دولت خارجی پیش‌بینی نشده بود. به موجب این اصلاحیه، اعمال کارمندان، مستخدمان یا کارگزاران دولت خارجی که به عنوان حامی توریسم شناخته شده، در زمانی که در حیطه مأموریت یا استخدام یا کارگزاری فرد مزبور صورت گرفته باشد و منجر به مرگ یا جراحات اتباع آمریکا گردد، در برابر سیستم قضایی ایالات متحده موجب مسئولیت آن دولت بوده و بنابراین دادگاه‌های آمریکا از امکان اعمال صلاحیت در ارتباط با خسارات مالی و خسارت تنبیه‌ی ناشی از این اعمال در صورتی که تحت شمول موارد مقرر در شماره ۷ از بند A ماده ۱۶۰۵ قرار گیرند، برخوردار گردیدند.^۹

1. Waiver
2. Expropriation of Property
3. Tortious
4. Omission

5. ر.ک: حبیب‌زاده، توکل؛ بهمن‌تاجانی، شهرام، «اعمال قانون مصونیت دولت‌های خارجی آمریکا: حاکمیت قانون یا تمکین محاکم از قوه مجریه»، مجله علمی-پژوهشی راهبرد، شماره ۶۵، زمستان ۱۳۹۱، صص. ۲۵۹-۲۹۰.
6. Extrajudicial Killing
7. FSIA, §1605(a)(7). the Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act 1996.
8. Punitive Damages
9. Flatow Amendment, Pub. L. No. 104-208, § 589, 110 Stat. 3009-172 (1996) (codified at 28 U.S.C. § 1605 (Supp. 2002)).

همچنین بر اساس اصلاحیه جدیدی بر قانون مجبور، موسوم به «قانون عدالت برای قربانیان تروریسم» که به عنوان بخشی از قانون مجوز دفاع ملی آمریکا^۱ محسوب می‌گردد و در سال ۲۰۰۸ تصویب شده، افراد غیرآمریکایی نیز در صورتی که در زمان حمله، عضو نیروهای مسلح آمریکا و یا کارمند دولت آن کشور بوده باشند، از امکان اقامه دعوى علیه دولت خارجی برخوردار شده‌اند.^۲ بر اساس همین قانون، تاکنون دادگاه‌های آمریکایی چندین بار علیه کشورمان رأی صادر کرده و به همین بهانه دستور به توقيف دارایی‌های ایران در آمریکا داده‌اند، به گونه‌ای که تنها از سال ۲۰۰۷، جمهوری اسلامی ایران به پرداخت بیش از ۱۰ میلیارد دلار غرامت به خانواده‌های قربانیان حوادث تروریستی ادعایی محکوم شده است.^۳

در همین چارچوب یک دادگاه فدرال در نیویورک در ماه سپتامبر سال ۲۰۱۳ با رد درخواست بانک مرکزی ایران، حکم به مصادره و توزیع یک میلیارد و ۷۵۰ میلیون دلار اموال مرتبط با بانک مرکزی ایران در حسابی در «سیتی بانک» نیویورک، بین خانواده‌های سربازان آمریکایی کشته شده در بمبگذاری سال ۱۹۸۳ در بیروت صادر نمود.^۴

بر مبنای آنچه گفته شد و بر طبق اصل عمل متقابل، ایران از حق نادیده گرفتن مصونیت قضایی دولت آمریکا در دادگاه‌های خود برخوردار بوده و بنابراین راه رسیدگی به مسئولیت آمریکا در ارتباط با کمک به تسليح شیمیایی عراق باز می‌باشد. خوشبختانه در این راستا اقدامات و بستراسازی‌هایی نیز صورت گرفته که از جمله مهم‌ترین آنها می‌باشد به قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوى مدنی علیه دولت‌های خارجی مصوب ۱۳۷۸ و اصلاحیه آن مصوب ۱۳۹۱ اشاره کرد. شایان ذکر است که قانون فوق الذکر تاکنون مبنای عمل دادگاه‌های ایران واقع شده و به نقل از سخنگوی قوه قضائیه، با استناد به آن دادگاه صالح ایران شکایت شاکیان ایرانی صدمهدیده از اقدامات خصم‌مانه ایالات متحده را مورد رسیدگی قرار داده و به محکومیت پنجاه میلیارد دلاری آمریکا به پرداخت غرامت نیز حکم صادر نموده‌اند.

به موجب ماده ۱ این قانون:

«برای مقابله و جلوگیری از نقض مقررات و موائز حقوق بین‌الملل، اشخاص حقیقی و حقوقی می‌توانند از اقدامات دولت‌های خارجی که مصونیت قضایی دولت

1. National Defence Authorization Act for Fiscal Year 2008 (NDAA)

۲. عبداللهی، محسن؛ نصیری محلاتی، زوبین، «گزارشی از آخرین تحولات نقض مصونیت ایران در دادگاه‌های ایالات متحده»، سالنامه حقوق تطبیقی و بین‌الملل، شماره ۳، ۱۳۸۶، ص. ۲۷۹.

3. <http://www.farsnews.com/newstext.php?nn=13930724000048>

4. <http://www.farsnews.com/newstext.php?nn=13940117001312>

جمهوری اسلامی ایران و یا مقامات رسمی آن را نقض نمایند، در دادگستری تهران اقامه دعوی کنند. در این صورت دادگاه مرجوع‌الیه مکلف است به عنوان عمل متقابل به دعاوى مذكور رسيدگى و طبق قانون، حكم مقتضى صادر نماید.»

نکته مهمی که در ماده ۱ قانون فوق مقرر گردیده، این است که این قانون فقط در مورد کشورهایی اجرا می‌شود که در فهرست تهیه شده از سوی وزارت امور خارجه جمهوری اسلامی ایران قرار داشته باشند. به عبارت دیگر، وزارت خارجه مکلف است فهرستی از کشورهای ناقص مصونیت بین‌المللی ایران را که موضوع اقدام متقابل ایران در چارچوب قانون مصوب ۱۳۹۰ قرار می‌گیرند، تهیه نموده و در اختیار دستگاه قضایی قرار دهد. همچنین به موجب ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی قانون مذکور، تهیه فهرست دولت‌های خارجی حامی اشخاص یا گروههای تروریستی نیز به وزارت امور خارجه محول شده است.^۱ در نتیجه، دعاوى علیه سایر کشورها همچنان مشمول قاعده کلی احترام به مصونیت بین‌المللی دولت‌ها در حقوق بین‌الملل است و از حوزه شمول قانون مصوب ۱۳۹۰ خارج می‌باشد.

در همین چارچوب در ذیل موارد موضوع این ماده از «خسارات ناشی از هرگونه اقدام و فعالیت دولت‌های خارجی در داخل یا خارج ایران که مغایر با حقوق بین‌الملل است و منجر به فوت یا خدمات بدنی یا روانی یا ضرر و زیان مالی اشخاص می‌گردد» نام برده شده است. در بندهای ۱ و ۲ ماده ۶ نیز اشخاص ذیل از امکان طرح دعوی در دادگاه‌های ایران بر علیه دولت‌های خارجی برخوردار شده‌اند: «افراد زیان‌دیده یا بازماندگان وی که در زمان وقوع حادثه یا زمان طرح دعوی تبعه ایران باشند و یا آن دسته زیان‌دیده‌گانی که در زمان ورود خسارت در استخدام دولت جمهوری اسلامی ایران بوده باشند».

به موجب مفاد قانون فوق، قربانیان و مصدومان ایرانی ناشی از به‌کارگیری سلاح شیمیایی توسط عراق و بازماندگان ایشان نیز به خوبی از امکان طرح دعوی علیه دولت آمریکا، به سبب کمک این کشور به عراق در تسليح شیمیایی خود برخوردار خواهند بود. چرا که نه تنها قربانیان در زمان حادثه تبعه ایران بوده، بلکه اقدامات ایالات متحده در مساعدة به عراق نیز از یکسو مغایر با حقوق بین‌الملل و از سوی دیگر تسهیل کننده اقدامات منجر به فوت یا خدمات بدنی یا روانی یا ضرر و زیان مالی به افراد نامبرده محسوب می‌گردد.

۱. ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوى مدنی علیه دولت‌های خارجی، مصوب ۱۳۷۹/۲/۲۵.

نتیجه‌گیری

جبران خسارات ناشی از نقض های عمدۀ حقوق بین‌الملل بشرطه، بخش مهمی از عدالت ترمیمی در حقوق بین‌الملل بوده و نظام حقوقی دولتها یکی از مهم‌ترین ابزارهای تحقق چنین عدالتی می‌باشد. با توجه به دلایلی که در مقاله حاضر ارائه گردید، طرح شکایت در دادگاه‌های داخلی ایران یکی از گزینه‌های مطلوب در فرایند رسیدگی به دادخواهی مصدومان شیمیایی و خانواده‌های ایشان خواهد بود. در این میان به نظر می‌رسد علی‌رغم وجود مبانی اعمال صلاحیت برای دادگاه‌های ایران، پیگیری شایسته شکایت کیفری و مدنی از مقامات عراقی و اشخاص تسليح‌کننده ایشان در دادگاه‌های داخلی نیازمند جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی در قوانین جزایی جمهوری اسلامی ایران بوده و در باب مسئولیت مدنی دولتهای حامی اصلی تسليح شیمیایی عراق نیز با توجه به وجود اصل مصونیت قضایی دولتها، تنها امکان طرح شکایت علیه دولت ایالات متحده، آن هم بر مبنای اصل عمل متقابل و به سبب عدم رعایت مصونیت قضایی ایران در دادگاه‌های داخلی آمریکا فراهم می‌باشد.

منابع

- حبیبزاده، توکل؛ بهمن تاجانی، شهرام، «اعمال قانون مصونیت دولت‌های خارجی آمریکا: حاکمیت قانون یا تمکین محاکم از قوه مجریه»، مجله علمی - پژوهشی راهبرد، شماره ۶۵، زمستان ۱۳۹۱.
- جلالی، محمود؛ مقامی، امیر، «تعامل حقوق ایران و حقوق بین‌الملل کیفری در جرم انگاری کاربرد سلاح‌های شیمیایی»، نامه مفید، شماره ۷۰، ۱۳۸۷.
- جهان‌تیغ، حسین؛ نجفی، حسین، «نقش و جایگاه پروتکل‌های الحاقی به کنوانسیون ژنو ۱۹۴۹ در حقوق بین‌الملل»، فصلنامه جستارهای حقوق عمومی، سال دوم، شماره پنجم، ۱۳۹۷.
- حبیبی مجنده، محمد؛ حسینی‌آزاد، سیدعلی؛ رحیم خویی، الناز، «نقد عملکرد ایالات متحده آمریکا در نقض مصونیت قضایی دولت‌ها در آیینه حقوق بین‌الملل و رأی ۲۰۱۲ دیوان بین‌المللی دادگستری»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۱، ۱۳۹۳.
- خضری، سیدمرتضی، «مصطفی دولت از نگاه حقوق بین‌الملل»، پژوهش اندیشه‌های حقوقی، سال اول، شماره ۳، ۱۳۹۱.
- دلخوش، علیرضا، «جنبه‌های گوناگون مسئولیت در حقوق بین‌الملل کیفری»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۴۴، ۱۳۹۰.
- رمضانی قوام‌آبادی، محمدمحسین، «تفی مژو زمان در حقوق بین‌الملل کیفری»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۳، شماره ۴، ۱۳۹۲.
- ستایش پور، محمد؛ عابدینی، عبدالله، «استفاده عراق از سلاح‌های شیمیایی علیه ایران در جنگ تحمیلی: مسئولیت اشتقادی ایالات متحده امریکا»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال هفدهم، شماره ۵۰، ۱۳۹۵.
- ظریف، محمدجواد؛ سجادپور، سیدمحمدکاظم، دیپلماسی چندجانبه، جلد دوم، مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، تهران، ۱۳۸۷.
- عبداللهی، محسن و میرشهبیز شافع، مصونیت قضایی دولت در حقوق بین‌الملل، چاپ دوم، معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین ریاست جمهوری، ۱۳۸۶.
- عبداللهی، محسن؛ نصیری محلاتی، زوبین، «گزارشی از آخرین تحولات نقض مصونیت ایران در دادگاههای ایالات متحده»، سالنامه حقوق تطبیقی و بین‌الملل، شماره ۳، ۱۳۸۶.
- عزیزی، ستار، «بررسی امکان مطالبه حقوق و جبران زیان‌های واردہ به قربانیان و خانواده‌های آسیب دیدگان بمباران شیمیایی سرداشت»، هفته‌نامه صور اسرافیل، شماره ۹۹، ۱۳۹۶.

-
- فروغی، فضل‌الله؛ جودکی، بهزاد، «راه حل‌های تعارض صلاحیت در قلمرو حقوق جزای بین‌الملل»، مجله حقوقی بین‌المللی، دوره سی و چهارم، شماره ۷۵، ۱۳۹۶.
 - نژندي‌منش، هيبة‌الله، «تأملي بر احراق حقوق قربانيان سلاح‌های شيميايی در پرتو صلاحیت مدنی جهانی: با تأکيد بر قربانيان ايراني کاريبد سلاح‌های شيميايی جنگ عراق عليه ايران»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال هفدهم، شماره ۵۰، ۱۳۹۵.
 - نواری، علی، «تصوئیت قضایی دولت و نقض حقوق بشر در پرتو عملکرد دولتها، رویه قضایی و دکترین»، فصلنامه سياست خارجی، سال بیست و پنجم، شماره ۴، ۱۳۹۰.

- Blum, William, «Anthrax for Export, U.S. companies sold Iraq the ingredients for a witch's brew», the progressive, April 1998, at:
<http://www.progressive.org/news/2007/07/5080/anthrax-export>.
- Cassese, Antonio, International Law, 2nd Edition, USA, Oxford University Press, 2005.
- Dobbs, Michael, «U.S. Had Key Role in Iraq Buildup Trade in Chemical Arms Allowed Despite Their Use on Iranians, Kurds», Washington Post, December 30, 2002. at:
http://courses.washington.edu/jsisb311/Case_Studies/Entries/2014/6/5_New_wars_For_A_New_Century_files/U.S. Had Key Role in Iraq Buildup.pdf.
- Fellmeth, Aaron; Horwitz, Maurice, Guide to Latin in International Law, New York, Oxford University Press, 2009.
- International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, November 2001, Supplement No. 10 (A/56/10)
- Tyler, Patrick, «Officers Say U.S. Aided Iraq in War despite Use of Gas», The New York Times, August 18, 2002, at:
<http://www.nytimes.com/2002/08/18/world/officers-say-us-aided-iraq-in-war-despite-use-of-gas.html?pagewanted=all>
- Shenon, Philip, «Declaration Lists Companies That Sold Chemicals to Iraq», 21 December, 2002, at:
<http://www.nytimes.com/2002/12/21/international/middleeast/21CHEM.html>
- The Vietnam Association for Victims of Agent Orange/Dioxin V. Dow Chemical Company, at:
<http://www.state.gov/documents/organization/87322.pdf>.

پیشگیری از بزهدهی جنسی در شبکه‌های اجتماعی

* بهزاد رضوی‌فرد

** محمد تقی رباط‌جزی

*** گلسا عمرانی

چکیده

دستاوردهای بشر از صنعت و فناوری‌های نوین علاوه بر منافع و رفاهی که به ارمنان آورده، همواره آسیب‌هایی را به همراه داشته است. یکی از نمونه‌های بارز این ابداعات، ایجاد شبکه‌های اجتماعی است. این شبکه‌ها ضمن ایجاد تعامل و ارتباطات چندطرفه کاربران، امکان اشتراک‌گذاری علاقه‌مندی‌ها، برقراری ارتباط با فرهنگ‌ها، عقاید و مذاهب دیگر و کسب اطلاعات در مورد موضوعات مختلف را ممکن می‌سازد. اما در کنار این مزایا، عدم استفاده صحیح از این شبکه‌ها می‌تواند صدمات جبران‌ناپذیری را همچون به خطر افتادن حریم شخصی، از بین رفتن روابط خانوادگی، افزایش خیانت زوجین و پدیده بزهدهی‌گی جنسی در پی داشته باشد. بزهدهی‌گی جنسی در شبکه‌های اجتماعی به تعبیری به روند قربانی شدن اشخاص از نوع جنسی به وسیله ظهور، رشد، توسعه و به تبع آن استفاده از فناوری اطلاعات و ارتباطات باز می‌گردد. این بزه می‌تواند در اشکال مختلف از جمله اذیت و آزار جنسی، اخاذی و پورنوگرافی تجلی نماید. لذا شناسایی بسترهای ایجاد این آسیب چه در سطح اجتماعی و خانوادگی و چه در بطن شبکه‌های اجتماعی به ارائه یک برنامه کامل و جامع نیازمند است تا در پرتو آن از یک سو امکان مهار طیف وسیعی از آسیب‌های جنسی در این فناوری ارتباطی فراهم شود و از سوی دیگر با شناسایی طبقات گوناگون بزهدهی‌گان جنسی، کلیه اشخاص آسیب‌دیده تحت شمول اقدامات آن قرار گیرند. در پژوهش حاضر پیشگیری اجتماعی جامعه‌مدار از

Razavi1351@yahoo.com

* عضو هیأت علمی دانشگاه علامه طباطبائی (نویسنده مسئول)

Robat.mohammad@gmail.com

** کارشناس ارشد حقوق ارتباطات دانشگاه علامه طباطبائی

*** کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علامه طباطبائی

تاریخ دریافت: ۹۶/۰۱/۲۰ تاریخ پذیرش: ۹۶/۰۷/۲۳

بزه‌دیدگی جنسی در فضای سایبر مورد توجه قرار می‌گیرد. این گونه پیشگیری سعی در تغییر و بهبود اوضاع اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی دارد که به نوعی زمینه‌ساز بزه‌کاری و بزه‌دیدگی هستند. لذا بهتر است بگوییم هدف پیشگیری اجتماعی جامعه‌مدار مبارزه با عوامل جرم‌زای محیطی است. از نمونه راهکارهای این نوع پیشگیری می‌توان به اقدامات و تدابیر آموزشی و تربیتی، اشتغال‌زایی، کمک به تشکیل خانواده و غیره اشاره کرد. از دیگر سو می‌توان به برخی نمونه اقدامات نظارتی که در چارچوب نوعی پیشگیری‌های وضعیتمدار قرار می‌گیرند، اشاره نمود. به کارگیری ابزارهای نوین مدیریتی از جمله نرم‌افزارهای مدیریت هوشمند برای سامان‌دهی محیط مجازی مورد استفاده کودکان و نوجوانان از دیگر راهکارها است.

کلیدواژه‌ها: پیشگیری اجتماعی، فضای مجازی، شبکه‌های اجتماعی،

بزه‌دیدگی جنسی.

مقدمه

پیشگیری اجتماعی نوعی از پیشگیری غیرکیفری است که در صدد است از طرقی چون اشتغال‌زایی، فرهنگ‌سازی، بالابردن سطح سواد و نظایر اینها از ارتکاب جرم و در نتیجه بزه‌دیدگی پیشگیری کند. در واقع، این نوع از پیشگیری بیشتر به دنبال اقدامات آموزشی و تربیتی بوده و به نوعی سعی در جامعه‌پذیری افراد دارد. به عقیده جرم‌شناسان، این نوع پیشگیری خود به دو دسته تقسیم می‌شود: زمانی که تأثیرگذاری بر محیط پیرامون انسان مد نظر است، صحبت از پیشگیری جامعه‌مدار یا محیطی است و آن گاه که تدبیر پیشگیرانه در مراحل مختلف رشد کودک و نوجوان ناسازگار، منحرف یا مجرم اعمال می‌گرددند، سخن از پیشگیری رشدمدار (زودرس) به میان می‌آید.^۱

در این پژوهش پیشگیری اجتماعی جامعه‌مدار مد نظر است. این گونه پیشگیری سعی در تغییر و بهبود اوضاع اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی دارد که به نوعی زمینه‌ساز بزهکاری و بزه‌دیدگی هستند. لذا بهتر است بگوییم هدف پیشگیری اجتماعی جامعه‌مدار مبارزه با عوامل جرم‌زای محیطی است. از نمونه راهکارهای این نوع پیشگیری می‌توان به اقدامات و تدبیر آموزشی و تربیتی، اشتغال‌زایی، کمک به تشکیل خانواده و غیره اشاره کرد. در این نوشتار راهبردهای پیشگیری اجتماعی بررسی می‌شوند. بنابراین، نخست اقدامات و تدبیر آموزشی و تربیتی توضیح داده و سپس راهبردهای حمایتی همچون اشتغال‌زایی، کمک به تشکیل خانواده و غیره مورد بحث قرار داده می‌شوند.

۱. اقدامات و تدبیر آموزشی و تربیتی

یکی از مهم‌ترین اقدامات و راهبردهای پیشگیرانه اجتماعی تدبیر آموزشی و تربیتی است. بسیاری از امور غریزی بوده و احتیاجی به آموزش و تربیت ندارند. اما انسان در طول زندگی خود همواره محتاج یادگیری و آموزش در عرصه‌های مختلف است. آموزش و تربیت اگر به شکل صحیح و منطقی به فرد القا گردد، زمینه رشد و تعالی او را فراهم می‌کند. اما اگر در امر آموزش اصول و قواعد تربیتی رعایت نگردد، اثرات مخربی بر زندگی فرد خواهد گذاشت. بنابراین، مسأله تربیت و آموزش امری پیچیده است. اقدامات و تدبیر آموزشی دارای دو جنبه مختلف است. یک جنبه از

۱. نجفی ابردآبادی، علی‌حسین، «پیشگیری عادلانه از جرم»، در: علوم جنایی، مجموعه مقالات در تجلیل دکتر محمد آشوری، چاپ نخست، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۳، ص. ۵۷۰.

آموزش و تربیت، آموزش در حیطه استفاده از فضای مجازی و شبکه‌های اجتماعی است، بدین نحو که چگونه باید از امکانات موجود در فضای مجازی بهره جست که هم بتوان از امکانات و تسهیلات آن به بهترین شکل استفاده نمود و هم در دام بزهیدگی در این فضا گرفتار نشد.

یکی از مؤثرترین راه‌های پیشگیری از آسیب‌های اجتماعی نوپدیدی همچون بزهیدگی جنسی در شبکه‌های اجتماعی مجازی، افزایش سواد رسانه‌ای و آموزش در این زمینه است. در واقع، مقصود آموزش مهارت‌هایی است که کاربران برای استفاده از شبکه‌های اجتماعی و قبل از هر چیز دیگری باید به آن مجهر شوند. استفاده از فیسبوک و توییتر بدون آگاهی و آموزش‌های لازم در این زمینه ممکن است اثرات نامطلوبی را بر فرد داشته باشد. در ایران لزوم وجود سواد رسانه‌ای و اقدامات آموزشی مؤثر در این زمینه به مراتب بیشتر احساس می‌شود، زیرا امروزه بر اساس آمار جهانی اعلام شده در سال ۲۰۱۴ خاورمیانه با ۴۸.۱ درصد بیشترین ضریب نفوذ اینترنت را دارد و از طرف دیگر ایران در این میان سهم ۴۶.۸ درصدی را دارد. در واقع، مطابق آمار موجود، ایران در خاورمیانه بیشترین استفاده از اینترنت را دارد.

به این ترتیب لزوم این گونه نظام آموزشی در ایران به دلیل نفوذ بالای اینترنت در این کشور به خوبی احساس می‌شود. البته لازم به ذکر است که کشور ایران مقتضیات خاص خود را دارد که این ویژگی‌ها بر نوع و چگونگی استفاده از اینترنت مؤثر است. برای نمونه کشور ما دارای هرم سنی جوان با نیازها و ویژگی‌های خاص خود مانند تفریح، اشتغال و ازدواج است. بسیاری از جوانان از اینترنت برای سرگرمی، تفریح و پرکردن اوقات فراغت استفاده می‌کنند یا در جستجوی پاسخ برای نیازهایی هستند که در دنیای واقعی برآورده نشده است.^۱

با وجود اینکه شبکه‌های اجتماعی نظیر فیسبوک و توییتر به خودی خود ابزارهای نامناسبی نیستند و می‌توانند کاربری‌های مفیدی نیز داشته باشند، در کشور ما به صورت بسیار نامناسبی مورد استفاده قرار گرفته و گاه به عنوان ابزاری برای فریب و آسیب زدن به دیگران به خصوص دختران استفاده می‌شوند. لذا انکار و یا حذف دسترسی به تکنولوژی‌های ارتباطی و تعاملی نمی‌تواند راه حل مناسبی در کنترل آسیب‌های ناشی از فضای مجازی و فیسبوک و توییتر در ایران باشد. از این رو، ضروری است سیاست‌گذاری‌های مناسبی در این خصوص اتخاذ گردد و از برخوردهای پلیسی و قهری در این زمینه پرهیز شود و مهارت استفاده آگاهانه از تکنولوژی‌های مجازی در سطح جامعه افزایش یابد.

۱. فرمهینی فراهانی، محسن، تربیت جنسی، نشر البرز، چاپ اول، ۱۳۸۶، ص. ۱.

یک جنبه دیگر از این آموزش و تعلیم و تربیت که اهمیت گسترهای در زندگی فرد دارد و غفلت از آن آدمی را به تباہی سوق می‌دهد، آموزش و تربیت جنسی است. عامل بسیاری از جرایم جنسی و همچنین بزهديدگی‌های جنسی چه در فضای ملموس و واقعی و چه در فضای مجازی و شبکه‌های اجتماعی فیسبوک و توییتر ناآگاهی افراد و تربیت جنسی غلط و نیز حساسیت بیش از حد خانواده‌ها و جامعه در بازگو کردن و شفافسازی مسائل جنسی برای جوانان است. منظور از تربیت جنسی ارائه یک سری اطلاعات روان‌شناسخی، جسمانی و دینی در رابطه با هر فرد است. یا می‌توان گفت تربیت جنسی شامل کلیه اطلاعاتی است که از دوره‌های اولیه زندگی در جهت رشد متعادل و مناسب غریزه جنسی باید آموزش داده شوند. تربیت جنسی معنایی وسیع‌تر از آموزش جنسی دارد. آنچه در تربیت جنسی مهم است این است که غرض از تربیت جنسی پرورش، تعديل و جهت‌دهی است و نه اوج دادن و پروراندن. ماکارانکو در رابطه با هدف تربیت جنسی می‌گوید:

«هدف از تربیت جنسی باید این باشد که فرزندانمان را طوری تربیت کنیم که تنها در پرتو عشق بتوانند از مسائل جنسی لذت ببرند و این امر را با تشکیل خانواده تحقق بخشنند. هرگاه والدین و سایر نهادهای متولی تربیت جنسی چنین هدفی در مقابل خود نداشته باشند فرزندانشان زندگی جنسی بی‌بند و باری پیدا می‌کنند و در نتیجه زندگیشان آکنده از هرگونه آلودگی خواهد بود.»^۱

بنابراین آموزش‌های لازم در زمینه استفاده درست از شبکه‌های اجتماعی و همچنین مسائل جنسی، عرفی ساختن چنین مسائلی در خانواده‌ها و نهادهای فرهنگ‌سازی رفتارها و عکس‌العمل‌ها در مقابله با چنین مسائلی از ابزارهای اصلی کنترل افراد در برابر غرایز جنسی و پیشگیری از انحرافات و به دنبال آن بزهديدگی‌های جنسی چه در فضای حقیقی و چه مجازی است. لذا لازم است جامعه به آموزش و تربیت صحیح کودکان و نوجوانان در این زمینه‌ها همت گمارده و از شکل‌گیری عادات نامطلوب که عامل انحرافات می‌باشند، پیشگیری به عمل آورند. در مبحث حاضر اقدامات آموزشی و تربیتی در زمینه استفاده صحیح از فضای مجازی و شبکه‌های اجتماعی فیسبوک و توییتر و همچنین مسائل جنسی توسط خانواده و نهادهای آموزش و پرورش بررسی می‌شوند.

۱-۱. اقدامات و تدابیر آموزشی - تربیتی در خانواده

خانواده، نخستین نهاد اجتماعی است که فرد در آن پا به عرصه زندگی می‌گذارد و اولین پایه‌های تربیت و تعلیم در آن گذارده می‌شود. هر فردی اولین برخوردها را در

۱. ماکارانکو، آنتون سیمونویچ، گفتارهایی درباره تربیت فرزندان، چاپ نهم، ترجمه ابوتراب باقرزاده، نشر چاپخشن، ۱۳۶۷، ص. ۲۴.

خانواده می‌آموزد. بنابراین، این نهاد تأثیر بسیاری در نوع رفتار و کردار انسان خواهد داشت. اما آنچه در رابطه با آموزش و تربیت در محیط خانواده موضوع بحث است از یک سو آموزش‌ها و تربیت‌های جنسی متناسب با سن و جنسیت کودکان است و از سوی دیگر شامل تدبیر آموزشی لازم جهت استفاده صحیح و محتاطانه از فضای مجازی و شبکه‌های اجتماعی جهت پیشگیری از بزهده‌گی جنسی در فضای مذکور است. بنابراین، از یک سو والدین موظف هستند از امور غریزی کودکان خود غافل نباشند و به فرزندانشان اطلاعات متناسب با مراحل رشد را آنها بدهنند. در غیر این صورت ممکن است کودک در جهت یافتن پاسخ سوالات و کنگکاوی‌های جنسی خود در وادی انحراف و بزهده‌گی قدم بردارد. از سوی دیگر وظیفه آموزشی والدین در ارتباط با استفاده صحیح از فضای مجازی است؛ یعنی باید در خانواده و توسط والدین آموزش‌هایی متناسب با این فضا و استفاده صحیح از آن به کودکان داده شود تا در ورای فرهنگ‌سازی استفاده صحیح بتوان از بزهکاری و به دنبال آن بزهده‌گی جنسی در این فضا و به ویژه فیسبوک و توییتر پیشگیری کرد. در این قسمت مهم‌ترین وظایف آموزشی و تربیتی والدین در رابطه با مسائل جنسی و همچنین استفاده صحیح از فضای مجازی بررسی می‌شوند.

۱-۱. پیشگیری از بیداری احساس جنسی زودرس

اطفال در مراحل اولیه زندگی فرق بین دختر و پسر را از راه تفاوت لباس، موى سر، پيراهن و بعدها از طريق خصوصيات اخلاقی و نوع رفتارهایشان می‌شناسند، ولی به تدریج در موقعیت‌هایی قرار می‌گيرند که به طور عمدى یا تصادفی از تفاوت‌های جنسی یکدیگر سر در می‌آورند و به دنیای متفاوت زنان و مردان آگاه می‌شوند. کشف و بیداری این غریزه اشکالی ندارد، اما نابهنهگام بودن آن سبب اشکال می‌شود. بیداری نابهنهگام میل جنسی سبب اشتغال فکري کودک و توجه او به اموری از این قبیل می‌گردد. بررسی‌های علمی نشان داده‌اند که بیداری نابهنهگام جنسی، زمینه‌ساز بروز پاره‌ای از هوس‌های نادرست، عادات نامناسب و انحراف‌آمیزی چون حالت خودارضایی، قراردادن خود در معرض سوءاستفاده‌های جنسی و غریزی و بالاخره توسعه مفاسد و آلدگی‌ها است.^۱

والدین نباید از پيش‌رسی بیداری جنسی کودکان استقبال کنند. البته آنان نباید کودکان را در ارتباط با اين مسائل جاهل و غافل نگه دارند، چنانکه اين امر خود مضرات خاصی را دارد. اما متأسفانه امروزه والدین با تهيه انواع و اقسام گوشی‌ها و تبلت‌ها که

۱. فرمهینی فراهانی، محسن، منبع پیشین، ص. ۲۲.

همگی مجهز به امکاناتی است که شاید بتوان گفت خود از عوامل بیداری زودرس و یا نابهنهنگام کودکان و نوجوانان است. غریزه جنسی و نیاز به اطلاعات در این زمینه، یکی از نیازهای مهم بشر است. به همین دلیل، اینترنت به سرعت در مورد مسائل جنسی موردن توجه قرار می‌گیرد. در وهله اول، فرد به دلیل کنجکاوی و برای کسب اطلاعات به سمت تماشا و استفاده از محصولات هرزه‌نگاری می‌رود، اما به مرور به آن عادت می‌کند. غریزه جنسی چیزی نیست که محدود باشد، چنانکه فرد هرچه بیشتر دریافت می‌کند، بیشتر به سمت آن می‌رود. نوجوانان بیشتر برای کسب اطلاع به سمت هرزه‌نگاری می‌روند؛ آنان اصولاً می‌خواهند بدانند که این مسئله چیست. به خصوص در جوامعی که معیارهای محدودکننده و پایبندی‌هایی در زمینه مسائل جنسی وجود دارد و اطلاعات از طریق صحیح به افراد داده نمی‌شود، آنان برای کسب اطلاع به سوی راههای دیگر می‌روند. این اقدام باید همراه با یکسری تدابیر مراقبتی و نظارتی و همچنین آموزشی مناسب از سوی والدین باشد که در قسمتهای بعد به آن اشاره خواهیم کرد.

از جمله وظایف تربیتی دیگر والدین در ارتباط با تربیت جنسی فرزندان مراعات آداب و اخلاق جنسی در محیط خانه است که متأسفانه علی‌رغم توصیه‌ها و تأکیدهایی که نسبت به آن شده، مورد غفلت واقع شده است. مراقبت‌هایی که والدین در زمینه تربیت جنسی باید در رابطه با خود داشته باشند تا بیداری نابهنهنگام جنسی صورت نگیرد متعددند؛ از جمله این مراقبتها اینکه لازم است والدین مناسبات جنسی خود را از دید فرزندان خود، اگرچه خردسال باشند، دور و محفوظ نگه دارند. متون اسلامی به صراحة در هم شکستگی حجب و حیا و عدم مراعات عفت و اخلاق جنسی در محیط خانواده‌ها از جمله عوامل روپیگری دختران و انحراف جنسی پسران در بزرگسالی می‌داند.^۱ پدر و مادر باید برای فرزندانشان مظهر حجب و حیا باشند. اگر این ویژگی از سمت آنان رعایت نشود، کودکان نیز با ملاحظه این امر به ویژه به صورت مستمر از همان ایام طفویلت بی‌قید و بند بار آمده، احساس شرم را از دست خواهند داد.

اقدام تربیتی و مراقبتی دیگر این است که والدین در تماشای فیلم‌های ویدیویی باید مراقب باشند که محتوای آن برای سن فرزندان مناسب باشد. النهایه والدین باید تلاش نمایند تا از ایجاد صحنه‌ها یا صحبت‌های بیدارکننده میل جنسی در حضور کودکان خودداری نموده و حریم عفت و رعایت اخلاقی جنسی را در خصوص کودکان

۱. حاجی‌ده‌آبادی، احمد، «بررسی تحلیلی عوامل تربیتی و فرهنگی روپیگری با چشم انداز به متون دینی»، در: نظام اسلامی و مسأله روپیگری (مجموعه مقالات)، به کوشش ابراهیم شفیعی سروستانی، نشر دفتر مطالعات و تحقیقات زنان، چاپ اول، ۱۳۸۵، ص. ۱۸۹.

جدی بگیرند تا از رفتار آنها، کودک دچار بیداری غریزه جنسی زودرس نگردد. البته باید این نکته را در نظر داشت که در بحث مسائل جنسی همواره اموری مطرح می‌شود که در گذشته مطرح نبوده یا خیلی کمرنگ بوده است. به عنوان نمونه یکی از مسائل مطرح شده امروزی نقش شبکه‌های اجتماعی مانند فیسبوک و توییتر است که باید در خصوص این موارد و تأثیر آن‌ها در شکل‌دهی شخصیت جنسی فرد صحبت کرد. بر این اساس، رعایت مقتضیات زمانی و فرزند زمان خویش بودن مقدماتی دارد که مهم‌ترین آنها پیش‌بینی و آینده‌نگری است. نوجوانان و جوانان باید از وضعیت زمانی که در آن زندگی می‌کنند آگاه شوند تا محاسن و محدودیت‌های آن را بشناسند. آگاهی از عوامل آسیب‌زا و موانع رشد موجود در جامعه و نیز آگاهی‌های جنسی متناسب با زمان موجب کاهش تأثیرات مخرب می‌شود.^۱

۱-۲. شکل‌دهی به شخصیت جنسی

شاید به جرأت بتوان گفت که یکی از مهم‌ترین ابعاد شخصیتی هر فردی شخصیت جنسی اوست که در طول زندگی و در مواجهه با این گونه مسائل شکل می‌گیرد. در این میان نباید نقش خانواده را نادیده انگاشت. خانواده قبل از هر نهاد دیگری می‌تواند در این زمینه ایفای نقش کند. مسلمًاً در جهت شکل‌گیری شخصیت جنسی، انسان با سوالات و کنجکاوی‌های متعددی رویه‌رو می‌گردد. والدین باید توجه داشته باشند که سوالات جنسی یک امر طبیعی است و هرگز طفلی را نمی‌توان به خاطر این سوالات مورد تحقیر و سرزنش قرار داد. یافتن پاسخ برای چنین سوالاتی که در ذهن کودک نقش بسته برای او مهم و به معنای یک نیاز برای کودک به حساب می‌آید. در پاسخ به این سوالات روند آموزشی باید تدریجی باشد و نباید همه جزئیات را یکباره در اختیار او قرار داد. پاسخ به این سوالات باید کوتاه و ساده و البته صحیح بوده و با خرافات همراه نباشد. از پاسخ‌های بی‌پروا هم باید خودداری شود و متناسب با سن و درک کودک باشد. اغلب والدین در پاسخ به سوالات جنسی کودکان با مشکلاتی نظیر شرم و حیا و یا وحشت داشتن از بدآموزی برای کودکان و بالاخره ناآگاهی در شیوه پاسخ دادن به چنین سوالاتی روبرو هستند و این امر باعث می‌شود آنها از پاسخ دادن درست به این سوالات طفره روند؛ غافل از این که فرزندشان به هر طریق جواب این سوالات را خواهد یافت، زیرا خانواده نتوانسته است این نقش تربیتی خود را به خوبی ایفا کند و شاید بتوان گفت که یکی از فراگیرترین این راه‌ها، جستجوی پاسخ این سوالات در فضای مجازی و همچنین شبکه‌های اجتماعی است.

کودکان و بھویژه نوجوانان گاه علاقمند و کنجکاو مسائل و موضوعات صریح جنسی هستند. آنها ممکن است از کنترل کامل والدین خارج شوند و در جستجوی ایجاد روابط جدید خارج از خانواده برآیند. کودکان و نوجوانان به علت اینکه کنجکاو هستند، گاه از دستیابی آن لاین برای جستجوی این نوع فعالیت و افراد درگیر این گونه فعالیت‌های جنسی استفاده می‌کنند. مجرمان جنسی با استفاده از این ویژگی‌ها و نیازها، کودکان را هدف قرار می‌دهند. برخی نوجوانان نیز توسط افراد هم سن و سال خود جذب و اغوا می‌شوند. اگرچه از حیث تکنیکی این سوءاستفاده‌کنندگان مانند مجرمان بزرگسال نیستند، همان خطر را دارند. به این شکل است که کودک با برقراری ارتباط در این شبکه‌ها سعی در یافتن پاسخ به سوالات خود و ارضای حس کنجکاویش دارد و همین امر می‌تواند برای وی خطر ساز باشد و او را به وادی انحراف و بزهديدگی جنسی در این فضا بکشاند. نوجوانان بیشتر برای کسب اطلاع به سمت هرزه‌نگاری می‌روند؛ آنان اصولاً می‌خواهند بدانند که این مسئله چیست. به خصوص در جوامعی که معیارهای محدودکننده و پایبندی‌هایی در زمینه مسائل جنسی وجود دارد و اطلاعات از طریق صحیح به افراد داده نمی‌شود، آنان برای کسب اطلاع به سوی راههای دیگر می‌روند. در اینجا به چند مورد از جمله اقدامات مؤثر آموزشی و تربیتی والدین در رابطه با شکل‌دهی به شخصیت جنسی فرزندانشان در فضای مجازی و شبکه‌های اجتماعی اشاره می‌شود:

- والدین باید ضمنین اینکه با کودک خود ارتباط برقرار می‌کنند با او درباره بزهديدگی شدن جنسی و خطرات بالقوه آن لاین صحبت کنند.

- علاوه بر این، آنها باید با کودکان آن لاین خود زمانی را سپری کنند. به آنها درباره مطالب و موارد آن لاین مطلوب آموزش دهند.

۱-۳. آموزش استفاده صحیح از فضای مجازی و شبکه‌های اجتماعی

همان گونه که اشاره شد در رابطه با موضوع بحث این پژوهش خانواده تأثیر بسزایی در امر تربیت و آموزش دارد. امروزه با توجه به مجهز شدن بشر به انواع وسایل ارتباطی و عضویت در گونه‌های مختلف شبکه‌های اجتماعی همچون فیسبوک و توییتر، والدین بایستی نظارت در زمینه استفاده صحیح از فضای مجازی و شبکه‌های اجتماعی را در دست بگیرند. به عقیده جرم‌شناسان «کارسازترین روش برای مصون کردن نسل سایبری در برابر آثار سوء اینترنت آموزش آنان است؛ نه محدود کردن استفاده از فناوری نوین اطلاعات و ارتباطات. چنان که پیش‌بینی یک ماده درسی در دوره تحصیلات

راهنمایی و دبیرستان تحت عنوان آشنایی با فرهنگ و فضای اینترنت یا کاربری در فضای فرهنگی اینترنت می‌تواند مفید واقع شود.^۱

به نظر می‌رسد فرهنگ‌سازی استفاده صحیح از فضای سایبری و شبکه‌های اجتماعی ابتدا در خانواده شروع می‌شود. والدین بایستی فرزندان خود را با آسیب‌ها و مخاطرات فضای مجازی آشنا کرده و به نوعی هنجارهای استفاده از شبکه‌های اجتماعی را به آنان بیاموزند. البته باید توجه داشت که نیازی نیست که برای آموزش و تربیت در این زمینه به کلی رابطه فرزندان با دنیای مجازی و شبکه‌های اجتماعی فیسبوک و توییتر قطع شود. به عقیده جین هیچکاک، مدیر مؤسسه تلاش برای پیشگیری از سوءاستفاده‌های آن‌لاین، اصلی‌ترین تکلیف پدر و مادر کودکان متعلق به نسل سایبری، آموزش فرهنگ سایبری به فرزندانشان است. البته آنان باید خود نیز چیزهایی از فرهنگ سایبری بیاموزند.^۲

بنابراین خانواده‌ها به عنوان یکی از مهم‌ترین ارکان آموزشی و تربیتی موظف هستند فرهنگ استفاده صحیح از فضای مجازی را به فرزندان خود بیاموزند. به همین دلیل خود نیز باید از دانش سایبری استفاده کرده یا به بیان دیگر به آن مجذب شوند. والدین باید به کودکان خود گوشزد کنند که شبکه‌های اجتماعی فیسبوک و توییتر مانند سایر ابعاد فضای مجازی می‌تواند دو بعد مثبت و منفی داشته باشد که اگر محظاطانه و در چارچوب قواعد و هنجارها مورد استفاده قرار نگیرد، قطعاً مشکل‌ساز خواهد بود. همچنین باید به فرزندان بیاموزند که اینترنت و شبکه‌های اجتماعی تنها ابزار سرگرمی و گذراندن اوقات فراغت نیستند، بلکه می‌توانند در جهات مثبت نیز کاربرد داشته باشند.

با اقدامات آموزشی فوق از سوی والدین می‌توان از بزه‌دیدگی جنسی بسیاری از کاربران پیشگیری به عمل آورد. زیرا بسیاری از بزه‌دیدگی‌های جنسی در شبکه‌های اجتماعی فیسبوک و توییتر ممکن است به دلیل عدم آگاهی پیرامون مزايا و معایب شبکه‌های اجتماعی مذکور صورت گرفته باشند. اما با اقدامات آموزشی مناسب و به موقع می‌توان از آن پیشگیری کرد.

۱- اقدامات و تدابیر آموزشی - تربیتی در نهادهای آموزشی - پژوهشی

در مباحث قبل نقش خانواده در امر آموزش و تربیت انسان بررسی شد و این نتیجه بدست آمد که اولین گام برای آموزش در وجود هر شخصی توسط خانواده

۱. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، «گفتگو درباره جرم‌شناسی و بزهکاری سایبری»، مجله تعالیٰ حقوق، شماره ۳۶، ۱۳۸۸، ص. ۱۰.

۲. هالدر، دیاراتی؛ جیشانکار، کی، جرایم رایانه‌ای و بزه‌دیدگی زنان؛ قانون‌ها، حق‌ها و مقرره‌ها، ترجمه مهرداد رایجیان اصلی، حسین محمد کوره‌پز و احسان سلیمی، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۳، ص. ۱۲۰.

برداشته می‌شود. اما باید به این واقعیت نیز اذعان کرد که خانواده‌ها به تنها‌ی نمی‌توانند این مسئولیت بزرگ را به خوبی انجام دهنند، بلکه تدبیر آموزشی و تربیتی در خانواده در صورتی بروز و ظهور پیدا می‌کند که سایر نهادها نیز همکاری‌های لازم را در این زمینه با خانواده به عمل آورند.

در پیشگیری اجتماعی مهم‌ترین نهادها و ابزارهای بازدارنده عبارت‌اند از خانواده، نهادهای آموزشی مانند مدرسه، دانشگاه‌ها و سایر نهادهایی که بر تربیت و رفتار فرد تأثیرگذار هستند. بنابراین، باید مدرسه، دانشگاه، رسانه‌ها و غیره به عنوان نهادهایی که نقش مکملی در آموزش و تربیت دارند، اقدامات لازم در این زمینه را معمول دارند. در اینجا تأکید اصلی بر اقدامات و تدبیر آموزشی و تربیتی در ارتباط با تربیت و آموزش جنسی و همچنین آموزش و کنترل استفاده صحیح از فضای مجازی و شبکه‌های اجتماعی فیسبوک و توییتر توسط نهادهای اجتماعی است. در مورد اخیر شاید بتوان گفت که نهادهای آموزشی همچون مدرسه و دانشگاه بهتر از خانواده‌ها این نقش را ایفا می‌کنند، زیرا آموزش و تربیت در این زمینه مستلزم آگاهی به دانش‌های کامپیوتري و سایبری روز می‌باشد که این گونه نهادها به آن مجهرزند.

تدابیر آموزشی و تربیتی در نهاد خانواده در ارتباط با تربیت و آموزش جنسی با هدف پیشگیری از انحراف آنان بیشتر از باب پیشگیری اجتماعی رشدمندار مد نظر بود. منظور اینکه متناسب با رشد و نمو کودک و متناسب با سن او یک سری آموزش‌های جنسی باید به کودک داده شود، لیکن اقدامات و تدبیر پیشگیرانه در سایر نهادهای جامعه مانند آموزش و پرورش، رسانه‌های جمعی و غیره علاوه بر کودکان و نوجوانان، جوانان و بزرگسالان موضوع تدبیر پیشگیرانه می‌باشند.^۱

بنابراین دیگر نهادهای اجتماعی نظیر مدرسه، رسانه و مطبوعات و غیره باید در امر آموزش و تربیت انسانی تلاش کنند تا با ارتقای سطح دانش و آگاهی در زمینه فضای سایبر و شبکه‌های اجتماعی و همچنین مسائل جنسی از پدیده بزهديدگی و حتی بزهکاری جنسی در شبکه‌های مذکور پیشگیری به عمل آورند. به همین دلیل در این قسمت نقش سایر نهادهای اجتماعی مانند مدرسه، دانشگاه و رسانه‌ها در امر آموزش و تربیت جنسی و ارتقای آگاهی در زمینه استفاده از فضای مجازی و شبکه‌های اجتماعی و خطرات آن در جهت پیشگیری از بزهديدگی جنسی در شبکه‌های اجتماعی فیسبوک و توییتر توضیح داده می‌شود.

۱-۲-۱. نقش مدرسه و دانشگاه در آموزش و تربیت جنسی و استفاده از شبکه‌های اجتماعی

مدرسه و دانشگاه محیط‌هایی هستند که انسان بخش اعظمی از زندگی خود را در آنها می‌گذراند. به بیان دیگر، نهادهای مذکور بعد از خانواده مهم‌ترین نقش را در تکوین شخصیت هر فرد خواهند داشت. از این رو می‌توان گفت که مدرسه و دانشگاه از مهم‌ترین عوامل مؤثر در تربیت هستند که می‌توانند استعدادهای آدمیان را در جهت مثبت و منفی سامان داده و اشخاص عالم و متفکر و یا خلاف این‌ها را تحويل جامعه دهند.^۱ بی‌شك مدرسه و محیط آموزش و پژوهش در رابطه با تربیت جنسی نقش مکمل دارند. مسئولیت اصلی تربیت جنسی کودک و نوجوان به عهده والدین است، زیرا کودک آموزش اولیه در زمینه مسائل جنسی و کنجدکاوی‌هایش را در محیط خانواده فرامی‌گیرد. حال ممکن است این امر از طریق مشاهده روابط پدر و مادر و یا بحث و صحبت پیرامون مسائل جنسی صورت گیرد. اما برنامه مدارس در رابطه با آموزش و تربیت جنسی می‌تواند به شکل‌های زیر صورت بگیرد:

- برنامه‌هایی که جنبه فیزیولوژیکی مسائل جنسی را در یک دوره مثلاً یک سال به فرد آموزش دهند؛
- برنامه‌هایی که اطلاعات جنسی را در تمام طول مدتی که دانشآموزان به تحصیل اشتغال دارند به تدریج آموزش دهند؛
- برنامه‌هایی که تمامی ابعاد عاطفی، هیجانی و ارتباطی مسائل جنسی را با خود به همراه داشته باشند.^۲

محتوای تدبیر آموزشی و تربیتی در مدرسه و دانشگاه بیشتر با هدف آگاه‌سازی و همچنین پیشگیری از انحراف صورت می‌پذیرد. در این راستا ممکن است مسائل جنسی مرتبط با بلوغ، تفاوت‌های جنسیتی، آموزش مختصر از ساختمان کار و اعضای تناسلی و غیره به افراد داده شود.

نکته حائز اهمیت این است که آموزش‌های جنسی در نهاد مدرسه و دانشگاه و نهاد خانواده باید مکمل یکدیگر بوده و به نوعی با هم هماهنگ باشند. مثلاً اگر در خانواده آموزش‌های غلطی در این زمینه داده شود و یا اینکه جهت پنهان‌کاری مسائل جنسی به سوالات و کنجدکاوی کودک پاسخ درستی داده نشود، مسلماً در تضاد با سایر نهادهای آموزشی قرار گرفته و مشکل‌ساز خواهد بود. در برخی موارد لازم است که

۱. دلشداد تهرانی، مصطفی، سیری، در تربیت اسلامی، مؤسسه نشر و تحقیقات ذکر، چاپ چهارم، ۱۳۸۰، ص. ۱۱۵.
۲. همان، ص. ۱۵۶.

مدرسه و دانشگاه اثرات تربیت ناصحیح خانوادگی را از بین ببرند. از این رو، لازم است برای مشارکت اولیاء در امور مدرسه و مشارکت در این زمینه‌ها از یک سو راهبردهای مبتنی بر سازماندهی و اتخاذ سیاست‌ها و خط‌مشی‌هایی که بتواند مشارکت حداکثری اولیاء را به همراه داشته باشند، تدوین گرددن. از سوی دیگر، این سیاست‌ها باید با نوعی تغییر نگرش نسبت به برقراری ارتباط با هم و افزایش انگیزه در آنها همراه باشند.

نقش آموزش و پرورش در پیشگیری از بزهکاری و بزه‌دیدگی به اندازه‌ای است که اصل سی‌ام قانون اساسی، دولت جمهوری اسلامی ایران را موظف کرده است که با ایجاد آموزش و پرورش رایگان و همگانی بسترهای مورد نیاز برای پیشگیری را فراهم نماید. از آنجا که یک جنبه مهم آموزش و پرورش می‌تواند در رابطه با مسائل جنسی باشد، باید دولت به صورت اجباری کودکان را تحت آموزش‌های مرتبط با مسائل جنسی قرار داده و اهمیت این امر را در فرآیند آموزش و پرورش فراموش نکند.

اما برنامه‌ها و تدبیر آموزشی و تربیتی دیگر که در وظایف نهادهای مدرسه و دانشگاه قرار می‌گیرد، زمینه استفاده صحیح از فضای مجازی و همچنین همکاری با خانواده‌ها در پیشگیری از انحرافات و بزه‌دیدگی جنسی فرزندانشان در شبکه‌های اجتماعی است. کودکان و نوجوانان در استفاده صحیح از فضاهای اینترنتی و مجازی با مخاطراتی مواجه هستند که باید با آنها آشنا شوند. این افراد با توجه به بهره‌مندی از وسائل و ابزار پیشرفته به سمت استفاده از رایانه و گوشی همراه سوق یافتند که در صورت آشنا نبودن با فضای مجازی با چالش‌های فراوانی روبرو می‌شوند.

والدین با اغلب مخاطرات فضای واقعی آشنا هستند و سعی می‌کنند خطرات را از فرزندان خود دور کنند، اما به دلیل ناآشنایی با خطرات فضاهای مجازی، تدبیر لازم را برای مقابله این گونه فعالیتها نمی‌اندیشند. محیط آموزش و پرورش (مدرسه و دانشگاه) تأثیر بسزایی در چگونگی استفاده درست و بی‌خطر از فضای مجازی دارد، تا جایی که برخی کشورها توسط کدهای رفتاری به بسط دستوراتی در باب آموزش پرداخته‌اند. به عنوان نمونه مدارس در کشور آمریکا کوشش می‌کنند دانش‌آموزان از همان ابتدا با اخلاقیات فضای مجازی آشنا شوند و از همان ابتدا در قبال فعالیت‌هایشان در فضای مذکور احساس مسئولیت نمایند.^۱ در نتیجه فضای آموزش و پرورش به شکل مؤثر می‌تواند در استفاده از فضای مجازی نقش‌آفرینی کند و در این زمینه دانش‌آموزان را با مخاطرات موجود در فضای مجازی و استفاده از این فضا آگاه سازند تا حتی المقدور

۱. زیبر، اولریش، پیدایش بین‌المللی حقوق اطلاعاتی کیفری، جلد سوم، ترجمه محمدحسن ذریانی، دبیرخانه شورای عالی انفورماتیک، سازمان برنامه و بودجه، ۱۳۷۶، صص. ۱۷-۱۸.

بتوانند از بزه‌دیدگی و انحرافات احتمالی آنان در این فضا پیشگیری کنند. از جمله مهم‌ترین این تدابیر آموزشی و تربیتی که در حیطه وظایف نهاد مدرسه و دانشگاه قرار می‌گیرند عبارتند از:

- برگزاری جلسات آموزشی از سوی نهادهای آموزشی همچون مدارس به منظور آشنا نمودن و اطلاع‌رسانی به والدین در مورد فناوری‌های جدید؛
- برگزاری کلاس‌های آموزشی در جهت آگاهی دادن به نوجوانان و جوانان در مورد مزايا و معایب فناوری‌های جدید و نحوه استفاده صحیح از آنها؛
- آگاهی دادن به والدین از خطرات ناشی از پناه بردن کودکان به فضای مجازی به دلیل خلاهای روحی و عاطفی و در نتیجه گذراندن اوقات بیشتری با فرزندان در فضای بیرون از خانه به طوری که فرزندان از نظر عاطفی، احساس خلا نکنند و جهت جبران این کمبود به فضای مجازی و شبکه‌های اجتماعی پناه نبرند؛
- طراحی و تدوین بخشی در کتاب‌های درسی در ارتباط با آشنایی دانش‌آموzan با فناوری‌های جدید، اینترنت و خطرات بالقوه آنها.

۱-۲-۲. رسانه‌های جمعی

امروزه رسانه‌های جمعی شامل تلویزیون، رادیو و غیره به تمام خانه‌ها راه یافته‌اند و می‌توان گفت که همه اشخاص به آن دسترسی دارند. بنابراین، این ابزار می‌تواند تأثیر شگرفی در رفتار انسان داشته باشد. به بیان دیگر، رسانه‌های جمعی هم می‌توانند از عوامل رشد شخصیت و تعالی روح به حساب آیند و هم کاربردی منفی و منحرفانه داشته باشند، چرا که این رسانه‌های گروهی اطلاعات بسیاری در اختیار مخاطبان خود می‌گذارند. در این میان صدا و سیما نقشی اساس در افزایش آگاهی‌های عموم مردم و فرهنگ‌سازی برעהده دارد، چراکه مخاطبان بیش از سایر رسانه‌های جمعی اطلاعات و آگاهی‌ها را از تلویزیون و رادیو دریافت کرده و آن را الگوی زندگی خود قرار می‌دهند. بنابراین، محتوای برنامه‌های صدا و سیما باید با فرهنگ و آداب و رسوم یک ملت هماهنگ باشد، زیرا در غیر این صورت نوعی تضاد و تزلزل در بنیان فرهنگی یک جامعه ایجاد می‌گردد.

رسانه‌های جمعی نقش آموزشی و تربیتی خود را باید با موشکافی بیشتری انجام دهند، زیرا همان گونه که اشاره شد این نهاد همانند دو روی یک سکه است که می‌تواند جنبه مثبت و منفی را همزمان با خود به همراه داشته باشد. در واقع، رسانه‌های جمعی به‌ویژه سینما و تلویزیون می‌توانند با ارائه برنامه‌هایی میل جنسی را تحریک کرده و

افراد را در اوج لذتطلبی و کامجویی جنسی به سمت سقوط و بزهديدگی چه در دنیای واقعی و چه در فضای مجازی سوق دهنده. از این رو، ضروری است تا در پخش نوع برنامه‌ها، کارشناسی و موشکافی دقیق جهت پیشگیری از مضرات فوق انجام شود. به طور کلی رسانه‌های جمعی نباید برنامه‌هایی را پخش کنند که نشان دهنده هرزه‌نگاری و سوءاستفاده از زنان و کودکان باشد. پخش فیلم‌های تلویزیونی که مملو از شهوت‌رانی است، ممکن است موجب بلوغ زودرس در نوجوانان گردد. رسانه‌های جمعی باید سطوح نمایش خشونت و فیلم‌های مبتذل در زمینه هرزگی و مواد مخدر را به حداقل رسانده و از نمایش تحقیرآمیز زنان و کودکان بپرهیزنند.^۱

اما موضوع دیگر فرهنگ‌سازی و تدبیر آموزشی مرتبط با فضای سایبر و دنیای آن‌لاین است. فضای سایبری و شبکه‌های اجتماعی از فرستاده و تهدیدات مختلفی برخوردار هستند و لازمه استفاده صحیح از این رسانه‌ها شناخت آنها است. به عبارت دیگر، استفاده صحیح و کارآمد از این فضا نیاز به فرهنگ‌سازی دارد. در واقع، یکی از مشکلات عمدۀ در استفاده از این فضا کم‌کاری در حوزه فرهنگ‌سازی است. حوزه فرهنگ‌سازی سایبری نیاز به کار و بستر سازی بالایی دارد. در این حوزه تنها اکتفاء کردن به یک سری پیام‌های سطحی کافی نیست، بلکه فعالیت‌های عمقی از طریق ساخت تیزرهای تلویزیونی و یا انتشار پژوهش‌ها و چاپ کتاب در این زمینه ضروری است.

ورود به حوزه سینمای سایبر، تولید سریال، اnimيشن‌ها و کلیپ‌های پرمحتوا فرهنگی یکی دیگر از رویکردهایی است که می‌تواند در حوزه فرهنگ‌سازی مورد توجه قرار گیرد. در واقع، به کمک رسانه‌های جمعی مانند تلویزیون می‌توان به راحتی فرهنگ استفاده از فضای مجازی آن هم به شکل درست و امن را در بین مردم جامعه رواج داد تا این طریق از انحرافات و بزهديدگی آنان با توجه به آموزشی که در این زمینه دیده‌اند، پیشگیری لازم را محقق شود. از جمله مهم‌ترین اقدامات در این زمینه عبارتند از:

- پخش آگهی‌های آموزنده از سوی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی در جهت افزایش آگاهی خانواده‌ها در خصوص خطرات ناشی از اینترنت و شبکه‌های اجتماعی فیسبوک و توییتر؛
- پخش برنامه‌های کوتاه آموزشی درباره مزايا و معایب عضویت در شبکه‌های اجتماعی از زبان ورزشکاران و هنرمندان محبوبی که عموماً جوانان آنها را الگوی خود قرار می‌دهند؛

۱. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، پیشگیری عادلانه از جرم، منبع پیشین، ص. ۵۷۸

- ساخت و پخش فیلم‌ها و سریال‌هایی با موضوع شبکه‌های اجتماعی فیس‌بوک
 و توبیتر و مزايا و معایب عضويت در آنها؛

- استفاده از فرصت‌های رسانه‌ای با بهره‌گيری از روش‌های نوين پيام‌رسانی و
 تبلیغ، تولید سریال‌ها و فیلم‌های تلویزیونی و سینمایی و پخش پیام‌های کوتاه
 صوتی و تصویری از رسانه ملی در راستای آگاه‌سازی عمومی مردم از خطرات
 استفاده ناآگاهانه از فیس‌بوک و توبیتر.

۲. راهبردهای اجتماعی پیشگیری از بزه‌دیدگی جنسی در شبکه‌های اجتماعی

پیشگیری جامعه‌مدار و محیطی یکی از مهم‌ترین دسته‌های پیشگیری اجتماعی است. در واقع، راهبردهای این نوع پیشگیری بر عوامل محیطی همچون فقر، بیکاری و غیره تأکید اساسی دارند. پیشگیری جامعه‌مدار سعی می‌کند محرک‌های محیطی جرم را از بین ببرد و یا به نوعی شرایط محیطی را سامان‌دهی و طراحی کند که از ارتکاب جرم پیشگیری کند. اما پیشگیری اجتماعی بیشتر حول محور بزهکار بوده و در واقع به دنبال جامعه‌پذیری افراد بالقوه بزهکار می‌باشد.^۱ در واقع، پیشگیری اجتماعی محیطی سعی بر این دارد تا با به کارگیری تدبیر و اقدامات حمایتی همچون اشتغال‌زایی، کمک به تشکیل خانواده و نظایر اینها از بزهکاری پیشگیری کند. اما آنچه موضوع بحث است بزهکاری و بزه‌دیدگی جنسی در شبکه‌های اجتماعی فیس‌بوک و توبیتر است. در واقع، هدف این است که با ارائه راهبردهایی حمایتی از بزهکاری و در نتیجه بزه‌دیدگی جنسی در فضای مذکور پیشگیری شود. از یک سو، بیشتر تدبیر پیشگیری اجتماعی محیطی مانند اشتغال‌زایی، کمک به تشکیل خانواده و غیره بر قشر جوان و نوجوان در جامعه قابل اعمال است. از سوی دیگر، در نمودار جهانی توزیع کاربران فیس‌بوک در خاورمیانه، بیشترین کاربران را رده سنی ۳۴-۲۵ و بیشترین کاربران توبیتر را رده سنی ۲۴-۲۰ در سطح جهان تشکیل می‌دهند. جوانان و نوجوانان اگر مورد حمایت واقع نشوند و در گروه‌های سالم جذب نگردند، بی‌شک گروه‌های بزهکاری آنان را به سوی خود جذب می‌کنند.

بنابراین، با توجه به مطالب مذکور دولتها باید در این زمینه توجه بیشتری را در بعد حمایتی از قشر جوان و نوجوان به خرج داده و انواع حمایتها را از جوانان و نوجوانان به عمل بیاورند و از این طریق گرایش‌های منفی به سمت این شبکه‌ها را

۱. عزيزى، اکبر، منبع پيشين، ص. ۸۰.

کاهش دهنده. بنابراین در این قسمت اهم اقدامات و تدابیر حمایتی از جوانان و نوجوانان در جهت پیشگیری از بزهديدگی جنسی در شبکه‌های اجتماعی فیس بوک و توییتر بررسی می‌شوند.

۱-۲. اشتغال‌زا

فقر و بیکاری به عنوان یک معضل اجتماعی، آشکار و نهان دست در دست بسیاری از انحرافات و بزهکاری و بزهديدگی‌ها دارد. در موضوع بحث نیز این مسئله به شکل پررنگ‌تری نمایان می‌گردد. در واقع، از آنجایی که فقر و بیکاری نقشی مهم در تأخیر ازدواج دارند می‌توانند به محرک محیطی در جهت بزهکاری و بزهديدگی جنسی چه در فضای مجازی و چه در دنیای ملموس و حقیقی تبدیل شوند. در نگاهی دیگر، نداشتن شغل و درآمد باعث می‌شود بسیاری از افراد روسپیگری و خودفروشی را چه در دنیای ملموس و فیزیکی و چه در دنیای آنلاین و شبکه‌های اجتماعی حرفة خود قرار داده و از این راه امرار معاش نمایند. بیکاری و فقر باعث می‌شوند که بسیاری از جوانان و نوجوانان به هر قیمتی وارد عرصه روسپیگری بشوند که امروزه نیز شکل جدیدی به خود گرفته و در قالب روسپیگری اینترنتی ظاهر شده است که افراد از طریق برقراری ارتباط‌های جنسی با سایر کاربران و یا سکس چت از آنان مبلغی پول دریافت کرده و از این راه امرار معاش می‌نمایند.

با این وصف وظیفه دولت‌هاست که با در نظر گرفتن اصول یادشده جهت رفع فقر و گرسنگی و تأمین رفاه مردم جامعه تلاش نمایند. حمایت‌های مالی به ویژه از زنان و دختران بی‌سرپست می‌تواند زمینه بسیاری از انحرافات و بزهديدگی‌های جنسی را چه در فضای مجازی و چه دنیای فیزیکی کاهش دهد. لذا همکاری دولت‌ها در حمایت از این قشر در جهت مبارزه با این عوامل از طریق اشتغال‌زا برای جوانان ضرورت دارد. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل بیست و هشتم دولت را موظف نموده که برای همه افراد امکان اشتغال به کار و شرایط مساوی را برای احراز مشاغل ایجاد نماید. این اصل اشعار می‌دارد:

«... دولت موظف است با رعایت نیازهای جامعه به مشاغل گوناگون برای همه افراد امکان اشتغال به کار و شرایط مساوی را برای احراز مشاغل ایجاد نماید.»
همچنین بند دوم اصل چهل و سوم جهت تأمین استقلال اقتصادی و ریشه کن کردن فقر و برآوردن نیازهای انسان اشعار می‌دارد:

«... ۲- تأمین شرایط و امکانات کار برای همه به منظور رسیدن به اشتغال کامل و قرار دادن وسایل کار در اختیار همه کسانی که قادر به کارند ولی وسایل کار ندارند، در شکل تعاوی، از راه وام بدون بهره یا هر راه مشروع دیگر»

از این رو اشتغال و کار برای جوانان از آن جهت که به عنوان یک عامل اصلی جلوگیری از فقر و محرومیت و پیشگیری از انحرافات جنسی محسوب می‌شود اهمیت خاصی داشته و مورد توجه نظام اسلامی نیز بوده است. در اهمیت شغل و کار حضرت علی (ع) می‌فرماید: «اگر تو نفس را به کاری مشغول نداری او تو را به خودش مشغول می‌دارد».

وجود کار به نوجوانان کمک می‌کند تا نیروی خود را در طول روز توزیع کنند؛ این شرایط به وی کمک می‌کند تا مجالی برای خیال‌بافی و تخیلات واهی نیابد، چه آنکه این تخیلات و خیال‌پردازی‌ها زمینه انحرافات و طغيان غرایز جنسی را بر می‌انگيزد. بدین ترتیب دولت موظف است شرایط کار و اشتغال و انواع حمایت‌ها از این قشر حساس را به عمل آورد. این حمایت‌ها می‌توانند در قالب افزایش سطح تحصیلات و مهارت‌ها، حمایت از کارفرمایانی که زمینه اشتغال برای جوانان را فراهم می‌کنند و حمایت از تشکیلات کارآفرین و ایجاد کارگاه‌های صنعتی انجام گیرند. همچنین، دولتها می‌توانند جهت ایجاد اشتغال برای جوانان حمایت‌هایی در قالب اعطای وام اشتغال و تحصیلات و خدمات ویژه از جوانان به عمل آورند.

۲-۲. کمک به تشکیل خانواده

بی‌شك در جامعه‌ای که بیشتر جمعیت آن جوانان هستند و امکانات ازدواج برای تمام آنها میسر نیست، کشیده شدن به سمت انحرافات جنسی و افتادن در دام بزه‌دیدگی آن هم با پیدایش انواع شبکه‌های اجتماعی و دسترسی سریع و کم‌هزینه به آنها امری عجیب و غیرممکن نیست. بنابراین، یکی از اصول و مبانی مهم در امر پیشگیری از بزه‌دیدگی جنسی در فضای مجازی تسهیل امر ازدواج و فراهم آوردن شرایط و امکانات لازم بدین منظور می‌باشد.

تحقیقات متعددی رابطه بین تجرد و افزایش سن دختران و پسران را با بزه‌کاری جنسی نشان داده‌اند. دقت در آمار جرایم جنسی نیز این مطلب را می‌رساند که بیشتر زنان و مردان مجرم جنسی مجرد هستند. بنابراین، هر قدر میزان ازدواج بالاتر رود آثار جرایم زنان کاهش می‌یابد و با افزایش تجرد میزان انحرافات و بزه‌دیدگی جنسی بالا می‌رود.^۱ این امر ممکن است در فضای مجازی و شبکه‌های اجتماعی بیشتر نمود پیدا کند، زیرا همان گونه که گفته شد بیشتر کاربران فیسبوک و توییتر همانند دیگر عرصه‌های سایبری جوانان هستند که در این فضا خود را با قابلیت‌های بی‌همتایی همچون کم‌هزینگی و سهولت در اراضی هوش‌هایشان رویه‌رو می‌بینند و مسلماً اگر

۱. حجازی، قدیسه، بررسی جرایم زن و مرد در ایران، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۴۱، ص. ۱۲۲.

سرگرم زندگی مشترک خود نباشند و در دنیای فیزیکی پاسخی برای غرایز جنسی خود نیابند بیشتر به این گونه اجتماعات روی آورده و به سمت بزهکاری و بزهديگی جنسی کشیده می‌شوند.

امروزه از یک طرف، دیگر تمایلی برای ازدواج وجود ندارد و سن ازدواج در حال افزایش است و از طرف دیگر انواع و اقسامی از ازدواج‌ها به وجود آمده است مانند «ازدواج موقت»، «ازدواج صوری»، «ازدواج صیغه‌ای» و غیره. از طرفی میزان طلاق هم چه به صورت رسمی چه عاطفی افزایش یافته است. اما شاید جدیدترین و البته گستردۀترین نوع ازدواج تازه مرسوم شده را بتوان «ازدواج سفید» دانست. بالارفتمن سن ازدواج و کاهش تمایلات افراد برای این امر خود معلول عواملی همچون بیکاری و فقر می‌باشد. البته فضای مجازی و شبکه‌های اجتماعی در کنار سایر عوامل موجود مانند شرایط سخت ادواج، شرایط نامناسب اقتصادی، دلایل فرهنگی و غیره به رواج هرچه بیشتر این پدیده کمک شایانی کرده است. این فضا با امکانات بی‌حد و مرز خود فرصت‌های این گونه ازدواج‌ها و همخانگی‌های بدون عقد نکاح را افزایش داده و به واسطه فرامی‌بودن و ورود انواع فرهنگ‌ها و هنجرها به این فضا موجب پذیرش هرچه بیشتر این موضوع توسط کاربران بالاخص جوانان شده است.

از این رو، حمایت دولت‌ها از جوانان در راستای تشکیل خانواده و فراهم کردن امر ازدواج برای آنان از طریق رفع موانع و مشکلاتی که مانع از تشکیل خانواده می‌گردد، می‌تواند میزان انحرافات جنسی را بکاهد. چنانکه گفته شد در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران خانواده بیان جامعه معرفی شده و دولت موظف است در مقررات خود به امر آسان کردن ازدواج و فراهم آوردن امکانات متناسب با آن توجه کند (اصل دهم و اصل چهل و سوم قانون اساسی). بنابراین، دولت باید از طریق اشتغال‌زایی، اعطای وام ازدواج و تأمین امکانات و تسهیلات ازدواج از کشیده شدن جوانان به سمت انحرافات و بزهديگی جنسی چه در دنیای فیزیکی و چه در دنیای مجازی جلوگیری کند.

۳-۲. مدیریت اوقات فراغت

در قسمت‌های قبل به اشتغال‌زایی و مبارزه با بیکاری جهت پیشگیری از انحرافات و بزهديگی‌های جنسی در شبکه‌های اجتماعی فیسبوک و توییتر اشاره شد. در واقع، مخاطب اصلی مباحث پیشین کاربران جوان شبکه‌های اجتماعی فیسبوک و توییتر بودند. اما در اینجا مقصود پربار نمودن اوقات فراغت جوانان و نوجوانان اعم از دختر و پسری است که شرایط سنی آنان در حدی نیست که بتوانند شغلی را به عهده بگیرند. برای مثال دانش‌آموzan راهنمایی و دبیرستان که جامعه نمی‌تواند شغلی برای آنان ایجاد کند و از طرفی اوقات فراغتشان نیز زیاد است. البته باید توجه داشت که حتی در مورد

کسانی که شغل دارند به دلیل صنعتی شدن زندگی و سرعت در کارها نیز وقت زیادی وجود دارد. یکی از علل مصرف بالای اینترنت در میان نوجوانان و جوانان، پرکردن اوقات فراغت است، زیرا امکانات ورزشی یا تفریحی به اندازه کافی در اختیار آنان قرار ندارد. اکثر خانواده‌ها نیز از این امر استقبال می‌کنند که نوجوانان در خانه و در کنار آنها با یک کامپیوتر و اشغال خط تلفن سرگرم باشند، غافل از اینکه در صورت استفاده نامناسب از اینترنت، آثار منفی و مخرب آن به مراتب بیشتر از بسیاری سرگرمی‌های دیگر است. بسیاری از جوانان از اینترنت برای سرگرمی، تفریح و پرکردن اوقات فراغت استفاده می‌کنند یا در جستجوی پاسخ برای نیازهایی هستند که در دنیای واقعی برآورده نشده است.^۱ کاربران نوجوان ایرانی به راستی نمی‌دانند که امکان چه استفاده‌هایی از اینترنت وجود دارد و غالباً هدفی مشخص ندارند.

بنابراین، از آنجایی که اوقات فراغت می‌تواند بهترین فرصت برای بالندگی و شکستن عادات بد و دست یازیدن به خلاقیت و افکار بکر باشد، اگر بتوان اوقات فراغت این قشر را به نحو مطلوب سازماندهی کرد مسلماً از بروز معضلات مذکور پیشگیری خواهد شد. از این رو، تشکیل کلاس‌های آموزشی و یا تفریحی و نظایر این‌ها از برنامه‌های اوقات فراغت به شمار آمده که جهت پیشگیری از ولگردی و در نتیجه انحرافات و بزهديدگی جنسی توصیه می‌شود. بر ارگان‌ها و سازمان‌های مختلف لازم است که دست در دست هم داده و طرح‌های کارشناسانه را به وجود آورند. تأسیس باشگاه و نمایشگاه‌های عمومی، ترویج و همگانی نمودن علم به کمک وسایل ارتباط جمعی و ایجاد حوزه‌های علمی از اقدامات اولیه و پر کردن اوقات فراغت بوده و استعدادهای بالقوه جوانان را به فعل می‌رساند.

۳. اقدامات فرهنگی پیشگیری از بزهديدگی جنسی در شبکه‌های اجتماعی

پیشگیری اجتماعی جامعه‌مدار (محیطی) در برگیرنده اقدامات اجتماعی، فرهنگی و حمایتی پیشگیرنده‌ای است که نسبت به محیط‌هایی که فرد در آن زندگی می‌کند، به کار گرفته می‌شوند. در این مبحث اقدامات فرهنگی و جامعه‌پذیر نمودن افراد مورد توجه قرار می‌گیرد؛ چه آنکه فرهنگ نیز به عنوان ساختار و نهادهای اجتماعی فرد را احاطه کرده و به هر صورت می‌تواند به عنوان عنصری تأثیرگذار بر بزهديدگی جنسی چه در دنیای حقیقی و چه در دنیای مجازی ظاهر گردد.

۱. قاسمی، وحید؛ ملک محمدی، حکیمه، «تبیین اعتیاد به اینترنت در بین کاربران کافیت‌های شاهین شهر»، فصلنامه پژوهش ارتباطی، شماره ۴، سال ۱۳۸۹، ص. ۲۷.

برخی از نظریه‌پردازان در رابطه با جرم و فرهنگ نظریه فشار را مورد اشاره قرار داده‌اند و بر این باورند که کج‌رفتاری‌ها نتیجه یادگیری هنجارها و ارزش‌های انحرافی به ویژه در چارچوب خردفرهنگ‌ها و گروه‌های همسالان هستند.^۱ انحرافات جنسی در شبکه‌های اجتماعی فیسبوک و توییتر نیز از این امر مستثنی نبوده و می‌توان گفت که برخی علل بروز رفتارها و انحرافات جنسی در این فضای ریشه در فرهنگ و جامعه‌پذیری یک کاربر دارد. در واقع، امروزه به دلیل گسترش وسایل و امکانات ارتباطات و افزایش استفاده از آنها ارزش‌ها و فرهنگ‌های یک جامعه بیشتر از گذشته تحت تأثیر یکدیگر قرار گرفته و متحول می‌شوند و هر اندازه که فرد در جریان جامعه‌پذیری خود بیشتر در فرآیند انتقال فرهنگی قرار بگیرد بسیار زودتر و پیچیده‌تر از خود رفتارهای انحرافی بروز می‌دهد.

در فیسبوک و توییتر نیز که خود از جمله شبکه‌های ارتباطی بسیار قدرتمند هستند، حجم قابل توجهی از کاربران با گونه‌های متفاوت فرهنگی وجود دارند که هر یک دیدگاه خاص خود را دارند و مسلمًا در جریان برقراری ارتباطات بر نظرات و عقاید هم تأثیرگذار خواهند بود. بنابراین، باید اقدامات و تدابیری به کار گرفته شوند که تأثیر مثبتی در جامعه‌پذیری افراد و نهادینه کردن هرچه بیشتر ارزش‌ها و هنجارها داشته باشند و با کاهش تأثیرپذیری از ارزش‌های منفی از رفتارهای انحرافی و در نتیجه بزهديدگی پیشگیری کنند. در نگاهی دیگر، همان گونه که پیشتر گفته شد، دنیای مجازی نیز همانند دنیای ملموس و واقعی دارای اعضاء و گروه‌هایی است که آن را تشکیل می‌دهند. شبکه‌های اجتماعی نیز از این امر مستثنی نیستند. مسلمًا دنیای مجازی و شبکه‌های اجتماعی فیسبوک و توییتر قوانین و هنجارهایی دارند که اگر رعایت گردد از بروز بسیاری از مشکلات از جمله بزهديدگی جنسی جلوگیری به عمل خواهد آمد. بنابراین، یکی از مهمترین مباحث مربوط در عرصه سایبری و شبکه‌های اجتماعی فرهنگ‌سازی استفاده صحیح از این شبکه‌ها می‌باشد. در این قسمت به اهم اقدامات و تدابیر فرهنگی در دنیای ملموس و واقعی و همچنین دنیای مجازی و شبکه‌های اجتماعی اشاره می‌شود.

۳-۱. تقویت ارزش‌های گروهی و عرفی ساختن هنجارها

عصر جدید به عنوان عصر پرشتاب ارتباطات معرفی شده است که ارتباطات در آن با سراسر دنیا به اشکال مختلف و بدون وجود محدودیت زمانی و مکانی صورت

۱. صدیق سروستانی، رحمت‌الله، آسیب‌شناسی اجتماعی: جامعه‌شناسی انحرافات، چاپ سوم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۷، ص. ۴۸.

می‌پذیرد. وسعت عمل و انعطاف‌پذیری بی‌حد آن گاهی منجر به تغییرات اساسی در ارکان جامعه شده است؛ چرا که آشنایی با دیگر جوامع، خواسته یا ناخواسته هنجارهایی جدید به ارمغان می‌آورد تا آنجا که هنجارها و ارزش‌های گروهی جامعه خودی در آن محدوده کمنگ می‌گردد. یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های فضای سایبر این است که به شدت تحت تأثیر هر نوع عرضه گسترهای قرار می‌گیرد. اگرچه این فضا گذرگاه فرهنگ‌های متنوع و گوناگونی است که هر یک در صدد عرضه خویش هستند، اما تنها فرهنگی پیشتاز خواهد بود که حضور پرنگ‌تر و گستردگتری داشته باشد و بدین سبب است که در آن فرهنگ غالب، فرهنگی جز فرهنگ قدرتمند غرب نیست.^۱ متأسفانه امروزه با افزایش استفاده از شبکه‌های اجتماعی مانند فیسبوک و توییتر ارزش‌های گروهی و هنجارهای جامعه جای خود را به ارزش‌ها و فرهنگ‌های غربی داده‌اند، چراکه امروزه بیشترین کاربران این شبکه‌ها این‌گونه کشورها هستند که همچون دیگر شبکه‌های اجتماعی و رسانه‌ها می‌توانند فرهنگ خود را بدین نحو غالب کرده و تأثیرگذاری خود را در این زمینه نشان دهند.

وجود ارزش‌های مشترک که در هر جامعه مردم بر آن توافق نموده و خود را ملزم به رعایت آن می‌کنند برای هر جامعه از ضروریات و از لوازم مصالح اجتماعی و پیشگیری از انحرافات است. هر جامعه صاحب ارزش‌هایی است که ناشی از فرهنگ آن است. نظریه‌پردازان نظریه جمهوری‌خواه، علت جرم را نبود پیوند اجتماعی مناسب و کافی میان افراد مطرح نموده‌اند و از آن تحت عنوان جمع‌گرایی که بر روابط متقابل افراد با یکدیگر تأکید دارد، یاد می‌کنند. هر قدر که پیوندهای گروهی افراد در جامعه بیشتر باشد گرایش به سمت ارتکاب جرم کاهش می‌یابد.^۲ علاوه بر این، در این زمینه نظریه دیگری به نام «کنترل اجتماعی» وجود دارد که سردمدار آن هیرشی است و علت گرایش افراد به سمت انحرافات را وجود گرایشات ذاتی منحرفانه در هر فرد می‌داند و خاطر نشان می‌کند که کسانی که با جامعه و گروه همسالان و همچنین ارزش‌های گروهی همنوا باشند از این امر مستثنی هستند. در واقع، هر قدر که فرد در گروه‌های اجتماعی بیشتری فعالیت داشته باشد بیشتر تحت کنترل قرار گرفته و در نتیجه کمتر به گرایش‌های منحرفانه روی می‌آورد.^۳ جرایم و انحرافات جنسی در شبکه‌های اجتماعی

۱. موسوی، محمدعلی، آسیب‌شناسی هیبتی و فرهنگی رسانه‌های نوظهور با تأکید بر اینترنت در ایران به منظور ارائه راهکارهای پیشنهادی، سامانه نخستین کنگره ملی فضای مجازی و آسیب‌های اجتماعی نوپدید، ۱۳۹۱، ص. ۹.

۲. وايت، راب؛ هيتنز، فيونا، جرم و جرم‌شناسی، ترجمه على سليمي، انتشارات حوزه و دانشگاه، چاپ اول، ۱۳۸۳.

۳. صدیق سروستانی، رحمت‌الله، منبع پیشین، ص. ۵۲.

فیس بوک و توییت و جامعه مجازی نیز از این قاعده مستثنی نیستند. جامعه باید برای پیشگیری از انحرافات جنسی به تقویت ارزش‌ها و هنجارهای گروهی بپردازد و بدین نحو گرایش به همنوایی را فرهنگ‌سازی کند. از جمله راهکارهایی که می‌توان برای مقابله با چالش‌های ارزش‌های جمعی و گروهی در کشور در نظر گرفت عبارتند از:

- تولید برنامه‌های جدید، جذاب و هویت‌آفرین و قابل رقابت با رسانه‌های خارجی در جهت احیای ارزش‌های جمعی و گروهی؛
- عنوان نوعی کنترل اجتماعی رسمی و غیر رسمی جهت حفظ ارزش‌های گروهی در جامعه برای تقویت همبستگی و جلوگیری از اضمحلال آن در فضای مجازی و شبکه‌های اجتماعی؛
- هنجارسازی‌های مثبت و ترویج فرهنگ استفاده از اینترنت و فضای مجازی؛
- توسعه و بهره‌گیری مفید از وسائل ارتباط جمعی در داخل کشور در جهت تبلیغ ارزش‌های مشترک جامعه و تقویت آن.

۲-۳. فرهنگ‌سازی استفاده صحیح از شبکه‌های اجتماعی

فضای سایبری و شبکه‌های اجتماعی از فرصت‌ها و تهدیدهای مختلفی برخوردار هستند و لازمه استفاده صحیح از این رسانه‌ها شناخت آن‌ها است. به عبارت دیگر، استفاده صحیح و کارآمد از این فضا نیاز به فرهنگ‌سازی دارد. در واقع، یکی از مشکلات عمده در استفاده از این فضا کم کاری در حوزه فرهنگ‌سازی است. همان‌گونه که پیش‌تر اشاره شد، تدبیر محدود‌کننده دسترسی به شبکه‌های اجتماعی فیس بوک و توییت نمی‌توانند به تنها‌ی امر پیشگیری از بزدیدگی جنسی در شبکه‌های اجتماعی را بر عهده گیرد و باید در این خصوص به راهکار روزآمدتر و منصفانه‌تری دست یافت. این راهکار چیزی جز بالا بردن سواد سایبری و فرهنگ‌سازی استفاده صحیح از فضای مجازی و شبکه‌های اجتماعی نیست. آنچه در این اینجا مد نظر است چیزی جز ایجاد رفتارهای مسئولانه و سالم و همچنین محطاًهانه در فضای مجازی و شبکه‌های اجتماعی فیس بوک و توییت نیست. اهم اقدامات مربوطه شامل آگاه‌سازی کاربران از تبعات رفتاهای غیرقانونی آن‌لاین و یادگیری نحوه محافظت از خود و دیگر کاربران در برابر آنان است.^۱

اما در خصوص فرهنگ‌سازی سایبری و استفاده صحیح از شبکه‌های اجتماعی در درجه اول باید یک نگاه کاملاً منطقی و واقع‌گرایانه به دنیای ملموس داشته باشیم و

۱. جلالی فراهانی، امیرحسین؛ باقری اصل، رضا، «پیشگیری اجتماعی از جرایم و انحرافات سایبری»، مجله مجلس و پژوهش، سال ۱۴، شماره ۵۵، سال ۱۳۸۶، ص. ۱۸.

شرایط فرهنگی و اجتماعی آن را بسنجیم تا در سایه این شرایط بتوانیم فرهنگ استفاده صحیح از شبکه‌های اجتماعی را به جامعه القاء نماییم. در مرحله بعد باید از ابزارهایی مفیدی همچون رسانه‌های جمعی در ترویج نحوه استفاده صحیح از فضای مجازی استفاده کرد. حوزه فرهنگ‌سازی سایبری نیاز به کار و بسترسازی بالای دارد. در این حوزه تنها اکتفا کردن به پیام‌های سطحی کافی نیست، بلکه ما نیازمند فعالیت‌های عمقی از طریق ساخت تیزرهای تلویزیونی و یا انتشار پژوهش‌ها و چاپ کتاب در این زمینه هستیم. ورود به حوزه سینمای سایبر، تولید سریال، اینیمیشن‌ها و کلیپ‌های پرمحتوای فرهنگی یکی دیگر از رویکردهایی است که می‌تواند در حوزه فرهنگ‌سازی مورد توجه قرار گیرد. در واقع، به کمک رسانه‌های جمعی مانند تلویزیون می‌توان به راحتی فرهنگ استفاده از فضای مجازی آن هم به شکل درست و امن را در بین مردم جامعه رواج داد تا از این طریق از انحرافات و بزهديدگی آنان با توجه به آموزشی که در این زمینه دیده‌اند، پیشگیری لازم را به عمل آورد. از سوی دیگر می‌توان فرهنگ‌سازی سایبری را وارد نظام آموزشی چه در مدارس و چه در دانشگاه‌ها و مراکز علمی کرد. همان‌گونه که گفته شد، مدرسه و محیط آموزشی بخش اعظمی از زندگی یک فرد را به خود اختصاص می‌دهد و بنابراین نقشی مهم در تکوین شخصیت فرد و نهادینه شدن بسیاری از هنجرها در درون فرد دارد. مثلاً می‌توان به کارهای پژوهشی در محیط دانشگاه در راستای شبکه‌های اجتماعی و فرهنگ‌سازی مفید در باب آن اقدام کرد یا در مدارس و دیگر مراکز علمی به انتشار بروشور در این خصوص پرداخت.

از جمله مهم‌ترین اقدامات در زمینه فرهنگ‌سازی سایبری می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

- پخش برنامه‌های آموزشی استفاده از شبکه‌های اجتماعی و آسیب‌ها و مخاطرات آن؛
- استفاده از روزنامه، مجله و ... جهت چاپ و به انتشار رساندن مقالات مرتبط با استفاده از شبکه‌های اجتماعی فیسبوک و توییتر؛
- ساخت و پخش فیلم‌ها و سریال‌هایی با موضوع شبکه‌های اجتماعی فیسبوک و توییتر و نحوه استفاده صحیح از آنها؛
- استفاده از فرصت‌های رسانه‌ای با بهره‌گیری از روش‌های نوین پیام‌رسانی و تبلیغ، تولید سریال‌ها و فیلم‌های تلویزیونی و سینمایی و پخش پیام‌های کوتاه صوتی و تصویری از رسانه ملی در راستای آگاه‌سازی عمومی مردم از خطرات استفاده ناآگاهانه و غیرقانونی از شبکه‌های اجتماعی مجازی؛

نتیجه‌گیری

گسترش فناوری‌های اطلاعات و ارتباطات و افزایش روزافزون فضای مجازی علاوه بر منافع و رفاهی که برای بشر به ارمغان آورده همواره تهدیدات و مخاطراتی نیز برای اوی به همراه داشته است. شکل‌گیری و توسعه انواع شبکه‌های مختلف اجتماعی از جمله دستاوردها و اقتضای فضای سایبر بوده، به طوری که در کنار فرصت‌ها و مزیت‌هایی که این شبکه‌ها برای تسهیل ارتباطات بین افراد جوامع مختلف به وجود آورده‌اند، در مقابل چالش‌هایی مانند بزه‌دیدگی جنسی برای افراد نیز در پی داشته‌اند؛ لذا ضرورت دارد در راستای جلوگیری از بروز تهدیدات و آسیب‌های بالقوه این شبکه‌ها راهکارهای پیشگیرانه ارائه شوند تا ضمن استفاده صحیح از امکانات این شبکه‌ها، خدمات و بزه‌دیدگی کمتری به ویژه در زمینه جنسی ایجاد شود. پیشگیری اجتماعی جامعه محور با تغییر و بهبود اوضاع اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی سعی دارد بستر و زمینه‌های بزهکاری و بزه‌دیدگی را کاهش دهد و به عبارتی یکی از مؤثرترین راهکارهای پیشگیری از آسیب‌های اجتماعی نوظهور همچون بزه‌دیدگی جنسی در شبکه‌های اجتماعی مجازی افزایش دانش سایبری و سواد رسانه‌ای کاربران و آموزش آنان در این زمینه است. در واقع، هدف آموزش مهارت‌هایی است که کاربران قبل از هر چیز برای استفاده از شبکه‌های اجتماعی باید به آن مجهر شوند. از سوی دیگر شبکه‌های اجتماعی ذاتاً و به خود خود ابزارهای نامناسبی نیستند، بلکه می‌توانند بستری برای کاربردهای مفید نیز باشند. لذا انکار و یا حذف دسترسی به تکنولوژی‌های ارتباطی و تعاملی نمی‌تواند راه حل مناسبی در کنترل آسیب‌های ناشی از فضای مجازی و به تبع آن شبکه‌های اجتماعی باشد. لازم است سیاست‌گذاری‌های مناسبی در این خصوص اتخاذ، و در مقابل، از برخوردهای پلیسی و قهری پرهیز شود و مهارت استفاده آگاهانه از این تکنولوژی‌های مجازی در سطح جامعه افزایش یابد. چنانکه اتخاذ راهکارهای پیشگیرانه، مهم‌ترین وسیله برای حمایت و جلوگیری از بزه‌دیدگی جنسی در فضای شبکه‌های اجتماعی به شمار می‌رond، به طوری که اقدامات معاضدتی مثل تدوین قوانین مناسب و کارآمد، نظارت مستمر بر محتوای شبکه‌های اجتماعی، افزایش آگاهی و دانش سایبری در کنار اقدامات و تدابیر آموزشی و تربیتی با تأکید بر ظرفیت مناسب مدارس، دانشگاه‌ها و رسانه‌های جمعی این قابلیت را دارند که به طور مستقیم از بزه‌دیدگی جنسی در شبکه‌های اجتماعی پیشگیری کنند. بنابراین، به منظور پیشگیری اجتماعی از بزه‌دیدگی جنسی در شبکه‌های اجتماعی، مجموعه‌ای از اقدامات و تدابیر از جانب خانواده‌ها، دولت‌ها و جامعه جهانی ضروری است تا زمینه و موجبات پیشگیری از وقوع بزه‌دیدگی در شبکه‌های اجتماعی و فضای سایبر به وجود آید:

-
- ۱- اتخاذ راهبردهایی نظیر مدیریت اوقات فراغت، رفع بیکاری، اشتغال‌زایی و کمک به تشکیل خانواده از سوی دولت‌ها. به عبارت دیگر، با عنایت به مطالب مذکور دولت‌ها در بعد حمایت از قشر جوان و نوجوان توجه بیشتری از خود نشان داده و انواع حمایتها را از آنان به عمل آورند و از این طریق گرایش‌های منفی به سمت این شبکه‌ها را کاهش دهند.
 - ۲- اقدامات فرهنگی پیشگیری از بزهدهی جنسی در شبکه‌های اجتماعی مثل تقویت ارزش‌های گروهی و عرفی ساختن هنجارها. بنابراین در سایه فرهنگ‌سازی استفاده صحیح از فضای مجازی و شبکه‌های اجتماعی هم می‌توان از مزایای آن به خوبی بهره‌مند شد و هم اینکه افراد را از دسترسی به آن محروم نکرد.

منابع

- جلالی فراهانی، امیرحسین؛ باقری اصل، رضا، «پیشگیری اجتماعی از جرایم و انحرافات سایبری»، مجله مجلس و پژوهش، سال ۱۴، شماره ۵۵، سال ۱۳۸۶.
- حاجی ده‌آبادی، احمد، «بررسی تحلیلی عوامل تربیتی و فرهنگی روسپیگری با چشم انداز به متون دینی»، در: نظام اسلامی و مسائله روسپیگری (مجموعه مقالات)، به کوشش ابراهیم شفیعی سروستانی، نشر دفتر مطالعات و تحقیقات زنان، چاپ اول، ۱۳۸۵.
- حجازی، قدیسه، بررسی جرایم زن و مرد در ایران، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۴۱.
- دلشاد تهرانی، مصطفی، سیری، در تربیت اسلامی، مؤسسه نشر و تحقیقات ذکر، چاپ چهارم، ۱۳۸۰.
- زبیر، اولریش، پیدایش بین‌المللی حقوق اطلاعاتی کیفری، جلد سوم، ترجمه محمدحسن دزبانی، دبیرخانه شورای عالی انفورماتیک، سازمان برنامه و بودجه، ۱۳۷۶.
- صدیق سروستانی، رحمت‌الله، آسیب‌شناسی اجتماعی: جامعه‌شناسی انحرافات، چاپ سوم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۷.
- عزیزی، اکبر، پیشگیری از جرایم جنسی، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۲.
- فرمهینی فراهانی، محسن، تربیت جنسی، نشر البرز، چاپ اول، ۱۳۸۶.
- قاسمی، وحید؛ ملک محمدی، حکیمه، «تبیین اعتیاد به اینترنت در بین کاربران کافی‌نوهای شاهین شهر»، فصلنامه پژوهش ارتباطی، شماره ۴، سال ۱۳۸۹.
- ماکارانکو، آنتون سیمونویچ، گفتارهایی درباره تربیت فرزندان، چاپ نهم، ترجمه ابوتراب باقرزاده، نشر چاپ‌خش، ۱۳۶۷.
- موسوی، محمدعلى، آسیب‌شناسی هویتی و فرهنگی رسانه‌های نوظهور با تأکید بر اینترنت در ایران به منظور ارائه راهکارهای پیشنهادی، سامانه نخستین کنگره ملی فضای مجازی و آسیب‌های اجتماعی نوپدید، ۱۳۹۱.
- نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، «پیشگیری عادلانه از جرم»، در: علوم جنایی، مجموعه مقالات در تجلیل دکتر محمد آشوری، چاپ نخست، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۳.
- —————، «گفتگو درباره جرم‌شناسی و برهکاری سایبری»، مجله تعالی حقوق، شماره ۳۶، ۱۳۸۸.
- هالدر، دباراتی؛ جیشانکار، کی، جرایم رایانه‌ای و بزه‌دیدگی زنان؛ قانون‌ها، حق‌ها و مقرره‌ها، ترجمه مهرداد رایجیان اصلی، حسین محمد کوره‌پز و احسان سلیمی، تهران، انتشارات مجده، ۱۳۹۳.
- وايت، راب؛ هيوز، فيونا، جرم و جرم‌شناسی، ترجمه علی سلیمی، انتشارات حوزه و دانشگاه، چاپ اول، ۱۳۸۳.

آثار پرونده شخصیت در حقوق کیفری ایران

* راضیه سبزه علی*

** محمود اشرفی

*** مسعود حیدری

چکیده

از بدو تشکیل جوامع انسانی همواره عکس العمل‌های متفاوتی در مقابل پدیده مجرمانه اعمال شده است. در گذشته در تعیین میزان کیفر توجهی به شخصیت مجرم نمی‌شد و صرفاً جرم و تبعاتش مورد توجه قرار می‌گرفت. با ظهور مکتب اثباتی، شخصیت مجرم «این نورسیده حقوق کیفری» توجه همگان را به خود معطوف نمود. تحقق عدالت کیفری نه تنها با لحاظ عمل مجرمانه، بلکه همراه با توجه به شخصیت بزهکار و شناخت شرایطی که منجر به ارتکاب جرم می‌شد، مد نظر قرار گرفت. از اوایل قرن بیستم به منظور اتخاذ واکنش مناسب با شخصیت مجرم در راستای وصول به اهداف اصلاح و درمان بزهکار و برنامه‌ریزی کارآمد جهت پیشگیری از تکرار جرم، ضرورت تشکیل پرونده شخصیت، در کنار پرونده کیفری احساس گردید. پرونده شخصیت، به عنوان مقدمه ضروری اصلاح مجرمان، پروندهای است که حاوی اظهار نظر متخصصان روان‌شناسی، روان‌پژوهی، روان‌کاوی و مددکاری اجتماعی پیرامون شخصیت بزهکار است تا دست‌اندرکاران عدالت کیفری از طریق توسل به محتویاتش، اقدام به تطبیق مجازات با شخصیت بزهکار نمایند. در قانون آینین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ ضمن مواد ۲۰۳ و ۲۸۶ تشکیل پرونده شخصیت صراحتاً نسبت به بزرگسالان و اطفال پیش‌بینی گردیده است. در راستای این تغییرات در قانون مجازات اسلامی

* کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی، مدرس دانشگاه پیام نور (نویسنده مسئول)
R.sabzeali65@gmail.com

** عضو هیأت علمی گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد اصفهان (خوارسگان)
Mahmood.ashrafy@yahoo.com

*** عضو هیأت علمی گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد اصفهان (خوارسگان)
Masoud_heidari2@yahoo.com

۱۳۹۲ برخی سازوکارهای نوین پیشنهادی مانند جایگزین‌های حبس، آزادی مشروط، تعليق اجرای مجازات، تعويق صدور حکم، معافیت از کیفر که مستلزم تطبیق واکنشی مناسب با شخصیت بزهکار می‌باشند، بدون تشکیل پرونده شخصیت کاربردی ندارد.

کلیدواژه‌ها: تعليق مجازات، اصلاح و درمان، بازسازگاری اجتماعی، آزادی مشروط، فردی کردن مجازات‌ها.

مقدمه

امروزه لازم است مجریان عدالت در راستای توجه به شخصیت مجرم گام بردارند: نه اعتراف گرفتن از متهم، قضاوتی که بر پایه شناخت سطحی باشد به خطا می‌انجامد: حق را باطل، باطل را حق، بی‌گناه را گناهکار و مجرم را بی‌گناه جلوه می‌دهد. امام علی (ع) در این باره فرمودند: «قاضی در قضایا به آنچه در وهله نخستین و نظر سطحی بفهمد، اکتفاء نکند و از کاوش در اعماق حقایق باز نایستد». ^۱ قاضی کیفری اگر پس از مطالعه سوابق متهم، به صدور حکم بپردازد رأی صادرشده با توجه به شخصیت متهم خواهد بود و از فرمان الهی تبعیت نموده است.^۲ زیرا «بر کسی جز به اندازه توانش تکلیفی بار نمی‌شود»^۳ و این قاعده متخد از روش الهی است که بر نفسی جز به قدر وسع آن تکلیفی بار نفرموده است.^۴

وروایک^۵ در کنگره جهانی علم اداره زندان‌ها اظهار داشت: «دیگر غیرممکن است که بدون مطالعه علمی قبلی و بدون روش صحیح و عمیق و گستردگی در مورد هر بزه ارتکابی و هر واقعه رخداده، بتوان یک درمان منطقی و عقلانی مؤثری را درباره بزه‌کار تجویز نمود».^۶

موانعی جهت عملیاتی شدن پرونده شخصیت وجود دارد. این موانع شامل ضعف آموزشی (غفلت دستگاه قضایی)، انتصاب‌های غیرعلمی، تراکم پرونده، کمبود اعتبارات مالی و فقدان آزمایشگاه‌های مجهز به تکنولوژی روز و افراد متخصص می‌باشد.^۷ به موجب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، با متنوع شدن ضمانت اجراهای کیفری استفاده بهینه از اصل فردی کردن مجازات‌ها امکان‌پذیر شده و قانون‌گذار دست قاضی را در راستای فردی کردن آرای خود و در نتیجه اتخاذ بهترین راه درمان و اصلاح مجرم باز گذاشته است.

در حقوق کیفری ایران به موجب ماده ۷ قانون تشکیل دادگاه اطفال بزه‌کار ۱۳۳۸ بدون آنکه صرحتاً به پرونده شخصیت اشاره گردد، انجام تحقیقات پیرامون

۱. «ولا يكثني بآدئي فَهُمْ دُونَ آَقْصَاهِ...» از فرمان حضرت علی علیه السلام به مالک اشتر درباره قاضی.

۲. کی‌نی، مهدی، روان‌شناسی جنایی، چاپ دوم، تهران، انتشارات رشد، ۱۳۸۴، صص. ۴۲-۴۳.

۳. «لَا تَكُفُّنَّ أَنفُسَ إِلَّا وُسْعَهَا» آیه ۲۳۳ سوره بقره.

۴. «لَا يَكْلُفُ اللَّهُ فَسَأْ إِلَّا وُسْعَهَا» آیه ۲۸۶ سوره بقره.

5. Vervaeck

۶. نجفی توان، علی، جرم‌شناسی، چاپ دهم، تهران، انتشارات آموزش و سنجش، ۱۳۹۰، ص. ۴۸.

۷. ابراهیمی، ابراهیم، «موانع تشکیل پرونده شخصیت در نظام کیفری ایران»، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم،

دوره ۶، شماره ۱۸، ۱۳۹۰.

اطفال را به اختیار دادگاه قرار داده بود و به موجب آیین‌نامه اجرایی کانون اصلاح و تربیت ۱۳۴۷ نسبت به تشکیل پرونده شخصیت برای اطفال اقدام می‌شد. همچنانی به موجب ماده ۲۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری ۱۳۷۸ نیز انجام تحقیقات درباره وضعیت روحی و روانی و خانوادگی طفل بدون اشاره صریح به تشکیل پرونده شخصیت به دادگاه محلول گردیده بود.

به موجب مواد ۴۶ و ۶۳ آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور مصوب ۱۳۸۴/۹/۲ به منظور شناخت شخصیت محکومان و متهمان و طبقه‌بندی آنان، تشکیل پرونده شخصیت ضروری است. در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ به موجب مواد ۲۰۳ تشکیل پرونده شخصیت در جرایم مهم نسبت به بزرگسالان و بر اساس ماده ۲۸۶ نسبت به اطفال پیش‌بینی شده است.

۱. اهمیت و ضرورت تشکیل پرونده شخصیت

در مقابل اختلاف‌نظرهای دو مکتب کلاسیک و تحقیقی، مکتب دفاع اجتماعی نوین هم بر نظرات ارائه شده توسط مکتب کلاسیک دال بر قائل بودن به اراده کامل برای مجرم و در نظر نگرفتن شخصیت او در فرایند کیفری و هم بر اعتقادات مکتب تحقیقی مبنی بر فقدان مسئولیت اخلاقی بزهکار به طور کامل، ایجاد وارد نمود. در سیاست کیفری دفاع اجتماعی نوین، حمایت از مجرم در درجه اول اهمیت قرار دارد و تدابیر قضایی باید متناسب با شخصیت مجرم اتخاذ گردد زیرا شخص مجرم در فرایند کیفری نقش مهمی دارد.

۱-۱. از نقطه‌نظر جرم‌شناسی

مکتب تحقیقی اندیشه لزوم توجه به شخصیت «بزهکار» را به همراه توجه به «بزه» مطرح نمود. در این مکتب، نظر علمای حقوق کیفری بر آن بود که تعیین واکنش یا ضمانت اجرای مقرر در قبال جرم، ضمن زوال خصوصیت سزاده‌ی از آن، باید با توجه به شخصیت بزهکار و حالت خطرناکی او تعیین گردد. تأکید بر شخصیت بزهکار و پافشاری بر این که هر بزهکار به لحاظ شخصیتش، باید تحت رژیم کیفری خاصی قرار داده شود، علمای حقوق کیفری را به این سمت سوق داد که باید در تعیین مجازات‌ها یا اقدامات تأمینی «اصل فردی کردن» مجازات‌ها رعایت گردد.^۱

مطالعه‌های مربوط به عوامل زیستی، روانی و اجتماعی، پس از آنکه در مرحله اجرای احکام کیفری به عنوان اصول کار زندان‌ها درآمد، نفوذ خود را در قلمرو قضایی

۱. بولک، بزنار، کیفرشناسی، ترجمه علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ ششم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۷، صص. ۴۵-۴۶.

آغاز نمود. طرفداران این نظریه، چنین استدلال می‌کنند که بازداشتگاه‌های موقت باید آنچنان مجهر باشد که بتوان قبل از دادرسی متهم، او را دقیقاً معاینه کرد. قاضی نیز باید پیش از محاکمه، اطلاعات کافی از شخصیت متهم در دست داشته باشد.^۱ تقاضای وروک مبنی بر معاینه زیستی و روانی بازداشتی‌های موقت همانند دیگر محکومان، به اتفاق آراء پذیرفته شد. بر اساس همین ایده، در زندان‌های بلژیک، بخش روانپزشکی برای تشخیص وجود بیماری‌های دماغی، کمی هوش و اختلال منش متهمان قبل از محاکمه آنها تأسیس شد.^۲

سازمان ملل متحد در سال ۱۹۵۱ میلادی، مجمع اروپایی بروکسل را تشکیل داد و پس از بررسی کامل، به دولت‌های عضو سازمان ملل توصیه نمود که آزمایش پزشکی، روان‌شناسی و اجتماعی متهمان را در قوانین خود بگنجانند. در جریان برگزاری یک گردهمایی بین‌المللی در سال ۱۹۵۸ میلادی در رم، دی‌تولیو بر اصول زیر تأکید نمود:

- ۱- مطالعه فرد بزهکار و رفتار او از کلیه جوانب، با استفاده از یک معاینه پزشکی - روان‌شناسی و اجتماعی چندبعدی.
- ۲- ارزیابی شخصیت بزهکار و حالت خطرناکش.
- ۳- تنظیم احتمالی برنامه اصلاح و درمان مجرم.
- ۴- تجویز و اجرای برنامه اصلاح و درمان نسبت به بزهکار و کنترل و ارزیابی نتایج آن.^۳

جرائم‌شناسان در جرم‌شناسی بالینی از طریق تشکیل پرونده شخصیت سعی در شناخت علل بزهکاری در شخص و انطباق با شخصیت وی دارند. یکی از مهم‌ترین وظایف جرم‌شناسی بالینی، تعیین طرق معالجه بزهکار بر مبنای ویژگی‌های جسمی و روانیش و درجه ابتلای او به نابهنجاری‌های اجتماعی است. بدین ترتیب (از طریق اهتمام در نگهداری مجرمان) می‌توان از تکرار جرم جلوگیری نمود.

جرائم‌شناسی بالینی با استفاده از علوم مرتبط، به مطالعه فرد بزهکار از همه جوانب جسمی، روانی، اجتماعی پرداخته، اصلاح‌پذیری او را اندازه‌گیری می‌نماید و درباره افرادی که حالت خطرناک دارند، درجه انحراف و خطرناک بودنشان اندازه‌گیری می‌شود و تجویز لازم جهت درمان بیماری آنان به عمل می‌آید.^۴

۱. بابایی، محمدعلی، جایگاه قانونی توسل به شاخص‌های زیستی - روانی - اجتماعی در تشخیص حالت خطرناک، مجله تخصصی الهیات و حقوق، شماره ۱۶، ۱۳۸۴، ۱۵-۱۶، ص. ۱۷۵.

۲. بابایی، محمدعلی، جرم‌شناسی بالینی تحولات مفهوم حالت خطرناک، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۰، ص. ۱۶۱.

۳. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین؛ هاشم‌بیکی، حمید، دانشنامه جرم‌شناسی، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۰، ص. ۶۶.

۴. صلاحی، جاوید، اساس و مبانی جرم‌شناسی، چاپ اول، تهران، انتشارات جاودانه جنگل، ۱۳۹۱، ۵-۶، ص.

۱-۲. از نقطه نظر حقوق کیفری

دیدگاه‌های مکاتب نوظهور حقوق کیفری از اواخر قرن نوزدهم تا اوایل نیمه اول قرن بیستم تأثیر بهسزایی در پیش‌بینی تشکیل پرونده شخصیت داشت. دیدگاه مکتب دفاع اجتماعی نوین توسط مارک آنسل، اساس پیش‌بینی پرونده شخصیت در حقوق فرانسه است، زیرا اگر ضرورت اصلاح مجرمان به عنوان هدف غایی یا یکی از اهداف اصلی مجازات‌ها، از باب وجوب تدارک مقدمات وصول به هدف مزبور، لزوم شناخت شخصیت مجرم از طریق تشکیل پرونده شخصیت امری اجتناب‌ناپذیر می‌باشد. برای حصول به هدف مزبور باید بر اساس نظام تقینی، ضرورت تشکیل پرونده شخصیت بنا بر اقتضای شرایط فرهنگی کشورها پیش‌بینی گردد تا قضات به استناد قوانین شفاف آیین دادرسی کیفری دستور تشکیل پرونده شخصیت را با رعایت ضوابطی صادر نمایند. قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه همچنان به ضرورت تشکیل پرونده شخصیت در فرایند دادرسی وفادار مانده است.^۱

ضرورت تشکیل پرونده شخصیت در تمامی مراحل دادرسی (تحقیقات مقدماتی، تعیین واکنش کیفری، اجرای حکم و سازمان زندان‌ها و پس از اجرای حکم) حائز اهمیت فراوان است. در حقوق کیفری ایران به موجب ماده ۲۰۳ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ در مرحله تحقیقات مقدماتی نسبت به جرایمی که مجازات قانونی آنها سلب حیات، قطع عضو، حبس ابد یا تعزیر درجه چهار و بالاتر است و همچنین در جنایات عمدى علیه تمامیت جسمانی که میزان دیه آنها ثلث دیه کامل مجنبی‌علیه یا بیش از آن باشد، بازپرس مکلف به تشکیل پرونده شخصیت می‌باشد.

قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نیز به موجب بندهای «الف» و «ت» ماده ۱۸، دادگاه را در صدور حکم تعزیری به بررسی «انگیزه مرتکب و وضعیت ذهنی و روانی وی حین ارتکاب جرم» و «سوابق و وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی مرتکب و تأثیر تعزیر بر وی» مکلف نموده است و تلویحًا به تشکیل پرونده شخصیت در زمان صدور حکم تعزیری اشاره نموده است. برای تعیین مجازات تكمیلی (ماده ۲۳)، جهت تخفیف مجازات به موجب بندهای «پ» و «ث» ماده ۳۸، تعویق صدور حکم (ماده ۴۰)، الزام به دستورهای دادگاه در تعویق مراقبتی (ماده ۴۳)، تعیین کیفر یا صدور حکم معافیت از کیفر پس از مدت تعویق بر اساس ملاحظه وضعیت مرتکب (ماده ۵۴)، تعلیق اجرای مجازات (ماده ۴۶)، تعیین مجازات‌های جایگزین حبس (ماده ۶۴)، شناخت شخصیت

۱. مؤذن‌زادگان، حسنعلی، «پرونده شخصیت متهمان و ضرورت تشکیل آن در مرحله تحقیقات مقدماتی دادرسی کیفری»، فصلنامه پژوهش حقوق، سال دوازدهم، شماره ۳۰، ۱۳۸۹، ص. ۲۴۰.

طفل یا نوجوان برای صدور حکم و حین تجدیدنظر در حکم صادره (مواد ۸۸ تا ۹۰)، احراز توبه متهم و سقوط مجازات (ماده ۱۱۴) تلویحاً تنظیم پرونده شخصیت و استناد به آن در مرحله محاکمه مورد نظر قرار گرفته است. در مرحله اجرای حکم نیز به موجب بندهای «الف» و «ب» ماده ۵۸ جهت استفاده از آزادی مشروط تلویحاً به ضرورت تشکیل پرونده شخصیت اشاره شده است. استفاده از عفو خصوصی و طبقه‌بندی زندانیان نیز مستلزم تشکیل پرونده شخصیت می‌باشد.

به دلیل نوآوری‌ها در این قانون به منظور اجرایی نمودن نهادهای ارافق‌آمیز که در راستای توجه به شخصیت مجرم ایجاد گردیده، ضرورت تشکیل پرونده شخصیت از اهمیت بیشتری نسبت به سابق برخوردار گردیده است. با نسخ قانون اقدامات تأمینی و تربیتی ۱۳۹۲ به موجب قانون مجازات اسلامی به نظر می‌رسد قانون اخیرالذکر از کارایی بیشتری برخواردار است و از طریق توسل به دستاوردهای جرم‌شناسی در راستای اصلاح بزهکاران گامی رو به جلو محسوب گردد.

۲. آثار اجرایی پرونده شخصیت در فرایند کیفری و پس از آن

نحوه تعیین مجازات‌های تعزیری در حقوق اسلام مبتنی بر توجه به شخصیت مرتكب و فایده‌مندی مجازات تعزیری بر روشن است. زیرا مهم‌ترین هدف تعزیر، تأدیب مجرم است. لذا پرونده شخصیت زیرساخت مناسبی برای تحقق اصل «التعزیر بما يراه الحاكم» است.

تا قبل از ظهر آموزه‌های جرم‌شناسی در قرن بیستم، توجه حقوق کیفری به تناسب جرم و مجازات معطوف بود و میزان مجازات بستگی به سنگینی نتایج آن داشت. از این طریق تصمیمات قضایی مبتنی بر اطلاعات علمی و منطبق بر شخصیت روانی مرتكب، اجرا می‌شود. اگر انحصار هدف مجازات‌ها به بازاجتماعی کردن با تردید روانه باشد، نمی‌توان انکار نمود که در تعیین و اجرای مجازات یکی از اهداف مهم، همین هدف است. بازاجتماعی شدن بدون توجه به شخصیت روانی و اجتماعی و سابق فرد، غیرممکن است. احراز شخصیت فرد با برآورد ظاهری از وضعیت متهم مقدور نیست. بلکه بهره‌گیری از روش‌های علمی می‌تواند دادرسان را در نیل به این هدف یاری دهد.^۱

فرایند کیفری «رونده تصمیم‌گیری است که از تحقیق ابتدایی راجع به بزه ارتکابی یا توقیف بزهکار به وسیله پلیس تا محاکمه و سپس آزادی بزهکار و ورود مجدد او به

اجتمع را شامل می‌شود مراحل گذار از اجزای نظام عدالت کیفری به وسیله بزهکار، پس از ارتکاب جرم.^۱ به عبارت دیگر، فرایندی است که از زمان دستگیری فرد توسط پلیس آغاز شده و با اقدامات پس از اجرای حکم پایان می‌پذیرد؛ زیرا امروزه وظیفه عدالت کیفری با اجرای مجازات پایان نمی‌یابد بلکه مرحله پساکیفری، به ویژه اگر مجازات، زندان باشد، نیز یکی از مراحل فرایند کیفری به حساب می‌آید. فرایند کیفری شامل: تحقیقات مقدماتی، احراز مجرمیت و صدور حکم، اجرای حکم و اقدامات پساکیفری است.

در تحقیقات مقدماتی به منظور رعایت تناسب در قرارهای تامین کیفری، تعلیق تعقیب و بایگانی کردن پرونده و در مرحله تعیین مجازات، جهت معافیت از کیفر، تعلیق اجرای مجازات، تعویق صدور حکم و مجازات‌های جایگزین حبس، تشکیل پرونده شخصیت دارای اهمیت به سزایی می‌باشد. در مرحله اجرای حکم نیز اجرای حبس، عفو خصوصی و آزادی مشروط مستلزم تشکیل پرونده شخصیت می‌باشد. شورای طبقه‌بندی زندانیان از طریق پرونده شخصیت زندانی به اتخاذ تصمیم منطبق با شخصیت محکومان در زندان می‌پردازد و بدین ترتیب است که اصل فردی کردن اجرای حبس توسط شورای طبقه‌بندی زندانی‌ها بر اساس پرونده شخصیت اعمال می‌گردد.

۱-۲. اهمیت پرونده شخصیت در مرحله تحقیقات مقدماتی

تحقیقات مقدماتی به مثابه مرحله‌ای از رسیدگی‌های کیفری، اهمیت بسیاری در شکل‌گیری و تهییه پرونده کیفری و تضمین اصل برائت دارد. تحقیقات مقدماتی مجموعه اقداماتی است که از سوی بازپرس یا دیگر مقامات قضایی به موجب قانون برای حفظ آثار و علائم جرم و جمع‌آوری ادله وقوع جرم، شناسایی متهم و جلوگیری از فرار وی و اظهار نظر نهایی در مورد اتهامش انجام می‌شود.^۲ تشکیل پرونده شخصیت در در تحقیقات مقدماتی از این جهت حائز اهمیت است که قاضی تحقیق با ملاحظه مؤلفه‌های درونی، جسمی، خانوادگی، اجتماعی مرتكب، پی به انگیزه‌ها و علل مؤثر در وقوع جرم می‌برد و متناسب با شخصیت مجرم بهترین رأی را صادر می‌نماید و قاضی در قالب اختیارات قضایی با ملاحظه پرونده مذکور می‌تواند مجازات را فردی نماید.^۳

۱. غلامی، حسین، «پذیرش فرهنگ زندان»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال چهارم، شماره ۷، ۱۳۸۷، ص. ۳۰۲.

۲. طهماسبی، جواد، منبع پیشین، ص. ۱۶.

۳. نجفی ابردآبادی، علی‌حسین، تقریرات درس کلیات جرم‌شناسی: مباحثی در علوم جنایی، به کوشش حمید بهره‌مند و محمد صادری، ۱۳۸۲-۱۳۸۱، ص. ۱۳۷۶.

پرونده شخصیت می‌تواند در تمام مراحل دادرسی به ویژه در تحقیقات مقدماتی، مؤثر باشد. اطلاع از حقایق مربوط به متهم موجب می‌شود که از همان ابتدا قاضی، در بازجویی، روش‌های مناسب فردی را به کار گیرد و واکنش مناسب با شخصیت بزهکار اعمال نماید.^۱

در فرانسه تشکیل پرونده شخصیت در تحقیقات مقدماتی در جنایات الزامی است. هدف از پرونده شخصیت در این مرحله آن است که بازپرس بهترین قرار را صادر کند و قاضی در قالب اختیارات قضایی مجازات را فردی کند و زمینه انتخاب واکنش مناسب را در محکمه به منظور تحقق اهداف فردی کردن مجازات‌ها فراهم سازد.^۲

با عنایت به اهمیت تشکیل پرونده شخصیت در تحقیقات مقدماتی در راستای توجه به اهداف جرم‌شناسی، تدوین کنندگان قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، به پیش‌بینی تشکیل این پرونده در تحقیقات مقدماتی پرداخته‌اند. ماده ۲۰۳ قانون مذکور مقرر می‌دارد: «در جرایمی که مجازات قانونی آنها سلب حیات، قطع عضو، حبس ابد و یا تعزیر درجه چهار و بالاتر است و همچنین در جنایات عمدى علیه تمامیت جسمانی که میزان دیه آنها ثلث دیه کامل مجنبی علیه یا بیش از آن است، بازپرس مکلف است در حین تحقیقات، دستور تشکیل پرونده شخصیت متهم را به واحد مددکاری اجتماعی صادر نماید. این پرونده که به صورت مجزا از پرونده عمل مجرمانه تشکیل می‌گردد، حاوی گزارش مددکار اجتماعی در خصوص وضع مادی خانوادگی و اجتماعی متهم و گزارش پزشکی و روان‌پزشکی می‌باشد». قضات با بررسی وضعیت مادی، اجتماعی و خانوادگی متهم و محتويات گزارش پزشکی و روان‌پزشکی که توسط متخصصین درباره متهم تهیه می‌شود، استحقاق و میزان استحقاق متهم از کیفیات مخففه را مشخص می‌نمایند.^۳

۱-۱-۲. رعایت تناسب در صدور قرارهای تأمین کیفری

قرارهای تأمین کیفری، ساز و کارهای حقوقی هستند که از طریق آنها متهم از آغاز تحقیقات مقدماتی تا شروع اجرای حکم یا مختومه شدن پرونده، تحت کنترل و نظارت مقامات قضایی است.^۴ قانون گذار در ماده ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری، انواع

۱. نجفی توانا، علی، «ضرورت تشکیل پرونده شخصیت در دادرسی اطفال بزهکار»، فصلنامه خانواده‌پژوهی، شماره ۱۸/۱، ۱۳۸۸، ص. ۶.

۲. شاملو، باقر؛ گوزلی، مهدی، پرونده شخصیت در حقوق کیفری ایران و فرانسه، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۲، ۱۳۹۰، ص. ۹۴.

۳. گلدوست جویباری، رجب، آیین دادرسی کیفری، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۳، ص. ۱۲۹.

۴. مصدق، محمد، آیین دادرسی کیفری، چاپ دوم، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۳، ص. ۲۴۸.

قرارهای تأمین را پیش‌بینی نموده و در ماده ۲۵۰، لزوم توجه قاضی به شخصیت متهم در هنگام صدور قرار تأمین را متذکر گردیده است و معیارهایی را برای تناسب قرار تأمین کیفری بیان می‌دارد: «قرار تأمین باید مستدل و موجه و با نوع و اهمیت جرم، شدت مجازات، ادله و اسباب اتهام، احتمال فرار یا مخفی شدن متهم و از بین رفتن آثار جرم، سابقه متهم، وضعیت روحی و جسمی، سن، جنس، شخصیت و حیثیت او متناسب باشد». در ماده اخیر الذکر می‌توان دو ضابطه درباره صدور مناسب قرار تأمین تعیین نمود. آنجا که در صدر ماده بیان نموده است: «قرار تأمین باید مستدل و موجه و با نوع و اهمیت جرم، شدت مجازات، ادله و اسباب اتهام و احتمال فرار یا مخفی شدن متهم و از بین رفتن آثار جرم و سابقه متهم» معیاری عینی در خصوص صدور قرار تأمین مناسب ارائه می‌دهد و با ایجاد محدودیت برای قضات، فضای مانور را برای آنان مشخص می‌نماید و موجب مقید نمودن اصل فردی کردن می‌شود و در قسمت اخیر ماده، آنجا که می‌گوید: «وضعیت روحی و جسمی، سن، جنس و شخصیت و حیثیت» می‌توان یک معیار ذهنی از تناسب صدور قرار تأمین استخراج نمود، زیرا در معیارهای ذهنی به دلیل کلی بودن آنها دست قاضی در جهت صدور قرار متناسب باز است. قاضی می‌تواند در این خصوص از عرف، جرم‌شناس یا روان‌شناس استفاده نماید. هنگامی که قانون‌گذار مقرر می‌دارد: وضعیت روحی و جسمی، سن، جنس و شخصیت و حیثیت، در واقع لزوم توجه مقام صادرکننده قرار را به شخصیت متهم در هنگام صدور قرار تأمین متذکر گردیده است.

قاضی زمانی می‌تواند معیار ذهنی مدنظر قانون‌گذار (شخصیت متهم) را به خوبی مدنظر قرار دهد که توسط متخصصان، شخصیت واقعی متهم جهت استفاده قضایی گزارش شده باشد. لذا باید گفت تعیین قرار متناسب درباره متهم در گروی تشکیل پرونده شخصیت در مرحله تحقیقات مقدماتی می‌باشد. به موجب ماده ۲۰۳ قانون آیین دادرسی کیفری بازپرس در جرایم مهم مکلف است در حین انجام تحقیقات، دستور تشکیل پرونده شخصیت را به واحد مددکاری اجتماعی صادر نماید.

صدور قرار تأمین افراد زیر ۱۸ سال تابع ماده ۲۸۷ قانون آیین دادرسی کیفری است. با توجه به تفاوت وضعیت روحی و جسمانی اطفال و متمایز بودن هدف دادرسی نسبت به بزرگسالان، نباید مقررات مربوط به قرارهای تأمینی این افراد را با بزرگسالان مقایسه نمود. ضرورت جلوگیری از آسیب رسیدن به نوجوانان و حمایت از آنها ایجاب می‌کند که به نحو دیگری با آنها برخورد شود.

ماده ۲۸۷ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌دارد: «در جریان تحقیقات مقدماتی، مرجع قضایی حسب مورد، اطفال و نوجوانان موضوع این قانون را به والدین،

اولیا یا سرپرست قانونی یا در صورت فقدان یا عدم دسترسی و یا امتناع از پذیرش آنها، به هر شخص حقیقی یا حقوقی که مصلحت بداند، می‌سپارد. اشخاص مذکور ملتزمند هر گاه حضور طفل یا نوجوان لازم باشد، او را به مرجع قضایی معرفی نمایند».

ماده ۲۸۶ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌دارد: «علاوه بر موارد مذکور در ماده ۲۰۳ این قانون، در جرایم تعزیری درجه پنج و شش نیز تشکیل پرونده شخصیت در مورد اطفال و نوجوانان توسط دادسرا یا دادگاه اطفال و نوجوانان الزامی است».

این امر در ماده ۱۶ حداقل مقررات استاندارد سازمان ملل برای دادرسی ویژه نوجوانان (مقررات پکن) به این شرح مورد تأیید قرار گرفته است: «در تمامی موارد به استثنای جرایم خرد، پیش از اتخاذ تصمیم نهایی و صدور حکم، پیشینه، شرایط زندگی نوجوانان با شرایط ارتکاب جرم، بررسی خواهد شد تا صدور حکم عادلانه توسط مرجع صلاحیت دار را تسهیل نماید».

۲-۱-۲. تعلیق تعقیب و بایگانی کردن پرونده

تعقیب جرایم مهم‌ترین وظیفه دادسرا است که از این تکلیف تحت عنوان اصل قانونی بودن تعقیب یاد می‌شود. اما در نظر گرفتن ملاحظات دیگری ممکن است دادسرا را به این نتیجه برساند که خودداری از ادامه تعقیب به صلاح جامعه است، با توجه به چنین برداشتی در نیمه دوم قرن بیستم در کنار اصل الزامی بودن تعقیب، اصل موقعیت داشتن تعقیب، مورد توجه سیاست‌گذاران جنایی قرار گرفت.

اعمال اصل متناسب بودن تعقیب می‌تواند منجر به اصلاح بزهکاران شود. زیرا ترس از مجازات، بر حسب شخصیت افراد، عامل مؤثری در جلوگیری از ارتکاب مجدد جرم محسوب می‌شود. گاهی شرایط حاکم بر ارتکاب جرم به نحوی است که نشان می‌دهد مرتكب برای نخستین مرتبه تحت تأثیر عوامل جرم‌زا دست به ارتکاب جرم زده، زیان‌دیده از جرم شکایتی نداشته یا گذشت نموده و نتایج جرم بر نظام عمومی نیز اندک است. در چنین شرایطی، آثار نامطلوب تعقیب متهم (مانند آلوه شدنش به محیط جرم‌زای زندان و ایجاد حس انتقام‌جویی از جامعه) ممکن است بیش از فوایدش باشد. موقعیت داشتن تعقیب بدین معناست که مرجع تعقیب مجاز باشد که در موقعی که اقامه دعوی علیه متهم را با توجه به شخصیتش مفید نداند، تحت شرایطی از تعقیب صرف‌نظر کرده و از ارسال پرونده به دادگاه خودداری نماید.^۱ ماده ۸۰ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌دارد: «در جرایم تعزیری درجه هفت و هشت، چنانکه شاکی

۱. خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، چاپ بیست و سوم، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۴، ص. ۴۹.

وجود نداشته یا گذشت کرده باشد، در صورت فقدان سابقه محاکومیت مؤثر کیفری، مقام قضایی می‌تواند پس از تفهیم اتهام با ملاحظه وضع اجتماعی و سوابق متهم و اوضاع و احوالی که موجب وقوع جرم شده است و در صورت ضرورت با اخذ التزام کتبی از متهم برای رعایت مقررات قانونی، فقط یک بار از تعقیب متهم خودداری نماید و قرار بایگانی پرونده را صادر نماید». نهاد تعليق تعقیب نهادی است که در اختیار مقام تعقیب بوده، و معیار اصلی، جهت استفاده کارآمد از آن در جهت دادرسی عادلانه، در نظر گرفتن شخصیت متهم می‌باشد که وصول به آن از طریق تشکیل پرونده شخصیت در دادسرا ممکن خواهد بود تا دادستان با در نظر گرفتن آن و به لحاظ شخصیت متهم تصمیم مناسب مبنی بر اعمال تعليق تعقیب یا عدم استفاده از آن اتخاذ نماید.

۲-۲. اهمیت پرونده شخصیت در مرحله تعیین واکنش کیفری

قاضی برای استفاده جرم‌شناسانه از اختیارات قانونی خود جهت فردی کردن قضایی پاسخ کیفری و اتخاذ مناسب‌ترین تصمیم نسبت به بزهکار، نیازمند تشکیل پرونده شخصیت است. در اینجا به بیان مواردی در قانون مجازات اسلامی می‌پردازیم که در آنها به شخصیت مجرم اشاره شده است:

- ۱- توجه به انگیزه مرتكب و وضعیت ذهنیش حین ارتکاب جرم و توجه به وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی مرتكب و تأثیر تعزیر بر وی به منظور صدور حکم تعزیری (بندهای «الف» و «ت» ماده ۱۸).
- ۲- کسب اطمینان از عدم تکرار جرم و اصلاح مجرم به منظور لغو یا کاهش مدت زمان مجازات تکمیلی
- ۳- (ماده ۲۴).
- ۴- حکم به معافیت از کیفر در جرایم تعزیری درجه هفت و هشت در صورت تشخیص اصلاح مرتكب (ماده ۳۹).
- ۵- ملاحظه وضعیت فردی، خانوادگی، اجتماعی و سوابق و اوضاع و احوالی که موجب ارتکاب جرم گردیده است، جهت تعویق صدور حکم (ماده ۴۰).
- ۶- ملاحظه وضعیت فردی، خانوادگی، اجتماعی و سوابق و اوضاع و احوالی که موجب ارتکاب جرم گردیده است، جهت تعليق اجرای مجازات (ماده ۴۶).
- ۷- تشخیص عدم تکرار جرم از حالات و رفتار محکوم پس از آزادی جهت آزادی مشروط (ماده ۵۸).
- ۸- ملاحظه نوع جرم و کیفیت ارتکاب آن، آثار ناشی از جرم، سن، مهارت، وضعیت، شخصیت و سابقه مجرم، وضعیت بزهیده و سایر اوضاع و احوال جهت مجازات‌های جایگزین حبس (ماده ۶۴).

۹- تشخیص حالت خطرناک مجنون، به منظور نگهداری وی در محل مناسب تا رفع حالت خطرناک (ماده ۱۵۰).

توجه به شخصیت بزهکار و تشکیل پرونده شخصیت می‌تواند مقام قضایی را در اتخاذ تصمیم مناسب با شخصیت بزهکار و با هدف بازپروری و استفاده از نهادهای تعویق صدور حکم، تعلیق اجرای مجازات، تخفیف مجازات رهنمون نماید، زیرا استفاده صحیح از هر یک مستلزم تشکیل پرونده شخصیت می‌باشد.

۱۰- لزوم تشکیل پرونده شخصیت در فردی کردن مجازات‌ها

فردی کردن مجازات‌ها به این معنا است که مجازات باید مناسب با خصوصیات مجرم و شرایطی که در آن مرتكب جرم شده است، صادر شود تا به هدفش که بازگرداندن مجرم به اجتماع و اصلاح او است، نائل گردد.^۱ سیاست اصلاح و درمان مجرمان، یک رویکرد انسانی است که متأثر از یافته‌های جرم‌شناسی بالینی است و درمان مجرم، بازگشت وی به زندگی عادی و پیشگیری از ارتکاب مجدد جرم توسط وی در آینده موضوعیت دارد. این سیاست از مجرای حفظ و نگهداری مجرم در جامعه و تحت درمان قرار دادن او، سیاست طرد بزهکاران را از جامعه کنار زده و درصد است که تبیین نماید: «بزهکار یک بیمار است و نیازمند درمان می‌باشد و راه درمان نیز الگوی کیفردار صرف نیست».^۲

اصلاح بزهکار یعنی لحاظ شخصیت مرتكب جرم در فرایند عدالت کیفری به منظور مناسب کردن پاسخ‌های کیفری با نیازهای روانی، جسمانی و اجتماعی او. در این دیدگاه جهت‌گیری کلی مجازات، از جنبه تنبیه‌ی صرف، به جنبه درمانی تغییر می‌کند و نوع آسیب‌های شخصیتی بزهکار معيار اصلی واکنش عدالت کیفری به جرم می‌شود و سخن از «پاسخ‌های فردی‌شده» یا به طور کلی «عدالت کیفری شخصی‌شده» به میان می‌آید.

تشکیل پرونده شخصیت بزهکار، یعنی درگذشتن از جنبه‌های صرف حقوقی بزه برای لحاظ جنبه‌های انسانی جرم با مطالعه گذشته خانوادگی، تحصیلی، حرفه‌ای، روانی، جسمانی مرتكب آن، انگیزه ارتکاب جرم، رابطه بزهکار و بزه‌دیده، شرکا یا معاونان احتمالی، اقدام‌های مجرم پس از ارتکاب جرم نسبت به بزه‌دیده، حالت عمومی بزهکار پس وقوع جرم.^۳ تفاوت پرونده شخصیت و پرونده حقوقی آن است که پرونده

۱. سیزوواری‌نژاد، حجت، حقوق جزای عمومی، جلد سوم، چاپ دوم، تهران، انتشارات جاودانه جنگل، ۱۳۹۴، ص. ۲۳.

2. Sdane, Marligan; Krause, Westey, Community Corrections, New York, Macmillan Publishing Company, 1993, p. 33.

۳. بولک، برنا، منبع پیشین، ص. ۹.

شخصیت حاوی سوابق تحصیلی، پزشکی، روان‌پزشکی، خانوادگی، وضعیت سنی و موقعیت اجتماعی متهم است. اما پرونده حقوقی شامل سوابق، ارکان جرم، تعداد دفعات جرم و مستندات حقوقی مجرمیت است. هدف اصلی از پرونده شخصیت، فردی کردن تصمیم دادگاه و انطباق آن با شخصیت مجرم برای انتخاب مجازات مقتضی برای مجرم است.^۱

تشکیل پرونده شخصیت به منظور تأمین دو هدف است:

۱- عادلانه نمودن حکم و قرار.

۲- تقویت بعد جرم‌شناختی حکم و قرار (اصلاح و درمان).

تشکیل پرونده شخصیت در جهت تخفیف و لحاظ جنبه‌های انسانی و اجتماعی است و نه صرفاً جنبه‌های حقوقی؛ هر چند که ممکن است پرونده شخصیت ذهنیت منفی برای قاضی ایجاد نماید.^۲ بدین ترتیب مقام قضایی در راستای فردی کردن مجازات‌ها نیازمند تشکیل پرونده شخصیت می‌باشد تا با مطالعه پرونده شخصیت، مجازاتی متناسب با شخصیت هر مجرم اتخاذ نماید تا قابلیت اجرای برنامه‌های اصلاحی مجرم را نیز دربرداشته باشد.

در ایران تشکیل پرونده شخصیت مجرمان، بر خلاف قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری ۱۳۷۸ به نحوی که بر اساس ماده ۲۲۲ قانون مذکور^۳ این ضرورت به فرایند رسیدگی جرایم کودکان بزهکار، آن هم به صورتی اختیاری منحصر گردیده بود، به موجب قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ به واسطه اهمیت موضوع، در جرایم مهم به همه مرتكبان تعیین یافت و بازپرس در حین انجام تحقیقات مکلف به دستور تشکیل این پرونده به واحد مددکاری گردید. تشکیل پرونده شخصیت به موجب ماده ۲۸۶ قانون مذکور نسبت به اغلب جرایم مربوط به اطفال و نوجوانان الزاماً گردید.

۲-۲-۲. تأثیر پرونده شخصیت بر نهاد معافیت از کیفر

بر خلاف قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در خصوص جرایم تعزیری درجه هفت و هشت (در صورت محقق شدن شرایط مقرر در

۱. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، کلیات جرم‌شناسی، منبع پیشین، ص. ۱۴۲۲.

۲. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، «قضایی شدن مرحله اجرای کیفر»، دیباچه در: جعفرزاده، فخرالدین، اجرای احکام کیفری در حقوق ایران و فرانسه، چاپ نخست، نشر دادیار، ۱۳۸۶، ص. ۴۵۶.

۳. ماده ۲۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری ۱۳۷۸ مقرر می‌داشت: «چنان‌چه درباره وضعیت روحی و روانی طفل یا ولی یا سرپرست قانونی او یا خانوادگی و محیط معاشرت طفل تحقیقاتی لازم باشد، دادگاه می‌تواند به هر وسیله‌ای که مقتضی بداند، آن را انجام دهد و یا نظر اشخاص خبره را جلب کند».

ماده ۳۹ و در صورتی که از جرایم تعزیری منصوص شرعی نباشد، دادگاه می‌تواند حکم به معافیت از کیفر بدهد.

تشخیص دادگاه پس از احراز مجرمیت مبنی بر اصلاح مجرم با عدم اجرای مجازات به منظور صدور حکم معافیت از کیفر، مستلزم شناخت ویژگی‌های شخصیتی مجرم می‌باشد زیرا مطلع شدن از میزان اصلاح مرتكب از طریق دستیابی به سوابقش امکان‌پذیر است که این امر از طریق توصل به پرونده شخصیت ممکن خواهد بود.

۲-۲-۳. ارتباط پرونده شخصیت با نهاد تعویق صدور حکم

به موجب ماده ۴۰ قانون مجازات اسلامی، قانون‌گذار این اختیار را به دادگاه داده است که صدور حکم را معوق نماید. با توجه به ماده ۴۰ قانون مجازات اسلامی، دادگاه در همه جرایم اختیار لازم در جهت تعویق صدور حکم را ندارد بلکه فقط در جرایم تعزیری درجه ۶ تا ۸ می‌تواند پس از احراز مجرمیت، صدور حکم را در صورت وجود شرایط مقرر در ماده ۴۰ به مدت ۶ ماه تا ۲ سال به تعویق بیندازد. این نهاد در قالب قرار صادر می‌شود نه حکم و زمان صدور آن پس از احراز مجرمیت می‌باشد، بنابراین صدور این قرار در تحقیقات مقدماتی موضوعیت ندارد.

یکی از شرایط صدور قرار تعویق صدور حکم آن است که دادگاه، شخصیت مجرم و آمادگی جهت اصلاح را مدنظر قرار دهد. از این جهت مقتن در ماده ۴۰ مقرر داشته است: «پس از احراز مجرمیت متهم با ملاحظه وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی و سوابق و اوضاع و احوالی که مرتكب جرم گردیده است». احراز استحقاق مجرم به صدور تعویق صدور حکم و تشخیص وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی مجرم، مستلزم انجام آزمایش‌های متعدد جسمانی، روانی، اجتماعی توسط متخصصین است که الزاماً باید مجرم را برای مدتی تحت نظرارت و بررسی داشته باشند تا از طریق تشکیل پرونده شخصیت گزارش کامل و جامعی در خصوص تمامی ابعاد شخصیتی مجرم تهیه و تقدیم دادگاه کنند تا دادگاه از طریق محتویات پرونده شخصیت بتواند تشخیص دهد که آیا متهم، صلاحیت اعطای به تعویق انداختن حکم را دارد یا خیر؟ استفاده بهینه از این نهاد مستلزم تشکیل پرونده شخصیت می‌باشد تا مقام قضایی بتواند از طریق مطالعه این پرونده پی به ابعاد شخصیت مجرم ببرد و بتواند نسبت به پیش‌بینی اصلاح مرتكب در آینده اظهار نظر نماید والا بدون وجود چنین پرونده‌ای مقام قضایی نمی‌تواند در راستای فردی کردن مجازات‌ها از این تأسیس حقوقی استفاده نماید.

با استناد به ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی تعویق صدور حکم به دو شیوه تعویق ساده (بند «الف» ماده ۴۱) و تعویق مراقبتی (بند «ب» ماده ۴۱) مورد توجه مقتن قرار

گرفته است. در تعویق ساده، مرتکب کتاباً معهده می‌گردد که در مدت تعیین شده، مرتکب جرمی نشود و از نحوه رفتارش پیش‌بینی شود که در آینده نیز مرتکب جرم نمی‌شود. ولی در تعویق مراقبتی علاوه بر شرایط مقرر در تعویق ساده، مرتکب معهده می‌گردد دستورات دادگاه و تدابیر مقرر شده را در ماده ۴۲ به وسیله دادگاه در مدت تعویق، رعایت نماید.

در تعویق مراقبتی مرتکب باید تدابیر زیر را پذیرد:

الف - حضور به موقع در زمان و مکانی که توسط مقام قضایی یا مددکار اجتماعی ناظر تعیین می‌گردد.

ب - ارائه اطلاعات و اسناد و مدارکی که نظارت بر جرای تمهدات محکوم را برای مددکار اجتماعی تسهیل نماید.

پ - اعلام هر گونه تغییر شغل، اقامتگاه یا جایه‌جایی در مدت کمتر از پانزده روز و ارائه گزارشی از آن به مددکار اجتماعی.

ت - کسب اجازه از مقام قضایی به منظور مسافرت به خارج از کشور.

به موجب ماده ۴۳ قانون مذکور، دادگاه صادرکننده قرار می‌تواند در تعویق مراقبتی با توجه به جرم ارتکابی و خصوصیات مرتکب و شرایط زندگی او به نحوی که در زندگی وی یا خانواده‌اش اختلال اساسی ایجاد نکند، مرتکب را به اجرای یک یا چند دستور در مدت تعویق ملزم نماید. لذا ملزم نمودن مرتکب به اجرای دستورات مقرر توسط دادگاه منوط به اطلاع دادگاه صادرکننده قرار از خصوصیات مرتکب و شرایط زندگی وی می‌باشد که کسب اطلاع در این زمینه نیز مستلزم تشکیل پرونده شخصیت می‌باشد.

۴-۲-۲. ارتباط پرونده شخصیت با تعلیق اجرای مجازات

تعليق اجرای مجازات به این معنی است که دادگاه پس از احراز مجرمیت متهم و تعیین مجازات، مجازات محکوم عليه را متعلق می‌نماید. در تعليق اجرای مجازات دادگاه با توجه به اوضاع و احوال مجرم، اجرای مجازات را در مورد او به صلاح نمی‌داند و به او فرصت دیگری داده می‌شود تا خودش را اصلاح نماید.^۱ در حقوق ایران اختیار دادگاه در تعليق اجرای مجازات با حذف عنوان مجازات‌های بازدارنده و تلفیق آن با تعزیرات، صرفاً در جرایم تعزیری درجه سه تا هشت قابلیت اجرایی دارد.

طبق ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی قاضی در صورتی می‌تواند در خصوص اعطای تعليق اجرای مجازات یا عدم صدور آن تصمیم‌گیری نماید که بر ویژگی‌های

۱. شامبیاتی، هوشنگ، حقوق جزای عمومی، جلد سوم، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۳، ص. ۱۶۹.

شخصیتی بزهکار اشراف داشته باشد و بتواند پیش‌بینی نماید که با تعلیق اجرای مجازات، بازاجتماعی برای مجرم به وجود می‌آورد که مانع تکرار جرم و باعث اصلاح بزهکار خواهد بود. بنابراین مقام قضایی در مقام اعطای تعلیق مجازات، نیازمند تشکیل پرونده شخصیت می‌باشد زیرا تنها از طریق مطالعه این پرونده است که امکان اطلاع از وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعیش، میسر می‌گردد. همچنین پیش‌بینی اصلاح مرتكب (بند «ب» ماده ۶۴) نیز در گروی تشکیل پرونده شخصیت می‌باشد.

قانون‌گذار در مقام تعلیق اجرای مجازات به صورت ضمنی به تشکیل پرونده شخصیت اشاره نموده است اما انتقادی که به قانون مجازات اسلامی وارد است آن است که گرچه قانون‌گذار در مقام اعطای تعلیق اجرای مجازات به شخصیت مجرم توجه نموده است اما مشخص نگردیده است که مقام قضایی به منظور مطلع شدن از سوابق وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی از چه ابزاری استفاده نماید. این ایراد علاوه بر قوانین سابق متأسفانه در قانون مجازات اسلامی نیز مرتفع نگردیده است و قانون‌گذار توجه کافی به این امر نداشته است.

۲-۵. ارتباط پرونده شخصیت با مجازات‌های جایگزین حبس

ماده ۶۴ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «ماجزات‌های جایگزین حبس شامل دوره مراقبت، خدمات عمومی رایگان، جزای نقدی، جزای نقدی روزانه و محرومیت از حقوق اجتماعی است که در صورت گذشت شاکی وجود جهات تخفیف با ملاحظه نوع جرم و کیفیت ارتکاب آن، آثار ناشی از جرم، سن، مهارت، وضعیت، شخصیت و سابقه مجرم، وضعیت بزهديده و سایر اوضاع و احوال، تعیین و اجراء می‌شود.»

رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور به شماره ۷۴۶ مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۲۹ مقرر می‌دارد: «از مجموع مقررات مربوط به ماجزات‌های جایگزین حبس موضوع فصل نهم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، به ویژه اطلاق مواد ۶۸-۶۹-۶۵ قانون مذکور چنین مستفاد می‌گردد که تعیین و اعمال ماجزات جایگزین حبس به شرح مندرج در موارد فوق الاشاره الزامی بوده و مقید به رعایت شرایط مقرر در ماده ۶۴ قانون مجازات اسلامی از قبیل گذشت شاکی یا وجود جهات تخفیف نمی‌باشد.»

با استناد به ماده ۶۴ قانون مجازات اسلامی دادگاه در اعمال ماجزات‌های

جایگزین حبس مکلف است موارد زیرا را در نظر بگیرد:

(الف) ملاحظه نوع جرم و کیفیت ارتکاب آن.

(ب) آثار ناشی از جرم.

ج) سن، مهارت، وضعیت، شخصیت و سابقه مجرم.

د) وضعیت بزه‌دیده.

ه) سایر اوضاع و احوال.

به دلیل تبعات اجتماعی آرای قضاط به خصوص در ایران که اکثر قریب به اتفاق آرای قضاط به حبس منتهی می‌شود و تأثیرات منفی امنیتی، اقتصادی، اجتماعی و روان‌شناختی زندان بر مجرم، خانواده‌اش و اجتماع و در راستای تحقق نگرش حبس‌زادایی به منظور تعیین مجازات‌های جایگزین حبس، لزوم تشکیل پرونده شخصیت مجرمان، امری ضروری می‌باشد و به منزله نخستین پله در تردبان حبس‌زادایی تلقی می‌شود.^۱

لازمه صدور مجازات‌های جایگزین حبس آن است که مقام قضایی به منظور تعیین مجازات‌های جایگزین حبس باید به بررسی و ملاحظه وضعیت و شخصیت مجرم بپردازد تا بتواند به ابعاد مختلف شخصیتش واقف گردد. آگاهی از ویژگی‌های شخصیتی مجرم جز از طریق تشکیل پرونده شخصیت میسر نیست. لذا برای اینکه مقام قضایی بتواند پی به شخصیت مجرم ببرد و در راستای فردی کردن مجازات حبس و استفاده از مجازات‌های جایگزین حبس نیازمند پرونده شخصیت می‌باشد زیرا تنها از طریق مطالعه محتویات این پرونده، مقام قضایی می‌تواند به این نتیجه برسد که مجرم نباید به زندان برود و در راستای جلوگیری از آثار سوء زندان از مجازات‌های جایگزین حبس استفاده نماید.

۲-۳. اهمیت پرونده شخصیت در مرحله اجرای حکم و سازمان زندان‌ها

اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ بر کرامت انسانی مجرم تأکید نمود. بند ۳ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ در مورد نحوه رفتار با زندانی صراحتاً مقرر داشت که رژیم اجرایی زندان باید مشتمل بر رفتاری با محکومان باشد که هدف عمده اصلاح و بازسازی آنان را دنبال نماید. زندان محل اجرای کیفر سلب‌کننده آزادی است، اما برای بزهکار باید آثار اصلاحی و درمانی در پی داشته باشد.

رویکرد بازپرورانه حقوق کیفری به بزهکار جنبه حقوق بشری پیدا نمود و به تدریج وارد قوانین کشورها گردید. از جمله در حقوق ایران «اقدام مناسب برای اصلاح مجرمان» (قسمت دوم بند ۵ اصل ۱۵۶ قانون اساسی) به عنوان وظیفه‌ای برای قوه قضائیه که مراجع قضایی، سازمان زندان‌ها و به طور کلی متولیان اجرای احکام

۱. شاهرخی، حمید؛ مرادی، هادی، قاضی کیفری و لزوم تشکیل پرونده شخصیت، مجله اصلاح و تربیت، شماره ۵۲، ۱۳۸۴، ص. ۵۲.

کیفری تحت مدیریت آن قرار دارند، پیش‌بینی شد. بازپروری بزهکار از گذر اعمال مجازات مستلزم آن است که مقام صلاحیت‌دار در مرحله اجرای حکم کیفری هم به سابقه و خصوصیات اجتماعی، اوضاع و احوال ارتکاب جرم، رابطه بزهکار و بزهدیده، تحول رفتار و شخصیت او توجه کرده تا بتواند پاسخ کیفری را به بهترین شکل ممکن اجرا نماید. انجام این مهم نیاز به توجه به پرونده شخصیت بزهکار دارد. امری که در آیین‌نامه سازمان زندان‌ها ۱۳۸۴ مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است. مرحله اجرای حکم کیفری نیز در فرایند کیفری موضوعیت پیدا می‌کند و دل‌نگرانی سنتی اعمال قانون‌مند این تصمیم‌ها که صرفاً جنبه نظارتی - اجرایی دارد، جای خود را به دغدغه اصلاحی‌درمانی بودن این تصمیم‌ها برای پیشگیری از تکرار جرم می‌دهد. از این روست که درباره شیوه اجرای کیفر حبس، ماده ۳ آیین‌نامه سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور در اجرای مفاد قسمت دوم بند ۵ اصل ۱۵۶ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «زندان محلی است که در آن محکومانی که حکم آنان قطعی شده است با معرفی مقامات صلاحیت‌دار قضایی و قانونی برای مدت معین یا به طور دائم به منظور تحمل کیفر، با هدف حرفه‌آموزی، بازپروری و بازسازگاری نگهداری می‌شوند».

مرحله اجرای حکم در مورد حبس نقش مهمی در بازپروری مجرمان ایفاء می‌کند. از این رو در برخی از نظامهای کیفری دنیا، بر خلاف ایران، اعمال محکومیت کیفری هم یک مرحله قضایی تلقی شده و برای آن دادگاه اجرای مجازات‌ها ایجاد شده است، تا قاضی آن بتواند با توجه به جریان اصلاح‌پذیری محکوم و تحول شخصیت وی، به مجازات صادرشده جهت دهد و بدون مراجعه به دادگاه صادرکننده حکم، آن را تعديل نمایند و محکوم حق داشته باشد به تصمیم‌های این دادگاه به مرجع قضایی ذی‌صلاح اعتراض نماید که از آن به «قضایی شدن مرحله اجرای مجازات‌ها» تعبیر می‌شود.^۱

۲-۳-۱. ارتباط پرونده شخصیت با اجرای حبس

ماده ۴۷ آیین‌نامه سازمان زندان‌ها مقرر می‌دارد: «واحد پذیرش و تشخیص محلی است برای پذیرش، بررسی و شناخت شخصیت محکومان و متهمان که زیر نظر مسئول مربوط انجام وظیفه می‌نماید». ماده ۶۳ نیز مقرر می‌دارد: «در هر مرکز حرفه‌آموزی و اشتغال یا زندان قسمتی به نام تشخیص به منظور شناخت شخصیت محکومان و متهمان و طبقه‌بندی آنان با استفاده از خدمات کارشناسان متخصص تشکیل می‌گردد که تهیه و تنظیم و نگهداری پرونده شخصیت به عهده این قسمت است». لذا در حقوق ایران تشکیل پرونده شخصیت در مرحله اجرای حکم اجباری است.

۱. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، قضایی شدن مرحله اجرای کیفر، منبع پیشین، صص. ۱۱-۱۳.

قسمت تشخیص به منظور شناخت شخصیت زندانیان و طبقه‌بندی آنها با استفاده از خدمات کارشناسان متخصص تشکیل می‌گردد که تهیه و نگهداری پرونده شخصیت زندانی به عهده این قسمت می‌باشد. همچنین کمیسیون متشکل از متخصصان روان‌شناسی، مددکاری، فرهنگی، تربیتی با مسئولیت رئیس زندان یا نماینده‌اش به صورت ماهیانه تشکیل شده و نظرات خود را درجه در پرونده شخصیت زندانیان ارائه می‌دهند. بدیهی است در صورت تقاضای مقامات قضایی اطلاعات پرونده شخصیت زندانیان در اختیار آنان قرار می‌گیرد.^۱

مطابق ماده ۶۴ آیین‌نامه مذکور «محکومان حداکثر دو ماه در قسمت پذیرش و تشخیص تحت آزمایش‌های پزشکی، روان‌پزشکی، آزمون‌های روان‌شناسی و شناخت شخصیت و استعداد قرار گرفته و میزان سلامت جسمی و روانی و اطلاعات مذهبی، علمی و فنی آنان را در جهت شناخت شخصیت تعیین می‌گردد. مددکاران اجتماعی مطابق فرم‌های تنظیمی که بر اساس موازین اسلامی از سوی سازمان تهیه می‌شود در مورد پیشینه زندگی تحقیقات لازم به عمل آورده گزارش کاملی از گذشته محکوم یا متهم از دوران طفولیت تا زمان تنظیم گزارش در محیط‌های مختلف خانوادگی، تحصیلی، محلی، حرفة‌ای را با اظهار نظر خود تهیه می‌نماید. در انقضاء مدت اقامت آنان در قسمت پذیرش و تشخیص کلیه گزارش‌های متخصصان در پرونده او متمرکز می‌شوند تا در شورای طبقه‌بندی مطرح شود».

مطابق ماده ۶۵ آیین‌نامه مذکور شورایی به نام شورای طبقه‌بندی زندانیان، متشکل از قاضی ناظر زندان به عنوان رئیس شورا، رئیس زندان یا مرکز مربوط به عنوان دبیر شورا، رئیس اندرزگاه مربوطه، و مسئولین واحدهای قضایی، بازپروری، انتظامی زندان و یک نفر روان‌شناس و یک نفر مددکار که در قسمت تشخیص فعالیت می‌نماید با انتخاب رئیس مرکز زندان و نیز پزشک مسئول بهداشت و درمان (ماده ۲ آیین‌نامه طبقه‌بندی زندانیان مورخ ۱۳۸۵/۹/۹) عهده‌دار امر خطیر طبقه‌بندی زندانیان است. به موجب ماده ۶۶ همین آیین‌نامه شورای طبقه‌بندی در موارد زیر اتخاذ تصمیم می‌نماید:

الف) تعیین و تقسیم محل استقرار محکومان و متهمان.

ب) اشتغال یا عدم اشتغال به کار محکومان در مراکز اشتغال داخل و خارج از مؤسسه یا زندان.

ج) اظهارنظر در زمینه احرار شرایط آزادی مشروط و عفو محکومان با رعایت مقررات مربوط.

۱. رجی، امین، شرح آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشور، ۱۳۸۲، ص. ۱۱۵.

تقسیم و معرفی زندانیان به مراکز حرفه‌آموزی و اشتغال یا مؤسسات تأمینی و تربیتی طبق ماده ۶۹ آیین‌نامه مذکور بر اساس سابقه، سن، جنسیت، نوع جرم ارتکابی، تابعیت، مدت مجازات، وضع جسمانی و روانی و چگونگی شخصیت و استعداد صورت می‌گیرد.

به موجب تبصره ۲ ماده ۵۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری به شخصیت محکومان به حبس توجه شده است. به جز مواردی که در قانون یا در حکم دادگاه تصریح شده است، بر اساس تصمیم شورای طبقه‌بندی و تأیید قاضی اجرای احکام از بین انواع مختلف زندان آنچه متناسب با شخصیت محکوم باشد، جهت نگهداری محکوم انتخاب می‌شود.

۲-۳-۲. ارتباط پرونده شخصیت با عفو خصوصی

بر اساس ماده ۶ آیین‌نامه عفو و تخفیف مجازات محکومین مصوب ۱۳۸۷/۹/۲۱ اعطای عفو منوط به درخواست رئیس دادگستری، دادستان، قاضی ناظر زندان، رئیس زندان، محکوم‌علیه، پدر، مادر، همسر و فرزندان محکوم‌علیه می‌باشد. مطابق ماده ۴ آیین‌نامه مذکور تقاضای عفو ابتدا در کمیسیون استانی که مرکب از رئیس کل دادگستری استان، نماینده حوزه نظارت قضایی ویژه قوه قضاییه مستقر در استان، دادستان مرکز استان و مدیر کل زندان‌های استان به ریاست رئیس کل دادگستری استان بررسی می‌گردد.

در صورتی که نظر کمیسیون استانی یا کمیسیون سازمان قضایی نیروهای مسلح پس از ارزیابی مدارک و احراز شرایط بر عفو باشد، ضمن تشریح دلایل، گزارش کاملی از وضعیت محکومین استان یا سازمان را به طور مستدل و مستند همراه با جمع‌بندی و پیشنهاد به دبیرخانه کمیسیون مرکزی ارسال می‌نماید (ماده ۸ آیین‌نامه). دبیر کمیسیون وظیفه دارد درخواست‌های عفو یا تخفیف مجازات را ثبت و حداکثر ظرف پانزده روز توسط کارشناسان اداره عفو و بخشودگی بررسی و بلافاصله به کمیسیون مرکزی ارسال نماید (ماده ۱۴ آیین‌نامه). کمیسیون مرکزی مرکب از پنج نفر قصاص آشنا به احکام شرع اனور و قانون با پایه قضایی ۱۰ به بالا تشکیل می‌گردد که توسط رئیس قوه قضائیه برای مدت ۵ سال منصوب می‌شوند (ماده ۲ آیین‌نامه). کمیسیون مرکزی باید حداکثر ۱۵ روز قبل از موعد مقرر فهرست اسامی دارندگان شرایط عفو را توسط رئیس کمیسیون مرکزی به رئیس قوه قضائیه تقدیم نماید و رئیس قوه قضائیه نیز در صورت تأیید، فهرست اسامی را به محضر مقام معظم رهبری تقدیم می‌نماید (ماده ۱۵ آیین‌نامه).

ماده ۲۴ آیین نامه مذکور در مقام بیان شرایط عفو، تخفیف و تبدیل مجازات، به موجب بند ۳ (توجه به میزان تأثیر مجازات، اصلاح بزهکار و احراز ندامت) و بند ۶ (توجه به وضعیت و شخصیت محکوم و خانواده وی و اصلاح مجرم) به مسئله توجه به شخصیت محکوم علیه و اصلاح مجرم پرداخته است.

استفاده کارآمد از عفو موکول به تشکیل پرونده شخصیت می باشد تا اگر ضرورتی برای بودن فرد در زندان نباشد، شرایط آزادی وی از طریق عفو فراهم گردد. ممکن است گفته شود با وجود آزادی مشروط نیازی به نهاد عفو نمی باشد؛ اما باید یادآور شد که آزادی مشروط دارای شرایطی می باشد که اگر زندانی واجد آنها نباشد، نمی تواند قبل از سپری شدن مدت حبس، آزاد شود، اما عفو قادر شرایط ذکر شده برای آزادی مشروط است.

۳-۳. ارتباط پرونده شخصیت با آزادی مشروط

قانون گذار به موجب ماده ۵۸ قانون مجازات اسلامی به ذکر شرایط آزادی مشروط پرداخته است. به موجب بند «الف» ماده مذکور، نخستین شرطی که قانون گذار به منظور اعطای آزادی مشروط پیش‌بینی نموده است آن است که «محکوم در مدت اجراء مجازات همواره از خود حسن اخلاق و رفتار نشان دهد». ایراد این بند آن است که گرچه مقتن بروز حسن اخلاق و رفتار را متراff اصلاح بزهکار تلقی نموده است اما اینکه معیار سنجش حسن اخلاق کدام است و توسط چه کسانی ارزیابی می گردد، با ابهام رو به رو است. رعایت مقررات زندان، ملاک تشخیص حسن اخلاق است. لذا عدهای از کارشناسان آگاه به امور اجتماعی و روانی مجرم را تحت نظر قرار داده و تحولات شخصیت زندانی را بررسی نمایند تا هنگامی که فرد اصلاح گردیده است، آزادی مشروط به وی اعطا شود.

شرط دیگر آزادی مشروط آن است که بتوان اطمینان حاصل نمود که محکوم پس از آزادی از زندان، دیگر بار مرتكب جرمی نخواهد شد. در این خصوص قانون گذار در بند «ب» ماده ۵۸ قانون مجازات اسلامی مقرر می دارد: «حالات و رفتار محکوم نشان دهد که پس از آزادی دیگر مرتكب جرمی نمی شود». با این حال هیچ راهکار واقع‌بینانه‌ای در جهت پیش‌بینی از تکرار جرم در آینده تعیین نشده است. پیش‌بینی عدم تکرار جرم مستلزم آن است که دادگاه از وضعیت شخصیتی، خانوادگی، اجتماعی و حرفة‌ای محکوم علیه اطلاعات دقیقی در دست داشته باشد. از آنجا که بدون توسل به دستاوردهای جرم‌شناسی بالینی، نمی توان در خصوص این شرط اظهار نظر نمود، لذا ضرورت تشکیل پرونده شخصیت جهت تصمیم‌گیری در خصوص اعطای آزادی مشروط

نمایان می‌گردد. لذا اعطای آزادی مشروط منوط به شناخت شخصیت زندانی می‌باشد تا از این طریق بتوان نسبت به عدم تکرار جرم توسط وی اظهار نظر نمود و این مهم تنها از طریق تشکیل پرونده شخصیت ممکن خواهد بود.

۴-۲. اهمیت پرونده شخصیت در مرحله پس از اجرای حکم (پساکیفری)^۱

امروزه وظیفه عدالت کیفری با اجرای مجازات به پایان نمی‌پذیرد، بلکه پس از تحمل مجازات نیز اقدام مناسب، نظارت دستگاه قضایی و مشارکت جامعه مدنی را نسبت به مجرم به منظور کاهش آثار اجتماعی محکومیت کیفری می‌طلبد. مرحله پساکیفری برای تعدیل آثار کمانه‌ای مجازات در سطح جامعه و جلوگیری از برچسبدار شدن مجرم تدارک دیده می‌شود.^۲

اداره زندان در راه مبارزه علیه تکرار جرم، نمی‌تواند نسبت به زندانی آزادشده بی‌تفاوت بماند. لذا با استقرار رژیم‌های جدید اصلاح و تربیت زندانیان، اصل «حمایت از محکومین آزادشده» از طرف دولت‌ها مورد قبول واقع شده و کمیته‌هایی تحت عنوان «کمیته کمک به زندانیان آزادشده» در اغلب کشورها به وجود آمده است. وظیفه این کمیته عبارت است از نظارت بر رفتار محکومینی که از آزادی مشروط استفاده می‌کنند و به کار گماردن زندانیانی که مجازات خود را به پایان رسانیده و به طور قطعی آزاد می‌شوند.^۳

در ایران به موجب مواد ۲۳۸ و ۲۳۷ آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور شرایطی جهت آماده‌سازی زندانیان برای خروج از زندان پیش‌بینی شده است. به موجب ماده ۲۳۹ آیین‌نامه مذکور به مراکز مراقبت بعد از خروج اشاره شده است. ماده مذکور مقرر می‌دارد: «اجراهی احکام زندان موظف است آخر هر هفته اسامی محکومان را که دو ماه به پایان محکومیت آنها باقی مانده است تهیه و به قسمت رسیدگی و مددکاری تسلیم نماید و اداره مراقبت بعد از خروج یا همکاری با کمک انجمن حمایت از زندانیان، انجمن‌های خیریه و اداره‌های مربوط به مشاغل و وزارت کار و امور اجتماعی نسبت به محکومانی که مأوى و شغلی ندارند دست‌کم تا سه ماه پس از آزادی از زندان حمایت مادی و معنوی به عمل می‌آورند».

۱. در مرحله پساکیفری، فرد مجازات را تحمل کرده و پس از مجازات، تا مدتی سازمان زندان‌ها با کمک جامعه مدنی به دنبال پیگیری اوضاع فرد است (ماده ۲۳۹ آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی).

۲. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، رویکرد جرم‌شناختی قانون حقوق شهروندی مجموعه همايش حقوق شهروندی، تهران، نشر گرایش، ۱۳۸۸، صص. ۲۸-۲۹.

۳. صلاحی، جاوید، کیفرشناسی، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۶، ص. ۳۰۰.

آورده این ماده ایجاد مراکز مراقبت بعد از خروج است. این مراکز پلی است بین زندان‌ها و محیط باز. همانند یک مرکز انتقالی است و قبل از ورود واقعی زندانیان به جامعه این مراکز تا سه ماه پس از خروج متولی مجرم هستند.^۱

مراقبت و حمایت پس از خروج، به عنوان عامل اصلی و تعیین‌کننده در تکرار جرم و یا ترک بزهکاری، از اهمیت خاصی برخوردار است. نوع و میزان حمایت مورد نیاز بستگی به عواملی مانند نوع جرم، مدت محکومیت، بازآموزی و بازسازی شخصیت مجرمین در مدت محکومیت در زندان و وضعیت آنان در بیرون از زندان دارد. آگاهی از کیفیت حمایت‌های موردنیاز زندانیان پس از خروج می‌تواند دریچه اطمینان موثری جهت کاهش تکرار جرم بگشاید.^۲

مهمنترین آثار اجرایی که تشکیل پرونده شخصیت در مرحله پساکیفری دارد، آن است که باعث می‌شود زندانی به حال خود رها نشده و طبق آموزشی که زندانی در زندان، بر اساس استعداد و توانایی‌های خود و منطبق با ویژگی‌های شخصیت خود دیده است مشغول به کار شود، مانع از ارتکاب مجدد جرم می‌گردد. پرونده شخصیت منجر می‌گردد مجرم همیشه تحت مراقبت بوده و مورد حمایت قرار گیرد. بنابراین پرونده شخصیت در این مرحله باعث ادامه فرایند اصلاح مجرم و مانع تکرار جرم می‌شود.

۱. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، کلیات جرم‌شناسی، منبع پیشین، ص. ۱۳۷۹.
 ۲. رستمی تبریزی، لمیاء، «نقش مرحله پساکیفری در پیشگیری از تکرار جرم با تکیه بر بزهکاری زنان»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۶۱، ۱۳۹۲، ص. ۴۲۶.

نتیجه‌گیری

نوع نگرش و بیانش نسبت به فاعلین جرایم با سرنوشت محکوم، خانواده‌اش و امنیت اجتماعی جامعه در ارتباط است. به دلیل حساسیت جرایم و تأثیر حکم قضی علاوه بر شخص مجرم بر خانواده وی و اجتماع و در راستای اصل فردی کردن مجازات‌ها، لزوم شخصی کردن پرونده شخصیت، یکی از دغدغه‌های علمای حقوق جزا تلقی می‌شود. به منظور تحقق دادرسی عادلانه و صدور آراء مناسب با شخصیت بزهکار، ضرورت تشکیل پرونده شخصیت به اثبات می‌رسد زیرا بدون تشکیل این پرونده، اهداف عدالت کیفری تأمین نمی‌گردد. تنها با تشکیل پرونده شخصیت است که می‌توان امید داشت که زمینه برای احراز حالت خطرناک متهمان و صدور آراء مناسب و عادلانه فراهم گردد تا در عین حال که عدالت را در تصمیم‌گیری به کار می‌گیرند، جامعه را نیز در آینده از خطر متهمان و بزهکاران فعلی ایمن نمایند.

با ابداعات پدیده آمده در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ از جمله نهادهای معافیت از کیفر، تعویق صدور حکم، تعلیق اجرای مجازات، مجازات‌های جایگزین حبس که مستلزم تطبیق واکنش مناسب با شخصیت بزهکار می‌باشند، قانونگذار تلویحاً تشکیل پرونده شخصیت را پذیرفته است. به موجب مواد ۲۰۳ و ۲۸۶ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ تشکیل پرونده شخصیت در جرایم مهم نسبت به بزرگسالان و در جرایم تا درجه ششم نسبت به اطفال صراحتاً پیش‌بینی گردیده است. لذا اتخاذ هر گونه سیاست قضایی کارآمد و مفید که مستلزم تشکیل پرونده شخصیت است، می‌تواند نتایج مطلوبی مانند کمک به بزهکار برای بازاجتماعی شدن و بازگشت به زندگی عادی در جامعه، صرفه‌جویی در هزینه‌های زندان و کاهش آمار تکرار جرم گردد. لذا باید امکانات و شرایط جهت اجرایی نمودن پرونده شخصیت فراهم گردد و قانون‌گذار ضمانت اجرای عدم تشکیل پرونده شخصیت را تعیین نماید.

منابع

- ابراهیمی، ابراهیم، «موانع تشکیل پرونده شخصیت در نظام کیفری ایران»، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، دوره ۶، شماره ۱۸، ۱۳۹۰.

بابایی، محمدعلی، جرم‌شناسی بالینی تحولات مفهوم حالت خطمناک، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۰.

_____، جایگاه قانونی توسل به شاخص‌های زیستی - روانی - اجتماعی در تشخیص حالت خطمناک، مجله تخصصی الهیات و حقوق، شماره ۱۵-۱۶، ۱۳۸۴.

بولک، بزرگ، کیفرشناسی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ ششم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۷.

حالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، چاپ بیست و سوم، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۴.

رجی، امین، شرح آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشور، ۱۳۸۲.

رستمی تبریزی، لمیاء، «نقش مرحله پس‌کیفری در پیشگیری از تکرار جرم با تکیه بر بزهکاری زنان»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۶۱، ۱۳۹۲.

سبزواری نژاد، حجت، حقوق جزای عمومی، جلد سوم، چاپ دوم، تهران، انتشارات جاودانه جنگل، ۱۳۹۴.

شامبیاتی، هوشنگ، حقوق جزای عمومی، جلد سوم، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۳.

شاملو، باقر؛ گوزلی، مهدی، پرونده شخصیت در حقوق کیفری ایران و فرانسه، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۲، ۱۳۹۰.

شهرخی، حمید؛ مرادی، هادی، قاضی کیفری و لزوم تشکیل پرونده شخصیت، مجله اصلاح و تربیت، شماره ۵۲، ۱۳۸۴.

صلاحی، جاوید، اساس و مبانی جرم‌شناسی، چاپ اول، تهران، انتشارات جاودانه جنگل، ۱۳۹۱.

_____، کیفرشناسی، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۶.

طهماسبی، جواد، آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۴.

غلامی، حسین، «پذیرش فرهنگ زندان»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال چهارم، شماره ۷، ۱۳۸۷.

کنیا، مهدی، روان‌شناسی جنایی، چاپ دوم، تهران، انتشارات رشد، ۱۳۸۴.

گلدوست جویباری، رجب، آیین دادرسی کیفری، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۳.

مصطفی، محمد، آیین دادرسی کیفری، چاپ دوم، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۳.

مؤذن‌زادگان، حسنعلی، «پرونده شخصیت متهمن و ضرورت تشکیل آن در مرحله تحقیقات مقدماتی دادرسی کیفری»، فصلنامه پژوهش حقوق، سال دوازدهم، شماره ۳۰، ۱۳۸۹.

-
- نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین؛ هاشم‌بیکی، حمید، دانشنامه جرم‌شناسی، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۰.
 - نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، رویکرد جرم‌شناختی قانون حقوق شهروندی مجموعه همایش حقوق شهروندی، تهران، نشر گرایش، ۱۳۸۸.
 - _____، «قضایی شدن مرحله اجرای کیفر»، دیباچه در: عجززاده، فخرالدین، اجرای احکام کیفری در حقوق ایران و فرانسه، چاپ نخست، نشر دادیار، ۱۳۸۶.
 - _____، تقریرات درس کلیات جرم‌شناسی: مباحثی در علوم جنایی، به کوشش حمید پهرمند و محمد صادری، ۱۳۸۲-۱۳۸۱.
 - نجفی توان، علی، جرم‌شناسی، چاپ دهم، تهران، انتشارات آموزش و سنجش، ۱۳۹۰.
 - _____، «ضرورت تشکیل پرونده شخصیت در دادرسی اطفال بزهکار»، فصلنامه خانواده‌پژوهی، شماره ۱۸/۱، ۱۳۸۸.
- Sdane, Marligan; Krause, Westey, Community Corrections, New York, Macmillan Publishing Company, 1993.

چالش‌ها و خلاصهای موجود در فرایند رسیدگی به جرایم سایبری

جواد طهماسبی*

خیرالله شاهمرادی**

چکیده

به کارگیری فناوری اطلاعات و ارتباطات و بـهـتـبـع آـن استـفـادـه اـز فـضـای سـایـبر، جـوـامـع بـشـرـی رـا در تـمـامـی عـرـصـهـاـی اـجـتمـاعـی، اـقـتصـادـی، فـرهـنـگـی و مـذـہـبـی با چـالـشـهـاـی نـوـيـنـی موـاجـه نـمـودـه است. جـرـایـم اـرـتكـابـی در اـین فـضـا اـز وـیـژـگـیـهـاـ و خـصـوصـیـاتـیـهـاـی مـتـمـایـزـهـاـی اـز جـرـایـم فـضـای وـاقـعـی بـرـخـوـرـدـارـنـد. وـیـژـگـیـهـاـی منـحـصـرـبـهـفـرـدـیـ هـمـچـونـ نـاـمـحـدـودـ و نـاـمـلـمـوـسـ بـوـدـنـ، قـاـبـلـیـت دـسـتـرـسـیـ آـسـانـ و سـرـیـعـ، سـهـولـتـ درـتـغـیـیرـپـذـیرـ و نـاـشـنـاخـتـگـیـ کـه بـرـ سـرـعـتـ اـرـتكـابـ جـرـایـم در اـین فـضـا اـفـزوـدـه است، مـهـمـتـرـینـ اـینـ وـیـژـگـیـهـاـ است. بـالـتـبـع بـرـخـوـرـدـ بـاـ اـینـ جـرـایـم در فـضـای سـایـبرـ رـوـشـ خـاصـ خـوـدـ رـا مـیـ طـلـبـدـ. پـسـ اـزـ گـذـشتـ زـمـانـیـ کـوتـاهـ اـزـ پـیـشـرـفتـ فـنـاـورـیـ اـطـلـاعـاتـ و اـرـتبـاطـاتـ، اـینـ ضـرـورـتـ حـیـاتـیـ محـرـزـ گـرـدـیدـ کـه دـغـدـغـهـ حـقـوقـ کـیـفرـیـ بـرـ سـرـ پـدـیدـهـهـاـیـ مـجـرـمـانـهـ رـایـانـهـاـیـ، بـیـشـتـرـ در حـقـوقـ جـزـایـ شـکـلـیـ یـاـ هـمـانـ آـیـینـ دـادـرـسـیـ کـیـفرـیـ نـهـفـتـهـ استـ، زـیرـاـ نـهـنـهـاـ فـضـایـ سـایـبرـ بـهـ کـلـیـ مـبـانـیـ و اـرـکـانـ تـشـکـیـلـدـهـنـدـهـ اـینـ حـوـزـهـ رـا دـسـتـخـوـشـ تـحـوـلـاتـ بـنـیـادـیـنـ کـرـدـهـ استـ، بلـکـهـ درـواـزـهـ تـبـلـوـرـ و تـحـقـقـ حـقـوقـ جـزـایـ مـاـهـوـیـ سـایـبرـیـ نـیـزـ بـهـ شـمارـ مـیـ روـدـ. هـرـگـونـهـ نـارـسـایـ و نـاـتوـانـیـ درـ تـبـیـینـ و اـجـرـایـ مـواـزـینـ آـیـینـ دـادـرـسـیـ کـیـفرـیـ سـایـبرـیـ، بـهـتـرـینـ جـرـمـانـگـارـیـهـاـ رـاـ هـمـ بـاـ شـکـسـتـ موـاجـهـ و قـوـانـینـ کـیـفرـیـ رـاـ مـتـرـوـکـ مـیـ سـازـدـ. هـمـچـنـیـنـ موـجـبـ تـجـرـیـ مـجـرـمـانـ مـیـ گـرـددـ، زـیرـاـ آـنـهاـ مـلاـحظـهـ مـیـ کـنـنـدـ کـهـ کـوـشـشـ جـامـعـهـ بـرـایـ کـنـترـلـ و پـاسـخـ منـاسـبـ باـ شـکـسـتـ موـاجـهـ و باـ توـانـ بـیـشـترـیـ بـهـ هـنـجـارـشـکـنـیـ خـوـدـ اـدـامـهـ مـیـ دـهـنـدـ. اـزـ اـینـ روـ نـوـيـنـ بـوـدـنـ جـرـایـمـ سـایـبرـیـ و شـیـوهـ اـرـتكـابـ اـینـ گـونـهـ جـرـایـمـ، نـحـوـهـ رـسـیدـگـیـ و تـعـقـیـبـ رـاـ اـزـ جـهـتـ مـسـائلـ آـیـینـ دـادـرـسـیـ بـاـ چـالـشـهـاـ و

Tahmasebi.dr@gmail.com

* دادیار دیوان عالی کشور و عضو هیأت علمی دانشگاه

** دانشآموخته کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی (نویسنده مسئول)

Shahmoradikhrollah@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۹۶/۰۴/۰۹ تاریخ پذیرش: ۹۶/۰۷/۲۳

خلأهایی مواجه نموده است که تدابیر کلاسیک حقوقی به هیچ عنوان پاسخگو نیستند و رسیدگی به این جرایم با مشکلات عدیدهای روبه‌رو است.

کلیدواژه‌ها: فضای سایبر، جرایم سایبری، رسیدگی به جرایم سایبری، آیین دادرسی کیفری.

مقدمه

با پیدایش رایانه و جرم رایانه‌ای و همچنین گسترش شبکه‌های محلی و پیدایش شبکه‌های گسترده در کنار فناوری مخابراتی که منجر به پیدایش فضای جدید به نام فضای سایبر شده است، جرایم جدید با خصوصیات و ویژگی‌های خاص به وجود آمده که به لحاظ همین خصوصیات، در چنین جرایمی قواعد سنتی حاکم بر فرایند در رسیدگی به چالش کشیده شده است. به‌گونه‌ای که این قواعد فقط پاسخگوی قسمت اندکی از جرایم جدید می‌باشند و برای بخش اعظم این جرایم وضع قواعد تازه مقتضی است.

به دلیل وجود حساسیت‌های مضاعف که نسبت به حوزه‌های شکلی مقررات جزایی وجود دارد، مقررات شکلی فضای سایبر بسیار بیشتر از حوزه‌های ماهوی تحت تأثیر قرارگرفته است. به عنوان مثال، ممکن است یک سوءاستفاده مالی سایبری با عنوان مجرمانه‌ای در قوانین موجود منطبق باشد و در هرحال، قانون‌گذار نیازی به جرمانگاری جدید نبیند تا بی‌جهت به تورم کیفری دامن زند. این وضعیت در مورد امور شکلی قدری دشوار است. به عنوان یک مصدق، تعیین محل ارتکاب جرم در فضای سایبر با معیارهای سنتی غیر ممکن است، اولین مسأله‌ای که مطرح می‌شود، مرجع ذی صلاح کیفری است که اگر به فراسوی مرزا کشیده شود، در این وضعیت علاوه بر کشمکش‌های محاکم داخلی، باید منتظر اختلافات ناشی از امکان اعمال صلاحیت کشورهای بسیاری بود. همچنین، مصدق مهم دیگر زمانی است که تمامی عناصر متشکله جرم در دنیای فیزیکی محقق شده و تنها دلایل و امارات مثبته آن در فضای سایبر قرار دارد، اینجا نیز بخش مهمی از مقررات شکلی حقوق جزا، یعنی استناد پذیری کیفری ادله با چالش جدی مواجه است. زیرا داده‌های الکترونیکی به‌کلی با استناد و مدارک موجود در فضای واقعی تفاوت دارند و نمی‌توان به ضوابط و مقررات حاکم بر آن استناد نمود.

بدین ترتیب برخلاف قوانین ماهوی که تا حدودی با رجوع به قوانین کیفری موجود امکان تعقیب مجرمان وجود دارد، در حوزه مباحث شکلی، اصل اولیه و ضروری این است که مقررات جدیدی مطابق شرایط خاص و منحصر به فضای سایبر تدوین گردد. به عبارت دیگر، حتی اگر کشوری به طورکلی خود را از جرمانگاری جدید مستغنی بینیهد، به هیچ‌وجه نمی‌توان با توجه به شرایط خاص حاکم بر سازوکارهای فضای سایبر حتی به شکل مسامحه‌آمیز از رهگذر مقررات شکلی سنتی برخورد لازم صورت گیرد. به‌طور مثال یک بستر واحد و غیرملموس جولانگاه مجریان قانون تمامی

کشورهاست و باید خود را با شرایط و مقتضیات خاص آن وفق دهنده. در غیر این صورت، حتی اگر مقرراتی در یک سند بین‌المللی یا منطقه آمده باشد، بدون اجرا خواهد ماند. کما اینکه مقررات کیفری کتوانسیون اروپایی جرایم سایبر به چنین سرنوشتی دچار شده‌اند.^۱

وضعیت دیگری که نو بودن جرایم سایبری و شیوه ارتکاب این‌گونه جرایم، نحوه رسیدگی و تعقیب را در قلمرو مسائل آیین دادرسی با چالش‌های رو به رو نموده است، به طوری که تدبیر کلاسیک حقوقی به هیچ عنوان پاسخگو نبوده و با مشکلات عدیده‌ای در این زمینه مواجه است، قواعد شکلی سنتی مربوط به تحصیل و جمع‌آوری دلایل همچنین استناد‌پذیری آن است. در قلمرو سنتی این امر به صورت فیزیکی بوده و قاضی تحقیق یا ضابطان با مراجعه به محل وقوع جرم و بررسی کیفیت وقوع آن و یا بازجویی و تحقق از افراد محل و یا با دستگیری مجرم و بازجویی از او و یا اقرار متهم می‌توانند به حقیقت امر پی ببرند، در حالی که در فضای سایبر صحنه وقوع جرم کاملاً متفاوت است و مکان وقوع جرم هم مشخص نیست. درنتیجه نه بررسی محل وقوع جرم ممکن است و نه تحقیقات از اهالی محل امکان دارد. از طرف دیگر چیزی به عنوان آثار جرم غالباً وجود ندارند که دلالتی بر انتساب آن به متهم و یا حتی وقوع آن داشته باشد.

نوع تحقیق، بازرسی محل وقوع جرم، توقیف اسباب و آلات جرم با جرایم کلاسیک متفاوت بوده و بدون تخصص و مهارت کافی مقامات قضایی، کشف جرم میسر نیست. مأموری که به تحقیقات جنایی مشغول است و تخصص در این زمینه ندارد، نمی‌داند که در محیط سایبری به دنبال چه چیزی بگردد. از طرف دیگر در جرایم جدید سایبری، که اغلب جرایم در غیر محل وقوع جرم و غیرحضوری ارتکاب یافته است، تحقیقات و کشف بسیار دشوار و غیرقابل دسترس است.^۲

در یک سری از جرایم بدون اثرگذاری در محیط رایانه‌ای، مسائل خاص و پیچیده‌ای مطرح می‌شود. حق بازرسی و توقیف یک شبکه یا تأسیسات رایانه‌ای خاص تا چه حدی شامل حق بازرسی بانک‌های اطلاعاتی و شبکه‌های مادر می‌شود که فقط در دسترس کاربر و یا یک مؤسسه قرار دارد. درواقع جایگزین شدن موضوعات غیرملموس و مجازی به عوض ادله مثبت ملموس و عینی در عرصه تکنولوژی اطلاعات، مسائل حقوقی نوینی در حوزه فرآیند کیفری، مطرح ساخته که ضرورتاً مستلزم نگاه

1. European Convention Cybercrim, 2001.

2. عبانیه، محمود احمد، جرایم الحاسوب و ابعادها الدولیه، الطبعه الاولی، عمان، دارالثقافه للنشر والتوزيع، ۲۰۰۵، ص. ۳۷، ۲۰۱۲.

افترaci نسبت به این مسائل هست. در ادامه به بررسی خلأها و چالش‌های موجود در قلمرو آیین دادرسی کیفری در مواجه با جرایم سایبری خواهیم پرداخت.

۱. خلأها و چالش‌های فرآیند کشف و دستگیری در جرایم سایبری

یکی از چالش‌های جرایم سایبری مشکل کشف این جرایم است. در این نوع از جرایم به دلیل واقع شدن در فضای مجازی و غیرواقعي، اثري ملموس و مادی از جرم و رد پای مجرم، آن گونه که در جرایم سنتی بر جای می‌ماند، دیده نمی‌شود و در بیشتر موارد همان اندک آثار باقی‌مانده از جرم که قابلیت ردیابی مجرم را دارد به راحتی قابل امحاء و پاکسازی است. به همین دلیل می‌توان با اطمینان گفت که رقم سیاه در جرایم سایبری در مقایسه با جرایم سنتی بسیار بالا است. از سوی دیگر، در صورتی که شخص یا سازمانی به طور تصادفی در جریان طبیعی فعالیت شغلی خود با ادله دیجیتالی بر روی سیستم خود مواجه شود، چنانچه خود به جمع‌آوری و تحصیل ادله فوق بپردازد با این اشکال مواجه خواهد بود که ادله مذکور از راهی غیرقانونی به دست آمده‌اند. لذا قابلیت استناد نخواهد داشت. به همین منظور باید آن را برای مجریان قانون افشا نموده تا ایشان به تحصیل ادله مذکور مبادرت نمایند. پس وجود یک فرآیند اطلاع‌رسانی پرسرعت و کم‌هزینه، نظیر شماره تلفن‌هایی که برای مبادی خدماتی نظیر پلیس، اورژانس و ... اختصاص داده شده است، ضروری به نظر می‌رسد.

اقدامات مربوط به گردآوری و حفظ ادله الکترونیکی در صحنه جرم رایانه‌ای یعنی محلی که مجرم اقدامات خلاف قانون خود را برای ارتکاب جرم در آنجا انجام داده است، به دو دسته اقدامات پیش از ورود به صحنه جرم شامل تبیین نوع داده‌ها و ادله هدف و اخذ مجوزهای لازم برای شروع تفتیش و توقيف و اقدامات پس از ورود به صحنه جرم شامل به کارگیری تمهیدات فنی، استفاده از ابزار لازم، تهیه صور تجلسه‌های مرتبط، که همگی در جهت حفظ ادله تا زمان ارائه به مقام قضایی انجام می‌شوند، تقسیم می‌گردد که هر یک مختصات و ویژگی‌های خاص خود را دارد. البته اختیار گسترش حیطه تحقیق نیز در مواردی خاص با دستور مقام قضایی و با اجرای ضابطان امکان‌پذیر است.

مجریان قانون، اولویت وظایف خود را رسیدگی به جرایم خشونتبار قرار داده و رسیدگی به جرایم رایانه‌ای می‌تواند با بودجه یک کشور کوچک برابری کند. همچنین ناشی از جرایم رایانه‌ای می‌تواند با بودجه یک کشور کوچک برابری کند. همچنین تفکیکی که مجریان قانون میان جرایم خشونتبار و جرایم مرتبط با رایانه به وجود می‌آورند، باعث می‌شود به طور جدی به دنبال ادله مورد نظر نباشند. اما واقعیت این است که رایانه‌ها می‌توانند حاوی دلایلی در ارتباط با جرایم خشونتبار مانند قتل،

تحریق عمدى، خودکشى، آدمرباىي، شکنجه و آزار و تجاوز جنسى نيز باشند. از اين رو، لرور آموزش مجريان قانون و متخصصان علوم جنایي درزمينه شبکه‌ها به عنوان منابع ادله الکترونيکي امرى است که بايستى مدنظر قرار گيرد، زира اساساً دليل و قابلیت استناد به آن از مهمترین حلقه‌های اجرای عدالت قضایي است که لازمه آن حفظ و نگهداری صحیح از ادله می‌باشد. این امر به لحاظ تخصصی بودن در مورد ادله الکترونيکي از اهمیت دوچندان برخوردار است. به همین لحاظ آموزش ضابطان و مقامات ذی صلاح قضایي در این زمینه امری ضروری است.^۱

دادرسی جرایم سایبری به دلیل واقع شدن در محیط سایبری و ماهیت ادله از پیچیدگی‌های خاص برخوردار است. به دلایل همچون پیچیدگی‌های خاص، حذف قلمرو مکان و محدوده سیاسی حاکمیت یک کشور، مخفی ماندن هویت مجرم و تغییرپذیری ماهیت دلایل اثبات، تخصصی و فنی بودن تحقیقات مقدماتی در محیط سایبر، تعقیب و دادرسی جرایم سایبری با مشکلاتی همراه است و بzechکاران سایبری به دلیل اینکه می‌توانند در یک محیط امن و در فضا هزینه اندک، به عنوان مثال در خانه یا دفتر محل کار خود، با ارتکاب اعمال مجرمانه در فضای سایبر به منافع مادی و معنوی غیر، ضرر و زیان به آبرو و حیثیت دیگران لطمہ وارد نماید و از اقدامات منافعی عاید گرداند، همواره در پی ارتکاب جرم سایبری هست. صلاحیت مراجع قضایي در محیط سایبر بر اساس قواعد صلاحیت در دادرسی جرایم سنتی چندان کارایی ندارد. برای مثال، اگر فضای سایبر منجر به جایگایی محل ارتکاب جرم گردد، اولین مسئله‌ای که مطرح می‌گردد، مرجع ذیصلاح کیفری است که اگر به فراسوی مرزها کشیده شود، به جای کشمکش‌های محاکم داخلی، باید منتظر اعمال صلاحیت کشورهای بسیاری بود. همچنین، به دلیل محیط مجازی و ماهیت ادله الکترونیکی در آن، ادله همواره در معرض تخریب، حذف یا رمزگاری هستند که این امر کشف و جمع‌آوری ادله جرم را با محدودیت شدیدی همراه می‌سازد. بنابراین، برای مقابله هرچه کارآمدتر و مؤثرتر در قبال ارتکاب جرم در این محیط، می‌بایست ابتدا با شناخت چالش‌های موجود در قلمرو رسیدگی به جرایم سایبری، قوانینی درزمینه آیین دادرسی در فضای سایبر داشته باشیم که بتواند اهداف فوق را برآورده سازد.

۱- نامعین بودن حیطه جغرافیایی ارتکاب جرایم سایبری

بی تردید قوانین و مقررات حاکم بر بستر عبور و مرور در فضای دادوستدهای اینترنتی با مقررات موجود برای دادوستدهای تجاری در جهان واقعی بسیار متفاوت

۱. زندی، محمدرضا، تحقیقات مقدماتی در جرایم سایبری، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۹، ص. ۱۳۶.

خواهند بود. بخش عمده‌ای از این تفاوت ناشی از ویژگی‌های است که زمینه حضور راه دور را در اینترنت فراهم کرده، شبکه را به لحاظ فناوری از بعد مکانی و فیزیکی متمایز می‌کند. در حقیقت شبکه آن چنان نسبت به موقعیت جغرافیایی بی‌ربط است که تعیین مکان فیزیکی یک منبع یا کاربر اینترنتی اغلب ناممکن است. آگاهی از این موقعیت مکانی برای عملکرد شبکه و ایجاد کنندگان آن اهمیتی ندارد. آدرس‌های اینترنتی جایگاه آن را در شبکه مشخص می‌کند نه در مکان و موقعیت زمینی، البته برخی آدرس‌ها، مشخص کننده‌های جغرافیایی در خود دارند. برای نمونه یک آدرس الکترونیکی دارای پسوند *.uk* در بریتانیای کبیر قرار دارد ولی بیشتر آدرس‌های اینترنتی فاقد این گونه تعیین کننده‌های جغرافیایی هستند. مهم‌تر از آن، همه آدرس‌های اینترنتی به راحتی انتقال پذیرند. در این حالت هماهنگی و همسویی میان فضا و مکان واقعی و فضای مجازی رایانه‌ای وجود ندارد. بر اساس قواعد صلاحیت قضایی اگر رکن مادی یک جرم درون حوزه قضایی شروع یا کامل شده باشد آن حوزه قضایی صالح به رسیدگی خواهد بود.^۱

با توجه به ماهیت جرایم سایبری، تعیین محل ارتکاب جرم یا محل حصول نتیجه همیشه به آسانی امکان‌پذیر نیست. جرایم سایبری به لحاظ ماهیت مجازی خود در حقیقت نمود عینی و ملموس شبیه آنچه در جرایم سنتی مانند ضرب و جرح یا سرقت مشاهده می‌کنیم، از خود به نمایش نمی‌گذارند. جرم سایبر درواقع در بستر دادوستدهای الکترونیکی و علیه داده ارتکاب یافته است و اطلاعات و بهندرت علیه سامانه‌های فیزیکی و سخت‌افزاری رخ می‌دهند.

در جایی که جرم سایبر علیه داده‌ها ارتکاب یافته است، تعیین محل ارتکاب جرم کاری بس دشوار به نظر می‌رسد. محل وقوع جرم سایبر به طور دقیق عبارت است از محل و مکانی که این داده‌ها دستخوش حملات مجرمانه قرار گرفته و دگرگون شده‌اند. چگونه می‌توان یک رخداد غیرفیزیکی و مجازی را در دنیای فیزیکی و در بعد مکانی جستجو کرد؟ حتی اگر جرم سایبری روی قطعه فیزیکی و سخت‌افزاری ارتکاب یافته و موجب بروز اختلال و یا ازکارافتادگی شود، باز هم به طور قطع نمی‌توان نظر داد که محل وقوع جرم همان محل وجود قطعه‌های سخت‌افزاری آسیب‌دیده خواهد بود، زیرا در قریب به اتفاق این گونه جرایم، عمل مجرمانه در مکانی دیگر انجام گرفته و فقط نتیجه روی قطعه‌های سخت‌افزاری پدیدار شده است. برای نمونه، کاربری در ایران با مخاطب خود در شهر فرانکفورت ارتباط اینترنتی برقرار می‌کند و طی این تماس با نفوذ

۱-۲. پنهان‌سازی جرم سایبری

همان‌گونه که قبلاً مطرح گردید یکی از چالش‌های اساسی مأموران اجرای قانون، دشواری کشف جرایم سایبری است. این‌گونه جرایم در بستری رها و در پوششی ناشناخته و گمنامی نسبی بزهکاران انجام می‌شود و اثری ملموس و مادی از جرم و ردپای مجرم آن‌گونه که در جرایم سنتی برجای ماند، مشاهده نمی‌شود و در بیشتر موارد همان‌اندک ادله الکترونیکی باقی‌مانده از جرم نیز به راحتی قابل پاک‌سازی است. آنچه بدیهی است نمی‌توان با برنامه‌ها و راهبردهایی که ناظر به جرایم سنتی است، نسبت به مبارزه با این جرایم اقدام نمود. افزون بر این، آن دسته از جرایم برخلاف جرایم سنتی، از الگوهای فیزیکی و محدودیت‌های ناظر بر آن پیروی نمی‌کند. در نتیجه، بزهکاران می‌توانند بدون تماس چهره به چهره و مجاورت با بزهده، مرتكب جرم شوند که این ویژگی ممتاز، ردیابی و شناسایی آنان را دشوار می‌سازد.^۱

از این رو تعقیب جرایم سایبری در اکثر موارد به دلیل اختفای این نوع جرایم با مانع مواجه است. برای نمونه کلاهبرداری رایانه‌ای غالباً از طریق دست‌کاری پرینت‌های

۱. جوکر، یونی؛ و همکاران، جرم و اینترنت، برگدان رسول نجار، تهران، انتشارات دانشگاه علوم انتظامی، ۱۳۸۹، ص. ۳۰.

داده‌پردازی کتمان می‌شود. جاسوسی رایانه‌ای از طریق نسخه‌پردازی از فایل‌های داده و سرقت مال معمولاً در شرکت‌های بزرگ دیده به عنوان جرم نمایان نمی‌شود؛ زیرا این شرکت‌ها غالباً فرصت کشف و اثبات استفاده غیرمجاز از داده‌های خود در شرکت رقیب را که به خوبی از آن محافظت می‌شود، نمی‌یابند. خرابکاری رایانه‌ای اغلب به عنوان فقر سیستم و یا اشتباه نمایانده می‌شود. در موارد بسیار، امکان کشف موارد نقض حریم خصوصی اشخاص، برای بزرگداشت و مقامات دولتی فراهم نیست، زیرا اعمال مجرمانه در مراکز رایانه‌ای ارتکاب می‌یابند که از آنها به خوبی محافظت می‌شود.

امکان اخفای جرم از طریق دستکاری داده‌ها به ظهور اصطلاح «ماهیت دست دوم پرینت‌های رایانه‌ای» در ادبیات جرم‌شناسی ایالات متحده آمریکا منجر شده است. مشکل ناشی از این واقعیت برای ممیزان و نیز دادرسان را می‌توان در گزارش رئیس یک مرکز رایانه‌ای ملاحظه نمود که عنوان شده است: «یکی از همکاران وی داده‌های مربوط به فعالیت‌های تجاری بسیار مهم را پیش از انجام حسابرسی در شرکت، از حافظه رایانه‌ها حذف کرده و از این طریق، مانع کنترل داده‌ها بر روی پرینت‌های بعدی شده بود.»^۱

در بسیاری از موارد، کشف و تعقیب جرایم سایبری به این دلیل با مشکل مواجه می‌شود که تغییرات صورت گرفته در برنامه‌ها و داده‌ها آثاری مانند آثار ناشی از جعل سنتی اسناد بر جای نمی‌گذارد. امروزه تحلیل و بررسی خط افراد در بانک‌های داده الکترونیکی غیرممکن است. به منظور تقلیل مشکلات مربوط به داده‌های واردشده باید در جهت شناسایی اشخاص تلاش نمود که داده‌ها را از طریق ورود به رایانه و دیگر روش‌های ثبت، وارد کرده و پردازش کنند. روش دیگر برای انجام تحقیقات، پیگیری رد مبالغ سرقت شده است که این مبالغ در اکثر موارد به مرتكب انتقال می‌یابد.

مشکل مربوط به پیگیری آثار و سرنخ‌های مربوط به جرایم رایانه‌ای را می‌توان در پرونده‌ای مشاهده نمود که به کشور آلمان مربوط می‌شود. مجرمان نام و آدرس یک شرکت غیرواقعي را به جای نام و آدرس یکی از تهیه‌کنندگان کالاها و خدمات موردنیاز کارفرمای خود بر روی یک فایل داده اصلی قرار داده بودند که شماره حساب‌های بانکی را با آدرس‌های تهیه‌کنندگان مرتبط و مقایسه می‌نمودند تا از این طریق پرداخت صورت حساب‌ها را کنترل کند. در نتیجه این تعییر و جایگزینی، ارائه صورت حساب بعدی تهیه‌کننده مذکور به صدور چکی به نام شرکت غیرواقعي (به جای تهیه‌کننده) منجر شد. پرداخت مبلغی در حدود ۱۳۵۰۰۰ مارک آلمان به یک تهیه‌کننده ناشناخته

موجب تردید و مظنون شدن مسئولان این شرکت پرداخت کننده شده و در نتیجه دستور عدم پرداخت وجه چک صادر شد. در تحقیقات صورت گرفته تلاش شد که از طریق تحلیل ثبت رایانه‌ای تغییرات فایل اصلی سرنخ‌هایی از مجرمان به دست آید. با وجود این، از آنجا که ثبت رایانه‌ای دوره زمانی از بین رفته بود، نویسنده آدرس قابل شناسایی نبود. تحقیق در خصوص آدرس نوشته شده بر روی چک در ابتدا با موفقیت مواجه نشد، زیرا مجرمان آدرس یک خانه بزرگ را انتخاب کرده بودند که در آن صرفاً یک صندوق پستی اضافی به نام شرکت غیرواقعی نصب کرده بودند. بررسی صندوق پستی مذکور موفقیتی در پی نداشت، زیرا مجرمان از کشف اقدامات خود مطلع شده و از وصول چک خودداری کرده بودند. با این وجود بعد از چند هفتۀ نامه‌ای از طرف بانکی که مجرمان در آن برای دریافت وجه چک حساب باز کرده بودند به صندوق پست شرکت ارسال شد. مقایسه دست خطی که برای تکمیل فرم‌های لازم برای افتتاح حساب بانکی به کاررفته بود با دست خط حدوداً یکصد کارمند به شناسایی و محکومیت برنامه‌نویس شد.

همچنین حجم و کثرت زیاد داده‌هایی که اغلب در یک پی‌جويی مرتبط با سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی وجود دارد، کشف و تحقیق جرایم سایری را با مشکل دیگری مواجه می‌نماید. جستجوی ادله مفید در میان حجم انبوه و عظیمی از داده‌های دیجیتال می‌تواند مثل یافتن سوزنی در انبار کاه باشد.

امروزه جرایمی از جمله قاچاق انسان، خرید و فروش مواد مخدر در سطح کلان و پورنوگرافی در بستر دارک‌نت یا وب پنهان اتفاق می‌افتد که به‌کلی کشف و پی‌جويی آنها ممکن نیست. درواقع آنچه به عنوان وب پنهان بیان می‌گردد، آن بخش از فضای اینترنت است که به هر دلیل، خارج از حوزه جستجوی موتورهای کاوش قرار دارد و بازیابی اطلاعات موجود در آن از طریق استفاده مستقیم از این موتورها میسر نیست و آنچه به عنوان دارک‌نت شناخته می‌شود، مجموعه‌ای از ارتباطات است که به شکلی بسیار عمیق در بخش‌هایی از شبکه‌ها که عملاً غیر قابل دسترس بوده و یا به شکلی گستردۀ‌ای ناشناخته هستند، صورت می‌گیرد. معمولاً این بخش از شبکه به دلایلی از جمله ناشناخته ماندن مورد استفاده قرار می‌گیرد و این امکان را فراهم می‌آورد تا اعضای گروه، اطلاعات را از درهای مخفی سرورهای اینترنت ردوبل کنند و ناشناس بمانند.

در واقع کاربران دارک‌نت به شبکه‌های محلی یا داخلی برای رد و بدل کردن اطلاعات و پیام‌ها متکی و وابسته هستند. فرض کنید همه کاربران اینترنت در یک شبکه مثل یک شهر با یکدیگر ارتباط دارند و همه شبکه‌های وای فای به‌گونه‌ای به هم

متصل هستند. در این شرایط فرض کنید، کاربری راهی برای انتقال یک پیام از طریق شبکه اینترنت همسایگان پیدا کند. برای این کار، کافی است پیام را از طریق شبکه به همسایه کناری، از آنجا به خانه بعدی و به همین ترتیب تا مقصد هدایت کند. به این ترتیب پیام مورد نظر به سختی قابل ردیابی و کنترل توسط سایر افراد و نهادها حتی کنترل کنندگان زیرساخت اینترنت خواهد بود.

شبکه معروف تور نمونه یک دارک وب بوده و از مسیریابی پیازی استفاده کرده و مبتنی بر لایه‌های چندگانه امنیتی است، دقیقاً همانند پوست پیاز که لایه به لایه است و این لایه‌های امنیتی یک‌به‌یک از پیام‌های روبدل شده در شبکه تور حذف می‌گردند و به همین دلیل بیشتر برای مقاصد غیرقانونی مورداستفاده قرار می‌گیرد و همه فعالیت‌های آن غیرقابل ردیابی و شناسایی است. مرورگر تور متعلق به یک مجرم، یک مدار^۱ را ایجاد نموده که در این مدار سه هاب وجود دارد، که از سرتاسر دنیا به صورت رندوم انتخاب می‌شوند. منبع این هاب‌ها را ۵۰۰۰ داولطلب در سرتاسر دنیا فراهم می‌کنند. لذا مرورگر هاب‌ها را می‌شناسد، ولی هیچکس مرورگر مجرم را نمی‌شناسد.^۲

نکته جالب‌تر این که وقتی مرورگر تور مجرم، مدار را ایجاد می‌نماید دقیقاً ده دقیقه بعد مدار را از بین برد و مدار جدیدی را می‌سازد. لذا زمانی که مجریان قانون بخواهند نسبت به ردیابی آی‌پی اقدام نمایند، پس از اخذ دستور قضایی و مراجعت به شرکت ارائه‌دهنده خدمات دسترسی امکان تشخیص هویت فرد استفاده‌کننده از آدرس آی‌پی ممکن نیست، چراکه شبکه تور اولاً در طول ده دقیقه مدار جدیدی را ساخته و ثانیاً به دلیل میزبانی ۵۰۰۰ داولطلب در سرتاسر دنیا که منبع این هاب‌ها می‌باشد قبل از اتمام فرصت نیازمند همکاری سه کشور مختلف هست که عملاً پی‌جويی را غیرممکن می‌سازد. نکته جالبی که در این مدارها وجود دارد این است که اکثر آنها در کشور آلمان قرار دارد، و علت آن استفاده تعداد زیادی از آلمانی‌ها از شبکه تور هست و داولطلبان زیادی در ارتباط با هاب‌های مدار دارد.

۱-۳. ضعف کارکردی مراجع قضایی و انتظامی

نوین بودن جرایم سایبر و ویژگی‌های خاص آن لزوم رسیدگی و پی‌جويی متناسب با این جرایم را توجیه می‌نماید. در ادامه به مهم‌ترین مشکلات کارکردی دستگاه عدالت کیفری در برخورد با این جرایم خواهیم پرداخت.

1. Circuit

۲. شاهمرادی، خیرالله؛ بابایی، محسن، جرایم پنهان در فضای سایبر، فصلنامه علمی تخصصی پلیس فتا، شماره ۳، ۱۳۹۲، ص. ۵۷.

۱-۳-۱. عدم تخصص کافی مراجع قضایی و انتظامی

از جمله چالش‌ها و خلاهای مهم موجود در این حوزه، نداشتن تخصص کافی مراجعی است که به تعقیب، کشف و رسیدگی ماهوی این جرایم می‌پردازند. عدم آشنایی بازرسان و قضات با رسانه‌های اطلاعاتی و ضعف آنها در برخورد با مسائل فنی جرایم سایبری عاملی است برای تشدید هر چه بیشتر مشکلات موجود. البته با عنایت با ماهیت نوین این جرایم، این مسئله چندان تعجب‌آور نیست. بسیاری از اقدامات و تلاش‌های صورت‌گرفته در بسیاری از کشورهای فاقد ساختار کیفری مناسب فضای سایبر، برای تعقیب مجرمان متوقف شده و شکایات بسیاری در این زمینه رد شده و احکام بسیاری صرفاً در خصوص جنبه‌های حقوقی دعاوی صادر شده است که همه این امور بیانگر عدم تمایل مجریان قانون به مواجهه با مشکلات خاص پرونده‌های مطرح شده است. این مسئله باعث می‌شود که تعقیب و کشف این جرایم با مشکل مواجه شود و دادگاه‌ها نیز نتوانند به نحو شایسته به جرایم مذبور رسیدگی نمایند.

جرائم سایبری آن گونه که از نام آنها برمی‌آید، در فضای سایبری روی می‌دهند و بر خلاف جرایم سنتی، به جای آنکه شواهد حاصل از آن در بستر مادی، فیزیکی و ملموس باشند، دیجیتالی، شکننده و پیچیده می‌باشند. پیچیدگی آنها از این جهت است که رمزگشایی از این دلایل به مراتب بیش از سایر جرایم به تخصص، آموزش و مهارت نیازمند است. همچنین شکننده‌اند چون تعلل و تساهل مأمورین تحقیق در ضبط، نمونه‌برداری و نگاهداری آنها ممکن است برای همیشه آنان را از شناسایی بزهکار مأیوس سازد^۱، زیرا دلایل دیجیتالی می‌تواند توسط مرتکبان به انحصار مختلف به سرعت از بین رود. از همین رو است که قانون‌گذار در موارد اضطراری یعنی موقعی که داده‌ها را خطر آسیب، تغییر، دست‌کاری و از بین رفتن تهدید می‌کند، حفاظت فوری از این شواهد را حتی بدون دستور مقام قضایی مجاز دانسته و برای مستنکف مجازات تعیین نموده است.^۲

پلیس و دیگر عوامل قضایی باید قادر به تحقیق و تعقیب جرایمی که در محیط‌های رایانه‌ای رخ می‌دهد، باشند و قابل قبول نیست که جرایمی بدون مجازات باقی بمانند، صرفاً به این دلیل که پلیس و سایر عوامل قضایی تسهیلات فنی، متخصصان و اختیارات قانونی برای کسب و استفاده از ادله لازم را در اختیار ندارند. کار مهم دیگر بازیافت و احیاء داده است. تجهیزات به روز و تخصص کافی برای این کار باید

۱. ترابزاده، حسین، «بررسی صحتهای الکترونیکی»، فصلنامه کارآگاه، شماره ۶، ۱۳۸۸، ص. ۷.

۲. ماده ۶۶۹ قانون آینین دادرسی کیفری الحاقی ۱۳۹۳.

وجود داشته باشد، خواه داده عمدًا یا سهواً از بین رفته باشد، نیاز به تجهیزات و متخصصان بازیافت‌کننده داده‌ها نه تنها در تحقیقات جنایی بلکه در کارخانه‌ها، شرکت‌ها و مؤسسات که سهواً با مشکل نابودی ظاهری و موقت داده‌ها مواجه شده‌اند، محسوس است. برای رسیدگی به این اهداف علاوه بر فراهم ساختن امکانات فنی لازم و همچنین وضع مقررات شکلی لازم در زمینه اختیارات مقامات تحقیق، باید به آموزش این افراد و تربیت افراد متخصص در این زمینه توجه کافی به عمل آید و آن گاه افراد آموزش‌دیده و متخصص به صورت واحدهای ویژه و تخصصی مبادرت به تحقیق و رسیدگی به جرایم سایبری نمایند.

۱-۳-۲. عدم کنترل و فقدان نهادهای نظارتی

فضای سایبر، دنیایی است که نه تنها هیچ نهاد و سازمان بین‌المللی مشخصی بر آن حکومت و کنترل ندارد، بلکه قابلیت کنترل و نظارت بر آن نیز دشوار است. چرا که محیط شبکه و سایبر یک محیط عرضی است نه طولی و افراد مختلف در گوش و کنار دنیا با هم ارتباط دارند به یک اندازه در این فضای مجازی صاحب حق هستند. همچنین، نظارت بر این ارتباطات علاوه بر اینکه در اکثر موارد با حریم خصوصی و حق آزادی بیان افراد تعارض پیدا می‌کند، از نظر اجرایی هم غیرممکن به نظر می‌رسد زیرا چیستی پیدایش این فضا فراتر از محدودیت‌های این‌چنینی است. از این نگرش به بهترین شکل در اعلامیه استقلال فضای سایبر در سال ۱۹۹۶ دفاع شده است.^۱

پس به همان اندازه که فضای سایبر از لحاظ فنی و تکنولوژیک پیشتاز است، از نظر ساختارها و قابلیت‌های نظارتی عقب‌مانده است و شاید به جهت سرعت بالای پیشرفت فنی آن باشد که نظارت بر آن همیشه یک گام عقب می‌ماند.

۲. چالش‌ها و خلاهای موجود در روند تحقیقات مقدماتی جرایم سایبری

با گسترش فناوری اطلاعاتی و بروز و نمود جرایم مرتبط با آن همانند سایر بخش‌های حقوق کیفری، آیین دادرسی نیز به ویژه در فرایند تحقیقات مقدماتی در برخورد با این گونه جرایم دچار چالش‌های جدید شده است تا آنجا که بسیاری از قوانین کهنه و مرسوم توان روبارویی با این چالش‌ها را ندارند.

در دنیای واقعی، وقتی در مورد جرایم و نحوه تعقیب آنها صحبت به میان می‌آید ادله فیزیکی و ملموس جمع‌آوری می‌شود. مثلاً اثر انگشت، اسناد، سلاح‌های سرد و

۱. ویلیامز، ماتیو، برهکاری مجازی؛ بزه، انحراف و مقررات گذاری برخط، ترجمه امیرحسین جلالی فراهانی و محبوبه منفرد، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۱، ص. ۲۵۷.

گرم و نظایر آنها مورد بررسی قرار می‌گیرد. اما در دنیای مجازی و در عرصه فناوری های اطلاعاتی و در فضای شبکه های بین المللی معنی ادله جرم بسیار متفاوت است. جرایم نسل اول رایانه ای تا حدودی نزدیک به موضوعات ملموس و عینی بوده اند؛ به گونه ای که برخی از جرایم ارتکاب یافته در این نسل مانند کلامبرداری رایانه ای مبتنی بر یک سری اعمال فیزیکی بوده و کشف و جمع آوری ادله جرم حداقل قسمتی از آن، مبتنی بر روش های سنتی بوده ولی با بسط فناوری ارتباطی و گسترش شبکه های بین المللی و قلمرو جرایم سایبری، آیین دادرسی بیش از گذشته دچار چالش ضعف گردید. جایگزین شدن ادله غیرقابل رؤیت و غیرملموس به جای موضوعات عینی و ملموس مشکلاتی از قبیل نحوه تفتيش توقيف داده ها یا ادله ديجيتالي، نحوه اثبات ادله و انتساب آن جلوه گر شده اند.

از آنجا که غالباً مرتكبان جرایم سایبری از طبقات تحصیل کرده و متخصص می باشند و همچنین به دلیل ویژگی های خاص فضای سایبر و سهولت امضاء آثار جرم و یا عدم وجود اثری از جرایم در غالب موارد، کشف و پی جویی این جرایم سخت و دشوار است. به ویژه اینکه بزه دیدگان جرایم سایبری که معمولاً مؤسسات و ادارات می باشند، خود با مسئله اخبار در وقوع این جرایم با بی میلی برخورد می کنند و علاوه بر به کار گیری وسیع رایانه برای سهولت امور و ارائه خدمات با این روش، از پخش اخبار مربوط به سوءاستفاده از رایانه که منجر به از بین رفتن اعتبار مؤسسه و نیز بی اعتمادی مردم می شود، رغبتی نشان نمی دهنند. بلکه بر عکس سعی بیشتری برای مسکوت ماندن قضیه می نمایند و از هر گونه تلاش برای کشف جرم خودداری می نمایند. در چنین مواردی معمولاً موضوع جرم روشن نیست و این نه تنها در تحقیقات ایجاد خلل می نماید، بلکه حتی در مرحله قبل از آن یعنی کشف خود جرم نیز مشکل آفرین است. یعنی نمی توان به سادگی پی به وقوع جرم برد. از این رو، در اکثر مواقع گزارش جرم توسط بزه دیده امری لازم تلقی می گردد. در سایر جرایم هم پیچیدگی عملکرد و کاربرد رایانه در فضای سایبر که مبتنی بر فناوری پیشرفتی است، بر دشواری تحقیق و رسیدگی افروده است.^۱

مشکلات اولیه در زمینه تحقیقات مقدماتی بروز می کند. چون عنصر مادی جرم سایبری از طریق وارد کردن، محو، تغییر داده ها، برنامه ها و سامانه های رایانه ای، مخابراتی و شبکه های بین المللی تحقق می یابد. از این رو، تحقیقات متمرکز بر این امور شده و دادرسی نسبت به آنها انجام پذیرفتند.

۱. طاهری جبلی، محسن، «جرائم و کامپیوتر»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۹، ۱۳۹۲، ص. ۱۲.

۱-۲. چالش جرایم مشهود در فضای سایبر

همان گونه که در قانون آیین دادرسی کیفری مقرر گردیده است، در یک نوع تقسیم‌بندی، جرایم براساس عنصر مادی و به اعتبار لحظه مشاهده، به مشهود و غیرمشهود تقسیم می‌گردد. پایه و مبنای جرم مشهود، ضرورت، فورت و سرعت است. انجام تشریفات با طبع جرم مشهود ناسازگار بوده و نقض غرض محسوب می‌شود. در جرم مشهود تجربی و جسارت مرتكب زیادتر، دلایل علیه متهم محکم‌تر و اختیارات ضابطان نیز بیشتر است. در حالت جرم مشهود مأموران انتظامی در امر تعقیب و تحقیق جرم به صورت مستقیم شرکت و مباشرت داشته و این تکلیف تا مداخله مقام قضایی صالح ادامه می‌یابد و مدت آن ۲۴ ساعت است؛ مگر اینکه از طرف مقام قضایی صالح تمدید شود. قانون آیین دادرسی کیفری در قلمرو جرایم مشهود برای ضابطان دادگستری اختیارات ویژه‌ای را به رسمیت شناخته است. در واقع، از آنجا که در جرایم مشهود گردآوری ادله و بررسی آنها به مراتب آسان‌تر از جرایم غیرمشهود است، قانون آیین دادرسی کیفری رعایت بعضی از قواعد را در مورد آنها ضروری ندانسته است. از این رو، اختیارات مأموران کشف جرم در خصوص حفظ آثار جرم و جلوگیری از فرار متهم در جرایم مشهود بیشتر از سایر جرایم هست.

در رسیدگی به جرایم سایبری نیز، بعد زمان از اهمیت خاصی برخوردار می‌باشد؛ به نحوی که بیشترین آثار و ادله الکترونیکی در کوتاه‌ترین زمان پس از وقوع جرم قابل حذف، جایه‌جایی و تغییر شکل می‌باشند؛ به گونه‌ای که مجرم با یک کلیک بر روی صفحه کیبورد می‌تواند کلیه آثار و ادله به جای مانده از خود را بروی سیستم یا سامانه حذف و به‌تبع آن امر پی‌جویی را با مشکل مواجه سازد. لذا واکنش سریع مقام قضایی و ضابطان در این گونه جرایم نیز از اهمیت بسزایی برخوردار می‌باشد. به عبارتی عدم تسریع در اقدامات قضایی در مواجهه با جرایم این فضا، در بسیاری از موارد موجب از بین رفتن ادله جرم و فرار متهم و بالتبع خسارت و ضرر به مردم و شهروندان می‌گردد.

از این رو لازم و ضروری است که همانند اختیاراتی که در فضای واقعی به‌تبع ماده ۴۵ قانون آیین دادرسی کیفری (مصاديق جرم مشهود) برای ضابطان دادگستری وجود دارد، برای ضابطان در حوزه جرایم سایبری نیز در نظر گرفته شود تا ضابط بتواند بدون اتلاف وقت و در کمترین زمان ممکن مجرم را شناسایی و با جمع‌آوری ادله لازم از جرم وی را دستگیر و تحويل مقام قضایی نماید.

۲-۲. عدم جرم‌انگاری عبور از فیلترینگ و چالش‌های ضابطان

جرائم ارتکابی در فضای سایبر از ویژگی‌های منحصر به‌فردی همچون نامحدود بودن، ناملموس بودن، قابلیت دسترسی آسان و سریع، تغییرپذیری آسان و ناشناختگی

برخوردارند که بر سرعت ارتکاب جرایم در این فضا افزوده است. ابزارهای ارتکاب جرایم در این فضا نیز کاربرد دوگانه دارند که در برخی از عرصه‌ها زمینه بهره‌برداری از فرصت‌ها را به شکل ایمن و مطمئن فراهم کرده است و در برخی از حوزه‌های دیگر موجب عملی شدن تهدیدها و به خطر افتادن منافع عمومی و خصوصی جامعه می‌شوند. از جمله این ابزارهای فناورانه، ابزار VPN (عبور از فیلترینگ کشور) است که علی‌رغم کاربرد وسیع و گسترده آن در جابجایی داده‌های دارای ارزش مالی، حساس و مهم (همانند تبادل اطلاعات و داده‌ها بین بانک‌ها و مؤسسات مالی و بورس)، امکان سوءاستفاده از آن به منظور پنهان نمودن هویت برای ارتکاب جرایم سایبری، جابجایی یا دسترسی به محتوای مجرمانه و عبور از سیستم فیلترینگ کشور را برای همه بهره‌برداران عرصه سایبر فراهم ساخته که این امر علاوه بر پیچیده نمودن فرایند پی‌جوبی جرم، موجب بالا رفتن هزینه کشف جرم برای دستگاه قضایی و ضابطان می‌گردد.

لذا ضرورت سالم نگه داشتن فضای سایبر از طریق فراهم ساختن بستر مناسب برای فعالیت‌های مشروع از یک سو و پاک‌سازی آن از وجود چنین تهدیدهایی، ایجاب می‌نماید که ضوابط و مقررات اثربخش و بازدارنده‌ای در این حوزه به تصویب برسد که در این راستا کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس شورای اسلامی با پیشنهاد طرح الحق یک بند به ماده ۲۵ قانون جرایم رایانه‌ای کوشیده است تا نیازمندی‌های برخورد بازدارنده قانونی با تولید، تکثیر، انتشار، توزیع، معامله و یا در دسترس قرار دادن VPN را تأمین نماید که علی‌رغم برگزاری جلسات متعدد با حضور نمایندگان سازمان‌های ذی‌صلاح این مهم به نتیجه نرسیده است.

۳-۲. صلاحیت رسیدگی به جرایم سایبری و چالش‌های فرا روی آن

یکی از مباحث مهم حقوق جزا در حوزه شکلی، بحث صلاحیت مراجع در هنگام رسیدگی به جرایم می‌باشد که در آیین دادرسی کیفری مورد بحث قرار می‌گیرد. در حقوق کیفری رسیدگی به دعاوی در بعد داخلی بر اساس محل ارتکاب جرم، محل کشف جرم، محل دستگیری متهم و یا محل اقامت او حسب مورد می‌باشد و در بعد بین‌المللی با پیش‌بینی قواعد خاص بر اساس اصول صلاحیت مشخص می‌شود. به گونه‌ای که در هر دو عرصه بین‌المللی و داخلی بهویژه در مورد اخیر محل وقوع جرم برای رسیدگی در مراجع قضایی صالح از اهمیت خاصی برخوردار است و حتی در خصوص صلاحیت سرزمینی که مبنی بر ضابطه محل وقوع جرم می‌باشد بر اساس نظریه‌هایی که دکترین حقوق ارائه کرداند برخی موقع جرایمی در خارج از سرزمین

ارتکاب می‌باید که تحت حاکمیت یک کشور صالح دانسته شده است. در مقابل برخی آن را صرفاً ناظر به جرایم واقع شده در حوزه داخلی و تحت حاکمیت کشوری صالح شناخته‌اند. علیرغم وجود اختلافات در خصوص محل وقوع جرم و ضابطه تشخیص آن جهت تعیین مرجع صالح مسأله مهمی که در این زمینه به وجود آمده است، تشخیص محل وقوع جرم در فضای سایبر است. چون معیارهای فوق ناظر به جرایم اتفاق افتاده در قلمرو جغرافیایی می‌باشد؛ در حالی که با گسترش شبکه‌های جهانی اینترنتی، استفاده از شبکه‌های رایانه‌ای بهشت افزایش پیدا کرده و در همین راستا بحث حقوق کیفری در زمینه سایبر ظهور پیدا می‌کند چون فضای الکترونیکی و اینترنت با فضای جغرافیایی که حقوق سنتی ناظر به آن است متفاوت است، به طوری که این فضا کاملاً غیرملموس و مجازی است و مرز جغرافیایی نمی‌شناسد که این تفاوت مسائلی از قبیل ادله اثبات دعاوی در خصوص جرایم اینترنتی، صلاحیت دادگاه‌های مختلف در رابطه با آن جرایم در حقوق کیفری را برانگیخته است. در محیط فضای سایبر قواعد سنتی با چالش‌هایی از قبیل نامعین بودن حیطه‌های جغرافیایی و بهتر آن مشکل تعیین محل ارتکاب جرم، مشکل تعیین تابعیت مرتکب و در نتیجه عدم وجود ضابطه‌های واحد جهت تعیین مرجع قضایی صالح روبرو می‌شوند که با توجه به اینکه در راستای پاسخگویی به این سوال حقوق‌دانان نظریه‌های مختلفی را مطرح کرده‌اند، برخی نظریه‌ها درواقع مبتنی بر ضوابط سنتی تعیین صلاحیت، مانند اصل سرزمنی و شخصی و حمایتی و یا جهانی می‌باشند.

در پاسخ باید گفت که در فضای سایبر مرزی وجود ندارد تا به روشنی بتوان به قاعده صلاحیت سرزمنی استناد کرد. از طرف دیگر امکان بهره‌مند شدن از هویت‌های چندگانه متفاوت در فضای سایبر، اعمال صلاحیت تابعیت را در هاله‌ای از ابهام فرو می‌برد. وجود بزه‌دیدگان بی‌شمار و امکان آسیب رساندن به تأسیسات حیاتی چندین کشور در یک زمان، استناد به قواعد میان‌بری نظیر صلاحیت حمایتی را با مشکلات بسیار مواجه ساخته است. در نهایت با اینکه معضل جرایم سایبری فراگیر شده، ولی هنوز اما و اگرها بسیاری در خصوص آن مطرح است که این خود تمسمک به صلاحیت جهانی را نیز مشکل می‌سازد. بنابراین طرح راهکارها و نظریه‌های جدید اجتناب‌ناپذیر می‌نماید و ناچار باید به فکر قواعد تازه‌ای بود که با ماهیت این فضا سازگاری داشته و قابل اجرا باشد.

۴-۲. ارسال پیام‌های ناخواسته الکترونیکی و چالش‌های ناشی از آن

استفاده از اسپم یا پیام‌های ناخواسته الکترونیکی را باید محصول فقدان کنترل صحیح بر ابزارهای فناوری دانست که به واسطه نبود تدبیر و الزامات کافی و ضعف در

مدیریت ارسال پیام، به طور قابل توجهی گسترش یافته و مشکلات فراوانی را برای کاربران فضای سایبر به وجود آورده و زمینه مراجعته تعداد زیادی از شهروندان را به مراجع انتظامی و قضایی فراهم نموده است. مشکل اسپم امروزه از سطح یک معضل ساده فناوری عبور کرده و به تهدیدی بالقوه برای کاربران فضای سایبر، تبدیل شده است. افزایش فرصت بزهکاری و کاهش خطر ارتکاب جرم به واسطه اسپم و ارتباط آن با انواع خاصی از جرایم مالی و متقلبانه، استفاده روزافزون بزهکاران از این ابزار تسهیل کننده جرم به همراه داشته، تا به راحتی بدون نگرانی از کشف جرم و تعقیب قانونی خویش، به انبوهی از افراد مستعد برای بزهده‌گی دسترسی داشته باشند و بتوانند به اهداف مجرمانه خود جامعه عمل بپوشانند. بی‌تردید با ایجاد محدودیت‌ها و ممنوعیت‌ها برای ارسال کنندگان پیام، می‌توان نقش این ابزار ارتباطی را به عنوان وسیله مجرمانه در ارتکاب جرم کمرنگ کرد و از بروز بسیاری از جرایم مرتبط با اسپم پیشگیری نمود. در حال حاضر مقابله با ارسال اسپم از طریق اقدامات غیررسمی و تدابیر فنی اثربخشی لازم را نداشته و نمی‌تواند به تنها یی در رفع مشکلات ناشی از آن و کنترل جرم موفق باشد. بنابراین اتخاذ تدابیر قانونی اعم از کنشی و واکنشی برای حمایت از دریافت کنندگان پیام و پیشگیری از جرایم مرتبط با اسپم، ضروری است.

در این زمینه در نظام عدالت کیفری ایران هنوز سیاست جنایی تقنینی صریح و روشنی وجود ندارد و با وجود قانون تجارت الکترونیکی و مصوبه کمیسیون سازمان تنظیم مقررات و دو لایحه مسکوت‌مانده تحت عنوان «پیام دیجیتال و پیام‌های ناخواسته الکترونیکی» مبارزه با ارسال اسپم در ابتدای راه است. در حال حاضر با توجه به قوانین و مقررات موجود، صرف ارسال پیام جرم نیست مگر مواردی که وفق قانون جرایم رایانه‌ای دارای محتوای مجرمانه باشد و یا بر اساس ماده ۶۴۱ قانون مجازات اسلامی مشمول ایراد مزاحمت گردد. همچنین ماده ۵۵ قانون تجارت الکترونیکی نیز که الزاماتی را برای تأمین کنندگان در فعالیت‌های تجاری در نظر گرفته، ناقص و مبهم هست و بدون آنکه هدفش مقابله با ارسال اسپم باشد، قواعدی را به شکل محدود آن‌هم در حوزه تبلیغ تجاری و صرفاً مقيد به پست الکترونیکی پیش‌بینی نموده است.

در خصوص تدابیر و اقدامات غیرکیفری، قوانین و مقررات جامع و کاملی در رابطه با مدیریت ارسال پیام وجود ندارد و قوانین تجاری و مدنی نیز در این خصوص ساكت است و اقدامات صورت‌گرفته محدود به ضوابط و مقررات سازمان تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی و تدابیر خودتنظیمی اپراتورها، در مورد پیامک‌های ناخواسته تلفن همراه هست که آن نیز با چالش‌هایی روبرو است. در این خصوص، ارسال یکجای پیام از سوی اپراتورها به مشترکان جهت کسب رضایت به این شیوه به نظر تنها خلاص

شدن از محدودیت مصوبه کمیسیون سازمان تنظیم مقررات است در حالی که خیلی از افراد ممکن است آن را دریافت نکرده باشند و یا به دریافت پیام‌های خاصی تمایل داشته باشند. همچنین اقدامات صورت‌گرفته توسط اپراتورها نیز به دلیل محدودیت‌های اجرایی و عدم ضمانت اجرای حقوقی تأثیر چندانی بر توقف ارسال پیامک‌های انبوه نداشته و به راحتی ممکن است توسط اپراتور و به دلیل منافع مادی حاصل از ارسال پیام، نادیده گرفته شود.

۳. چالش‌های اثبات جرایم سایبری

همان گونه که بیان گردید، بسیاری از جرایم در فضای سایبر عملاً کشف نمی‌شوند و لذا رقم سیاه جرایم کشفنشده در این حوزه بسیار است. از سوی دیگر تاکنون روش اثبات‌شده‌ای برای نظارت مؤثر بر این فضا ایجاد نشده و مواردی نظیر پلیس یا گشت سایبر و امثال آن و حتی روش‌های فنی نظارت کافی نیست. همچنین فناوری‌های نوین این امکان را به مجرمان می‌دهند که آثار و ادله جرایم خود را استخار کنند، به‌طوری که راهکارهای جدیدی برای نهان‌سازی جرایم رایانه‌ای در این فضا ایجاد شده‌اند که این امکان را به مجرمان می‌دهند تا از طریق روش‌هایی چون رمزنگاری در ظاهری قانونی مرتكب جرم شوند. لذا ارتکاب جرم در فضای سایبر راحت‌تر و امکان دستگیری مجرمان نیز کمتر است. مجرمان سایبر به این نکته واقف هستند، پس بهتر است که به جای ارتکاب سرقت اموال در جهان واقعی که خطرات آن به مراتب بیشتر است، مرتكب کلاهبرداری رایانه‌ای شوند که رسیک دستگیری و کشف کمتری هم دارد. این امر سبب شده است که ارتکاب جرایم سایبر روزبه‌روز فزونی بیشتری یابد. بنابراین، مهم‌ترین چالش‌های اساسی که در برخورد با جرایم سایبری با آن روبرو می‌شویم پویایی ادله است. به این معنا که ادله ارتکابی جرم در فضای سایبر همواره در معرض تغییر، جایه‌جایی، ابهام یا نابودی است که در صورت فقدان تدبیر خاص در برخورد با این ادله احتمالی در مبارزه با جرایم سایبر به هیچ عنوان موفقیتی حاصل نخواهد شد. ذیلاً به این مشکلات در دایره جمع‌آوری ادله و اثبات جرایم سایبری خواهیم پرداخت.

۳-۱. نامرئی بودن مدارک و ادله حاصل از جرم

تعقیب جرایم سایبری مستلزم کنترل گسترده داده‌های رایانه‌ای است. بیشتر این داده‌ها به شکل مرئی که توسط انسان قابل خواندن باشد نگهداری نمی‌شوند، بلکه در قالب‌های نامرئی که فقط دستگاه قادر به خواندن آن است و به صورت بسیار متراکم در

ابزارهای ذخیره‌سازی الکترونیکی نگهداری می‌شوند. بنابراین یکی از مشکلات مراجع تعقیب و دادگاهها در کشف و پیگیری جرایم سایبری فقدان مدارک مرئی و مفهوم است. این معضل بهویژه در زمینه دستکاری برنامه‌های رایانه‌ای مسأله جدی تلقی می‌شود، زیرا کنترل کامل یک برنامه رایانه‌ای و کشف روتین‌های برنامه‌ای نامرئی و مخفی، مستلزم صرف هزینه و وقت زیادی است که غالباً از نظر اقتصادی قابل توجیه نیست. نمایندگان بخش‌های تخصصی و نیز حسابداران و مأموران بازرگانی قادر به کنترل مستقیم داده‌های مشکوک نیستند. تأثیرات فقدان مدارک مرئی و مفهوم، حتی در موارد بسیار ساده را می‌توان در پروندهای ملاحظه کرد که در سال ۱۹۷۱ در آلمان مطرح شد. بدین ترتیب که آدرس سیصد هزار مشتری که بر روی نوارهای مغناطیسی ضبط شده بود از یک شرکت سفارشی پستی سرقت شده بود. شرکت زیان‌دیده موفق شد علیه رقیب خود که این آدرس‌ها را از مجرمان خریداری کرده بود، حکمی از دادگاه مبنی بر استرداد آدرس‌های مذکور تحصیل نماید. مأموری که وظیفه داشت این دستور را اجرا و آدرس‌ها را استرداد نماید با استقبال محترمانه مسئولان شرکت رقیب مواجه شده و اجازه ورود به ساختمان شرکت را یافته و به سمت مرکز رایانه هدایت شده و با کمال میل از او خواسته شده بود که کارشن را انجام دهد. با وجود این، وی با انبوهی از دیسک‌ها و نوارهای مغناطیسی مواجه شد که محتويات آنها نامرئی و غیرقابل شناسایی بود و در نتیجه وی دست خالی از شرکت خارج شد.^۱

۲-۳. کدگذاری مدارک و ادله ناشی از جرم

مجرمان حتی قادرند فعالیت‌های تعقیب و پیگیری جرایم ارتکابی را با به کارگیری تدابیر امنیتی مانند استفاده از گذررواه‌ها، ارائه دستورالعمل‌های مانع و روش‌های کدگذاری با مشکلات حادتری مواجه نمایند. این روش‌ها همچنین مانع عملهای در راه کنترل گردش فرامرزی داده‌ها به شمار می‌روند؛ زیرا افرادی که مایل به پیروی از مقررات نباشند می‌توانند انتقال غیرقانونی داده‌ها را از طریق یک مکالمه تلفنی چندثانیه‌ای کدگذاری شده صورت دهند. همچنین کدگذاری داده‌ها در زمینه تجاوز به حریم خصوصی اشخاص می‌تواند کنترل داده‌های ذخیره‌شده بهویژه در رایانه‌های کوچک شخصی را بسیار مشکل نماید.

۳-۳. امحاء و از بین بردن ادله و مدارک ناشی از جرم

از بین رفتن مدارک جرم مشکل دیگری است. جرایم سایبر در لحظه رخ می‌دهند و مدارک و شیوه‌های ارتکابی پس از وقوع جرم به شدت نابود می‌شوند، در حالی که

1.Sieber, Ulrich, The International Handbook on Computer Crime: Computer-Related Economic Crime and the Infringements of Privacy, Michigan, Wiley, 1986, p. 231.

اقدام‌های قانونی پس از گذشت مدتی از وقوع جرم آغاز می‌گردد. از این‌رو، مشکلات دیگر در اثبات جرایم سایبری از این واقعیت ناشی می‌شود که بزهکاران به راحتی می‌توانند از طریق حذف و پاک کردن داده‌ها دلایل خود را از بین ببرند. گاه تاریخ خاصی را برای فعال شدن ویروس تعیین می‌کنند. به محض اینکه این تاریخ برسد، ویروس اقدامات تخریبی خود را شروع می‌کند. برخی از انواع ویروس‌ها پس از خرابکاری به خواب می‌روند و این خود تعقیب را دشوار می‌سازد. در دنیای واقعی دزدی از بانک کاملاً مشخص است، چرا که بعد از سرقت، در خزانه بانک دیگر پولی موجود نیست. ولی در فناوری رایانه شدن یک خزانه می‌تواند بدون هیچ علامتی خالی شود. برای مثال سارق می‌تواند یک کپی دیجیتال کامل از نرم‌افزار بگیرد و نرم‌افزار اصل را همان‌گونه که دقیقاً بوده باقی بگذارد. در فضای سایبر کپی عیناً عین اصل است. با کمی کاربر روی سیم، سارق می‌تواند امکان هرگونه تعقیب و بررسی را مثل پاک کردن اثرانگشت تغییر دهد. نگران‌کننده‌ترین جنبه فضای سایبر انتشار سریع اطلاعات در آن هست. مثلاً در لحظه‌ای کوتاه، قسمتی از اطلاعاتی که می‌توانند به طور بالقوه مورد سوءاستفاده قرار گیرد کشف می‌شود.^۱ تنها ردی که از مجرم سایبری بر جای می‌ماند یک سری ردپاهای الکترونیکی است که به راحتی و بدون حضور در محل استقرار تیم رایانه‌ای حامل این ردپا، می‌توان آنها را از بین برد. البته این به معنای عدم امکان بازیابی داده‌ها نیست. اما کار گروه تحقیق را بسیار مشکل و گند می‌نماید.

یک روش خودکار پیچیده برای نابودسازی مدارک در رسیدگی به اتهامات یک قاچاقچی اسلحه در هند افشا شد. این قاچاقچی اسلحه که نشانی مشتبیان خود را در رایانه‌ای کوچک ذخیره کرده بود، دستورهای معمولی در سامانه‌های عامل را به‌گونه‌ای تغییر داده بود که وارد کردن دستور چاپی یا کپی از طریق صفحه کلید رایانه موجب حذف همه داده‌ها می‌شد. این حیله که به طور ویژه برای مقابله با تحقیقات احتمالی مراجع امنیتی برنامه‌ریزی شده بود، به‌وسیله متخصصان داده‌پردازی کشف شد. این متخصصان احساس کردند که تغییری در سیستم‌عامل رایانه صورت گرفته و بنابراین نسخه‌هایی از دیسک‌های ضبطشده را بر روی سیستم رایانه‌ای خود تولید کردند.

همچنین در یک پرونده دیگر، مجرم یک صندوق داده ایجاد کرده بود و هدفش از این کار محظوظ همه داده‌ها از طریق میدان الکترونیکی به هنگام گشوده شدن به‌وسیله اشخاص غیرمجاز بود. بنابراین از آنجایی که داده‌های دیجیتالی به راحتی قابل حذف یا تغییر هستند، لازم است هر چه سریع‌تر جمع‌آوری و نگهداری شوند. ترافیک شبکه

۱. باستانی، برومند، جرایم کامپیوتری و اینترنتی جلوه‌ای نوین از بزهکاری، تهران، انتشارات بهنامی، ۱۳۸۳، ص. ۶۷.

تنها به مدت یک ثانیه به طول می‌انجامد، اطلاعات ذخیره شده در حافظه ناپایدار رایانه‌ها فقط به مدت چند ساعت نگهداری می‌شوند. به علاوه اگر مجرمان تخصص و فرصت کافی داشته باشند برای حفاظت از خود ادله را نابود کرده یا آنها را تغییر می‌دهند.

۴-۳. نحوه جمع آوری، ذخیره و ارائه اطلاعات

مهم‌ترین بخش از دادرسی مربوط به فناوری اطلاعات، ناظر به ادله اثبات دعوا است. ادله اثبات دعوا به تبع جرم مطرح می‌شود. از این رو تعریف دلیل رایانه‌ای، نوع دلیل، منابع آن، طریق حصول، قابلیت قبول، نحوه ارائه و چگونگی صدور حکم بر مبنای آن در محیط‌های رایانه‌ای از موارد متنازع‌ فيه است.

در حالت مرسوم سنتی نکته مهم احصاء ادله است. در فضای واقعی ادله احصاء شده‌اند و به طور کلی به استناد شهادت، اقرار، معاينه محل و کارشناسی تقسیم می‌شوند و بسته به نوع دلیل، قواعدی نیز بر آن حاکم است. مثلاً در اسناد مهم‌ترین مسأله اصالت سند و نحوه شکل‌گیری آن است. سند رسمی باید برابر قانون با ثبت اسناد تشکیل شود تا بتواند سند رسمی تلقی گردد و رسمیت آن مستلزم کاغذی بودن و مهر و امضاهای لازم هست.^۱

پس از نوع ادله، تحصیل و ارائه دلیل، وظیفه طرفین در اثبات دلایل، و صدور حکم توسط دادرس می‌باشد. با پیدایش و تکامل فناوری اطلاعات و نفوذ آن در امور حقوقی، بحث ادله دیجیتال و الکترونیک به وجود می‌آید. مسائلی همچون کاغذی بودن یا نبودن داده‌ها و اطلاعات رایانه‌ای، دوام، بقا و اصالت آنها مطرح می‌شود. داده‌ها و مدارک قابل مشاهده در صفحه مانیتور ظاهر می‌شود ولی با خاموش کردن دستگاه یا تغییر فایل، ناپدید می‌شود و به راحتی اصلاح یا محو می‌گردد. خاصیت بقا و دوام به مفهوم فیزیکی و واقعی را ندارند و اصالت مرسوم در اسناد رسمی را نیز فاقد هستند، زیرا یک نسخه یا چند نسخه بالرزش و واحد را نمی‌توان برای آنها در نظر گرفت.

در خصوص قابلیت قبول ادله ناشی از اسناد دیجیتالی در دادگاه بستگی به اصول بنیادین ادله اثبات در هر کشوری دارد. در این راستا باید بین دو گروه از کشورها تمایز قائل شویم. کشورهای مبتنی بر حقوق نوشته، برابر با اصل آزادی دلیل و ارزیابی آزاد دلایل عمل می‌نمایند. سیستم‌های مبتنی بر این اصول عموماً در پذیرش اسناد الکترونیکی به عنوان دلیل، هیچ تردیدی ندارند ولی با این حال این موضوع نسبی بوده

و در مواردی نیازمند مقررات خاصی برای برخی دلایل یا اسناد هستند. در کشورهای مبتنی بر حقوق کامن‌لا، دادرسی به شیوه ترافعی صورت می‌پذیرد. در این کشورها شاهدان بر مبنای مشاهدات، معلومات و علم خود شهادت می‌دهند و در این سیستم حقوقی طبق قاعده «بهترین دلیل» بایستی اصل مدارک به دادگاه ارایه شود تا مورد استناد قرار گیرد.

ادله اثباتی جرم در محیط سایبر همانند داده‌های اطلاعاتی موجود در سیستم‌های رایانه‌ای، موضوعات غیرملموس بوده که به دلیل ماهیت خاص جرایم سایبری کشف، نگهداری و استناد پذیری ادله امری بسیار تخصصی و پیچیده می‌باشد. لذا با عنایت به پیچیده بودن و نوبن بودن موضوعات متنازع‌فیه در فضای سایبر قوانین و مقررات کشورها در این زمینه با خلاً مواجه بوده که با تلاش متخصصان در این حوزه در حال تکوین است.

نتیجه‌گیری

تحولات ساختاری ناشی از به کارگیری فناوری اطلاعات و ارتباطات و به تبع آن فضای سایبر، امروزه جوامع بشری را در تمامی عرصه‌های اجتماعی با چالش‌های نوینی مواجه نموده است و حوزه‌ها و افق‌های جدیدی را فرا روی بشر گسترده است. به گونه‌ای که طراحان ساختارهای اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و حتی سیاسی نسل نوین، ناگزیرند برای ایجاد مناسب‌ترین بستر و پویاترین ابزار، در فضای قاعده‌مند و قانون‌مدار، کلیه سیاست‌ها و معیارهای موجود را به روز نمایند. ویژگی‌های متمایز جرایم فضای سایبر همانند سرعت ارتکاب، کثرت، سهولت ارتکاب، ارزان بودن، بی‌مرز بودن، ناشناختگی و اتوماتیک بودن موجب ظهور گونه‌ای متمایز از جرایم نوین در کنار جرایم سنتی، شده است. مرتكبان این جرایم با استفاده از فناوری نوین و ابزارهای جدید به اهداف شوم خود دست پیدا می‌کنند، بدون آنکه اثری همانند جرم کلاسیک از خود بر جای بگذارند. در این نوع از جرایم به دلیل واقع شدن در فضای مجازی و غیرواقعی، اثری ملموس و مادی از جرم و رد پای مجرم، آن‌گونه که در جرایم سنتی بر جای می‌ماند، دیده نمی‌شود و در بیشتر موارد همان اندک آثار باقی‌مانده از جرم که قابلیت ردیابی مجرم را دارد به راحتی قابل امحا و پاکسازی است. ویژگی دیگر این دسته از جرایم نامشخص بودن هویت مجرمان و همچنین عدم تشخیص درست طیف بزه دیدگان است، زیرا افراد و سازمان‌های متعددی می‌توانند هدف این مجرمان قرار بگیرند. این موضوع نشان می‌دهد که مجرمان سایبری فارغ از زمان و مکان بوده و این نوع از جرایم هم‌اکنون جنبه فرامی و فراسرزمینی به خود گرفته است. فناوری‌های نوین در این عرصه و پیشرفت تجهیزات ارتباطی، مخابراتی و الکترونیکی و سهولت ارتکاب جرم در فضای سایبر، مجرمان را قادر ساخته که فعالیت‌های خود را بدون داشتن ارتباطی خاص با یک محل معین و مشخص انجام دهند که همه این موارد ضمن ایجاد مشکل در تشخیص صلاحیت قضایی، فرآیند کشف، پی‌جويی و رسیدگی به جرایم سایبری را با مشکل مواجه می‌نمایند. امروزه جرایمی به صورت سازمان‌یافته در بستر وب عمیق و با بهره‌گیری از پول‌های مجازی (مانند بیت‌کوین) ارتکاب می‌یابد که به دلیل استفاده مجرم از بسترها و ابزارهای پنهان‌سازی هویت همچون شبکه تور کاملاً غیرقابل ردگیری و پیگیری می‌باشد.

به دلیل ویژگی‌های خاص فضای سایبر ادله اثباتی جرم در این فضا کاملاً متمایز از ادله اثباتی جرم در فضای واقعی بوده و در صورت عدم اقدام به موقع ضابط و مقام قضایی به راحتی قابل امحا می‌باشند که این امر همانند جرایم مشهود در فضای واقعی

ضرورت مداخله سریع و آنی پلیس را می‌طلبد تا بتواند در کوتاهترین زمان ممکن ادله مشبته جرم را جمع‌آوری و مجرم را دستگیر نماید. یکی از چالش‌ها و خلاهای دیگر ما در مقابله با جرایم سایبری، عدم وجود دادسراهای جرایم سایبری در استان‌ها و همچنین عدم تخصص کافی قضات و دادرسان رایانه‌ای می‌باشد که بعضًا با صدور دستورات و قرارهای نامربوط امر پی‌جوبی جرایم سایبری را با مشکل مواجه می‌نمایند. از این رو لازم و ضروری است جامعه حقوقی ما به عنوان یکی از زیرساخت‌های اجتماعات انسانی، در حوزه سایبر متناسب با پیشرفت فناوری اطلاعات و ارتباطات، ابزارها و روش‌های خود را در رسیدگی به جرایم به‌روز و کارآمد نماید. طراحی و ساختارهای کیفری منطبق با ماهیت و ویژگی‌های جرایم سایبری، شفافسازی آینین رسیدگی به جرایم سایبری دادسراه و دادگاهها، بهره‌گیری از سیاست‌های مشارکتی از طریق شرکت و مداخله سازمان‌های مردم‌نهاد در تعقیب امور کیفری سایبری، شفافسازی و نظارت دقیق بر ضابطان و تعیین حدود وظایف آنها در پی‌جوبی جرایم سایبری (به‌ویژه در زمینه جرایم مشهود)، صلاحیت‌ها و پیش‌بینی دادرسی افتراقی در رسیدگی به جرایم سایبری علیه اطفال و نوجوانان از جمله سازوکارها و مقولات ضروری است که باید در فرآیند رسیدگی شکلی به جرایم سایبری لحاظ گردد.

در ادامه در راستای رفع کلیه خلاهای و چالش‌های پیش‌گفته در حوزه رسیدگی شکلی به جرایم سایبر، به بیان پیشنهاداتی خواهیم پرداخت:

- ۱- همان‌گونه که بیان گردید جرایم سایبری به صورت لحظه‌ای و آنی ارتکاب می‌یابند و با توجه به این امر که ادله حاصل از این نوع جرایم کاملاً از ماهیت ناملموس و دیجیتالی برخوردارند، به‌سادگی و در کمترین زمان ممکن قابل امحا هستند. لذا دریافت دستور قضایی به روش سنتی در این نوع جرایم (که گاه تا چند روز به طول می‌کشد) امر کشف و پی‌جوبی جرم را برای ضابطان با مشکل مواجه می‌نماید. لذا پیشنهاد می‌گردد در این راستا یک نرم‌افزار امن ارتباطی به وسیله یک اپلیکیشن (نرم‌افزار کاربردی) طراحی شود تا ضابط بتواند در کوتاهترین زمان ممکن با اخذ دستور از مقام قضایی، بر سر صحنه جرم حاضر شود و ضمن جمع‌آوری ادله جرم از فرار وی جلوگیری نماید. یا اینکه با آوردن مصادیق جرم مشهود و نیازمند اقدام فوری ذیل ماده ۴۵ قانون آینین دادرسی کیفری، کلیه اختیارات ضابط در مقابله با جرایم مشهود در فضای واقعی برای ضابطین سایبری نیز در نظر گرفته شود و اختیارات این ضابطان افزایش یابد.

- ۲- با عنایت به ویژگی‌های جرایم سایبری، امور زمان در تعقیب و رسیدگی به جرایم سایبری، نباید بیش از اندازه کوتاه باشد، زیرا مشکلات مربوط به کشف این جرایم و تحقیق در مورد آنها، ایجاب می‌نماید که در مقایسه با جرایم واقعی، فرصت بیشتری برای تعقیب و پی‌جويی جرایم سایبری در نظر گرفته شود.
- ۳- بروز نمودن تجهیزات و آزمایشگاه‌های موجود در حوزه جرم‌یابی و آموزش ضابطان در این حوزه قطعاً تأثیر بسزایی در کشف، پی‌جويی و اثبات جرایم سایبری خواهد داشت. لذا پیشنهاد می‌گردد ضمن بروز نمودن تجهیزات، کلاس‌های آموزشی متناسب در این حوزه از سوی نهادها و سازمان‌های صلاحیت‌دار برای ضابطان سایبری برگزار گردد.
- ۴- همان‌گونه که گفته شد قضات رسیدگی کننده به جرایم رایانه‌ای از تخصص کافی در این حوزه برخوردار نمی‌باشند. پیشنهاد می‌گردد در این حوزه نیز آموزش‌های لازم از سوی دادستانی محترم ارائه گردد تا قضات و دادرسان محترم با شناخت و آشنايی کافی نسبت به جرایم بتوانند مأمورین پلیس را در مقابله فوری با جرایم سایبری ياري رسانند. همچنین اختصاص شعبی از داسراها در استان‌ها و شهرستان‌ها جهت رسیدگی ویژه به جرایم سایبری می‌تواند در زمینه رسیدگی مؤثر به جرایم سایبری بسیار مؤثر باشد.
- ۵- در نهایت ساختار شکلی قانون آیین دادرسی کیفری و اصلاح آن با رویکرد سایبری به ویژه در زمینه صلاحیت‌ها و احالة قضایی می‌تواند در امر کشف، پی‌جويی و تحقیقات جرایم سایبری بسیار کارگشا باشد.

منابع

- آشوری، محمد، آین دادرسی کیفری، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۲.
- باستانی، برومند، جرایم کامپیوتری و اینترنتی جلوه‌ای نوین از بزهکاری، تهران، انتشارات بهنامی، ۱۳۸۳.
- ترابزاده، حسین، «بررسی صحنه‌های الکترونیکی»، فصلنامه کارآگاه، شماره ۶، ۱۳۸۸.
- جوکر، یونی؛ و همکاران، جرم و اینترنت، برگدان رسول نجار، تهران، انتشارات دانشگاه علوم انتظامی، ۱۳۸۹.
- زندی، محمدرضا، تحقیقات مقدماتی در جرایم سایبری، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۹.
- زبیر، اولریش، جرایم رایانه‌ای، ترجمه محمدعلی نوری، رضا نخجوانی، مصطفی بختیاروند و احمد رحیمی مقدم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۳.
- شاهمرادی، خیرالله؛ بابایی، محسن، جرایم پنهان در فضای سایبر، فصلنامه علمی تخصصی پلیس فتا، شماره ۳، ۱۳۹۲.
- طاهری جبلی، محسن، «جرائم و کامپیوتر»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۹، ۱۳۹۲.
- عالیپور، حسن، حقوق کیفری و فناوری اطلاعات، تهران، انتشارات خرسنده، ۱۳۹۰.
- عبانیه، محمود احمد، جرایم الحاسوب و ابعادها الدولیه، الطبعه الاولی، عمان، دارالثقافه للنشر والتوزيع، ۲۰۱۲، ۲۰۰۵.
- ویلیامز، ماتیو، بزهکاری مجازی؛ بزه، انحراف و مقررات گذاری برخط، ترجمه امیرحسین جلالی فراهانی و محبوبه منفرد، زیر نظر علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۱.
- Sieber, Ulrich, *The International Handbook on Computer Crime: Computer-Related Economic Crime and the Infringements of Privacy*, Michigan, Wiley, 1986.

مراقبه بانکی و مشروعيت آن

امیرحسین علیزاده*

چکیده

عقد مرابحه یکی از عقود اسلامی و یکی از ابزارهای بانکهای اسلامی برای اعطای تسهیلات است. عقد مرابحه به دو شیوه منعقد می‌شود: مرابحه‌ای که یک شخص کالایی را خریداری نموده، با مقداری سود به شخص دیگری می‌فروشد؛ مرابحه‌ای که علاوه بر خریدار و فروشنده، بانک نیز حضور دارد. بدین ترتیب که بانک بر مبنای سفارش اولیه خرید، کالا را از فروشنده می‌خرد، سپس آن را به موجب عقد مرابحه و با مبلغی سود به مشتری می‌فروشد. در این نوع قرارداد ممکن است بانک برای خرید کالا و خدمات و فروش آن به مشتری وکالتی بدهد، همچنین ممکن است برای پرداخت قیمت کالا کارت اعتباری صادر نماید. مرابحة بانکی در حقیقت یکی از مصاديق بیع عینه است که در احادیث شیعه و فقه اسلامی بیان شده است. در این نوع قرارداد، چند قرارداد با یکدیگر تلفیق می‌شود: پیشنهاد خرید کالا و تعهد به خرید از جانب مشتری، وکالت بانک به مشتری برای خرید کالا، پرداخت قیمت بر مبنای کارت اعتباری مرابحه و فروش آن به خود. در این نوع قرارداد بانک باید کالای مورد تقاضا را به مالکیت خود درآورد سپس کالا را بر مبنای مرابحه به مشتری بفروشد. این توافق و تراضی طرفین مبنی بر تعهد خرید از سوی مشتری مشروع است و نیروی الزام‌آور خود را از تراضی طرفین اخذ می‌کند. در حقوق ما نیز ماده ۱۰ قانون مدنی می‌تواند مستندی برای مشروعيت این تراضی باشد. لکن وکالت اعطایی بانک به مشتری و پرداخت از طریق کارت اعتباری با ایراد و اشکال مواجه است.

کلیدواژه‌ها: بیع، وکالت، مرابحه، کارت اعتباری، مشروعيت.

مقدمه

یکی از ابزارهای اعطای تسهیلات که در دهه‌های اخیر در بانکهای اسلامی مورد استفاده قرار گرفته است، مراقبه بانکی است. در همین راستا مطابق مفاد ماده ۹۸ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران، مصوب سال ۱۳۸۹ به عقود مندرج در فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، عقد مراقبه اضافه شده است. آئین نامه اجرایی عقد یادشده که در تاریخ ۱۳۹۰/۵/۲ با نام پیشنهاد مورخ ۱۳۹۰/۲/۳۱ بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به تصویب هیأت وزیران رسیده، بخش‌های ۱۴ «استصناع» و ۱۵ «مراقبه» و ۱۶ «خرید دین» را به آئین نامه فصل سوم عملیات بانکی بدون ربا مورخ ۱۳۶۲/۱۰/۱۲ الحاق نمود. سپس دستورالعمل اجرایی عقد مراقبه در ۲۸ ماده و ۹ تبصره در یک‌هزار و دویست و سیزدهمین جلسه مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۲۹ شورای پول و اعتبار به تصویب رسید و جایگزین مصوبه یک‌هزار و یک‌صد و بیست و هشتادین جلسه مورخ ۱۳۹۰/۵/۲۵ شد و بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، در بخش‌نامه شماره ۳۴۷۱۷۲/۹۴ مورخ ۱۳۹۴/۱۱/۲۷ به شبکه بانکی فرم‌های یکنواخت قرارداد مراقبه و عقود دیگر را که مربوط به قراردادهای تسهیلات بانکی بودند، ابلاغ کرد. در این بخش‌نامه آمده است که از این پس تمامی قراردادهای جدید صرفاً بر اساس فرم‌های مذبور تنظیم و منعقد شود.^۱ به دنبال آن دستورالعمل اجرایی کارت اعتباری مراقبه در ۳۸ ماده و ۵ تبصره در یازدهمین جلسه مورخ ۱۳۹۵/۵/۳۱ کمیسیون مقررات و نظارت مؤسسات اعتباری بانک مرکزی به تصویب رسید. در این مقاله ابتدا به این موضوع می‌پردازیم که ایده به کارگیری این نوع قرارداد در شبکه بانکی از چه زمانی آغاز شد و سپس به بررسی تعریف آن و جایگاه مراقبه بانکی در متون فقهی و حقوقی و اقتصادی پرداخته می‌شود، سپس به چگونگی انعقاد قرارداد مذکور و صدور کارت مراقبه بانکی اشاره می‌شود و سرانجام با ذکر نظرهای موافقان و مخالفان و تحلیل مبانی فقهی و حقوقی، مشروعيت آن بیان خواهد شد.

۱. پیشینه مراقبه

مراقبه به شیوه سنتی آن از صدر اسلام مورد استفاده قرار می‌گرفته است و در برخی از روایات و احادیث تحت عنوان «بیع اعاجم» و «بیع ده یازده» یا «ده دوازده» معروف شده بود. چنان‌که در حدیثی آمده است: «الْعَلَاءُ قَالَ: قُلْتُ لِأَيِّي عَبْدُ اللَّهِ(ع)»:

۱- مسرویت
۲- تکمیل
۳- ایجاد

۱. بخش‌نامه‌های مدیریت کل مقررات، مجوزهای بانکی و مبارزه با پوشش‌بی سال ۱۳۹۴، مدیریت کل مقررات، مجوزهای بانکی و مبارزه با پوشش‌بی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مندرج در: <http://www.cbi.ir/datedlist/.12974.aspx>.

الرَّجُلُ بِرِيْدٍ أَنْ يَبْيَعِ الْبَيْعَ فَيَقُولُ أَبْيَعُكَ بِدَهْ دَوَارَدَهُ أَوْ دَهْ يَارَدَهُ فَقَالَ لَا بَأْسَ إِنَّمَا هَذِهِ الْمُرَاؤَضَةُ إِنَّمَا جَمِيعُ الْبَيْعَ جَمِيلَهُ جَمِيلَهُ وَاحِدَهُ۔

و در حدیثی دیگر می‌خوانیم: «قالَ ابْنُ عَبَّاسٍ عَنْ بَيْعِ دَهْ يَارَذَهُ أَوْ دَهْ دَوَازَدَهُ وَ قَالَ إِنَّمَا هُوَ بَيْعُ الْأَغَاجِمِ.»^۲

اما در دهه‌های اخیر شکل جدیدی از آن مورد استفاده بانک‌ها قرار گرفته است.
اولین کسی که این نوع از مرابحه را به شکل پیشرفته مطرح نمود، دکتر سامی حمود است که آن را «فروش بر مبنای قیمت به علاوه سود به شخصی که دستور به خرید می‌دهد». نامید.^۳ امروزه از این نوع مرابحه تحت عنوان «مرباحه برای دستوردهنده خرید»^۴ یاد می‌شود که وی در رساله دکتری خود در سال ۱۹۷۶ میلادی مطرح نموده است.^۵ او یادآوری می‌کند که اصطلاح مزبور را از استاد فقهه در دانشگاه قاهره، شیخ محمد فرج السننهوری، الهام گرفته است. ایشان این نوع از مرابحه را به بانک توسعه اسلامی^۶ و بانک اسلامی دی^۷ در سال ۱۹۷۶ پیشنهاد می‌دهد و در سال ۱۹۷۸ در بانک اسلامی اردن آن را اجرا می‌کند و در سال ۱۹۷۹ آن را به اتاق مالی کویت^۸ توصیه می‌نماید.^۹

۲. تعریف قرارداد مراابحه بانکی

مراقبه در ماده ۸۱ آیین نامه فصل سوم عملیات بانکی بدون ربا چنین تعریف شده است: «مراقبه قراردادی است که به موجب آن عرضه کننده، بهای تمام شده اموال و خدمات را به اطلاع متقاضی می‌رساند و سپس با افزودن مبلغ یا درصدی اضافی به عنوان سود، آن را به صورت نقدی نسیه دفعی یا اقساطی، به اقساط مساوی و یا غیرمساوی در سراسر سیدهای معین به متقاضی واگذار می‌کند.» این تعریف، در قسمت ۱-۳ ماده ۱ دستو. العما، احراء، عقد مراجحه نزیبیان شده است.

- ا. اصفهانی، محمد باقر بن محمد تقی، ملاد الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار، جلد دهم، چاپ اول، انتشارات کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی(ره)، قم، ۱۴۰۶ق، صص. ۵۷۳-۵۷۴.
 - ب. البیهقی، ابی بکر احمد بن الحسین بن علی، السنن الکبری،الجزء ۵، بی تا، ص. ۳۳۰.
 3. Salih-Mahmoud, Mahmoud, The Concept of Murabaha in a Modern Islamic Context, The International Studies Unit University of Salford, 1990, p. 43.
 4. Murabaha Sale to the Purchase Orderer
 5. Salih-Mahmoud, Mahmoud, op. cit., p. 44.
 6. Islamic Development Bank (IDB)
 7. Dubai Islamic Bank (DIB)
 8. Kuwait Finance House
 9. Kahf, Monzer, Islamic Banks: The Rise of a New Power Alliance of Wealth and Sharia Scholarship, The Politics of Islamic Finance, Clement M.henry and Rodney Wilson (eds). Edinburgh Uuniversity Press. 2004. p. 33.

در تکمیل ماده ۸۱، ماده ۸۲ می‌گوید: «بانک‌ها می‌توانند به منظور رفع نیازهای واحدهای تولیدی، خدماتی و بازرگانی برای تهیه مواد اولیه، لوازم یدکی، ابزار کار، ماشین آلات، تأسیسات، زمین و سایر کالاهای خانوارها برای تهیه مسکن، کالاهای بادوام و مصرفی و خدمات به سفارش و درخواست متقاضی مبادرت به تهیه و تملک این اموال و خدمات نموده و سپس آن را در قالب عقد مرابحه به متقاضی واگذار نمایند.» مفاد همین ماده در ماده ۲ دستورالعمل اجرایی نیز مشاهده می‌شود.

۳. جایگاه مرابحه در متون فقهی

در فقه بیع به اعتبار تحدید ثمن، با این وصف که بایع رأس‌المال را که با آن کالا را خریده، اعلام نماید یا خیر، به چهار نوع تقسیم می‌شود:^۱

- بیع مساومه که در آن بایع رأس‌المال را اصلاً ذکر نمی‌نماید.
- تولیت که در آن رأس‌المال ذکر می‌گردد بدون مبلغ زاید بر آن.
- مراقبه که با ذکر رأس‌المال چیزی را بر آن به عنوان سود بیفزاید.
- وضیعه که با ذکر رأس‌المال چیزی از آن بکاهد.

سه قسم اخیر را که در آن به اعلام رأس‌المال از جانب بایع، اعتماد می‌شود، «بیوع الامانه» نامیده‌اند.^۲ البته علاوه بر این تعریف، فقهاء تعاریف دیگری نیز مطرح کرده‌اند: «مراقبه بر وزن مفاعله از ربح می‌باشد و آن مقتضی انجام از سوی دو طرف می‌باشد^۳ و وجه آن این است که عقد متوقف بر رضا و صیغه از سوی هر یک از دو طرف است. بنابراین هر یک از آنها فاعل برای کسب سود هستند. هرچند به ملکیت یک طرف اختصاص می‌یابد.»^۴ برخی دیگر نیز مرابحه را مقتضی مشارکت - نه به معنای حقیقی - دانسته‌اند^۵ و ظاهر را در آن دانسته‌اند که از معنی اصلی خود به معنی شرعی یا متشروعی خارج گردیده و آن در مرابحه عبارت است از «انتقال به رأس‌المال و

۱. کاشف الغطاء، محمد حسین، تحریر المجله، الجزء الاول الطبعة الاولى، الجمع العالمى للتقرير بين المذاهب الاسلامية، ۱۴۲۲ق، ص. ۳۱۴.

۲. اسدی حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، تذکره الفقهاء، جلدہای دهم، یازدهم و شانزدهم، چاپ اول، مؤسسه آلبیت علیهم السلام، قم، ۱۴۱۴ق.

۳. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالک الافهام الى تنقیح شرایع الاسلام، جلد سوم، چاپ اول، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم، ۱۴۱۳ق، ص. ۳۰۶؛ حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، مفتاح الكرمه في شرح قواعد العلامه، جلد سیزدهم، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم ۱۴۱۹ق، ص. ۸۱۰.

۴. همان.

۵. نجفی، حسن بن جعفر بن خضر (کاشف الغطاء)، انوار الفقاهه (كتاب البيع)، جلد اول، چاپ اول، مؤسسه کاشف الغطاء، نجف، ۱۴۲۲ق، ص. ۱۷۴.

زیاده بر آن، بعد از اخبار به رأس المال یا زیاده بر آن و هزینه‌های مبیع، به وسیله عقد بیع.^۱

علاوه بر این در ذیل مباحث مراجحه و بیع «عینه» حالت دیگری نیز بیان شده است که با حالت فوق متفاوت است. در ابتدا به بیان احادیث مربوط به بیع عینه می‌پردازیم.

اول؛ روایت معاویه بن عمار: «معاویه بن عمار قال: قلت لأبی عبد الله (ع) يجئنى الرجل يطلب البيع الحریر و ليس عندي شيء منه فيقاولنى عليه و أقاوله فى الربح والأجل حتى نجتمع على شيء ثم أذهب فأشتري له الحریر فأدعوه إليه فقال أرأيت إن وجد بيعا هو أحب إليه مما عندك أ يستطيع أن ينصرف إليه و يدعك أو وجدت أنت ذلك أستطيع أن تنصرف عنه و تدعه قلت نعم قال لا بأس».۲

معاویه بن عمار گفت: «از امام صادق (ع) پرسیدم: کسی نزد من می‌آید و می‌خواهد از من حریر بخرد، در حالی که من هیچ حریر ندارم، سپس بر سر قیمت و مدت آن با هم گفت و گویی کنیم و به تفاهم می‌رسیم. از آن پس من می‌روم و برای او حریر می‌خرم و او را به خریدن آنها می‌خوانم. امام (ع) فرمود: اگر او حریری بهتر از آنچه نزد تو است بیابد، آیا می‌تواند به سراغ آن برود و تو را واگذارد، یا اگر تو چنین داد و ستدی یافته، آیا می‌توانی به سراغ آن بروی و او را واگذاری؟ گفتم: آری. فرمود: ایرادی نیست.»

دوم؛ روایت عبدالرحمن بن حجاج: «عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ الْحَجَاجِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنِ الْعِينَةِ فَقُلْتُ يَا أَبَّيِ الرَّجُلِ فَيَقُولُ أَشْتَرِ الْمَتَاعَ وَ ارْبَحْ فِيهِ كَذَا وَ كَذَا أَرْضِيهِ عَلَى الشَّيْءِ مِنَ الرَّبْعِ فَتَرَاضَى بِهِ ثُمَّ أَنْطَلَقَ فَأَشْتَرَى الْمَتَاعَ مِنْ أَجْلِهِ لَوْلَا مَكَانَهُ لَمْ أَرِدْهُ ثُمَّ آتَيْتُهُ فَأَبْيَعَهُ قَالَ مَا أَرِي بِهِذَا بَأْسًا لَوْلَا هَلَكَ مِنْهُ الْمَتَاعُ قَبْلَ أَنْ تَبِعَهُ إِيَاهُ كَانَ مِنْ مَالِكٍ وَ هَذَا غَلَيْكَ بِالْحِيَارِ إِنْ شَاءَ اشْتَرَاهُ مِنْكَ بَعْدَ مَا تَأْتِيهِ وَ إِنْ شَاءَ رَدَهُ فَلَسْتُ أَرِي بَأْسًا».۳

از امام صادق (ع) درباره بیع «عینه» پرسیدم و گفتم: کسی نزد من می‌آید و می‌گوید فلان کالا را برای من بخر و در آن، فلان مقدار سود بگیر. من بر سر اندازه سود با او چانه می‌زنم و سرانجام بر آن توافق می‌کنیم. پس می‌روم و آن کالا را برای او می‌خرم، به گونه‌ای که اگر درخواست او نبود، هرگز آن کالا را نمی‌خواستم. سپس آن را

۱. همان.

۲. طوسی، ابو جعفر، محمدبن حسن، تهذیب الأحكام، جلد هفتم، چاپ چهارم، دار الكتب الإسلامية، تهران، ۱۴۰۷ ق، صص. ۵۰-۵۱.

۳. همان، ص. ۵۱.

نزد او می‌آورم و به او می‌فروشم: امام (ع) فرمود: در این ایرادی نمی‌بینم: اگر چنین بوده است که اگر کالای خریداری شده پیش از این که آن را به وی بفروشی از بین می‌رفت، از مال مالک به شمار آید و این شخص مشتری نیز اختیار آن را داشته باشد که اگر بخواهد، آن کالا را از تو بخرد و اگر نخواهد، نخرد، در این معامله اشکالی نمی‌بینم.

سوم؛ روایت محمد بن مسلم: «مُحَمَّدٌ بْنُ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرِ (ع) قَالَ: سَأَلَتُهُ عَنْ رَجُلٍ أَتَاهُ رَجُلٌ فَقَالَ أَبَيْتُ لِي مَتَاعًا لَعَلَى أُشْتَرِيهِ مِنْكَ بِنَقْدٍ أَوْ بِنَسْيَيَةٍ فَإِنْتَأْتَهُ الرَّجُلُ مِنْ أَجْلِهِ قَالَ لَيْسَ بِهِ بَأْسٌ إِنَّمَا يَشْتَرِيهِ مِنْهُ بَعْدَ مَا يَمْلِكُهُ».^۱

از امام در این باره پرسیدم که مردی است، دیگری نزد او آمده و گفته است: برایم کالایی بخر، شاید آن را به نقد یا نسیه از تو بخرم، او نیز برای آن دیگری کالا را خریده است. امام فرمود: اشکالی ندارد، البته تنها باید هنگامی کالا را از آن مرد واسطه بخرد که وی آن را مالک شده باشد.

چهارم؛ روایت یحیی بن حجاج: «یحیی بن الحجاج قال: سالت ابا عبد الله(ع) عن رجل قال لى اشترا هذا الثوب و هذه الدابه و بعينها اربحك فيها كذا و كذا قال: لا بأس بذلك اشتراها و لا تواجهه البيع قبل ان تستوجهها او تشتريها».^۲

یحیی بن حجاج گفت: من از ابا عبد الله (ع) پرسیدم: از مردی که به من گفت: این پیراهن و این حیوان را برای من بخر و من به تو فلان مقدار سود می‌دهم. فرمودند: در این ایرادی نیست. آن را می‌خری و قبل از خرید و تملکش نمی‌فروشی.

برخی در تفسیر این احادیث گفته‌اند که اگر شخصی به دیگری بگوید این پیراهن را برای خودت بخر و من از تو می‌خرم و به تو فلان مقدار سود می‌پردازم، اخذ سود مجاز است و آمر در ترک و خرید آن مخیر است.^۳

با توجه به احادیث یادشده تعاریف ذیل از بيع عینه را می‌توان در کتب فقهی امامیه ملاحظه کرد:

۱- اصل عینه از عین می‌باشد که همان نقد حاضر است، وانگهی نسیه و سلف را نیز عینه نام نهادند. زیرا صاحب آن با توصل به آن به نقد حاضر دست می‌یابد.^۴ به این صورت که تاجر کالایی را به اجل معین به مشتری بفروشد،

۱. همان.

۲. همان، ص. ۵۸.

۳. حلی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، جلد دوم، چاپ دوم، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۰ ق، ص. ۲۹۵.

۴. مکارم شیرازی، ناصر، أنوار الفقاهة - كتاب البيع، چاپ اول، مدرسة الإمام على بن أبي طالب عليه السلام، قم، ۱۴۲۵ ق، ص. ۳۳۶.

سپس آن را از مشتری به کمتر از آن ثمن اولیه بخرد.^۱ علاوه بر این عینه به فروش آنچه در نزد طرف نیست، نیز اطلاق می‌گردد^۲ و یا آن که انسان چیزی را به نسیه بخرد، سپس آن را به کمتر از ثمن اول در همان مجلس نقداً بفروشد.^۳

۲- عینه گاه ممکن است برای دست‌یابی به کالا باشد بدون آن که فعلاً رد ثمنی مفروض باشد. این حالت را با مثالی توضیح می‌دهیم: شخصی به نزد تاجر آمده و از او می‌خواهد کالایی را برای او بخرد در حالی که کالا در نزد تاجر نیست. تاجر کالا را به صورت نقدی خریده، سپس به صورت مؤجل - به ثمنی بیشتر از حالت نقد - به او می‌فروشد. در این حالت ممکن است تاجر خود شخصاً آن را نخرد بلکه ثمن را نقداً در اختیار مشتری قرار داده، وی را وکیل در خرید کالا قرار دهد.^۴

۳- عینه عبارت است از این که شخصی کالایی را به ثمن مؤجل از فروشنده بخرد، سپس آن را به صورت نقد به وی بفروشد تا دینی را که بر عهده او بوده و حال گردیده، ادا نماید.^۵ به عبارت دیگر عینه حالتی است که برای فرار از ربا است. بدین صورت که شخصی که محتاج به مبلغی پول است، به نزد تاجر آمده، کالایی را به قیمت زاید بر قیمت واقعی به صورت مؤجل می‌خرد و پس از استقرار ثمن بر ذمه، مشتری کالا را به بایع اول یا غیر آن به ثمن کمتر می‌فروشد و ثمن را قبض می‌نماید و مبلغ اول تا حلول اجل بر عهده او باقی می‌ماند.^۶ در این حالت اگر بیع به صورت حقیقی و جدی واقع گردد، صحیح است اما اگر برای رهایی از ربا به صورت صوری واقع گردد، صحیح نیست.^۷

۱. اصفهانی، محمدتقی، روضه المتقین فی شرح من لایحضره الفقيه، جلد هفتم، چاپ دوم، مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشکپور، قم، ۱۴۰۶ ق، ص. ۳۰۳.

۲. همان، ص. ۳۰۳-۳۰۷.

۳. موسوی خوبی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه (المکاسب)، جلد هفتم، بی جا، بی تا، ص. ۵۱۲؛ انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد أمین، کتاب المکاسب، جلد ششم، چاپ اول، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، ۱۴۱۵ ق، ص. ۱۶۶.

۴. مکارم شیرازی، ناصر، منبع پیشین، ص. ۳۳۶.

۵. اسدی حلبی، حسن بن یوسف بن مطهر، نهایه الإحکام فی معرفة الأحكام، جلد دوم، چاپ اول، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم، ۱۴۱۹ ق، ص. ۵۳۱.

۶. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضر فی أحكام العترة الطاهرة، جلد بیستم، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۵ ق، صص. ۹۴-۹۵.

۷. مکارم شیرازی، ناصر، منبع پیشین، ص. ۳۳۶.

- مشابه تعاریف مطرح شده در کتاب «ام» شافعی نیز ذکر گردیده است.^۱ در کتب فقهی اهل سنت در باب عینه صورت‌های متعددی بیان شده است:
- ۱- شخصی به دیگری محتاج است و از او تقاضای قرض می‌کند. لکن شخص قرض‌دهنده به جای قرض دادن می‌گوید به تو قرض نمی‌دهم. اما اگر این کالا را بخواهی، به تو به صد تومان می‌فروشم، در حالی که قیمت آن در بازار هشتاد تومان است. قرض‌گیرنده به این امر راضی می‌شود و بیع منعقد می‌گردد. انعقاد این بیع سبب می‌شود که قرض‌دهنده به صد تومان خود و قرض‌گیرنده به هشتاد تومان برسد.^۲
 - ۲- عینه معامله‌ای است که دارای سه وجه است: اول آن که شخصی به شخص دیگر بگوید که کالایی را به فلان قیمت بخر، من در آن به فلان مقدار سود می‌دهم، این امر ربا است. دوم آن که بگوید کالا را برای من بخر و من به تو در آن سود می‌پردازم بدون آن که ثمن ذکر شود، این امر مکروه است و حرام نیست. سوم آن که کالایی را از او مطالبه نماید، لکن فروشنده آن را نیابد و آن را از شخص دیگری بدون دستور وی بخرد و به وی بگوید، کالایی را که از من درخواست نمودی، خریدم. اگر می‌خواهی از من بخر، این امر جایز است خواه به نقد یا نسیه، برابر با میزان ثمن اولیه یا کمتر از آن.^۳

۴. جایگاه مرابحه بانکی از منظر حقوقی و اقتصادی

در ترمینولوژی حقوق مرابحه چنین تعریف شده است: «قسمی از بیع که فروشنده قیمت تمام شده بیع را برای وی (خریدار) در متن عقد (و یا در مقاوله) ذکر می‌کند (این قسمت را رأس‌المال گویند) و بهره‌ای روی آن می‌کشد.»^۴

در بانکداری اسلامی، مرابحه به معنای فروش بر مبنای پرداخت معوق، بعد از افزودن یک سود به ارزش کالاهای می‌باشد. تفاوت قرارداد مرابحه در شکل اصلی آن در شریعت با شکل معاصر بانکی آن این است که در اولی یک قرارداد فروش فوری بر مبنای بیان قیمت کالایی است که خریداری شده است. لکن در مرابحه بانکی معاصر،

۱. الشافعی، ابوعبدالله محمد بن ادريس، الام، دارالمعارفه، جزء سوم، بيروت، ۱۴۱۰ق، ص. ۳۹.
۲. الدمشقی حنفی، محمد امین بن عمر بن عبدالعزيز عابدین (ابن عابدین)، ردالمحتار علی الدر المختار، جلد پنجم، الطبعه الثانية، دارالفکر، بيروت ۱۴۱۲ق، ص. ۲۷۳. برای دیدن حالتی که شخص ثالث وارد معامله می‌شود نیز به همین کتاب مراجعه گردد.
۳. الكلبی الغناطی، محمد بن احمد بن جزی، القوانین الفقهیه، یک جلد، بی‌تا، بی‌جا، ص. ۱۷۱.
۴. جعفری لنگرودی، محمدمجعفر، وسیط در ترمینولوژی حقوق، چاپ سوم، گنج دانش، تهران، ۱۳۸۹، ص. ۶۳۳ (واژه ۳۷۷۵).

کالا بدوً در اختیار بانک (فروشنده) نیست. وی یک دستور به خرید کالایی مشخص را دریافت می‌کند، سپس دستوردهنده خرید تعهد می‌نماید که آن کالا را بعداً، در قبال یک ثمن، که بر مبنای ثمن اولیه و یک میزان سود معین تعریف می‌شود، خربداری نماید. به همین علت واژه مرابحه را در واژگان معاملی تحت عنوان «مرابحه برای صادرکننده دستور برای خرید»^۱ می‌نامند.^۲ بانک‌های اسلامی به ندرت معامله مرابحه ساده را تحت عنوان «فروش بر مبنای قیمت به انضمام سود»^۳ در قبال پرداخت فوری و کامل ثمن از طرف مشتری معقد می‌سازند. در این قرارداد هیچ گونه سرمایه‌گذاری نشده است و بانک به منزله یک سمسار^۴ رفتار می‌نماید. برای فراهم نمودن سرمایه‌گذاری تجاری بر مبنای سرمایه‌گذاری اسلامی، مرابحه معمولاً با فروش مؤجل که یکی از شکل‌های فروش نسیه در حقوق اسلام است، ارتباط دارد.^۵ بانک در صورتی مستحق دریافت سود شناخته می‌شود که مالکیت آن کالا را ولو برای یک زمان کوتاه به دست آورد، به عبارت دیگر ریسکی قابل تصور باشد.^۶ به همین جهت این شکل از مرابحه بانک را در صورتی که مشتری از تکمیل تعهد خود بر خرید کالا امتناع نماید، در معرض ریسک شدید قرار می‌دهد. بر طبق این قرارداد مشتری متعهد می‌گردد که کالا را از بانک بخرد و اگر مشتری از تکمیل تعهدات خود مبنی بر خرید درمانده شود، باید هر خسارati را که با امتناع وی از خرید کالا ایجادشده، جبران نماید. در مرابحه بسیار مدرن نیز بانک تعهدات ناشی از مالکیت را به مشتریان خود انتقال می‌دهد.^۷

۵. ارکان قرارداد مرابحه بانکی و شیوه انعقاد آن

در تمامی تعاریف ارائه شده از جمله تعریف مندرج در ماده ۸۱ آیین‌نامه قانون عملیات بانکی بدون ربا و بخش ۳-۱ ماده ۱ دستورالعمل اجرایی عقد مرابحه به این‌که

1. Murabaha for the Issuer of the Purchasing Order
2. Abdullah bin Aqeel, Abdul – Rahman, Shariah Precautionary Procedures in Murabaha and Istisna (a practical perspective), Islamic Finance into 21 th Century, Harvard University, 1999, p.127.
3. Cost Plus Profit Sale
4. Broker or Middle – Man
5. Usmani, Taqi, Murabahah, an online publication by (<http://accountancy.com.pk>), 2000, p. 7.
6. Mersadi Tabari, Nima, Islamic Finance and Modern World, The Legal Principle Governing Islamic Finance in International Trade, The University of East Anglia, 2010, pp. 7-8.
7. Hegazy, Walid, Islamic Finance in Malaysia, A Tax Perspective, Islamic Finance in 21st Century, Harvard University, 1999, p. 219.

در قانون بانکداری اسلامی اردن مصوب ۱۹۸۵ در تعریف عقد مرابحه برای دستوردهنده خرید آمده است: بیع المرابحة للأمر بالشراء: قیام البنك بتنفيذ طلب المتعاقد معه على أساس شراء الأول ما يطلبه الثاني بالتقدير الذي يدفعه البنك كلياً أو جزئياً و ذلك في مقابل التزامطالب بشراء ما أمر به و حسب الربح المتفق عليه عند الابتداء. قانون البنك الإسلامي الاردني للتمويل والاستثمار رقم (٦٢) لعام ۱۹۸۵ ماده (۲).

در مرابحه «عرضه‌کننده، بهای تمام شده اموال و خدمات را به اطلاع متقارضی می‌رساند» اشاره گردیده است. این بهای تمام شده اموال و خدمات همان رأس‌المال است که به اصل مال بدون سود و زیاده^۱ یا مبلغی که کالا خریداری شده، بدون ارزش منافع^۲ و یا آنچه عقد (ولیه) بر آن واقع شده، تعریف گردیده است.^۳ (ماده ۳ فرم یکنواخت قرارداد مرابحه که در بخش‌نامه شماره ۳۴۷۱۷۲/۹۴ مورخ ۱۳۹۴/۱۱/۲۷ بانک مرکزی آمده است، به این امر اشاره دارد.)

در ادامه ماده ۸۱ آیین‌نامه و قسمت ۳-۱ دستورالعمل اجرایی عقد مرابحه به این امر اشاره دارد که عرضه‌کننده پس از اعلام بهای تمام شده اموال و خدمات «با افزودن مبلغ یا درصدی اضافی به عنوان سود، آن را به صورت نقدی نسیه دفعی یا اقساطی، به اقساط مساوی و یا غیرمساوی در سراسرید یا سراسریدهای معین به متقارضی واگذار می‌کند». بنابراین یکی دیگر از ارکان عقد مرابحه بانکی تعیین سود است. سود، زیاده حاصله در مبایعه و نماء تجارت نامیده شده که گاه به صاحب کالا نسبت داده می‌شود و گاه به کالا و عرفًا مازاد بر اصل سرمایه و قیمت است.^۴ مجموع بهای تمام شده اموال و خدمات به علاوه سود مؤسسه اعتباری به عنوان قیمت واگذاری تلقی می‌گردد (بند ۱-۷ دستورالعمل اجرایی عقد مرابحه).

ماده ۲ دستورالعمل اجرایی عقد مرابحه رکن دیگری را برای تحقق قرارداد مرابحة بانکی لازم دانسته است. به موجب این ماده مؤسسه اعتباری به سفارش و درخواست متقارضی، به تهیه و تملک اموال و تدارک خدمات مورد درخواست مبادرت نموده سپس آن را در قالب مرابحه به متقارضی واگذار می‌نماید. بنابراین، یکی از ارکان اصلی مرابحه احرار مالکیت کالای موضوع آن است. در حقیقت، بر عهده گرفتن ضمان کالا از شرایط اصلی قرارداد مرابحه است، زیرا کسی که مایل به کسب سود است، باید ضمان کالا، از جمله خطر تلف آن را بر عهده گیرد و این امر از طریق مسجل ساختن مالکیت کالا حاصل می‌گردد. به عبارت دیگر مالکیت کالا مقتضی آن است که ضمان آن بر عهده صاحب آن باشد.^۵

۱. عبدالرحمن، محمود، معجم المصطلحات و الفاظ الفقهیه، جلد دوم، بی‌جا، بی‌تا، ص. ۱۰۹.
۲. طوسی، ابو جعفر، محمدبن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، المکتب المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق، ص. ۱۴۳.
۳. حسینی حلی، ابن زهره، حمزه بن علی، غنیه النزوع الی علمی الاصول والفروع، چاپ اول، مؤسسه امام صادق (ع)، قم، ۱۴۱۷ ق، ص. ۲۳۰.
۴. مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، جلد چهارم، چاپ اول، مرکز الكتاب للترجمة و النشر، تهران، ۱۴۰۲ ق، ص. ۲۴.
۵. «عمرو بن شعیب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ): «لَا يَحلَّ سَلْفٌ وَبَيْعٌ، وَلَا شرطان فِي بَيْعٍ، وَلَا رِبَعٌ مَا لَمْ يَضْمَنْ، وَلَا بَيْعٌ مَا لَيْسَ عَنْدَكُ». سیحانی تبریزی، جعفر، مصادر الفقه الإسلامي

رکن دیگر قرارداد مرباحه بانکی وجود سفارش و درخواست متقاضی است. به موجب ماده ۲ از دستورالعمل اجرایی عقد مرباحه: « مؤسسه اعتباری ... به سفارش و درخواست متقاضی مبادرت به تهیه و تملک اموال و تدارک خدمات مورد درخواست نموده و سپس آن را در قالب مرباحه به متقاضی واگذار می‌نماید ». ماده ۷ از دستورالعمل بیان می‌دارد: « مؤسسه اعتباری موظف است قبل از اقدام به تهیه اموال و تدارک خدمات و ضمن قرارداد مرباحه، مبادرت به درخواست و تعهد کتبی متقاضی (در چارچوب قرارداد فیما بین) مبنی بر خرید اموال و خدمات نماید ». در ماده ۲ فرم یکنواخت قرارداد ارائه شده از سوی بانک مرکزی نیز به این امر اشاره گردیده است. در این حالت بانک کالا را می‌خرد مشروط به آن که قیمت و ویژگی آن در سفارش ارائه شده از سوی خریدار مشخص باشد.^۱ این امر بدیهی است چون بانک باید بداند که چه چیزی را خریداری نماید.

در ماده ۱۹ دستورالعمل نیز بیان گردیده است که « مؤسسه اعتباری می‌تواند در قرارداد مرباحه به متقاضی جهت انتخاب، خرید و تحويل اموال و دریافت خدمات و کالت دهد ». این موضوع در ماده ۵ فرم یکنواخت قرارداد بانک مرکزی نیز قید گردیده است. نماینده (مشتری) ابتداً کالا را بر عهده اصیل (بانک) خریداری نموده و در مدت زمانی کم مالکیت کالا را به خود منتقل می‌نماید. انتخاب یک نماینده که خود مشتری است، می‌تواند در کاهش ریسک ناشی از بر عهده گرفتن مالکیت کالا نقش بهسازی ایفا نماید. این امر از طریق کاهش مدت زمان بین مالکیت بانک و انتقال آن به مشتری محقق می‌گردد. علاوه بر این ریسک، ریسک نقدشوندگی^۲ زمانی بروز می‌کند که شخص در فروش دارایی به مشکل برخورد نماید. در ابزار مالی مرباحه این ریسک موجود است، زیرا ممکن است کالای خریداری شده از سوی بانک مطابق با شرایط و صفات ارائه شده در قرارداد نباشد و یا مشتری از انعقاد قرارداد منصرف شود و بانک نتواند آن را به شخص دیگری بفروشد.^۳ قید اخیر در باب امکان انصراف از انجام معامله

← و منابعه، چاپ اول، دار الأصوات، بیروت، لبنان، ۱۴۱۹ق، ص. ۱۰۶؛ حدیث نبوی: « الخراج بالضمان ». الخطاب، محمد کمال توفیق، القبض والالتزام بالوعد في عقد المرباحه للأمر بالشرافى الفقه الاسلامي، المجلد الخامس عشر، العدد الاول، موطه للبحوث و الدراسات، جامعه البرموک، اربد، ۲۰۰۰م، ص. ۲۲۶.

۱. جمعی از نویسنده‌گان پژوهشکده پولی و بانکی، عقد مرباحه، چاپ اول، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، تهران، ۱۳۸۴، ص. ۵.

2. Liquidity Risk

3. Salman, Syed Ali, Islamic Modes of Finance and Associated Liquidity Risks, Conference Monetary Sector in Iran, Structure Performance & Challenging Issues, pp. 8-10. Thijs, Jeroen P.M.M, Risk Management in Islamic Banking, undated, p. 15.

در مرابحه به جهت وجود تقاضا و درخواست مشتری - که تعهد به خرید برای وی ایجاد خواهد نمود - وجود این نوع از ریسک را حدود زیادی کاهش می‌دهد.

یکی از اشکال قرارداد مرابحه بانکی طراحی کارت اعتباری بر مبنای عقد مرابحه است. بنابر قسمت ۸-۱ از ماده یک دستورالعمل اجرایی کارت اعتباری، قرارداد کارت اعتباری قراردادی است که در زمان صدور کارت اعتباری فی مابین مؤسسه اعتباری و مشتری براساس مرابحه منعقد گردیده، مبین توافقات، تعهدات و سایر الزامات طرفین در خصوص کارت اعتباری است. به طور معمول، در کارت‌های اعتباری دارنده کارت با استفاده از اعتباری که بانک صادرکننده کارت برای وی در نظر می‌گیرد، به خرید کالا اقدام می‌کند و از محل اعتبار پیش‌گفته قیمت کالا را می‌پردازد سپس طبق قرارداد با بانک تسویه می‌کند. در طراحی کارت اعتباری بر اساس قرارداد مرابحه عناصر زیر حضور دارند:

۱- مؤسسه اعتباری که حسب بند ۲-۱ ماده ۱ دستورالعمل کارت اعتباری بانک یا مؤسسه اعتباری غیربانکی است که به موجب قانون یا با مجوز بانک مرکزی تأسیس شده، تحت نظرات آن بانک قرار دارد.

۲- مشتری که حسب بند ۹-۱ ماده ۱ دستورالعمل کارت اعتباری شخص حقیقی است که درخواست وی مبنی بر اخذ کارت اعتباری به مؤسسات اعتباری ارائه گردیده، کارت اعتباری به نام وی صادر شده و در قالب مرابحه از مؤسسه اعتباری تسهیلات اخذ می‌نماید.

۳- پذیرنده کارت که حسب بند ۱۰-۱ ماده ۱ از دستورالعمل کارت اعتباری شخصی است که در قبال دریافت وجه از طریق پایانه فروش فیزیکی یا مجازی به واگذاری اموال یا ارائه خدمات به مشتری مبادرت می‌نماید. البته در این قسمت به لحاظ آن که پرداخت از طریق دستگاه (pos) به عمل می‌آید، ممکن است بانک پذیرنده کارت نیز وارد گردد.

شیوه عملی انعقاد قرارداد مرابحه از طریق کارت اعتباری بدین نحو است که بانک بر مبنای وکالتی که به مشتری برای خرید کالای مورد نیاز وی داده است کالا را از پذیرنده کارت خریداری می‌کند و پس از پرداخت قیمت کالا از طریق کارت اعتباری، قرارداد مرابحه بین بانک و مشتری منعقد می‌گردد و با انعقاد این قرارداد، مشتری بدھکار مبلغ مرابحه به صورت اقساطی خواهد گردید.

۶. آیا مرابحه بانکی یکی از مصادیق بیع عینه است؟

در این بین، برخی معتقدند که مرابحه برای دستوردهنده خرید غیر از بیع عینه است و چنین استدلال نموده‌اند که بیع عینه شامل دو معامله است، یک قرارداد

اعتباری (مدت دار) با یک قیمت بیشتر و یک قرارداد حال با قیمت کمتر و در صورتی معتبر است که دو قرارداد به یکدیگر وصل نگردند، به گونه‌ای که انعقاد قرارداد دوم برای شخص متقاضی الزام آور باشد، مضافاً این عبارات هیچ چیزی را در مورد مرابجه‌ای که فروشنده کالا را به نسیه و یا به اقساط به مشتری واگذار می‌کند، بیان نمی‌نماید. تأخیر در پرداخت، مربوط به بیع مؤجل است که از اصل و پایه براساس مساومه است. سود اضافی در صورتی که یک قرارداد مدت دار منعقد گردد، مفروض است که در این وضعیت، سود ناشی از مرابجه نخواهد بود. واژه وعده (تعهد الزام آور) به طور کامل و آشکار در این متون، دست کم در مورد دو معامله به ظاهر مرتبط ردد شده است.^۱

به نظر نگارنده دلایل فوق مردود است. زیرا بیع عینه تنها ناظر به حالتی نیست که فقط دو طرف در آن باشند بلکه ممکن است شخص سومی نیز وارد معامله گردد. به عبارت دیگر آنچه از تعاریف فقهی بر می‌آید، آن است که ایشان به تعریف عینه از باب تعیین مصدق آن پرداخته‌اند و یکی از مصادیق همان طور که در مطالب قبل بیان گردید، آن است که شخص در جهت به دست آوردن کالایی که دارای آن نیست، تقاضای آن را به دیگری می‌دهد. در باب مشروعیت مرابجه نیز همان طور که بعداً توضیح خواهیم داد، عوامل مختلفی دخیل هستند. لکن این موضوع نمی‌تواند مستندی در جهت بیان این مطلب باشد که عینه غیر از مرابجه برای دستوردهنده خرید است؛ چرا که بیان مشروعیت و یا عدم مشروعیت در باب معاملات ناظر بر مرحله تشریع است نه تکوین. از طرف دیگر همان‌طور که برخی از بزرگان بیان نموده‌اند، آخبار عینه از باب مرابجه است. به گونه‌ای که اگر هدف، بیع به نحو حقیقی باشد، معامله صحیح، لکن در صورتی که جهت اخذ سود و ربا باشد، باطل است.^۲ در شیوه انعقاد قرارداد مرابجه بانکی نیز مشتری بنا بر تقاضای اولیه مبادرت به درخواست خرید کالای مشخص از بانک می‌نماید. بانک نیز خود و یا از طریق وکالتی که به مشتری می‌دهد مبادرت به خرید کالا و سپس فروش آن به مشتری می‌نماید. وکالت منعقده اگرچه رابطه حقوقی جدیدی بین بانک و مشتری ایجاد می‌کند، لکن در نفس تراضی اصلی مشتری و بانک که مبتنی بر تعهد به خرید و مرابجه است، مؤثر نخواهد بود. مضافاً صدور کارت اعتباری مرابجه نیز در راستای پرداخت بهای کالای موضوع خریداری از سوی بانک است که به صراحت در ماده ۳ دستورالعمل کارت اعتباری قید گردیده است. بنابراین

1. Nyazee, Imran Ahsan Khan, Murabahah and Credit Sale, the Federal Law House, Pakistan, 2009, p. 57.

البته نتیجه‌گیری این نویسنده از سخنان امام شافعی بوده است.

2. غروی نائینی، میرزا محمد حسین، منیه الطالب فی حاشیة المکاسب، جلد اول، چاپ اول، المکتبة المحمدیة، تهران، ۱۳۷۳ق، ص. ۷۸.

باید پذیرفت که مرابحه بانکی یکی از مصادیق عینه است که در فقه مطرح گردیده است. لکن همان طور که بیان شد، ممکن است شروط مندرج در آن در مشروعیت مرابحه تأثیر بگذارد.

۷. تحلیل مبانی فقهی و حقوقی مشروعیت مرابحه بانکی

در مورد مشروعیت مرابحه باید بین دو حالت تفاوت قابل شد. حالتی که در آن بانک دارای مالکیت ابتدایی نسبت به موضوع مرابحه است و حالتی که بانک بعد از دریافت دستور خرید مبادرت به تملک کالا و سپس فروش در قالب عقد مرابحه می‌نماید. در مورد مشروعیت مرابحه نوع اول، فقه حنفیه و شافعیه به جواز آن تصریح نمودند و برای اثبات نظر خود به آیاتی از قرآن از جمله «احل الله البيع»^۱ و «آخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله»^۲ استناد نمودند و بیان داشته‌اند که این آیات صریح در حلیت بیع است و مرابحه یکی از انواع بیع است. علاوه بر این سنت نبوی و قول ایشان را نیز مستند رأی خود قرار داده‌اند: «إنما بيع عن تراض».^۳

در فقه مالکیه برخی به جواز مرابحه و برخی به کراحت آن قایلند. در فقه حنبله قابل به کراحت مرابحه هستند و علت آن را این گونه بیان داشته‌اند که در مرابحه نوعی جهالت وجود دارد و احتراز از آن اولی است. از نظر صاحبان این نظریه، بیع مساومه اولی است.^۴ در این بین ابن حزم به طور جداگانه قابل به عدم جواز بیع مرابحه گردیده و دلیل آن را این می‌داند که اگر بیع با این شرط واقع شود که به فلان مقدار سود پرداخت گردد، شرطی است مخالف کتاب خدا و باطل. مضافاً بیع به ثمن مجہول است.^۵ در انتقاد از این نظر گفته‌اند سود زیاده بر ثمن اول از شروط منهی عنه در کتاب خدا نیست. به علاوه، اگر سود زیاده بر ثمن اولیه وجود نداشته باشد، فایده‌ای که بایع از تجارت‌ش دارد، چیست؟ از طرف دیگر ثمن نیز مجہول نیست و جهالت قابل رفع است و می‌توان با حساب آن را زایل نمود.^۶

۱. بقره، آیه ۲۷۵.

۲. مزمل، آیه ۲۰.

۳. الکاسانی، ابوبکر بن مسعود بن احمد، بداعی الصنایع فی ترتیب الشرایع، دارالكتاب العربي، بیروت، جلد پنجم، ۱۹۸۲ م، ص. ۲۲۰؛ ابن قدامه، ابومحمد موفق الدین عبدالله بن احمد بن محمد، المغنی، جلد چهارم، دارالكتاب العربي، بیروت، ۱۹۷۲م، ص. ۲۵۹؛ الاندلسی القرطبی، ابومحمد، علی بن احمد بن سعید بن حزم، المحلی، جلد نهم، تحقیق لجنه احیاء التراث، دارالافاق الجدیده، بیروت، بی تا، ص. ۱۶۱. به نقل از: محمدالخطاب، کمال توفیق، منبع پیشین، ص. ۲۳۷.

۴. همان.

۵. الاندلسی القرطبی، ابومحمد علی بن احمد بن سعید بن حزم، المرجع نفسه، ص. ۱۴. (مسئله ۱۵۱۵).

۶. الجندي، محمد، عقد المرابحة بين الفقه الاسلامي و التعامل المصرفى، دارالنهضه العربية، القاهره، ۱۹۸۶، صص. ۵۰-۵۸.

در فقه امامیه مرابحه جایز است و برخی نسبت به آن ادعای اجماع کردند.^۱ زیرا بر بایع واجب نیست که رأسالمال را ذکر نماید، بلکه او می‌تواند به زیادتر یا کمتر از آنچه خریده است، بفروشد.^۲

لکن نوع تحلیل ارائه شده در حالتی که بانک دارای مالکیت ابتدایی نباشد، متفاوت است. درباره مشروعیت این نوع از مرابحه باید عوامل مختلف که در مشروعیت مؤثر است، به طور جداگانه مورد بررسی قرار گیرد. این عوامل عبارتند از تراضی بر سود و قیمت در دستور برای خرید، تخيیر یا عدم تخيیر مشتری به خرید در انجام معامله، وکالت اعطایی بانک به مشتری برای خرید کالا و سپس فروش بر مبنای مرابحه و نیز صدور کارت اعتباری مرابحه. از طرف دیگر بانک در تقاضای خرید نسبت به اوصاف و ویژگی‌های کالای مورد تقاضا و قیمت آن و سود با مشتری توافق می‌نماید. حال سوال پیش رو آن است که تعهد الزام آور مشتری به خرید کالا و قید قیمت و سود کالای مورد تقاضا چه نقشی در مشروعیت این قرارداد دارد. از طرف دیگر بانک به مشتری وکالتی اعطای می‌نماید که بر مبنای آن کالای مورد تقاضا را خریداری نماید، سپس آن را بر مبنای مرابحه به خود بفروشد. آیا در این حالت اساساً ضمان ناشی از کالا بر عهده بانک قرارمی‌گیرد و وی ریسک معامله را می‌پذیرد یا خیر؟ تأثیر پاسخ به این پرسش در مشروعیت مرابحه چیست؟ علاوه بر این بانک ممکن است جهت خرید کالای مورد تقاضا تأمین اعتباری معین بر طبق کارت اعتباری به انجام برساند تا مشتری آن را در هنگام خرید کالا از فروشنده بکار گیرد. نقش این کارت در مشروعیت چیست؟ و آیا این امر معامله را به حالت صوری تبدیل نمی‌کند و آن را به قرض ربوی شبیه نمی‌سازد؟ در حقیقت، با در نظر گرفتن مراحل کامل انجام مرابحه بانکی بر مبنای کارت اعتباری مرابحه اعمال حقوقی زیر باید صورت پذیرد و مشروعیت آن منوط به مشروعیت تمامی اعمال زیر است:

۱- تقاضای خرید از سوی مشتری با تعیین و توصیف دقیق کالا و قیمت و سود کالا و تعهد وی بر خرید کالا به بانک

۲- وکالت در خریدی که بانک ناشر کارت اعتباری به موجب قرارداد مرابحه به مشتری برای خرید کالا و خدمات مورد نیاز می‌دهد و مبلغ کالا به فروشنده از محل کارت اعتباری پرداخت می‌شود.

۳- فروش کالای خریداری شده از سوی بانک ناشر به مشتری پس از تملک کالا از سوی بانک. ممکن است بانک برای فروش نیز به مشتری وکالت دهد تا کالا را به خود بفروشد.

۱. اسدی حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، متبوع پیشین، ص. ۲۱۶.

۲. همان.



۷-۱. ذکر یا عدم ذکر سود در تقاضای خرید

یکی از عواملی که در مشروعت مرابحه بانکی مؤثر است، ناظر به بیان یا عدم بیان سود در تقاضای خرید است. در فقه مالکی چنانچه سود در تقاضای خرید ذکر شود، خواه خرید برای تقاضادهنده کالا الزام آور باشد و خواه الزام آور نباشد، این نوع بیع حرام شمرده می‌شود؛ زیرا ذکر سود قبل از خرید، سود حاصل از معامله و مقصود طرفین را معامله پول به پول تا اجل خاصی قرار می‌دهد و سود ناشی از ربا است. در این دیدگاه تنها به آنچه از ید خارج و بدان داخل می‌شود، توجه شده و وجود کالای واسط نادیده گرفته شده است.^۱ به علاوه این معامله به نحوی است که در آن عملی جایز برای رسیدن به امر غیرجایز صورت می‌پذیرد. به همین جهت و به دلیل وجود تهمت، از باب سد ذرا بع منوع است.^۲

از طرفی حنفیه و شافعیه و حنابلہ قابل به جواز شده‌اند. این موضوع به طور صریح در روایات و کتب فقهی شیعه ذکر شده است و حکم به جواز آن داده شده است.^۳ دلیل جواز آن است که اگر خرید غیرملزم باشد و خیار برای تقاضاکننده کالا و فروشنده وجود داشته باشد، معامله از حالت قرض خارج و به بیع و تجارت تبدیل می‌شود. از طرف دیگر بایع آنچه را به مالکیت درآورده، می‌فروشد و ایجاب و قبول بعد از تملک، حقیقی است نه صوری. به علاوه، به دست آوردن سود در این حالت بلامانع است زیرا سود حاصله، ناشی از بر عهده گرفتن ضمان است.

از نظر تحلیل حقوقی نیز این امر با اشکالی مواجه نخواهد بود. همان طورکه پیش‌تر اشاره شد، در قرارداد مرابحه بانکی مشتری تعهد خرید کالای مورد تقاضای خود را به بانک می‌دهد، ولی در این میان اجرای قرارداد اصلی با مانعی روبرو است. آن مانع عدم مالکیت کالا از سوی بانک است. به همین دلیل پیمان مقدماتی و پیش‌قراردادی درباره انعقاد قرارداد نهایی بسته می‌شود و بر مبنای آن دو طرف یا یکی از آن دو خود را به بستن پیمان ملزم می‌کند. این قرارداد مقدماتی در مرابحه بانکی در قالب تعهد خرید ظهرور و بروز می‌یابد. تقاضای خرید و تعیین قیمت و سود در آن و تعهد خرید، به قبولی بانک خواهد رسید؛ حتی اگر بانک در این خصوص تعهدی نپذیرد و مقصود از آن تنها ایجاد التزام بر انعقاد عقد اصلی است.^۴ در این فرض طرفین مایل نیستند که مفاد

۱. الکلبی الغناطی، محمد بن احمد بن جزی، *القوانين الفقهیه*، یک جلد، بی‌تا، بی‌جا، ص. ۱۷۱.

۲. همان.

۳. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، *الكافی*، المرجع نفسه، ص. ۲۰۱.

۴. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد اول، چاپ هفتم، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن بنا، تهران، ۱۳۸۵، ص. ۳۷۷.

عقد اصلی در خارج محقق شود بلکه می‌خواهند به آن ملتزم شوند و انشای نهایی عقد مورد نظر را موكول به تراضی دیگری سازند. برای مثال داوطلب خرید زمینی هنوز تمام پول را فراهم نکرده است و مالک نیز می‌باید مقدمات انجام معامله را فراهم آورد. درباره شرایط معامله به توافق رسیده‌اند، لیکن آماده انشای نهایی نیستند. پس خریدار معهد به خرید زمین به مبلغ معین شده، فروشنده نیز در برابر ملتزم به انتقال می‌گردد.^۱ این تراضی در عرف دادوستد نیز شایع است. همچنان‌که در قولنامه نیز طرفین در ضمن آن مبادرت به تعیین قیمت مورد معامله می‌نمایند و مفاد تراضی تعهد به خرید و انتقال موضوع معامله است.

۷-۲. الزام آوربودن خرید یا عدم الزام آوربودن آن

عامل دوم در مشروعیت مراجحة بانکی ناظر بر الزام آوربودن تعهد به خرید است. این الزام گاه به معنای لزوم مراجحه است و گاه به معنای تحمل خساراتی است که به سبب نکول مشتری به بانک وارد می‌آید. الزام آوربودن تعهد به خرید از جانب مشتری و قید قیمت و سود در تقاضای خرید سبب این پرسش می‌شود که آیا بیع به مجرد این تعهد مشتری که نوعاً وعده تلقی می‌شود، منعقد می‌گردد یا بعد از خرید کالا از جانب بانک و تحت مالکیت قراردادن آن، این امر انجام می‌پذیرد؟^۲ در این مورد باید بین دو حالت زیر تفکیک نمود:^۳

الف: اگر بگوییم که بیع به مجرد وعده و قبل از خرید کالا منعقد می‌گردد، معامله باطل است. زیرا اگر مبیع معین باشد، از شروط آن این است که مبیع در مالکیت بایع باشد و یا مأذون از جانب مالک باشد.^۴ حسب ماده ۳۶۱ قانون مدنی: «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته، بیع باطل است». چه اینکه این امر مرد بین حصول و عدم می‌گردد. از طرف دیگر امکان تسلیم آن وجود ندارد و غرر در آن جریان می‌باید که از آن نهی شده است.^۵ اما اگر مبیع کلی باشد، در این صورت بیع دین به دین خواهد بود. زیرا مبیع موصوف در ذمه به مالکیت بانک در نیامده و ثمن دین که بر عهده مشتری است، به او تسلیم نشده است تا تبدیل به سلم گردد.

۱. همان.

۲. الدبيان، دبيان محمد، الإلزام بالوعد في صيغ المراجحة للأمر بالشراء، منبع پیشین.

۳. انصاری درقولی، مرتضی بن محمد أمین، کتاب المکاسب، جلد سوم، چاپ اول، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، ۱۴۱۵ ق، صص. ۴۴۷-۴۴۹.

۴. اسدی حلی، حسن بن یوسف بن مظہر، تذکرة الفقهاء، منبع پیشین، ص. ۲۴۳.

۵. همان، ص. ۱۶.

اگر ما بیع را قبل از تملک کالا صحیح بدانیم، در نهی «ربح ما لا يضمن» قرار می‌گیریم،^۱ در حالی که استحقاق سود برای کسی است که ضمان کالا در تلف را بر عهده گیرد.

ب: اگر بیع بعد از خرید کالا صورت پذیرد، اما با وعده ملزم متقدم بر تملک کالا، این بیع نیز صحیح نیست؛ زیرا اگر وعده ملزم بین طرفین باشد، سبب می‌شود که وعده تبدیل به عقد گردد، در حالی که الزام از بارزترین خصایص عقد است و وعده اعتبار عقد را ندارد.^۲ پس اگر ما مشتری را به وعده و به سود سابق ملزم نماییم، بیع با این وعده منعقد می‌گردد و هیچ اختیاری برای طرفین برای احداث ایجاب جدید نیست و حتی اگر ایجاب و قبول بین طرفین ایجاد گردد، بعد از تملک کالا است که احتیاجی بدان نیست، فلذا ایجاب و قبول صوری است،^۳ زیرا اعتبار عقود بر مقاصد و معانی است نه الفاظ و مبانی.^۴ بنابراین، اگر ما مشتری را به انجام بیع الزام نماییم، اکراه صورت گرفته که سبب بطلان مرابحه می‌گردد. زیرا مرابحه جز با رضا و طیب نفس از جانب متعاقدين واقع نمی‌گردد.^۵

در انتقاد از نظرات فوق گفته شده است:

۱- مرابحه به مجرد وعده لازم است، با این تعلیل که اصل در معاملات صحت و اباده است، پس هیچ چیزی باطل نمی‌گردد مگر آن که دلیل صحیح و صریح بر آن وجود داشته باشد.

۲- در اصل و به طور پایه‌ای شارع از معاملاتی که مبنی بر ظلم و احتکار و غش یا در صورتی که مُعِد نزاع و عداوت در بین مردم باشد، در قالب تحریم ربا و تحریم غَرَر منع نموده است. لکن در الزام به تعهد به خرید مصلحتی خاص برای متعاملین از جهت اطمینان به اتمام عقد و مصلحت عامی از جهت استقرار معاملات و تقلیل نزاع وجود دارد.^۶

۳- دلیل دیگر آن است که قواعد شرعیه برای منع اضرار به غیر بیان گردیده و در نظریه مربوط به عدم الزام آور بودن تعهد به خرید، ضرر برای بانک متصور

۱. الشافعی، أبو عبد الله محمد بن إدريس، منبع پیشین، ص. ۳۹.

۲. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، منبع پیشین، ص. ۴۴۹.

۳. همان.

۴. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، منبع پیشین، ص. ۲۸.

۵. المصری، رفیق، المصارف الاسلامیه، دراسه الشرعیه لعدمها، مرکز النشر العلمی، جامعه الملک عبدالعزیز، جده، ۱۹۹۵م، ص. ۳۰.

۶. الدبيان، دیابان محمد، منبع پیشین. محمدالخطاب، کمال توفیق، منبع پیشین، ص. ۲۴۴.

است.^۱ زیرا ممکن است بانک نتواند کالای خریداری شده را نه تنها به مشتری، بلکه به شخص دیگری بفروشد، بنابراین اگر مشتری از اجرای وعده خودداری نماید و بانک کالا را به شخص دیگری بفروشد و از این راه به وی خسارتی وارد آید، بر مشتری لازم است که خسارت فروشته را برمبنای عمل به قاعدةٔ فقهی لا ضرر جبران نماید.^۲

این نظرات نیز مصون از ایراد و اعتراض باقی نمانده و در مقام رد آن گفته شده است:

۱- در دلیل مربوط به اباقه گفته شده است که در معاملات اصل بر صحت و اباقه است، در حالی که این امر با معنایی که در استدلال فوق از آن اخذ شد، صحیح نیست. چرا که مفهوم استدلال فوق جز این نخواهد بود که هر عقدی بر او اثری مترتب می‌شود، هر چند بالخصوص در جواز آن و ترتیب آثار بر آن از شارع حکمی نرسیده باشد. در حالیکه صحت از احکام شرعیه است و باید از شارع بررسد. پس به مجرد جعل هر کسی حکم شرعی حاصل نخواهد شد.^۳

۲- دلیل دیگر مبنی بر وجود مصلحتی خاص برای متعاملین از جهت اطمینان به اتمام عقد و مصلحت عامی از جهت استقرار معاملات و تقلیل نزاع، کافی نیست. زیرا مصلحت مزبور از نظر شارع ملغی است و آن نهی از بیع چیزی است که انسان مالک آن نیست و نهی از سودی است که ضمانت را بر عهده نگرفته است.^۴

۳- در مورد دلیل دیگر مبنی بر اینکه قواعد شرعیه برای منع اضرار به غیر بیان گردیده نیز چنین پاسخ داده می‌شود: اگر بانک کالا را برای مشتری خریده است، وی وکیل محض است و آن نفعی که می‌برد، ناشی از قرض است که این امر صریحاً ربا است، زیرا اگر خریدی که در جهت تملک کالای مورد تقاضا صورت می‌پذیرد، برای فروشندۀ تمام شود نه برای مشتری، لازم نیست که مشتری خسارتی را که از این رهگذر وارد می‌آید، جبران نماید. زیرا جبران خسارت باید نسبت به ضرر حقیقی باشد نه آنچه عادتاً در تجارت تجار جریان دارد، پس صرف نکول مشتری از خرید، ضرر محسوب نمی‌شود تا بانک را

۱. محمد الحطاب، کمال توفیق، منبع پیشین.

۲. الدبیان، دیبان محمد، منبع پیشین.

۳. گیلانی، ابوالقاسم بن محمد حسن (میرزا قمی)، جامع الشتات فی أجوبة السؤالات، جلد دوم، چاپ اول، مؤسسۀ کیهان، تهران، ۱۴۱۳ق، ص. ۴۱.

۴. الدبیان، دیبان محمد، منبع پیشین.

مستحق مطالبه قرار دهد. برای آن که طبیعت تجارت مبتنی بر مواجه با سود و خسارت است. وقتی که بانک کالا را بعد از نکول مشتری به شخص دیگری می‌فروشد، در آن سود می‌برد و سود به طور کامل متعلق بانک است، در مقابل اگر خسارتی باشد، بر عهده بانک است. مضافاً این امر با عدالت ناسازگار است که اگر بانک به زیاده بفروشد، تماماً از آن بانک باشد، اما اگر خسارت دید، به مشتری رجوع نماید. به علاوه اگر بانک شرط نماید که جبران خسارت کند چنانی شرطی به لحاظ برخورد با مقتضای عقد باطل است زیرا طبیعت تجارت اقتضا می‌کند که شخص برای کالا متحمل غرامت گردد. در مقابل، اگر سودی حاصل گردد، برای او خواهد بود.^۱

از نظر تحلیل حقوقی نگارنده معتقد است که تحلیل حقوقی تراضی بین بانک و مشتری نیازمند به تجزیه تراضی است. زیرا قرارداد مرابحة بانکی یک عمل حقوقی واحد نیست که دارای استقلال باشد، بلکه متشكل از چند عمل حقوقی است. آنچه پیش از تملک کالا بین بانک و مشتری انجام می‌گیرد، تعهد به خرید است که از سوی مشتری اعلام می‌شود و مورد پذیرش بانک قرار می‌گیرد. مفاد تراضی طرفین وقوع مرابحة در خارج نیست، بلکه مورد قرارداد تعهد به خرید از بانک است. بنابراین، بانک و مشتری چند عقد جداگانه بسته‌اند که هر کدام تابع قواعد عمومی قراردادها است، با این تفاوت که قرارداد نخست مقدمه عقد نهایی و برای تمهید وسایل آن است. این وعده بستن قرارداد هر چند از ناحیه یکی از دو طرف عقد باشد، خود نوعی قرارداد است و آثار آن و التزام به وعده پس از قبول بانک به وجود می‌آید. نباید چنانی پنداشت که اگرچه قصد یک طرف منشا تعهد می‌شود، هر تعهد یک‌طرفی مجانية است و تعهد مجانية به ملاک نصوصی که دلالت بر جواز عقود مجانية (مانند هبه و عاریه) دارند، جایز است.^۲ زیرا این وعده قرارداد بی‌گمان الزاماً اور است و نیروی خود را از توافق و پیمان دو طرف می‌گیرد.^۳ ماده ۱۰ قانون مدنی نیز تأیید دیگری بر لزوم این تعهد بین بانک و مشتری است. به موجب این ماده: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است». پس اگر از اجرای تعهد امتناع به عمل آید، بانک می‌تواند اجراء مشتری را از دادگاه بخواهد. این ایراد که

۱. همان.

۲. برای دیدن مبانی این نظر رجوع کنید به: جعفری لنگرودی، محمد جعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ سوم، گنج دانش، تهران، ۱۳۹۲، ص. ۱۲۱.

۳. رجوع کنید به: کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، منبع پیشین، صص. ۳۸۰-۳۸۱.

الزام مشتری به انعقاد مرابحه سبب بطلان آن خواهد بود، به جهت آن‌که تراضی به اکراه صورت گرفته است و در آن رضای باطنی وجود ندارد، مردود است. زیرا این اقدام در جهت اجرای تعهدی است که سبب آن با تراضی و توافق طرفین صورت پذیرفته است و این توافق مبنای الزام است. طرفین در زمان انعقاد قرارداد مربوط به تعهد به خرید دارای اراده آزاد بوده‌اند و هیچ اکراهی در این مرحله صورت نگرفته است. در قانون مدنی ملاک مواد مربوط به شرط فعل نیز می‌تواند تأییدی دیگر بر نظر اخیر باشد. حسب ماده ۲۳۷ قانون مدنی: «هرگاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد، اثباتاً یا نفیاً کسی که ملتزم به انجام شرط شده است، باید آن را به جا بیاورد و در صورت تخلف طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع نموده، تقاضای اجبار به وفای شرط بنماید». همان‌طور که می‌دانیم، شرط فعل ممکن است به صورت شرط فعل منفی یا مثبت و یا شرط فعل حقوقی مثبت و یا منفی باشد. تعهد مشتری به خرید قابل مقایسه با شرط فعل حقوقی مثبت است. اگر پذیرفته شود که در شرط فعل حقوقی مثبت امکان اجبار از سوی حاکم وجود داشته باشد، منعی در پذیرش آن در تعهد مشتری به خرید وجود نخواهد داشت. از سوی دیگر باید توجه داشت که نوع اقدام حاکم در اجبار از باب قاعدة «الحاکم ولی الممتنع» است و این امر مورد تجویز قانونگذار قرار گرفته است. از طرف دیگر یک دسته نصوص خاص در قوانین موضوعه فعلی هست که از طریق «تفقیح مناطق قطعی» می‌توان آن را در موارد مشابه سرایت داد. مانند ماده ۲۴۸ قانون امور حسبي راجع به قبول ترکه از طرف وزرئه و ماده ۲۹۰ قانون مدنی راجع به ابراء. در هر یک از این دو مورد تعهد یک‌طرفی لازم حاصل می‌آید و خصوصیتی در مورد این دو ماده وجود ندارد که مانع تعمیم آن به موارد مشابه باشد. ملاک لزوم در این دو مورد مصالح نوعی موجود در آنها است. لذا به همین قیاس، در موارد مشابه نیز می‌توان تعهد یک‌طرفی لازم را پذیرفت.^۱

۳-۷ وضعیت حقوقی وکالت بانک به مشتری و کارت اعتباری

در ماده ۱۹ دستورالعمل آمده است که: « مؤسسه اعتباری می‌تواند در قرارداد مرابحه به متقاضی جهت انتخاب، خرید و تحويل اموال و دریافت خدمات وکالت دهد ». این امر در ماده ۵ فرم یک‌نواخت قرارداد بانک مرکزی نیز قید شده است. به این عبارت که: « بانک / مؤسسه اعتباری موافقت نمود / موافقت نمود که حق انتخاب، خرید و تحويل اموال / خدمات موضوع این قرارداد را به متقاضی واگذار نماید ». این امر به سبب قرارداد

صدور کارت اعتباری نیز صورت می‌پذیرد و دارنده کارت وکیل بانک در خرید کالاها و خدمات می‌شود.

حسب ماده ۶۵۶ قانون مدنی وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود قرار می‌دهد. بنابراین، اثر عقد وکالت اعطای نیابت است. بدین معنا که موکل اقدام وکیل را در مورد انجام عمل حقوقی به منزله عمل خود می‌داند و به او اختیار می‌دهد که به نام و حساب موکل تصرفاتی انجام دهد. بنابراین، اگر وکیل تعهداتی را پذیرد، آن تعهدات برای موکل است و اگر نفعی حاصل آید، برای موکل خواهد بود.

برخی در مورد خرید و فروش وکالتی گفته‌اند که برای درستی خریدها، دارنده کارت باید قصد خرید وکالتی کند در حالی که در موارد فراوانی دارنده کارت غافل از خرید وکالتی است و به نیت خودش خرید می‌کند. همان‌طور که در مواردی دارنده کارت، کارت را به دیگران (مانند همسر و فرزند) وامی‌گذارد و آنان اطلاعی از قرارداد وکالت ندارند. در پاسخ به این ایراد گفته‌اند که در تحقق قصد خرید وکالتی توجه ارتکازی کفايت می‌کند. به این معنا که اگر توجه کند، بفهمد که چه کاری انجام می‌دهد و در خرید با کارت اعتباری چنین ارتکازی وجود دارد. چون دارنده کارت می‌داند خودش پولی ندارد و با پول بانک خریداری می‌کند. در مواردی هم که کارت را در اختیار دیگری می‌گذارد، دیگران وسیله و ابزار وی برای خرید وکالتی هستند یا با واگذاری، دیگران را وکیل و جانشین خود در انجام معامله وکالتی می‌کند. بر فرض که به دلیل نبودن قصد وکالت در خرید، خرید وکالتی باطل باشد، معامله تبدیل به بیع فضولی خواهد شد که پیش‌اپیش طرفین قرارداد رضایت خودشان را اعلام کرده‌اند.^۱ لکن این تحلیل نه تنها برای اقدامات مشتری قبل از خرید کالا و به ملکیت بانک درآمدن آن موجه نیست بلکه برای وکالت بعد از خرید، و فروش آن به خود قابل پذیرش نخواهد بود.

در فرضی که بانک به مشتری برای خرید کالایی مشخص با قیمت معین از جانب بانک و سپس فروش آن به خود وکالت می‌دهد، دو عمل که به طور هم زمان صورت می‌پذیرد، مفاد وکالت مشتری را تشکیل می‌دهد: اول خرید به نام و حساب بانک، دوم فروش کالا به وکالت از بانک به خود. این دو عمل در دو زمان متفاوت به وقوع نمی‌پیوندد بلکه در زمان واحد صورت خواهد پذیرفت. مضافاً همان‌طور که سابقاً بیان شد، در تقاضای خرید، کالای مورد تقاضاً مورد توصیف قرار می‌گیرد و این امر در

۱. موسویان، عباس، منبع پیشین، صص. ۴۹-۵۰.

قرارداد منعقده فی مابین بانک و مشتری به طور کامل ذکر می‌گردد. به جهت آن‌که حسب ماده ۲ قرارداد یکنواخت ارائه شده از سوی بانک مرکزی آمده است: «موضوع قرارداد عبارت است از فروش اموال / ارائه خدمات به متقارضی با مشخصات زیر: ... متقارضی از کمیت، کیفیت و اوصاف مورد معامله مطلع بوده» حال اگر مشتری و یا بستگان وی با استفاده از کارت اعتباری مبادرت به خرید کالایی نمایند که اساساً منطبق با کالای مندرج در قرارداد مرباچه نباشد، اگرچه معامله واقعه به جهت نبودن قصد و کالتی ممکن است فضولی بوده، منجر به تنفيذ گردد. لکن این امر به منزله اجرای قرارداد مرباچه نخواهد بود. چون موضوع قرارداد فضولی غیر از موضوع قرارداد مرباچه است. به عبارتی روش‌تر، کالای خریداری شده کالای موصوف در قرارداد مرباچه نیست. این مشکل از وکالتی که بانک به مشتری می‌دهد، حاصل می‌گردد. در حقیقت، بانک به موجب قرارداد مرباچه، مکلف به خرید کالا و سپس فروش آن به مشتری است. لکن بانک تکلیف خود به خرید را به التزامی برای مشتری در قالب عقد وکالت تبدیل می‌نماید و سبب می‌گردد که مسئولیت ناشی از عدم تطبیق کالای خریداری شده با کالای توصیف شده در قرارداد مرباچه بر عهده مشتری قرار گیرد و از این امر سلب مسئولیت می‌نماید. این امر اجرای قرارداد مرباچه را در اختیار کامل مشتری قرار می‌دهد و بانک نیز این اقدام مشتری را مورد بازرسی قرار نمی‌دهد.^۱

خرید از طریق کارت اعتباری در صورتی که در غیرکالای موضوع قرارداد مرباچه به کار گرفته شود، اجرای قرارداد اصلی مرباچه را به طور کامل ممتنع می‌سازد، زیرا بانک جهت خرید کالا، مبلغ معینی را در قالب کارت اعتباری در اختیار مشتری قرار داده است. در این وضعیت مشتری ممکن است به جهت عدم رعایت مصلحت و تعدی و تغییر در انجام مورد وکالت مسئول واقع گردد. لکن علت مدیون بودن وی بابت اصل مبلغ کارت اعتباری و سود آن که در حقیقت قیمت کالا است، چیست؟

اگر بر طبق قرارداد مرباچه بخواهیم زمان شروع تعهدات مشتری را به پرداخت قیمت معامله در نظر بگیریم، باید زمان انجام وکالت مبنی بر فروش کالا به مشتری مبدأ آن در نظر گرفته شود؛ چون قبل از آن اساساً عقدی مبنی بر تملیک کالا از جانب بانک به مشتری منعقد نشده است تا از اجرای تعهدات ناشی از آن سخن به میان آید. لکن حسب ماده ۳ از قرارداد یکنواخت بانک مرکزی: «کل بهای فروش مورد معامله ... تعیین گردید که متقارضی ضمن قبول موارد فوق متعهد شد مابقی به مبلغ ... را به صورت نقدی/نسیه دفعی/نسیه اقساطی مساوی/نسیه اقساطی غیر مساوی در

سررسید/های معینی به شرح ذیل به بانک/ مؤسسه اعتباری پرداخت نماید». این ماده تاریخ شروع پرداخت قیمت واگذاری را از زمان انعقاد قرارداد مراقبه قرار داده است در حالی که اساساً در این زمان بحث تمليک کالا از جانب بانک به مشتری مطرح نمی‌شود. زیرا تمليک بانک به مشتری دارای مقدمه‌ای است که همان خرید کالا از فروشنده است که ممکن است مدتی بین آن فاصله ایجاد شود. این امر سبب می‌شود که اثر عقد مربوط به تعهد مشتری به پرداخت قیمت پیش از وقوع عقد ایجاد گردد در حالی که اثر دیگر عقد که مبنی بر تمليک کالا از جانب بانک است، مؤخر بر آن در زمان دیگری به وقوع بپیوندد. این ایرادات سبب می‌شود که ماهیت قرارداد مراقبه بانکی صرفاً اخذ وام با بهره گردد.

از طرف دیگر در زمانی که مشتری کالای موصوف در قرارداد مراقبه را از فروشنده در مغازه‌وی خریداری می‌نماید، عمل وکالت خرید به نام بانک را به انجام می‌رساند و کالا در ملکیت بانک مستقر می‌گردد. در این مرحله نیز اگر عقد تابع قصد واقعی طرفین باشد آنچه را واقع شده‌است، نباید وکالت نامید. زیرا این حق که کسی بدون امکان بازرسی یا رجوع مالک بتواند مالی را به هر قیمت که می‌خواهد، به خود منتقل سازد اختیاری بیش از نیابت است و باید آن را حق تمک (ملک ان یملک) نامید نه اذن در فروش. در زمانی هم که وکیل آن را به خود منتقل می‌سازد، در حقیقت، از آن حق تمک سود می‌برد و با اجرای آن مالک می‌شود و قصد انجام کاری به نمایندگی ندارد. آنچه در مرحله نخست رخ داد، بیع هم نیست و عده بیع است. پیش قراردادی است که به موجب آن از سوی بانک ایجاب تمام است و تنها عاملی که برای تحقق تمک بدان نیاز است، انتخاب مشتری و تصمیم او بر قبول این حق است. به همین جهت پیش از اجرای نیابت صوری وکیل را نباید مالک مال یا صاحب حق عینی بر آن پنداشت. وجود چنین حقی را طرفین اراده نکرده‌اند و خواسته‌اند تمک با قرارداد دوم (فروش به نیابت) محقق شود. بنابراین، تا زمانی که بیع انجام نشده است، وکیل مالک آن نیست. از طرف دیگر در این قرارداد شرط می‌شود که مبلغ معینی به بانک بابت بهای کالا پرداخت گردد و این شرط مخالف مقتضای ذات وکالت است. چون وکالت نوعی نیابت است و مقتضای نمایندگی این است که اثر بیع برای بانک باشد، در حالی که تعهد وکیل (مشتری) به پرداختن مبلغی معین به بانک بدین معنی است که اثر بیع عاید وکیل شود. پس از جمیع بین شرط و عقد می‌توان اراده طرفین را چنین تحلیل کرد که خواسته‌اند مورد وکالت در برابر مبلغ معین به وکیل تمک شود و او آن را به هر میزان که لازم می‌داند، برای خود بفروشد.^۱

۱. رجوع کنید به: کاتوزیان، ناصر، عقود معین (عقود اذنی و وثیقه‌های دین)، جلد چهارم، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برتنا تهران، ۱۳۸۰، صص. ۱۱۷-۱۱۸.

نتیجه‌گیری

یافته‌های این تحقیق نشان می‌دهد که در ساختار بانکی ایران مرابحه به این صورت منعقد می‌گردد که بانک پس از دریافت سفارش یا تقاضای خرید یک کالای مشخص از سوی خریدار، برای انجام سفارش وی، کالای مزبور را از فروشنده خریداری می‌نماید و با دریافت سود مشخصی به مشتری می‌فروشد. در انجام فرآیند مربوط به خرید کالا و فروش آن بر مبنای مرابحه ممکن است که بانک مشتری را وکیل خود قرار دهد. یکی از اشکال مرابحه بانکی مرابحه از طریق کارت اعتباری است. شیوه عملی انعقاد قرارداد مرابحه از طریق کارت اعتباری بدین نحو است که بانک بر مبنای وکالتی که به مشتری برای خرید کالای مورد نیاز وی داده است کالا را از پذیرنده کارت خریداری می‌کند و پس از پرداخت قیمت کالا از طریق کارت اعتباری، قرارداد مرابحه بین بانک و مشتری منعقد می‌گردد. بنابر این، قرارداد مرابحه بانکی تلفیقی از چند قرارداد مجزا از هم است. صحت قرارداد مرابحه بانکی منوط به صحت تمامی قراردادهای مذکور است. تحلیل‌های صورت‌گرفته نشان می‌دهد که تقاضای خرید مشتری و تعهد وی به خرید از بانک اگر چه در قالب تعهد یک‌طرفی است، لکن به جهت اینکه مورد قبول بانک قرار می‌گیرد، سبب ایجاد قراردادی الزام‌آور بین طرفین می‌گردد. این قرارداد الزام‌آور به منزله وقوع قرارداد نهایی مرابحه بین طرفین نیست بلکه طرفین تمھیدی اندیشیده تا با جمع آمدن شرایط، قرارداد اصلی را با ایجاد و قبول دیگری منعقد سازند. لکن شرط مربوط به پرداخت قیمت کالای موضوع قرارداد مرابحه پیش از آن که کالا تحت مالکیت بانک قرار گیرد، سبب می‌شود که آثار عقد مرابحه نسبت به مشتری پیش از وقوع آن جریان یابد و این امر سبب می‌گردد که مشروعیت آن با مانع روبرو شود. اعطای وکالت بانک به خرید کالا با عنایت به این که بانک هیچ گونه بازرسی نسبت به اقدامات مشتری ندارد، سرنوشت قرارداد مرابحه را به طور کامل در اختیار مشتری قرار می‌دهد و در فرضی که مشتری کالایی غیر از کالای موضوع مرابحه را خریداری نماید، اجرای قرارداد مرابحه ممتنع است. این امر از جانب بانک بدان جهت صورت می‌پذیرد که بانک تعهد خود مبنی بر خرید کالا مطابق با اوصاف مندرج در قرارداد مرابحه را به موجب وکالت اعطایی به مشتری منتقل می‌نماید و نوعاً سبب صوری شدن قرارداد مرابحه می‌شود. از طرف دیگر اثر عقد، مربوط به تعهد مشتری به پرداخت قیمت پیش از وقوع عقد ایجاد می‌گردد در حالی که اثر دیگر عقد که مبنی بر تملیک کالا از جانب بانک است، مؤخر بر آن در زمان دیگری به وقوع

می‌پیوندد. وکالت برای فروش کالا به مشتری نیز با توجه به آنچه مقصود طرفین است، در حقیقت، بدان معنا است که مورد وکالت در برابر مبلغ معین به وکیل تملیک شود.

منابع

- ابن قدامه، ابومحمد موفق الدین عبدالله بن احمد بن محمد، المغنی، جلد چهارم، دارالكتاب العربي، بيروت، ۱۹۷۲م.
- ابن نجیم، زین الدین، بحرالرائق فی شرح کنزالدقائق، جلد ششم، دارالمعرفه، بيروت، بي تا.
- اسدی حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، تذکره الفقهاء، جلدہای دهم، یازدهم و شانزدهم، چاپ اول، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم، ۱۴۱۴ق.
- _____، نهایه الإحکام فی معرفه الأحكام، جلد دوم، چاپ اول، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم، ۱۴۱۹ق.
- اصفهانی، محمد باقر بن محمد تقی، مراہ العقول فی شرح اخبار آل الرسول، جلد نوزدهم، چاپ دوم، دارالكتب الاسلامیه، ۱۴۰۴ق.
- _____، ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار، جلد دهم، چاپ اول، انتشارات کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی(ره)، قم، ۱۴۰۶ق.
- اصفهانی، محمد تقی، روضه المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه، جلد هفتم، چاپ دوم، مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور، قم، ۱۴۰۶ق.
- الاندلسی القرطبی، ایومحمد، علی بن احمد بن سعید بن حزم، المحلی، جلد نهم، تحقیق لجنہ احیاء التراث، دارالآفاق الجدیده، بيروت، بي تا.
- انصاری ذرفولی، مرتضی بن محمد أمین، کتاب المکاسب (المحشی)، جلد ششم، چاپ سوم، مؤسسه مطبوعاتی دارالکتاب، قم، ۱۴۱۰ق.
- _____، کتاب المکاسب، جلدہای سوم و ششم، چاپ اول، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، ۱۴۱۵ق.
- البیهقی، ابی بکر احمد بن الحسین بن علی، السنن الکبری، الجزء ۵، بي تا.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ سوم، گنج دانش، تهران، ۱۳۹۲.
- _____، وسیط در ترمینولوژی حقوق، چاپ سوم، گنج دانش، تهران، ۱۳۸۹.
- جمعی از نویسندها پژوهشکده پولی و بانکی، عقد مرابحه، چاپ اول، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، تهران، ۱۳۸۴.

-
- الجندي، محمد، عقد المرباحه بين الفقه الاسلامى و التعامل المصرفى، دارالنهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.
 - حسينى حلى، ابن زهره، حمزه بن على، غنيه النزوع الى علمي الاصول والفروع، چاپ اول، مؤسسہ امام صادق (ع)، قم، ١٤١٧ ق.
 - حسينی عاملى، سید جواد بن محمد، مفتاح الكرمه فی شرح قواعد العلامه، جلد سیزدهم، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم ١٤١٩ ق.
 - الخطاب، محمد کمال توفيق، القبض و الالزام بالوعد فی عقد المرباحه للامر بالشرا فی الفقه الاسلامى، المجلد الخامس عشر، العدد الاول، موطه للبحوث و الدراسات، جامعه اليرموك، اربد، ٢٠٠٠ م.
 - حلى، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى، جلد دوم، چاپ دوم، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ١٤١٠ ق.
 - حمود، سامي، تطوير الاعمال المصرفيه بما يتفق و الشريعة الاسلاميه، دارالاتحاد العربي للطباعة، عمان، ١٩٧٦.
 - الدمشقى حنفى، محمد امين بن عمر بن عبدالعزيز عابدين (ابن عابدين)، ردارالمختار على الدر المختار، جلد پنجم، الطبعه الثانيه، دارالفكر، بيروت ١٤١٢ ق.
 - سبحانى تبريزى، جعفر، مصادر الفقه الإسلامى و منابعه، چاپ اول، دار الأضواء، بيروت، لبنان، ١٤١٩ ق.
 - سبورى حلى، مقداد بن عبدالله، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، جلد دوم، چاپ اول، انتشارات كتابخانه آیة الله مرعشی نجفی (ره)، قم، ١٤٠٤ ق.
 - الشافعى، ابوعبدالله محمد ابن ادریس، الام، دارالمعرفه، جزء سوم، بيروت، ١٤١٠ ق.
 - طوسى، ابو جعفر، محمدين حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، المکتب المرتضويه لاحیاء الآثار الجعفریه، ١٣٨٧ ق.
 - _____، النهايه فی مجرد الفقه و الفتاوى، چاپ دوم، دارالكتاب العربي، بيروت، ١٤٠٠ ق.
 - _____، تهذیب الأحكام، جلد هفتم، چاپ چهارم، دار الكتب الإسلامية، تهران، ١٤٠٧ ق.
 - عاملى کركى، على بن حسين (محقق ثانى)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد چهارم، چاپ دوم، مؤسسہ آل البيت (عليه السلام)، قم، ١٤١٤ ق.
 - عاملى، زین الدين بن على (شهید ثانى)، مسالک الافهام الى تنقیح شرایع الاسلام، جلد سوم، چاپ اول، مؤسسہ المعارف الاسلامیه، قم، ١٤١٣ ق.

-
- عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، الدروس الشریعه فی فقه الامامیه، جلد سوم، چاپ دوم، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۷ ق.
 - عبدالرحمان، محمود، معجم المصطلحات و الفاظ الفقهیه، جلد دوم، بی‌جا، بی‌تا.
 - غروی نائینی، میرزا محمد حسین، منه الطالب فی حاشیه المکاسب، جلد اول، چاپ اول، المکتبه المحمدیه، تهران، ۱۳۷۳ ق.
 - القرطی، أبو الولید محمد بن رشد، المقدمات الممهدات، الجزء الشانی، الطبعه الأولى، دار الغرب الإسلامی، ۱۴۰۸ ق.
 - _____، بدايه المجتهد و نهايه المقتضى، جلد دوم، دارالفکر، بی‌تا.
 - الكلبی الغناطی، محمد بن احمد بن جزی، القوانین الفقهیه، يك جلد، بی‌تا، بی‌جا.
 - کلینی، ابو جعفرمحمد بن یعقوب، الكافی، جلد پنجم، چاپ چهارم، دار الكتب الإسلامية، تهران، ۱۴۰۷ ق.
 - کاتوزیان، ناصر، عقود معین (عقود اذنی و وثیقه‌های دین)، جلد چهارم، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا تهران، ۱۳۸۰.
 - _____، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ هفتم، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، تهران، ۱۳۸۵.
 - الکاسانی، ابوبکر بن مسعود بن احمد، بداعی الصنایع فی ترتیب الشرایع، دارالكتاب العربي، بیروت، جلد پنجم، ۱۹۸۲ م.
 - کاشف الغطاء، محمد حسین، تحریرالمجله، الجزء الاول الطبعه الأولى، الجمع العالمی للتقريب بین المذاهب الاسلامیه، ۱۴۲۲ ق.
 - گیلانی، ابوالقاسم بن محمد حسن (میرزا قمی)، جامع الشتات فی أجبوه السؤالات، جلد دوم، چاپ اول، مؤسسه کیهان، تهران، ۱۴۱۳ ق.
 - المصری، رفیق، المصارف الاسلامیه، دراسه الشرعیه لعددمنها، مرکز النشر العلمی، جامعه الملک عبدالعزیز، جده، ۱۹۹۵ م.
 - مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، جلد چهارم، چاپ اول، مرکز الكتاب للترجمة و النشر، تهران، ۱۴۰۲ ق.
 - مکارم شیرازی، ناصر، أنوار الفقاھة - كتاب البیع، چاپ اول، مدرسة الإمام على بن أبي طالب عليه السلام، قم، ۱۴۲۵ ق.

-
- موسویان، عباس، «امکان سنجی کاربرد مراحله در بانکداری بدون ربا»، فصلنامه روند پژوهش‌های اقتصادی، سال نوزدهم، شماره ۵۹، پاییز ۱۳۹۰.
 - نجفی، محمد حسن، جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد بیستم، چاپ هفتم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ۱۴۰۴ ق.
 - نجفی، حسن بن جعفر بن خضر (کاشف الغطاء)، انوار الفقاہه (كتاب البيع)، جلد اول، چاپ اول، مؤسسه کاشف الغطاء، نجف، ۱۴۲۲ ق.
-
- Abdullah bin Aqeel, Abdul – Rahman, Shariah Precautionary Procedures in Murabaha and Istisna (a practical perspective), Islamic Finance into 21 th Century, Harvard University, 1999.
 - Hegazy, Walid, Islamic Finance in Malaysia, A Tax Perspective, Islamic Finance in 21st Century, Harvard University, 1999.
 - Nyazee, Imran Ahsan Khan, Murabahah and Credit Sale, the Federal Law House, Pakistan, 2009.
 - Kahf, Monzer, Islamic Banks: The Rise of a New Power Alliance of Wealth and Sharia Scholarship, The Politics of Islamic Finance, Clement M.henry and Rodney Wilson (eds), Edinburgh Uuniversity Press, 2004.
 - Mersadi Tabari, Nima, Islamic Finance and Modern World, The Legal Principle Governing Islamic Finance in International Trade, The University of East Anglia, 2010.
 - Salih-Mahmoud, Mahmoud, The Concept of Murabaha in a Modern Islamic Context, The International Studies Unit University of Salford, 1990.
 - Usmani, Taqi, Murabahah, an online publication by (<http://accountancy.com.pk>), 2000.

مجازات تشهیر در تعزیرات (با رویکرد تطبیقی به مجازات‌های مبتنی بر شرمساری در ایالات متحده)

علی غلامی*

محمدحسین مجتبه‌دی**

محمدحسن طهماسبی***

چکیده

تعادل میان صیانت از حقوق فردی و حفظ و استمرار امنیت اجتماعی از جمله رسالت‌های کلیدی سیستم عدالت کیفری است که در حوزه برخی ضمانت اجراهای به چالش کشیده می‌شود. همچنان که در پاره‌ای جرایم، حفظ حیثیت اشخاص و امنیت روانی جامعه ایجاب می‌کند حتی‌الامکان از اعلان و افشاء جرم خودداری شود؛ در مقابل، معرفی مرتكبان برخی جرایم نیز لازمه استقرار امنیت اجتماعی تلقی می‌گردد. مجازات «تشهیر» نمونه بارزی از گزاره فوق بوده که در برخی مواد قانونی مورد اشعار مقتن قرار گرفته است. از جمله این موارد می‌توان به مواد ۱۹، ۲۳ و ۳۶ قانون مجازات اسلامی به عنوان مجازات‌هایی اصلی و تكمیلی و همچنین تبصره ۲ ماده ۳۵۳ قانون آیین دادرسی کیفری اشاره نمود. نظام کیفری اسلام مجازات تشهیر را به رسمیت شناخته و در ساختاری سازمان‌یافته و با اهدافی مشخص در بازدارندگی و پیشگیری به کار بسته است. در این میان، تشهیر در خصوص برخی جرایم حدی و نیز موارد معهودی از تعزیرات مورد تصریح قرار گرفته و لیکن اعمال آن در سایر جرایم تعزیری محل تأمل است. نوشتار حاضر با روشی توصیفی - تحلیلی، نخست به این مهم می‌پردازد که آیا پیش‌بینی تشهیر در گستره جرایم تعزیری مغایرتی با موازین و احکام اسلامی دارد یا خیر و سپس در رویکردی تطبیقی با قوانین و احکام قضایی ایالات

* رئیس دانشکده معارف و حقوق دانشگاه امام صادق (ع) (نویسنده مسئول)

1355gholami@gmail.com

Mh.tahmasbi1@gmail.com

** دانشجوی کارشناسی ارشد دانشگاه امام صادق (ع)

تاریخ پذیرش: ۹۶/۰۴/۲۰ تاریخ دریافت: ۹۶/۰۴/۱۱

مجازات تشهیر در تعزیرات (با رویکرد یطنیقی به مجازات‌های ...)

متحده به توجیه کیفرشناختی این مجازات پرداخته و مرجحات وجود این نهاد کیفری در سیستم عدالت کیفری را تحلیل خواهد نمود. در نهایت نوشتار اثبات نموده است که نه تنها مانع قانونی و فقهی مبنی بر استفاده از مجازات تشهیر در تعزیرات وجود ندارد، بلکه اصول جرم‌شناختی و کیفرشناختی معاصر، تحصیل هرچه بیشتر اهدافی چون بازدارندگی و پیشگیری از ارتکاب برخی جرایم را از رهگذر إعمال مجازات تشهیر میسور می‌داند.

کلیدواژه‌ها: تشهیر، تعزیر، پیشگیری، بازدارندگی، مجازات.

مقدمه

تعمق در سیر تحول مجازات‌ها حاکی از آن است که نظام‌های عدالت کیفری در طول تاریخ در صدد بوده‌اند تا در عین افزایش کارآمدی و قدرت بازدارندگی مجازات‌ها، از استخفاف بزهکار خودداری نموده و راه بازگشت وی به زندگی سالم را مسدود ننمایند. در حقیقت، رعایت کرامت فردی و حقوق انسانی بزهکار از یک طرف و حفظ و نگاهبانی حقوق جامعه از سوی دیگر الزاماتی هستند که به کارگیری هر گونه مجازاتی را نیازمند تدقیق در مبانی جرم‌شناختی و کیفرشناختی آن ساخته است. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز با عنایت به ضرورت‌های فوق، سعی در ارائه شاکله‌ای از نظام کیفری منسجم و هماهنگ داشته است تا الزامات فوق را محقق سازد. به‌موجب بندهای ۲، ۴ و ۵ اصل یکصد و پنجاه و ششم قانون اساسی، «احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع، کشف جرم، تعقیب و مجازات و تعزیر مجرمین، اقدام مناسب برای پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین» وظایفی است که بر عهده قوه قضائیه قرار دارد. در عین حال، مطابق اصل سی و نهم این قانون، «هتك حرمت و حیثیت کسی که به‌حکم قانون دستگیر، بازداشت، زندانی یا تبعید شده، به هر صورت که باشد ممنوع و موجب مجازات است».

سيطره اصول و الزامات فوق نه تنها موجب نشده تا مفهوم «کیفرهای شرمسارکننده (شرم‌سارانه)»^۱ به امری مطرود در سیستم‌های عدالت کیفری تبدیل شود، بلکه با تغییر قالب و کیفیت، از بدوى‌ترین روزگاران تا قرن معاصر همچنان به‌عنوان مجازاتی کارآمد تلقی شده که می‌توان «تشهیر» را نمونه بارزی از این گونه مجازات‌ها دانست. این مهم در فقه شیعی نیز مسبوق به سابقه بوده و منصوصات روایی و فقهی به فراخور ماهیت جرم ارتکابی و هدف مشخص مجازات در رابطه با آن جرم، اقدام به جعل آن نموده‌اند. قذف، شهادت کذب، قوادی، محاربه، احتیال و مفاسد اقتصادی از جمله جرایمی هستند که منابع شرعی اجرای تشهیر را در مورد آنها جایز دانسته و با کیفیات خاصی آن را اعمال نموده است.

با این حال، ممنوعیت خدشه به کرامت فردی و حیثیت انسانی بزهکار به‌عنوان اصل اولی، قانون‌گذار ایرانی را در اوایل انقلاب نسبت به اعمال مجازات تشهیر بی‌میل ساخته و استخدام آن را به مواردی اندک و پراکنده محدود نموده بود.^۲ این روند ادامه

1. Shaming Punishment, Humiliating Punishment

۱. از جمله این موارد می‌توان به مواد ۲ و ۴ قانون تعزیرات حکومتی مصوب ۱۳۶۷، ماده ۱ قانون تعزیرات حکومتی امور بهداشتی و درمانی مصوب ۱۳۶۷، بند ۵ ماده ۱۲ قانون اقدامات تأمینی مصوب ۱۳۳۹، ماده ۲۷ قانون حمایت مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ و ... اشاره نمود.

داشت تا اینکه ظهور برخی مفاسد بهویژه در عرصه اقتصادی مقنن را بر آن داشت تا برای نخستین بار در سال ۱۳۸۵ و ضمن الحق تبصره ۳ به ماده ۱۸۸ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ به این مهم بپردازد. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به شکل منسجم تری در قالب مجازات های اصلی و تکمیلی به این موضوع اشاره نموده است. ماده ۱۹ این قانون که به درجه بندی جرایم تعزیری پرداخته ذیل تعزیر درجه شش و نیز ماده ۲۳ همین قانون از «انتشار حکم محاکومیت قطعی» به عنوان مجازات هایی اصلی و تکمیلی نام برده اند. اما ماده ای که به طور مستقل در قانون مجازات اسلامی به این موضوع اختصاص یافته ماده ۳۶ قانون مزبور است که در مورد برخی جرایم و البته با لحاظ شرایطی خاص، تشهیر مجرمان را قابل تجویز دانسته است. نکته قابل توجه در خصوص این ماده آن است که حکم مندرج برای جرایم مذکور در صدر ماده فوق از نظر قانون گذار امری اختیاری و از مصاديق مجازات های تکمیلی است، در حالی که انتشار حکم جرایم مذکور در تبصره این ماده امری الزامی و از سنخ مجازات های اصلی می باشد.^۱ در ادامه، قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ در تبصره ۲ ماده ۳۵۳ مجازات تشهیر را مورد توجه قرار داد؛ با این تفاوت که در این ماده، «انتشار جریان رسیدگی» و نه «حکم محاکومیت» مورد تصریح مقنن قرار گرفته است.

نکته دیگری که در خصوص مجازات تشهیر لازم به ذکر است توجه به کیفیات و اشکال متنوعی است که این مجازات می تواند در قالب آنها نمود و عینیت یابد. در واقع، آنچه در اجرای این مجازات مهم می باشد اعلان جرم و معرفی مجرم است تا این رهگذر اهداف موردنظر حاصل گردد. لذا همان گونه که منابع فقهی اشاره دارند «گرداندن در شهر» یکی از اشکال تاریخی اجرای این مجازات بوده که امروزه با گسترش نقش رسانه های جمعی از طریق آنها می توان تشهیر را اجرا نمود. به همین جهت، گرچه مقنن به صراحت اشاره ای به ذکر عنوان تشهیر نداشته اما این موضوع به معنای عدم استعمال چنین مجازاتی نبوده و ذکر عناوینی همچون «انتشار حکم محاکومیت قطعی» و یا «انتشار جریان رسیدگی» توسط قانون گذار تعبیر و بیان دیگری از همان مجازات تشهیر است.

بر این اساس اگرچه کیفر تشهیر در قوانین داخلی مورد اشاره قرار گرفته، با این حال، پرسش از مبنای این امر مسئله مهمی است. به عبارتی، با توجه به ضوابط حاکم بر قانون اساسی، زمانی نظام عدالت کیفری می تواند به امری رسمیت قانونی

۱. شمس ناتری، محمد ابراهیم؛ کلاتری، حمید رضا؛ زارع، ابراهیم؛ ریاضت، زینب، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۵، ص. ۱۳۸.

ببخشد که دو شرط محقق باشد: اول، مغایرتی با احکام اسلامی و موازین قانون اساسی نداشته باشند (شرط سلبی) و دوم، توجیه مناسبی برای پیش‌بینی آن وجود داشته باشد (شرط ايجابي). با توجه به اين دو امر، موضوع نوشتار حاضر تنها به بحث از مبانی اين كيف از منظر فقهی و كيفشناسی اختصاص يافته و از پرداختن به مفاد قوانین موضوعه خودداری نموده است. بنا بر دو معيار فوق، نوشتار حاضر ابتدا بر مبنای موازين فقهی به امكان‌سنجی تسری اين مجازات در خصوص تعزيزات می‌پردازد. در وهله بعد، در صورت اثبات امكان فقهی چنین مجازاتی لازم است به اين مسئله پرداخته شود که آيا اساساً اعمال چنین مجازاتی از نظر كيفشناسختي قابل توصيه و تجويز است یا خير. بدین معنا که تشهير توانايی تتحقق كدامیک از اهداف مجازات را دارا بوده و با چه فرایندی به اين مهم دست می‌يابد؟ نوشتار حاضر، پس از بررسی رویکرد فقهی نسبت به تشهير در حدود و تعزيزات، به بررسی آن می‌پردازد که با توجه به مبانی شرعی حکومت اسلامی، امكان پیش‌بینی تشهير در قانون به عنوان ضمانت اجرایی در مقابله با جرایم در سایر تعزيزات نیز وجود دارد. همچنین در اين رهگذر از اندیشه‌های كيفشناسی معاصر و رویکردی تطبیقی با قوانین و رویه‌های قضایی سیستم عدالت كيفري ایالات‌متحده بهره برد و توجیه كيفشناسختي اين مجازات را تبیین و وجاهت وجود اين نهاد كيفري را با تفکیک میان جرایم و بزه‌کاران مختلف تبیین نموده است.

۱. تحلیل فقهی مجازات تشهیر

در علم لغت، واژه تشهیر از ریشه «شهر» و به معنای علنی کردن، اشعه دادن، رسوا نمودن، بی‌اعتبار کردن و ... وارد شده است.^۱ در اصطلاح فقهی نیز به معنای «معرفی مجرم در انتظار عموم جهت رسوای او» به کار می‌رود.^۲ نکته مهم، کیفیت و چگونگی اجرای تشهیر است. به عبارتی آیا شکل خاصی از تشهیر مورد تصریح متون فقهی قرار گرفته یا امكان اعمال آن به اشكال ديگر نیز وجود دارد.^۳ در پاسخ می‌توان گفت به نظر، آنچه موضوعیت دارد، معرفی مجرم و اعلان عمل مجرمانه اوست که طبعاً متناسب با اقتضای هر عصری متفاوت خواهد بود؛ به طوری که امروزه این امر غالباً از طریق رسانه‌های جمیعی صورت می‌گیرد. بدیهی است پیش‌فرض تمامی طرق معرفی محکوم، اجتناب از روش‌های تردیلی و موهن شخصیت وی می‌باشد.

۱. میرزایی، نجفی، فرهنگ معاصر عربی فارسی، تهران، انتشارات فرهنگ معاصر، ۱۳۹۲، ص. ۱۸۴؛ آذرنوش، آذرناش، فرهنگ معاصر عربی فارسی، تهران، نشرنی، ۱۳۹۵، ص. ۳۴۵.

۲. طبیسی، نجم‌الدین، (۱۴۱۶هـ)، النفي والتغريب في مصادر التشريع الإسلامي، قم، انتشارات مسجد مقدس جمکران، ص. ۱۲۶.

۳. «كيفية الشهر أن ينادي عليه في قبيلته، أو مسجده، أو سوقه و ما أشبه ذلك: طوسی، محمد بن حسن، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت، انتشارات دار الكتاب العربي، ۱۴۰۰ق، ص. ۶۳۱.

برای بررسی مجازات تشهیر و کیفیت آن می‌بایست بین دو گروه از مجازات‌ها در فقه تفکیک قائل شد و جداگانه بدانها پرداخت. بدین معنا که این مجازات در فقه در مورد پاره‌ای از حدود و تعزیرات ذکر شده است. به همین منظور، نخست مروری بر جایگاه و موارد استفاده تشهیر در منصوصات فقهی اعم از حدود و تعزیرات خواهیم داشت. سپس به حوزه سایر تعزیرات در مفهوم عام، وارد شده و به این سؤال پاسخ داده می‌شود که آیا مجازات تشهیر منحصر در مصراحتات متون فقهی است یا خیر؟ و آیا می‌توان آن را به عنوان نوعی جایز از مجازات‌های تحت اختیار حاکم اسلامی در عصر غیبت جاری دانست که آن را در سایر تعزیرات به کار بندد؟

۱-۱. تشهیر در منصوصات فقهی (حدود و تعزیرات)

در میان متون فقهی مربوط به حدود و تعزیرات، این مجازات در خصوص برخی جرایم به کار رفته است. بررسی اجمالی این جرایم نشان خواهد داد که آیا اساساً این جرایم دارای ویژگی خاص و مشترکی هستند که مجازات تشهیر در مورد آن‌ها اعمال می‌گردد یا خیر. اگر چنین باشد، آیا می‌توان جرایمی از دیگر تعزیرات را یافت که همان ویژگی مشترک را دارا بوده و بتوان مجازات تشهیر را در مورد آن‌ها اعمال نمود؟

۱-۱-۱. شهادت کذب

یکی از ادله اثبات در امور کیفری شهادت است که ادای کذب آن، یکی از مجازات اصلی اعمال کیفر تشهیر است. در واقع تنها موردی که مطابق نص شرعی، مجازات تشهیر در مورد آن حکم می‌شود مسئله مزبور است. غالب فقهاء با تعبیر «وجوب» از لزوم تشهیر شاهد دروغین یاد کرده‌اند.^۱ در باب چرایی توسل به چنین مجازاتی علاوه بر لزوم احراق حق زیان‌دیده از شهادت کذب، به جلوگیری از ظهور احتمالی چنین شهادتی در آینده استناد شده است. در واقع تشهیر موجب می‌شود تا ضمن تشفی خاطر زیان‌دیده و جبران ضرر آبرویی وی، قضات و نیز توده مردم با شناخت شاهد کاذب، از پذیرش شهادت‌های آتی وی اجتناب کنند. چنین منطقی در عبارات فقهی نیز مشاهده می‌شود.^۲

۱. «واجب است شاهد دروغگو را در وطنش و حومه آن تشهیر و معرفی نمایند»؛ نراقی، احمد بن محمدمهدی، مستند الشیعة فی أحكام الشريعة، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۵ق، ص. ۴۳۲. «وجوب تشهير در مورد شاهد کاذب مستند به ادله معتبر نقلی است»؛ گلپایگانی، سید محمدرضا، الدرالمنضود فی أحكام الحدود، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۲ق، ص. ۲۳۲.

۲. برای مثال، مرحوم نراقی می‌نویسد: «لیجتنب شهادتهم و یرتدع غیرهم»، نراقی، احمد بن محمدمهدی، منبع پیشین، ص. ۴۳۲.

۲-۱-۱. قذف

از جمله مجازات‌هایی که در متون فقهی برای جرم قذف برشمرده شده مجازات تشهیر است. البته این مجازات در کنار مجازات اصلی قذف یعنی هشتاد ضربه شلاق قرار داده شده و جنبه تشدید دارد: «مجازات قذف هشتاد ضربه شلاق است ... به علاوه مجرم را تشهیر می‌کنند تا از قبول شهادت وی اجتناب گردد». ^۱ همان طور که مشاهده می‌شود علت معرفی مجرم نه خدشه بر حیثیت انسانی او که اندیشیدن تمھیدی جهت مراقبت از حقوق بزه‌دیدگان بالقوه است. به‌واقع، لازمه بازدارندگی از تکرار بزه قذف، معرفی شخص قاذف است تا با اعلان عمومی جرم اولاً زمینه جبران منزلت بزه‌دیده فراهم گردد، ثانیاً امکان تکرار جرم از سوی مجرم سلب یا حداقل تقلیل یابد.

۳-۱-۱. قوادی

بی‌شك یکی از اهداف مهم اغلب نظام‌های کیفری تأمین سلامت اخلاقی جامعه است. امری که در نظام‌های حقوقی دینی نمود و جلوه بیشتری دارد. طبعاً جرم انگاری قوادی توسط شارع و مجازات مرتكب آن در همین راستا قابل تشریح است. به‌واقع شخص قواد با ادامه عملکرد خود زمینه فساد اجتماعی را به‌طور فزاینده‌ای گسترش می‌دهد که طبیعی است مجازات علني وی می‌تواند وی را در معرض کنترل اجتماعی بیشتری قرار داده و آزادی عمل او را محدود نماید. در باب این جرم نیز گرچه مجازات اصلی آن عبارت از است ۷۵ ضربه تازیانه، اما به‌عنوان تشدید بازدارندگی، تراشیدن سر و اعلان جرم در ملأعام مورد اشاره فقهاء قرار گرفته است.^۲

۴-۱-۱. احتیال

احتیال در لغت به معنای نیرنگ، فریبکاری، کلاهبرداری و مراد از آن در متون فقهی، توسل به وسایل متقلبانه برای ربودن مال غیر است که به نوعی همان جرم کلاهبرداری در نصوص جزایی است: «محтал کسی است که مال دیگران را با خدشه و فریب، سندسازی، جعل نوشته و مانند آن تصاحب کند». ^۳ در مورد جرم مذکور که

۱. شهید ثانی، زین‌الدین عاملی، الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، قم، مؤسسه انتشارات دارالعلم، ۱۳۹۵، ص. ۳۶۸.

۲. «فی القیاده و هو خمس و سبعون جلد و يحلق رأسه و يشهر فی البلد» ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، جلد ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ق، ص. ۴۷۱.

۳. حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر، تحریرالاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، قم، انتشارات مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۳۷۸، ص. ۲۳۴.

مجازات تشهیر برای آن جعل شده، می‌توان چرایی استخدام این کیفر را با لحاظ ماهیت جرم اصطیاد نمود. در حقیقت، شخص کلاهبردار در صورت کتمان هویت، به راحتی می‌تواند به تکرار افعال مجرمانه خود مبادرت ورزد. ضمن آنکه کسب اطلاع بزهديگان به جهت احقاق حق و عودت حقوق از دست رفته مستلزم معرفی مرتكب بزهکار کلاهبرداری است. آنچه در تصنیفات فقها آمده مؤید این مدعاست: «محтал که مال دیگران را با حیله و تقلب تصاحب کند در برابر آنچه تلف نموده ملزم به جبران ضرر و پرداخت غرامت است و برای جلوگیری از تکرار چنین جرمی در آینده، عقوبت شده و حاکم شرع به وسیله تشهیر و معرفی، مردم را از او برهنگاری دارد».^۱

۱-۵. تدلیس

یکی دیگر از جرایمی که مجازات تشهیر بر آن بار می‌شود «تدلیس» است که در اغلب متون فقهی ذیل جرم احتیال مورد بحث قرار می‌گیرد. واژه تدلیس از نظر لغتشناسان برای پوشاندن عیوب چیزی به کار می‌رود^۲ و به معنای دست‌کاری، تحریف، لاپوشانی و امثال آن نیز وارد است.^۳ البته لازم به ذکر است تدلیس مفهومی چندوجهی و با کاربردهای چندگانه است که در ابواب مختلف فقهی مانند نکاح، بیع، اجاره و ... کراراً از آن یاد می‌شود، ولی در اکثر موارد دربردارنده همان معنای اولیه است. فارغ از ضمان مدنی و حقوقی که به موجب خیارات فقهی از آنها بحث می‌شود، آنچه در این مقام مطعم نظر است مسئولیت کیفری مدلس می‌باشد.

در متون فقهی، مشابه مجازاتی که برای جرم احتیال در نظر گرفته شده برای این جرم نیز پیش‌بینی شده است: «کسی که در معامله اموال و کالا و اجناس، خدعاً و تدلیس کند به همان مجازات مرتكب احتیال محکوم می‌شود». ابن حمزه طوسی نیز در کتاب «الوسیله» چنین مجازاتی را برای مدلس ذکر می‌کند: «محтал ... می‌باشد به مجازات یا اقدام تأمینی و تأدبی، پرداخت غرامت، جبران ضرر و زیان وارده و نیز تشهیر و معرفی در علن محکوم گردد. همچنین شخصی که در اموال و اجناس فریبکاری کرده و عیوب کالا را پوشاند به همین مجازات محکوم می‌شود».^۴

۱. «کسی که با استفاده از خدعاً و فریب، استناد مقلبانه، نوشههای کذب، ساختگی و مانند آن کلاهبرداری کند ... جا دارد که حاکم با تشهیر و مجازات چنین فردی از تکرار این‌گونه افعال مجرمانه توسط او در آینده جلوگیری نماید». مفید بغدادی، محمد بن محمد بن نعمان عکبری، المقنعة (للشيخ المفید)، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ق، ص. ۸۰۵.

۲. ابن منظور افريقي، جمال الدين ابوالفضل، لسان العرب، بيروت، دار الفکر للطباعة و النشر والتوزيع، ۱۴۱۴ق، ص. ۸۶.

۳. میرزايان، نجفلي، منبع پيشين، ص. ۳۱۹.

۴. طوسی، محمد بن علی بن حمزه، الوسیله إلى نيل الفضیله، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرجعی نجفی، ۱۴۰۸ق، ص. ۴۲۳.

۱-۶. محاربه

جرائم محاربه در زمرة جرائم حدی قرار دارد و یکی از مجازات‌های مصروف آن نفی بلد است. البته این مجازات در عداد سایر کیفرها یعنی قتل، صلب و قطع بر شمرده شده که ترتیبی یا انتخابی بودن آنها محل تأمل بوده است. در مورد این مجازات گرچه به صراحت از واژه تشهیر نام برده نشده یا حداقل کمتر مورد اشاره فقهاء قرار گرفته، اما کیفیتی که برای اجرای آن وضع شده به نوعی با اعلان و معرفی بزهکار همراه است و این همان نقطه افتراق کیفیت اعمال تبعید در محاربه در قیاس با موارد مشابه است. توضیح آنکه گرچه این مجازات در پاره‌ای جرایم دیگر نیز تصريح گردیده مانند عقوبت مرد دارای همسر دائم که قبل از دخول زنا کند (موضوع ماده ۲۲۹ ق.م)، لکن لزوماً به معنای اجرای تبعید به کیفیت محاربه در سایر موارد نیست. شیخ طوسی ضمن مباحث حدود بیان داشته است: «لازم است به تبعیدگاه مجرم (مرتكب محاربه) ابلاغیه‌ای صورت گیرد مبنی بر اینکه این شخص، محارب و مجازات وی تبعید بوده است. لذا لازم است از هرگونه رفت و آمد، خرید و فروش و مجالست با وی اجتناب گردد.»^۱ البته تعیین چنین کیفیتی متنکی به ادله روایی معتبر است و قانون‌گذار نیز در ماده ۲۸۵ قانون مجازات اسلامی چنین رویکردی را اتخاذ نموده است.^۲ جرم محاربه از جمله جرایم مهمی است که ارتباط مستقیمی با نظم و امنیت اجتماعی دارد و هرگونه سهل‌انگاری در برخورد یا پیشگیری از آن مخل این مهم خواهد بود. به همین جهت شارع با اتخاذ تدابیر شدید کیفری مانند نفی بلد و تشهیر ضمنی وی در محل مورد تبعید، در صدد ایجاد مانع در برابر ارتکاب مجدد آن و تقویت کنترل اجتماعی و امنیتی بیشتر بر این فرد برآمده است.

۱-۷. مفاسد اقتصادی

طبعتاً ذیل مفهوم مفاسد اقتصادی، جرایم متعددی قابل تعریف است که از جمله آن‌ها می‌توان به اختلاس، ارتشا، قاچاق کالا و ارز، تصرف غیرقانونی در اموال دولتی، جرایم مالیاتی و ... اشاره نمود. برخی از این جرایم، مورد بحث و بررسی کتب فقهی بوده و برخی دیگر نیز سابقه فقهی نداشته است. مهم‌ترین سندی که مجازات تشهیر را در خصوص این دسته از بزهکاران جعل می‌نماید، روایتی است که از شیوه برخورد امیرالمؤمنین علی(ع) به عنوان حاکم جامعه با یکی از کارگزاران دولتی خویش حکایت

۱. طوسی، محمد بن حسن، منبع پیشین، ص. ۶۸۸.

۲. ماده ۲۸۵ ق.م: «در نفی بلد محارب باید تحت مراقبت قرار گیرد و با دیگران معاشرت، مراوده و رفت و آمد نداشته باشد.»

دارد؛ هنگامی که امیرالمؤمنین از خیانت ناظر مالی بازار اهواز که ابن هرمه نام داشت باخبر گشت، طی نامه‌ای به رفاهه حاکم اهواز نوشت: «هرگاه نامه مرا خواندی ابن هرمه را از کار برکنار کن و او را به مردم معرفی و در برابر آنان رسوا کن و او را به زندان بیفکن... با فرارسیدن روز جمعه او را از زندان درآورده، ۳۵ تازیانه به او بزن و او را در بازار بگردان».۱ در اینجا نیز گرچه از واژه تشهیر نام برده نشده اما کیفیت عمل به‌گونه‌ای است که معرفی مجرم در مرئی و منظر عموم مردم مورد دستور واقع شده است. علت جعل مجازات تشهیر برای بزهکاران اقتصادی، ارتباط آن با شخصیت‌شناسی مجرمین مفاسد اقتصادی و درنهایت تأثیر آن در تحقق اهداف مجازات در سیستم عدالت کیفری است که به صورت تفصیلی در بحث مبانی کیفرشناختی مجازات تشهیر عنوان خواهد شد.

۱-۲. امکان‌سننجی فقهی اعمال تشهیر در سایر جرایم

آنچه مورد اشاره قرار گرفت دسته‌ای از جرایم حدی یا تعزیری بود که در منابع فقهی برای آن‌ها مجازات تشهیر در نظر گرفته شده است. در رابطه با سایر حدود و تعزیرات این پرسش باقی است که آیا چنین مجازاتی فقط در موارد مصرح قابلیت اعمال دارد یا اینکه تعمیم آن به سایر جرایم نیز امکان‌پذیر خواهد بود. پاسخ به این سؤال با بررسی ادله فقهی و اثبات حصری یا تمثیلی بودن جرایم مستوجب این مجازات صورت می‌پذیرد که در بند پیش رو مورد بحث قرار خواهد گرفت.

هر حکومتی محدود به اختیارات مذکور در قانون اساسی بوده و علی‌الاصول نمی‌تواند مخالف آن عمل نماید. دولت جمهوری اسلامی ایران نیز از عموم قاعده فوق مستثنای نیست. یکی از ضوابط مذکور در تقینی که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ذکر شده است عدم مغایرت مصوبات با موازین اسلام (اصل نود و چهارم)، احکام اسلام (اصل نود و ششم) و موازین شرع (اصل یکصد و دوازدهم) می‌باشد. لذا، نخستین مسئله‌ای که قابل بررسی می‌باشد آن است که آیا پیش‌بینی تشهیر در تعزیرات مغایرتی با موازین و احکام شرع دارد؟

به نظر می‌رسد در مورد تعزیرات غیرمنصوص محظوظ و ردع فقهی وجود نداشته و حاکم اسلامی در عصر غیبت می‌تواند از آن استفاده نماید. این گزاره مبتنی بر دو دلیل عمدۀ قابل اثبات است؛ نخست قواعد عمومی جعل و اعمال تعزیر و دوم، سابقه فقهی استخدام و تعمیم تعزیر در سایر مجازات‌ها اعم از حدی و تعزیری.

۱. «و عن على عليه السلام انه استدرك على ابن هرمه خيانه و ... فكتب الى رفاهه فإذا قرأت كتابي هذا فنحو ابن هرمه عن السوق و اوفقه للناس و اسجنه و ناد عليه ... فاذا كان يوم الجمعة ... طفت به الاسواق»: تمیمی، ابن حیون، دعائیم الاسلام، قم، نشر اسماعیلیان، ۱۳۷۳، جلد ۲، ص. ۵۳۲.

١-٢-١. قواعد عمومي جعل و اعمال تعزير

قواعد عمومی تعزیرات دو اصل بنیادین را دربر می‌گیرد. نخست اینکه، کیفیت اجرای آن بر عهده حاکم است. به عبارتی این مهم بر عهده حاکم اسلامی گذاشته شده است تا با لحاظ مقتضیات و الزامات زمانی و مکانی، چگونگی تعریف و اجرای تعزیر را بر اساس اقتضایات مبوطه تنظیم نماید.

دومین قاعده مربوط به شدت مجازات‌های تعزیری است که آن هم در حدود اختیار حاکم قرار گرفته و تنها مقید به تخفیف آن نسبت به حدود شده است. مجلسی در تأیید آن می‌نویسد: «التعزير هو تأديب دون الحد».^۱ محقق حلی نیز در کتاب شرائع الاسلام می‌فرماید: «هر کس حرامی از محرمات را انجام یا واجبی از واجبات را ترک کند، بر حاکم لازم است که او را به میزانی کمتر از حد تعزیر نماید».^۲

با لحاظ قواعد عمومی فوق، ظاهراً می‌توان تشهیر را در عداد کیفرهای تعزیری قرار داد و استخدام آن را به غیر موارد مصرح تعیین داد. چراکه اولاً و اساساً اعمال تعزیر و نوع مجازات کاملاً در دایره بسط ید حاکم قرار دارد و ثانیاً از حیث شدت، تشهیر دون حد بوده و بنابراین قید مذکور در قاعده دوم نیز رعایت شده است.

۱-۲-۲. سابقه فقهی استخدام تشهیر

دلیل دومی که امکان اعمال مجازات تشهیر در تعزیرات را اثبات می‌نماید، رویکرد اتخاذ‌آذی توسط برخی فقهاء است که با لحاظ هدف کیفر و ماهیت جرم ارتکای، حکم تشهیر را در موارد غیرمصرح اصطیاد نموده و آن را به سایر جرایم تعمیم داده‌اند. همچنان که پیش از این اشاره شد، جرمی که ادله شرعی روایی به طور صریح کیفر تشهیر را برای آن منظور داشته، شهادت کذب است. در رابطه با سایر جرایم مانند قذف، قوادی، احتیال، تدلیس و ... فقهاء عظام با تممسک به ادله اجتهادی و هدفی که از اعمال مجازات مدنظر داشتند، حکم به تشهیر داده‌اند.

مرحوم گلپایگانی چنین بیان داشته: «در باب مجازات قاذف، می‌توان حکم به تشهیر و شناساندن وی به مردم نمود؛ این در حالی است که درباره حکم مذکور نص شرعی خاصی وجود ندارد و این نص تنها در مورد تشهیر شاهد دروغ گو ذکر شده است؛ در روایتی، موثق، سمعانه نقل کرده که از امام (صادق، علیه السلام) در مورد مجازات

۱. مجلسی، محمدتقی، روضه المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه، جلد ۱۰، قم، موسسه فرهنگی اسلامی کوشانیو، پی‌تا، ص. ۳.

^٢ على (حق)، نجم الدين جعفر بن حسن، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، جلد ٤، قم، نشر اسماعيليان، ١٤٠٨هـ، ١٠٣، ص. ١٥٥.

شاهد دروغ‌گو سئوال کرد. «امام فرمود: به کیفیتی که حاکم جامعه تشخیص دهد شلاق زده می‌شود و او را چرخانده تا عامه مردم وی را بشناسند». بنابراین به سبب وجود علت مشترک در جرم شهادت کذب و برخی جرایم دیگر و قابلیت تعیین آن بر اساس تنقیح مناطق، در بره قذف نیز می‌توان قائل به تشهیر بود تا عموم مردم قاذف را شناخته و به سخنانی از او که موجبات رسوایی و خذلان دیگران را فراهم کند، اعتنایی نکنند».^۱

همچنین علامه حلی در تأیید این دیدگاه می‌نویسد: «محталی که مال دیگران را با خدعا و فریب، سندسازی، جعل نوشته، گواهی کذب و مانند آن تصاحب کند به حسب تشخیص حاکم جامعه تعزیر و مجازات می‌شود و در برابر آنچه از این راه به دست آورده غرامت پرداخته و تشهیر می‌شود».^۲

از نظر فقهاء، در تعزیرات این هدف مجازات است که تعیین می‌کند حاکم اسلامی چه کیفری را و با چه کیفیاتی استفاده نماید تا هدف مورد نظر محقق گردد. پیشگیری از ارتکاب مجدد جرم، بازدارندگی، اصلاح و درمان و ... اهدافی هستند که اگر تشهیر از قابلیت بالاتری برای تحقق آن‌ها برخوردار باشد، می‌تواند مورد حکم شارع قرار گیرد. «به‌کارگیری مجازات و اقدام تأدیبی، دریافت غرامت و جبران ضرر و زیان و یا تشهیر و معرفی مجرم با این هدف صورت می‌گیرد که از تکرار چنان فعل مجرمانه‌ای در آینده جلوگیری به عمل آید»؛^۳ «لازم است امام (معصوم) و نایبیانش باهدف از بین بردن هیمنه خلافکاران و اشرار و نیز تأمین نظم و امنیت اجتماعی بنا به تشخیص خود، آنان را مجازات و تأدیب کند. این‌گونه اقدام تأمینی یا مجازات اعم از اینکه حبس تعزیری، شلاق، تبعید، تشهیر یا امثال آن باشد لازم است همراه با تأدی و ندامت روحی بزهکار و در جهت تربیت و استحکام اخلاقی وی صورت پذیرد».^۴

۲. تحلیل مبانی کیفرشناختی مجازات تشهیر

بررسی کیفرشناسانه ضمانت اجرای تشهیر از آن روی اهمیت دارد که صرف عدم مغایرت با موازین فقهی برای قانون‌گذاری کفایت نمی‌کند. به عبارتی دولت باید بتواند با توصل به دلایلی توجیه نماید که این کیفر از دیدگاه نظری یا عملی موجه بوده و

۱. گلپایگانی، سید محمد رضا، منبع پیشین، ص. ۲۳۲.

۲. حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر، تحریرالاحکام الشرعیه علی مذهب‌الامامیه، جلد ۲، قم، انتشارات موسسه امام صادق (ع)، ۱۳۷۸، ص. ۲۳۴.

۳. طوسی، محمد بن حسن، منبع پیشین، ص. ۷۷۲.

۴. طبسی، نجم‌الدین، منبع پیشین، ص. ۳۲۱.

اهداف مشخصی از سیستم عدالت کیفری را محقق می‌سازد. لذا، در صورتی که دلایل کیفرشناسانه – و البته الزامات اخلاقی و ساختاری جامعه – این کیفر را توجیه نمایند، شرط دوم کیفرگذاری نیز محقق خواهد شد.^۱

تبارشناسی تاریخی نشان می‌دهد که اهدافی چون سزاگرایی، بازدارندگی، بازپروری، اصلاح و درمان، تعذیب مجرم، تشیی خاطر بزه‌دیده، پیشگیری، موازنۀ عدالت جمعی، تعلیم اخلاقی و ناتوان‌سازی فرد بزهکار هرکدام در چرخش‌هایی پارادایمی به عنوان هدف اصلی مجازات انتخاب شده و در جغرافیای حقوقی مشخصی استقرار یافته‌اند. هرچند این اهداف در تشتت‌هایی مستمر قرار داشته‌اند، اما بازدارندگی به عنوان شاخص‌ترین هدف مجازات در سرتاسر تاریخ تحولات حقوق کیفری وجود داشته است. منحنی تحولات کیفرگذاری سیستم‌های عدالت کیفری نشان می‌دهد که تلاش مکاتب مختلف کیفرشناسی در طول تاریخ مبتنی بر استقرار و استخدام مجازات‌هایی بوده که بیشترین بازدارندگی را ایجاد ساخته و از ارتکاب مجدد آن جرم توسط خود مجرم یا مجرمان بالقوه دیگر پیشگیری نمایند. در همین رابطه بکاریا می‌نویسد: «هدف مجازات چیزی نیست جز بازداشت دیگران از ارتکاب بزه مشابه. بنابراین مجازات‌ها و شیوه‌های اجرایشان باید به نحوی گرینش شود که قوی‌ترین و ماندگارترین انطباعات را بر اذهان دیگران و حداقل رنج را بر اندام بزهکار باقی گذارد».^۲ یکی از انواع مجازات‌های مؤثر در این زمینه تشهیر است. امروزه این مجازات متناسب با مقتضیات و فرهنگ حقوقی هرکدام از سیستم‌های عدالت کیفری متحول شده و با کیفیتی متفاوت به اجرا گذارده می‌شود. انتشار اسامی بزهکاران اقتصادی، انتشار تصاویر محکومان جرایم جنسی (مانند قانون فدرال مگان^۳ در ایالات متحده)، الزام به عذرخواهی رسمی، تحقیر در مقابل عموم مردم^۴ و انتشار حکم محکومیت در

۱. ممکن است این شباهه مطرح شود که آیا گزاره فوق در نهایت به کارکردگرایی محض ختم شده و صرف تحقق اهداف طراحی شده برای اعمال مجازات موجی موجه برای پذیرش تشهیر خواهد بود؟ در پاسخ به این شباهه ذکر چند مورد قابل توجه خواهد بود. اول آنکه گزاره فوق نه به معنای محوریت رویکردهای کارکردگرایانه است و نه اشعاری بر پذیرش دیدگاه‌های هربرت اسپنسر، کن و دورکیم در رابطه با کارکردگرایی دارد. ثانیاً آنچه بیان شده صرفاً تأملی در کارکردهای متصور برای تشهیر است. در واقع مقاله در پخش تحلیل کیفرشناسی، نخست سعی دارد نشان دهد که تشهیر می‌تواند سیستم عدالت کیفری را در راه رسیدن به برخی از اهداف کلاسیش در حوزه اخطرال عمومی، بازدارندگی عام، پیشگیری از ارتکاب جرایم، جلب اعتماد عمومی نسبت به نظام قضایی و در نهایت اعاده حیثیت بزه‌دیده باری دهد. در گام دوم نیز اجمالاً به این مهم پرداخته است که تجویز تشهیر می‌باشد با لحاظ الزامات انسانی و اخلاقی صورت گرفته و در خصوص مجرمانی خاص و جرایم خاص به کار برده شود.

۲. بکاریا، سزار، رساله جرایم و مجازات‌ها، ترجمه محمدعلی اردبیلی، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۵، ص. ۳۴.

3. Megan's Law

4. Public humiliation

جرائم و رسانه‌های جمعی،^۱ تجلیات کیفری مختلفی^۲ است که همگی در ذیل مجازات تشهیر قرار گرفته و در قوانین جزایی کشورهای متعددی منعکس شده‌اند. مبتنی بر منطق و مبانی کیفرشناختی، این مجازات - با رعایت استانداردهای اجرایی و اخلاقی لازم - می‌تواند موجبات تحقق برخی از اهداف مجازات را در خصوص جرائم خاصی فراهم سازد. اهدافی چون بازدارندگی، پیشگیری، اعاده حیثیت، جبران خسارت وارد، جلب اعتماد عمومی نسبت به سیستم قضایی و استقرار امنیت اجتماعی، تنها برخی از مهم‌ترین اهداف مذکور می‌باشد که تلاش می‌شود تا کیفیت و برخی نمونه‌های تطبیقی اجرای آن به شرح زیر مورد اشاره قرار گیرد.

۱-۲. اخطار عمومی و کنترل اجتماعی بزهکار

یکی از مهم‌ترین اهدافی که با معرفی و قرار دادن بزهکار محکوم در مرئی و منظر عموم مردم حاصل می‌شود، افزایش کنترل اجتماعی مردم، خنثی‌سازی زمینه ارتکاب جرم و توجه سیستم‌های کنترلی دولت بر فرد است تا مجدداً مرتکب چنین جرمی نشود. این مهم گاه با سلب زمینه‌های محیطی لازم برای ارتکاب جرم محقق می‌گردد. به عنوان نمونه؛ در اوایل دهه ۱۹۹۰، سوءاستفاده جنسی از کودکان و خشونت جنسی علیه بزرگ‌سالان در آمریکا شدت گرفت و موجب شد تا حرکت‌های مردمی چون جنبش حمایت از کودکان ایالات متحده و جنبش عدم تسامح با مجرمان جنسی ایجاد گردد. این نهضت‌های مردمی با گرداوری اطلاعات قابل اعتماد در خصوص آزارگران جنسی و نقاط ضعف قوانین حفاظت‌کننده در مقابل تجاوز جنسی، توانست در اواخر دهه ۱۹۹۰ اعتراضات موجود و مطالبه عمومی برای عدم تسامح و تشهیر بزهکاران جنسی را به یک نهضت سراسری تبدیل نماید. گستره مطالبات مردمی سبب شد تا بسیاری از ایالت‌ها در آمریکا، مقرراتی تصویب کردند که ضمن تشهیر و معرفی مجرمان جنسی به عموم مردم، آن‌ها را ملزم می‌ساخت تا اسم خود را نزد مأموران اجرای قانون یا دفاتر ثبت مرکزی ثبت نمایند. مشهورترین قانون اخطار عمومی و ثبت‌نام محکومان جرایم جنسی و اعلام آن به تode مردم، قانون (فردال) مگان^۳ می‌باشد.^۴ این قانون از نام

۱. مجتبه‌ی، محمدحسین، منطق تحول اهداف مجازات و تحلیل سیاست‌گذاری‌های کیفری معاصر در غرب، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه امام صادق(ع)، ۱۳۹۵، صص. ۱۵۲-۱۵۵.

۲. معادل مفهومی مجازات تشهیر در سیستم‌های قضایی دیگر را می‌توان با کلیدوازه‌های ذیل جستجو کرد: Shaming Punishment, Humiliating Punishment, Public Humiliation.

3. Megan's Law

۴. این قانون یکی از زیرمجموعه‌های قانون Jacob Wetterling Crimes Against Children and Sexually Violent Offender Registration Act of 1994 می‌باشد.

دختربچه هفت ساله‌ای به اسم مگان کانکا^۱ اقتباس شده است که توسط همسایه خود جاکوب وترلینگ^۲ مورد تجاوز جنسی و سپس قتل واقع شد. مادر مگان در دادگاه این گونه استدلال کرد که اگر وی می‌دانست که یک مجرم جنسی در همسایگی اش زندگی می‌کند و دولت با تشهیر مجرم سابقه دار، مشخصات وی را به او اعلام می‌نمود، اقدامات احتیاطی بیشتری را اتخاذ می‌کرد و می‌توانست مانع از تجاوز جنسی و مرگ دخترش بشود. سخنان مادر مگان و احساساتی که از آن القا می‌شد به سرعت تبدیل به تیتر اول روزنامه‌ها و خبرگزاری‌های شهر شده و موجی از اعتراضات و مطالبات مردمی را برانگیخت. بدین ترتیب تنها در ظرف یک ماه از مرگ مگان، قانون گذاران نیو جرسی، قانون مربوط به اخطار و ثبت‌نام محکومان جنسی را تصویب کردند. قوانین مربوط به اخطار عمومی نوعاً مجرمان محکوم شده به جنایت جنسی را ملزم می‌کند تا برای یک دوره ۱۰ ساله، آدرس محل زندگی خود و سایر اطلاعاتی که قانون مشخص کرده است را در یک مرکز خصوصی اطلاع‌رسانی ثبت نمایند. ضمناً این مدت برای متتجاوزان به عنف تا پایان عمر می‌باشد.^۳

در اواسط دهه ۱۹۹۰ میلادی، ۳۲ ایالت، قوانین مربوط به آگاه‌سازی عمومی را تصویب کردند که اطلاعات مجرمان جنسی را از طریق انتشار به وسیله مقامات قضایی اجرای حکم به اطلاع اهالی منطقه‌ای که مجرم در آن سکونت دارد، می‌رسانند. همچنین این اطلاعات می‌تواند به درخواست شخص ثالث نیز در دسترس عموم قرار گیرد. بیش از نیمی از ایالت‌ها وب‌سایتی ایجاد کرده‌اند که به مردم این اجازه را می‌دهد تا اطلاعات مربوط به محل اقامت مجرمان جنسی در شهر خود را به دست آورند. به علاوه، این سامانه امکان دسترسی به عکس مجرمین جنسی به همراه اطلاعاتی در خصوص جرمی که بدان محکوم شده‌اند را نیز فراهم می‌سازد.^۴ گاه چنین رویکردی با دیدگاه‌های افراطی‌تر قضاط آمیخته شده و احکامی بسیار نادر را در خصوص اخطار عمومی ایجاد کرده است. برای مثال یک قاضی در ایالت تگزاس، دستور داد تا تابلویی در حیاط خانه یک محکوم به ارتکاب جرم جنسی نصب شود و روی آن عبارت «خطر! مجرم جنسی محکوم شده‌ای در اینجا ساکن است» درج گردد. همچنین برچسب مشابهی با عبارت «خطر! مجرم جنسی ثبت شده» نیز می‌باشد بر روی ماشین این فرد چسبانده شود. یا در حکم دیگری در سال ۱۹۹۷، قاضی ایالت ایلینویز در خصوص

1. Megan Kankan
2. Jacob Wetterling

۳. مجتبهدی، محمدحسین، منبع پیشین، صص. ۱۵۳-۱۵۴.

4. Wright, Richard, Sex Offender Laws, Second Edition: Failed Policies, New Directions, New York, Springer Publishing Company, 2015, pp. 50-69.

جوان ۲۶ ساله‌ای که مرتکب جرم تهاجم همراه با خشونت شده بود، با استناد به مزیت اخطار عمومی به واسطه تشهیر، چنین حکم داد که «می‌بایست در ورودی تمامی اموال غیرمنقولی که مجرم در آن سکونت دارد تابلویی با مشخصات زیر نصب شود: عبارت «هشدار!! بزهکار جرایم همراه با خشونت در اینجا زندگی می‌کند! با مسئولیت خود وارد شوید».۱

بنابراین یکی از مرجحات استخدام این نوع از مجازات‌ها اخطار عمومی به مردم است تا با اجتناب از فرد بزهکار و منتفی ساختن زمینه‌های ارتکاب جرم، احتمال ظهور چنین بزهی از سوی مجرم را کاهش دهد. همچنین ثبت و اعلام پیوسته مشخصات فردی مجرم در سامانه‌های دولتی موجب توجه نهادهای دولتی و امنیتی بهسوی بزهکار شده و ضمن مراقبت دائمی و بیشتر از او، میزان هزینه ارتکاب جرم برای مجرم را بالا می‌برند. چنین رویکردی را می‌توان در نصوص فقهی مربوط به تشهیر نیز مشاهده کرد. در حقیقت، تشهیر قواد در محل تبعید به نوعی هم اخطار عمومی برای ساکنان محسوب می‌شود و هم دربردارنده مراقبت مقامات محلی برای نظارت بیشتر بر فرد بزهکار.

۲-۲. بازدارندگی عمومی

بازدارندگی نهان در کیفر تشهیر بیشتر مبتنی بر نظریه شرمساری و به تبع آن خودکنترلی است که در ساحت بازدارندگی عام نمود می‌باشد. برخی نویسنده‌گان^۲ معتقدند «مردم خود را با قوانین تطابق می‌دهند، لکن اغلب نه به این دلیل که از مجازات واهمه دارند، بلکه رفتارهای مجرمانه از نظر آن‌ها شنبیع و زشت می‌باشد...».^۳ حال اگر سیستم عدالت کیفری بتواند با مجازات‌های اعمالی خویش و نشان دادن نتیجه منطقی رفتار مجرمانه که همان مجازات‌باشد، این حس شناخت و قباحت رفتار مجرمانه را بیشینه سازد، میزان ارتکاب جرم نیز کاهش خواهد یافت. در همین راستا، تشهیر یکی از مؤثرترین مجازات‌هایی است که عواطف انسانی را درگیر ساخته و شنبیع بودن رفتار مجرمانه و مجازات جرم را بیشینه می‌سازد. آرون بوک^۴ در تأیید چنین دیدگاهی می‌نگارد: «گسترش تمایلات ضد جرم در میان توده مردم از نمایش شرمساری‌هایی است که در اوایل زندگی، آن را مشاهده کرده‌اند».۵ معرفی بزهکار در

1. Cromwell, P. F.; Del Carmen, R. V., Community-based corrections, Belmont, CA: West/Wadsworth, 1999, p. 47.
2. John Braithwaite
3. McLaughlin, E.; Muncie, J.; Hughes, G. (Eds.), Criminological Perspectives: Essential Readings, Sage, 2003, p. 416.
4. Aaron S. Book
5. Book, A. S., "Shame on you: An analysis of Modern Shame Punishment as an Alternative to Incarceration", Wm. & Mary Law Review, vol. 40, 1999, p. 675.

انظار عمومی و تشهیر وی مطابق با یک الگوی ترکیبی مبتنی بر نظریه شرمساری و خودکنترلی باعث بازدارندگی عمومی خواهد شد. در توجیه این مهم حقوقدانان و نویسنده‌گان غربی متولّ به پاره‌ای دلایل شده‌اند.^۱ از نگاه برخی، تشهیر باعث تغییر سطح برداشت اجتماعی مخاطب و درگیری احساسی وی شده و سبب می‌شود تا او تجربه شرمساری محکوم را به وضوح لمس نماید. این غلبه احساسی گام، آن قدر شدید است که موجب می‌شود مخاطب ضمن احساس دلهره و ترس از اعمال چنین کیفری، روی به سیستم خود مجازاتی و خودکنترلی آورد تا مبادا در آینده چنین جرمی را مرتكب شود یا به چنین مجازاتی محکوم گردد.^۲

استخدام تشهیر با هدف فوق را می‌توان در قوانین و رویه قضایی کشورهای مختلفی مانند آمریکا و راجع به جرایم متعددی خصوصاً جرایم منافی عفت، مفاسد اقتصادی و جرایم شرکت‌ها علیه محیط‌زیست مشاهده کرد. برای مثال یکی از قضاط ایالات متحده در خصوص مردی که به اعوای زنان روسپی اشتغال داشت، چنین حکم داد که مشخصات وی در تمامی جراید و بیلبوردها منتشر گردد. در دعوای دولت ایالات متحده علیه کونن^۳ که متهم به انتشار و تولید هرزه‌نگاری اطفال شده بود، قاضی حکم داد تا مشخصات و محکومیت وی در تمامی جراید به چاپ رسد. در ایالات فلوریدا، زنی که اقدام به خرید مواد مخدر در مقابل دیدگان فرزندان خردسالش نموده بود، محکوم به انتشار گزارش ارتکاب جرم در جراید محلی شد.^۴ همچنین در یک پرونده دیگر، قاضی زنی را محکوم کرد که پیوسته علامتی را همراه داشته باشد که روی آن نوشته شده است؛ «من محکوم به تجاوز به عنف به اطفال هستم».^۵

در خصوص جرایم اقتصادی نیز مجازات تشهیر به مثابه یکی از کارآمدترین ابزارهای پیشگیری، بازدارندگی و خنثی‌سازی زمینه‌های جرم بدل شده است. چرا که اولاً مجرمان اقتصادی برای ارتکاب جرایم یقه‌سفیدی نیاز به اعتماد عمومی داشته و اگر با تشهیر این اعتماد عمومی را از دست بدنهند، دیگر نمی‌توانند مرتكب جرم کلاهبرداری و امثال آن بشونند. ثانیاً، یقه‌سفیدها عموماً از شأن و منزلت اجتماعی بالایی برخوردار بوده و تشهیر به عنوان یک مجازات افشاکننده، می‌تواند بالاترین میزان

1. Braithwaite, J., *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press, 1989, pp. 71-82.
2. Book, A. S, op. cit., pp. 675-677.
3. United States v. Coonan, 135 F.3d 938 (5th Cir. 1998)
4. Andrix, J., "Negotiated Shame: An Inquiry into the Efficacy of Settlement in Imposing Publicity Sanctions on Corporations", *Cardozo Law Review*, vol. 28, 2007, p. 1857.
5. Marguiles, J., "Deviance, Risk, and Law: Reflections on the Demand for the Preventive Detention of Suspected Terrorists", *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 101, 2011, p. 201.

شرمساری را برای خود آنها و بازدارندگی را برای افراد طبقه آنها در پی داشته باشد. در تأیید این دیدگاه، پروفسور کاهان بر این باور است که اجرای سیستم مجازات تشهیر در مورد جرایم یقه‌سفیدها، نه تنها در میزان بازدارندگی با مجازات زندان برابر می‌کند، بلکه هزینه‌های اجتماعی اجرای این کیفر بسیار پایین‌تر از زندان است.^۱ بر همین اساس نظام دستورالعمل‌های صدور حکم در ایالات متحده^۲ این اختیار را به قضاط تفویض داشته است که با استفاده از رسانه‌های جمعی و جراید محلی، در خصوص جرایم شرکتی و اقتصادی اقدام به صدور مجازات‌هایی نمایند که ماهیت نمایش عمومی و تشهیر در آن‌ها وجود دارد.^۳ همچنین ایلهونگ یان^۴ در پژوهشی با عنوان «چرا نرخ ارتکاب جرم در آسیای شرقی پایین است؟... فراتر از شرمساری» ضمن تحلیل و ارزیابی تأثیر ساختارهای اقتصادی و فرهنگی کشور ژاپن در کاهش نرخ ارتکاب جرایم خصوصاً جرایم اقتصادی، مجازات تشهیر را به عنوان یکی از ابزارهای کیفری موجود برای مجازات این نوع از مجرمین معرفی و تحسین می‌نماید. نمونه آن، الزام بزهکار اقتصادی به عذرخواهی رسمی از تمامی مردم در جراید و رسانه‌های جمعی است که با توجه به کارآمدی نظریات شرمساری در ساختار فرهنگی ژاپن، کیفری اثرگذار تلقی می‌گردد.^۵

بدیهی است شرط لازم برای تحقق بازدارندگی ناشی از تشهیر آن است که ساختارها و هنجارهای مربوط به منزلت اجتماعی و آبروی فردی در یک جامعه در حد استانداری باقی مانده باشد و شرمساری تجربه تلخی محسوب شود. همچنین پرسه مذکور، در خصوص افرادی از جامعه محقق می‌گردد که از منزلت و شأن اجتماعی مقبولی برخوردار بوده و یا حداقل شاخص اعتبار اجتماعی در میان آنان مهم تلقی شود.

۳-۲. جلب اعتماد عمومی

پروفسور دن کاهان^۶ بر این باور است که «مجازات تشهیر با لحاظ معادله هزینه - فایده یک مجازات بالقوه مؤثر است و از حیث سیاسی، کیفری است با مقبولیت

- Owens, J. B., "Have We No Shame: Thoughts on Shaming, White Collar Criminals, and the Federal Sentencing Guidelines", AU Law Review, vol. 49, 1999, p. 1051.
- Sentencing Guidelines Manual 8D1.4(a) (2005) (Recommended Conditions of Probation—Organizations (Policy Statement))
- Kahan, D. M.; Posner, E. A., "Shaming White-collar Criminals: A Proposal for Reform of the Federal Sentencing Guidelines", The Journal of Law and Economics, vol. 42, 1999, pp. 368-372.
- IL Hong Yun
- Yun, IL Hong, "Why Low Crime Rate in East Asia? Confucianism: Beyond Reintegrative Shaming", Paper Presented at the Annual Meeting of the American Society of Criminology, Royal York, Toronto, Nov 15, 2005, pp. 4-15.
- Dan Kahan

بسیار بالا در میان تode مردم که درنهایت موقیت‌های بیشتری را برای سیستم عدالت کیفری رقم می‌زنند. آنچه مردم از دستگاهی قضایی می‌خواهند چیزی فراتر از مجازات کیفری است ... آنها خواستار صدور یک پیام هستند ... آنها محکومیت اخلاقی بزهکار را مطالبه می‌نمایند...»^۱ از سوی دیگر در مورد اجرای انواع مجازات‌ها (مانند زندان یا جزای نقدی) همیشه این تردید در میان مردم وجود داشته است که مثلاً مجازات زندان در خصوص مجرمین یقه‌سفید اجرا نمی‌شود یا وضعیت محیطی زندان برای آنان بسیار مطلوب بوده و متحمل رنجی نمی‌شوند. لکن مجازات تشهیر به واسطه ماهیت عمومی و مشهودی که دارد باعث می‌شود تا اولاً تode مردم، کیفر را نتیجه منطقی و بلا تردید ارتکاب جرم تلقی کنند، ثانیاً دستگاه قضایی را قدرت مستقل و بالاقداری بدانند که در اجرای عدالت کوتاهی نمی‌کند و از این رهگذر به سیستم قضایی اعتماد کنند و ثالثاً محکومیت اخلاقی بزهکاران را در بالاترین سطح ظهور اجتماعی لمس نمایند که خود موجب تشفی خاطر جامعه و آسیب‌دیده از جرم خواهد بود.

۴-۲. اعاده حیثیت

گاه ارتکاب جرم از سوی فرد موجب خدشه‌دار شدن حیثیت، آبرو و جایگاه اجتماعی بزه‌دیده می‌گردد که جبران آن امری به غایت دشوار است. جرم‌های قذف، شهادت کذب، افترا نسبت به مقامات سیاسی و توهین نمونه‌های بارزی از این دست جرایم می‌باشد. هرچند مجازات‌هایی چون زندان و مجازات‌های بدنی مانند شلاق می‌توانند موجبات تسلي و تشفی خاطر بزه‌دیده را فراهم سازند، با این وجود، این اجرای مجازات تشهیر است که قابلیت ترمیم حیثیت قربانی جرم را دارد. فرد قاذف با نسبت دادن زنا یا لواط به فرد دیگری موجب می‌شود تا اذهان عمومی نسبت به آن فرد موضع گرفته و تداعی میان او و رفتارهای منافی عفت ایجاد شود. بر همین اساس، تشهیر قاذف در فقه شیعی متصرف به قید الزام شده است تا این ذهنیت را از بین برده و یا حداقل کمنگ سازد.

۵-۲. کرامت انسانی و الزامات اجرایی آن در حقوق ایران

به نظر می‌آید تبیین مختصر الزامات و مقتضیات اجرایی مجازات تشهیر با لحاظ ارزش‌های اخلاقی و کرامت انسانی در نظام حقوقی ایران امری ضروری است. در معنایی صریح‌تر لازم است تا شبهه تعارض این مجازات با کرامت انسانی و هدف اصلاح و بازپروری مجرم مورد بررسی قرار گرفته و راهبرد صحیح اعمال این مجازات در نظام عدالت کیفری ایران ارائه شود.

1. Book, A. S., op. cit., p. 654.

نکته اول در رفع این تعارض آن است که تشهیر، بر خلاف سایر مجازات های اصلی مانند حبس و جزای نقدی که کیفرهایی عمومی تلقی می شوند، مجازاتی است با ویژگی های خاصی که می بایست تنها در رابطه با مجرمان و جرایم خاصی اعمال می گردد. بر همین اساس لازم است قبل از تجویز آن توسط قانون گذار یا قاضی، به مختصات ویژه جرم ارتکابی، سیاست نظام کیفری در مقابله با آن جرم و در نهایت شرایط اجتماعی مجرم توجه گردد. به عنوان نمونه تشهیر به هیچ روی در خصوص جرایم منافی عفت نباید اعمال گردد. چرا که اولاً سیاست جنایی اسلام در خصوص این جرایم مبتنی بر بزه پوشی و اغماض است و ثانیاً حفظ آبرو و احترام بزه دیده این جرایم از اولویت بالاتری برخوردار است. در مقابل همان طور که سابقاً عنوان شد تشهیر در مورد جرایم اقتصادی گسترده و مفاسد اقتصادی، مجازاتی کارآمد و قابل توصیه خواهد بود. در این قبیل جرایم، بزه کار یقه سفید از مقام دولتی یا ارتباطات سیاسی خویش سوءاستفاده نموده و با ارتکاب جرم اقتصادی اعتماد عمومی به نظامات دولتی را خدشه دار می نماید. همچنین بیم آن می رود که عموم مردم وی را دارای مصونیت قضایی پنداشته و نسبت به دستگاه قضایی بدین شوند. ترمیم این اعتماد عمومی و اثبات عدم مصونیت همگان در مقابل قانون حتی مقامات دولتی در پاره ای موقع جز از طریق تشهیر ممکن نخواهد بود. سیره عملی ائمه اطهار (ع) و روایات رسیده در خصوص تشهیر مفسدان اقتصادی این رویکرد را تأیید می نماید.^۱

نکته دوم آن است که هر چند تشهیر این قابلیت را دارد است که کرامت انسانی مجرم را مخدوش نماید، اما گاه در خصوص برخی مجرمان و برخی جرایم اعاده حیثیت بزه دیدگان از جرم و یا حتی جبران آسیبی که از طریق ارتکاب جرم بدان ها وارد آمده است، جز با خدشه دار نمودن کرامت فرد بزه کار به دست نمی آید. برای مثال، می توان به تشهیر شاهد کاذب یا قاذف اشاره کرد. این گونه مجرمان موجب شده اند تا کرامت انسانی بزه دیدگان مورد خدشه قرار گیرد و مردم آنان را لاطی، زانی و یا گناهکار بدانند. قاضی در مقام تخفیف آثار جرم و جبران آن، سعی می نماید با تشهیر قاذف، باور عمومی مردم در خصوص بزه دیدگان را اصلاح کرده و کرامت آنان را بازگرداند. به بیان دیگر، اساساً مجرم با ارتکاب چنین جرایمی به صورت ضمنی پذیرفته است که کرامت خود را اسباب جبران آسیب وارد و اصلاح آثار جرم نماید.

نهایتاً در خصوص تعارض هدف اصلاح و درمان با مجازات تشهیر می بایست به این سؤال پاسخ داده شود که آیا باید مجازات در خصوص تمامی انواع جرایم و تمامی

۱. تمیمی، ابن حیون، منبع پیشین، ص. ۵۳۲

مجرمان با هدف اصلاح و درمان صورت گیرد. طبیعی است که میان اهداف مجازات اولویت‌هایی وجود دارد و این اولویتبندی با تغییر جرم و مجرم متفاوت می‌گردد. گاه هدف اولیه از اعمال مجازات، اصلاح و درمان مجرم فرض شده و کیفری مناسب برای تحصیل چنین هدفی اعمال می‌شود. زمانی دیگر و در قبال جرم یا مجرمی دیگر، هدف بازدارندگی یا تشفی خاطر بزه‌دیده اولویت اول را به دست آورده و طراحی مجازات تغییر می‌یابد. اساساً آیا اصلاح و درمان می‌تواند به عنوان هدف لایتغیر مجازات‌ها تلقی شود؟ آیا نظام قضایی می‌بایست در خصوص مفسد اقتصادی که با آگاهی و عدم، اعتماد عمومی را مخدوش ساخته و به نظام اقتصادی کشور صدمات جبران‌ناپذیری را وارد ساخته است، سیاست اصلاح و درمان را پیش بگیرد؟ صرف اینکه تشهیر در برخی موارد، هدف اصلاح و درمان را محقق نمی‌سازد، دلیلی مبنی بر حذف آن از مجازات‌های نظام قضایی تلقی نخواهد شد.

با لحاظ نکات سه‌گانه فوق و در مقام جمع‌بندی، تشهیر را باید مجازاتی با ویژگی‌های منحصر به‌فرد دانست که در خصوص جرائم و مجرمانی خاص اعمال می‌شود. مجازاتی که در صورت رعایت الزامات اخلاقی به‌واسطه طیف‌نگاری شرایط جرم، مجرم و سیاست کیفری می‌تواند به ابزاری کارآمد برای تحقق اهداف نظام عدالت کیفری بدل گردد.

نتیجه‌گیری

مجازات تشهیر در متون روایی و نصوص فقهای شیعی تصریح شده و فقهای امامیه آن را با تمہیدات و مختصات ویژه‌ای در جرایمی چون قذف، شهادت دروغ، قوادی، محاربه و مفاسد اقتصادی به کار بسته‌اند. قانون‌گذار ایران نیز آن را در قوانین متعددی از جمله قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ منعکس ساخته است. نوشتار حاضر با محور قراردادن دو شرط لازم و کافی برای پیش‌بینی ضمانت اجرای تشهیر در قانون، به بررسی مغایرت یا عدم مغایرت به کارگیری تشهیر در تعزیرات (به عنوان شرط لازم و سلبی) و کارا بودن آن (به عنوان شرط کافی و ایجابی) پرداخته است.

در مقام نخست باید بیان داشت که نه تنها مجازات تشهیر منحصر به موارد تعیین‌شده در روایات نمی‌باشد، بلکه اولاً فقهاء استخدام آن را به سایر جرایم تعزیری مانند قذف و برخی حدود مانند قوادی تعیین داده‌اند و ثانیاً نوع و کیفیت مجازات تعزیری با لحاظ مقتضیات مطلقاً در حدود اختیارات حاکم شرع قرار داده شده است. این مهم، جعل کیفر تشهیر را مانند هر نوع مجازات تعزیری دیگر امکان‌پذیر می‌سازد. لذا، شرط لازم محقق بوده و مغایرتی از این باب بین پیش‌بینی ضمانت اجرای تشهیر با احکام شرعی وجود ندارد.

در مقام دوم (تجویز یا عدم تجویز کیفر تشهیر)، مبتنی بر آموزه‌های مکاتب کیفرشناسی معاصر، تبیین شده است که مجازات تشهیر می‌تواند در تحقق اهداف کلیدی سیستم عدالت کیفری مانند اخطار عمومی، بازدارندگی عام، پیشگیری از ارتکاب جرایم، جلب اعتماد عمومی نسبت به نظام قضایی و در نهایت اعاده حیثیت بزهديه مؤثر باشد. هم‌چنانی نوشتار حاضر در یک رویکرد تطبیقی نشان داده است که این مجازات چگونه در راستای تحقق هریک از اهداف فوق و با چه کیفیتی در قوانین فدرال، ایالتی و احکام دادگاه‌های ایالات متحده منعکس شده است. نظام دستورالعمل‌های صدور حکم در ایالات متحده، قانون فدرال مگان، مجموعه قوانین آگاه‌سازی عمومی در ۳۲ ایالت و انبوهی از احکام و آرای قضایی ایالات متحده در خصوص محاکومین جرایم منافی عفت، جرایم اقتصادی و جرایم محیط‌زیست مجموعه‌ای از قوانین و رویه‌هایی است که گزاره‌های نظری نوشتار را تأیید می‌نماید. در نهایت، این نوشتار پس از اثبات کارکردهای مثبت تشهیر، مختصراً به مسئله تعارض این مجازات با کرامت انسانی و برخی اهداف مجازات همچون اصلاح و بازپروری پرداخته است. در مقام پاسخ، باید عنوان داشت که چگونگی توجه به تفکیک انواع

جرائم مثلاً جرائم اقتصادي از جرائم منافي عفت، تفكیک میان بزهکاران مانند قاذف و شاهد کاذب از سایر مجرمین و تفكیک میان سیاست‌های کیفری نظام قضایی در مقابله با جرائم مختلف مانند رویکرد افتراقی در قبال فساد مالی مسئولان دولتی می‌تواند پاسخگوی تعارض فوق باشد.

بر همین اساس، توجه به بسط ید حاکم در حوزه منطقه الفراغ احکام، اثبات امکان فقهی جعل مجازات تشهیر و نیز تجویز آن توسط محله‌های کیفرشناختی معاصر، این فرصت را برای قانون‌گذار ایرانی فراهم می‌سازد تا با دیدی گسترده‌تر نسبت به این کیفر بنگرد. به نظر می‌رسد، مقتن می‌تواند با اتخاذ نگرشی نو، اعمال مجازات تشهیر را صرفاً به قالب انتشار محکومیت در رسانه‌های جمعی محدود نکرده و با استفاده از تجربیات سایر سیستم‌های عدالت کیفری، روش‌ها و کیفیات مختلفی برای اعمال این مجازات ابداع نماید. روش‌هایی که هم از استانداردهای لازم برای پاسداشت کرامت انسانی برخوردار بوده و هم جایگزین مناسب و کارآمدتری برای مجازات زندان محسوب گرددند.

منابع

- آذرنوش، آذرتابش، فرهنگ معاصر عربی فارسی، تهران، نشرنی، ۱۳۹۵.
- ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوى، جلد ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ق.
- ابن فهد حلی، احمد بن محمد، المذهب البارع، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- بکاریا، سزار، رساله جرایم و مجازات‌ها، ترجمه محمدعلى اردبیلی، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۵.
- تمیمی، ابن حیون، دعائیم الاسلام، قم، نشر اسماعیلیان، ۱۳۷۳.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر، تحریرالاحدامالشرعیه علی مذهبالامامیه، قم، انتشارات مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۳۷۸.
- حلی (محقق)، نجم الدین جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد ۴، قم، نشر اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
- خویی، ابوالقاسم، تکمله المنهاج، قم، نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰ هـ.
- شهید ثانی، زین الدین عاملی، مسالکالافهم الی تنقیح شرایع الاسلام، جلد ۱۴، قم، انتشارات مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۹ ق.
- _____، الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، قم، مؤسسه انتشارات دارالعلم، ۱۳۹۵.
- شمس ناتری، محمدابراهیم؛ کلانتری، حمیدرضا؛ زارع، ابراهیم؛ ریاضت، زینب، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۵.
- طبیی، نجم الدین، النفي و التغريب فی مصادر التشريع الإسلامی، قم، انتشارات مسجد مقدس جمکران، ۱۴۱۶ ق.
- طویی، محمد بن حسن، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوى، بیروت، انتشارات دار الكتاب العربي، ۱۴۰۰ ق.
- _____، تهذیب الأحكام، تهران، انتشارات دار الكتب الإسلامية، ۱۴۰۷ ق.
- طویی، محمد بن علی بن حمزه، الوسیله إلی نیل الفضیلہ، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ق.
- گلپایگانی، سید محمدرضاء، الدرالمنضود فی أحكام الحدود، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۲ ق.
- مجتبه‌ی، محمدحسین، منطق تحول اهداف مجازات و تحلیل سیاستگذاری‌های کیفری معاصر در غرب، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه امام صادق(ع)، ۱۳۹۵.
- مجلسی، محمدتقی، روضه المتنقین فی شرح من لایحضره الفقيه، جلد ۱۰، قم، مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور، بی‌تا.
- مفید بغدادی، محمد بن محمد بن نعمان عکبری، المقنعة (للشيخ المفید)، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.

-
- میرزایی، نجفی، فرهنگ معاصر عربی فارسی، تهران، انتشارات فرهنگ معاصر، ۱۳۹۲.
 - نجفی (کاشف الغطاء)، احمد بن علی بن محمد رضا، سفینه النجاه و مشکاه الهدی و مصباح السعادات، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ ق.
 - نجفی، محمدحسن، جواهر الكلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، دار إحياء التراث العربي، ۱۳۶۲.
 - نراقی، احمد بن محمد Mehdi، مستند الشیعه فی أحكام الشريعة، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۵ ق.
 - نوری، میرزا حسین، مستدرک الوسائل، بیروت، مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۸ ق.

- Andrix, J., "Negotiated Shame: An Inquiry into the Efficacy of Settlement in Imposing Publicity Sanctions on Corporations", *Cardozo Law Review*, vol. 28, 2007.
- Book, A. S., "Shame on you: An analysis of Modern Shame Punishment as an Alternative to Incarceration", *Wm. & Mary Law Review*, vol. 40, 1999.
- Braithwaite, J., *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press, 1989.
- Cromwell, P. F.; Del Carmen, R. V., *Community-based corrections*, Belmont, CA: West/Wadsworth, 1999.
- Kahan, D. M.; Posner, E. A., "Shaming White-collar Criminals: A Proposal for Reform of the Federal Sentencing Guidelines", *The Journal of Law and Economics*, vol. 42, 1999.
- Marguiles, J., "Deviance, Risk, and Law: Reflections on the Demand for the Preventive Detention of Suspected Terrorists", *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 101, 2011.
- McLaughlin, E.; Muncie, J.; Hughes, G. (Eds.), *Criminological Perspectives: Essential Readings*, Sage, 2003.
- Owens, J. B., "Have We No Shame: Thoughts on Shaming, White Collar Criminals, and the Federal Sentencing Guidelines", *AU Law Review*, vol. 49, 1999.
- Wright, Richard, *Sex Offender Laws*, Second Edition: Failed Policies, New Directions, New York, Springer Publishing Company, 2015.
- Yun, IL Hong, "Why Low Crime Rate in East Asia? Confucianism: Beyond Reintegrative Shaming", Paper Presented at the Annual Meeting of the American Society of Criminology, Royal York, Toronto, Nov 15, 2005.

امکان یا امتناع خصوصی‌سازی امور مربوط به قوه قضاییه

* سید محمدمهری غمامی
** مهدی مرادی برلیان

چکیده

مشارکت دادن بخش خصوصی در برخی حوزه‌های مربوط به قوه قضاییه با هدف کاهش حجم امور غیرضروری و چابکسازی دستگاه قضایی و قادر ساختن آن به تمرکز کامل در ایغای نقش اصلی خود یعنی حل و فصل اختلافات، به نظر یکی از مهم‌ترین ضرورت‌های موجود برای این قوه باشد. علی‌رغم این ضرورت، پرسش اصلی آن است که آیا واگذاری امور مربوط به قوه قضاییه به بخش خصوصی در نظام حقوقی ایران امکان‌پذیر است یا خیر. برای پاسخ به این پرسش، باید میان انواع امور مربوط به قوه قضاییه تفاوت گذاشت. بدین توضیح که می‌توان دسته‌ای از امور قضایی را، امور با ماهیت محض یا ذاتی قضایی یا امور قضایی در معنای اخص محسوب کرد؛ همانند، دادرسی و حل و فصل اختلافات. بخشی دیگر، امور مرتبط با امور قضایی هستند؛ برای نمونه، امور اداری مرتبط با امر قضا و قسم سوم، امور مربوط به وظایف و مسئولیت‌های سازمان‌های وابسته به قوه قضاییه است؛ به نظر می‌رسد آنچه که مربوط به وظیفه ذاتی قوه قضاییه در فصل خصومت و رسیدگی به دعاوی است، قابلیت واگذاری به هیچ نهاد دیگری ندارد، اما امور اداری مرتبط با امور قضایی و همچنین امور مربوط به سازمان‌های وابسته به قوه قضاییه حسب مورد قابل واگذاری به بخش خصوصی است. با وجود این، به منظور تفکیک امور قضایی و غیرقضایی لازم است مفهوم و حدود و شغور امر قضا و قضاویت روشن گردد. بر این اساس، مقاله پیش‌رو با بررسی تفکیک‌های پیش‌گفته، ضمن واکاوی امکان‌سنگی واگذاری امور مربوط به قوه قضاییه از نظر گاه

* عضو هیأت علمی دانشگاه امام صادق (ع)، پژوهشگر پژوهشگاه قوه قضاییه Mmghamamy@gmail.com

** دانش‌آموخته دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی، پژوهشگر پژوهشگاه قوه قضاییه (نویسنده مسئول) Moradiberelian@gmail.com

قانون اساسی و قوانین و مقررات موجود، به نمونه‌های خصوصی‌سازی امور مربوط به قوه قضاییه در برخی کشورها نیز اشاره خواهد کرد.

کلیدواژه‌ها: خصوصی‌سازی، امور محض قضایی، امور اداری مرتبط با امر قضا، ابلاغ، اجرای احکام.

مقدمه

در هر خوانشی از دولت (در معنای عام خود) و با هر رویکردی نسبت به چگونگی ایجاد، ماهیت و منشأ قدرت و حدود صلاحیت آن و حتی با اعتقاد به وجود دولت حداقلی، تأمین نظم عمومی و امنیت و در نهایت تحقق عدالت در جامعه و تضمین حقوق و آزادی‌های اشخاص به عنوان وظایف ذاتی دولت در نظر گرفته می‌شود که قابل واگذاری به اشخاص خصوصی نبوده و ساختاری نیرومند و دارای اقتدار چون دولت را جهت تحقق آن اهداف در عین بیطریقی می‌طلبد. برای تأمین این انتظارات از دولت، قوای حاکم اعم از قوه مجریه، مقننه و قضاییه نقشی مشارکت‌جویانه ایفا می‌کند. قوه قضاییه نیز در جمهوری اسلامی ایران بر اساس اصول مربوط قانون اساسی، خصوصاً اصل (۱۵۶) و با کاربست صلاحیت خود در احیای حقوق عامه، حل و فصل اختلافات، تعزیر و مجازات مجرمین نقش خویش را در تأمین نظم و امنیت و تحقق عدالت، ایفا می‌کند. بنابراین، با عنایت به این امر که تأمین نظم و امنیت از وظایف ذاتی دولت بوده و قوه قضاییه بخش مهمی از تجسم دولت در جامعه است، لذا وظیفه ذاتی قوه قضاییه برآورده ساختن بخشی از اهداف وجودی دولت از طریق حل و فصل اختلافات و خصومات و احیای عدالت در جامعه است؛ با عنایت به اصل (۶۱) قانون اساسی که اشعار می‌دارد: «عمل قوه قضاییه به وسیله دادگاه‌های دادگستری است که باید طبق موازین اسلامی تشکیل شود و به حل و فصل دعاوی و حفظ حقوق عمومی و گسترش و اجرای عدالت و اقامه حدود الهی بپردازد»، به نظر می‌رسد آن‌چه که مربوط به وظیفه ذاتی قوه قضاییه در فصل خصومت و رسیدگی به دعاوی است، قابلیت واگذاری به هیچ نهاد دیگری ندارد. اما مشارکت دادن بخش خصوصی در برخی حوزه‌های مربوط به قوه قضاییه با هدف کاهش حجم امور غیرضروری دستگاه قضایی و قادر ساختن آن به تمرکز کامل در ایفای نقش اصلی خود یعنی حل و فصل اختلافات، موجه است. رویکرد فوق پاسخی اجمالی به امکان‌سنگی واگذاری امور مربوط به قوه قضاییه به بخش خصوصی است که با تفکیک میان انواع امور مربوط به قوه قضاییه، روش‌تر خواهد شد. تقسیم‌بندی امور قضایی به امر قضایی در معنای اخص، امور اداری قضایی و امور مربوط به سازمان‌های وابسته به قوه قضاییه و توجه به سرشت و ماهیت قوه قضاییه در قانون اساسی، می‌تواند ما را به این نتیجه رهنمون سازد که اعمال حاکمیت از سوی دستگاه قضایی و رفع خصومات و اختلافات میان افراد (یا افراد با دولت) تعیین‌کننده کارکرد اصلی این قوه بوده و بدین ترتیب نمی‌توان تحقیق این کارویژه را از بخش خصوصی انتظار داشت. با وجود این، سایر اجزای تشکیل‌دهنده امور مربوط به قوه قضاییه یعنی امور

اداری قضائی و امور مربوط به سازمان‌های وابسته به قوه قضائیه گرچه دارای ارتباط با مفهوم امر قضا به معنای خاص کلمه هستند، اما منطقاً کارکرد اصلی قوه قضائیه را تعیین نمی‌کنند و از نظرگاه قانون اساسی با مشارکت بخش خصوصی قابل انجام هستند. خصوصاً باید این نکته را مدنظر داشت که مطابق بند ۱۰ اصل سوم قانون اساسی، دولت جمهوری اسلامی موظف به به کارگیری همه امکانات خود برای «ایجاد نظام اداری صحیح و حذف تشکیلات غیرضرور» شده است. بر این اساس، انتزاع اموری که پیوند ذاتی و ماهوی با کارکرد اصلی قوه قضائیه ندارند، می‌تواند مصدقی از حذف تشکیلات غیرضرور و ساماندهی نظام اداری محسوب شود.

صرفنظر از تحلیل فوق، بررسی قوانین و مقررات مربوط به قوه قضائیه نشان‌دهنده آن است که در برخی حوزه‌ها قانون‌گذار با درک منطق پیش‌گفته، در جهت استفاده از ظرفیت بخش خصوصی در اداره امور قضائی (امور اداری قضائی) احکامی را مورد پیش‌بینی قرار داده است. از جمله می‌توان به پیش‌بینی امکان واگذاری ابلاغ اوراق قضائی به بخش خصوصی در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲ و همچنین استفاده از خدمات الکترونیک قضائی ارائه شده توسط بخش خصوصی در قانون آیین دادرسی جرایم نیروهای مسلح و دادرسی الکترونیکی مصوب سال ۱۳۹۳ اشاره کرد. البته باید توجه داشت که بنابر تحلیلی که تفصیل آن در متن مقاله خواهد آمد، احکام موجود در قانون مدیریت خدمات کشوری در خصوص واگذاری برخی امور به بخش خصوصی در قوه قضائیه نیز قابل اعمال است. ضمناً باید در نظر داشت که در برنامه پنج ساله توسعه قوه قضائیه (۱۳۹۴-۱۳۹۰) برونسپاری برخی وظایف قوه قضائیه و خاصه امور مربوط به سازمان‌های وابسته به این قوه مورد پیش‌بینی قرار گرفته است. همچنین برونسپاری برخی وظایف امور اداری مراجع قضائی نیز به دفاتر خدمات قضائی طرح شده است. مطالعه برخی منابع موجود در ادبیات تطبیقی نشان‌دهنده آن است که در حوزه‌هایی نظیر اجرای احکام، اداره امور زندان‌ها و یا ابلاغ اوراق قضائی استفاده از بخش خصوصی بهویژه در کشورهای اروپایی صورت پذیرفته است. در این مورد باید توجه داشت که روند خصوصی‌سازی به مانند آنچه در حوزه‌های مربوط به قوه مجریه و به طورکلی امور اجرایی رخ داده، نبوده و در بخش‌های بسیار محدودی به این امر مبادرت ورزیده شده است.

پیش از ورود به متن اصلی مقاله، شایان ذکر است که در این مقاله با تفکیک میان امور مختلف مربوط به قوه قضائیه، به مبانی نظری موضوع موربدبخت، البته با اشاره به مقررات موجود و برخی تجربه‌های تطبیقی (در خصوص امور اداری و اجرایی)، پرداخته شده و بحث در خصوص مصادیق مختلف قابل واگذاری و طرح مسائل مدیریتی

مریبوط به آن خاصه در ارتباط با سازمان‌های وابسته به قوه قضاییه که مستلزم بررسی جداگانه و مفصل است، به مقاله دیگر باید موكول شود.

۱. مفهوم خصوصی‌سازی در نظام قضایی

پیش از بحث در خصوص انواع امور مریبوط به قوه قضاییه و امکان‌سنگی واگذاری آنها به بخش خصوصی لازم است در خصوص مفهوم خصوصی‌سازی و البته منظور از آن در این نوشتار نکاتی را طرح کنیم.^۱ خصوصی‌سازی از آن دسته مفاهیمی است که برداشت‌ها و تعاریف متعددی پیرامون خود ایجاد کرده است. در واقع، گرچه هدف اصلی در خصوصی‌سازی ایجاد فضای رقابت و فراهم آوردن کارآیی و عملکرد بهتر در بخش خصوصی در مقایسه با آنچه در بخش عمومی رخ می‌دهد، است، اما حول همین هدف مرکزی، تعاریف، نظریه‌ها و مفاهیم متعددی شکل گرفته است. بخشی از این تعاریف به نقل از یکی از پژوهش‌های^۲ موجود در این زمینه عبارت‌اند از:

- در فرهنگ اقتصادی پالگریو خصوصی‌سازی به این صورت تعریف شده است:

خصوصی‌سازی یک سیاست اقتصادی جهت تعادل بخشیدن میان دولت و دیگر بخش‌های اقتصادی با هدف ایجاد شرایط رقابت کامل و حصول بیشتر کارآیی اقتصادی و اجتماعی است. در واقع، خصوصی‌سازی روندی است که طی آن دولت در هر سطحی امکان انتقال وظایف و تأسیسات خود را از بخش عمومی به بخش خصوصی بررسی کرده و در صورت تشخیص و اقتضاء نسبت به چنین انتقالی اقدام می‌کند.

- خصوصی‌سازی وسیله‌ای است برای بهبود عملکرد فعالیت‌های اقتصادی از طریق افزایش نقش نیروهای بازار در صورتی که حداقل ۵۰ درصد سهام آنها به بخش خصوصی واگذار گردد.

- خصوصی‌سازی در شکل ظاهری فرایندی است که طی آن وظایف و تأسیسات بخش دولتی در هر سطحی به بخش خصوصی انتقال داده می‌شود. اما در مفهوم حقیقی به اشاعه فرهنگی در تمام سطوح جامعه اطلاق می‌گردد که دستگاه قانون‌گذاری، قضاییه، مجریه و تمام آحاد یک کشور باور نمایند که کار مردم را باید به مردم واگذاشت.

۱. حسب بررسی صورت گرفته در قوانین مریبوط به خصوصی‌سازی تعریف مجزا و منجزی از این امر صورت نپذیرفته و اشاره به امور قابل واگذاری، فرآیندها و روش‌های آن بوده است.

۲. آل عمران، رویا؛ آل عمران، سیدعلی، «خصوصی‌سازی و سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی»، بررسی مسائل و سیاست‌های اقتصادی، شماره ۱۲، اسفند ۱۳۹۰، ص. ۷۳-۸۸.

- واژه خصوصی‌سازی روش‌های متعدد و مختلفی برای تغییر رابطه بین دولت و بخش خصوصی را شامل می‌شود. از جمله ضد ملی کردن و یا فروش دارایی‌های متعلق به دولت، مقررات‌زادایی و یا حذف ضوابط محدودکننده و معرفی رقابت در انحصارهای مطلق دولتی، پیمانکاری یا واگذاری تولید کالاهای و خدماتی که توسط دولت برای بخش خصوصی اداره و تأمین مالی می‌شوند.

- خصوصی‌سازی فرایندی است که طی آن دولت در هر سطحی امکان انتقال وظایف و تأسیسات را به بخش خصوصی برسی نموده و در صورت اقتضاء نسبت به انجام چنین انتقالی اقدام می‌کند.^۱

با توجه به تعاریف مختلف از خصوصی‌سازی شاید بتوان به صورت موجز گفت که خصوصی‌سازی به مجموعه‌ای از اقدامات گفته می‌شود که در قالب آن، سطوح و زمینه‌های گوناگون کنترل، مالکیت یا مدیریت از دست بخش دولتی خارج و به بخش خصوصی سپرده می‌شود.^۲ واضح است که خصوصی‌سازی دارای طیف گسترده‌ای از روش‌ها و شیوه‌ها بوده (قراردادهای واگذاری خدمات، واگذاری مدیریت به بخش خصوصی و استفاده از الگوی مدیریت بخش خصوصی و ...) که برسی هریک مستلزم مطالعه‌ای جدگانه و خارج از چارچوب پژوهش حاضر است. آنچه از نظرگاه نوشتار حاضر باید مطمئن نظر قرار گیرد آن است که خصوصی‌سازی و مفاهیم پیرامون آن بیشتر در قلمرو فعالیت‌های اقتصادی شکل‌گرفته‌اند و در واقع هسته اصلی آن‌ها تمرکز بر ایجاد اقتصاد بازاری با هدف افزایش کارآیی است. بر این اساس، ممکن است استفاده از اصطلاح خصوصی‌سازی در ارتباط با فعالیت‌های قوه قضائیه که جنبه اقتصادی ندارند، ناموجه به نظر آید. با وجود این، باید گفت که به دلایلی می‌توان با مسامحه این اصطلاح را در خصوص امور مربوط به قوه قضائیه نیز به کار گرفت. توضیح آنکه برخی از روش‌های خصوصی‌سازی لزوماً و منحصرأ در خصوص بنگاه‌ها و فعالیت‌های اقتصادی به کار نمی‌رود و می‌توان آن روش‌ها را در قوه قضائیه (البته با در نظر داشتن جمیع جهات مدیریتی و حقوقی) نیز استفاده کرد؛ نظیر واگذاری مدیریت برخی بخش‌ها به

۱. برای دیدن منبع اصلی این تعاریف ر.ک:

- Newman, Peter, "The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law", Vol. 3, 1998, p.122.
- Beesly, Michael and little Child, Stephen, "Privatization; Principles, Problems & Priorities" Lloyds Bank Review, 1983, p.1.
- Kay, j.A and. Thompson, D.j., "Privatization; a Policy in Search of A Rationale", The Economic Journal, Vol. 96, pp. 18-32.

رحیمی بروجردی، علیرضا، سیاست‌های اقتصاد کلان و اصطلاحات ساختاری، چاپ اول، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش بازرگانی، ۱۳۷۳.

۲. بهکش، محمد Mehdi, اقتصاد ایران در بستر جهانی شدن، چاپ دوم، تهران، نشر نی، ۱۳۸۱، ص. ۱۱۱.

بخش خصوصی، قراردادهای اجاره و یا قراردادهای خرید خدمات. همچنین باید در نظر داشت که در پژوهش حاضر خصوصی‌سازی اعتباراً در مفهوم عام آن در نظر گرفته شده و مشارکت بخش خصوصی در امور مربوط به قوه قضاییه به انحصار مختلف موردنظر بوده است. بر این اساس لازم است توجه شود که هنگام سخن از امکان خصوصی‌سازی در قوه قضاییه در مقاله حاضر، تعریف دقیق، فنی و اقتصادی آن لزوماً مدنظر نبوده است و بیشتر تأکید بر روش‌های مختلف مشارکت بخش خصوصی با قوه قضاییه جهت کاستن از حجم وظایف غیرضروری و هزینه‌های این قوه است.

نکته‌ای که نباید از نظر دور داشت آن است که در نظام حقوقی ایران سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی ابلاغی از سوی مقام رهبری و البته به تبع آن قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، فرآیندهای مربوط به خصوصی‌سازی را تنظیم می‌کنند. آنچه از محتوای این مقررات برمی‌آید آن است که سامان‌دهی فعالیت‌های اقتصادی و تعیین میزان استفاده از بخش خصوصی در انجام آنها، جهت‌دهی اقتصاد دولتی به‌سوی اقتصاد آزاد و تضمین رقابت منصفانه اهداف اصلی بوده و لذا وظایف مربوط به قوه قضاییه نمی‌تواند در مصاديق فعالیت‌های اقتصادی مذکور در ماده (۲) این قانون و به تبع آن سامان‌دهی توسط قانون مذکور، قرار گیرد.

همچنین باید توجه داشت که قانون مدیریت خدمات کشوری (بند ۵ ماده ۸)^۱ اداره امور قضایی را از جمله امور حاکمیتی دانسته و تبصره ۱ ماده (۲۴) همان قانون امور حاکمیتی را غیرقابل واگذاری اعلام کرده است.^۲ تفسیر اداره امور قضایی در این نوشتار، با هدف مستثنا کردن امور ذاتی قضایی که شامل حل و فصل اختلافات و دادرسی است صورت می‌پذیرد و این امور جزء امور حاکمیتی قضایی بوده که قابل واگذاری نیست. بدین ترتیب اداره امور قضایی در ماده مذکور را باید به (اداره) امور محض قضایی به عنوان وظیفه ذاتی قوه قضاییه منصرف دانست.

۱. بند ۵ ماده ۸- قانونگذاری، امور ثبتی، استقرار نظم و امنیت و اداره امور قضایی. تبصره ۱ ماده ۲۴- وظایف حاکمیتی موضوع ماده (۸) این قانون از شمول این ماده مستثنی هستند.

۲. باید توجه داشت که در تعداد دیگری از قوانین موجود برخی ممنوعیت‌ها در باب واگذاری امور حاکمیتی به بخش خصوصی مشاهده می‌گردد. برای نمونه ماده ۱۳۶ قانون برنامه چهارم توسعه اشعار می‌دارد: «به‌منظور ایجاد زمینه مناسب برای رشد و توسعه کشور، افزایش کارایی و بهره‌وری دستگاه‌های اجرایی، تقویت امور حاکمیتی دولت و توسعه مشارکت مردم در امور کشور، نحوه اجرای وظایف مذکور در ماده (۱۳۵) این قانون به طریق ذیل پالایش و اصلاح می‌گردد:

الف: امور حاکمیتی دولت، توسط دستگاه‌های دولتی و عندالزوم با جلب مشارکت مردم انجام می‌گردد و دستگاه‌های اجرایی ذی‌ربط در ابعاد منابع انسانی، فناوری انجام کار، تجهیزات و تخصیص منابع، تقویت و توسعه کیفی خواهد یافت».

۲. واکاوی انواع امور مربوط به قوه قضائيه

برای پاسخ به پرسش اصلی این پژوهش، به واکاوی انواع امور مربوط به قوه قضائيه خواهیم پرداخت. اثر چنین واکاوی به بررسی امكان یا امتناع واگذاری هریک از این امور به بخش خصوصی باز می‌گردد. به نظر می‌رسد در یک تفکیک اعتباری بتوان امور مربوط به قوه قضائيه را در سه بخش مجزا تصور کرد: «مور محض قضائيه»، «مور اداري قضائيه» و «مور مربوط به سازمان‌های وابسته به قوه قضائيه». در یک نظرگاه منطقی و البته با در نظر داشتن احکام موجود در قانون اساسی، امكان واگذاری امور محض قضائيه به عنوان وظيفه ذاتی قوه قضائيه وجود ندارد، اما واگذاری امور اداري مرتبط با امر قضا و امور غيرحاكميتي سازمان‌های وابسته به قوه قضائيه با در نظر داشتن مقررات موجود امكان‌پذير است، هر چند چنین تحليلي مانع از امكان‌سنجي واگذاری پيش‌گفته از منظر قوانين و مقررات موجود و بايسته‌های مدیريتي نخواهد بود. بدین ترتيب طی مطالب آتي، ضمن تلاش برای فراهم آوردن چارچوبی جهت تفکیک پيش‌گفته، امكان‌سنجي واگذاری آن‌ها را موربررسی قرار خواهيم داد. البته لازم است بدین نكته اشاره شود که چون بررسی خصوصی‌سازی در سازمان‌های وابسته به قوه قضائيه مستلزم طرح بحثی مبسوط در مورد هر یک از سازمان‌ها و احصاء وظایف قابل واگذاری است که منطقاً فراتر از بررسی مقاله حاضر خواهد بود، لذا در نوشتار پيش‌رو با طرح اين نكته که مطابق اصول قانون اساسی و در ديدگاه منطقی منعی در واگذاری امور غيرحاكميتي مربوط به اين سازمان‌ها به بخش خصوصی وجود ندارد، بررسی تفصيلي آن را به نوشته‌های آتي و مى‌نهيم و تأكيد بيشتری بر امور اداري و اجرائي مربوط به قوه قضائيه خواهيم داشت.

۲-۱. امور محض قضائيه (امر قضا به معنى اخص)

تبیین مفهوم و ماهیت امر قضا به عنوان کارویژه اصلی قوه قضائيه در بررسی امكان‌سنجي واگذاری امور مربوط به اين قوه از اهميت بسزايد برخوردار است. صرف نظر از بحث‌های مربوط به معانی واژگان شناختي قضا و امر قضا^۱، اگرچه می‌توان امر قضا را بر اساس معيارهای مختلف نهادی و سازمانی، شکلی و آيینی، مادي و ماهوي و یا بر اساس هدف و غایت تعريف کرد، اما در يك برشاشت کلي می‌توان امر قضا را تصميم اتخاذی يك مرجع قضائي (معيار سازمانی) مطابق آيین مشخص (معيار شکلی)

۱. برای تدقیق واژگان شناختی از جمله بنگرید به: راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات الفاظ القرآن، تحقیق صفوان عدنان داودی، چاپ پنجم، دمشق، دارالقلم، ۱۴۲۶ق، صص. ۶۶۲. به بعد.

به منظور رسیدگی و حل و فصل دعاوی و اختلافات در حوزه‌های مختلف حقوقی و کیفری از طریق صدور تصمیمات در اشکال مختلف در کلیه مراحل رسیدگی نزد مراجع قضایی تعریف کرد. اصل ۶۱ قانون اساسی نیز وظیفه ذاتی قوه قضاییه را بیان داشته است: «اعمال قوه قضاییه بهوسیله دادگاه‌های دادگستری است که باید طبق موازین اسلامی تشکیل شود و به حل و فصل دعاوی و حفظ حقوق عمومی و گسترش و اجرای عدالت و اقامه حدود الهی پردازد.» بند ۱ اصل ۱۵۶ قانون اساسی نیز یکی از وظایف قوه قضاییه را «رسیدگی و صدور حکم در مورد تظلمات، تعدیات، شکایات، حل و فصل دعاوی و رفع خصومات» دانسته است.

رسیدگی به اعمال مجرمانه به عنوان رفتارهای ممنوعه که دارای ضمانت اجرای کیفری هستند، امری است که امروزه تردیدی در برخورداری آنها از ماهیت قضایی وجود نداشته و تأکید فراوان بر رسیدگی به جرائم و صدور حکم از سوی مقام قضایی وجود دارد.^۱ همچنین رسیدگی به اختلافات حقوقی (در مقابل کیفری) نیز دارای ماهیت قضایی بدین معنی است؛ بنابراین، به نظر می‌رسد فصل خصوصت و حل و فصل مطلق دعاوی که در آن سه طرف، یعنی مدعی یا شاکی، مدعی‌علیه یا مشتکی‌عنه و البته قاضی وجود دارد، از وظایف ذاتی قوه قضاییه و امری با ماهیت محض قضایی محسوب می‌شود که امکان واگذاری آن به بخش خصوصی وجود ندارد. البته باید به این نکته توجه داشت که گرچه برخی شیوه‌های حل و فصل اختلافات (مانند میانجیگری و داوری) تا حد زیادی به تعریف و تحلیل پیش‌گفته از امر قضا شباخت دارند، اما اساساً دارای وجه افتراقی هستند که آنها را از دایره شمول امر قضا خارج می‌کند. باید در نظر داشت که قضاوت به عنوان یکی از ارکان امر قضا، امری ولایی بوده که در آن قاضی به اعمال حاکمیت می‌پردازد. «قضا ... در اصطلاح فقهای اسلام به معنی ولایت و تسلط بر حکم است که از جانب شرع برای کسانی که صلاحیت پذیرش این منصب و مباشرت این کار را دارند جعل و اعطای می‌شود که بدین‌وسیله موضوعاتی را ثبت و حقوقی را اثبات و استیفا کنند.»^۲ بر این اساس، «قضا» در اصطلاح فقهای امامیه عبارت است از: «ولایت بر حکم، شرعاً برای کسی که دارای اهلیت و شایستگی فتوا پیرامون جزئیات قوانین شرعی باشد.»^۳ بدین ترتیب، «قضا اعمال ولایت شرعی است در جهت حکم بین

۱. جمشیدی، علی‌رضا؛ رسمی غازانی، امید، «تمرکز امور قضایی در قوه قضاییه»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۳۶، پاییز ۱۳۹۲، صص. ۴۱-۴۲.

۲. مشکینی، علی، قضا و شهادات، چاپ اول، قم، نشر یاسر، ۱۳۵۹، به نقل از منبع پیشین.

۳. صاحب جواهر می‌گوید: «شاید مراد فقهاء از ذکر واژه «ولایت» در تعریف قضا - با این که می‌دانیم قضا عبارت از ولایت نیست - بیان این واقعیت است که قضاوت صحیح مرتبه‌ای از مراتب ولایت بوده و شاخه‌ای از شجره ریاست عامه‌ای است که برای پیامبر «صلی الله علیه و آله» و جانشینان معمص آن حضرت «علیهم السلام» مقرر

مردم، هنگام وقوع نزاع و خصوصیت و فیصله دادن بین آنان و همچنین حکم نمودن در مصالح عمومی با شرایط مقرر است؛ بنابر این تعریف، صرف حکم نمودن بین مردم و رفع خصوصیت، در عرف متشرعه قضا نامیده نمی‌شود چنان‌که صرف ولایت شرعیه نیز، قضا نامیده نمی‌شود، بلکه حقیقت قضا ترکیبی است از اعمال ولایت مذکوره در طریق حکم بین مردم برای رفع خصوصیات و حکم در مصالح عمومی.^۱ به طور کلی «آن‌چه از کاربردهای قضا در فقه بر می‌آید، این است که «قضا» تنها در موارد اختلاف بین دو نفر و حل این مخاصمه بکار می‌رود.»^۲ بدین ترتیب گرچه در مواردی نظری داوری، یا حتی میانجیگری میان اصحاب دعوا، برخی وجود روابط موجود در امر قضا مشاهده می‌گردد، اما این طرق فاقد اعمال حاکمیت از سوی داور یا میانجی نظری آن‌چه در قضاوت وجود دارد، هستند؛ بنابراین، باید توجه داشت که گرچه ضرورت‌های مختلف، نیاز به استفاده از طرق غیرقضایی حل و فصل اختلافات را توجیه کرده است و نظام حقوقی ایران نیز این طرق را موردشناسایی قرار داده است، اما باید دانست که این طرق اولاً استثنایی بر اصل رسیدگی به دعاوی توسط قوه قضاییه بوده، ثانیاً، راجع به تمامی دعاوی اعمال نمی‌شوند (بهخصوص دعاوی دارای جنبه کیفری) و ثالثاً، رافع مسئولیت نهایی قوه قضاییه و مدیریت و نظارت این قوه نیست. لذا، پرداختن به این روش‌ها ذیل خصوصی‌سازی قوه قضاییه که در این مقاله مقصود از آن مشارکت بخش خصوصی در امور اداری و اجرایی قوه قضاییه و سازمان‌های وابسته به آن است، خروج از حدود موضوعی نوشتار حاضر خواهد بود.

در نظم هنجاری موجود، گرچه امر قضا یا امور محض قضایی مورد تعریف قرار نگرفته و حدومرزی برای آن تعیین نشده است، اما می‌توان برخی مواردی که در آن‌ها به امر قضا هرچند به‌طور ناقص و بدون تعیین حدود و قلمرو آن اشاره شده است، مشاهده کرد؛ بند ۵ سیاست‌های کلی نظام در خصوص امنیت قضایی مصوب ۱۳۸۱ مقام رهبری اشعار داشته است: «تمرکز دادن کلیه امور دارای ماهیت قضایی در قوه قضاییه با تعریف ماهیت قضایی و اصلاح قوانین و مقررات مربوط بر اساس آن و رسیدگی ماهوی قضایی به همه دادخواهی‌ها و تظلمات.» شایان ذکر است هنوز تعریفی از امور قضایی به ترتیبی که در مقرره فوق تعیین شده، صورت نگرفته است. همچنین ماده (۱۸۹) قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی اشعار داشته است:

گردیده است.» ر.ک: نجفی، محمدحسین، جواهر الکلام، جلد چهارم، اصفهان، مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه، بی‌تا، ص. ۹.

۱. محمدی گیلانی، محمد، قضا و قضاؤت در اسلام، چاپ سوم، تهران، انتشارات عرفان، ۱۳۷۸، ص. ۳۹.

۲. هادوی تهرانی، مهدی، قضاؤت و قاضی، چاپ اول، تهران، انتشارات خانه خرد، ۱۳۸۵، ص. ۲۴.

«به منظور کاهش مراجعات مردم به محاکم قضائی و در راستای توسعه مشارکت‌های مردمی، رفع اختلافات محلی و نیز حل و فصل اموری که ماهیت قضایی ندارد و یا ماهیت قضایی آن از پیچیدگی کمتری برخوردار است به شوراهای حل اختلاف واگذار می‌گردد. حدود وظایف و اختیارات این شوراه‌ها، ترتیب و نحوه انتخاب اعضای آن بر اساس آیین‌نامه‌ای خواهد بود که به پیشنهاد وزیر دادگستری و تصویب هیئت وزیران و به تأیید رئیس قوه قضائیه می‌رسد.» در این ماده نیز گرچه امر دارای ماهیت قضایی تعریف نشده است، اما شاید بتوان با مراجعه به اموری که در صلاحیت شوراهای حل اختلاف قرار دارد، امور دارای ماهیت قضایی را به قرینه مخالف مورد شناسایی قرار داد. با وجود این، اشاره به اموری که دارای ماهیت قضایی با پیچیدگی کمتر هستند، قاعده‌تاً چنین راهکاری را با دشواری همراه می‌سازد.^۱ در هر حال، به نظر می‌رسد با توجه به تعریفی که در ابتدای این قسمت از امر قضا ارائه شد، اکثر وظایف شوراهای حل اختلاف دارای ماهیت قضایی است؛ چراکه مربوط به دعوا و رفع خصومت است و تنها مواردی نظیر صدور گواهی حصر وراثت، تحریر ترکه، مهره‌موم ترکه و رفع آن و ... دارای ماهیت قضایی نیستند.

همچنین در نامه دوم رئیس قوه قضائیه به شماره ۱/۵۰۴۸ مورخ ۱۳۷۹/۷/۲۶ به شورای نگهبان در خصوص مفهوم لایحه قضایی،^۲ اشاره‌ای به امور دارای ماهیت قضایی شده است.^۳ شورای نگهبان نیز در نظریه‌ی تفسیری شماره ۷۹/۲۱/۱۰۶۵ مورخ

۱. مطابق ماده (۹) قانون شوراهای حل اختلاف (مصوب ۱۳۹۴)، در موارد زیر، قاضی شورا با مشورت اعضای شورا رسیدگی و مبادرت به صدور رأی می‌نماید:
 - الف - دعاوى مالى راجع به اموال منتقل تا نصاب دویست میلیون ريال به جز مواردي که در تاريخ لازم الاجرا شدن اين قانون در دادگستری مطرح مي باشند؛
 - ب - تمامى دعاوى مربوط به تخلية عين مستأجره به جز دعاوى مربوط به سرقفلی و حق كسب و پيشه؛
 - پ - دعاوى تعديل اجاره‌ها به شرطی که در رابطه استيجاري اختلافی وجود نداشته باشد؛
 - ت - صدور گواهی حصر وراثت، تحریر ترکه، مهره‌موم ترکه و رفع آن؛
 - ث - ادعای اعسار از پرداخت محکوم به در صورتی که شورا نسبت به اصل دعوا رسیدگی کرده باشد؛
 - ج - دعاوى خانواده راجع به جهيزيه، مهريه و نفقة تا نصاب مقرر در بنده (الف) در صورتی که مشمول ماده (۲۹) قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱ نباشند؛
 - چ - تأمین دليل؛
- ح - جرایم تعزیری که صرفاً مستوجب مجازات جزای نقدی درجه هشت باشد.

۲. جهت تدقیق در مفهوم لایحه قضایی و آثار حقوقی آن بنگرید به: مرادی برلیان، مهدی، گزارش پژوهشی «مفهوم لایحه قضایی و آثار حقوقی آن»، تحت نظرات دکتر حسن وکیلیان، چاپ اول، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۴، ۱۳۹۴.

۳. «پیرو نامه شماره ۱۳۷۹/۷/۱۷ مورخ ۱۰۴۷۰ و سؤالاتی که در آن از شورای محترم نگهبان به عمل آمده بود نظر مبارک حضرات را به دو مطلب ذیل معطوف می‌دارم:

۱۳۷۹/۰۷/۳۰ اشعار داشته است: «۱- فرق لواجع قضایی و غیرقضایی مربوط به محتوای آن است و محتوای لواجع قضایی را فصل یازدهم قانون اساسی بهویژه اصول ۱۵۶، ۱۵۷ و ۱۵۸ و موضوعات مربوط به آن‌ها در اصول دیگر فصل یازدهم و سایر اصول مربوط به امور قضایی معین می‌کند ...»

بر این اساس به نظر می‌رسد علی‌رغم فقدان تعریف مشخص قانونی از امر قضا و یا امور محض قضایی، باید بیان داشت که حل و فصل دعاوی و رفع اختلافات که با اعمال حاکمیت از سوی فرد واجد شرایط قانونی (قضی) صورت می‌گیرد، مشخص‌کننده ماهیت قضایی امور بوده و مطابق قانون اساسی خاصه اصل ۶۱، این امر جزء وظیفه ذاتی قوه قضاییه است و قابلیت واگذاری به بخش خصوصی را ندارد.

۲-۲. امور اداری مرتبط با امر قضا

در ارتباط با امور اداری مرتبط با امر قضا پیش از آن که وارد بررسی مصاديق مربوط به این امور شویم، باید در خصوص شمول یا عدم شمول قانون مدیریت خدمات کشوری بر دستگاه قضایی مطالبی را طرح کنیم؛ چرا که در صورت اعمال این قانون بر قوه قضاییه، امور مذکور از طریق فرآیندهای پیش‌بینی‌شده در این قانون قابلیت واگذاری به بخش خصوصی را پیدا می‌کنند، هر چند حتی در صورت عدم شمول قانون مدیریت خدمات کشوری بر قوه قضاییه، امور مذکور مطابق تحلیل‌های پیشین بیان شده (تقیید قوه قضاییه به حل و فصل اختلافات به عنوان وظیفه ذاتی خود) و بدون ممنوعیت از لحاظ قانون اساسی قابل واگذاری خواهند بود.

در خصوص این که آیا قوه قضاییه (بخش اداری و اجرایی) مشمول قانون مدیریت خدمات کشوری می‌شود یا خیر، می‌توان دو فرض را مطرح کرد؛ فرض اول آن است که قوه قضاییه با هیچ‌یک از مصاديق دستگاه‌های اجرایی مندرج در ماده (۵) قانون مدیریت خدمات کشوری یعنی وزارت‌خانه، مؤسسه یا شرکت دولتی یا نهادهای عمومی غیردولتی مطابقت ندارد؛ همچنین ذیل ماده (۲) قانون مدیریت که کلیه سازمان‌های مذکور در قانون اساسی را در حکم مؤسسه دولتی دانسته است نیز شامل سازمان بازرگانی، دیوان محاسبات و صداوسیما می‌گردد و قوه قضاییه سازمان در معنای اخص

- ۱- در مورد سؤوال اول (تعريف لایحه قضایی) منظور از سؤال مشخص کردن ماهیت مسائل و مواد قضایی است که به نظر این جانب کلیه موارد ذیل را شامل می‌شود: ۱- هرگونه تعیین جرم و مجازات آن؛ ۲- کلیه تشریفات قضایی و آینه‌های دادرسی مربوط؛ ۳- کلیه قوانین و لواحی که به عنوان قانون عادی راجع به یکی از اصول فصل یازدهم قانون اساسی تنظیم شده باشد.»

کلمه نیست؛ اما در فرض دوم که موجه‌تر به نظر می‌رسد با توجه به استدلالات زیر باید قوه قضاییه (بخش اداری و اجرایی) را مشمول قانون مدیریت خدمات کشوری دانست:

۱- در ماده (۱۱۷) قانون مدیریت خدمات کشوری نهادهای مستثنای از این قانون بر شمرده شده‌اند. این ماده اشعار می‌دارد: «کلیه دستگاه‌های اجرایی به استثناء نهادهای، مؤسسه‌ات و تشکیلات و سازمان‌هایی که زیر نظر مستقیم مقام معظم رهبری اداره می‌شوند، وزارت اطلاعات، نهادهای عمومی غیردولتی که با تعریف مذکور در ماده (۳) تطبیق دارند، اعضاء هیأت‌علمی و قضات، هیأت‌های مستشاری دیوان محاسبات، شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت نظام و مجلس خبرگان رهبری مشمول مقررات این قانون می‌شوند و در خصوص نیروهای نظامی و انتظامی مطابق نظر مقام معظم رهبری عمل می‌شود» پرسش آن است که اگر قوه قضاییه مشمول قانون مدیریت نیست، چرا قضات در این ماده به عنوان استثنای از این قانون نام برده شده‌اند؟ به نظر می‌رسد استثنای مذکور با علم به شمول قانون مدیریت بر بخش اداری قوه قضاییه مورد پیش‌بینی قرار گرفته است.

۲- در خصوص ذیل ماده (۲) که اشعار داشته است: «کلیه سازمان‌هایی که در قانون اساسی نام برده شده است در حکم مؤسسه دولتی شناخته می‌شود.» اگر مقصود قانون‌گذار تنها سازمان‌هایی است که در قانون اساسی با عنوان «سازمان» نام برده شده است، می‌توانست با توجه به تنها وجود دو یا سه سازمان در قانون اساسی، صریحاً اسمای آن‌ها را ذکر می‌کرد. (سازمان بازرگانی، سازمان دیوان محاسبات و سازمان صداوسیما). همچنین حتی اگر منظور تنها این دو یا سه سازمان بوده است، این سازمان‌ها با تعریف قانون از مؤسسه دولتی مطابقت دارند و نیازی به تصریح مجدد نداشت. ماده (۲) قانون اشعار داشته است: «مؤسسه دولتی: واحد سازمانی مشخصی است که به موجب قانون ایجاد شده یا می‌شود و با داشتن استقلال حقوقی، بخشی از وظایف و اموری را که بر عهده یکی از قوای سه‌گانه و سایر مراجع قانونی است انجام می‌دهد.»

بدین ترتیب به نظر می‌رسد که امور اداری و اجرایی قوه قضاییه مشمول قانون مدیریت خدمات کشوری بوده و لذا فرآیندهای پیش‌بینی شده در این قانون جهت مشارکت بخش خصوصی در اجرای خدمات از جمله ماده (۱۷) قانون مذکور قابلیت اجرا در قوه قضاییه را دارد. در ماده مذکور، این امکان برای دستگاه‌های اجرایی فراهم شده است که بخشی از خدمات مربوطه را از طریق عقد قرارداد با بخش غیردولتی و با

رعايت مقررات مربوط به برگزاری مناقصات تأمین کنند.^۱ همچنین در اين زمينه باید به ماده (۱۹) همین قانون نيز توجه داشت که امكان عقد قرارداد با بخش خصوصی را در زمينه‌های مربوط به خدمات مشاوره‌ای فراهم کرده است.^۲

امور اداری مرتبط با امر قضا آن دسته امور هستند که گرچه فصل خصوصت و رفع اختلاف به تعابير پيشين محسوب نمي شوند، اما زمينه‌ساز اعمال امر قضا يا اجرای نتایج حاصل از آن هستند. به عنوان مثال مي‌توان از ثبت دعاوي، ابلاغ اوراق و آرای قضائي، امور دفتری و ... نام برد. البته در خصوص اجرای احکام و اينکه آيا اين امر در زمرة امور اداري محسوب مي‌گردد، شايد موضوع به سادگي قبل طرح و نتيجه‌گيری نباشد. در اين مورد در بخش مربوطه توضيح خواهيم داد. برخى از امور مذكور با درك منطق غير قضائي بودن آنها با پيش‌بيني در بخشى از قوانين و مقررات كشورمان به بخش خصوصي واگذار شده‌اند يا امكان واگذارى آنها مورد پيش‌بيني قرار گرفته است. همچنین نباید از نظر دور داشت که در برنامه پنج ساله توسعه قوه قضائيه بروند پاري برخى وظایف امور اداري مراجع قضائي به دفاتر خدمات قضائي به عنوان يكى از راهبردهای قوه قضائيه پيش‌بيني شده است.

پيش از ورود به بررسى اين دست امور اداري مرتبط با امر قضا، باید اشاره داشت که در اصل ۱۵۶ قانون اساسی برخى وظایف برای قوه قضائيه مورد پيش‌بيني قرار گرفته که فراتر از وظایف ذاتي اين نهاد است. اما باید توجه داشت در اين زمينه مشاركت و تصدی مستقيم قوه قضائيه الزامي به نظر نمي‌رسد و انجام وظایف محوله از سوى قانون اساسی مي‌تواند با نظارت عاليه قوه قضائيه و مسئوليت نهايی اين نهاد اما از طريق نهادهای خارج از قوه صورت پذيرد. برای مثال، كشف جرم گرچه از مقدمات مربوط به اعمال امر قضاست، اما به نظر نمي‌رسد ذاتاً قضائيه محسوب نشده و حداقل در مورد كشف جرائمي که داراي جنبه‌های صرفاً خصوصي هستند، مي‌توان از بخش خصوصي با نظارت قوه قضائيه استفاده کرد. پيش‌گيری از وقوع جرم و اصلاح مجرمين

۱. ماده ۱۷: «به دستگاه‌های اجرائي اجازه داده مي‌شود از طريق مناقصه و با عقد قرارداد با شركت‌ها و مؤسسات غيردولتي بر اساس فعاليت مشخص، حجم کار معين، قيمت هر واحد کار و قيمت كل به طور شفاف و مشخص بخشى از خدمات موردنیاز خود را تأمین نمایند. در صورت عدم مراجعيه متقاضيان، اجازه داده مي‌شود با رعایت قانون برگزاری مناقصات و تأييد سازمان از طريق ترك تشریفات مناقصه اقدام گردد.»

۲. ماده ۱۹: «دستگاه‌های اجرائي به منظور ارتقاء مستمر در كيفيت و كميّت ارائه خدمات خود مجاز خواهند بود برای انجام خدمات مشاوره‌ای در زمينه‌های توسعه مدیریت نظير استقرار نظامهای نوين مدیريتي، بازنگري و پالايش وظایف و مأموریت‌ها و ساختارهای تشکيلاتي، توسعه و مدیریت سرمایه‌های انساني و فن‌آوري‌های نوين اداري با مرکز آموزشي، پژوهشي، دولتي و مؤسسات خصوصي تأييد صلاحیت شده توسط سازمان، با رعایت مقررات ذي‌ربط عقد قرارداد نمایند.»

نیز اموری هستند که دارای ماهیت اجرایی هستند تا قضایی و لذا تحت نظارت قوه قضاییه (به سبب تکلیف قانون اساسی) برخی برنامه‌ها و اقدامات لازم جهت پیشگیری از وقوع جرایم یا اصلاح مجرمان می‌توانند با مشارکت بخش خصوصی صورت گیرند. واضح است چگونگی استفاده از توان بخش خصوصی و حدود و قلمرو آن خود مستلزم تدقیقی جداگانه است و دقت‌هایی فراتر از جنبه‌هایی حقوقی را می‌طلبد.

۲-۱. خدمات الکترونیک قضایی

ارائه الکترونیکی بخشی از خدمات قضایی که در راستای تسهیل انجام وظایف ذاتی قوه قضاییه صورت می‌گیرد، با هدف رفع اطاله دادرسی و تسريع در انجام وظایف دادگاه‌ها، چندی است که در قوه قضاییه آغاز شده است. اموری نظیر ارائه و پیگیری دادخواست، ارائه و پیگیری شکواییه، ارائه و پیگیری اظهارنامه، ارائه لایحه، ارائه مدارک و مستندات، محاسبه هزینه دادرسی و ... از طریق سامانه الکترونیکی صورت می‌گیرد. آنچه در خصوص موضوع پژوهش حاضر اهمیت دارد آن است که علاوه بر آن که این خدمات توسط درگاه الکترونیکی قوه قضاییه قبل ارائه است^۱، دفاتر خدمات الکترونیک قضایی نیز که می‌توانند از طریق بخش خصوصی دایر شوند، امکان ارائه این خدمات را یافته‌اند. در این راستا باید به «دستورالعمل ضوابط و شرایط تأسیس، فعالیت و انحلال دفتر خدمات الکترونیک قضایی»، مصوب ۱۳۹۲/۲/۲۶ رئیس قوه قضاییه» توجه داشت. در این مقرره گرچه صریحاً از مشارکت بخش خصوصی در ارائه خدمات قضایی به صورت الکترونیک سخنی به میان نیامده است، اما با توجه به ماده (۸) این دستورالعمل، افرادی که کارمند بوده و در خدمت دستگاه دولتی هستند، از داشتن این دفاتر ممنوع شده‌اند؛^۲ بدین ترتیب واگذاری بخشی از امور اداری مرتبط با امر قضایی نظیر ثبت دادخواست، شکواییه، لواح قضایی، پرداخت هزینه دادرسی و ... به بخش خصوصی امکان‌پذیر است.

در این خصوص، هم‌چنین باید به تبصره ۲ ماده (۶۵۵) قانون آیین دادرسی جرائم نیروهای مسلح و دادرسی الکترونیکی مصوب ۱۳۹۳/۷/۸ اشاره کرد؛ این مقرره بیان می‌دارد: «قوه قضاییه می‌تواند جهت طرح و پیگیری امور قضایی مراجعت موضوع این قانون در فضای مجازی نسبت به ایجاد دفاتر خدمات الکترونیک قضایی و جهت

1. www.adliran.ir.

۲. ماده (۸): «دریافت پرونده و اشتغال در دفتر برای افراد ذیل ممنوع می‌باشد: ۱- وکلای دادگستری و مشاوران موضوع ماده ۱۸۷ و کارشناسان رسمی دادگستری؛ ۲- قضاط و سرفدترانی که به انفعال دائم محکوم شده و این محکومیت قطعیت یافته است؛ ۳- شاغلان به امر تجارت طبق تعریف ماده ۲ قانون تجارت؛ ۴- کارمندان و مستخدمان دولت و کارمندان مؤسسات عمومی غیردولتی.»

هماهنگی فعالیت دفاتر، نسبت به ایجاد کانون دفاتر خدمات الکترونیک قضایی، با استفاده از ظرفیت بخش خصوصی اقدام نماید. دفاتر خدمات الکترونیک قضایی می‌توانند از بین دفاتر اسناد رسمی و غیرآن انتخاب یا تأسیس شود». در این حکم قانونی، به صراحت امکان واگذار کردن امور قضایی مراجعان به بخش خصوصی مورداشاره قرار گرفته است.

۲-۲. اجرای احکام

اجرای احکام از آن دسته امور مربوط به قوه قضاییه است که نمی‌توان به صورت روشن و مشخصی آن را در زمرة امر قضا یا امور اداری مرتبط با امر قضا قرار داد؛ چراکه به نظر می‌رسد بخشی از اجرای احکام، متعاقب امر قضا و رسیدگی قضایی بوده و به نوعی دارای ماهیت قضایی است (برای مثال صدور اجراییه توسط دادگاه نخستین برای اجرای احکام مدنی) در حالی که قسم دیگری از آن به تمهدات عمدتاً اجرایی و فیزیکی باز می‌گردد که لازمه به اجرا درآمدن حکم صادره است. البته باید توجه داشت که در برخی کتب فقهی تنفیذ حکم و اجرای آنچه قاضی بدان حکم کرده نیز از شئون ولایی محسوب شده است.^۱ باید گفت که در قوانین و مقررات جاریه کشورمان بررسی قواعد مربوط به اجرای احکام (کیفری و مدنی) نشان دهنده آن است که امکان مشارکت بخش خصوصی در آن پیش‌بینی نشده و این امر بر عهده مرجع قضایی است. ماده (۴۸۴) قانون آیین دادرسی کیفری اشعار داشته است: «اجرای احکام کیفری بر عهده دادستان است و «تعاونت اجرای احکام کیفری» تحت ریاست و نظارت وی در مناطقی که رئیس قوه قضاییه تشخیص می‌دهد، در دادسرای عمومی عهده‌دار این وظیفه است. تبصره ۱ - معاونت اجرای احکام کیفری، می‌تواند در صورت ضرورت دارای واحد یا واحدهای تخصصی برای اجرای احکام باشد. تبصره ۲ - معاونت اجرای احکام کیفری یا واحدی از آن می‌تواند با تصویب رئیس قوه قضاییه در زندان‌ها و یا مؤسسات کیفری مستقر شود. شیوه استقرار و اجرای وظایف آنها به موجب آیین‌نامه‌ای است که ظرف شش ماه از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون توسط وزیر دادگستری با همکاری رئیس سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور تهیه می‌شود و به تصویب رئیس قوه قضاییه می‌رسد؛ تبصره ۳ - در حوزه قضایی بخش، اجرای احکام کیفری به رئیس دادگاه و در غیاب وی با دادرس علی‌البدل است.» همچنین در خصوص اجرای

۱. ابوالصلاح حلبي در کتاب الکافی «تنفیذ الاحکام» یعنی اجرای احکام را مختص به امامان معصوم و کسانی که صلاحیت آنها از سوی آن حضرات تأیید شده دانسته و این افراد را فقهاء معرفی کرده است. به نقل از هادوی تهرانی، مهدی، منبع پیشین، ص. ۲۵.

احکام مدنی مواد ۴ و ۵ قانون اجرای احکام مدنی مقرر داشته‌اند: «ماده ۴ - اجرای حکم با صدور اجرایی به عمل می‌آید مگر این که در قانون ترتیب دیگری مقرر شده باشد؛ ماده ۵ - صدور اجراییه با دادگاه نخستین است.»

با وجود این، به فرض امکان تفکیک میان تصمیم به اجرای حکم و نفس اجرای آن (اقدامات اجرایی و مادی) به نظر می‌رسد بتوان قسم اخیر را با مشارکت بخش خصوصی به انجام رسانید. با بررسی گزارش جامعی که از اصلاحات قضایی کشورهای اروپایی تهیه شده است، می‌توان واگذاری اجرای احکام به بخش خصوصی را در کشورهای مورد بررسی مشاهده کرد. هر چند جزئیاتی از چگونگی این واگذاری و فرآیندی که بخش خصوصی در آن درگیر است، ارائه نشده است.^۱ توصیه‌نامه Rec(2003)17 کمیته وزیران دولت‌های عضو در خصوص اجرا^۲ اجرا را عبارت از اثربخشیدن به تصمیمات دادگاه یا سایر عناوین قضایی یا غیرقضایی قابل اجرا مطابق قانون تعریف کرده که خوانده را مجبور به انجام کاری یا خودداری از انجام آن یا پرداخت آن چه بدان حکم شده است، می‌کند. همین توصیه‌نامه، مأمور اجرا را فردی دانسته است که از سوی حاکمیت دارای صلاحیت اعمال فرایند اجرای حکم است، فارغ از این که این فرد توسط حاکمیت استخدام شده باشد یا خیر. جداول زیر وضعیت مشارکت بخش خصوصی در اجرای احکام مدنی و کیفری را نشان می‌دهد:

1. Enforcement of Court Decisions in Europe, Report prepared by the Research Team on enforcement of court decisions (University Nancy (France) / Swiss Institute of comparative law) and discussed by the CEPEJ-GT-EVAL at their 8th meeting. Available at:
https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes8Execution_en.pdf, p. 21.
2. Recommendation (2003)17 of the Committee of Ministers to member states on enforcement. Available at:
<http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsuen.nsf/%28documents%29/7887A705C14296F0C2257D88002FB42D>

وضعیت نهادهای مربوط به اجرای احکام مدنی در کشورهای اروپایی		
وضعیت ترکیبی	وضعیت خصوصی (اجرا توسط مأمورین خصوصی)	وضعیت عمومی (اجرا توسط مأمورین رسمی عمومی)
بلژیک، جمهوری چک، فرانسه، یونان، ایرلند، برگال، اسپانیا، انگلستان، ولز، اسکاتلند	استونی، مجارستان، لتونی، لیتوانی، لوکزامبورگ، موناکو، هلند، لهستان، ^۱ رومانی، اسلواکی، اسلوونی	آلبانی، آندورا، اتریش، جمهوری آذربایجان، بوسنی و هرزگوین، بلغارستان، کرواسی، قبرس، دانمارک، فنلاند، گرجستان، آلمان، ایسلند، ایتالیا، لیختن‌اشتاین، مالت، مولداوی، نروژ، فدراسیون روسیه، سن مارینو، مونته‌نگرو، صربستان، سوئد، ترکیه، ایرلند شمالی، اوکراین
۹ کشور	۱۱ کشور	۲۶ کشور

- در این کشور، عاملان اجرای حکم، کارگزاران عمومی هستند که برای دادگاه منطقه کار می‌کنند. وظایف آنان، توسط قانون و دستورات دادگاه تعیین می‌شود. نظارت بر کارکرد آن‌ها از وظایف رئیس دادگاه یا وزیر دادگستری است. شکایت از عملکرد آن‌ها در دادگاه منطقه رسیدگی می‌شود. این عاملین، هزینه انجام کار خود را از طرفهای پرونده دریافت می‌دارند.

مقصود از وضعیت عمومی در اجرای احکام مدنی، اجرای حکم توسط نهادهای زیر است: قضاط (از میان کشورهای مذکور، بوسنی و هرزگوین، کرواسی، دانمارک، لیختن‌اشتاین و سن‌مارینو دارای این وضعیت هستند و البته در مواردی قاضی صادرکننده حکم یا تصمیم‌گیرنده خود به اجرای حکم می‌پردازد و در برخی موارد، قاضی تصمیم‌گیرنده با قاضی اجرای تصمیم تفاوت دارد)^۱ ضابطانی که در یک نهاد عمومی^۲ مشغول دارند، (افرادی که به عنوان کارمند در دادگاهها یا ادارات عمومی کار می‌کنند. ۲۵ کشور دارای این وضعیت هستند. این افراد می‌توانند کارمند دولت باشند نظیر اتریش، یا کارمند محلی بوده نظیر آلمان و یا کارمند دادگاه باشند مثل دانمارک.) ارجاع آرا به این اشخاص سامان‌مند نبوده و می‌تواند بر اساس درخواست خواهان مثل آلمان و یا با صلاح‌دید دادگاه باشد نظیر اتریش و ایتالیا؛ در نهایت باید به دادستان‌ها و سایر نهادهای عمومی تحت عنوان سرویس ویژه اجرا که متشکل از کارمندان (غیر از قضاط و ضابطان) دادگاهها هستند، اشاره کرد؛ نظیر آنچه در سوئد و تحت عنوان اداره اجرا وجود دارد.^۳

مقدود از وضعیت خصوصی در اجرای احکام مدنی، وجود عاملین اجرا با وضعیت خصوصی است که می‌توانند تحت عنوان ضابط (مستقل) یا عامل اجرا باشند.^۴ در برخی کشورها ضابطان انحصار اجرای احکام مدنی را در اختیار دارند؛ نظیر استونی، مجارستان، لتونی، موناکو و هلند. در برخی کشورها نیز جهت رعایت برخی مصالح نظیر منافع شخصی یا حرفاء ضابطان مستقل از اجرای احکام ممنوع شده‌اند. البته ارجاع آرا برای اجرا به این نهادها، به شیوه‌های متفاوتی صورت می‌گیرد. در برخی کشورها خواهان خود باید مستقیماً رأی را برای اجرا به نهاد مربوطه ارجاع دهد (مثل استونی و لوکزامبورگ یا انگلستان و ولز) و در برخی دیگر ارجاع ممکن است از طریق دادگاه صورت پذیرد؛ همانند اسلوونی.^۵ هرچند این عمل می‌تواند بر مبنای درخواست خواهان نیز صورت گیرد.

منظور از وضعیت ترکیبی در اجرای احکام مدنی، ترکیبی از وضعیت عمومی و خصوصی است. در برخی کشورها وجود این نوع از اجرای احکام مدنی، سابقه تاریخی دارد و به همین دلیل هنوز هم استفاده می‌شود. در این موارد، اگر موضوع حکم مربوط به ایفای تعهدات مالی اشخاص خصوصی باشد، اجرا از طریق نهاد خصوصی و اگر

1. Ibid, pp. 22-23.
2. Bailiffs working in a public institution.
3. Ibid, p. 24.
4. Bailiff and Enforcement agent.
5. Ibid, pp. 24-25.

مربوط به ایفای تعهدات مالی دولت باشد، اجرا از طریق نهادهای عمومی (عمدتاً کارمندان وزارت دادگستری مثل کشور فرانسه) انجام می‌گیرد. در برخی دیگر از کشورها، انتخاب میان این دو روش برای مبنای ملاحظاتی نظیر کارآیی صورت می‌پذیرد؛ برای مثال در بلغارستان و قرقاسitan. گاهی اوقات نیز ضرورت تسریع در اجرا، انتخاب یکی از این دو را توجیه می‌کند،^۱ نظیر وضعیتی که در جمهوری چک وجود دارد.

1. Ibid, p. 26.

وضعیت نهادهای مربوط به اجرای احکام کیفری در کشورهای اروپایی

وضعیت ترکیبی	وضعیت خصوصی (اجرا توسط مأمورین خصوصی)	وضعیت عمومی (اجرا توسط مأمورین رسمی عمومی)
انگلستان / ولز، ایرلند	اسکاتلند، قبرس	آلبانی، آندورا، ارمنستان، اتریش، جمهوری آذربایجان، بلژیک، بوسنی و هرزگوین، بلغارستان، کرواسی، چک، جمهوری استونی، فنلاند، فرانسه، گرجستان، آلمان، مجارستان، ایسلند، ایتالیا، لتونی، لیختن‌اشتاین، لیتوانی، لوکزامبورگ، مالت، مولداوی موناکو، هلند، نروژ، لهستان، پرتغال، رومانی، فراسایون روسیه، سن مارینو، اسلواکی، اسلوونی، مونته‌نگرو، اسپانیا، سوئد، ترکیه، اوکراین
۲ کشور	۲ کشور	۳۹ کشور

۱- دادستان‌ها (در ۹ کشور)

دادستان‌ها کارکرد نظارت بر اجرای احکام را خود و یا به همراه قضاط (مثل کشور موناکو) یا با همکاری یک نهاد حرفه‌ای (نظیر کشور سوئد) اعمال می‌کنند. در برخی کشورها نیز این کارکرد با همکاری قضاط و نهادهای حرفه‌ای (مانند کشورهای بلژیک و لوکزامبورگ)، یا با همکاری قضاط و وزارت دادگستری (نظیر کشورهای مولداوی و ترکیه) و یا با همکاری وزارت دادگستری و یک نهاد حرفه‌ای (مانند کشورهای فرانسه و روسیه) توسط دادستان‌ها صورت می‌پذیرد. البته باید توجه داشت این نظارت هم در خصوص احکام مدنی و هم احکام کیفری است و تنها در کشورهای سوئد و ایرلند، کارکرد نظارتی دادستان‌ها شامل اجرای احکام کیفری نمی‌شود.

1. Ibid, pp. 28-30
2. Ibid, pp. 51-53.

مقصود از وضعیت عمومی در اجرای احکام کیفری، اجرای حکم توسط نهادهای زیر است: قضاط، (خود قاضی تصمیم‌گیرنده و یا قاضی مستقل اجرا)، دادستان‌ها (به‌نهایی مثل آلبانی، فرانسه، ایتالیا، لتونی، لوکزامبورگ، موناکو، هلند، ترکیه یا با همراهی قضاط نظیر آلمان یا مقامات زندان همانند بلژیک)، مقامات زندان (در مورد احکام مبتنی بر بازداشت) نظیر کشورهای ارمنستان، بلژیک، ایسلند، مولدابی، سوئد، وزارت دادگستری (به‌مانند کشورهای ارمنستان، آذربایجان، بلغارستان، کرواسی، فنلاند، گرجستان، لتونی، اسلواکی و اوکراین) و سایر مقامات عمومی نظیر کارمندان غیرقضایی و پلیس (مانند ایرلند) را می‌توان ذکر کرد.

منظور از وضعیت خصوصی در اجرای احکام کیفری، وجود آژانس یا نهادهای اجرا با وضعیت خصوصی است. در قبرس این نهادها تحت نظر وزارت دادگستری انجام‌وظیفه می‌کنند. در اسکاتلند نیز اجرای احکام کیفری توسط نهادها و عاملین مستقل انجام می‌پذیرد.^۱

در نهایت، مقصود از وضعیت ترکیبی در اجرای احکام مدنی، ترکیبی از وضعیت عمومی و خصوصی است.

باید توجه داشت که اجرای احکام از طریق عاملین اجرا در وضعیت خصوصی، مانع از نظارت و کنترل آن‌ها توسط مقامات عمومی نیست و این امر ناشی از مسئولیت نهایی دولت در مفهوم عام خود در ارائه خدمات عمومی (در اینجا خدمات قضایی) است. در بررسی که در میان کشورهای اروپایی مذکور در جداول فوق صورت گرفته است، نهادهای کنترل و نظارت بر وضعیت خصوصی اجرای احکام به ترتیب زیر هستند:^۲

۲- نهاد حرفه‌ای ویژه (در ۱۵ کشور)

در ۱۵ کشور نیز یک نهاد حرفه‌ای وابسته به دولت کار نظارت بر اجرای احکام توسط عاملین اجرا را بر عهده دارد.

۳- قضات (در ۲۰ کشور)

در ۲۰ کشور نیز قضات نظارت بر اجرای احکام را بر عهده دارند. معمولاً این صلاحیت نظارتی بر عهده رئیس دادگاه قرار دارد.

۴- وزارت دادگستری (در ۲۵ کشور)

در بیشتر کشورها، نظارت بر اجرای احکام توسط عاملین اجرا از طریق وزارت دادگستری صورت می‌گیرد. البته در برخی کشورها وزارت دادگستری به همراه قضات این وظیفه را بر عهده دارند (همانند آذربایجان، کرواسی، جمهوری چک، لتونی، لیتوانی، مولداوی، لهستان، رومانی و اسلوونی) در حالی که در سایر کشورها وزارت دادگستری به تنها‌ی این امر را عهدهدار است.

۵- سایر مقامات صلاحیت‌دار

در برخی کشورها مقاماتی غیر از موارد مذکور، نظارت و کنترل اجرای احکام را عهده‌دار هستند. برای مثال در قبرس دیوان عالی کشور و یا در آلمان مدیران دادگاهها این وظیفه را بر عهده دارند.

لازم به ذکر است که بنابر پژوهش‌های صورت گرفته، گرایشی که اکنون در زمینه اجرای احکام وجود دارد آن است که مأمورین اجرای دولتی همچنان در سیاری از کشورها وجود دارند، اما گرایش اروپایی به سمت کاهش حضور آن‌هاست؛ بعضاً به سود وضعیت‌های ترکیبی، اما به طور عمده به سود وضعیت‌های خصوصی.^۱ یافتن دلایل روشن و معین برای شروع و اوج گیری چنین فرآیندی، کاری دشوار است؛ با وجود این می‌توان دلایلی را در این زمینه ذکر کرد. صرف نظر از مباحث مربوط به ماهیت نظام سیاسی و رشد فزاینده بحث‌های مربوط به بازار و سرمایه‌داری لیبرال، ضعف، ناپایداری و ناکارآمدی ساختار موجود در اجرای احکام را در کشورهای اروپایی مورد بررسی می‌توان یکی از علتهای مشارکت دادن بخش خصوصی در این زمینه برشمرد. هم‌چنان جذابیت‌های مربوط به کاهش هزینه و البته دریافت مالیات از نهادهای خصوصی درگیر در اجرای احکام برای مقامات عمومی، می‌تواند از دیگر دلایل چنین روندی در نظر گرفته شود.^۲

۱. ارزیابی نظام‌های قضایی اروپا در سال ۲۰۱۲، گروه مترجمان، چاپ اول، پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۵، ص. ۲۴۲.

2. Uzelac, Alan, "Privatization of Enforcement Services – A Step forward for Countries in Transition?", p. 86.

۳-۲-۲. ابلاغ اوراق قضایی

ابلاغ اوراق قضایی را می‌توان از جمله اموری دانست که گرچه مرتبط با امر قضا است، اما جزء ذات امر قضا نبوده و از جمله امور اداری مرتبط با امر قضا است و بدین ترتیب امکان واگذاری آن به بخش خصوصی وجود دارد. با درک چنین منطقی، ماده (۱۷۶) قانون آیین دادرسی کیفری امکان واگذاری ابلاغ اوراق قضایی را پیش‌بینی کرده است. این ماده مقرر داشته است: «قوه قضاییه می‌تواند ابلاغ اوراق قضایی را به بخش خصوصی واگذار کند. چگونگی اجرای این ماده به موجب آیین‌نامه‌ای است که ظرف شش ماه از تاریخ لازم‌اجرا شدن این قانون توسط وزرای دادگستری و ارتباطات و فناوری اطلاعات تهیه می‌شود و به تصویب رئیس قوه قضاییه می‌رسد.»^۱ باید متذکر شد که آیین‌نامه مذکور در یک متن مشترک با آیین‌نامه مربوط به ماده (۱۷۵)^۲ در تاریخ ۲۴ مرداد ماه ۱۳۹۵ تحت عنوان «آیین‌نامه نحوه استفاده از سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی» به تصویب رئیس قوه قضاییه رسیده است. مطابق ماده (۲۳) آیین‌نامه مذکور، «مرکز^۳ می‌تواند از ظرفیت بخش خصوصی برای سامانه ابلاغ، سامانه ثنا و اطلاع‌رسانی ابلاغ با تأمین هزینه از سوی مخاطبان استفاده کند. تعریفه استفاده از خدمات بخش خصوصی در این سامانه‌ها به طور سالانه به وسیله مرکز تعیین می‌گردد.» به نظر می‌رسد با توجه به پیش‌بینی در قانون آیین دادرسی کیفری، حکم ماده مذکور فقط شامل اوراق قضایی کیفری می‌شود؛ اما به هر حال باید اذعان داشت خصوصیتی در اوراق قضایی مربوط به دعاوی کیفری وجود ندارد و می‌توان اوراق مربوط به دعاوی مدنی و حتی اداری را نیز به همین ترتیب به بخش خصوصی واگذار کرد. در خصوص ابلاغ اوراق قضایی مربوط به دعاوی مدنی، مواد متعددی در قانون آیین دادرسی مدنی وجود دارد که این امر را بر عهده دفتر دادگاه قرار داده است. ماده (۶۷): «پس از دستور دادگاه دایر به ابلاغ اوراق دعوا، مدیر دفتر یک نسخه از دادخواست پیوست‌های آن را در پرونده بایگانی می‌کند و نسخه دیگر را با ضمایم آن و اخطاریه جهت ابلاغ و تسلیم به خوانده ارسال می‌دارد»؛ ماده (۳۰۰): «مدیر دفتر دادگاه موظف است فوری پس از امضای دادنامه، رونوشت آن را به تعداد اصحاب دعوا تهیه و در صورتی که شخصاً یا وکیل یا نماینده قانونی آن‌ها حضور دارند به آنان ابلاغ نماید و الا به مأمور ابلاغ تسلیم و توسط وی به اصحاب دعوا ابلاغ گردد.»؛ ماده (۳۰۲):

۱. ماده (۱۷۵) - استفاده از سامانه‌های (سیستم‌های) رایانه‌ای و مخابراتی، از قبیل پیام‌نگار (ایمیل)، ارتباط تصویری از راه دور، نمبر و تلفن، برای طرح شکایت یا دعوا، ارجاع پرونده، احضار متهم، ابلاغ اوراق قضایی و همچنین نیابت قضایی با رعایت مقررات راجع به دادرسی الکترونیکی بلامانع است.
۲. مرکز آمار و فناوری اطلاعات قوه قضاییه

«هیچ حکم یا قراری را نمی‌توان اجرا نمود مگر این‌که به صورت حضوری و یا به صورت دادنامه یا رونوشت گواهی شده آن به طرفین یا وکیل آنان ابلاغ شده باشد؛ نحوه ابلاغ دادنامه و رونوشت آن برابر مقررات مربوط به ابلاغ دادخواست و سایر اوراق رسمی خواهد بود.»

در حقوق تطبیقی نیز می‌توان برخی نمونه‌های مربوط به واگذاری ابلاغ اوراق قضایی به بخش خصوصی را مشاهده کرد. ماده (۵) قانون آیین دادرسی مدنی امارات متحده عربی، امکان ابلاغ اوراق قضایی را از طریق یک شرکت یا دفتر خصوصی مورد پیش‌بینی قرار داده است. کابینه مطابق پیشنهاد وزیر دادگستری، امور اسلامی و اوقاف، مقررات مربوط به تنظیم کار شرکت یا دفاتر خصوصی را تهیه می‌کند.^۱ همچنین قانون بنیادین محاکمات حقوقی یا مدنی^۲ اردن نیز تقریباً حاوی حکم مشابهی است. ماده (۳) این قانون مقرر کرده است که بر اساس پیشنهاد وزارت دادگستری و موافقت کابینه، امکان ابلاغ اوراق قضایی توسط یک شرکت خصوصی وجود دارد.

در نهایت باید اشاره کرد که در برخی کشورهای اروپایی بعضی از خدمات مرتبط با امور قضایی در جهت افزایش کارآمدی یا به دلایل اقتصادی به بخش خصوصی واگذار شده است. برای مثال، برخی از امور دادگاهها نظیر نگهداری از رایانه‌ها، آموزش کارکنان، حفاظت (حراست)، امور بایگانی و نظافت در تعدادی از کشورها به بخش خصوصی واگذار شده است. جدول زیر وضعیت واگذاری این دست خدمات را در کشورهای مختلف اروپایی را در سال ۲۰۱۴ نشان می‌دهد.^۳

1. UAE civil procedure code federal law no. (11) of 1992
2. Fundamental Jordanian civil trials law of 2006
3. Report on "European judicial systems – Edition 2014 (2012 data): efficiency and quality of justice", Available at:
http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport_2014_en.pdf

وضعیت واگذاری بخشی از خدمات مرتبط با امور قضایی (نگهداری از رایانه‌ها، آموزش کارکنان، حفاظت (حراست)، امور بایگانی و نظافت) به بخش خصوصی		
عدم واگذاری به بخش خصوصی	واگذاری به بخش خصوصی	کشورها
	✓	آندورا
	✓	آلبانی
×		ارمنستان
	✓	اتریش
	✓	آذربایجان
×		بلژیک
×		بوسنی و هرزگوین
	✓	بلغارستان
	✓	کرواسی
×		قبرس
	✓	جمهوری چک
	✓	دانمارک

	✓	استونی
	✓	فنلاند
	✓	فرانسه
	✓	گرجستان
	✓	آلمان
	✓	یونان
	✓	مجارستان
	✓	ایسلند
	✓	ایرلند
	✓	ایتالیا
	✓	لتونی
	✓	لیتوانی
	✓	لوکزامبورگ

	✓	مالت
	✓	جمهوری مولداوی
✗		موناکو
✗		مونتنه‌نگرو
	✓	هلند
	✓	نروژ
	✓	لہستان
	✓	پرتغال
	✓	رومانی
	✓	فراسیون روسیه
✗		صربستان
		اسلواکی
	✓	اسلوبونی
	✓	اسپانیا
	✓	سوئد

	✓	سوئیس
	✓	ترکیه
✗		اوکراین
	✓	انگلستان و ولز
	✓	ایرلند شمالی
	✓	اسکاتلند
∧	۳۸	تعداد کشورها

۳. برخی ملاحظات مربوط به واگذاری امور مربوط به قوه قضائیه به بخش خصوصی

در پایان این نوشتار لازم است به صورت کلی و مختصر و تنها به جهت طرح بحث‌هایی که باید در آینده بهصورت دقیق مورد بررسی قرار گیرند، به برخی چالش‌های مربوط به واگذاری امور غیرقضایی قوه قضائیه اشاره شود. با فرض امکان واگذاری امور اداری و امور غیرحاکمیتی مربوط به سازمان‌های وابسته به قوه قضائیه و البته با در نظر داشتن انواع شرایط و ملاحظات مربوط، معمولاً یکی از چالش‌ها یا معایبی که برای خصوصی‌سازی به‌طور کلی نیز برشمرده می‌شود، هزینه‌هایی است که مردم باید در برابر دریافت خدمات بخش خصوصی بپردازند. به‌گونه‌ای که این امر ممکن است برای اقشار کم‌درآمد جامعه جهت دسترسی به خدمات مختلف مشکلاتی را ایجاد کند. در ارتباط با خصوصی‌سازی در کشورمان نیز به‌خصوص با توجه به اصولی از قانون اساسی که به نظر می‌رسد نشانه‌های قابل توجهی در ارتباط با رفاهی بودن دولت جمهوری اسلامی ایران در آن مشاهده می‌شود؛ از جمله بند سوم اصل سوم (آموزش و پرورش و تربیت بدنی رایگان برای همه و در تمامی سطوح و همچنین تسهیل و تعمیم آموزش عالی)، بند نهم (رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه در تمامی زمینه‌های مادی و معنوی)، بند دوازدهم (پی‌ریزی اقتصاد صحیح و عادلانه بر طبق ضوابط اساسی جهت ایجاد رفاه و رفع فقر و برطرف ساختن هر نوع محرومیت در زمینه‌های تغذیه و مسکن و کار و بهداشت و تعمیم بیمه) و بند سیزدهم (تأمین خودکافی در علوم و فنون، صنعت، کشاورزی و امور نظامی و مانند این‌ها)، چنین مناقشاتی قابل طرح است. صرف‌نظر از پاسخ‌هایی که می‌توان به این دست مجادلات داد (از جمله آنکه پیش‌بینی این وظایف لزوماً به معنی انجام آن توسط دولت نبوده و دولت می‌تواند با اطمینان حاصل کردن از انجام این خدمات بهصورت مناسب، آنها را از بخش خصوصی مطالبه کند)، در ارتباط با خدمات قضایی و مشارکت بخش خصوصی در ارائه آنها نیز ممکن است این دست محدودات مطرح شود. در این ارتباط باید به چند نکته توجه داشت؛ مطابق قانون اساسی تنها ارائه خدماتی نظیر آموزش و پرورش و تربیت بدنی به‌صورت رایگان مورد پیش‌بینی قرار گرفته و در خصوص سایر خدمات گرچه دولت مسئولیت نهایی در ارائه آنها را بر عهده دارد، اما نحوه ارائه مطابق قانون اساسی لزوماً رایگان نخواهد بود. هم‌چنین باید به این امر اشاره کرد که رایگان بودن ارائه خدمات عمومی به عنوان یکی از اصول خدمات عمومی مورد پذیرش همگانی قرار نگرفته است. در ارتباط با امور قضایی هم چنان که طی مطالب پیشین توضیح داده

شد، امور محضر قضایی به عنوان وظیفه ذاتی قوه قضاییه که شامل حل و فصل اختلافات است، قابل واگذاری نبوده و از سوی قوه قضاییه و به صورت رایگان تأمین می شود. بر این اساس، واگذاری امور جانبی مربوط به امر قضا از جمله ابلاغ اوراق یا خدمات الکترونیک قضایی، نمی تواند در دسترسی به عدالت (به فرض پذیرش لزوم رایگان بودن آن) خدشهای وارد آورد.

همچنین ممکن است در ارتباط با برخی از مصاديق واگذاری امور مرتبط با قوه قضاییه نظریه ابلاغ اوراق قضایی و یا حتی ارائه الکترونیک خدمات، مسأله حريم خصوصی افراد و حفظ محترمانگی اطلاعات مربوط به آنها مطرح شود. همان گونه که می دانیم قانون اساسی نیز در اصل بیست و پنج به نوعی با بیان اینکه «بازرسی و نرساندن نامه ها، ضبط و فاش کردن مکالمات تلفنی، افشاگری مخابرات تلگرافی و تلکس، سانسور، عدم مخابره و نرساندن آن ها، استراق سمع و هرگونه تجسس ممنوع است مگر به حکم قانون» حمایت از حريم خصوصی اشخاص را لازم دانسته است. در این خصوص باید گفت که با مطالعه بخش های این نوشتار مشخص شد که مصاديق پیش گفته واگذاری در نظام حقوقی کشورمان تحت نظریت قوه قضاییه بوده (برای نمونه، واگذاری ابلاغ به بخش خصوصی از طریق مرکز آمار و فناوری اطلاعات قوه قضاییه صورت می گیرد) و بدین ترتیب این قوه باید با در نظر داشتن ضرورت رعایت حريم خصوصی افراد به خصوص با تأکید قانون اساسی، تمهیدات لازم در این زمینه را فراهم کند.

نتیجه‌گیری

- ۱- استفاده از ظرفیت‌های بخش خصوصی در اداره جامعه گرچه با توجه به مبانی نظری و زیرساخت‌های سیاسی، فرهنگی، اجتماعی و حقوقی در هر کشوری متفاوت است، اما می‌توان ادعا کرد که در بسیاری از کشورها امروزه به انحصار مختلف از توان بخش خصوصی در اداره امور بهره گرفته می‌شود. این به کارگیری گرچه شکل‌ها و شیوه‌های متنوع و متعددی دارد، اما هدف از آن عمدتاً افزایش کارایی و بهره‌وری و کاهش هزینه‌های دولت‌هاست. از سوی دیگر باید این نکته را مطمئن نظر داشت که خصوصی‌سازی بیشتر در حوزه‌های تصدی امور اقتصادی و امور اجرایی رخ داده است و سایر بخش‌ها و به خصوص امور قضایی کمتر شاهد این امر بوده و بحث‌های مربوط به خصوصی‌سازی در آن تازه و بدیع است.
- ۲- با توجه به وجود ضرورت‌های اقتصادی و مدیریتی از جمله کاهش بار وظایف و هزینه‌های دولت در امور قضایی و اداره بهتر و کارآمد آن، در پژوهشی که از نظر گذشت امکان سنجی واگذاری امور مربوط به قوه قضاییه به بخش خصوصی مورد بررسی قرار گرفت و در این مسیر از ادبیات موجود در حقوق تطبیقی نیز بهره گرفته شد. در این نوشتار، با تفکیک میان انواع اموری که مربوط به قوه قضاییه بوده و بررسی مجزای هریک از آنها، امکان سنجی مذکور مورد واکاوی قرار گرفت. در این راستا باید تصریح کرد که امور محض قضایی یا امر قضا به معنای اخص آن مطابق قانون اساسی از کارویزه‌های اصلی قوه قضاییه بوده و واگذاری آن به بخش خصوصی ممتنع است. با وجود این، سایر اموری که قوه قضاییه اداره آنها را بر عهده دارد، از جمله امور اداری و امور سازمان‌های مربوط به قوه قضاییه، با سرشت و کارکرد قوه قضاییه بستگی ذاتی نداشته و با در نظر داشتن قوانین و مقررات موجود و توجه به انواع روش‌های خصوصی‌سازی و سایر مسائل مرتبط، قابل واگذاری به بخش خصوصی هستند. در این زمینه می‌توان به خدمات الکترونیکی قضایی، ابلاغ اوراق قضایی، امور دفتری و خدماتی و اجرای احکام اشاره کرد.
- ۳- در نظام حقوقی کشورمان مشارکت بخش خصوصی در مواردی نظیر ابلاغ اوراق قضایی و خدمات الکترونیکی قضایی مورد پیش‌بینی قرار گرفته‌اند. در مورد سایر امور اداری مرتبط با امر قضا نیز با توجه به شمول قانون مدیریت

خدمات کشوری بر بخش ستادی و اداری قوه قضاییه، احکام قانون مذکور در خصوص تأمین برخی از خدمات از طریق بخش خصوصی قابلیت اجرا را خواهند داشت. در این خصوص، اجرای این احکام درباره برخی خدمات ارائه شده توسط سازمان‌های وابسته به قوه قضاییه قبل توجه خواهد بود که البته بحث تفصیلی در خصوص آن باید در مقاله دیگری پیگیری شود. همچنانی باید توجه داشت در ارتباط با مصادیقی که در قابل واگذاری بودن آنها تردیدی نیست (امور اداری قضایی مطابق تحلیل پیشین). ریس قوه قضاییه مطابق بند ۱ اصل ۱۵۸ قانون اساسی و بر اساس صلاحیت اداری و اجرایی و از باب اصل عقلی تلازم و جهت استفاده از لوازم این صلاحیت خود، می‌تواند رأساً به واگذاری امور مربوطه بپردازد. بدیهی است در این موارد، تصمیم‌گیری در خصوص چگونگی و روش‌های واگذاری نیز با رعایت مقررات مربوط در صلاحیت رئیس قوه قضاییه قرار دارد. در واقع از آنجا که صلاحیت تعیین تشکیلات لازم در دادگستری بر عهده رئیس قوه قضاییه است، این مقام با در نظر داشتن تفکیک میان انواع امور مرتبط با قوه قضاییه و مقررات مربوطه می‌تواند در خصوص مشارکت یا عدم مشارکت بخش خصوصی در نحوه اداره امور قابل واگذاری تصمیم‌گیری کند. به علاوه، اگرچه مطابق پاسخ مطروحه در اینجا امکان واگذاری بخشی از امور قضایی (امور اداری قضایی و امور مربوط به سازمان‌های وابسته به قوه قضاییه) وجود دارد، اما چنانی امکانی تنها بر مبنای تحلیل حقوقی محرز گردیده است و وجه مدیریتی واگذاری (به خصوص در مواردی که رئیس قوه قضاییه صلاحیت واگذاری در فرض عدم منع قانونی را داراست) که در برداشته سنجش مصلحت آن است، خود باید مطمح توجه جداگانه واقع شود. به بیان دیگر، جواز و امکان قانونی واگذاری لزوماً به معنای به مصلحت بودن آن در همه موارد نیست.

۴- در نهایت باید اذعان داشت که نمونه‌های مورد بررسی در حقوق تطبیقی، مشارکت بخش خصوصی در اجرای احکام، ابلاغ اوراق قضایی، امور اداری نظیر بایگانی، حراست، نظافت، اداره امور زندان‌ها و ... را نشان می‌دهند. در این خصوص باید دقیق که حوزه‌های خصوصی شده بسیار محدود بوده و امور قضایی در معنای اخص آن همچنان از کارکردهای اصلی دولت محسوب می‌شود.

منابع

- آل عمران، رویا؛ آل عمران، سیدعلی، «خصوصی‌سازی و سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی»، بررسی مسائل و سیاست‌های اقتصادی، شماره ۱۲، اسفند ۱۳۹۰.
- بهکش، محمدمهردی، اقتصاد ایران در بستر جهانی شدن، چاپ دوم، تهران، نشر نی، ۱۳۸۱.
- جمشیدی، علی‌رضا؛ رستمی غازانی، امید، «تمرکز امور قضایی در قوه قضاییه»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۳، پاییز ۱۳۹۲.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات الفاظ القرآن، تحقیق صفوان عدنان داوودی، چاپ پنجم، دمشق، دارالقلم، ۱۴۲۶ق.
- مشکینی، علی، قضا و شهادات، چاپ اول، قم، نشر یاسر، ۱۳۵۹.
- محمدی گیلانی، محمد، قضا و قضابت در اسلام، چاپ سوم، تهران، انتشارات عرفان، ۱۳۷۸.
- مرادی برلیان، مهدی، گزارش پژوهشی «مفهوم لواح قضایی و آثار حقوقی آن»، تحت نظر دکتر حسن وکیلیان، چاپ اول، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۴.
- نجفی، محمدحسین، جواهر الكلام، جلد چهارم، اصفهان، مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه، بی‌تا.
- هادوی تهرانی، مهدی، قضابت و قاضی، چاپ اول، تهران، انتشارات خانه خرد، ۱۳۸۵.
- ارزیابی نظام‌های قضایی اروپا در سال ۲۰۱۲، گروه مترجمان، چاپ اول، پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۵.

- Enforcement of Court Decisions in Europe, Report prepared by the Research Team on enforcement of court decisions (University Nancy (France) / Swiss Institute of comparative law) and discussed by the CEPEJ-GT-EVAL at their 8th meeting. Available at:
https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes8Execution_en.pdf
- Hober, Eldar, "Privatization of The Judiciary", Seattle University Law Review, vol. 40, 2016. Available at:
<http://sentencingproject.org/wp-content/uploads/2015/12/International-Growth-Trends-in-Prison-Privatization.pdf>.
- Recommendation (2003) 17 of the Committee of Ministers to member states on enforcement. Available at:
<http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsuen.nsf/%28documents%29/7887A705C14296F0C2257D88002FB42D>
- Report on "European judicial systems – Edition 2014 (2012 data): efficiency and quality of justice", Available at:

http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport_2014_en.pdf

- Uzelac, Alan, “Privatization of Enforcement Services – A Step forward for Countries in Transition?”, p. 86.

بررسی شرط مذاکره در حل و فصل اختلافات تجاری با توجه به رویه قضایی بین‌المللی

عبدالحسین شیروی*

محمدجواد کاظمی**

چکیده

در قراردادهای تجاری طرفین معمولاً توافق می‌کنند قبل از اینکه اختلاف خود را نزد سیستم داوری و یا قضایی مطرح نمایند، ابتدا آن را از طریق مذاکرات دوستانه حل و فصل نمایند و بدین طریق ضمن حفظ روابط تجاری و تحمل کمترین هزینه، زمان و خسارات، به حل و فصل اختلاف خود نائل شوند. به رغم اینکه توافقات مزبور در تجارت بسیار معمول است، وضعیت حقوقی آنها در رابطه با درجه التزام و پای‌بندی طرفین نسبت به حل و فصل ابتدایی اختلاف از طریق مذاکره و تبعات حقوقی نقض آن مورد بحث قرار نگرفته است. این مقاله با تبیین ماهیت حقوقی این توافقات به عنوان شرط فعل و با توجه به رویه قضایی بین‌المللی، بر این دیدگاه تأکید خواهد نمود که چنین توافق‌هایی، نه تنها طرفین را از رجوع اولیه به سیستم داوری و یا قضایی منع خواهد کرد، بلکه نسبت به آنها این الزام را ایجاد خواهد کرد که در راستای حل و فصل اختلاف خود، ابتدا فرآیند منظم و اصولی مذاکره را در پیش گیرند و با حسن نیت آن را جهت حصول نتیجه ادامه دهند. نقض این تعهد حتی می‌تواند به ایجاد مسئولیت قراردادی منجر گردد.

کلیدواژه‌ها: شرط مذاکره، روش‌های جایگزین حل و فصل اختلافات، نقض تعهد انجام مذاکره، ضمانت اجرای نقض شرط مذاکره.

مقدمه

در دنیای تجارت خصوصاً تجارت بین‌المللی، تجار تمایل و اعتقاد چندانی به سیستم قضاؤت رسمی ندارند چرا که آنها می‌خواهند اختلافات خود را سریع‌تر، ارزان‌تر و بدون کمترین خلل به روابط تجاری‌شان حل نمایند. همچنین تئوری‌های مبتنی بر تحلیل اقتصادی حقوق هم بر این دیدگاه اصرار دارند که در نظام قضایی کارآمد لازم نیست همه اختلافات از طریق سیستم دولتی حل و فصل شود.^۱ این دغدغه‌ها منجر به شکل‌گیری روش‌های غیر رسمی نظام حل و فصل اختلافات، تحت عنوان روش‌های جایگزین حل و فصل اختلاف (ای.دی.آر) گردیده است.

مذاکره همواره به عنوان یکی از قدیمی‌ترین روش‌های جایگزین حل و فصل اختلافات مطرح بوده است. چرا که خود طرفین در بهترین وضعیتی قرار دارند که نقاط قوت و ضعف اختلاف را می‌دانند و به بهترین وجه می‌توانند آن را حل نمایند. اهمیت بیشتر مذاکره امروزه در تجلی و تحول آن به عنوان یکی از روش‌های ای.دی.آر می‌باشد به گونه‌ای که در بسیاری از قراردادها در ماده‌های پایانی آن طرفین توافق می‌کنند که قبل از رجوع به سایر روش‌های حل و فصل اختلاف، ابتداً اختلاف از طریق مذاکره حل و فصل گردد. این روش حل و فصل اختلاف هم در مقررات بین‌المللی و هم در قوانین داخلی مورد تأکید قرار گرفته است به عنوان نمونه بر مبنای ماده ۵ قواعد داوری اتفاق بازرگانی بین‌المللی و روش‌های جایگزین حل و فصل اختلافات^۲ طرفین می‌باشد جهت حل و فصل اختلافات خود ابتداً مذاکره نموده و در صورت عدم حل اختلاف، به سایر شیوه‌های ای.دی.آر متول می‌شوند.^۳ همچنین در ماده ۱۹ قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ مقرر شده است: «اختلافات بین دولت و سایر سرمایه گذاران خارجی در خصوص سرمایه گذاری‌های موضوع این قانون چنان‌چه از طریق مذاکره حل و فصل نگردد، در دادگاه‌های داخلی مورد رسیدگی قرار می‌گیرد».

جوزاً بلکه تشویق به حل و فصل اختلافات از طریق مذاکره و صلح و سازش مورد تأکید آیات و روایات اسلامی است. از جمله آیه ۱۲۸ سوره نساء که می‌فرماید: «الصلح

1. Kaplow, Louis; Shavell, Steven, "Economic analysis of law", Harvard Law School publishing, 1999, p. 2.

2. Arbitration and ADR Rules, ICC, 2011.

۳. برای دیدن ترجمه فارسی آن رک: معصومی، پندار، «قواعد داوری اتفاق بازرگانی بین‌المللی و روش‌های جایگزین حل و فصل اختلافات»، ویژه‌نامه مجله حقوقی بین‌المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، ۱۳۹۱، ص. ۳۰۱.

خیر» و یا روایت حضرت رسول در این رابطه که می فرمایند: «الصلح جائز بین المسلمين الا صلحًا احل حراماً او حرم حلالاً».۱ این اهمیت تا آنچاست که در فقه کتاب مستقلی به نام کتاب الصلح و در قانون مدنی، فصلی تحت عنوان «در صلح» به این عقد اختصاص داده شده است و تمام آثار و احکام آن را به تفصیل بیان کرده است. در عقد صلح ترتیبات و گذشت هایی پیش بینی شده است که در سایر عقود دیده نمی شود. مثلاً جهل در صلحی که در مقام رفع تنازع است مجاز شمرده شده است یا خیار غبن در مصالحه اختلافات راه پیدا نمی کند و یا عقد صلح لازم است هر چند که در مقام عقود جائز منعقد گردد.

علی‌رغم تأکید بر حل و فصل اختلافات از طریق سازش و مذاکره در فقه اسلامی و همچنین رواج و شیوع آن در عرصه قراردادهای داخلی و خارجی، هنوز وضعیت حقوقی چنین توافقاتی در رابطه با درجه التراو و پایبندی طرفین نسبت به حل و فصل ابتدایی اختلاف از طریق مذاکره در حقوق ایران کاملاً تبیین نشده است.^۲ اینکه آیا چنین شروطی صرفاً یک توافق مقدماتی بدون هیچ الزام حقوقی می‌باشد یا بر عکس، شروطی هستند که طرفین را ملزم می‌نمایند در هنگام حدوث اختلاف فرآیند مذاکره را در پیش گیرند و به تمام مفاد آن پایبند باشند. این مقاله با تبیین این شروط و اوصاف و آثار آن، این دیدگاه و فرض را دنبال خواهد کرد که طرفین بر مبنای این توافقات ملزم هستند در هنگام بروز اختلاف ابتدائی مسیر منظم و اصولی مذاکره را در پیش گرفته و سپس به سیستم داوری و یا قضایی مراجعه نمایند.

به این جهت ابتدا شرط مذاکره و اهمیت این تعهد قراردادی و سپس ویژگی‌های آن بیان می‌شود. در ادامه آثار تعهد بر مذاکره به عنوان یک شرط فعل مورد بررسی قرار می‌گیرد و ضمانت اجرای تخلف از آن با توجه به رویه قضایی بین‌المللی مورد بررسی قرار می‌گیرد و در آخر نیز اصول حاکم بر مذاکره به نحو اختصار بیان می‌گردد.

۱. مذاکره و اهمیت آن

مذاکره روشی است که طرفین در صدد هستند اختلافات خود را بدون مداخله اشخاص ثالث، به عنوان تسهیل‌کننده اختلاف، حل و فصل نمایند.^۳ فرآیندی که از

۱. حر عاملی، وسائل الشیعه، چاپ اسلامیه، ج ۱۳، ص ۱۶۴.

۲. آنچه تا امروز در حقوق ایران در این رابطه بحث شده، بیشتر ناظر به بررسی کلی روش‌های جایگزین حل و فصل اختلافات (ADR) بوده است و به تحقیق، هنوز موضوع مذاکره به نحو مستقلی مورد بررسی قرار نگرفته است.

3. Connell, Mary Ellen, "International Dispute Settlement", Dartmouth Publishing, 2003, p. 37.

طريق گفتگو و ارتباطات رفت و آمدی جهت حصول توافق میان دو طرف یا بیشتر که دارای منافع متعارض هستند، طراحی شده است. امروزه تجلی این روش از حل و فصل اختلاف در قراردادها، به صورت شرطی است که در ماده‌های پایانی قرارداد گنجانده می‌شود. شرط فعل مثبتی که پیش از وقوع منازعه و اختلاف به صورت ماهیتی غیرمستقل، ضمن عقد اصلی مورد توافق قرار می‌گیرد و بر مبنای آن، طرفین اختلاف متعهد می‌گردند از طريق گفتگو و تماس‌های مستقیم و بدون مداخله شخص ثالث اختلافات خود را حل و فصل نمایند.

منافع فردی و اجتماعی حل و فصل اختلافات از طريق درج شرط مذاکره در قرارداد، امروزه بر هیچ کسی پوشیده نیست. مذاکره باعث کنترل حجم دعاوی و فراوانی آن می‌شود. مذاکره نه تنها به تمرکزدایی منطقی قضایی کمک می‌کند، بلکه با اقتضائات خصوصی‌سازی و قراردادی شدن دادرسی بسیار هماهنگی و انطباق دارد. معکوس‌سازی دعاوی با استفاده از مذاکره، نوعی مهندسی مجدد از نظام مرافعات جامعه به دست می‌دهد که طی آن جاذبه حل اختلاف دادگاه محور، بسیار کمتر خواهد شد.^۱ با مذاکره، طرفین اختلاف خواهند توانست با کنترل و مدیریت هزینه‌ها و همچنین توجه به نقش خود به عنوان تنها بازیگران حل اختلاف، در راستای بهینه‌سازی روند حل اختلاف خود حرکت نمایند. حل اختلاف از طريق مذاکره زمان را برای طرفین ذخیره خواهد کرد. چرا که خودشان هستند که هر موقع می‌توانند به حل اختلاف پردازند، به آسانی در دسترس هم باشند، حداکثر همکاری و مشارکت را در راستای رسیدن به نتیجه برد - برد داشته باشند و نهایتاً با حذف عوامل اطاله، در کوتاه‌ترین زمان ممکن، به حل و فصل اختلافات خود نائل آیند.

۲. ویژگی‌های تعهد به مذاکره

تعهد به مذاکره یا شرط مذاکره دارای اوصاف و ویژگی‌هایی است که این اوصاف ثمریخش بودن آن را در فرآیند حل و فصل اختلاف تضمین می‌نماید. در ادامه، با تأکید بر قانون مدنی، مهم‌ترین این اوصاف مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۱. کفايت تعیین اجمالی موضوع

قانون مدنی در مبحث سوم از شرایط اساسی صحت معامله (مواد ۲۱۴ تا ۲۱۶)، از شرایط و احکام «مورد تعهد» سخن می‌گوید. «مورد تعهد» در شرط مذاکره، فعل

1.Shavell, Steven, "Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis", Journal of Legal Studies, Volume 24, Number1, 1995, P.2.

مثبتی است که طرفین در هنگام وقوع اختلاف متعهد به تعیین و انجام آن می‌باشند. بر مبنای ماده ۲۱۶ ق.م.^۱ موضوع تعهد در شرط مذاکره باید معین باشد. حال شبهه‌ای که در اینجا مطرح می‌گردد، این است که شرط مذاکره زمانی توافق و تعهد می‌گردد که هنور اختلافی محقق نشده است و مالاً موضوع آن معین نمی‌باشد و بنابراین باطل است. در پاسخ به این شبهه و رد بطلان این گونه شرط، می‌توان چنین استدلال کرد:

۱- هر چند بر مبنای ماده ۲۱۶ قانون مدنی موضوع تعهد می‌باشد تفصیلاً معلوم و معین باشد، اما اولاً شرایط صحت موضوع تعهد را نمی‌توان با شرایط صحت شرط فعل یکی دانست، ثانیاً برخی از شرایط صحت تعهد مانند معلوم بودن تفصیلی، دلیلی بر لزوم آن در شرط وجود ندارد؛ ثالثاً مبنای تفصیلی بودن مورد تعهد، حدیث مشهور نبوی «نهی النبی عن بيع الغر» می‌باشد. در حالی که امروزه به بعضی از تعهدات متعارف اجتماعی با گذشت و تسامح نگریسته می‌شود و عرف با دید غری به آنها نگاه نمی‌کند. به علاوه اعمال دقیق و سخت‌گیری در شرایط تشکیل آنها نه تنها عادتاً امکان ندارد بلکه الزامی کردن علم تفصیلی نسبت به آنها، مانع ایجاد روابط ضروری و منظم حقوقی خواهد شد. شایان ذکر است که در قانون مدنی جهل به شرط تا حدودی که به جهل عوضین منجر نشود، فاقد اشکال است. به این جهت برخی از حقوق‌دانان صراحتاً بیان کرده‌اند که جهل در شروط فی نفسه اشکالی ندارد.^۲ همچنین مطالعه قانون مدنی راجع به وکالت، جعله، مضاربه و ودیعه ما را به این نتیجه رهنمون می‌سازد که قانون‌گذار، آن سخت‌گیری که در رابطه با مال مورد معامله داشته، در رابطه با تعهد به انجام کاری در آینده نداشته است.^۳ برای مثال وکالت می‌تواند برای تمام امور موکل باشد در حالی که در زمان انعقاد قرارداد وکالت، این امور معین نمی‌باشد. بنابراین «قابلیت تعیین» و امکان رفع ابهام از مورد تعهد کافی می‌باشد و می‌توان با مراجعت به عرف، قلمرو و حدود موضوع تعهد را معین کرد.

۲- با عنایت به اینکه نتیجه پایانی مذاکره جلوه‌ای از عقد صلح باشد که برای پایان بخشیدن به تناعز منعقد می‌شود و همچنین ماده ۷۶۶ ق.م.^۴ می‌توان

۱. ماده ۲۱۶ ق.م: «مورد معامله باید میهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.»

۲. شهیدی، مهدی، «شروط ضمن عقد»، چاپ دوم، تهران، انتشارات مجده، ۱۳۸۷، ص. ۸۷.

۳. کاتوزیان، ناصر، «قواعد عمومی قراردادها»، جلد سوم، چاپ دوم، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۶، ص. ۲۰۹.

۴. ماده ۷۶۶ ق.م: «اگر طرفین دعوی بطور کلی تمام دعاوی واقعیه و فرضیه خود را به صلح خاتمه داده باشند کلیه دعاوی داخل در صلح محسوب است...»

استدلال کرد که علم تفصیلی به مورد تعهد در صلح و مذاکره لازم نیست و تعهداتی که اجمالاً معلوم می‌باشد، می‌تواند مورد صلح و مذاکره قرار گیرد.
 ۳- اگر سبب و رابطه حقوقی که باعث اختلاف شده، در ابتدا مشخص شده باشد، بر مبنای این رابطه حقوقی می‌توان اختلافات حاصله را تعیین کرد. به عبارتی دیگر شرط مذاکره که خود به تبع قراردادی است که موضوع معین دارد، خود به خود دارای موضوع معین و مشخص خواهد شد.^۱ بنابراین به جای تعیین اختلافات طرفین، با تعیین رابطه حقوقی که به اختلاف منجر شده است، می‌توان مشکل تفصیلی نبودن مورد تعهد را در مذاکره حل کرد.^۲ در تأیید این استدلال می‌توان به ماده ۷ قانون نمونه آسیتیوال در رابطه با داوری تجاری، که ترجمه غیردقیق آن در بند (ج) ماده یک قانون داوری تجاری بین‌المللی آورده شده است، اشاره کرد. این ماده در تعریف موافقت‌نامه داوری بیان می‌دارد که: «موافقتنامه داوری توافقی است بین طرفین که به موجب آن تمام یا بعضی^۳ از اختلافاتی که در مورد یک یا چند رابطه حقوقی معین اعم از قراردادی یا غیرقراردادی به وجود آمده یا ممکن است پیش آید، به داوری ارجاع می‌شود.»^۴

۴- در ماده ۴۵۵ ق.آ.د.م، قانون گذار بیان می‌دارد که: «معاملین می‌توانند ضمن معامله ملزم شوند و یا به موجب قرارداد جداگانه تراضی نمایند که در صورت بروز اختلاف بین آنان، به داوری مراجعه کنند ...» حال با عنایت به اینکه داوری در این رابطه خصوصیت ویژه‌ای ندارد که قانون گذار در آن صراحتاً

۱. در یک مورد شعبه ۲۲۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران، به موجب دادنامه شماره ۱۰۱۲-۱۵/۰۷/۱۵، دعوای خواهان را در خصوص الزام خوانده به اجرای مفاد قرارداد مشارکت و پرداخت خسارت، به دلیل وجود شرط داوری، قابل استماع ندانست. بعد از تجدیدنظرخواهی، شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۱۴۵۳-۱۳۸۳/۱۱/۲۴ موضوع پرونده شماره ۸۳/۱۴۱۶ مقرر می‌دارد: «استناد و کیل تجدیدنظرخواهان به ماده ۴۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی مبنی بر عدم تعیین موضوع و مدت داوری که موجب بی‌اعتباری قرارداد در بخش داوری می‌باشد، بلاوجه و مردود است، زیرا تعیین داور و حکم برای رفع و حل اختلاف در موضوع قرارداد طرفین خواهد بود که موضوع قرارداد معلوم و مشخص می‌باشد ...». برای دیدن آراء بیشتر در این زمینه رک: زندی، محمدرضا، «رویه قضایی دادگاههای تجدیدنظر استان تهران در امور مدنی: داوری»، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۸، ص. ۵۵.

۲. شیروی، عبدالحسین، داوری تجاری بین‌المللی، چاپ اول، انتشارات سمت، ۱۳۹۱، ص. ۹۱.

۳. منظور از بعضی در این بند، بعض معین است که ترجمه کلمه *certain* است نه بعض نامعین که ترجمه کلمه some باشد. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، رک: همان، ۹۲.

4. *Arbitration agreement*” is an agreement by the parties to submit to arbitration all or *certain* disputes which have arisen or *which may arise* between them in respect of a *defined legal relationship*, whether contractual or not.

شرط داوری در ابتدای انعقاد قرارداد را پذیرفته است، می‌توان گفت که در شرط مذاکره هم، همین که مورد تعهد و شرط اجمالاً معلوم باشد، برای اعتبار شرط و تعهد کفايت می‌کند.

بنابراین موضوع شرط مذاکره نیازی نیست که تفصیلاً معلوم گردد، بلکه همین که رافع اشتباه باشد و حدود اختیارات طرفین مذاکره را در رابطه با نوع اختلاف مشخص نماید، کفايت می‌کند. البته می‌بايست در شرط مذاکره قید گردد که تمام اختلافات ناشیه از این قرارداد و مرتبط با آن به مذاکره ارجاع می‌شود و یا بعضی از اختلافات مثلاً تعبیر و یا تفسیر قرارداد. این امر مورد تأکید رویه قضایی هم می‌باشد.^۱

۲-۲. معین بودن مدت

یقیناً یکی از مهم‌ترین انگیزه‌های طرفین جهت ارجاع اختلافات خود به مذاکره، سرعت در حل و فصل منازعه می‌باشد. این مقصود با بی‌پایان بودن فرآیند مذاکره در تضاد است. بنابراین با توجه به این مقصود و وحدت ملاک ماده ۴۵۸ ق.آ.د.م.^۲ در رابطه با داوری، طرفین مذاکره می‌بايست مدت مذاکره را در ماده مربوطه تعیین نمایند. حال اگر مدت مذاکره تعیین نشود، ضمانت اجرای آن چیست. در رأی که از شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۱۹۴۴ مورخ ۱۳۸۴/۱۲/۱۶ در رابطه با داوری صادر شده است، عدم قید مدت در قرارداد داوری را موجب بطلان و بی‌اعتباری قرارداد داوری عنوان کرده است.^۳ حال با توجه به عدم پیش‌بینی مدت قانونی برای مذاکره در قوانین مربوطه و توجه به رویه قضایی فوق الذکر و همچنین با عنایت به وحدت ملاک ماده ۴۰۱ ق.م.^۴ باید بر این نظر قائل بود که عدم تعیین مدت، باعث بطلان و بی‌اعتباری مذاکره خواهد شد چرا که فی الواقع قرار نیست حل و فصل این منازعه به دست زمان سپرده شود و منتظر ماند که چه زمانی این مذاکرات به نتیجه رسد بلکه طرفین می‌خواهند این اطمینان را داشته باشند که پس از انقضای مدت معینی و عدم حل و فصل منازعه، مسیر دیگر حل و فصل اختلاف (داوری یا دادگاه) را شروع نمایند. البته نظر مخالف هم با این استدلال که در قوانین مربوطه نصّ صریحی مبنی بر بطلان چنین شرطی وجود ندارد و به علاوه اصل بر عدم شرطیت ذکر مدت و استثنائی بودن بطلان می‌باشد، قابل دفاع می‌باشد.

۱. خدابخشی، عبدالله، «حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی»، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱، ص. ۷۲.

۲. ماده ۴۵۸ ق.آ.د.م: «در هر مورد که داور تعیین می‌شود باید موضوع و مدت داوری و نیز مشخصات طرفین و داور و یا داوران به طوری که رافع اشتباه باشد تعیین گردد...».

۳. زندی، محمدرضا، مبیع پشین، ص. ۸۴.

۴. ماده ۴۰۱ ق.م: «اگر برای خیار شرط مدت معین نشده باشد، هم شرط خیار و هم بیع باطل می‌باشد».

۳-۲. معلق بودن

همان گونه که عقد می‌تواند منجز یا معلق باشد، شرط ضمن عقد نیز ممکن است معلق یا منجر باشد. طبق ماده ۱۸۹ ق.م، عقد منجز عقدی است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود. شرط مذاکره را می‌توان جزء شروط معلق دسته‌بندی نمود، زیرا اثر شرط مذبور یعنی تعهد به انجام مذاکره بر حسب انشاء منوط به امر احتمالی و نامعلومی در آینده یعنی «حدوث اختلاف بین طرفین» شده است. بنابراین تعلیق در شرط مذاکره که از نوع تعلیق در منشأ (به ضم میم) می‌باشد، صحیح است. چرا که در این صورت توافق (شرط) محقق شده است و فقط اثر آن بر حسب انشاء موکول به تحقق واقعه احتمالی در آینده می‌گردد. حتی اگر صحت تعلیق در عقود محل بحث باشد، درستی تعلیق در شرط محل نزاع نیست و همه به آن قائل هستند.

۴-۲. مستقل بودن از قرارداد اصلی

این وصف از موافقتنامه مذاکره را می‌توان با سوال دقیق‌تری بدین شکل مطرح کرد که ارتباط شرط مذاکره با قرارداد اصلی چگونه می‌باشد. بدین توضیح که اگر قرارداد اصلی به هر دلیلی باطل اعلام شد، آیا شرط مذاکره ضمن آن هم، باطل خواهد بود یا خیر. در مقررات و رویه‌های داوری نظر غالب بر این است که بطلان قرارداد اصلی به شرط داوری سرایت نمی‌کند و در نتیجه داور همچنان برای رسیدگی به اختلاف صلاحیت خواهد داشت. این قاعده که به «قاعده استقلال شرط داوری» معروف شده است، در اسناد بین‌المللی و رویه قضایی کشورها منعکس گردیده و نظریه مخالف به ندرت دیده می‌شود.^۱ موضع نظام حقوقی ما در رابطه با این قاعده در داوری‌های داخلی و بین‌المللی یکسان نمی‌باشد. در داوری‌های داخلی، قانون به صراحة قاعده‌ای را بیان نمی‌کند، بنابراین عدمای از حقوق دانان با توجه به قاعده تابعیت شرط از عقد، منکر اصل استقلال شرط داوری شده‌اند.^۲ در داوری‌های خارجی، بند (۱) ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی^۳ با اقتباس از قانون نمونه داوری آنسیترال، به صراحة نظریه

۱. صفایی، سیدحسین، «سخنی چند درباره نوآوری‌ها و نارسایی‌های قانون داوری تجاری بین‌المللی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴۰، ۱۳۷۷، ص. ۱۷.

۲. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص. ۱۴۰.

۳. ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی؛ بند (۱): «داور می‌تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین درباره وجود و یا اعتبار موافقتنامه داوری اتخاذ تصمیم کند. شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد می‌باشد از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقتنامه‌ای مستقل تلقی می‌شود. تصمیم داور در خصوص بطلان و ملغی‌الاثر بودن قرارداد فی‌نفسه به منزله عدم اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد نخواهد بود».

استقلال شرط داوری را مورد تأکید قرار داده است. حال در رابطه با شرط مذاکره، با توجه به نکات فوق پیرامون شرط داوری، می‌توان چنین گفت که یکی از مبانی توجیه استقلال شرط داوری، اراده ضمنی طرفین است. یعنی طرفین ضمناً توافق کرده‌اند که مرجع داوری بتواند به هرگونه اختلاف راجع به قرارداد و یا حتی صحت و بطلان آن رسیدگی کند که این امر نیز سابقه فقهی دارد. به عنوان مثال هرگاه در بیع، شرط شود که بایع برای مستحق للغیر درآمدن مبیع ضامن بدهد این شرط صحیح است و چنانچه بایع به تعهد خود عمل نکند، مشتری حق فسخ معامله را دارد (ماده ۳۷۹ قانون مدنی). در صورتی که با مستحق للغیر درآمدن مبیع و رد مالک عقد بیع باطل می‌شود و لاجرم شرط ضمن آن نیز باطل می‌گردد. اما قانون‌گذار با تأسی از قصد طرفین به شرط مذبور استقلال داده و شرط ضمانت را صحیح تلقی کرده است، زیرا طرفین شرط ضمانت را در صورت مستحق للغیر درآمدن مورد موافقت قرار داده‌اند.

مضافاً، قاعده استقلال شرط داوری مورد تصریح قانون‌گذار قرار گرفته است و به نظر نمی‌رسد که این حکم صرفاً به داوری منحصر باشد بلکه به کلیه مواردی نیز تسری می‌یابد که طرفین ترتیبی را در صورت بطلان یا فسخ عقد در نظر می‌گیرند که این امر نشان می‌دهد که آنها تمایل دارند ترتیبات متعاقب بطلان یا فسخ را مقرر نمایند. بنابراین نمی‌توان به استناد قاعده پیروی شرط از عقد در حقوق مدنی، مشروعيت شرط مذاکره را ناشی از قرارداد اصلی تلقی کرد که با فسخ یا بطلان آن، شرط مذاکره هم باطل شود و آنچه قانون‌گذار در ماده ۴۶۱ ق.آ.د.م.^۱ در رابطه با داوری داخلی مطرح کرده است، نوعی تنگنظری و دخالت در داوری است نه اینکه چنین شرطی از جهت اصولی باطل است.

۳. آثار شرط مذاکره

منظور از آثار شرط مذاکره، نتایجی است که شرط پس از انشاء در عالم حقوق و به تبع در عالم خارج به وجود می‌آورد. در ادامه به بررسی مهم‌ترین این آثار و نتایج خواهیم پرداخت.

۱-۱. الزام به حل و فصل ابتدایی اختلاف از طریق مذاکره

اثر ايجابی شرط مذاکره که تجلی اراده و منافع طرفین می‌باشد، اين است که در صورت تحقق مقتضای شرط (حدوث اختلاف)، می‌بايست اختلاف ابتدا به فرآيند

۱. ماده ۴۶۱ ق.آ.د.م: «هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد، دادگاه ابتدائاً به آن رسیدگی و اظهارنظر می‌نماید».

مذاکره ارجاع و از طریق آن حل و فصل شود. از منظر قانون مدنی، وجوب وفا به عقد، شامل تمام اجزاء و شروط ضمن عقد نیز می‌باشد و عمل به آنها را نیز واجب می‌سازد و به تعبیر دیگری ادله و جو布 وفا به عقد، وجوب تکلیفی عمل به مفاد عقد و شروط ضمن آن می‌باشد. به علاوه، در رابطه با شرط فعل، ماده ۲۳۷ قانون مدنی چنین بیان می‌دارد: «هرگاه شرط در ضمن عقد، شرط فعل باشد، اثباتاً یا نفیا، کسی که ملتزم به انجام شرط شده است، باید آن را به جا آورد و در صورت تخلف طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع نموده، تقاضای اجبار به وفا شرط بنماید». بنابراین شرط مذاکره، موجب می‌شود که طرفین ملزم به حل و فصل اختلاف خود ابتدائاً از طریق مذاکره باشند و نظری غیر از این، نه تنها به لغو و بی‌فایده بودن شرط منجر خواهد شد بلکه ذهن را به این سؤال رهنمون می‌سازد که اصلاً هدف از این توافق چه بوده است؟

۳-۲. اناطه رسیدگی داور و یا قاضی به طی فرآیند مذاکره

اثر سلبی شرط مذاکره، به این صورت متجلی می‌شود که در صورت بروز اختلاف تا زمانی که طرفین فرآیند منظم و اصولی مذاکره را طی نکرده باشند، دیوان داوری و یا سیستم قضایی می‌بایست در راستای احترام به اراده نخستین طرفین، تا زمان احرار جری تشریفات مذاکره و عدم وصول طرفین به حل و فصل اختلاف، نه تنها وارد رسیدگی نشود بلکه در صورت عدم ورود طرفین به فرآیند مذاکره، آنها را به جری تشریفات مذاکره، آن هم با رعایت مقررات مربوطه مثل ابلاغ و اصول حاکم بر آن مثل رعایت حسن نیت، ملزم نماید. در مباحث مربوط به داوری این قاعده پذیرفته شده است که با وجود موافقتنامه داوری، دادگاه‌ها نسبت به حل اختلاف صلاحیت ندارند و در صورت طرح دعوا در دادگاه باید با استناد به قرارداد داوری، قرار عدم استماع دعوا را صادر نموده و رسیدگی به اختلاف را به داوری واگذار نمایند. ماده ۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی - که مبتنی بر ماده ۸ قانون نمونه آنسیترال راجع به داوری تجاری بین‌المللی می‌باشد - مقرر می‌دارد: «دادگاهی که دعوای موضوع موافقتنامه داوری نزد آن اقامه شده است باید در صورت درخواست یکی از طرفین تا پایان اولین جلسه دادگاه دعوای طرفین را به داوری احاله نماید، مگر اینکه احرار کند که موافقتنامه داوری باطل و ملغی‌الاثر و یا غیر قابل اجرا می‌باشد. طرح دعوا در دادگاه مانع شروع و یا ادامه جریان رسیدگی داوری و صدور رأی داور نخواهد بود».^۱

۱. در رویه قضایی نیز این قاعده مورد تبعیت قرار گرفته است؛ چنان که شعبه اول دادگاه عمومی کرج نیز در دادنامه شماره ۶۲۲ مورخ ۷۴/۶/۷ بیان داشته است: «دادگاه نظر بر اینکه بند ۷ قرارداد حکایت از انتخاب داور مرضی الطرفین دارد و نظر بر اینکه خواهان دلیلی مبنی بر اینکه داور نخواهد و یا نتواند رسیدگی نماید، ارایه

همان طور که ملاحظه گردید، در رابطه با داوری با توجه به ماهیت قرارداد، نفی صلاحیت دادگاهها مطلق بوده و علی‌الاصول دادگاهها هیچ گاه نمی‌توانند به آن دعوا رسیدگی نمایند. اما چنین مفهومی را نمی‌توان در رابطه با شرط مذاکره -که اصولاً حل اختلاف در آن با رضایت طرفین صورت می‌گیرد - تسری داد چرا که در این شیوه حل اختلاف، ممکن است طرفین به توافق نرسند و اختلاف حل و فصل نشود. بنابراین ما بر این باوریم که در رابطه با موافقتنامه مذاکره، نفی صلاحیت دیوان داوری و یا دادگاه‌های دادگستری بدین معنی است که رسیدگی به حل و فصل اختلاف توسط داور و یا قاضی تا مدتی که تلاش متعارف و مبتنی بر اصول، برای حل و فصل اختلاف از طریق مذاکره انجام نشده باشد، معلق می‌گردد و به عبارتی دیگر، نفی صلاحیت در رابطه با موافقتنامه مذاکره بدین معنی است که تا زمانی که تلاش‌های معقولی برای حل و فصل اختلاف از طریق مذاکره انجام نشده و یا این تلاش‌ها در جریان است، دعوا استماع خواهد نشد. بنابراین در این رابطه بر خلاف داوری، نفی صلاحیت دیوان داوری و یا دادگاه، دائمی و مستمر نخواهد بود.

دیدگاه فوق‌الذکر هر چند با قاعده کلی و سنتی صلاحیت اجباری محاکم، هماهنگ نمی‌باشد، اما به نظر می‌رسد که این رویه در حال تعديل است. به عنوان مثال در حقوق خارجی، قانون داوری انگلیس مصوب ۱۹۶۶ در بند ۲ ماده ۹ ذیل عنوان «توقف رسیدگی‌های قضایی» مقرر می‌دارد: «درخواست توقف رسیدگی‌ها ممکن است با وجود این امر که اختلاف باید پس از طی سایر شیوه‌های حل و فصل اختلاف، به داوری ارجاع گردد، مطرح شود».^۱ در قوانین دیگری از جمله ماده ۳ «قانون یکنواخت میانجی‌گری آمریکا»^۲ به قابلیت اجرای موافقتنامه ای.دی.آر تصریح شده است.^۳

در بسیاری از آراء جدید، دادگاهها با قابل اجرا دانستن موافقتنامه‌های ای.دی.آر و از جمله مذاکره، حکم به توقف رسیدگی‌های داوری و قضایی نموده‌اند. همچنین دادگاه‌های ایالات متحده آمریکا که رویه و نگرش آنها به طور جانبدارانه‌ای در جهت

نکرده، لذا به استناد مفهوم مخالف ماده ۶۳۹ قانون آین دادرسی مدنی، ایجاد خوادگان وارد، رأی به عدم استماع دعوای مطروح صادر و اعلام می‌نماید...». زندی، محمدرضا، منبع پیشین، ص. ۸۵

1. Stay of Legal Proceedings:

(1).....

(2) An application may be made notwithstanding that the matter is to be referred to arbitration only after the exhaustion of other dispute resolution procedures.

2. The American Uniform Mediation Act

۳. برای مطالعه این قاعده در میانجی‌گری، ر.ک:

Kovach, Kimberlee, "Mediation, The handbook of dispute resolution", Jossey, 2005, p. 345.

حمایت از شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف، متمایز می‌گردد، در آرای مختلفی بر اجرای موافقتنامه ای.دی.آر و توقف رسیدگی‌های دادگاه تأکید نموده‌اند.^۱ یکی از قضات انگلیسی در یکی از دعاوی^۲ طرح شده در سال ۲۰۰۲ در همین زمینه اظهارنظر می‌نماید: «میانجی‌گری از نظر قانون اجباری نیست اما شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات از جمله میانجی‌گری و مذاکره در مرکز سیستم عدالت مدنی امروزی قرار دارد و هر گونه قصور غیرموجه در توجه لازم به فرصت‌های ارائه شده باید به عنوان یک احتمال واقعی که ممکن است نتایج نامطلوب در برداشته باشد، در نظر گرفته شود».^۳ قاضی دیگری در این زمینه بیان داشته است: «من با این عقیده که برای مذاکره با حسن نیت هیچ تعهدی وجود نداشته باشد، موافق نیستم. من این استدلال را که چنین موافقتنامه‌هایی مشخص نمی‌باشند، رد می‌کنم. در اغلب شرایط تعهد برای مذاکره با حسن نیت وجود خواهد داشت، مشروط بر اینکه آن شروط دقیق باشد».^۴

در کشورهای حقوق نوشته، از جمله فرانسه، نیز دیوان عالی کشور فرانسه در دعوای پویر^۵ علیه تریپر^۶ اعلام نمود که شرط سازش که مورد توافق طرفین قرار گرفته است از هرگونه رسیدگی قضایی قبل از اتمام فرآیند سازش جلوگیری به عمل می‌آورد.^۷ از طرف دیگر، با توجه به اراده ضمنی طرفین می‌توان گفت وقتی آنها توافق (شرط) می‌کنند که اختلاف خود را از طریق ارجاع به فرآیند اصولی مذاکره حل و فصل نمایند، ضمناً بر این امر توافق کرده‌اند (هر چند گاه بر آن تصریح می‌شود) که تا تلاش‌های لازم جهت حل و فصل اختلاف از طریق مذاکره به شکست نینجامیده است، دعوای خود را نزد دیوان داوری و یا دادگاه مطرح ننمایند.^۸ هر چند دادگاه‌های داخلی هنوز نسبت به مسأله نفی صلاحیت دیوان داوری و یا دادگاه تا طی تشریفات منظم و اصولی مذاکره ورود نکرده‌اند، اما در بعضی از آراء دادگاه‌های خارجی این مسأله مورد تأکید قرار گرفته که در ادامه به چند مورد اشاره می‌گردد:

1. Redfern, Alan; Hunter, Martin, “Law and Practice of International Commercial Arbitration”, London, Sweet & Maxwell, 2003, p. 40.

۲. دعوای هورست (Hurst) علیه لیمنگ (Leeming).

3. Marriot, Arthur, “ADR in civil and commercial disputes”, Bernstein Handbook of Arbitration and Dispute Resolution Practice, Vol. 1, London, Sweet and Maxwell, 2003, p.466.

4. Ibid. p. 467

5. Poier

6. Tripiere

7. Ibid. p. 468.

۸. درویشی هویدا، یوسف، «شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف»، چاپ اول، تهران، انتشارات بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۸، ص. ۲۱۶.

۱. دعوای اول

این دعوا میان دولت لیبی و شرکت نفتی آسیاپی کالیفرنیا^۱ و شرکت نفتی خارجی تکزاکو^۲ در رابطه با امتیاز بهره‌برداری، در ژانویه ۱۹۷۹ مطرح گردید. با طرح اختلاف از سوی این شرکت‌ها در دیوان داوری، دولت لیبی دیوان را برای رسیدگی فاقد صلاحیت^۳ دانست. چرا که قبل از داوری می‌باشد فرآیند مذاکره که در قرارداد آنها پیش‌بینی شده بود را انجام می‌دادند. دیوان داوری در رأی مورخ ۱۹ ژانویه ۱۹۷۹ خود ایراد دولت لیبی را با این استدلال رد کرد که اولاً شرکت‌های نفتی تلاش‌های لازم را برای مذاکره با دولت لیبی به عمل آورده اند؛ ثانیاً این شرط بسیار مبهم بوده به گونه‌ای که معنای دقیق و مشخصی از آن نمی‌توان برداشت کرد. همان طور که ملاحظه می‌گردد درست است که دیوان در این رأی به نفع دولت لیبی اتخاذ موضع نکرد، اما به طور ضمنی عمل به شرط مذاکره و انجام تلاش‌های متعارف برای انجام آن - البته به شرطی که روشن و مشخص باشد - مورد پذیرش قرار داده است.^۴

۲. دعوای دوم

این دعوا میان دولت غنا و آنتوین بیلون،^۵ مارین درایو^۶ و مرکز سرمایه‌گذاری‌های غنا در رابطه با قرارداد تحصیل و توسعه اراضی مطرح گردید. طرفین در قرارداد خود چنین شرطی گنجانده بودند: طرفین قرارداد می‌باشد جهت حل و فصل دوستانه اختلاف، کلیه تلاش‌های لازم را از طریق مذاکرات انجام دهند. دولت غنا به عنوان خوانده مدعی بود که شرط مذاکره که پیش‌شرط رسیدگی داوری بوده، رعایت نشده است. چرا که تلاشی برای حل و فصل دوستانه اختلاف به عمل نیامده است. نهایتاً دیوان داوری ایراد دولت غنا را با این استدلال که خواهان‌ها تلاش لازم را برای حل و فصل دوستانه اختلاف از طریق مذاکره انجام داده‌اند، رد کرد.^۷

۳. دعوای سوم

این دعوا بین یک خریدار سوئدی و یک تولیدکننده چینی در رابطه با قراردادی برای ساخت باتری‌های صنعتی بوده است. بر مبنای شرط قراردادی مذکور، طرفین

1. California Asiatic Oil Company
2. Texaco Overseas Petroleum Company
3. Lacked Jurisdiction
4. Leonard, Sarah; Kanagak, Dharmananda, "Peace talks before war: The enforcement of clauses for dispute resolution before arbitration", Journal of international arbitration, Vol. 23, No.4, 2006, p. 302.
5. Antoine Biloune
6. Marin Drive
7. Ibid.

ملزم بوده‌اند اختلافات خود را از طریق مذاکره دوستانه حل و فصل نمایند. خریدار سوئی با این ادعا که طرف چینی در اجرای قرارداد قصور ورزیده است، ضمن فسخ قرارداد، آغاز رسیدگی داوری را درخواست می‌نماید. طرف چینی بر این مبنا که خریدار سوئی شرط حل و فصل اختلاف را رعایت نکرده است، به صلاحیت دیوان ایراد می‌کند. در پاسخ به این اعتراض دیوان، اعلام می‌نماید که طرف سوئی در رعایت شرط مذاکره قصور نکرده و تلاش‌های متعارف و با حسن نیتی انجام داده است. ملاحظه می‌گردد که در این رأی هم، دیوان خاطرنشان می‌سازد که با تنظیم شرط مذاکره به نحو مناسب و دقیق، حق رجوع به دیوان منوط به تحقق شرایط خاص مذاکره و از جمله رفتار مذاکره اصولی و با حسن نیت می‌باشد.^۱

۴. دعوای چهارم

طرفین این دعوا شرکت کابل اند وايرلس^۲ و شرکت آی.بی.ام^۳ قراردادی منعقد کرده بودند که به موجب آن خوانده یعنی شرکت آی.بی.ام باید خدمات تکنولوژی را در سراسر جهان در اختیار خواهان‌ها قرار دهد. در قرارداد، طرفین توافق نمودند که اختلافات حاصله در وهله اول از طریق مذاکره حل و فصل شود و چنانچه روش مذاکره به نتیجه نرسید، از طریق روشی که «مرکز حل و فصل اختلاف»^۴ پیشنهاد کند، رفع شود. با حدوث اختلاف، خواهان‌ها در دادگاه اقامه دعوا کردند، اما خوانده بیان داشت در طول مدتی که اختلاف از طریق مذاکره حل و فصل می‌شود، می‌بایست رسیدگی دادگاه متوقف گردد. دادگاه ضمن پذیرش درخواست خوانده اعلام کرد که نه تنها قصد طرفین از ابتدا حل و فصل اختلاف از طریق مذاکره بوده، بلکه آنها دادگاه را به عنوان آخرین رجوع و در صورت شکست مذاکره، مدنظر قرار داده‌اند. همچنین قاضی پرونده بیان داشت: «برای دادگاه امتناع از اجرای ارجاع قراردادی به روش جایگزین حل و فصل اختلاف (در این دعوا، مذاکره) بر مبنای عدم قطعیت ذاتی، پرواز کردن در برابر نظم عمومی می‌باشد».^۵

۵. دعوای پنجم

در این دعوا که در سال ۲۰۱۰ بین آرائیس تجاری امارات^۶ و شرکت صادرات معدنی پرایم^۷ در انگلستان مطرح شد، دادگاه‌های این کشور، به صراحت توافق بر

1. Ibid.

2. Cable and Wireless Company

3. IBM Company

4. Center for dispute resolution (SIC)

5. Ibid. p. 311.

6. Emirates Trading Agency LCC

مذاکره قبل از داوری را قابل اجرا علام کردند. ماده ۱۱.۱ قرارداد فیما بین که در رابطه با خرید سنگ آهن توسط شرکت اماراتی بود، بیان می‌داشت که در صورت بروز هر گونه اختلافی در رابطه و یا ناشی از این قرارداد ابتدائی می‌باشد از طریق مذاکرات دوستانه حل و فصل شود. اختلاف از آن جا حاصل شد که شرکت اماراتی در طول دو سال اول قرارداد از تعهد خرید خود قصور کرد. بنابراین شرکت انگلیسی قرارداد را خاتمه‌یافته اعلام کرد. طرفین چندین جلسه قبل از فسخ برگزار کردند، اما به حل و فصل اختلاف خود نائل نشدند. شرکت انگلیسی ادعای خسارتمانی دیوان داوری مطرح کرد اما شرکت اماراتی مطابق قانون داوری ۱۹۹۶ نزد دادگاه عالی اعتراض کرد که در ماده ۱۱.۱ قرارداد، قبل از اقامه دعوا نزد دیوان داوی می‌باشد چهار هفته مذاکرات دوستانه انجام می‌شده است که این پیش‌شرط محقق نشده است. دادگاه عالی ادعای شرکت اماراتی مبنی بر پیش‌شرط بودن مذاکره قبل از داوری را پذیرفت و استدلال کرد که در قرارداد فیما بین عبارت "Shall" ناظر بر یک تعهد الزام آور می‌باشد و بنابراین می‌باشد این فرآیند انجام گردد و ادعای معین نبودن این تعهد مورد پذیرش نمی‌باشد.^۲

بنابراین می‌توان گفت امروزه دیگر اجرای شرط مذاکره، بر مبنای عدم قطعیت، بهویژه زمانی که توافق، به طور دقیق جزئیات، آیین رسیدگی و خصوصاً مکانیزم صریح و دقیق زمان خاتمه مذاکره را مشخص کرده باشد، نمی‌تواند مورد امتناع قرار گیرد. همچنین پذیرش توقف رسیدگی‌های دیوان داوری و یا دادگاه، نه تنها اصطکاک و برخورد کمتری با اصل صلاحیت اجباری دادگاه‌ها دارد، به علاوه مغایرتی با نصوص قانونی^۳ هم ندارد؛ چرا که طرفین از حق تظلم‌خواهی و رجوع به دادگاه برای همیشه چشم‌پوشی نمی‌کنند، بلکه سلب این حق برای مدت معین و اختلاف معین صورت می‌گیرد. البته شایسته است قانون‌گذار برای حمایت از حل و فصل دوستانه اختلاف در قالب مذاکرات سازمان‌یافته و منظم، ضمن تصویب قانونی جامع، حمایت‌های لازم را نیز، به مانند داوری، از آن بنماید.

۳-۳. نسبی بودن آثار شرط مذاکره

نتیجه شرط مذاکره همچون سایر قراردادها تابع اصل نسبی بودن آثار قرارداد می‌باشد و بنابراین تنها طرفین شرط و یا قائم مقام آنها مشمول آثار و تعهدات ناشی از

1. Prime Mineral Exports Private Limited
2. Sweet, Lauren, "Obligation to Friendly negotiation; An Enforceable Condition Precedent to Arbitration", The European, Middle Eastern and African Arbitration Review, 2015, p. 35

^۳ ماده ۹۵۹ ق.م: «هیچ کس نمی‌تواند بطور کلی حق تمتع و یا حق اجراء تمام و یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند».

آن خواهند بود. این اصل در رابطه با داوری به تصریح بیان شده است. آنجا که ماده ۴۹۵ ق.آ.د.م مقرر می‌دارد: «رأى داور فقط درباره طرفين دعوا و اشخاصي که دخالت و شركت در تعين داور داشته‌اند و قائم‌مقام آنها معتبر است و نسبت به اشخاص ديگر تأثيری نخواهد داشت». همچنین بر اساس ماده ۲۱۹ ق.م: «عقودي که بر طبق قانون واقع شده است بين متعاملين و قائم‌مقام آنها لازم‌الاتباع است، مگر اينکه به رضای طرفين اقاله يا به علت قانوني فسخ شود». بنابراین نتيجه شرط مذاکره نسبت به اشخاص ثالث بی‌تأثير بوده و چنانچه ثالث ادعائی در این زمینه داشته باشد، می‌بایست مستقلًا اقدام نماید».^۱

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که اگر یکی از طرفین قرارداد که شرط مذاکره نیز در آن آمده است، کلیه حقوق خود را به موجب قرارداد به شخص ثالث منتقل کند، آیا شرط مذاکره که در قرارداد ذکر شده، نسبت به شخص منتقل‌الیه نیز جاری است یا خیر. دو نظر در این رابطه می‌توان مطرح کرد. نظر اول اینکه در هر حال منتقل‌الیه یا شخص ثالثی که جانشین طرف قرارداد شده است، با در نظر گرفتن همه شرایط قرارداد اقدام به معامله نموده و با وضع موجود، آثار قرارداد اولی را پذیرفته است. در تقویت این نظر می‌توان به ماده ۲۱۹ ق.م استناد کرد. نظر دوم نیز این است که شرط مذاکره مندرج در قرارداد به منتقل‌الیه اعم از اینکه انتقال قهری باشد (مثل ارث) یا قراردادی، تسری پیدا نمی‌کند. توجیه این نظر، با توجه به تحلیل حقوقی «تضاری طرفین قرارداد برای رجوع به مذاکره» است. بدین توضیح که متعلق مذاکره «اختلاف همان اشخاصی» است که در توافق‌نامه یا شرط ضمن قرارداد، رجوع به مذاکره را توافق نموده‌اند. کسانی که توافق بر شرط مذاکره می‌نمایند، فقط اختلاف خودشان و نه اختلاف دیگران (اعم از ورثه یا منتقل‌الیه) را به فرآیند مذاکره ارجاع می‌دهند. بنابراین، توافق رجوع به مذاکره، قائم به اشخاصی است که در آن قرارداد مشارکت داشته‌اند. در مقام نقد این نظریات می‌توان گفت که نظریه دوم، علی‌رغم اینکه با مواد قانون مدنی هماهنگ نمی‌باشد، اما نشانه‌هایی از آن در قانون آیین دادرسی مدنی دیده می‌شود که نمی‌توان بی‌توجه به آنها، این نظریه را رد کرد. به عنوان مثال

در رابطه با داوری، در ماده ۴۵۴ ق.آ.د.م تصریح شده است که طرفین «اختلاف خود» را به داوری ارجاع دهند و یا ماده ۴۵۵ ق.آ.د.م نیز با عبارت «اختلاف بین آنان» همین مضمون را منتقل می‌کند. به علاوه در ماده ۴۵۸ ق.آ.د.م یکی از شرایط داوری علاوه بر ذکر نام داور و موضوع و مدت داوری، تعیین مشخصات طرفین اختلاف است.

۴. اصول حاکم بر فرآیند مذاکره

در فرآیند مذاکره، طرفین برای به ثمر رسیدن مذاکره و حل و فصل اختلافات خود، چاره‌ای ندارند جز اینکه اصول تضمین‌کننده این هدف را رعایت نمایند. در متمم چهاردهم قانون اساسی ایالات متحده آمریکا، قاعده‌ای کلی تحت عنوان «جریان صحیح قانونی»^۱ آمده است که بر مبنای آن می‌بایست همه رسیدگی‌ها و فرآیندهای حقوقی منصفانه باشد و نه تنها به هر یک از طرفین ابلاغ‌های لازم جهت حضور و تقدیم دلایل انجام شود، بلکه حق دفاع ایشان نیز حفظ گردد.^۲ مطابق این قاعده، طرفین مذاکره می‌بایست مسیر قانونی و شکلی مذاکره را بر مبنای توافق ابتدایی و مبتنی بر همکاری شروع کرده و بسته به نوع توافق و قرارداد از این نوع اقدامات و تشریفات پیش‌بینی شده متابعت نمایند. همچنین هر یک از طرفین «باید تلاش کنند از نظر روانی به سمت طرف مقابل حرکت کرده و با ایجاد فضایی مثبت برای تفاهم و خلاقیت در پی زمینه‌ها و منافع مشترک باشند».^۳ در ذیل بعضی از نمودهای جریان منظم و اصولی فرآیند مذاکره مبتنی بر سبک همکاری بیان می‌گردد:

- رعایت ابلاغ به موقع به طرفین مذاکره: بدین معنی که کلیه اوراق و اطلاعیه‌های مربوط به مذاکره و فرآیند حل و فصل آن باید در اولین فرصت معقول به نحوی که طرفین در قرارداد پیش‌بینی کرده‌اند، به طرفین ابلاغ گردد و در صورت اعتراض طرف مقابل می‌بایست ابلاغ این اوراق و اطلاعیه‌ها به طریق مقتضی توسط طرفین احراز گردد چرا که در غیر این صورت ممکن است طرف معتبر نتوانسته باشد برای جلسه حل اختلاف، مدارک، مستندات و دلایل لازم را تهیه نماید و در نتیجه جلسه به کارآمدی مدنظر طرفین منتج نشود.

1. Due process of law

۲. الماسی، نجادعلی، «شناسایی و اجرای احکام مدنی خارجی در حقوق فرانسه، حقوق انگلیس و آمریکا»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۲۵، ۱۳۶۹، ص. ۹۵.

۳. پاکدامن، رضا، «فرآیند مذاکره و تحقق معاملات بین المللی؛ پیش‌بینازها، هدایت مذاکرات و پیگیری توافقات»، چاپ اول، تهران، انتشارات شرکت چاپ و نشر بازرگانی، ۱۳۸۹، ص. ۱۳۸.

- رعایت حق دفاع برای طرفین مذاکره: بر مبنای این اصل، هر یک از طرفهای اختلاف باید فرصت طرح ادعا، دفاع و ارائه دلایل خود را در مقابل طرف دیگر داشته باشد. البته نباید تصور کرد که رعایت حق دفاع ناظر بر رسیدگی‌های ترافی می‌باشد، چرا که در اینجا هم، طرفین بر این مبنای در راستای حل و فصل اختلاف، حق و تکلیف دارند ادعاهای خود را نزد طرف دیگر مطرح نمایند و همزمان یا بعداً مستندات و مدارک آن را در اختیار طرف مقابل قرار دهند تا ایشان نیز بتواند با توجه به این مستندات، دفاعیات و مدارک مستند خود را تهیه و بر مبنای آن دفاع نماید و مآلًا به حل و فصل اختلاف نائل شوند.

- رعایت خصوصی و محترمانه بودن فرآیند مذاکره: بدین معنا که نه تنها غیر از طرفین و نمایندگان مجاز آنها، شخص دیگری نمی‌تواند در جلسات شرکت نماید، بلکه فرآیند حل و فصل اختلاف، شامل جلسات رسیدگی، مباحثات طرفین، اسناد و دلایل ارائه شده، نتیجه حاصل از مذاکره و به طور خلاصه کلیه اطلاعاتی که طرفین در طول فرآیند مذاکره از آنها مطلع می‌شوند باید محترمانه باقی بماند و نزد اشخاص ثالث فاش نگردد. خصوصی و محترمانه بودن مذاکرات به طرفین کمک می‌کند تا با آسودگی خاطر بیشتری و بدون ترس از افشای اطلاعات و اسناد، بهویژه زمانی که مذاکرات به شکست منجر شود و اظهارات و گذشت‌های متقابلی انجام شده باشد، راههای مختلف حل و فصل را پیشنهاد کرده و مورد بحث و بررسی قرار می‌دهند و نبود این حزم‌اندیشی در ارائه اظهارات و مدارک، به حل و فصل اختلاف بسیار کمک خواهد کرد.^۱

- رعایت حسن نیت و رفتار منصفانه در فرآیند مذاکره: بر مبنای این اصل انتظار از هر یک طرفین این است که مذاکرات را به نحوی درست و منصفانه انجام دهد که عمل ایشان در عرف تجارت مقبول باشد. انتظاری که هر یک از آنها را ملزم می‌نماید در مذاکرات صادقانه و متعارف رفتار کنند (مفهوم ایجابی؛ رعایت صداقت) و از طرف دیگر به برخی رفتارهای نامناسب و نادرست مانند اهمال و طفره رفتتن که با هدف کلی مذاکرات در تعارض می‌باشد، مبادرت نورزد (مفهوم سلبی؛ پرهیز از فریبکاری). همچنین از نظر تحلیلی می‌توان گفت اجرای با حسن نیت مذاکره، لازمه مفاد تراضی

1. Francis, Gurry, "Confidentiality in mediation", WIPO conference on mediation, organized by WIPO arbitration and mediation, Geneva, 1996, pp. 37-38.

می باشد و رفتار مغایر با آن با اصل الزام آور بودن قرارداد ناسازگار است. بنابراین و بر همین اساس اصل احترام به مفاد قراردادها، اقتضا می کند طرفین نه تنها در اجرای مذاکرات و مفاد آن حسن نیت داشته باشند، بلکه نهایت سعی خود را نمایند تا تعهدات قراردادی به بهترین نحو اجرا شود.

لزوم رعایت حسن نیت در مذاکره را می توان از اسناد بین المللی متعددی که به تصویب رسیده است، برداشت نمود. به عنوان نمونه می توان به ماده ۱.۲.۱ اصول حقوق قراردادهای اروپایی^۱ اشاره کرد که مقرر می دارد: «۱. هر یک از طرفین باید بر اساس حسن نیت و رفتار منصفانه عمل نماید؛ ۲. طرفین نمی توانند این تعهد را محدود یا مستثنی نمایند». و یا ماده ۱.۷ از فصل اول اصول قراردادهای تجاری بین المللی^۲ که همانند اصول حقوق قراردادهای اروپایی طرفین را به رعایت حسن نیت و رفتار منصفانه الزام می نماید.^۳ همچنین ماده ۷ کنوانسیون وین ۱۹۸۰ مربوط به بیع بین المللی کالا^۴ بیان می دارد که در تفسیر این کنوانسیون باید به رعایت حسن نیت در تجارت بین الملل توجه نمود.^۵ ذیلًا بعضی از مصادیق که می توانند نقض تعهد حسن نیت در مذاکره تلقی شود، اشاره می گردد:

- ۱- گریز و طفره رفتن از هدف اصلی در مذاکرات؛
- ۲- قطع ناگهانی مذاکرات؛
- ۳- اهمال، کم کاری، عدم جدیت و دقت در مذاکرات؛
- ۴- اجرای مفاد مذاکرات به نحو خودخواهانه و مبتنی بر تفسیر خود؛
- ۵- توسل به فریب، نیرنگ و تقلب در مذاکره و همچنین اجرای نتایج آن.^۶

نکتهای که در اینجا لازم است خاطرنشان گردد این است که رعایت این قواعد بیشتر مربوط به مواردی است که فرآیند مذاکره به صورت موردی انجام شود در حالی

1. Principal of European Contract Law (PECL)
2. Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT)
۳. ماده ۱.۷: «در تجارت بین الملل هر طرف قرارداد باید مطابق با حسن نیت و رفتار منصفانه اقدام کند؛ ۲. طرفین نمی توانند این تکنیک را مستثنی با محدود نمایند».
4. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG).
۵. برای مطالعه مبسوط در رابطه با اصل حسن نیت در تجارت بین الملل، ر.ک: جعفرپور، کوروش، حسن نیت در تجارت بین الملل، دانشنامه حقوق و سیاست، فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی، دوره ۱، شماره ۳، ۱۳۸۴، صص. ۱۷۸-۱۴۵.
۶. برای مطالعه مبسوط پیرامون اصول و فنون حاکم بر مذاکره و نمودهای رعایت اصل حسن نیت، ر.ک: فیشر، راجر؛ یوری، ویلیام، «اصول و فنون مذاکره»، ترجمه مسعود حیدری، چاپ چهاردهم، تهران، انتشارات سازمان مدیریت صنعتی، ۱۳۹۱، ص. ۱۹۲ به بعد و همچنین: آقابی، سید داوود، «آداب دیپلماسی و فنون مذاکره»، چاپ اول، تهران، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۸۷، صص. ۱۷۱ به بعد.

که اگر مذاکره به صورت نهادی پیش‌بینی گردد، مقررات آن نهاد که یقیناً مبتنی بر رعایت این جریان منظم و اصولی خواهد بود، بر فرآیند حل و فصل اختلاف حاکم خواهد بود و طرفین موظفند از این مقررات تبعیت نمایند.

نتیجه‌گیری

مذاکره امروزه بخش جدایی‌ناپذیر تجارت به خصوص در روابط بین‌المللی است؛ به گونه‌ای که کمتر موردی می‌توان یافت که شرط مذاکره در موارد اختلاف و حتی غیر اختلاف در قراردادهای تجاری پیش‌بینی نشده باشد. در قراردادهای مهم تجاری عموماً پیش‌بینی می‌شود که اختلافات، ابتداً از طریق مذاکره حل و فصل شود و در صورت عدم موفقیت، به سایر شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات مثل داوری یا دادگاه ارجاع شود. از لحاظ تحلیلی و منطبق بر حقوق ایران، شرط مذاکره، شرط فعل محسوب می‌شود که به موجب آن، طرفین متعهدند در صورت بروز اختلاف ابتداً سعی نمایند اختلاف را از طریق مذاکره دوستانه حل و فصل نمایند. پس تعهد آنها به مذاکره معلق به بروز اختلاف است. تعهد به انجام مذاکره از قرارداد پایه نشأت می‌گیرد که شرط در ضمن آن درج شده است. ابهام در کیفیت اجرای این تعهد و نحوه احراز نقض آن باعث شده است که در مورد اینکه آیا شرط مذاکره می‌تواند یک تعهد حقوقی تلقی شود، تردید ایجاد گردد.

هرچند شرط مذاکره از جهت نحوه انجام و نتیجه مترتبه با ابهاماتی روپرداز است، قاضی یا داور نباید شرط مذاکره را نادیده بگیرد و با آن طوری رفتار نماید که انگار در عقد چنین شرطی ذکر نشده است. شرط مذاکره در قرارداد منجر به دو تعهد سلبی و ایجابی می‌شود که باید مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد که این تعهدات تا چه حدودی اجرا یا نقض شده‌اند. تعهد سلبی ناظر به این امر است که طرفین نباید قبل از انجام مذاکره نسبت به طرح دعوی در مراجع قضایی یا داوری اقدام کنند. چنانچه طرفین بدون انجام مذاکرات نسبت به طرح دعوی اقدام کنند، این مسلمان نقض تعهد تلقی می‌گردد و احراز آن با مشکل جدی روپردازی نیست. در خصوص تعهد ایجابی یعنی الزام طرفین به انجام مذاکره، موضوع با ابهام بیشتری مواجه است. برای تعیین حدود و ثغور این تعهد ایجابی، ضروری است که قصد طرفین در زمان انعقاد عقد مد نظر قرار گیرد که منظورشان از درج این تعهد چه بوده است. در زمان انعقاد قرارداد، منظور طرفین از گنجاندن شرط مزبور این بوده است که اگر اختلافی بروز کند، اولویت برای آنها این است که مذاکره کنند تا مشکل حل و فصل گردد. این مذاکرات بنا بوده مبتنی بر حسن نیت و برای دستیابی به راه حل مرضی طرفین انجام شود، هرچند که طرفین اذعان داشته‌اند که نتیجه مورد نظر طرفین ممکن است حاصل نگردد و آنها ناگزیر شوند به داوری یا دادرسی مراجعه کنند. پس برای قضاؤت در مورد اینکه آیا طرفین یا یکی از آنها از تعهدات خود در مورد شرط مذاکره تخطی کرده است یا نه موارد زیر

می‌تواند مد نظر قرار گیرد: آیا طرفین حسب اقتضای موضوع اختلاف، برای مذاکرات وقت کافی مصروف کرده‌اند؟ آیا افرادی که برای مذاکره گسیل شده‌اند، اختیار لازم برای حل و فصل اختلاف را داشته‌اند؟ آیا طرفین مذاکرات را به طور منظم پیگیری کرده‌اند؟ آیا طرفین پیشنهادهای سازنده‌ای جهت حل و فصل اختلاف ارائه کرده‌اند؟ و آیا طرف مقابل برای بررسی پیشنهادات طرف دیگر وقت کافی گذاشته است؟

منابع

- آقایی، سید داود، «آداب دیپلماسی و فنون مذاکره»، چاپ اول، تهران، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۸۷.
- الماسی، نجادعلی، «شناسایی و اجرای احکام مدنی خارجی در حقوق فرانسه، حقوق انگلیس و آمریکا»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۲۵، ۱۳۶۹.
- پاکدامن، رضا، «فرآیند مذاکره و تحقیق معاملات بین المللی؛ پیش‌نیازها، هدایت مذاکرات و پیگیری توافقات»، چاپ اول، تهران، انتشارات شرکت چاپ و نشر بازرگانی، ۱۳۸۹.
- توسلی جهرمی، منوچهر، «نگاهی به شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات (ADR) در مقررات جدید اتاق بازرگانی بین‌المللی»، مجله حقوقی دفتر خدمات جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۷-۲۶، ۱۳۸۰-۱۳۸۱.
- جعفرپور، کوروش، حسن نیت در تجارت بین الملل، دانشنامه حقوق و سیاست، فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی، دوره ۱، شماره ۳، ۱۳۸۴.
- خدابخشی، عبدالله، «حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی»، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱.
- درویشی هویدا، یوسف، «شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف»، چاپ اول، تهران، انتشارات بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۸.
- زندی، محمدرضا، «رویه قضایی دادگاههای تجدیدنظر استان تهران در امور مدنی: داوری»، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۸.
- شهیدی، مهدی، «شروط ضمن عقد»، چاپ دوم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۷.
- شیریوی، عبدالحسین، «داوری تجاری بین‌المللی»، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۹۱.
- صفائی، سیدحسین، «سخنی چند درباره نوآوری‌ها و نارسایی‌های قانون داوری تجاری بین‌المللی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴۰، ۱۳۷۷.
- فیشر، راجر؛ یوری، ویلیام، «اصول و فنون مذاکره»، ترجمه مسعود حیدری، چاپ چهاردهم، تهران، انتشارات سازمان مدیریت صنعتی، ۱۳۹۱.
- کاتوزیان، ناصر، «قواعد عمومی قراردادها»، جلد سوم، چاپ دوم، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۶.
- معصومی، پندار، «قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی و روش‌های جایگزین حل و فصل اختلافات»، ویژه‌نامه مجله حقوقی بین‌المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، ۱۳۹۱.

-
- Connell, Mary Ellen, “International Dispute Settlement”, Dartmouth Publishing, 2003.
 - Francis, Garry, “Confidentiality in mediation”, WIPO conference on mediation, organized by WIPO arbitration and mediation, Geneva, 1996.
 - Kaplow, Louis; Shavell, Steven, “Economic analysis of law”, Harvard Law School publishing, 1999.
 - Kovach, Kimberlee, “Mediation, The handbook of dispute resolution”, Jossey, 2005.
 - Kramer, X. E; Van Rhee, C. H., “Civil Litigation in a Globalizing World”, Springer Publication, 2012.
 - Leonard, Sarah; Kanagakorode, Dharmananda, “Peace talks before war: The enforcement of clauses for dispute resolution before arbitration”, Journal of international arbitration, Vol. 23, No.4, 2006.
 - Marriot, Arthur, “ADR in civil and commercial disputes”, Bernstein Handbook of Arbitration and Dispute Resolution Practice, Vol. 1, London, Sweet and Maxwell, 2003.
 - Redfern, Alan; Hunter, Martin, “Law and Practice of International Commercial Arbitration”, London, Sweet & Maxwell, 2003.
 - Shavell, Steven, “Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis”, Journal of Legal Studies, Vol. 24, Number 1, 1995.
 - Sweet, Lauren, “Obligation to Friendly negotiation; An Enforceable Condition Precedent to Arbitration”, The European, Middle Eastern and African Arbitration Review, 2015.

عبدالعلی توجهی*

هاله کریمیان**

چکیده

از جمله مسائل مرتبط با مسئولیت کیفری و اصل شخصی بودن آن، مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری است که قانون‌گذار در ماده ۱۴۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ از آن تحت عنوان «مسئولیت کیفری به علت رفتار دیگری» یاد کرده است؛ بدین معنا که مسئولیت کیفری متوجه شخصی می‌گردد که دخالتی در ارتکاب جرم نداشته است اما به دلیل وجود شرایطی خاص بنابر صلاح‌دید قانون‌گذار، مسئول شناخته شده و مجازات می‌گردد. تا قبل از تصویب این قانون مصاديق این مسئولیت به طور پراکنده در برخی از قوانین مورد اشاره قرار گرفته بود. در اسناد بین‌المللی نیز، مفهومی تحت عنوان مسئولیت کیفری مقامات مافوق (فرماندهی) وجود دارد که به موجب آن فرماندهان نظامی یا مقامات مافوق در قبال جرایمی که توسط نیروهای تحت فرماندهی یا کنترل آنها ارتکاب یافته است در صورتی که کنترل لازم را نسبت به زیرستان خود اعمال نکرده باشند، مسئول شناخته می‌شوند. مسئولیت کیفری مقامات مافوق در قبال رفتار مجرمانه زیرستانشان یکی از موضوعات مهم حقوق جزای بین‌الملل به شمار می‌آید. در خصوص توجیه تحمیل مسئولیت کیفری به مقامات مافوق دلایل متعددی مورد توجه قرار گرفته است. از جمله این دلایل مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری است. بر همین اساس مطالعه جداگانه هر یک از این مفاهیم و شناسایی رابطه میان آنها حائز اهمیت است که در نوشتار حاضر، از طریق مطالعه مبانی نظری و

Atavajohi@yahoo.com

* عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه شاهد

** دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق جزای و حکم شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز،

پژوهشگر مرکز تحقیقات اخلاق و حقوق پژوهشگری دانشگاه علوم پزشکی شهریه‌نشستی (نویسنده مسئول)

Hhkaramian@gmail.com

تاریخ دریافت: ۹۶/۰۲/۱۸ تاریخ پذیرش: ۹۶/۱۰/۳۰

رجوع به قوانین و متون اسناد و مدارک، بدان‌ها پرداخته شده است. بنا بر نتایج به دست آمده در این پژوهش، مسئولیت کیفری مقامات مافوق را تا حدودی می‌توان مشابه مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری در حقوق داخلی دانست.

کلیدواژه‌ها: اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری، اصل شخصی بودن مجازات‌ها، مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری، مسئولیت کیفری مقامات مافوق.

مقدمه

مسئولیت کیفری، به عنوان حلقه رابط میان جرم و مجازات، یکی از موضوعات اساسی حقوق جزا به شمار می‌رود. ارتکاب جرم در شرایطی که قابلیت انتساب به مرتكب را داشته باشد، موجب استقرار مسئولیت کیفری و مجازات خواهد شد؛ مگر آنکه مجرم به دلایلی قادر به تحمل مسئولیت جزایی نباشد. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، اگر چه تعریفی از مسئولیت کیفری رائمه ننموده لیکن در بخش چهارم خود از ماده ۱۴۰ تا ۱۵۹، شرایط و موانع مسئولیت کیفری را احصا کرده و احکام هر یک را بیان داشته است؛ این در حالی است که در قانون قبلی مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ چنین تفکیکی وجود نداشت.

به موجب اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری که قانون‌گذار در ماده ۱۴۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به صراحت مطرح کرده است، نمی‌توان هیچ کس را برای فعل یا ترک فعلی که دیگری مرتكب شده است، مسئول دانست. در ارتباط با مسئولیت کیفری، علاوه بر اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری، موضوع دیگری تحت عنوان مسئولیت کیفری ناشی از رفتار غیر قابلیت طرح و بررسی می‌یابد که در تأسیسات حقوقی کشورهای دنیا امری شناخته شده و حائز اهمیت است. به عنوان مثال در مورد حقوق انگلستان^۱ می‌توان به قضیه کوپن علیه مور^۲ و همچنین بخش ۲۴ قانون داروسازی و سموم، مصوب ۱۹۳۳ اشاره کرد. علاوه بر این، می‌توان گفت که در برخی از اسناد بین‌المللی نیز این مسئله مورد اشاره قرار گرفته است. در این نوشتار سعی در شناسایی مفهوم، مبانی و شرایط این مسئولیت و بررسی آن از دیدگاه حقوق کشور ایران (با تمرکز بر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲) و همچنین اسناد بین‌المللی (به طور همزمان) شده است.

پرسش اصلی که در رابطه با مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری مطرح می‌گردد این است که ماهیت حقوقی مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری چیست و اینکه چرا قانون‌گذار چنین نهادی را تأسیس کرده و چه مصالحی در وضع این نهاد مدنظر بوده است؟ چنین به نظر می‌رسد که مصلحت قانون‌گذار از وضع این نهاد، القاء مسئولیت نظارت بر شخص مافوق بوده است.

در این راستا با پرسش‌های دیگری نیز رو برو هستیم، از قبیل اینکه مبانی وجود مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری کدام است؟ مهم‌ترین شرایط مسئولیت کیفری

1. Common law

2. Coppen v. moore



۱. مفهوم‌شناسی

ناشی از رفتار دیگری چیست؟ نقاط ضعف و قوت قوانین داخلی و استناد بین‌المللی در شناسایی و بررسی مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری و مسئولیت کیفری مقامات مافوق کدام است؟ و اینکه عملکرد قانون‌گذار در قوانین داخلی تا چه حد منطبق بر استناد بین‌المللی است؟ هدف از انجام این تحقیق دست‌یابی به پاسخ این پرسش‌ها و آثار مترتب بر آنها می‌باشد.

۱-۱. ماهیت مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری و مسئولیت کیفری مقام مافوق

مسئولیت کیفری ناشی از رفتار مجرمانه دیگری، از جمله مهم‌ترین مسائل مرتبط با مسئولیت کیفری و اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری است. این قسم از مسئولیت علاوه بر جرایم ناشی از فعل در قبال جرایم ناشی از ترک فعل نیز قابل تصور است، لذا به کار بدن واژه «رفتار» در رابطه با مسئولیت مذبور صحیح‌تر است، همچنین شخص مسئول در قبال رفتار مجرمانه دیگری می‌تواند شخص حقیقی یا شخص حقوقی باشد که چنین مفهومی را از ماده ۱۴۲ قانون مجازات اسلامی که از واژه شخص (به طور عام) در رابطه با مسئولیت کیفری به علت رفتار دیگری استفاده نموده است نیز می‌توان برداشت کرد. اگرچه مسئول کیفری شناختن شخص حقوقی به علت رفتار دیگری، در میان حقوق‌دانان مورد اختلاف است. لازم به ذکر است که در پژوهش حاضر مسئولیت کیفری اشخاص حقیقی در قبال رفتار مجرمانه دیگری محوریت بحث در حقوق داخلی قرار گرفته است.

در حقوق مدنی کشورمان گاه افرادی که شخصاً مرتکب فعل یا ترک فعل زیان‌بار نشده‌اند، مسئول جبران خساراتی شناخته می‌شوند که در اثر رفتار زیان‌بار دیگری حاصل شده است. مسئولیت مدنی ناشی از رفتار دیگری در قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ به صراحت آمده است. به عنوان مثال ماده ۷ این قانون در رابطه با مسئولیت مدنی اولیاء و سرپرستان صغیر و مجانین بیان می‌دارد: «کسی که نگاهداری یا مواظبت مجنون یا صغیر قانوناً یا بر حسب قرارداد به عهده او می‌باشد در صورت تقصیر در نگاهداری یا مواظبت مسئول جبران زیان وارد از ناحیه مجنون و یا صغیر می‌باشد ...». همان‌گونه که مشاهده می‌گردد مطابق این ماده، وظیفه نگهداری یا مراقبت از مجنون یا صغیر ممکن است ناشی از حکم قانون از قبیل وظیفه‌ای که پدر و مادر بر عهده دارند یا به موجب قرارداد بر عهده شخص قرار گیرد، از قبیل مری و آموزگار و تیمارستان.^۱

۱. عباسلو، بختیار، مسئولیت مدنی (با نگرش تطبیقی)، چاپ دوم، نشر میزان، ۱۳۹۴، ص. ۱۹۲.

ماده ۱۲ همین قانون نیز در خصوص مسئولیت کارفرمایان مقرر می‌دارد: «کارفرمایانی که مشمول قانون کار هستند مسئول جبران خساراتی می‌باشند که از طرف کارکنان اداری و یا کارگران آنان در حین انجام کار یا به مناسب آن وارد شده است ...».

به اعتقاد برخی حقوقدانان^۱ «مسئولیت مدنی ناشی از رفتار دیگری را می‌توان بر دو نوع تقسیم کرد: مسئولیت ناشی از فعل غیر بر اساس قواعد عام و مسئولیت ناشی از فعل غیر بر اساس ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی به عنوان قاعده‌ای خاص با این توضیح که مسئولیت کارفرما در قبال خساراتی که کارگران وی به دیگران وارد می‌آورند، بدون داشتن تکلیف کارفرما نسبت به کارگر، بر مبنای مصلحتی است که مد نظر قانون‌گذار بوده است. بنابراین جنبه استثنایی و خلاف قاعده دارد و قابل تعمیم به موارد مشابه نیست. در مقابل، براساس قواعد عام مسئولیت مدنی، گاه می‌توان شخصی را مسئول فعل دیگری دانست. این مسئولیت وقتی مطرح می‌شود که بتوان در ارتباط شخصی با دیگری تکلیفی اعم از فعل یا ترک فعل برقرار نمود.»^۲

نظر به اینکه در حقوق داخلی، مسئولیت ناشی از رفتار دیگری ابتدا در حقوق مدنی مطرح گردیده و پس از آن به حقوق کیفری راه یافته است، بنابراین پرداختن به ماهیت این مسئولیت پیش از ورود به ماهیت مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری ضروری به نظر می‌رسید. در ادامه ماهیت مسئولیت کیفری ناشی از رفتار مجرمانه دیگری مورد توجه قرار گرفته است.

مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری، بدین معناست که مسئولیت کیفری متوجه کسی می‌شود که نه تنها مرتکب جرم نشده، بلکه در ارتكاب آن نیز دخالتی نداشته است. اما به دلیل سیاست جنایی خاص، آثار مسئولیت کیفری و به تبع آن مجازات ناشی از رفتار دیگری را باید تحمل کند. شاید بتوان چنین تلقی کرد که منظور از سیاست جنایی خاص، القاء مسئولیت نظارت بر شخص مافوق است.

مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری در حقوق ایران برای نخستین بار، در ماده ۱۴۲ قانون مجازات اسلامی^۳ به طور صریح مورد اشاره قرار گرفته است. البته لازم به ذکر است که پیش از این قانون دیگری نیز، به مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری پرداخته شده بود.^۴ لیکن در قوانین مذکور تنها مصاديق این قسم از

۱. همان، ص. ۱۹۱.

۲. رجوع شود به ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی.

۳. به عنوان مثال می‌توان قانون مواد خوردنی و آشامیدنی و آرایشی و بهداشتی ۱۳۶۴ (تبصره ۲ ماده ۳)، قانون کار ۱۳۶۹ (مواد ۹۱ و ۹۵) و قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز ۱۳۹۲ اشاره کرد.

مسئولیت مورد اشاره قرار گرفته، حال آنکه قانون مجازات ۱۳۹۲ به طور مستقیم و اساسی مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری را مورد بررسی قرار داده است. البته بهتر آن بود که در قانون مجازات نیز جدای از ماده ۱۴۲ مصدقی برای مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگریدر نظر گرفته می شد.

در ماده ۱۴۲ قانون مجازات اسلامی مقرر شده است: «مسئولیت کیفری به علت رفتار دیگری تنها در صورتی ثابت است که شخص به طور قانونی مسئول اعمال دیگری باشد یا در رابطه با نتیجه رفتار ارتکابی دیگری، مرتکب تقصیر شود.»

در مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری، با دو شخص روبرو هستیم. یک شخص همان مباشر جرم است که از وی تحت عنوان «دیگری» یاد شده است و شخص دیگر مسئول کیفری به خاطر رفتار دیگری. نکته حائز اهمیت در رابطه با مسئولیت کیفری شخص حقیقی به علت رفتار دیگری این است که رفتار مجرمانه غیر باید تخلف از مقررات مذکور تکالیفی را برای کارفرمایان و مدیران مسئول در نظر می گیرند که آنها ملزم به رعایت این تکالیف هستند. حال چنانچه وظیفه محوله به نحوی با امور کارگاه یا مؤسسه تحت ناظارت آنان مرتبط باشد، در صورت تخلف زیرستان از مقررات مربوطه، مسئولیت کیفری این افراد (کارفرما یا مدیر مؤسسه و ...) به دلیل این که فرض می شود آنها از وظیفه خود مبنی بر ناظارت کوتاهی کرده اند، ثابت است. البته لازم به ذکر است که ثابت بودن مسئولیت کیفری اشخاص مذکور، خدشهای بر مسئولیت مباشر جرم - که از وی تحت عنوان دیگری یاد می شود - وارد نمی سازد.

در استناد بین المللی (مانند ماده ۲۸ اساسنامه دیوان کیفری بین المللی) عنوان مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری، صراحتاً مورد اشاره قرار نگرفته است بلکه عنوان مسئولیت کیفری مقامات مافوق (فرماندهی) به چشم می خورد که ممکن است تا حدودی تداعی کننده مفهوم مسئولیت کیفری ناشی از رفتار غیر باشد. لذا جهت آشنایی بیشتر با این نوع مسئولیت، بررسی ماهیت آن در کنار ماهیت مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری امری مهم به نظر می رسد.

مسئولیت کیفری مقامات مافوق در قبال رفتار مجرمانه مأموران زیرستان، یکی از موضوعات مهم حقوق جزای بین الملل می باشد که گاهی در پرونده های مطروحه در محاکم کیفری بین المللی هم مورد بحث واقع گردیده است. به عنوان مثال با توجه به رویه عملی دیوان کیفری بین المللی می توان به پرونده یاماشیتا^۱ اشاره کرد که مربوط به

1. The Yamashita case

محاكمه ژنرال یاماشیتا در مقابل کمیسیون نظامی آمریکا در مانیل بود. به موجب این پرونده کمیسیون اعلام کرد که ژنرال یاماشیتا، فرمانده عالی نظامی (منطقه) فیلیپین در طول اشغال از سوی ژاپن، باید در قبال جرایم بیشماری که توسط نیروهای تحت فرمانش در سرزمین فیلیپین اشغالی صورت گرفته، مسئول شناخته شود.^۱

در یکی از تعاریفی که از مسئولیت مقام مافوق ارائه گردیده آمده است: «مسئولیت مقام مافوق، گونه‌ای از مسئولیت غیرمستقیم است که در آن مسئولیت کیفری مافوق به علت رفتارهای مجرمانه‌ای که در ارتکاب آنها به نحوی دخالت داشته است (به عنوان مثال آن رفتار را برنامه ریزی کرده، یا دستور ارتکاب آن را داده و یا در ارتکاب آن رفتار شریک بوده است) نمی‌باشد، بلکه در ارتباط با رفتارهای مجرمانه‌ای که از سوی زیرستانش ارتکاب می‌یابد، واجد مسئولیت کیفری شناخته می‌شود. با وجود این، فرض اینکه مقام مافوق تنها به دلیل رفتار مجرمانه زیرستانش است که مسئول دانسته می‌شود، اشتباه است؛ بلکه مسئولیت مافوق از کوتاهی او مبنی بر منع یا مجازات رفتارهای مجرمانه زیرستانش نشأت می‌گیرد.^۲

به عبارت دیگر با اتکا به این تعریف و همچنین استناد بین‌المللی موجود در این زمینه می‌توان گفت که مسئولیت کیفری مقامات مافوق، که بعضاً از آن تحت عنوان مسئولیت کیفری فرماندهان نیز یاد می‌شود، عموماً ناظر به مواردی است که در آن، افرادی که در موقعیت فرماندهی قرار دارند، به این امر که جرمی ارتکاب یافته یا در آینده ارتکاب خواهد یافت، واقف هستند اما علی‌رغم این آگاهی و همچنین علی‌رغم داشتن توانایی نسبت به جلوگیری یا ممانعت زیرستان خود از ارتکاب جرم یا مجازات آنها، در انجام این وظیفه کوتاهی می‌نمایند، بنابراین دارای مسئولیت کیفری شناخته می‌شوند. این قسم از مسئولیت غالباً در رابطه با جرایمی که در زمان جنگ رخ می‌دهند، قابلیت طرح می‌یابد. قابل ذکر است که در ماده ۲۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی مسئولیت کیفری فرماندهان نظامی و سایر افراد مافوق مورد تفکیک قرار گرفته‌اند. در بند نخست این ماده مسئولیت کیفری «فرمانده نظامی یا شخصی که عملای وظایف فرمانده نظامی را انجام می‌دهد» مورد بحث قرار گرفته است. بند دوم ماده مذکور نیز به روابط بین «مقامات مافوق و افراد زیردست که در بند یک نیامده است» اختصاص یافته است.

1. See Yamashita Case. The trial of general Yamashita before U.S. Military Commission (oct.7. Dec.(1945)

2. Vark, Rene, Superior Responsibility, Article in the ENDC Proceedings, vol. 15, 2012, p. 88.

بنابر گفته یکی از استاید حقوق در این ماده، معیارهای جداگانه‌ای برای مسئول شناخته شدن فرماندهان نظامی و مقامات مافوق در نظر گرفته شده است. مقام نظامی مافوق در صورتی مسئولیت خواهد داشت که نسبت به ارتکاب جرم از سوی زیرستان مطلع بوده یا باید اطلاع می‌داشته است، در حالی که مقام مافوق غیرنظامی باید می‌دانسته که افراد تحت امر او مرتكب جرم می‌شوند و یا از اطلاعاتی که به وضوح دلالت بر چنین امری داشته است به طور آگاهانه غمض عین کرده باشد. به عبارت دیگر، برای مسئول دانستن مقام مافوق مطابق این ماده، صرف احراز آنچه که در نظر عرف مسامحه محسوب می‌شود، کفایت می‌کند. در حالی که در مورد مقام غیرنظامی، معیار سخت‌تری، که همانا اثبات علم واقعی یا اعتباری وی نسبت به موضوع است، به کار گرفته می‌شود.^۱

مسئولیت مقامات مافوق، دارای دو مفهوم مختلف مسئولیت کیفری است. اول، مسئولیت مستقیم فرمانده در قبال دستوراتی که به طور غیرقانونی صادر می‌کند. دوم، مسئولیت کیفری انتسابی در قبال رفتار غیرقانونی زیردست که لزوماً مبتنی بر کوتاهی مافوق از انجام عمل در این موارد است: ۱- جلوگیری از یک رفتار غیرقانونی خاص؛ ۲- فراهم کردن اقدامات کلی احتمالی برای جلوگیری یا منع رفتار غیرقانونی؛ ۳- تحقیق نسبت به رفتارهای غیرقانونی.^۲

با بررسی استناد بین‌المللی در می‌یابیم که از بین دو مفهوم ذکر شده، مفهوم دوم بیشتر مورد توجه قرار گرفته است. به عنوان مثال می‌توان به ماده ۲۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی اشاره کرد که مقرر می‌دارد فرماندهان نظامی و مقامات غیرنظامی در قبال جرایمی که در صلاحیت دیوان است و از سوی نیروهایی که تحت فرماندهی و کنترل مؤثر آنان است ارتکاب می‌یابد، از نظر کیفری مسئول شناخته می‌شوند. در این نوشتار نیز مفهوم دوم مورد توجه قرار گرفته است. رویه عملی دادگاه کیفری بین‌المللی^۳ در زمینه تشخیص مفهوم مسئولیت مقام مافوق بر توجه به نقش فرماندهان از دیدگاه جنگجویان (زیرستان) تأکید دارد.^۴

۱. میرمحمدصادقی، حسین، حقوق جزای بین‌الملل (مجموعه مقالات)، چاپ سوم، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۰، ص. ۲۱۷.

2. Bassiouni, Cherif, Crimes against Humanity in International Criminal Law, Kluwer Law International, 2010, p. 419.

3. The Practical Jurisdiction of the International Criminal Court

4. Akande, Dapo, the Jurisdiction of the International criminal court over nationals of non- parties: legal basis and limits, Journal of International Criminal Justice, vol. 1, 2003.

از مجموع مطالب گفته شده پیرامون ماهیت مسئولیت‌های مذکور، چنین بر می‌آید که مسئولیت ناشی از رفتار دیگری در حقوق داخلی دارای یک مفهوم کلی است که هم مسئولیت مدنی و هم مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری را شامل می‌شود. به عبارت دیگر رفتاری که منجر به مسئولیت مدنی یا کیفری شخص مسئول می‌شود اعم است از رفتار زیان‌بار یا رفتار مجرمانه؛ حال آنکه ماهیت مسئولیت مافوق به علت رفتار مأمور مادون، از آنجایی که در رابطه با جرایمی که در زمان جنگ به وقوع پیوسته‌اند، مطرح می‌گردد بیشتر ناظر بر مسئولیت کیفری مقام مافوق در قبال رفتار مجرمانه زیردست است. بنابراین می‌توان گفت که هر چند ممکن است مسئولیت کیفری مقام مافوق به علت رفتار مأمور زیردست را تا حدودی شبیه به مسئولیت ناشی از فعل غیر دانست، لیکن هر یک از این مفاهیم دارای ماهیتی خاص و متمایز از دیگری است.

۱-۲. مفهوم اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری

یکی از اصول حاکم بر مسئولیت کیفری، اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری است. به موجب این اصل، تنها شخص مرتكب جرم مسئولیت کیفری دارد و مجازات می‌شود. مفهوم حقوقی مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری ارتباط نزدیکی با اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری دارد. از این رو پرداختن به این اصل، امری مفید و حائز اهمیت می‌باشد.

اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری، بدین معناست که هیچ کس را نمی‌توان برای فعل یا ترک فعلی که دیگری مرتكب شده است، مسئول دانست. به عبارت دیگر، هر انسانی باید شخصاً پاسخگوی پیامدهای رفتاری که از او سر زده است باشد و ممکن نیست که این بار را بروش دیگری نهاد. اصل مذکور علاوه بر حقوق داخلی در حقوق کیفری بین‌المللی نیز اصلی شناخته شده و حائز اهمیت است و از مطالعه اسناد بین‌المللی چنین بر می‌آید که از آن تحت عنوان مسئولیت کیفری فردی یاد شده است. به اعتقاد برخی از حقوق‌دانان،^۱ اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری همان اصل فردی بودن مسئولیت کیفری است، در حالی که عده‌ای دیگر از حقوق‌دانان^۲ این دو اصل را اصلی متمایز از یکدیگر دانسته و اعتقادشان بر این است که هر یک از این اصول دارای محتوا و مضمونی خاص و متمایز از دیگری است. از نظر نگارندگان، چنانچه گفته شود منظور از اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری آن است که مجازات تنها بر فرد

۱. اردبیلی، محمدعی، حقوق جزای عمومی، جلد ۲، چاپ سی‌ودومن، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲، صص. ۱۳۱-۱۳۴.
۲. حسین جانی، بهمن؛ مظاہری تهرانی، مسعود، اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری با تأکید بر قوانین کیفری فرانسه و آمریکا، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۹، ص. ۲۹.

مسئول (عاقل، بالغ، آگاه و مختار) اعمال می‌شود نه هر فردی که مرتكب جرم شده است (مطابق با نظر برخی حقوق‌دانان)^۱ در این صورت اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری مفهومی متمایز از اصل فردی بودن مسئولیت کیفری خواهد داشت. اما چنانچه گفته شود مطابق این اصل هر فردی مسئول رفتار ارتکابی از جانب خویش است و نمی‌توان هیچ کس را مسئول رفتار دیگری شناخت در این صورت مفهوم اصل شخصی بودن و اصل فردی بودن مسئولیت کیفری را می‌توان منطبق بر هم دانست (در برابر اصل جمعی بودن مسئولیت کیفری).

نکته قابل توجه در رابطه با اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری آن است که، باید بین این اصل و اصل شخصی بودن مجازات‌ها تفکیک قائل شد، چرا که شخصی بودن مجازات اثر و نتیجه اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری است. بدین معنا که ابتدا باید مسئولیت کیفری محرز شود و آن گاه مجازات اعمال گردد. به عبارت دیگر «از آنجایی که مسئولیت کیفری پدیده‌ای مقدم بر مجازات است، تا زمانی که دادرس، آن را احراز نکند مجازات اعمال‌شدنی نیست و هنگامی که این مسئولیت احراز شد، آن گاه دادرس باید برای مجرم مجازات تعیین کند».^۲ بنابراین می‌توان گفت تا زمانی که فردی قادر مسئولیت کیفری باشد تعیین و اعمال مجازات در مورد وی امکان‌پذیر نیست.

در یک جمع‌بندی کلی می‌توان گفت که اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری، از اصول بنیادین حقوق جزا به شمار آمده و دارای ارتباط نزدیکی با اصل شخصی بودن مجازات‌ها است. البته این نکته را باید در نظر داشت که هر یک از این اصول قلمرو حکومت جدا از دیگری دارد. بدین معنا که قلمرو اصل شخصی بودن مجازات‌ها مرحله اجرای حکم است، در صورتی که قلمرو اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری مرحله دادرسی و محاکمه است. اگرچه در اغلب تالیفات حقوقی، در کشور ما تفاوتی میان اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری و اصل شخصی بودن مجازات‌ها لحاظ نشده است.

تفکیک این دو اصل منجر به درک دقیق‌تر مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری می‌گردد. زیرا زمانی که گفته می‌شود اصل، شخصی بودن مجازات است و استثنائً ممکن است شخص دیگری به غیر از بزهکار بار مجازات را به دوش بکشد، این گفته لزوماً بدین معنا نیست که شخص مذکور جزائً مسئول است. این امر نشان دهنده قلمرو حکومت اصل شخصی بودن مجازات‌ها در مرحله اعمال مجازات است. حال آنکه در رابطه با کسانی که مسئول رفتار دیگری شناخته می‌شوند وضع متفاوت است. بدین

۱. گلدویان، ایرج؛ حسین جانی، بهمن، مبانی اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری در حوزه ادبیان، شماره ۱۵ و ۱۶، مجله تخصصی الهیات و حقوق، ۱۳۸۳، ص. ۱۳۳.
۲. همان، ص. ۱۳۲.

گونه که مسئول کیفری رفتار دیگری باید خود شخصاً در دادگاه حاضر و برای جرمی که در ارتکاب آن به ظاهر مداخله مادی نداشته است محکوم و این محکومیت در سجل کیفری او ثبت شود. در اینجا اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری که به موجب آن هر کس برای تقصیری که مرتكب شده است، مؤاخذه می‌گردد از اصول حاکم بر دادرسی است. زیرا مسئول کیفری رفتار دیگری هر چند در اجرای جرم عملاً سهمی نداشته و حتی قصد بر ارتکاب جرم نکرده است ولی دست‌کم باید با پدید آوردن وضعی پیش از جرم ارتکاب آن را ممکن یا به عبارتی تسبیب کرده باشد.^۱ بنابر آنچه گفته شد می‌توان نتیجه گرفت که شاید بتوان مجازات به علت رفتار دیگری را تا حدی استثنای بر اصل شخصی بودن مجازات‌ها به حساب آورد، لیکن در رابطه با مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری چنین به نظر نمی‌آید که از اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری تخطی شده باشد.

۲. مبانی مسئولیت ناشی از رفتار دیگری و مسئولیت کیفری مقام مافوق (فرماندهی)

۱-۲. مبانی مسئولیت ناشی از رفتار دیگری

آشنایی با مبانی مسئولیت ناشی از رفتار دیگری اعم از مسئولیت مدنی و کیفری، از جهت شناسایی و تبیین فلسفه این مسئولیت از اهمیت بسزایی برخوردار است. در رابطه با مسئولیت مدنی ناشی از رفتار دیگری، با توجه به این که رفتار دیگری موجب بروز خسارت شده است، بحث «جبران خسارت» مطرح می‌گردد و فرد مسئول، تنها مسئول جبران خسارت وارد از جانب دیگری می‌باشد. در حالی که در مسئولیت کیفری ناشی از رفتار غیر، از آنجایی که رفتار صورت‌گرفته جرم می‌باشد، بحث از «مجازات شخص مسئول» در قبال رفتار دیگری به میان می‌آید، شخصی که ظاهرآ دخالتی در ارتکاب رفتار مجرمانه نداشته است. به همین خاطر پرداختن به مبانی مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری از جهت آشنایی با فلسفه تحمل این مسئولیت بر شخص مسئول و پاسخگویی به این سؤال که آیا می‌توان شخصی را که نه مرتكب رفتار مجرمانه شده و نه در انجام آن معاونت یا مشارکت داشته است، به خاطر رفتار دیگری مجازات کرد، به نسبت مسئولیت مدنی ناشی از رفتار دیگری از اهمیت بیشتری برخوردار می‌شود.

حقوق دانان کشورمان در توجیه مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری و با هدف انطباق این نوع مسئولیت با ارکان و مفهوم مسئولیت کیفری، نظریه‌هایی را مطرح ساخته‌اند که در این میان نظریه خطر و نظریه خطا نسبت به سایر نظریه‌ها شناخته‌شده‌تر هستند. نظریه‌های طرح شده در این زمینه را می‌توان تحت عنوان مبانی عقلی یا مبانی نظری مورد بررسی قرار داد. این مبانی نظری علاوه بر اینکه موجبات توجیه حقوقی این نوع مسئولیت را فراهم می‌آورد، موحد معیار و ملاکی برای تعیین حدود مسئولیت کیفری ناشی از رفتار غیر نیز خواهد بود.

بر اساس نظریه خطر، هر کس که از سود و منفعت کاری بهره‌مند می‌شود باید زیان و خطر آن کار را هم پذیرد. مدافعان این نظریه بر این عقیده‌اند که ثروت و قدرت بیشتر یعنی قبول مسئولیت سنگین‌تر. بنابراین، سرمایه‌داران، مدیران و کارفرمایان مؤسسه‌ساز صنعتی و کارخانه‌ها، که هر یک بنا به جایگاه اداری و اجتماعی نسبت به کارگران و نیروهای خود، در طلب کسب مزايا و امتیازهای بیشتری هستند، باید خطرهای برخورداری از این مزايا و امتیازها را پذیرند.^۱ از دیدگاه برخی از اساتید حقوق، این نظریه مبتنی بر عدالت و انصاف است بدین نحو که شخصی که ذینفع اصلی می‌باشد و از کار و فعالیت افرادی منتفع می‌شود، باید مسئولیت مضار احتمالی این اعمال را نیز پذیرد.^۲ به طور کلی در توجیه مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری بر مبنای نظریه خطر می‌توان گفت که مسئولیت کیفری از این جهت متوجه کارفرمایان، مدیران و ... می‌شود که آنها علاوه بر اینکه استفاده‌کننده از کار زیردستان خود هستند، بلکه نسبت به آنها در صدد کسب مزايا بیشتری نیز می‌باشند. لذا در صورت بروز رفتار مجرمانه از سوی زیردستانشان باید پاسخگو باشند. در واقع بنابر این نظریه موقعیت شخص مسئول است که منجر به مسئول شناخته شدن وی به دلیل رفتار مجرمانه زیردستانش می‌شود.

نظریه خطا مبین این امر است که منشأ مسئولیت کیفری کارفرمایان و مدیران مؤسسه‌ساز را باید در تخطی شخصی خود آنها جست‌و‌جو کرد. به عبارت دیگر، مبنای حقیقی مسئولیت کیفری این اشخاص که به دلیل فعل غیر تحت پیگرد قانونی قرار می‌گیرند، اهمال در انجام دادن وظیفه مراقبت بر افعال دیگری و عدم نظارت بر رعایت مقرراتی است که شخصاً به عنوان مدیر، کارفرما و ... اجرای آن را بر عهده گرفته‌اند.^۳ از

۱. همان، ص. ۱۳۹.

۲. سلیمی، صادق، چکیده حقوق جزای عمومی، انتشارات جاوادانه، جنگل، ۱۳۹۲، ص. ۱۳۸.

۳. اردبیلی، محمدعلی، «مسئلیت کیفری ناشی از رفتار دیگری در حقوق ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۶ و ۱۷، پاییز ۱۳۷۴ تا بهار ۱۳۷۵، ص. ۲۳۴.

گفته ایشان می‌توان چنین استنباط کرد که فردی که مسئولیت اداره مکانی یا انجام کاری را بر عهده دارد، باید نسبت به اعمال و رفتار زیردستان خود نظارت کافی داشته باشد و تعليمات کافی را به آنها بدهد. اگر چنین نشد و در انجام وظیفه خود کوتاهی کرد، مسئول است و در واقع مسئولیت وی در درجه اول به لحاظ خطابی است که خود مرتكب شده است. به عبارت دیگر، در توجیه نظریه خطا می‌توان گفت که افرادی که وظیفه نظارت را بر عهده دارند، در صورت عدم نظارت درواقع زمینه وقوع جرم را فراهم می‌کنند. بنابراین اگرچه نقش آنها در به وقوع پیوستن جرم، نقشی فرعی است، اما به جهت از بین بردن زمینه‌های وقوع جرم، قانون‌گذار سعی می‌کند که حتی بعیدترین نقش‌ها را هم در وقوع جرم بررسی کند. مبنای مسئولیت کیفری این افراد که از آن تحت عنوان مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری یاد شده است نیز همین امر است. در انتها، در رابطه با مبانی نظری مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری، ذکر دو نکته ضروری است:

نخست آنکه اگرچه در نگاه اول ممکن است چنین به نظر برسد که نظریه‌های مباشر معنوی و سبب اقوى از مباشر را نیز می‌توان به عنوان مبنای عقلی یا نظری مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری در نظر گرفت. چنانچه در کتاب دوره حقوق جزای عمومی (مسئولیت کیفری) دکتر محسنی به نقل از استفانی و لواسور آمده است که «... نظریه خطا از بسیاری از جهات به نظریه مسئولیت مباشر معنوی جرم شبیه است. همان‌گونه که در مسأله مباشرت معنوی جرم، شخص مباشر معنوی، خود عملی را انجام نمی‌دهد و موجب می‌گردد که دیگری مرتكب جرم گردد، در اینجا نیز بدون آنکه مدیر یا کارفرما عملی را شخصاً انجام دهد، به علت اهمال در انجام وظایف خویش موجبات تحقیق جرم را فراهم می‌آورد.» لیکن توجه به این نکته ضروری است که تنها نقطه مشترک میان مباشر معنوی جرم یا شخصی که سبب اقوى از مباشر به حساب می‌آید و کارفرما یا مدیر مسئول آن است که هیچکدام دخالتی در عملیات مادی جرم ندارند. لیکن تفاوت بارزی که میان آنها وجود دارد این است که مدیر یا کارفرما با اهمال در وظیفه نظارت (مطابق نظریه خطا)، به طور غیرمستقیم زمینه بروز جرم را فراهم می‌آورند و (همان‌گونه که در ادامه بدان اشاره می‌گردد) نقش آنها در بروز جرم نقشی فرعی است در حالی که مباشر معنوی یا فرد مسبب نه تنها مستقیماً در بروز جرم دخالت دارند بلکه واجد قصد مجرمانه نیز هستند اما به جای آنکه عمل مادی جرم توسط این افراد صورت بگیرد توسط دیگری صورت می‌پذیرد. بنابر آنچه گفته شد، مبنای مسئولیت این افراد با مسئولیت افرادی (مدیر یا کارفرمایی) که بنابر موقعیت و جایگاه ویژه‌ای که از آن برخوردار هستند (نظریه خطر) و یا به دلیل عدم نظارتی که

منجر به رفتار مجرمانه می‌گردد (نظریه خطا) و بدون هیچ‌گونه قصد مجرمانه‌ای مسئول رفتار مجرمانه زیردستانشان شناخته می‌شوند، متفاوت است. از این رو، به عقیده نگارنده، از این دو نظریه نمی‌توان جهت توجیه مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری (به عنوان مبانی نظری) استفاده کرد.

نکته دوم آنکه از نظر نگارنده‌گان، نظریه خطا، به نسبت نظریه خطر به دلیل آنکه تا حدودی منطبق بر مفهوم اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری است توجیه مناسب‌تری برای مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری به نظر می‌رسد. مسئول شناخته شدن فرد به دلیل ترک فعلی که مرتكب شده است - یعنی عدم نظارت بر رفتار زیردست خود - در مقایسه با مسئولیت وی به خاطر جایگاهی که از آن برخوردار است، اعم از این که مرتكب تقصیر شده است یا خبر منطقی‌تر به نظر می‌رسد. چنانچه در ماده ۱۴۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نیز نظریه خطا مورد پذیرش قانون‌گذار قرار گرفته است.

۲-۲. مبانی مسئولیت کیفری مقام مافوق (فرماندهی)

قابل ذکر است که در رابطه با مبنا و فلسفه تحمیل مسئولیت کیفری بر مقام مافوق یا فرمانده نظامی به خاطر رفتار مجرمانه زیردستانشان نیز دلایل و نظرات متعددی مطرح گردیده است که پرداختن به آنها در کنار مبانی مسئولیت ناشی از رفتار دیگری در حقوق داخلی ضروری به نظر می‌رسد. از این رو در ادامه مهم‌ترین این دلایل مورد مطالعه قرار گرفته‌اند:

- پذیرش داوطلبانه سمت از سوی مقام مافوق.
- برخورداری مقام مافوق یا فرماندهان نظامی از تمام اختیارات و امکانات، اعم از قدرت متوقف ساختن دستور خود، و همچنین وسایلی جهت پیشگیری از ارتکاب جنایات و یا منع اقدامات در شرف انجام.
- پذیرش اصولی مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری از سوی حقوق‌دانان حقوق کیفری بین‌المللی.

نخستین دلیل قابل استناد این است که مقامات مافوق داوطلبانه سمت خود را می‌پذیرند و بنابراین، می‌توان فرض کرد که آگاهانه به وظایف خود که به موجب حقوق بین‌المللی به آنها محول گردیده و با مسئولیت آنها متناسب است، رضایت دارند.^۱ از این دیدگاه می‌توان چنین استنباط کرد که صرف آگاهی و رضایت مقامات مافوق نسبت به

۱. آقایی جنت‌مکان، حسین، محاکمه قدرت (مسئولیت کیفری مقامات مافوق و زیردستان آنان در حقوق کیفری بین‌المللی)، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۵، ص. ۵۱.

وظایف محله به ایشان، موجب مسئول شناخته شدن آنان در قبال رفتار مجرمانه زیرستانشان می‌گردد. ایرادی که می‌توان به این دلیل وارد کرد این است که اگرچه آگاهی فرمانده نسبت به وظایفش جهت مسئول شناخته شدن وی لازم است اما نمی‌تواند کافی باشد چرا که مطابق با استناد بین‌المللی، علی‌رغم آگاهی باید توانایی انجام وظایف یعنی توانایی جلوگیری و یا مجازات زیرستان خود را نیز داشته باشد. بنابراین صرف رضایت و آگاهی فرمانده از وظایف خوش نمی‌تواند به تنها‌ی ایشان توجیه مناسبی برای مسئولیت وی شناخته شود.

دلیل دومی که در توجیه تحمل مسئولیت کیفری بر مقام مافوق یا فرمانده نظامی یا کسی که به این عنوان عمل می‌کند مطرح شده این است که وی دارای تمام اختیارات و امکانات، اعم از قدرت متوقف ساختن دستور و یا امر خود است و نیز برخوردار از کلیه وسائلی است که به کمک آنها می‌تواند هم از ارتکاب جرایم پیشگیری کند و هم اقداماتی را که در شرف انجام است، مانع شود. در رویه عملی دیوان کیفری بین‌المللی نیز با توجه به پرونده یاماشیتا، مافق به عنوان قلب عملیات و تصمیم‌گیرنده اصلی در نظر گرفته شده است که امکان هرگونه تصمیم و اقدام برایش وجود دارد. بر این اساس رویکردی درخصوص ماهیت دکترین مسئولیت کیفری مقامات مافوق تحت عنوان رویکرد مسئولیت مطلق^۱ اتخاذ شده است.^۲

با توجه به آنچه گفته شد و همچنین با در نظر گرفتن تعریف مسئولیت مطلق می‌توان گفت که در واقع حقوق‌دانان با ارائه این رویکرد خواسته‌اند از طریق نوعی مسئولیت بدون تقصیر، مبنای حقوقی برای تحمل مسئولیت بر مقامات مافوق در قبال اعمال زیرستان خود بیابند. البته توجه به این نکته ضروری است که تحمل این مسئولیت سنگین بر مقام مافوق بر اساس مسئولیت بدون تقصیر نه تنها عادلانه نیست، بلکه با آنچه که در استناد بین‌المللی در رابطه با مسئولیت مقام مافوق در نظر گرفته شده است نیز همخوانی ندارد. در استناد بین‌المللی بر کوتاهی کردن مقام مافوق در اتخاذ اقدام ضروری و معقول برای جلوگیری از ارتکاب جرم یا مجازات مرتکب آن جهت مسئول شناخته شدن وی، تأکید شده است؛ حال آنکه بر اساس رویکرد مسئولیت مطلق، مقام مافوق در هر دو حالت (قصیر یا عدم تقصیر) مسئول شناخته می‌شود. از این رو استناد به رویکرد مسئولیت مطلق در توجیه مسئولیت کیفری مقام مافوق منطقی به نظر نمی‌رسد.

۱. به عنوان یک اصل کلی در حقوق جزا، در تحمل مسئولیت بر اساس اصل مسئولیت مطلق، نیازی به اثبات عنصر روانی اعم از عمد یا غفلت نیست.

۲. اردبیلی، محمدعلی، حقوق کیفری بین‌المللی (گزیده مقالات)، تهران، نشر میزان، سال ۱۳۸۳، ص. ۱۴۸.

یکی دیگر از دلایلی که در توجیه مسئولیت کیفری مقامات مافقوق قابلیت طرح می‌باید، پذیرش اصولی مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری از سوی حقوق‌دانان است. اگرچه، مسئولیت کیفری مقامات مافقوق را نوعی مسئولیت کیفری ناشی از فعل غیر دانستن، در میان حقوق‌دانان حقوق کیفری بین‌المللی موافقان^۱ و مخالفان^۲ دارد، لیکن از جنبه‌های گوناگونی قابل بررسی است:

از یک طرف مواد ۷(۳) و ۶(۳) اساسنامه‌های دیوان‌های موقت با گنجاندن مسئولیت مافوق تحت عنوان کلی «مسئولیت کیفری فردی» به گونه‌ای مؤید این ادعا هستند که مسئولیت کیفری مقامات مافوق در واقع شکل متمایز و ویژه‌ای از همان مسئولیت کیفری فردی است. پیش‌نویس قانون جنایات علیه صلح و امنیت بشری ۱۹۹۶ نیز مسئولیت فرماندهی را به عنوان شکلی از مسئولیت کیفری فردی می‌داند.^۳ علاوه بر این برخی از نویسندها حقوق کیفری بین‌المللی^۴ نیز از این دیدگاه طرفداری کرده و تصریح نموده‌اند که مسئولیت کیفری فرماندهی یک جنبه مهم از مسئولیت کیفری فردی - هر چند غیر مستقیم - است.

از طرف دیگر در رابطه با دلیل سوم، می‌توان به اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی اشاره کرد. اساسنامه مزبور بر خلاف اساسنامه‌های دیوان یوگسلاوی سابق و رواندا، در دو ماده جداگانه مسئولیت کیفری فردی و مسئولیت مقامات مافوق (فرماندهی) را بر شمرده است. در ماده ۲۸ این اساسنامه، مقام مافوق (اعم از فرمانده نظامی یا غیرنظامی) در صورتی نسبت به جرایمی که توسط نیروهای تحت فرماندهی یا کنترل آنها ارتکاب یافته مسئول شناخته شده‌اند که کنترل لازم را نسبت به زیرستان خود، اعمال نکرده و علی‌رغم آگاهی از این که جرم واقع شده یا قریباً به وقوع خواهد پیوست، همه اقدامات لازم و معقولی را که در توان داشته برای جلوگیری یا منع از ارتکاب جرم به عمل نیاورده است. مسئول شناخته شدن مافوق به دلیل عدم کنترل را می‌توان تا حدودی مشابه نظریه خطأ در حقوق داخلی دانست؛ با این تفاوت که مطابق نظریه خطأ، صرف عدم نظارت جهت مسئول شناخته شدن مسئول کیفری به علت رفتار دیگری

¹ Lippman, Matthew, The Evolution and Scope of Command Responsibility, Leiden Journal of International Law, Vol. 13, 2000, p. 139

۲. گرسیوس از مخالفان جدی توجیه مسؤولیت مقامات مافوق بر اساس مسؤولیت کیفری ناشی از فعل غیر است.

رک:

- Bassiouni, Cherif, op. cit., p. 400.

³. Draft Code of crimes against the peace and security mankind 199, Art. 6.

۴. به عنوان مثال ر.ک: اردبیلی، محمدعلی، حقوق بین الملل کیفری، منبع پیشین، ص. ۱۴۹. ایشان معتقد است که مسئولیت مافوق، از اصل مسئولیت کیفری فردی که دادگاه‌های توکیو و نورنبرگ آن را شناخته‌اند، منشأ گرفته و در ماده ۳-۶ اساسنامه رواندآمده است.

کافی است. حال آنکه در این ماده علاوه بر عدم کنترل اولیه مقام مافوق علت‌های اصلی دیگری جهت مسئول شناخته شدن مقام مافوق وجود دارد. نکته حائز اهمیت آن است که اگرچه در مواد ۷(۳) و ۶(۳) اساسنامه‌های یوگسلاوی و رواندا به عبارت عدم کنترل و نظارت مقام مافوق اشاره‌ای نشده است، لیکن با توجه به اینکه مواد مذکور و ماده ۲۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی علت‌های اصلی یکسانی را جهت مسئولیت کیفری مقام مافوق مورد توجه قرار داده‌اند، می‌توان چنین گفت که درواقع در مواد ۷(۳) و ۶(۳) اساسنامه‌های مذکور، عدم کنترل از جانب مقام مافوق مفروض است. در تمامی این مواد، این امر که مقام مافوق یا فرمانده می‌دانسته یا باید می‌دانسته که نیروهای تحت امر او در حال ارتکاب جرم هستند، یا جرم را مرتکب شده‌اند و از اتخاذ اقدامات ضروری و معقول جهت جلوگیری از جرم و یا مجازات زیرستان خود کوتاهی نموده اند، مورد تأکید واقع شده است.

از نظر نگارنده، در رابطه با رویکرد سوم این نکته را باید در نظر گرفت که اگرچه مسئول شناخته شدن مقام مافوق در وهله اول به دلیل کوتاهی در انجام وظیفه محوله و ترک فعلی است که مرتکب شده، و از این نظر موافق با مسئولیت کیفری فردی است، ولی از آنجا که این مسئولیت در ارتباط با رفتار مجرمانه زیرستان قابلیت طرح می‌یابد و همچنین با در نظر گرفتن این احتمال که چنانچه مقام مافوق وظیفه خود را با انجام اقدامات لازم جهت جلوگیری از جرم یا مجازات زیرستانش به عمل می‌آورد، رفتار مجرمانه‌ای از جانب زیرستان به وقوع نمی‌پیوست و در واقع کوتاهی وی زمینه بروز جرم را فراهم کرده است، می‌توان مسئولیت مافوق را همانند مسئولیت کارفرما (با توجه به نظریه خط) نوعی مسئولیت غیرمستقیم در نظر گرفت که در اثر کوتاهی و تقصیر مافوق به وجود آمده است. بنابراین این رویکرد به نسبت دو ریکرد دیگر در توجیه مسئولیت کیفری مقام مافوق منطقی‌تر به نظر می‌رسد.

از مقایسه مطالب گفته شده در رابطه با مبانی مسئولیت‌های مذکور، چنین بر می‌آید که در حقوق داخلی در صورت اتکا به نظریه خط در توجیه مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری، شخصی که وظیفه نظارت بر رفتار دیگری را بر عهده دارد به صرف عدم نظارت مسئول شناخته می‌شود. حال آنکه در استناد بین‌المللی (به عنوان مثال، ماده ۲۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی و اساسنامه‌های دیوان کیفری بین‌المللی رواندا و یوگسلاوی سابق) مقام مافوق در صورتی مسئول شناخته می‌شود که علی‌رغم اطلاع از وقوع جرم توسط زیرستانش، در صورت توانایی، اقدامات لازم و معقول را جهت جلوگیری از رفتار مجرمانه یا مجازات مرتکب آن معمول ندارد. به عبارت دیگر در مقایسه با حقوق داخلی، می‌توان علت اصلی مسئولیت کیفری مقام

بودن کارفرما در برابر رفتار زبردست خود به موجب قانون.

مافوق را ترک فعل جلوگیری از انجام رفتار مجرمانه مأموران زبردست و عدم مجازات آنها در صورت داشتن توانایی دانست و چنین گفت که صرف عدم کنترل مقام مافوق بر زبردستانش که تحت کنترل یا اقتدار مؤثر او قرار دارند، شرط لازم جهت تحقق مسئولیت کیفری به حساب می‌آید ولی کافی نیست. همین نکته را می‌توان به عنوان نقطه قوت اسناد بین‌المللی در شناسایی مبنای مسئولیت کیفری مقام مافوق در نظر گرفت، که در حقوق داخلی مورد توجه قرار نگرفته است. درست است که مطابق نظریه خطأ، کارفرما یا مدیر مسئول با کوتهاي در امر نظارت زمينه بروز جرم را فراهم می‌سازد اما بهتر آن بود که همانند حقوق بین‌المللی توانایی این افراد نیز در انجام وظیفه نظارت و جلوگیری از وقوع جرم مد نظر قرار می‌گرفت.

۳. شرایط مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری و مسئولیت کیفری مقامات مافوق

به منظور تحقق مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری و هم چنین مسئولیت کیفری مقامات مافوق وجود شرایطی ضروری است که در صورت عدم تحقق این شرایط، مسئولیت‌های مذکور قابل تصور نخواهند بود. در ادامه به بررسی هر یک از این شرایط به طور جداگانه پرداخته شده است.

۱-۱. شرایط تحقق مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری

با توجه به اینکه مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری قائم بر دو شخص است، لذا تحقق آن مستلزم اجتماع شروطی در افعال مباشر جرم و همچنین افعال مسئول کیفری به علت رفتار او است. مجرمانه بودن رفتار، ارتکاب جرم در حین انجام وظیفه و عمدى نبودن نقض مقررات را می‌توان از مهم‌ترین شروط افعال مباشر جهت تتحقق مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری به حساب آورد. البته لازم به ذکر است که در ماده ۱۴۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ شرایط مذکور احصا نگردیده‌اند بلکه این شرایط دستاورده دکترین حقوقی موجود در در زمینه مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری است. به بیان دیگر می‌توان گفت که ماده ۱۴۲ شروط افعال مسئول کیفری ناشی از رفتار دیگری که برای تحقق مسئولیت مذکور ضروری است را مورد توجه قرار داده است. قانون‌گذار در این ماده یکی از دو شرط زیر را جهت تحقق مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری ضروری دانسته است:

۲- مرتكب تقصیر شدن شخص در رابطه با نتیجه رفتار ارتكابی دیگری. به عنوان مثال: تقصیر اولیا و سرپرستان قانونی اطفال و مجانین در حفظ و نگهداری یا مراقبت از آنها.

در ادامه سایر شرایط تحقق مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری در ارتباط با رفتار مباشر اصلی جرم، مورد بررسی قرار گرفته است.

۳-۱-۱. مجرمانه بودن رفتار

نخستین شرط تحقق این مسئولیت بنابر اصل قانونی بودن جرم و مجازات، فعل یا ترک فعل مادی قابل مجازات دیگری است. یعنی رفتار صورت گرفته از ناحیه دیگری، به عنوان مباشر و مرتكب اصلی باید از نظر قوانین جزایی کشورها جرم شناخته شده و قابل مجازات باشد تا بتوان مسئول کیفری به خاطر رفتار دیگری را مسئول شناخت. بنابراین می‌توان گفت که وقوع رفتار مجرمانه توسط دیگری، بنای این نوع مسئولیت را تشکیل می‌دهد.

۳-۱-۲. ارتكاب جرم در حین انجام وظیفه

یکی دیگر از شروط تحقق مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری آن است که وقوع جرم غیرعمدی از ناحیه مرتكب در حین انجام وظیفه او صورت گرفته باشد. بنابراین هر گاه کارگری در غیر مواردی که مشغول انجام وظیفه می‌باشد بر اثر بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی مرتكب جرم غیرعمدی شود، مسئولیت شخصی که موظف به مراقبت از اعمال او بوده، در اینجا موضوعاً منتفی است. این شرط در مسئولیت مدنی ناشی از فعل زیان‌بار دیگری نیز مورد توجه قرار گرفته است؛ در آنجا که به موجب ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی، کارفرما مسئول جبران خساراتی شناخته شده که توسط کارکنان اداری یا کارگران وی در حین انجام کار یا به مناسبت آن وارد شده است.

در این زمینه می‌توان به مقاله پروفسور لاسپروگاتا¹ اشاره کرد. در مقاله وی تحت عنوان «زندگی مجازی و مدیریت خطر سازمان یافته برای استفاده شخصی کارمند از شبکه» چنین آمده است: «اصول حقوق نمایندگی کار فرما را در قبال رفتارهای مضر و اشتباه کارمندانش که در محدوده شرح وظایف آنها رخ داده باشد، مسئول می‌شناسد». در قسمت دیگر این مقاله آمده است «مسئولیت نیابتی، در جایی که کارمند به خاطر اهداف شخصی خود به طور قابل توجهی از وظایفش منحرف شده باشد در رابطه با

شخص کارفرما مطرح نمی‌گردد.» آنچنان که از این نظریه مستفاد می‌گردد، چنانچه کارمند، خارج از حدود وظایف خود مرتکب رفتار مجرمانه‌ای شود، کارفرما مسئولیتی در قبال آن نخواهد داشت.

۳-۱-۳-عمدى نبودن نقض مقررات مربوطه

نقض مقررات مربوطه عمدى نباشد. بدین معنا که مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری مربوط به جرایمی که دیگری به صورت عمدى انجام می‌دهد، نمی‌باشد و معمولاً در جرایم غیرعمد متصور است. به بیان دیگر، شخصی که عاملاً جرم را انجام داده خود باید بار مسئولیت را به دوش بکشد. بنابراین در صورتی که تخلف مباشر از مقررات عمدى باشد مسئولیت کیفری متوجه مدیر نمی‌شود.

یکی از استدان حقوق در خصوص جایگاه مسئولیت کیفری ناشی از فعل غیر در جرایم غیرعمدی چنین می‌نویسد: «... از این که مسئول کیفری در دادرسی فقط پاسخگوی غفلت خود در اجرای وظیفه ناظارت و مراقبت خواهد بود، منطقاً چنین نتیجه می‌شود که نمی‌توان او را جز به سبب جرایم غیرعمدی (تخلف) دیگری محکوم کرد. زیرا، در جرایم عمدى تصور قبول مسئولیت کیفری در قبال رفتار دیگری دشوار است. چنین به نظر می‌رسد که تقصیر عمدى مباشر اصلی جرم، تقصیر ناشی از غفلت و بی‌مبالغه مسئول کیفری رفتار دیگری را بی‌تأثیر می‌گرداند. با این همه، در نظام قانون‌گذاری کشورمان، پذیرفتن مسئولیت کیفری به علت رفتار عمدى دیگری بی‌سابقه نیست.»^۱ در واقع، در رابطه با این شرط می‌توان چنین گفت که اگرچه در دکترین، غیرعمدی بودن نقض مقررات مربوط، به عنوان یکی از شروط تحقق مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری در نظر گرفته شده است، اما با این حال در قوانین جزایی کشورمان موادی که مصادیق مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری را مورد بررسی قرار داده‌اند، غیرعمدی بودن فعل مباشر اصلی تصریح نگردیده است.

در رابطه با شرط فوق‌الذکر، می‌توان به ماده ۴۳۵ قانون مجازات اسلامی نیز اشاره کرد. این ماده مقرر می‌دارد: «هر گاه در جنایات عمدى، به علت مرگ یا فرار، دسترسی به مرتکب ممکن نباشد، با درخواست صاحب حق، دیه جنایت از اموال مرتکب پرداخت می‌شود و در صورتی که مرتکب مالی نداشته باشد و در خصوص قتل عمد، ولی دم می‌تواند دیه را از عاقله بگیرد و در صورت نبود عاقله یا ...» همان‌گونه که مشاهده می‌گردد در این ماده، قانون‌گذار عاقله را در برابر رفتار عمدى مرتکب، مسئول شناخته و وی را محکوم به پرداخت دیه کرده است. این امر ممکن است در نگاه اول مغایر با شرط

۱. اردبیلی، محمدلعلی، حقوق جزای عمومی، منبع پیشین، ص. ۱۴۲.

عمدی نبودن نقض مقررات به نظر برسد، حال آنکه در توجیه می‌توان چنین گفت که در این ماده در واقع جنبه جبران خسارت بودن دیه مورد توجه قانون‌گذار بوده و ماده ۴۳۵ مغایرتی با شرط مذکو ندارد.

نکته قابل توجه در ارتباط بین شرط حاضر با شرط نخست این است که تنها در صورتی مسئول کیفری برای رفتار غیرعمدی دیگری مجازات می‌شود که غیرعمدی بودن یک رفتار جرم شناخته شود و در صورت عدم جرم شناخته شدن رفتار غیرعمدی نمی‌توان شخص را مسئول شناخت که البته جرم شناختن یک رفتار غیرعمدی استثنای است و نیاز به تصریح دارد. بنابراین می‌توان چنین نتیجه‌گیری کرد که شرط سوم تا حدودی دامنه تحقق مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری را محدود می‌کند.

در آخر به عنوان جمع‌بندی باید گفت که لازم است تمامی شرایط فوق‌الذکر به طور همزمان در رفتار مرتكب اصلی جرم (دیگری) وجود داشته باشند تا مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری تحقق یابد. به بیان دیگر تنها زمانی که دیگری در حین انجام وظیفه مرتكب یک رفتار غیرعمدی که توسط قانون جرم‌انگاری شده است، بشود، شخصی که وظیفه نظارت بر رفتار وی را داشته است به عنوان مسئول کیفری ناشی از رفتار دیگری واجد مسئولیت شناخته می‌شود.

۲-۳. شرایط تحقق مسئولیت کیفری مقامات مافوق

در اسناد بین‌المللی و همچنین رویه قضایی بین‌المللی، سه شرط اساسی برای تحقق مسئولیت کیفری مافوق در نظر گرفته شده است که عبارتند از:

۱- وجود رابطه مافوق - مادون. نخستین شرط برای تحقق دکترین مسئولیت کیفری مافوق، وجود رابطه بین مقام مافوق به عنوان مسئول کیفری و زیردست او که مرتكب واقعی جرم مورد نظر است - در زمان وقوع جرم - می‌باشد.

قابل ذکر است که در هیچ یک از اسناد بین‌المللی، مافوق و مادون تعریف نشده‌اند. آنچه در تعریف اصلاحات مذبور گفته می‌شود صرفاً مبتنی بر وجود خصوصیات و ویژگی‌های مشترکی است که در اسناد بین‌المللی در مورد آنان آمده است. مافوق شامل فرماندهان نظامی، رهبران سیاسی و سایر مقامات ارشد دولتی می‌شود. شرح اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی مافوق - مادون را به شرح زیر تعریف می‌کند: هر کس که یک مافوق دارد که می‌تواند کار او یا فعالیت‌های مربوط به کار او را هدایت کند، می‌تواند یک مادون نسبت به او باشد ...^۱.

۱. آقایی جنت مکان، حسین، منبع پیشین، ص. ۵۸.

۱. همان، ص. ۵۶.

2. Dunnaback, Jeremy, Command Responsibility: a Small — Unit Leaders Perspective, North Western University Law Review, vol. 108, 2014, p. 1385.

می‌توان رابطه مافوق - مادون را یک شرط اساسی دکترین مسئولیت مافوق (فرماندهی) در اساسنامه دیوان‌های موقت و اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی به شمار آورد.

۲- علم واقعی یا اعتباری از طرف مافوق نسبت به جرایم ارتکابی یا در حال ارتکاب از سوی زبردستان. این شرط در مواد (۳۶) و (۳۷) اساسنامه‌های دیوان یوگسلاوی سابق و دیوان رواندا با این عبارت که «چنانچه او می‌دانسته یا دلایلی وجود داشته که می‌دانسته است که زیردست در حال ارتکاب چنین جرایمی است یا قبلًا این جرایم را انجام داده است ...» مورد اشاره قرار گرفته است. همچنین ماده ۲۸ (الف) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز با این عبارت که فرمانده نظامی یا شخصی که عملًا وظایف فرمانده نظامی را انجام می‌دهد «می‌دانسته یا با توجه به اوضاع و احوال زمان ارتکاب جرم باید می‌دانسته ...» این شرط را مورد توجه قرار داده است.

۳- قصور از اتخاذ (انجام) اقدامات لازم برای جلوگیری یا مجازات زبردستان.^۱ این شرط نیز مانند دو شرط قبلی در اساسنامه‌های دیوان‌های موقت و اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی مورد توجه قرار گرفته است.

در رابطه با شرط حاضر در برخی از متون حقوقی چنین آمده است: «دکترین مسئولیت کیفری مقامات مافوق (فرماندهی)، زمانی ثابت می‌شود که فرماندهان نظامی از ممانعت مؤثر، توقف یا مجازات جرایم جنگی زبردستان خود کوتاهی کنند. در این شرایط فرمانده ممکن است به خاطر جرایم زبردستان خود مجازات شود.»^۲

ماده ۲۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در خصوص این شرط در مورد مقامات مافوق نظامی و غیرنظامی مقرر داشته است:

الف—....،

۱.

۲. فرمانده نظامی یا شخصی که عملًا وظایف فرمانده نظامی را انجام می‌دهد از اتخاذ اقدامات ضروری و معقولی که در حدود توانایی اش است، به منظور جلوگیری از جرم یا منع از انجام آن یا برای طرح مسأله نزد مقامات صالح به منظور تحقیق و تعقیب قصور کرده است.

ب - ...

. ۱
..... ۲

۳. مقام مافوق (غیرنظمی) از اتخاذ همه اقدامات ضروری و معقولی که در حدود توان اوست به منظور جلوگیری یا منع ارتکاب (جرائم) یا گزارش موضوع (جرائم) به مقامات صالح برای تحقیق و تعقیب کوتاهی ورزیده است.
همان گونه که مشاهده می‌گردد، اساسنامه دیوان در مورد اتخاذ اقدامات ضروری و معقول تفاوتی میان مقامات نظامی و غیرنظمی قائل نشده است.

آن چه از مقایسه شرایط لازم جهت تحقق دو مسئولیت مذکور بر می‌آید این است که مسئولیت کیفری مقامات مافوق (فرماندهی) در قبال رفتار زیردستانشان همانند مسئولیت ناشی از رفتار دیگری مشکل از دو شخص است. یک شخص مقام مافوق و شخص دیگر مأمور مادون. به همین دلیل جهت تحقق این مسئولیت وجود شرایطی هم در رفتار مافوق و هم در رفتار مأمور ضروری است. لیکن در حقوق کیفری بین‌المللی، چه در اسناد بین‌المللی و چه در دکترین مسئولیت کیفری مقامات مافوق، بر خلاف حقوق داخلی (که شرایط رفتار دیگری (مباشر جرم) در دکترین مربوط به مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگر مورد بحث قرار گرفته است) اشاره‌ای به شرایطی که باید در رفتار مأمور زیردست جهت تحقق این مسئولیت وجود داشته باشد، نشده و بیشتر شرایط ضروری موجود در رفتار مافوق مورد بررسی قرار گرفته است. بنابراین می‌توان گفت که شرایط تحقق مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری در حقوق داخلی، از این جهت که ناظر بر رفتار شخص مسئول و مباشر اصلی جرم به طور هم زمان است نسبت به حقوق کیفری بین‌المللی که شرایط را تنها از جنبه مقام مافوق مورد بررسی قرار داده است تکامل یافته‌تر است.

با این حال می‌توان شروط مربوط به رفتار مباشر جهت تحقق مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری را تا حدودی به رفتار مأمور زیردستی که منجر به مسئول کیفری شناخته شدن مقام مافوق گردیده است، تسری داد.

به عنوان مثال در رابطه با شرط اول یعنی مجرمانه بودن رفتار ارتکابی می‌توان گفت که در آن دسته از اسناد بین‌المللی که مسئولیت کیفری مقام مافوق در قبال جرایم زیردستانشان مورد توجه قرار گرفته، به عبارت جرم در صلاحیت دیوان اشاره گردیده و مقام مافوق را در قبال آن دسته از جرایم زیردستان که رسیدگی به آنها در صلاحیت دیوان مربوطه است دارای مسئولیت کیفری شناخته است. بنابراین همان گونه که در حقوق داخلی رفتار صورت گرفته از ناحیه دیگری، به عنوان مباشر و مرتكب اصلی

باید از نظر قوانین جزایی کشورها قابل مجازات باشد تا بتوان مسئول کیفری به خاطر رفتار دیگری را مسئول شناخت. در اسناد بین‌المللی نیز مجرمانه بودن رفتار ارتکابی از سوی زیرستان مورد پذیرش قرار گرفته است. با این تفاوت که رفتار ارتکابی نه تنها باید جرم باشد بلکه باید رسیدگی به آن در صلاحیت دیوان باشد تا بتوان مقام مافوق را در قبال آن مسئول شناخت. به عبارت دیگر در حقوق داخلی صرف این که رفتار ارتکابی به موجب قوانین جرم و قابل مجازات شناخته شود (در کنار مابقی شرایط) جهت مسئول شناخته شدن مسئول کیفری به علت رفتار دیگری کافی است حال آنکه در حقوق کیفری بین‌المللی علاوه بر این که رفتار ارتکابی از سوی زیرستان باید جرم باشد بلکه رسیدگی به آن نیز باید در صلاحیت دیوانی باشد که مسئولیت کیفری مقامات مافوق را در اساسنامه خود به رسمیت شناخته است.

نتیجه‌گیری

اگرچه مسئولیت مدنی ناشی از رفتار دیگری، در حقوق کشورمان، به عنوان اصلی مستقل مورد پذیرش قرار گرفته و در قانون مسئولیت مدنی از آن یاد شده، اما در رابطه با مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری به دلیل مواجه شدن با امر مجازات، آن هم مجازات شخصی که در ظاهر دخالتی در جرم ارتکاب یافته نداشته است، پذیرفتن این قسم از مسئولیت به عنوان اصلی مستقل با مشکل روپرتو شده و موافقان و مخالفان را به خود اختصاص داده است. با مطالعه متون و قوانین جزایی و همچنین با اتکا بر نظریات مطرح شده در زمینه توجیه مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری (بهویژه نظریه خطای می‌توان چنین استباط کرد که صلاحیت قانون‌گذار از تأسیس چنین نهادی، القای مسئولیت نظارت به شخص مافوق بوده است. یکی از موضوعات مهم حقوق جزای بین‌الملل که تا حدودی می‌توان آن را مشابه مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری در حقوق داخلی دانست، مسئولیت کیفری مقامات مافوق در قبال رفتار مجرمانه زیرستانشان است. در هر دو مسئولیت، عدم نظارت و کنترل شرط لازم جهت مسئول شناخته شدن مقام مافوق و شخص ناظر در نظر گرفته شده است. با این تفاوت که در مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری با تکیه بر نظریه خطای صرف عدم کنترل و نظارت منجر به مسئولیت کیفری شخص ناظر می‌گردد. بنابراین در رابطه با مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری، عدم نظارت شرط لازم و کافی است و می‌توان مسئولیت کیفری کارفرما، مدیر مسئول و ... را به دلیل کوتاهی و غفلت آنان در انجام وظیفه نظارت ثابت دانست؛ در حالی که در اسناد بین‌المللی و در رابطه با مسئولیت کیفری مقام مافوق صرف عدم کنترل برای مسئول کیفری شناختن شخص مافوق کافی نیست. به طور کلی می‌توان گفت که اگرچه مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری دارای ماهیتی مستقل از مسئولیت کیفری مقامات مافوق است ولی با این حال شاید بتوان این تأسیس را تا حدودی منطبق بر نهاد مسئولیت کیفری مقامات مافوق در قبال رفتار مجرمانه زیرستانشان در نظر گرفت. لازم به ذکر است که با توجه به میزان اهمیت مقامات مافوق در اسناد بین‌المللی و در نظر گرفتن پیشرفت روزافزون جوامع بشری و به وجود آمدن برخی جرایم بین‌المللی جدید در عصر تکنولوژی‌های برتر، لزوم انجام تحقیقات گسترده‌تر در زمینه مسئولیت کیفری مقامات مافوق بیش از پیش احساس می‌گردد.

در آخر بر اساس آنچه گفته شد، پیشنهادهای نوشتار حاضر که شامل پیشنهادهایی کاربردی است، مورد اشاره قرار می‌گیرد:

-
- ۱- با توجه به اهمیت تشخیص مسئولیت کیفری از نظر حقوق جزای اسلامی، ارائه تعریف دقیق از مسئولیت کیفری توسط قانون‌گذار به منظور رفع اختلاف نظر موجود در میان حقوق دانان ضروری به نظر می‌رسد.
- ۲- در رابطه با مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی به عنوان یکی از مصادیق مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری، می‌توان گفت که با در نظر گرفتن این امر که ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را به رسمیت شناخته و شرایط آن را احصا کرده است، بهتر آن است که علاوه بر تبصره ماده ۲۰ که عدم مجازات اشخاص حقوقی حقوق عمومی (اشخاص حقوقی دولتی و یا عمومی غیر دولتی) در زمان اعمال حاکمیت، مورد توجه قرار گرفته است، به عدم مسئولیت کیفری این اشخاص به هنگام اعمال حاکمیت نیز در ذیل ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ توسط قانون‌گذار اشاره شود.
- ۳- جهت درک بهتر مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری، علاوه بر احصای شرایط تحقق این نوع مسئولیت، در ماده ۱۴۲ قانون مجازات اسلامی، ۱۳۹۲ ارائه تعریف دقیق از مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری در این ماده توسط قانون‌گذار ضروری به نظر می‌رسد.

منابع

- آشوری، محمد، «عدالت کیفری از دیدگاه حمورابی»، نشریه مؤسسه حقوق تطبیقی، دانشگاه تهران، شماره ۷، ۱۳۸۴.
- آفایی جنت‌مکان، حسین، محاکمه قدرت (مسئولیت کیفری مقامات مافوق و زیرستان آنان در حقوق کیفری بین‌المللی)، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۵.
- اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد ۲، چاپ سی‌دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲.
- _____، حقوق کیفری بین‌المللی (گزیده مقالات)، تهران، نشر میزان، سال ۱۳۸۳.
- _____، «مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری در حقوق ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۶ و ۱۷، پاییز ۱۳۷۴ تا بهار ۱۳۷۵.
- حسین‌جانی، بهمن؛ مظاہری تهرانی، مسعود، اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری با نگرشی بر قوانین کیفری فرانسه و آمریکا، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۹.
- حسین‌نژاد، حسینقلی، مسئولیت مدنی، انتشارات مجد، ۱۳۸۹.
- ساکی، محمدرضا، حقوق جزای عمومی (مسئولیت کیفری)، جلد ۲، انتشارات جنگل، ۱۳۹۲.
- سلیمی، صادق، چکیده حقوق جزای عمومی، انتشارات جاودانه، جنگل، ۱۳۹۲.
- شاه‌حیدری‌پور، محمدعلی؛ تحصیل‌دوست، فریدون، قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲.
- شامبیاتی، هوشیگ، حقوق جزای عمومی، جلد ۲، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۲.
- صالح‌ولیدی، محمد، حقوق جزا (مسئولیت کیفری)، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۳.
- صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، جلد ۲، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۶.
- عباسلو، بختیار، مسئولیت مدنی (با نگرش تطبیقی)، چاپ دوم، نشر میزان، ۱۳۹۴.
- عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۵۷.
- فیض، رضا، «قهر مطبون» و جزای مطلوب در عرفان ابن عربی، چاپ نخست، دایرۀ المعارف علوم جنایی (مجموعه مقاله‌های تازه‌های علوم جنایی - زیرنظر علی حسین نجفی ابرندآبادی)، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۲.
- قاسم‌زاده، سیدمرتضی، مبانی مسئولیت مدنی، چاپ چهارم، نشر میزان، ۱۳۸۵.
- کشاورز چاجیری، پژمان، مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری در حقوق ایران و حقوق تطبیقی (انگلستان و فرانسه)، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تیرماه ۱۳۸۱.
- گلدوزیان، ایرج؛ حسین‌جانی، بهمن، مبانی اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری در حوزه ادیان، شماره ۱۵ و ۱۶، مجله تخصصی الهیات و حقوق، ۱۳۸۳.
- محسنی، مرتضی، دوره حقوق جزای عمومی (مسئولیت کیفری)، جلد سوم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۶.
- میرسعیدی، سیدمنصور، مسئولیت کیفری (قلمرو و ارکان)، جلد اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۳.

-
- میرمحمدصادقی، حسین، حقوق جزای بین‌الملل (مجموعه مقالات)، چاپ سوم، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۰.
 - نوربها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، چاپ ۳۱، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۰.
 - Akande, Dapo, the Jurisdiction of the International criminal court over nationals of non- parties: legal basis and limits, Journal of International Criminal Justice, vol. 1, 2003.
 - Ashworth, Andrew; Horder, Jeremy, Principles of Criminal Law, Oxford University Press, 2013.
 - Barker, David; Padfield, Colin, Law Made Simple, London, Routledge, 2007.
 - Bassiouni, Cherif, Crimes against Humanity in International Criminal Law, Kluwer Law International, 2010.
 - Clarkson, C.M.V, Understanding Criminal Law, London, Sweet & Maxwell, 2005.
 - Dunnaback, Jeremy, Command Responsibility: a Small – Unit Leaders Perspective, North Western University Law Review, vol. 108, 2014.
 - Lasprogata, Gail Ann, Weblife and Organizational Risk Management for Employee Personal Web Use, Seattle University, 2015.
 - Lippman, Matthew, The Evolution and Scope of Command Responsibility, Leiden Journal of International Law. Vol. 13, 2000.
 - Vark, Rene, Superior Responsibility, Article in the ENDC Proceedings, vol. 15, 2012.

The Criminal Responsibility Arising from Another Person's Behavior in Iran's Rules and International Documents

Abdolali Tavajohi
Haleh Karimian

Abstract

One of the issues related to criminal responsibility and the principle of its individuality is the criminal responsibility arising from the other's behavior that legislator has referred it as criminal responsibility arising from other's behavior in 142 article of Islamic Penal Law of 2013. This means that the criminal responsibility is on a person who has not committed the crime, but is known responsible and punished due to specific conditions and based on the legislator's discretion. Before approving this law, the examples of this responsibility had been referred discretely in some laws. There is a concept called criminal responsibility of superiors (commander-ship) in the international documents that whereby military commanders or superiors are known responsible for crimes that were committed by forces under their command or control, in the lack of necessary control of their subordinates. This is one of the important issues in international criminal law and there are several reasons for its justification includes criminal responsibility arising from other's behavior. Accordingly, a separate study of each of these concepts and identification of their relationship is important, which is discussed in the present research through study theoretic principles and refer to regulations, texts and other documents. According to results in this study, criminal responsibility of superiors can be similar criminal liability arising from other's behavior in the internal law.

Keywords: Principle of Individuality of Criminal Responsibility, Principle of Individuality of Punishments, Vicarious Liability, Criminal Responsibility of Superiors (Commander-ship).

The Study of Negotiation Clause in Settlement of Commercial Disputes by Considering International Legal Practice

Hossein Shiravi
Mohammadjavad Kazemi

Abstract

In commercial contracts, the parties usually agree to settle their disputes through amicable negotiations prior to refereeing them to arbitration or judiciary and hereby they will be achieved a settlement by maintaining their commercial relations with the lowest cost, time and damages. Although these agreements are very prevalent in commerce, their legal status, especially in respect of obligations of the parties and legal consequences of their breach, has not thoroughly been discussed. In this research paper, the legal status of these agreements will be first studied as an obligation on the parties to negotiate before refereeing their disputes to arbitration or judiciary. Based on such agreements, the parties are banned from referring their disputes to arbitration or judiciary before they first try to settle their disputes via amicable negotiations on a bona fide basis and on an organized manner. The breach of this obligation would also lead to a contractual liability.

Keywords: Negotiation Clause, Alternative Dispute Resolution (ADR), Breach of Obligation to Negotiate, Remedy for Breach of Negotiation Clause.

Possibility or Impossibility of Privatization of Judicial Affairs

Seyed Mohammadmehdi Ghamamy
Mehdi Moradi Berelian

Abstract

The main purpose of this article is feasibility study of privatizing affairs of judiciary with the aim of increasing judicial efficiency. For this purpose, the separation between types of judicial affairs is necessary. These affairs can be divided into inherent judicial affairs (like Settlement of disputes), administrative affairs related to the judiciary and affairs of organizations affiliated with the judiciary. It seems inherent judicial affairs cannot be transferred to other institutions or private section, but privatizing administrative affairs and affairs of organizations affiliated with the judiciary is possible. Accordingly, we analyze triple separation of judicial affairs mentioned above with look at the constitution of Iran and other related provisions and also status of privatizing judicial affairs in some countries in order to answer to main question of this article.

Keywords: Privatization, Inherent Judicial Affairs, Administrative Affairs Related to the Judiciary, Notification, Enforcement of Court Decision.

Tashhir in Ta'azir (A Comparative approach to Shaming Punishment in Criminal Justice System of United States)

Ali Gholami
Mohammadhossein Mojtabaei
Mohammadhassan Tahmasbi

Abstract

The balance between protecting individual rights and, at the same time, preserving and sustaining social security is among the key tasks of the criminal justice system, which is being challenged in the context of some guarantee of performance. As in some of the crimes, the preservation of the dignity of persons and the psychological security of the community, even the possibility of declaring and expulsion of the crime should be avoided. On the other hand, the introduction of perpetrators of certain crimes-as violators of the rights of the community-is also considered necessary for the establishment of social security. Tashhir's punishment is a typical example of the above proposition that has been the subject of some of the official poetry in some of the legal material. These include items 19, 23 and 36 of the Penal Code as core and supplementary penalties, as well as Note2, Article353 of the Criminal Procedure Code. The criminal system of Islam recognizes the Tashhir punishment and is organized in a structured manner with specific objectives for deterrence and prevention. Meanwhile, Tashhir has been censured for some limited crimes and for a limited number of punishments, but its application to other torture offenses is a matter of reflection. The present paper, using a descriptive-analytical method, first addresses the question of whether the prediction of Tashhir in the scope of Ta'azir crimes violates Islamic norms and norms, and then, in a comparative approach to the laws and decrees of the United States to justify the criminalization of this punishment and the judiciary The existence of this criminal institution will be analyzed in the criminal justice system. Finally, the paper has proven that there is not only a legal and jurisprudential impediment to recruiting Tashhir punishment for imprisonment but that contemporary criminological and psychological principles continue to pursue such goals as deterrence and the prevention of the commission of certain crimes possible through the use of Tashhir punishment.

Keywords: Tashhir, Ta'azir, Prevention, Punishment, Deterrence.

Murabaha and its Legitimacy

Amirhosein Alizadeh

Abstract

Murabaha is an Islamic contract and one of the means of Islamic banks advance. In two ways, Murabaha will be signed: murabaha that a person purchase a commodity and sell with some profit; Murabaha that in addition to the buyer and seller, the bank participates in contract. The bank purchase the commodity from the seller, on the basis of purchase order, then under the murabaha contract, sell to customer with some profit. In this type, bank may sign agent contract with customer. Also it is possible that, the bank issue credit card. In fact, murabaha referred to "Inah" that was expressed in the Islamic jurisprudence. In this type, the contract is made by combination of purchase order and customer's obligation to purchase from the bank, the bank's obligation to give agent to customer, payment on the basis of credit card and selling commodity to customer. In this contract, the bank acquires ownership of the commodity, and then sells to the customer. In this agreement, customer's obligation to purchase from the bank, is legitimate and takes its binding power from mutual consent. In our law, Article 10 of the Civil Code can be documented for the legitimacy of this agreement. But agency granted by the bank to the customer and payment by credit card, is objectionable and drawback.

Keywords: Sale, Agency, Murabaha, Credit card, Legitimacy.

Existing Challenges and Gaps in Tackling Cybercrimes

Javad Tahmasebi
Khierollah Shahmoradi

Abstract

The age of using information and communication technology and consequently using cyber space has confronted human societies with new challenges in all social, economic, cultural, religious aspects. Crimes committed in this space have different specifics from real space crimes. These specifics are such as limitless and intangibility, easy and fast access, easy to change and anonymity which has increased the speed of committing crime in this space, are the most important specifics. Therefore, tackling these crimes has its own method. A little time after the development of information and communication technology, it was clear that the concern of criminal law on criminal digital events, is more laid on procedural criminal law or Criminal Procedure Code. Not only cyber space has changed the basis and constituents of this area fundamentally, but also is counted as the gateway of creating substantive criminal law. Therefore, any failure in explaining and enforcing the rules of cyber Criminal Procedure Code, confronts the best criminal cases with failure and makes criminal laws obsolete. It also makes the criminals brave, because they see that the effort of community to control and reply tem appropriately is failed and they continue breaking the norms with more power. Thus, the modernity of cybercrime and the method of committing these crimes, has faced tracking and tackling these crimes with some challenges and gaps from the aspect of procedure issues and classic law approaches are no more responsive and tackling these crimes has some problems that we will process them in this research.

Keywords: Cyber Space, Cybercrime, Tackling Cybercrime, Criminal Law Code.

Effects of Personality Record in Iranian Criminal Law Case

Razieh Sabzeali
Mahmood Ashrafy
Masoud Heidari

Abstract

Since the formation of communities, there have been different reactions to the phenomenon of crime. In the past, in the process of defining the punishment, offender's character was not taken into consideration but only the crime and its consequences. By positivism school, the offender's character, "this newly emerged in criminal law", was taken into consideration. Since then, criminal justice was realized not only according to the crime but also with respect to the offender's character and understanding the circumstances which led to the commission of a criminal act. Since early twentieth century, it was felt the necessity of filing character dossier alongside with the criminal case in order to adopt a response proportional to the offender's character to achieve refinement and treatment goals and to plan effectively the prevention and recidivism programs. Character dossier which is necessary to reform criminals is a record containing the comments by specialists in psychology, psychiatrist, psychologist and social workers about the criminal's character in order to be used by the authorities to adjust the punishment to offender's character. In Criminal Procedure Law 2013, Articles 203 and 286 predicts explicitly the character dossier filed against adults and also children. Obviously, according to changes in the Islamic Penal Code in 2013, some new proposed mechanisms including alternatives to imprisonment, probation, suspension of punishment, postponed sentencing, exemption from punishment all of which require appropriate response to the offender's character, are not applicable without filing character dossier.

Keywords: Suspension of Punishment, Reforming and Treatment, Resocialization, Probation, Personalization of Punishment.

Prevention of Sexual Victimization in Social Networks

Behzad Razavifard
Mohammadtahgi Robatjazi
Golsa Omrani

Abstract

Human achievement in industry and technology has some pros and cons. One of these achievements is social networks. They make it possible to come into contact with each other, share interests, be familiar with other cultures, convictions and religions, and make accessible a wide variety of information. But beside aforementioned advantages, there may be some disadvantages including privacy invasion, put at risk the familial relations, disloyalty between couples, and sexual victimization. The sexual victimization refers to process of victimization in the course of information and communication technology development and utilization. This crime could be committed by sexual harassment, blackmail and pornography. The recognition of factors creating these harms in either social or familial level and in social networks is necessary in order to control the sexual harms and identify the victims so as to be protected. In this research, social prevention of sexual victimization is studied. This kind of prevention tends to improve economic, cultural and social circumstances that make the grounds of criminality. So the goal of social prevention is to suppress the external criminal factors. This is the case for example educational methods, employment, and help to start a family. On the other side there are supervisory means done in the situational prevention. Moreover, there are new management means including smart management software organizing cyberspace utilized by children and youth.

Keywords: Social Prevention, Cyberspace, Social Networks, Sexual Victimization.

Lawsuit Proceedings for Victims of Use of Chemical Weapons in the Imposed War in the Judiciary of the Islamic Republic of Iran

Tavakkol Habibzadeh

Keivan Eghbali

Najmeh Samiemanesh

Abstract

One of the main examples of the use of chemical weapons during modern armed conflicts is the widespread use of these weapons against Iranian soldiers and civilians and even Iraqi citizens, by the Iraqi army in the imposed war resulting in thousands being martyred or injured. Meanwhile, due to the need to protect its citizens, the Islamic Republic of Iran, given the severity of the harm done to the Iranian victims of chemical attacks and their families, has the task of facilitating the litigation of these individuals from the perpetrators of the attacks. In this regard, the judiciary is also of a pivotal task for facilitating the domestic litigation of Iranian victims of chemical attacks through internal judicial mechanisms.

In this framework, although the domestic courts have competence to proceed in this case, but with regard to the non-criminalization of international crimes in Iran's domestic laws, the criminal or civil litigation of Iranian chemical victims and their families from Iraqi authorities and also, the people who helped the Iraqi Ba'ath army to achieve chemical weapons are subjected to the exact criminalization of international crimes, including the use of chemical weapons as an example of war crimes. On the other hand, according to the principle of judicial immunity of states, only the international responsibility of the United States for helping the Iraqi army to be armed with chemical weapons is litigious before the domestic courts of Iran, within the framework of the principle of countermeasure.

Keywords: Chemical Weapon, Individual Criminal Responsibility, International Responsibility of States, Competence of Internal Court, Reciprocity.

Contents

Lawsuit Proceedings for Victims of Use of Chemical Weapons in the Imposed War in the Judiciary of the Islamic Republic of Iran	a
Tavakkol Habibzadeh / Keivan Eghbali / Najmeh Samiemanesh	
Prevention of Sexual Victimization in Social Networks ...	b
Behzad Razavifard / Mohammadtaghi Robatjazi / Golsa Omrami	
Effects of Personality Record in Iranian Criminal Law Case.....	c
Razieh Sabzeali / Mahmood Ashrafy / Masoud Heidari	
Existing Challenges and Gaps in Tackling Cybercrimes.....	d
Javad Tahmasebi / Khierollah Shahmoradi	
Murabaha and its Legitimacy	e
Amirhosein Alizadeh	
Tashhir in Ta'azir (A Comparative approach to Shaming Punishment in Criminal Justice System of United States).....	f
Ali Gholami / Mohammadhossein Mojtabaei / Mohammadhassan Tahmasbi	
Possibility or Impossibility of Privatization of Judicial Affairs	g
Seyed Mohammadmehdi Ghamamy / Mehdi Moradi Berelian	
The Study of Negotiation Clause in Settlement of Commercial Disputes by Considering International Legal Practice	h
Hossein Shiravi / Mohammadjavad Kazemi	
The Criminal Responsibility Arising from Another Person's Behavior in Iran's Rules and International Documents.....	i
Abdolali Tavajohi / Haleh Karimian	

The Judiciary's
**Law
Journal**

The 82nd Year of Publication/ No.104/ 2019 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 Koohi far,

Seyed Morteza Ghasem Zadeh,

Ali Hossein Najafi Abrand Abadi

Circulation: 200

Price: 50000 R

Fax: 021 - 22091869

Web Site: www.jlj.ir

E-mail: majaleh_hoghooghi@jpri.ir
