

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فهرست مطالب

پژوهشها

- حواله کیفری (بررسی کیفر جرم موضوع ماده ۵۱۶ قانون مجازات اسلامی) / دکتر تهمورث بشیریه ۳
- پیشگیری در نظریه‌های جرم‌شناسی و گستره محدودیتهای آن / دکتر شهرام ابراهیمی و دکتر ابراهیم رجیبی ۱۵
- حق برخورداری متهم از وکیل مدافع در مرحله تحقیقات مقدماتی / دکتر محمدعلی بابایی و علی افراسیابی ۳۹
- بررسی شرط عند الاستطاعه در مهریه / دکتر محمدعلی سعیدی و سیدعباسعلی وهابزاده ۶۱
- ارزش مرزبانی: جغرافیا و امنیت در اسلام و جمهوری اسلامی ایران / دکتر حسین آقابابایی ۸۳
- بازگشت مداخله نظام کیفری در قبال بزهکاری اطفال و نوجوانان در انگلستان / دکتر نسرین مهرا ۱۰۷
- مقایسه جایگاه دادگاه و داوری در حل اختلافات تجاری بین‌المللی / دکتر مصطفی سروی مقدم ۱۳۱
- حمایت از کپی‌رایت در حقوق کیفری / جواد صالحی و علی غلامعلی پور ۱۴۹

ترجمه چکیده‌ها

- ترجمه عربی (موجز المقالات) / محمد سلامی ۱۶۷
- ترجمه انگلیسی (Abstracts) / محمد سلامی ۱۸۲



حواله کیفری

(بررسی کیفر جرم موضوع ماده ۵۱۶ قانون مجازات اسلامی)*

□ دکتر تهمورث بشیریه

□ استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی تهران

چکیده

قانونگذاران کیفری برای ایجاد قاعده حقوقی، معمولاً حکم و ضمانت اجرا را در یک ماده آورده‌اند ولی گاه این دو را تفکیک نموده و در مواد مختلف جای داده‌اند. البته گاه تعریف و شرایط حکم را نیز یکجا و گاه در چند ماده مقرر داشته‌اند. در مورد جای دادن حکم و ضمانت اجرا در مواد مختلف نیز گاه آنها را در یک قانون و گاه در قوانین متعدد آورده‌اند؛ به نحوی که کیفر به قانون دیگر ارجاع داده شده است که در این نوشتار آن را «حواله کیفری» می‌خوانیم.

این حواله، گاهی به قوانین خارجی بوده است که معد اشکالات فراوانی است. در این نوشتار با توضیحات کلی راجع به انواع عنصر قانونی به تحلیل اشکالات ضمانت اجرای ماده ۵۱۶ از قانون مجازات اسلامی پرداخته شده که در آن تعیین کیفر به ماده قبلی آن و قانون خارجی حواله شده است.

- مقالات باید علمی، پژوهشی، مستند و دارای نوآوری باشند.
- مقالات ارسالی نباید قبلاً در نشریه دیگری چاپ شده یا برای نشریه دیگر ارسال شده باشد.
- مقالات برای یک شماره آماده شود و دنباله‌دار نباشند.
- مقاله ارسالی از ۲۵ صفحه حروف چینی شده (هر صفحه ۲۵۰ کلمه) بیشتر نباشد.
- دو نسخه از مقاله حروف چینی شده در محیط word به همراه دیسکت یا لوح فشرده آن ارسال گردد.
- تیتراهای اصلی با شماره‌های ۱، ۲، ۳... و زیرمجموعه آنها با ۱-۱، ۱-۲، ۲-۱، ۲-۲، و... مشخص شود.
- چکیده مقاله که آئینه تمام‌نما و فشرده بحث است، به سه زبان فارسی، عربی و انگلیسی، حداکثر در ده سطر ضمیمه باشد و واژگان کلیدی مقاله (سه تا هفت واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.
- ارجاعات در متن مقاله بین پراکنش به صورت (نام خانوادگی مؤلف، سال انتشار: شماره صفحه یا شماره جلد/صفحه) نوشته شود.
- اگر ارجاع بعدی بلافاصله به همان مأخذ باشد از (همان یا همان: صفحه) و اگر به مأخذ دیگری از همان نویسنده باشد (همان، سال انتشار: صفحه) استفاده شود.
- منابع لاتین، به صورت لاتین و از سمت چپ در بین پراکنش (صفحه: سال انتشار، نام خانوادگی) و در ارجاع بعدی اگر بلافاصله باشد (Ibid.) نوشته شود.
- نقل قولهای مستقیم به صورت جدا از متن با تورفتگی (یک و نیم سانتی متر) از راست درج شود.
- شکل لاتینی نامهای خاص، واژه‌های تخصصی و ترکیبات خارجی در پاورقی درج شود.
- یادداشتهای توضیحی (توضیحاتی که به نظر مؤلف ضروری به نظر می‌رسد) در پاورقی درج شود.
- ارجاع در یادداشتهای به همان ترتیب متن و مشخصات تفصیلی مأخذ در فهرست پایان مقاله بیاید.
- اگر مقاله ترجمه است، متن اصلی، معرفی نویسنده و معرفی کتاب یا مجله مأخذ، همراه ترجمه ارسال گردد.
- منابع مورد استفاده در متن، در پایان مقاله و بر اساس ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام مشهور نویسنده (نویسندگان) به شرح زیر آورده شود:
- کتاب: نام خانوادگی، نام (نویسنده/نویسندگان)، نام کتاب، نام مترجم، محقق یا مصحح، نوبت چاپ (در صورتی که چاپ نخست باشد نیاز نیست)، محل نشر، نام ناشر، تاریخ انتشار ش. ق. یا م. (به ترتیب برای سالهای شمسی، قمری یا میلادی).
- مقاله: نام خانوادگی، نام (نویسنده/نویسندگان)، «عنوان مقاله داخل گیومه»، نام نشریه، دوره/سال، تاریخ انتشار، شماره جلد، شماره صفحات مقاله.
- پایگاههای اینترنتی: نام خانوادگی، نام نویسنده، «عنوان موضوع داخل گیومه»، نام و آدرس پایگاه اینترنتی.
- نام کامل نویسنده، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع وی به دو زبان فارسی و انگلیسی قید شود و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ارسال گردد.
- مجله در ویرایش مقالات آزاد است.
- رعایت دستور خط فارسی مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی الزامی است.
- مقالات رسیده به هیچ وجه عودت داده نمی‌شود.
- نویسندگان می‌توانند مقاله‌های خود را به نشانی دفتر مجله (مشهد، صندوق پستی: ۹۱۷۳۵-۴۶۱) یا نشانی الکترونیکی (razaviunmag@gmail.com) ارسال کنند.

واژگان کلیدی: استناد قانونی، حکم، حواله کیفر، ضمانت اجرایی، عنصر قانونی، موازنه کیفری.

درآمد

از دیرباز کیفر وسیله‌ای بوده است که حکام بدان مجرمان را نواخته‌اند و به ضرب آن، بر جان و مال و آزادی ناقضان هنجارها تاخته‌اند و البته هر از گاهی برحسب شرایط مختلف به تعریف این هنجارها پرداخته‌اند. شاید از جمله مواردی که آن را بتوان «بد ضروری» خواند، همین کیفر است که چون فی حد نفسه مشقت‌بار است، بد است و از آن‌رو که گزیر و گریزی از آن نیست، ضروری است.

از نظر گاه تاریخی، کیفر به اشکال مختلف در زمانها و مکانهای گوناگون و بر حسب شرایط و اقتضائات مختلفی اعمال گردیده است. «گاه» آنچنان سبانه بر آدمیان دشنه کشیده که گونه‌های تاریخ از یادآوری آن هنوز سرخی شرم و خجلت دارد و گاه دیگر که بر آن «گاه» مؤخر است اندکی تنسیق شده و نظامی یافته است. تأثیر آموزه‌های فکری و مذهبی بر این تطور انکارناشدنی است و مصادیق این گونه‌گونی بیش از آن است که در این اندک آید. لیکن مشخصاً می‌توان به اندیشه‌های قرن هیجدهمی اشاره کرد که پایه‌گذار حقوق کیفری کلاسیک گشتند و اندکی از درازای تازیانه‌های فروچکانده بر گرده‌ها را هرس کردند. متاع آزادی را بیشتر عرضه داشتند و نظام خودکامگی را به همان نسبت بیشتر محبوس ساختند. اندیشه‌های آبستن آزادی، فارغ گشتند و قانون را به عنوان یکی از ثمره‌های خود از بطن اندیشه به متن جامعه آوردند. این رهاورد حقوق کیفری مدرن در آن روزگار فرزند برومندی شد به نام اصل قانونمندی جرایم و مجازاتها^۱ که چون کاه، داغ و درفش ضحاک کی حکام را برچید و درفشی دیگر برای مردم به اهتزاز درآورد با دو نشان: ۱- حکم؛ ۲- ضمانت اجرا.

نشان اول ضامن قانونی بودن جرم گشت و نشان دوم ضامن قانونی شدن مجازات.

حکم به برشمردن مذمومات هر جامعه بر نشست و ضمانت اجرا به تلافی عمل

1. Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege.

بدان مذمومات برخاست. لذا عبارت «هر فعل یا ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد جرم محسوب می‌شود» (قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۷۰، ماده ۲)، به اشکال متفاوت و به زبانهای مختلف بر پیشانی قوانین کیفری نشست. بدین جهت لازم شد احکام دادگاهها مستدل و «مستند به مواد قانونی» باشند که بر اساس آنها حکم صادر شده است. این استناد آنقدر ضروری گردید که اکنون از اصول اساسی نظامهای کیفری است^۱ و بی‌آن، حکم مصدر، منقوض است و حاکم صادر، محکوم.

بر این اساس امروزه برای محکوم نمودن فردی به تحمل مجازات، استناد به قانون ناهی و حکم حامی ضروری است و این خلاصه معنای اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتهاست.

تقسیم بندی مطالب

در این مقاله ابتدا در قسمت «الف» به طرح مسئله پرداخته می‌شود و سپس در قسمت «ب» ضمانت اجرای ماده ۵۱۶ تحلیل خواهد شد و در انتها به نتیجه‌گیری از مطالب مطروح پرداخته خواهد شد.

الف. طرح مسئله

امروزه اندک تردیدی در ضرورت استناد به قانون برای محکوم ساختن افراد به تحمل کیفر را باید از ذهن زدود. این تردیدزدایی به مدد تاریخ و فلسفه این حکم و مباحث فنی حقوقی صورت می‌گیرد که اکنون جای پرداختن بدان نیست. پس استناد به قانون در امور کیفری امری مفروض است، لیکن باید دانست برای محکوم ساختن فردی به کیفر، گاه استناد به یک ماده قانونی کافی است و گاه باید پای بیش از یک ماده را به جولانگه محکومیت فرو کشاند. به عنوان مثال برای محکوم نمودن فردی به اتهام سوء استفاده از سفیدمهر یا سفیدامضا، استناد به ماده ۶۷۳ از قانون مجازات اسلامی کفایت می‌کند که در طبق خود هم حکم دارد و هم

۱. اصل ۱۶۶ از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر می‌دارد: «احکام دادگاهها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است».

ضمانت اجرا؛^۱ اما برای محکوم کردن کسی به اتهام قذف، استناد به حداقل ۲ ماده ۱۳۹ و ۱۴۰ از قانون مجازات اسلامی لازم است؛ زیرا قانونگذار، خود، اقدام به تعریف این جرم در ماده ۱۳۹ و بیان ضمانت اجرای آن در ماده ۱۴۰ کرده است.^۲ به بیان حقوقی در مورد اول که استناد به یک ماده، برای محکومیت فرد کفایت می‌کند عنصر قانونی را «ساده» می‌خوانیم و در مورد دوم که برای محکومیت، استناد به بیش از یک ماده لازم است، عنصر قانونی را «مرکب» می‌نامیم.^۳ در مورد دوم، گاه مواد متعدد در یک قانون با یکدیگر همسایگی دارند و گاه مواد متعدد در قوانین متعدد پراکنده‌اند و از یکدیگر دوری بسته‌اند. در مورد مجاورت مواد، همان مثال قذف که مذکور افتاد وافی به مقصود است و در مورد اخیر می‌توان به رویکرد قانونگذاران جدید در مباحث حقوق کیفری اقتصادی و یا ماده اول «قانون مجازات راجع به انتقال مال غیر» مصوب ۱۳۰۸/۱/۵ کمیسیون قوانین عدلیه اشاره نمود که مقرر می‌دارد: «کسی که مال غیر را با علم به اینکه مال غیر است به نحوی از انحاء، عیناً یا منفعتاً بدون مجوز قانونی به دیگری منتقل کند کلاهبردار محسوب و مطابق ماده ۲۳۸ قانون مجازات عمومی محکوم می‌شود». در «این‌گونه موارد که می‌تواند مشکل‌زا باشد و به تشمت آرا بیانجامد - کما اینکه در مثال فوق و پس از نسخ قانون مجازات عمومی چنین اتفاقی افتاد- قانونگذار کیفر (ضمانت اجرا) را به قانون دیگری وا گذاشته و در واقع کیفر را حواله داده است که از این پس آن را

۱. ماده ۶۷۳ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «هر کس از سفیدمهر یا سفیدامضایی که به او سپرده شده است یا به هر طریق به دست آورده سوء استفاده نماید به یک تا سه سال حبس محکوم خواهد شد». این ماده ضمن بیان ضمنی ممنوعیت سوء استفاده از سفیدمهر یا سفیدامضا (حکم قضیه) به ضمانت اجرایی حکم (یک تا سه سال حبس) نیز اشاره دارد. گرچه تعریف «سوء استفاده» بر خلاف تعریف برخی جرایم دیگر همچون کلاهبرداری یا قتل عمدی یا خیانت در امانت در مفهوم خاص آن به عرف سپرده شده است.

۲. ماده ۱۳۹ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «قذف، نسبت دادن زنا یا لواط است به شخص دیگری» و ماده ۱۴۰ این قانون در ادامه می‌گوید: «حد قذف برای قذف‌کننده مرد یا زن هشتاد تا زیانه است».

۳. نگارنده، اصطلاحات عنصر قانونی «ساده» و «مرکب» را از بیانات دکتر علی آزمایش در تقریرات دروس مختلف حقوق کیفری وام گرفته است.

«کیفر حواله‌ای» یا «حواله کیفری»^۱ می‌خوانیم. حال این نوع کیفر گاه به قوانین داخلی حواله داده شده است و گاه به قوانین خارجی که طبعاً مورد اخیر معداً اشکالات بیشتری است. از جمله این مواد، ماده ۵۱۶ قانون مجازات اسلامی است که در این مقاله می‌خواهیم به تبیین عنصر قانونی آن در باب ضمانت اجرایی بپردازیم.

ب. تحلیل ضمانت اجرای ماده ۵۱۶ قانون مجازات اسلامی

چنان که گذشت ماده ۵۱۶ قانون مجازات اسلامی را می‌توان از مصادیق جرایم دارای «کیفر حواله‌ای» برشمرد. این حواله ظاهراً به قانون خارجی و شاید هم به رویه قضایی خارجی - که مورد بحث مقاله است- باشد. از این رو ذکر این ماده ضروری می‌نماید. این ماده مقرر می‌دارد: «هر کس به جان رئیس کشور خارجی یا نماینده سیاسی آن در قلمرو ایران سوء قصد نماید به مجازات مذکور در ماده ۵۱۵ محکوم می‌شود مشروط به اینکه در آن کشور نیز نسبت به ایران معامله متقابل بشود والا اگر مجازات خفیف‌تر اعمال گردد به همان مجازات محکوم می‌شود». ماده ۵۱۵ نیز مقرر می‌کند که «هر کس به جان رهبر و هر یک از رؤسای قوای سه‌گانه و مراجع بزرگ تقلید، سوء قصد نماید چنانچه محارب شناخته نشود به حبس از سه تا ده سال محکوم خواهد شد».

همان‌گونه که مشاهده می‌شود ماده ۵۱۶ به بیان حکم ممنوعیت «سوء قصد به جان رئیس کشور خارجی یا نماینده سیاسی آن در قلمرو ایران» می‌پردازد اما ضمانت اجرایی خود را بدواً و اشتراطاً از ماده ۵۱۵ قانون مجازات اسلامی مطالبه می‌کند. ماده ۵۱۵ نیز مجازات سه تا ده سال حبس را در خود دارد که البته مشروط به محارب شناخته نشدن مرتکب است.

با این اوصاف، عنصر قانونی جرم سوء قصد به مقامات خارجی عنصری مرکب است، یعنی برای محکوم کردن فردی به این عمل، حداقل استناد به مواد ۵۱۶ از باب بیان حکم و ۵۱۵ از باب بیان ضمانت اجرایی گریزناپذیر است. البته ماده ۵۱۵ به محارب

۱. دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی در چنین مواردی از عبارت «کیفر حاله‌ای» استفاده کرده است (ر.ک: جزوه درآمدی بر جرم‌شناسی بزهکاری اقتصادی و حقوق کیفری اقتصادی، مجموعه تغییرات مباحثی در علوم جنایی، ص ۲۲۷۶-۲۲۷۵ و ضمیمه جزوه).

هم اشاره داشته که می‌تواند این شبهه را ایجاد کند که ضمانت اجرای ماده ۵۱۵ در فرض مجازات محاربه (موضوع ماده ۱۹۰ قانون مجازات اسلامی)^۱ است و در فرضی دیگر سه تا ده سال حبس است [۸۶: ۲]. اما به نظر می‌رسد این شبهه، زدودنی است و «در صورت صدق عنوان محاربه، همیشه باید حکم به تحقق محاربه و اجرای مجازات آن داد» [۱۵۲: ۴] و اساساً این شیوه سلب عنوانی در قانون‌نویسی صحیح به نظر نمی‌رسد والا حتی در ماده ۵۱۵ می‌توان افزود که «و نیز اگر قاتل نباشد!».

بنابراین فارغ از بحث محاربه، ضمانت اجرای ارتکاب عمل موضوع ماده ۵۱۶ قانون مجازات اسلامی بدو سه تا ده سال حبس است؛ لیکن مطلقاً این گونه نیست و باید به دیگر شرایط اعمال ضمانت اجرای این ماده نیز توجه نمود. برای اعمال این ضمانت اجرا، استناد به حداقل یک ماده دیگر هم لازم است که آن ماده را در مجموعه قوانین داخلی نمی‌توان یافت، بلکه باید به مجموعه قوانین خارجی آن هم بر حسب تابعیت بزه‌دیده مراجعه نمود. زیرا ماده ۵۱۶ اعمال ضمانت اجرای ماده ۵۱۵ را موکول و مشروط به معامله متقابل کشور متبوع بزه‌دیده این جرم می‌کند. به عبارت دیگر، اعمال کیفر را به قانون خارجی حواله می‌دهد و این خود موجد و موجب اشکالات و ایرادات عدیده‌ای به شرح ذیل است:

- نخست اینکه قانونگذار به راحتی می‌توانست کیفر مورد نظر خود برای این عمل را در همین ماده ذکر کند و از مرکب ساختن بی‌جهت عنصر قانونی بپرهیزد.
- دوم اینکه جرم، اولاً و بالذات، ناقض نظم عمومی است و اگر قانونگذار، عملی را در جامعه‌ای مستحق جرم‌انگاری می‌داند نباید توجیهی به جرم‌انگاری آن عمل در سایر کشورها داشته باشد، بلکه فارغ از جرم بودن یا نبودن آن عمل و رای مرزهای خود، به جرم‌انگاری آن پردازد؛ زیرا سیاست کیفری تبلوری از حاکمیت ملی است و نباید تابعی از خواست زمامداران خارجی قرار گیرد.
- سوم اینکه، منظور از «معامله متقابل» چندان روشن نیست و موجد این سؤال است که آیا منظور از این نوع معامله، «معامله متقابل قانونی» است یا «معامله متقابل قضایی»؟

۱. ماده ۱۹۰ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «حد محاربه و افساد فی الارض یکی از چهار چیز است: ۱- قتل، ۲- آویختن به دار، ۳- اول قطع دست راست و سپس پای چپ، ۴- نفی بلد».

به عبارت دیگر، آیا منظور قانونگذار ما این بوده است که در مجموعه قوانین کشوری خارجی، همین مجازات برای چنین عملی قید شده باشد یا اینکه رویه قضایی، چنین مجازاتی را اعمال کند؟ یعنی، آیا امکان بالقوه تحمیل چنین مجازاتی که نیازمند وجود آن مجازات در قانون است کافی است یا اینکه این مجازات باید توسط نهادهای قضایی به فعلیت درآمده باشد؟

ظاهر ماده به ویژه آنجا که می‌گوید: «... والا اگر مجازات خفیف‌تر اعمال گردد به همان مجازات محکوم می‌شود» دلالت بر توجه به رویه قضایی دارد. زیرا قانونگذار از «اعمال مجازات» سخن می‌گوید و نه «اعلام مجازات» و می‌دانیم که «اعلام» با «مقنن» است و «اعمال» با «قاضی».

اگر این گونه باشد یعنی قانونگذار ما می‌خواهد با نوعی موازنه شدید که در واقع رفتاری سیاسی و نه حقوقی است رفتار کند و آن‌گاه مشکلات جدیدی مزید مشکلات پیش گفته خواهد شد؛ زیرا ممکن است در مملکت خارجی که نماینده سیاسی آن در کشور ما مورد سوء قصد واقع شده چنین فعلی واقع نشده باشد تا نحوه برخورد قضات با آن روشن شود. به علاوه، سختی در اینجا دو چندان است؛ زیرا در این صورت ظاهراً قاضی باید به جستجو در پرونده‌های مفتوح و مختوم کشور متبوع بزه‌دیده، بی‌واسطه یا با واسطه پردازد و سپس اگر این فحص به یأس نینجامد بر اساس حکم صادره خارجی قضاوت کند والا پس از فحص و یأس، پرونده را همچنان تا روزی که چنین اتفاقی در کشور خارجی متبوع بزه‌دیده بیفتد و حکم قطعی در مورد آن صادر گردد مفتوح و معلق باقی بگذارد! تازه، باز هم شاید این انتظار، مقصود قانونگذار ما را برآورده نکند و چون صحبت از «اعمال مجازات» شده، منتظر اجرای آن بماند. به عبارت دیگر «اعمال» را «اجرای حکم» معنا کند و نه «اصدار حکم»! این به معنای توجه به سیاست جنایی اجرایی و ترجیح آن بر سیاست جنایی قضایی و به طریق اولی سیاست جنایی تقنینی است و چون سیاست جنایی اجرایی مد نظر است، لاجرم باید جرم بر روی مقام ایرانی اتفاق افتاده باشد و مجازات به این مناسبت اجرا شده باشد! این، یعنی تابعیت محض نظام قضایی از سیستم قضایی خارجی که منافی اصل «استقلال» و مغایر با بند «ج» قسمت

ششم اصل دوم قانون اساسی است.^۱

بنابراین شاید منظور از «معامله متقابل» از نوع «قانونی» آن بوده و قانونگذار ما تنها به عنصر قانونی چنین عملی، چه از جنبه حکمی و چه از جنبه ضمانت اجرایی، در قانون کشور خارجی نظر داشته است. البته واضح است که در حکم قانونی نیازی به اشاره به «مقامات ایرانی» نیست و هر لفظ کلی که شامل این مصداق نیز باشد کافی است. گرچه در اینجا هم سیاست تقنینی، تابعی از سیاست تقنینی بیگانه می‌شود و لذا مغایر اصل دوم قانون اساسی به نظر می‌رسد، لیکن از درجه تبعیت کاسته شده و نسبت به برداشت پیشین منطقی‌تر می‌نماید.

- چهارم اینکه حتی اگر منظور، عنصر قانونی خارجی باشد قانونگذار راه صعبی را در صدور حکم پیش روی قاضی نهاده است؛ زیرا با حواله کیفر به قانون خارجی، عنصر قانونی را ترکیبی از قوانین داخلی و خارجی نموده که باید در حکم دادگاه به آن استناد شود تا وجود چنین مقرره‌ای در خارج مشخص شود. این امر نیز جز با مکاتبه قوه قضائیه از مجاری مربوط با وزارت امور خارجه برای دستیابی به حکم خارجی امکان‌پذیر نیست و پس از دستیابی نیز مقرره مذکور باید به صورت رسمی ترجمه شود و در حکم دادگاه مورد اشاره قرار گیرد.

البته این امر را نباید به دلیل تأکید اصل ۱۶۶ قانون اساسی به «مستند بودن» آرا دانست؛ زیرا در آنجا طبیعتاً و انصافاً منظور استناد به قوانین داخلی است. زیرا استناد به حکم جزایی خارجی به معنای اعمال قانون مجازات خارجی در داخل است که اصولاً مخالف حاکمیت ملی است. لیکن متأسفانه قانونگذار به یکباره و ظاهراً به جهت موازنه سیاسی، اصول حقوقی را به فراموشی سپرده و قاضی را ناچار به

۱. طبق این اصل «جمهوری اسلامی، نظامی است بر پایه‌ی ایمان به:

- ۱- ...
- :
- ۶- کرامت و ارزش والای انسان و آزادی توأم با مسئولیت او در برابر خدا که از راه:
- الف- ...
- :

ج- نفی هرگونه ستمگری و ستمکشی و سلطه‌گری و سلطه‌پذیری، قسط و عدل و استقلال سیاسی و اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی و همبستگی ملی را تأمین می‌کند.

مراجعه به قوانین خارجی و استناد به آنها کرده است. بدیهی است که اگر این وضع نسبت به آرای خارجی باشد تا چه حد وضعیت سخت‌تر و اسف‌انگیزتر است.

- پنجم اینکه تبصره ماده ۵۱۶ مقرر می‌دارد: «چنانچه سوء قصد منتهی به قتل یا جرح یا ضرب شود علاوه بر مجازات مزبور به قصاص یا دیه مطابق ضوابط و مقررات مربوط محکوم خواهد شد».

در این تبصره علاوه بر ایرادات انشایی، دیگر صحبتی از معامله متقابل نیست مگر اینکه بگوییم ماده، بر تبصره حاکمیت دارد و اساساً وقتی مجازات علیه آزادی نیاز به معامله متقابل دارد، مجازات علیه تمامیت جسمانی به فحوای کلام نیازمند چنین تقابلی است.

در این موضع باید توجه داشت که اکثر کشورها در جهان غیر مسلمان هستند و دیگر اینکه حتی در همه کشورهای مسلمان نیز، مقررات اسلامی جاری نیست. لذا ظاهراً باید بگوییم معامله متقابل قوانین امری استثنایی است و این استثنا به تبصره این ماده سرایت ندارد. این خود از لحاظ منطق حقوقی با ایراد مواجه است؛ زیرا مقصود از تبصره، حکمی است که در جهت ایضاح حکم اصلی - که در ماده مندرج است - می‌آید لیکن در اینجا خود، حکم علی‌حده‌ای است!

- ششم اینکه در صورت معامله متقابل، احاله این ماده به ماده ۵۱۵ باعث شده که مجازات سوء قصد به جان «رهبر» (رئیس داخلی) و «رئیس کشور خارجی» یکسان باشد. این مسئله، اصل حمایت قوی‌تر از اتباع داخلی و به ویژه نمایندگان حاکمیت ملی را نیز لحاظ نکرده است.

- هفتم اینکه اگر در کشور بیگانه برای این عمل مجازاتی غیر از حبس تعیین شده باشد، مثلاً برای آن جزای نقدی سنگین یا انجام خدمات اجتماعی درازمدت پیش‌بینی شده باشد، چگونه می‌توان این ضمانت اجراها را نسبت به مجازات حبس سنجید و شدت و خفت آنها را نسبت به هم ارزیابی نمود. افزون بر این، اگر در کشور خارجی برای این عمل از سیستم مجازاتهای متعدد اختیاری استفاده شده باشد، مثلاً آن‌گونه که در قانون مجازات آلمان آمده برای چنین عملی، حبس «یا» جزای نقدی پیش‌بینی شده باشد [به نقل از: ۱۵۳: ۴] چه محکی برای سنجش تعادل

و توازن در مجازات‌ها وجود دارد؟

- هشتم اینکه طبق تبصره ماده ۵۱۷ «اعمال مواد این فصل [که مشتمل بر دو ماده ۵۱۶ و ۵۱۷ است]، منوط به تقاضای دولت مربوط یا نماینده سیاسی آن دولت یا مطالبه مجنی علیه یا ولی اوست و در صورت استرداد تقاضا تعقیب جزایی نیز موقوف خواهد شد».

در اینجا علاوه بر اینکه سنخیت چندانی جز سمت بزه‌دیدگان بین مواد فصل و حتی با توجه به عنوان فصل سوم کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی که «سوء قصد به مقامات سیاسی خارجی» است، وجود ندارد، محتوای تبصره نیز به رغم نظر مثبت برخی حقوقدانان نسبت به آن [۸۹: ۲] قابل انتقاد به نظر می‌رسد؛ زیرا مرتکب چنین اعمالی - فارغ از اینکه بزه‌دیده، رئیس یا نماینده سیاسی چه کشوری باشد و نیز بدون توجه به اینکه میزان صدمات وارده تا چه حد باشد - با تعرض به شخص صاحب منصب خارجی، مقدمات کسر حیثیت و تضعیف امنیت ملی را در عرصه بین‌المللی فراهم می‌آورد و لذا نباید اختیار اعمال این مجازات‌ها را به تقاضای دولت مربوطه - که البته نماینده سیاسی نیز جزئی از آن محسوب می‌شود - یا مطالبه خود بزه‌دیده یا ولی دم او سپرد و نیز نباید در صورت استرداد تقاضا نیز قرار موقوفی تعقیب صادر نمود؛ زیرا انجام چنین عملی تحت عنوان گسترده‌تری به نام «تعرض به حیثیت و امنیت ملی در عرصه بین‌المللی» قرار می‌گیرد و در واقع زمینه‌های تزلزل امنیت خارجی یا تعرض به آن را فراهم می‌کند. بنابراین باید با تمرکز توجه به جنبه عمومی، علاوه بر جبران خسارت زیان‌دیده از جرم، به مجازات مرتکب پرداخت و به عبارت دیگر باید به رغم گذشت دولت خارجی «کاسه داغ‌تر از آش» شد!

- نهم اینکه اگر اصولاً حکم این مسئله در قانون خارجی نباشد، یعنی در کشور خارجی فاقد عنصر قانونی باشد، تکلیف نظام قضایی ما چیست؟

- دهم اینکه در مورد جرم سوء قصد مذکور ابتدا ضمانت اجرا در ماده ۵۱۵ آمده و سپس حکم آن در ماده ۵۱۶ بیان گردیده که از لحاظ سبک جمع‌بندی و نتیجه‌گیری نگارشی و تقدم و تأخر کلامی چندان جالب نیست.

- یازدهم اینکه یکی از مقاصد اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها که امروزه با

تلفیق نظامهای حقوق نوشته و نانوشته به ویژه در عرصه بین‌المللی به اصل کیفی بودن قوانین کیفری (مجازات‌ها)^۱ معروف شده، روشن بودن آثار حکم و به عبارت عامیانه‌تر در اینجا روشن بودن تکلیف افراد جامعه و دیگری قابلیت دسترسی به قانون است تا افراد به راحتی حکم و ضمانت اجرا را دریابند. در صورتی که حواله ضمانت اجرا به جای دیگر، آن هم به مقررات دیگر کشورها، این امور یعنی امکان تنظیم رفتار فرد با هنجارهای کیفری جامعه را دشوار تر می‌سازد.

نتیجه‌گیری

قانونگذار ایران با مشروط کردن اجرای یک ضمانت اجرا به اجرا یا حداقل وجود آن در مجموعه قوانین خارجی، کیفر را به قوانین خارجی حواله داده و بر این اساس مجازات این جرم می‌تواند به تعداد کشورهای موجود در جهان متفاوت باشد. به عبارت دیگر، با این حواله کیفر ممکن است به تعداد کشورهای جهان، ضمانت اجرای کیفری برای «سوء قصد به جان مقام خارجی در ایران» وجود داشته باشد که این در قانون‌نگاری، طرفه‌ای است! لذا قاضی ایرانی برای محکوم نمودن سوء قصدکننده به جان مقام خارجی، علاوه بر مواد ۵۱۵ و ۵۱۶، باید به قانون خارجی نیز استناد کند؛ البته اگر منظور از معامله متقابل رجوع به آرای قضایی بیگانه نباشد. به علاوه، حتی ممکن است هیچ‌گاه ضمانت اجرایی معادل یا بیشتر از سه تا ده سال حبس در قوانین خارجی وجود نداشته باشد تا زمینه اجرای این ضمانت اجرا را فراهم سازد و پیوسته فقط ضمانت اجرای کمتر قابلیت اجرا داشته باشد. در نتیجه اصالت با ضمانت اجرای خارجی است نه داخلی!

با این اوصاف و با توجه به اشکالات و ایرادات برشمرده‌شده، به نظر می‌رسد قانونگذار باید با عنایت به استقلال قضایی، به ویژه در امور کیفری، از حواله حکم یا کیفر به قانون خارجی بپرهیزد و مصالح ملی را با توجه به موازین بین‌المللی و اصول حقوق کیفری در مقررات داخلی قالب‌بندی کند.

۱. برای آشنایی بیشتر با اصل کیفی بودن قوانین کیفری ر.ک: علی حسین نجفی ابرندآبادی، جامعه‌شناسی جنایی، مجموعه تقریرات مباحثی در علوم جنایی، ص ۲۰۸۰-۲۰۷۹.

۱. آزمایش، علی، *تقریرات دروس حقوق جزای عمومی و اختصاصی*، دوره‌های کارشناسی ارشد و دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۳-۷۹.
۲. پیمانی، ضیاء‌الدین، *حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی*، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۷۷ ش.
۳. *مجموعه قوانین*.
۴. میرمحمدصادقی، حسین، *حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی*، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۸۱ ش.
۵. نجفی ابرنآبادی، علی حسین، *مباحثی در علوم جنایی*، تقریرات سالهای ۱۳۸۰-۱۳۸۵.

پیشگیری در نظریه‌های جرم‌شناسی و گستره محدودیت‌های آن*

- دکتر شهرام ابراهیمی^۱ (استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز)
- دکتر ابراهیم رجبی (عضو هیئت علمی دانشگاه علوم انتظامی)

چکیده

جامعه به طور کلی، به دو صورت پیشگیری و سرکوبی از خود در برابر بزهکاری واکنش نشان می‌دهد. هرچه پیشگیری از جرم، در معنای جرم‌شناختی آن، یعنی خارج از نظام کیفری، مؤثرتر باشد، کمتر به مجازات احساس نیاز ایجاد می‌شود. اما به رغم این فایده روشن، امکان توسل به پیشگیری در برخی از نظریه‌های جرم‌شناسی، مورد تردید قرار گرفته است. از سویی کارایی آن نیز در عمل، با محدودیت‌های مختلفی در حوزه‌های متعدد مواجه گردید: نوع جرایم، گونه بزهکاران، شیوه‌های مورد استفاده در پیشگیری، هزینه‌های به کارگیری تدابیر پیشگیرانه مختلف و حقوق و آزادی‌های فردی از جمله محدودیت‌هایی محسوب می‌شود که در این مقاله، به طور جداگانه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

* تاریخ دریافت: ۱۳۸۹/۵/۴ - تاریخ پذیرش: ۱۳۸۹/۷/۸.

واژگان کلیدی: پیشگیری، محدودیت، امکان، نظریه‌های جرم‌شناسی.

مقدمه

جرم‌شناسی به تعبیری از رشته‌های علوم مرکب است، بنابراین هم جنبه نظری دارد و هم جنبه کاربردی. از نظر کاربردی، جرم‌شناسی، همان طور که می‌دانیم دارای سه شاخه است: جرم‌شناسی بالینی، جرم‌شناسی حقوقی و جرم‌شناسی پیشگیرانه. هر یک از نظریه‌ها یا مکاتب غالب در جرم‌شناسی، ضمن تبیین جرم و علل ارتکاب آن، بلافاصله راهکارهای مبارزه یا پیشگیری از آن را نیز به طور ضمنی یا به طور صریح در فصل مجزایی مطرح می‌کنند. به دیگر سخن، هر نظریه جرم‌شناسی دست کم دو رو دارد؛ یک روی آن تبیین جرم و روی دیگر آن تبیین چگونگی کنترل، پیشگیری و به طور کلی مبارزه با آن است.

راهکارهای پیشگیرانه، به عبارتی به دو گونه عمده تقسیم می‌شود؛ پیشگیری ناشی از جرم‌انگاری، کیفرگذاری و محاکمات کیفری و اجرای محکومیت‌های کیفری که به آن پیشگیری کیفری از نوع عام (بازدارندگی) و خاص (پیشگیری از تکرار جرم) اطلاق می‌کنند. گونه دوم پیشگیری که ناشی از دستاوردهای جرم‌شناسی است، خارج از نظام کیفری اتخاذ و اعمال می‌شود؛ بنابراین قهرآمیز نیست که شامل پیشگیری اجتماعی و وضعی می‌گردد. بی تردید هر یک از گونه‌های پیشگیری از جرم و شیوه‌های مختلف آنها در مرحله اجرا و تجربه با موانع و محدودیت‌های عملی، حقوقی و مادی روبرو می‌شود و بدین‌سان تأثیر و کارایی هر یک را تحت‌الشعاع خود قرار می‌دهد. پیشگیری وضعی که امروز از رایج‌ترین گونه‌های پیشگیری در دنیا محسوب می‌شود و ظاهراً تا اندازه‌ای کارایی خود را نشان داده است، در عین حال با موانع و محدودیت‌هایی روبروست.

در مقاله حاضر بنا داریم از یک سو پیشگیری از جرم در نظریه‌های جرم‌شناسی و سپس محدودیت‌های ناظر به پیشگیری از جرم را بررسی نماییم.

امکان پیشگیری در نظریه‌های جرم‌شناسی

امکان توسل به پیشگیری، مورد قبول همه نظریه‌های جرم‌شناسی نیست. مکاتب

جرم‌شناسی که بیش یا کم به صورت آشکار، امکان پیشگیری مؤثر از بزهکاری را انکار می‌کنند، متعدد می‌باشند.

۱. پیشگیری در مکتب تحققی و نظریه عقلانی بودن جرم

جرم‌شناسی الهام گرفته از بینش تحققی، ضمن اعتقاد به جبرگرایی، علت بزهکاری را سازمان زیستی - روانی - اجتماعی افراد می‌داند (NUVOLONE, 1977: 283-292). ر این دیدگاه دسته‌ای از افراد با ویژگیهای زیستی - روانی خاص محکوم به ارتکاب جرم هستند، دسته‌ای که با انسانهای عادی به واسطه وجود نشانه‌های متعدد جسمانی و رفتارهای روان‌شناختی تفاوت آشکار دارند، یعنی بازماندگانی از انسانهای دوران اولیه در یک تمدن پیشرفته که نمی‌توانند خود را با محیط اطراف سازگار کنند و لذا ناسازگار باقی می‌مانند (کوسن، ۱۳۸۵: ۶۴).

اما فرضیه بنیای نظریه انتخاب عقلانی، دقیقاً مخالف جبرگرایی لومبروزو است و اعتقاد دارد عمل بزهکار یک عمل سنجیده است، یک راه و وسیله‌ای برای رسیدن به هدف. لذا از موقعیتها و فرصتها استفاده می‌کند و به منظور اجتناب از خطرات بیش از اندازه، احتیاطات لازم را انجام می‌دهد (صفاری، ۱۳۸۰: ش ۳۳-۳۴/۲۹۲ به بعد). با این نگاه، می‌توان واکنش احتمالی بزهکاران بالقوه را در موقعیت‌هایی که قصد ارتکاب جرم دارند پیش‌بینی کرد. بدین ترتیب، از جمع بین ملاحظات تجربی و تأملات نظری راجع به عقلانیت عمل جنایی پیش‌گیری وضعی متولد شد. نتیجه عملی این امر، این است که می‌توان از طریق اقدام در وضعیت و موقعیتها بر تصمیم بزهکاران بالقوه تأثیر گذاشت.

پیشگیری وضعی عبارت است از تغییر در موقعیت‌های خاصی که احتمال ارتکاب جرم در آن زیاد است، به منظور دشوار و پرخطر کردن یا جاذبه‌زدایی برای کسانی که قصد ارتکاب دارند (گسن، ۱۳۷۶: ش ۱۹-۲۰/۶۰۷-۶۲۸). این راهبرد پیشگیری، از این تفکر نشئت می‌گیرد که عده زیادی از بزهکاران بالقوه کاملاً غیر عقلانی اقدام نمی‌کنند و از انطباق خود با وضعیت و موقعیتها ناتوان نمی‌باشند (FAGET, 2002: 140-160). نتیجه اینکه، تغییر در موقعیت‌های نزدیک به جرم، آنها را مجبور به پذیرش این

واقعیت می‌کند که منافع عدم ارتکاب جرم در وضعیت جدید، از ارتکاب آن بیشتر است. در واقع به جای سرمایه‌گذاری در پیش‌آمدگی فردی بزهکار، با کمک تدابیر خاص، از طریق مداخله در موقعیتها، تصمیمهای بزهکاران تحت‌الشعاع قرار داده می‌شود. لذا نظریه پیشگیری وضعی بر شش گزاره ذیل مبتنی است:

۱-۱. انتخاب عقلانی جرایم نتایج انتخاب موقعیتهاست (CUSSON, 2005: 147). در واقع مجرمان، متفاوت از دیگر انسانها نمی‌باشند. آنان قادر به انتخاب بوده، خود را با موقعیتها منطبق کرده و برای رسیدن به هدف یا حل مشکل از وسایل و شیوه‌های راحت‌تر استفاده می‌کنند (میرخلیلی، ۱۳۸۳: ش ۶۲/۱). بی‌تردید، کمبود وقت و اطلاعات و محدودیتهایی که مانع هر فرد انسانی در رسیدن به حداکثر فایده‌مندی است، مانع از آن می‌شود که آنها کاملاً عقلانی فکر و عمل کنند.

۲-۱. از یک سو، بیشتر انسانها بین انتخاب ارتکاب و عدم ارتکاب جرم مردد هستند. ضعف انسانی در بیشتر انسانها وجود دارد. از سوی دیگر، بزهکاران مزمن همانند ماشین خودکار مرتکب جرم نمی‌شوند، بلکه موقعیت‌سنج بوده و از فرصتها استفاده می‌کنند. این عده، به تحریکات و اکنش‌نشان داده و تحت تأثیر موقعیتها قرار می‌گیرند. بنابراین، دسته مذکور نیز دست به انتخاب می‌زنند، هرچند انتخاب آنها بیش از اندازه تحت تأثیر داده‌های فوری بوده و بی‌توجه به نتیجه درازمدت اعمالشان اقدام کرده باشند. به طور خلاصه، پیشگیری وضعی همچنان که بر اکثریت بزهکاران اتفاقی تأثیرگذار است، می‌تواند بر اقلیت بزهکاران مزمن نیز مؤثر واقع شود.

۳-۱. وضعیتهای پیش‌جنایی نیز انتخاب ارتکاب یا عدم ارتکاب جرم را تحت تأثیر قرار می‌دهد. زیرا این وضعیت، دورنمای بسیار متغیر از منافع، مشکلات و خطرات را بیان می‌کند. محاسبه هزینه - فایده در علت عمل جنایی (جرم) نقش دارد، به همین دلیل فراوانی یک گونه جرم با فرصتهای ارتکاب آن رابطه مستقیم دارد. در خصوص جرایم علیه مالکیت، زمانی که بزهکار بالقوه در مقابل یک آماج جذاب و آسیب‌پذیر قرار گیرد، موقعیت و وضعیت مناسب محسوب می‌شود.

متغیرهایی که یک وضعیت را مناسب ارتکاب جرم قرار می‌دهد عبارتند از: ۱- ویژگیهای بزه‌دیده (بی‌مبالاتی، تحریک، آسیب‌پذیری)، ۲- آماجها (اشیای

جذاب، قابل دسترس، آسیب‌پذیر و قابل حمل)، ۳- تسهیل‌کننده‌ها (اسلحه، الکل، مواد مخدر، اتومبیل و سایر وسایل)، ۴- محیط فیزیکی (تاریکی).

۴-۱. عوامل کلان در یک محیط مشخص، مانند: ۱- میزان آماجهای جذاب (اتومبیل، پول، ویدئو)، ۲- سبک زندگی مردم و احتیاطهای آنان (عادت افراد بزرگسال و جوانان به رها کردن منزل به طور روزانه جهت رفتن سر کار یا مدرسه که میزان زیادی از منازل را در معرض سرقت قرار می‌دهد)، ۳- مکان، زمان و محیط فیزیکی (ارتکاب جرایم بیشتر در خیابانهای کم‌روشنایی) و در دسترس بودن تسهیل‌کننده‌ها، یعنی وسایل و آلات که ارتکاب را ممکن یا تسهیل می‌کند.

۵-۱. ارتکاب جرم مستلزم تقارن زمانی و مکانی یک بزهکار انگیزه‌مند و یک آماج (بزه‌دیده) جذاب و جالب و آسیب‌پذیر است. این تقارن فرصت ایجاد می‌کند.

۶-۱. جرایم شدید، اغلب نتیجه استمرار ارتکاب جرایم خرد هستند. روابطی که جرایم خرد و جرایم شدید را به هم پیوند می‌دهد، در جرم‌شناسی شناخته شده است: - فردی که به ارتکاب جرم ساده عادت دارد، ممکن است به تدریج به سمت ارتکاب جرایم شدید تمایل پیدا کند.

- مرتکبان تکرار اغلب دمدمی مزاج هستند و جرایم متنوعی را مرتکب می‌شوند. - سارقان به عادت نوعی از زندگی را پیشه کرده‌اند که در آن، به طور طبیعی مواد مخدر و خشونت جایگاه بالایی دارد.

۲. پیشگیری در نظریه‌های جامعه‌شناختی

جامعه‌شناسانی که آشکارا یا به طور ضمنی بر «بهنجار» بودن جرم تأکید می‌کنند، در توضیح شکست تجربه‌های پیشگیری از جرم معتقدند، جرم پدیده‌ای «بهنجار» است و حتی برای آن کارکردهای اجتماعی (متحول کردن اخلاق جامعه، از یک سو و امکان تشخیص اعمال مجاز، از سوی دیگر) نیز قائل می‌شوند و بدین ترتیب دورنمای تحقق جامعه‌عاری از جرم را غیر واقع‌بینانه ترسیم می‌کنند. به عنوان مثال، دورکیم معتقد بود که جرم در همه مکانها و زمانها در طول تاریخ وجود داشته است و بشر، به رغم استفاده از مجازاتهای شدید، نتوانسته آن را مهار کند. پس باید برای

جرم کارکردهای اجتماعی متصور شد. البته دورکیم، جرم را ستایش و تأیید نمی‌کند، بلکه به لحاظ عمومیت آن در همهٔ زمانها و جوامع، کارکردهایی برای آن در جامعه در نظر گرفته است. بدین ترتیب، عمومی بودن جرم در این نظریه، به معنای وجود افراد بیمار و منحرف که بر اساس دیدگاه مکتب تحقیقی، به دلیل اختلالات زیستی- روانی مرتکب جرم می‌شوند نیست، بلکه به این دلیل است که بزهداری در جوامع انسانی کارکردهای اجتماعی دارد (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۷: ۴۰۱-۴۰۲).

۳. پیشگیری در نظریهٔ مدیریت ریسک جرم

طرفداران کیفرشناسی نوین یا عدالت سنجشی، عدالت تخمینی یا محاسبه‌گر با نگاه نظارتی، کنترلی، مدیریتی و اقتصادی خود به بزهداری و بزهداران، معتقدند که نمی‌توان جرایم را کلاً محو کرد، بلکه باید آن را در سطح قابل تحمل برای جامعه کاهش داد. بدین منظور، باید گروه‌های خطر دار و افراد ریسک‌دار، از نظر ارتکاب جرم یا تکرار جرم را تحت نظر و کنترل قرار داد و به طرد بزهداران و توان‌گیری از خطرناکی مجرمانهٔ آنان توسل جست (ماری، ۱۳۸۳: ۴۸-۴۹/۳۳۲ به بعد؛ جلالی ورنامخواستی، ۱۳۸۶: ۴۲/۱). این رویه‌ها و سیاستهای کنترل جرم، سازوکارهای حقوق کیفری و جرم‌شناسی را به منزلهٔ وسایل و ابزار مدیریت خطر یا ریسک جرم و تکرار جرم به کار می‌گیرند و از این رهگذر، آنها را از کارکرد اخلاقی و کارکردهای بازدارندگی و بالینی خود که در واقع ناظر به بازدارندگی و پیشگیری از تکرار جرم است دور می‌کند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۸: ۷۲۳).

۴. پیشگیری در اندیشه‌های مارکسیستی

مارکسیستها نیز بر این اعتقادند که بزهداری، جزء ذاتی نظام سرمایه‌داری است و هر نوع اقدام پیشگیرانه در جوامع سرمایه‌داری، چیزی جز تلاش برای کنترل نیروی کار و طبقهٔ زحمتکش و کارگر به منظور استمرار یافتن سلطهٔ سرمایه‌داری نخواهد بود. بر اساس این دیدگاه، جرم ساخته و پرداختهٔ دست حکومت‌های سرمایه‌داری است و جرم‌انگاری جنبهٔ طبقاتی دارد و جز ابزاری برای حمایت از ارزشهای طبقهٔ حاکم نیست. به عبارت دیگر، جوامع سرمایه‌داری، به لحاظ ساختاری، نمی‌توانند عاری از جرم باشند و پیشگیری

از جرم نیز جنبهٔ روبنایی دارد. بنابراین با فروپاشی نظام سرمایه‌داری و استقرار نظام اشتراکی و سوسیالیستی، بزهداری خود به خود از میان خواهد رفت.

۵. پیشگیری در نظریه‌های جرم‌شناسی واکنش اجتماعی

بر اساس نظریه‌های مختلف جرم‌شناسی واکنش اجتماعی، بین مجرم و غیر مجرم تفاوتی نیست و جرم نتیجهٔ نوع کارکرد نظام عدالت کیفری است. در این دیدگاه، رفتار مجرمانهٔ اشخاص، دیگر محصول تأثیر نوع بافت شهری، شهرنشینی، شرایط فرهنگی، اقتصادی و اجتماعی نیست، بلکه حاصل فرایند پویا میان کنش افراد با اطرافیان خود و به ویژه ضابطان و نهادهای قضایی است. به عقیدهٔ این جرم‌شناسان، قانونگذار با جرم‌انگاری اعمال و رفتارهایی در چارچوب قوانین کیفری و با اعمال و اجرای این قوانین در جامعه، بعضی افراد را متصف به وصف بزهدار می‌کند. بدین ترتیب، این واکنش اجتماعی علیه جرم و نهادهای مربوط به آن است که بزه و بزهدار را به وجود می‌آورد و نه علل و عوامل شخصی و محیطی. با چنین انتقادی علمی - عقیدتی به جرم‌شناسی، پیشگیری از جرم دیگر موضوعیت خود را از دست می‌دهد (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۸: ۲۳).

اما برعکس، همان‌طور که پیشتر گفته شد، تمام نظریه‌های علت‌شناسی با رویکرد روان‌شناسی - اجتماعی و نیز روان‌شناسی - اخلاقی بر این نکته تأکید دارند که پیشگیری از بزهداری، از لحاظ تجربی امکان‌پذیر است. همچنان که نظریه‌های تکمیلی پویایی عمل جنایی که به وضعیت پیش‌جنایی یا شخصیت مرتکب در گذر از اندیشه به فعل نقش اساسی قائل می‌شوند، را نیز باید به گروه اخیر افزود (سیگل، ۱۳۸۵: ۱۸۹ به بعد).

تا کنون برنامه‌های پیشگیری متعددی در دنیا و به ویژه در کشورهای غربی اجرا شده است (راهام، ۱۳۷۰). نتیجهٔ تحقیقات در مورد افزایش حضور «گشتهای پلیس» نیز به نوبهٔ خود، نشان داده است که جز در حالت «اشباع» حضور نیروهای پلیس در تمام سطوح جامعه، که البته بودجهٔ زیادی را به خود اختصاص خواهد داد، منجر به جابجایی بزهداری می‌گردد. البته در زمینهٔ اقدامات پیشگیرانهٔ ناظر به محدود کردن

فرصتهای مجرمانه (پیشگیری وضعی) نتایج امیدوارکننده‌ای به دست آمده است (CUSSON, 1994: 17). در نهایت اینکه با توجه به داده‌های نظری و عملی، چنین به نظر می‌رسد که اگرچه پیشگیری امری غیرممکن نیست، لیکن قلمرو اجرا و نتایج و آثار آن، نامحدود نمی‌باشد.

گستره محدودیت‌های پیشگیری

پیشگیری و کارایی آن با محدودیتهایی مختلف در حوزه‌های متعدد مواجه است. برخی از این محدودیتها، به نوع جرایم، افراد و تابعان پیشگیری (انواع بزهکاران)، شیوه‌های مورد استفاده در پیشگیری از لحاظ امکان استفاده از آن در سطح گسترده و نه به صورت آزمایشی، هزینه‌های به کارگیری تدابیر مختلف و به حوزه حقوق و آزادیهای فردی مربوط می‌شود. برخی از این حقوق مطلق بوده (مانند حق بر عدم شکنجه) و امکان تحدید آن به بهانه پیشگیری وجود ندارد و محدودیت برخی دیگر که از حقوق نسبی (مانند آزادی بیان) محسوب می‌شود، مستلزم رعایت برخی شرایط است که در اسناد و موازین حقوق بشر بدان اشاره شده است. بدین ترتیب محدودیتها را می‌توان در دو دسته محدودیت‌های جرم‌شناختی و محدودیت‌های حقوق بشری مورد بررسی قرار داد.

۱. محدودیت‌های جرم‌شناختی

بزهکاری به طور کلی، نتیجه تلاقی برخی از گونه‌های شخصیت با موقعیتهای آسیب‌پذیر است، اما همه گونه‌های بزهکاری از این قاعده تبعیت نمی‌کند. به عبارت دیگر، شخصیت و موقعیتها بر حسب فروض مختلف، دسته‌بندی و در نتیجه راهکارهای پیشگیرانه متفاوتی را می‌طلبد: دسته‌بندی بزهکاران به مادرزاد، به عادت، بزهکار اتفاقی... یا جرایم بر اساس معیار سن، جنس، ملیت، ابزار مورد استفاده و یا دارا بودن بزه‌دیده... عمدتاً ملاحظات خاصی مانند پیشگیری و اصلاح مجرمان را دنبال می‌کند و نشان می‌دهد که از منظر جرم‌شناسی، پیشگیری از گونه‌های مختلف جرایم ملاحظات و محدودیت‌های خاص خود را دارد.

۱-۱. محدودیت در نوع جرایم

محدودیت اول به جرایم باز می‌گردد. همه جرایم از رهگذر جرم‌شناسی پیشگیرانه قابل پیشگیری نیست. از یک‌سو، برخی جرایم را فقط با سرکوبی کیفری از طریق بازدارندگی و اقدامات پلیس سرکوب‌گر (مانند اقدامات کنونی نسبت به اشکال مختلف تروریسم) می‌توان پیشگیری کرد. از سوی دیگر، در بین گروه اخیر نیز همه انواع جرایم مانند جرایم خلق الساعه و یا غیر عمدی با یک نوع اقدام قابل پیشگیری نیست.

۲-۱. محدودیت نسبت به افراد

محدودیت دوم به افراد برمی‌گردد. اگر عده‌ای از افراد نسبت به روشهای پیشگیری حساس می‌باشند، عده‌ای دیگر به دلیل نوع شخصیت، نسبت به اقدام پیشگیرانه، واکنش نشان نمی‌دهند. ارتکاب جرم، ممکن است نسبت به برخی از بزهکاران جنبه نمادین داشته باشد. یعنی فرد واقعاً به دنبال لذت نباشد، اما آن عمل را مرتکب می‌شود، زیرا از ارتکاب آن صرف نظر از آثارش لذت می‌برد یا با ارتکاب آن عمل، قدرت عمل خود را نشان می‌دهد. شاید به این ترتیب مجرم، تجربه محرومیت‌های خود را جبران کند (نجفی ابرنآبادی، ۱۳۸۷: ۲۰۷۵-۲۰۷۶).

۳-۱. محدودیت تکنیکها

امروزه متخصصان امنیت، از فنون و تدابیر مختلف وضعی که در صورت به کارگیری مناسب، موجب کاهش بزهکاری می‌شود، استفاده می‌کنند. در خصوص تکنیکهای پیشگیری چند حالت می‌توان متصور شد: حالت اول، مجموعه‌ای از تدابیر عینی و تکنیکهای بالقوه مؤثر ناظر بر ایجاد مانع در راه بزهکاری را مورد توجه قرار می‌دهد. در حالت دوم و به منظور کارایی بیشتر، ترکیب تدابیر پیشگیرانه در اولویت قرار می‌گیرد. حالت سوم، مربوط به زمانی است که یک متخصص پیشگیری، به دنبال یافتن یک راه حل پیشگیرانه مناسب نسبت به یک مسئله خاص است. اما باید خاطر نشان ساخت که از یک‌سو، همه روشها، مناسب نمی‌باشد. از سوی دیگر، اگرچه برخی از روشها مناسب است، لیکن هزینه

اجرای آن غیر قابل تأمین می‌باشد (WIKINS, 1967: 23-30). نکته بعدی این است که برخی از روشها، تأثیر نامطلوبی نسبت به برخی مجرمان بالقوه دارد و حتی ممکن است موجب توسعه احساس ناامنی مصنوعی در بین مردم گردد. ضمن اینکه برخی از فنون، به جای کاهش بزهکاری، موجب انتقال آن در مکان و زمان، و یا حتی تغییر ماهیت جرم شود (GRANDJEAN, 1992: 200). در نهایت اینکه برخی از تکنیکها می‌تواند موجب محدودیت در آزادی افراد شود.

۴-۱. کارایی مشروط

اگر پیشگیری همراه با سرکوبی نباشد، مثمر ثمر واقع نخواهد شد. هر چند عده زیادی از مدعیان پیشگیری، یک نظر مطلق و قاطع دارند. این عده یا در جبهه پیشگیری قرار می‌گیرند و یا در جبهه سرکوبی و رقیب خود را به اینکه مطلقاً «پیشگیری مدار» و یا «سرکوب مدار» است، متهم می‌کنند. صرف نظر از این بحث، مهمترین چالش این است که بینیم چگونه پیشگیری و سرکوبی با همدیگر ترکیب می‌شوند و چگونه به طور متقابل همدیگر را تکمیل می‌کنند و اینکه چگونه پلیس موفق به جمع پیشگیری و مجازات می‌شود. به عنوان مثال، مراقبت که یکی از اشکال پیشگیری بسیار رایج است، اگر همراه با سرکوبی نباشد نمی‌تواند دارای آثار باشد. به عبارتی دیگر، نمی‌تواند خاصیت و اثر خود را حفظ کند. بنابراین در صورت شکست تدابیر پیشگیرانه، جامعه خلع سلاح نشده است و سرکوبی را به عنوان آخرین سلاح در اختیار دارد. لذا موضع‌گیری و ترویج اندیشه ضرورت انتخاب این یا آن، (پیشگیری یا سرکوبی) غلطانداز و ظاهر فریب است (LAZERGES, 1988: 857-864). بنابراین می‌توان گفت که پیشگیری بدون سرکوبی، فاقد تأثیر و کارایی است (BONNEMAISON, 1985: 93-98; HUQ, 1992: 36-38).

۵-۱. محدودیت در تأمین امنیت پایدار

جامعه‌ای که تأمین نظم و امنیت آن منحصرأ به فناوریهای جدید پلیسی متکی باشد، آسیب‌پذیرتر است؛ زیرا هر لحظه ممکن است این فناوری از کار بیفتد؛ زیرا، یک فناوری در هر صورت از کار خواهد افتاد. همچنان که مواردی نیز وجود دارد که

هرگز پیش‌بینی نشده و راه حل آن نیز تدارک دیده نشده است. اگر بخواهیم مشکلات را فقط از طریق فناوریهای جدید حل کنیم، ممکن است به جامعه روباتها تبدیل شویم. لذا نباید صرفاً به فناوری تکیه کرد. باید از شهروندان نیز کمک خواست. داشتن فناوری دلیل استفاده افراطی و بی‌حد و مرز از آن نیست. در اینجا مسئولیت محققان سنگین‌تر است. کمک علم به سیاست امری است مطلوب، اما همیشه باید با هوشمندی همراه باشد. بنابراین در استفاده از فناوری جهت رفع کمبودهای نظام عدالت کیفری نباید قربانی خودتخریبی و خودویرانگری شویم.

۶-۱. کاهش میزان مشارکت مردم

با توسعه دوربینهای مراقبت، نقش مردم در تأمین امنیت کم‌رنگ می‌شود. در واقع این سازوکار که به منظور ایفای نقش بازدارندگی نسبت به بزهکاران مورد استفاده قرار می‌گیرد، اثر عکس خواهد گذاشت. در واقع در این حالت تأمین امنیت به دست یک اپراتور سپرده شده و در عمل شهروند از یک کنشگر به تماشاگر تبدیل شده است. در واقع مراقبت ویدئویی به نوعی در کاهش احساس مسئولیت افراد نسبت به موضوعاتی که در اطرافشان، آرامش آنان را تهدید می‌کند، شرکت کرده است. حال در این شرایط، چگونه می‌توان هم مدافع سرسخت مراقبت ویدئویی بود و هم ادعا کرد که پیشگیری امری مربوط به همه است. در واقع، این سازوکار به جای اینکه در خدمت بشر باشد در خدمت قدرت درآمده است.

۷-۱. محدودیت هزینه‌ها

به طور کلی همیشه این سؤال اساسی هم برای متولیان سیاست جنایی و هم متولیان پیشگیری مطرح بوده است که آیا افزایش وسایل و شیوه‌های تأمین امنیت به طور مؤثر امنیت مردم را تأمین خواهد کرد. هزینه‌های تأمین امنیت به طور مستمر در دنیا، به ویژه از حدود دو دهه پیش در کشورهای اروپایی، در حال افزایش است، که البته این امر همیشه مساعد با رفاه عامه مردم نیست. به عنوان مثال، پس از حوادث یازدهم سپتامبر جامعه اروپایی به منظور مقابله با تهدیدات ناشی از جرایم،

سرمایه گذاری قابل توجهی در بخش امنیت انجام داد.^۱

در این چشم انداز، تصمیم گیران عمومی و خصوصی در استفاده از فناوری امنیت و به کارگیری مجهزترین آن تردید نکردند. نتیجه مستقیم این انتخاب افزایش هزینه‌هاست. هزینه امنیت و دادگستری در فرانسه در سال ۲۰۰۶، ۲۱/۳ میلیارد یورو، یعنی ۷٪ کل هزینه‌های دولت در این سال بود. بین سالهای ۲۰۰۱ و ۲۰۰۴، میزان اعتبار اختصاص یافته به پلیس و ژاندارمری ۱۵٪ افزایش یافت و از ۱۳ میلیارد یورو به ۱۵ میلیارد یورو رسید. در سطح اروپا، بودجه پلیس تقریباً ۱۰٪ افزایش یافت (Atlas 2006, panorama, économie de marché de la sécurité). ضمن اینکه بازار امنیت نیز به بهانه مبارزه با جرایم گسترش یافت.

با وجود این، افزایش هزینه‌ها و نیروهای امنیتی ممکن است به دلیل نتایج عکس را به همراه داشته باشد.

همانند سایر قلمروها، افزایش قابل توجه هزینه امنیت ممکن است موجب کاهش کارایی سازمانی گردد. در واقع در این قبیل وضعیتهای معمولاً کنترل و ارزیابی مستقل از اقدامات پلیس به عمل نمی آید و خطاهای پلیسی افزایش می یابد. لذا مداخلات پلیس در محله‌های پرخطر و حساس می تواند همان چیزی را که می باید از آن پیشگیری کند، موجب شود.

در خصوص خشونت‌های شهری نوجوانان و جوانان، در ۵۴٪ از موارد، پلیس به طریقی در مرگ عده‌ای نقش داشته و بدین طریق منجر به گسترش و شیوع شورشهای شهری شده است. شورش نوجوانان و جوانان در فرانسه بین سالهای ۱۹۹۰ و ۲۰۰۲ و نیز شروع شورشهای ۲۰۰۵ فرانسه به همین موضوع برمی گردد (Ibid).

۸-۱. جابه جایی بزهکاری

جابه جایی بزهکاری، یعنی واکنش بزهکاران در مواجهه با یک سازو کار پیشگیری وضعی و ارتکاب جرم در جای دیگر، در زمان دیگر و به شیوه دیگر یا نسبت به آماج (استعدادها یا بزه دیده) دیگر.

۱. هزینه حوادث یازدهم سپتامبر ۲۰۰۱ آمریکا، حدود یکصد میلیارد یورو برآورد شد.

اگر در تحلیل علل بزهکاری، از پیش آمادگیهای فردی سخن به میان می آمد، حمایت‌های وضعی فقط می تواند موجب جابه جایی بزهکاری گردد. البته این تصویر از بزهکار که تحت یک میل و انگیزه، تا رسیدن به هدف، به فعالیت خود ادامه می دهد، میراث تفکر لومبروزو است و با واقعیت سازگاری ندارد. بزهکار قبل از اینکه بزهکار باشد، یک انسان است. وی برای رسیدن به اهدافش از راحت ترین شیوه‌ها استفاده می کند؛ خودش را با موقعیتهای هماهنگ و منطبق می کند؛ بر مبنای محاسبه هزینه- فایده اقدام می کند و در واقع به طور جبری و اجتناب ناپذیر مرتکب جرم نمی شود. وی بر مبنای قرائتش از موقعیت و راه حل‌های مناسب با آن اقدام می کند. لذا چنانچه به دلیل به کارگیری یک تدبیر وضعی، جرم مورد نظر منافع زیادی برای او نداشته باشد یا پرخطر باشد، امکانهای دیگر را بررسی می کند. او ممکن است:

۱- همین نوع جرم یا جرم مشابه را جای دیگر و به نحو دیگر مرتکب شود؛ یا بدتر از آن ممکن است یک جرم شدیدتر مرتکب شود (جابه جایی بزهکاری)؛

۲- مرتکب جرم دیگر شود که به نسبت جرم اول خفیف تر است.

۳- از طرح خود صرف نظر کند و راه حل‌های غیر مجرمانه انتخاب کند. این اثر مطلوب پیشگیری است. چنانچه عده‌ای قابل توجه از بزهکاران راه حل دوم یا سوم را انتخاب کنند، مقصود یا فایده پیشگیرانه حاصل شده است (GRANDJEAN, 1992: 205).

اما آیا فرضیه جابه جایی ۱۰۰٪ درست است؟ برای اینکه این فرضیه صحیح باشد، افراد نباید از اجرایی کردن طرح خود صرف نظر کنند و از طریق شیوه‌های مجرمانه مختلف، طرح خود را اجرا کنند. قبل از هر چیز باید دید وضعیت در عمل به چه صورت است؟ در واقع برخی اوقات بزهکاران، به یک اقدام پیشگیرانه واکنش نشان داده و در جایی دیگر یا نوع دیگر اقدام می کنند. در نیویورک به خاطر اینکه رانندگان اتوبوس پول نقد همراه نداشته باشند و آماج سارقان قرار نگیرند، طی تصمیمی از فروش بلیط توسط این رانندگان جلوگیری شد. متعاقب این عمل از میزان این نوع سرقت به طور قابل توجه کاسته شد، ولی میزان سرقت‌های ارتكابی در مترو افزایش یافت. در انگلستان نصب سازو کارهای ضد سرقت روی اتومبیلها در سال ۱۹۶۰ به طور قابل توجهی میزان سرقت اتومبیل‌های جدید را کاهش

داد. میزان سرقت مدل‌های قدیمی و حمایت‌نشده نیز در همین دوره کاهش یافت. بدین ترتیب، جابه‌جایی بزهکاری، همیشه وجود نداشت و زمانی که کشف می‌شد نیز به میزان صد درصد نبود. در ۲۲ مورد از ۵۵ مورد مطالعه، هیچ جابه‌جایی اعلام نشده بود و در ۳۳ مورد دیگر نیز، جابه‌جایی در حد ۱۰۰٪ نبود. در آلمان، زمانی که دولت نصب ضد سرقت روی اتومبیل‌های جدید و فرسوده را الزامی کرد، میزان سرقت بدون جابه‌جایی کاهش یافت (BETIN, 2003: 1/3-24).

از این مثال می‌توان اصل اشباع را استخراج کرد: هرچه آماج‌های حمایت‌شده توسط تدابیر وضعی بیشتر باشد، جابه‌جایی کمتری رخ خواهد داد. زمانی که بیشتر ساکنان یک شهر کوچک اموال خود را علامت‌گذاری کرده باشند، سارقان به راحتی نمی‌توانند سیل‌های جذاب و جالب پیدا کنند. لذا برای یافتن مجموعه‌های مسکونی و اموال حمایت‌نشده باید مدتهای زیاد جستجو کنند و یا به شهر و مکان دیگری بروند که این خود بازدارنده است. در حالت عکس، یعنی جایی که فقط تعداد کمی از آپارتمانها حفاظت و حمایت شده باشند، سارقان می‌توانند بدون زحمت و صرف وقت، آماج جدید پیدا کنند. در واقع، متغیر زمان برای بزهکاران اتفاقی، امری اساسی است. آنان، قاطعیت و پشتکار لازم را برای صرف وقت جهت یافتن آماجی که مناسبشان باشد، ندارند. (مانند صید ماهی در کنار دریا) در واقع اگر برای صید احتمالی یک ماهی، ساعتها انتظار لازم نبود، ماهی‌گیران زیادی به صف می‌شدند.

از سویی، توزیع منافع یک تدبیر وضعی، نقطه عکس جابه‌جایی بزهکاری است و آن زمانی است که اثر پیشگیرانه یک تدبیر یا یک برنامه در بخش یا نسبت به سیل حمایت‌شده به بخشهای (یا سیل) حمایت‌نشده یا از یک نوع از جرم به جرم دیگر گسترش می‌یابد. مثال زیر در همین باره است.

در طول تابستان ۱۹۸۲، یک سیستم کشف الکترونیکی در کتابخانه دانشگاه Wisconsin در Whitwater نصب شد. در این برنامه وسایل سمعی-بصری (کاست، دیسکت و غیره) تحت حمایت سیستم جدید قرار نگرفت، زیرا جریان مغناطیسی محتوای آنها را پاک می‌کرد. برای ارزیابی تأثیر سیستم امنیت الکترونیک، دو دوره قبل و پس از نصب سیستم مورد مقایسه قرار گرفت.

میزان اسناد گم‌شده قبل و بعد از نصب آشکارسازهای الکترونیک

سال	میزان اسناد گم‌شده بعد از نصب		میزان اسناد گم‌شده قبل از نصب	
	۱۹۸۳-۱۹۸۲	۱۹۸۴-۱۹۸۳	۱۹۸۱-۱۹۸۰	۱۹۸۱-۱۹۸۲
چاپی	۳۱	۴۵	۲۶۸	۱۵۴
بصری	۳۳	۲۴	۱۲۴	۹۴

بین سالهای ۱۹۸۱ و ۱۹۸۴ میزان امانات اسناد سمعی و بصری ۸٪ و چاپی ۲۵٪ افزایش یافت. بین این دو سال میزان سرقت اسناد سمعی و بصری، همانند اسناد تحت حمایت سیستم کشف، به طور قابل توجهی کاهش یافت. یعنی اسناد سمعی و بصری حمایت‌نشده از چتر حمایتی کتابها استفاده کردند (CUSSON, 1994: 50).

اما به طور کلی پیشگیری وضعی مستلزم سرمایه‌گذاری است. نصب دزدگیر بر روی خودرو یک هزینه اضافی بر مالک خودرو تحمیل می‌کند. نصب دوربین و استخدام سرایدار متضمن هزینه‌ای است که ممکن است تمام اهالی یک مجتمع مسکونی قادر به پرداخت آن نباشند. از این رو، می‌توان گفت که پیشگیری وضعی نوعی تبعیض امنیتی در برابر افراد نیز ایجاد می‌کند و افراد ثروتمند و دولتهای ثروتمند بهتر می‌توانند خود را در برابر جرم مصون نگاه دارند.

اما عمده محدودیتهای دولتها در پیشگیری از جرم به تعهدات آنها نسبت به رعایت حقوق و آزادیهای قانونی افراد برمی‌گردد. البته برخی از حقوق نیز همانند حق عدم شکنجه مطلق بوده و هیچ‌گونه محدودیتی بر آن بار نخواهد شد.

۲. محدودیتهای حقوق بشری

پیشگیری وضعی عبارت است از تغییر در موقعیتهای خاصی که احتمال ارتکاب جرم در آن زیاد است، به منظور دشوار کردن، پرخطر کردن یا جاذبه‌زدایی برای کسانی که قصد ارتکاب دارند (گسن، ۱۳۷۶: ش ۱۹-۲۰/۶۰۷۲-۶۲۸). در واقع تدابیر ناظر به دشوار و پرخطر کردن یا جاذبه‌زدایی، تصمیم بزهکار بالقوه به گذر از اندیشه به فعل را تحت تأثیر قرار می‌دهد. یکی از راههای افزایش خطر ارتکاب جرم، در پیشگیری وضعی، مراقبت و کنترل می‌باشد. یعنی با ایجاد خطر بیشتر در وضعیت

پیش‌جنایی به ارباب بزهکاران بالقوه پرداخته می‌شود. این مراقبت گاه توسط افراد، گاه با توسل به فناوریهای نوین و بعضاً به صورت ترکیب هر دو، انجام می‌شود. مراقبت به دنبال ارائه این پیام به بزهکار بالقوه است که در صورت گذر از اندیشه به عمل، مشاهده، کنترل و دستگیر خواهد شد. بنابراین، با القای این حس و انتقال پیام، بزهکار با توجه به خطر دستگیری یا شرمساری ناشی از احتمال مشاهده شدن، به تردید می‌افتد. مراقبت و کنترل، در واقع، یکی از عناصر سازوکار کنترل اجتماعی کلاسیک و مشتمل بر قواعد و ضمانت اجراست؛ بدین ترتیب که یک مقام یا نهاد یک قاعده وضع می‌کند؛ از طریق مراقبت، از رعایت آن مطمئن می‌شود و نقض‌کنندگان آن را مجازات می‌کند (پاسخ می‌دهد). این سه عنصر مکمل همدیگر می‌باشند: بدون قاعده و قانون، مراقبت فاقد مبنا و اعمال ضمانت اجرا، ناعادلانه خواهد بود. بدون مراقبت، جرایم کشف نخواهد شد و بدون ضمانت اجرا، کسی رعایت قواعد را جدی نخواهد گرفت. بعضاً پیش می‌آید که یک مراقبت بدون ضمانت اجرا موقتاً در انصراف بزهکاران مؤثر واقع می‌شود ولی، مراقبتی که به مشاهده بدون واکنش اکتفا می‌کنند، به مرور زمان، این حس را ایجاد می‌کنند که این قاعده یا قانون لازم‌الاجرا نیست.

موقعیتهایی که احتمال ارتکاب جرم در آن زیاد است، باید تحت یک مراقبت و کنترل دقیق باشند. در این حالت بزهکاران، به هنگام سرقت، خطر دستگیری را بالا احساس می‌کنند و از ارتکاب جرم منصرف می‌شوند. کنشگران اجتماعی از قبیل نیروهای پلیس، نگهبانان، سرایداران و فروشندگان در بوتیکها که وظیفه مراقبت را بر عهده دارند، متعدد می‌باشند. این دسته توسط سیستمهای الکترونیک از قبیل دوربین، هشداردهنده‌ها و آشکارسازها مورد حمایت قرار می‌گیرند. این مراقبتها، احتمال دستگیری و مجازات را افزایش می‌دهد و نشان می‌دهد که این موقعیت مورد حمایت و تحت مراقبت قرار دارد. اما نکته اساسی این است که این تدابیر گرچه در افزایش احتمال دستگیری و برهم زدن معادله هزینه-فایده مؤثر است، لیکن در عمل ممکن است به مرور زمان موجب شکل‌گیری جامعه تحت کنترل و تحدید حقوق بنیادین افراد گردد.

۱-۲. جامعه تحت کنترل

مبارزه مؤثر با بزهکاری مستلزم یک مطالعه مقدماتی جرم به منظور شناخت محل و مکان ارتکاب آن می‌باشد، اما تعیین محل استقرار تجهیزات مراقبت بستگی به این امر دارد که آیا هدف تحت پوشش قرار دادن همه نقاط یک شهر است یا خیر؟ برخی از دولتها به لحاظ نوع ایدئولوژی حاکم یا به دلایل اقتصادی، دست به انتخاب حداقلی می‌زنند. در این فرض، با توجه به احتمال تعرض به آزادیهای عمومی، فقط نقاط حساس شهر از لحاظ میزان ارتکاب جرم و خشونت به دوربین مجهز می‌شود. برخی از کشورها رویکرد بینابین انتخاب می‌کنند. بدین توضیح که نسبت به نصب نظام مند دوربین در مکانهایی مانند بانکها، داروخانه‌ها و مؤسسات مالی و پراهمیت اقدام می‌کنند. اما برخی از کشورها با هدف کنترل مؤثر، در ساختمانهای مرتفع دوربینهایی را نصب می‌کنند تا رفت و آمد افراد مظنون یا مرتکبان جرم را تحت نظارت داشته باشند. بنابراین نوع استفاده از آن، از ملاحظات سیاسی - امنیتی تبعیت می‌کند. در هر صورت، رویکرد استفاده حداکثری و نیز رویکرد بینابین برای آزادیهای فردی خطرناک است. زیرا احتمال سوء استفاده از آن و نیز انحراف از هدف اصلی وجود دارد. بنابراین صرفاً استفاده منطقی و معقول از آن در اماکن حساس و جرم‌زا مانند محیطهای تجاری مفید است. ولی به طور کلی دوربینهای مراقبت از همان محدودیتهای پلیس برخوردار است. اخیراً استفاده کشورها از ماهواره نیز به عنوان یک ابزار پیشگیرانه افزایش یافته است. در واقع پرتاب ماهواره در فضا فایده امنیتی نیز دارد؛ از این طریق می‌توان از قاچاق دریایی، قاچاق اتومبیل، قاچاق مهاجران، زنان و کودکان اطلاع حاصل نمود. در این زمینه سیستمهای مختلفی وجود دارد که مشهورترین آنها (GPS)، یا سیستم محل‌یابی جهانی است که توسط آمریکا پرتاب شده است. اروپا نیز مدتی است به دنبال راه‌اندازی سیستمی به نام گالیله است. بدین ترتیب ابزارهای مراقبت در عمل، به پوششی برای کنترل افراد تبدیل می‌گردد. نتیجه طبیعی این وضعیت افزایش احتمال تعرض به حریم خصوصی افراد، انتقال احساس ناامنی به شهروندان و کاهش مشارکت آنان در برنامه‌های پیشگیرانه خواهد بود.

۲-۲. تعرض به زندگی خصوصی

به طور کلی عمل ثبت، ضبط یا انتشار تصویر یک شخص که در یک محل خصوصی قرار دارد، بدون رضایت وی، یک صدمه به زندگی خصوصی است (دوآ، ۱۳۸۲: ۲۲۶). این در حالی است که حق رعایت و احترام به زندگی خصوصی یکی از حقوق بنیادین محسوب می‌شود. ماده هفده میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مداخله در زندگی خصوصی افراد از طریق انواع مراقبت را منع کرده است. لذا بر این اساس نمی‌توان هویت کسی را برملا کرد. یک زوج جوان انتظار ندارند که تمام حرکات آنها، تنها به این دلیل ساده که در یک مکان عمومی هستند، ثبت و ضبط شود. دوربینهای مراقبت امروزه این توانایی را دارد که تمام حرکات و رفت و آمدهای شهروندان را کنترل کند.

در سال ۱۹۶۸ قانونی در کشور آلمان با هدف پیشگیری از جرم، به تصویب رسید که بر اساس آن شهود مکالمات تلفنی و تفتیش و بررسی بسته‌های پستی مجاز شده بود. چهار حقوقدان، ابتدا در آلمان (دادگاه قانون اساسی) سپس در دادگاه اروپایی حقوق بشر، با توجه به نقض حقوق زندگی خصوصی، تقاضای لغو آن را کردند. دادگاههای آلمان آنان را به دلیل اینکه آنان بزه‌دیده این نقض نمی‌باشند، ذی‌نفع ندانست و درخواست آنان را رد کرد. ولی دادگاه اروپایی این درخواست را با استدلال ذیل پذیرفت: اگر دولتها از طریق تدابیر مراقبتی بخواهند از کنترل دیوان خارج شوند، هدف حمایت از حقوق بشر که مورد نظر دیوان است، محقق نخواهد شد. لذا هر کدام از درخواست کنندگان، حق دارند اعلام کنند که بزه‌دیده نقض این حقوق می‌باشند.

دیوان در نهایت نظر داد که رویه‌ها و اقدامات پیشگیرانه باید اصول شناخته‌شده عدالت و حقوق بشر را رعایت کنند.

یا اینکه به دنبال حملات سپتامبر سال ۲۰۰۱، دولت آمریکا دسترسی به اطلاعات شخصی مسافران به این کشور را طی قانون امنیت‌پرداز و حمل و نقل تاریخ نوزدهم نوامبر ۲۰۰۱ و قانون پنجم می ۲۰۰۲ الزامی کرد. این قانون مقرر می‌دارد که از تاریخ پنجم مارس ۲۰۰۳، شرکتهای هوایی باید برخی اطلاعات مربوط به مسافران

را مطالبه کنند. این اطلاعات که «P. N. R» خوانده می‌شود به واحدهای مربوط به خدمات هوایی (از آژانس مسافرتی تا نیروهای خدمات در فرودگاه) اجازه می‌دهد تا ضمن شناسایی مسافر، از پرواز او، رفت و آمدش، پرواز ترانزیت، خدمات اختصاصی خواسته‌شده توسط او، تماسهای تلفنی او پیش از نشستن روی زمین، پرداختها، رزرو هتل، اتومبیل، نوع غذا و... مطلع شوند. بدیهی است دسترسی به این اطلاعات می‌تواند به حریم زندگی خصوصی مسافران به بهانه پیشگیری از جرم لطمه وارد کند. در عمل میزان اشتباه این برنامه‌ها - استفاده از فناوریهای نوین و بانک داده‌ها بسیار زیاد است، به طوری که در صورت ایجاد شک و تردید از سوار شدن مسافر در هواپیما جلوگیری می‌شود. عده‌ای زیاد از همین طریق و بدون ارائه توضیح مناسب از فرودگاه برگردانده شده‌اند و ممکن است چند هفته‌ای طول بکشد تا فرد دوباره سوار هواپیما بشود. ضمن اینکه شبکه‌های تروریستی از سیستمهای دفاعی مطلعند و از افراد غیر مشهور در حملات خود استفاده می‌کنند.

در واقع از حدود دهه شصت، توسعه فزاینده فناوری جدید موجب شده است که «دیوار بلند و ضخیم زندگی خصوصی» بیش از پیش «شفاف» گردد (7: GASSIN, 1999)، به طوری که به عنوان مثال در کشور انگلستان نزدیک به چهار میلیون دوربین، کنترل مکانهای عمومی را تحت نظر دارند. هر شهروند انگلیسی سیصد بار در روز با حدود سی شبکه عکس‌برداری می‌شود. هفتصد دوربین نیز پلاک اتومبیلهایی را که در شهر لندن وارد می‌شوند، برای بررسی پرداخت مالیات کنترل می‌کنند (153: WEYEMBERGH, 2002). به همین دلیل انگلستان در ترجیح رویکرد امنیتی بر مبنای فناوری مشهور می‌باشد. بدین ترتیب، علی‌رغم اینکه دشواری دست یافتن به تعادل بین امنیت و آزادی از دهه گذشته به لحاظ افزایش جرایم خشونت‌آمیز بیشتر شده است، نباید با توسعه تدابیر استثنایی، حقوق بنیادین افراد را در کارزار امنیت قربانی کرد. اما به منظور پیشگیری از سوء استفاده احتمالی از مراقبتهای پیشگیرانه وضعی تدابیری قابل تصور است.

۱. تابلوهای اطلاع‌رسانی، باید به طور صریح وجود دوربینهای مراقبت را به مردم اطلاع دهند تا این وسیله به ابزار سرکوبی تبدیل نگردد.
۲. پیش‌بینی قانونی حق دسترسی افراد به اطلاعات ثبت شده.
۳. پیش‌بینی قانونی حق بزه‌دیده سوء استفاده از این سازوکار برای مراجعه به دادگاه.

۳-۲. توسعه تدابیر استثنایی

جامعه معاصر از توسعه تدابیر و تشکیلات استثنایی ترس دارد. این تدابیر استثنایی دولتهای دموکراتیک را به برقراری حالت فوق‌العاده عادت می‌دهد. وضعیتی که هر نوع اقدام ظاهراً مشکوک را به بهانه پیشگیری سرکوب می‌کند. خطر این است که این وضعیتهای استثنایی تبدیل به اصل شود و کشورها را در حالت جنگ قرار دهد، حال آنکه در واقع، ممکن است عملاً تهدیدی وجود نداشته باشد. طولانی کردن دوره تحت نظر، محدود کردن حقوق دفاعی و کاهش قدرت قاضی به نفع دادسرا و پلیس از ویژگیهای قانونگذاریهای استثنایی است. این تدابیر به نام مبارزه با جرم و با هدف کنترل افراد جهت پیشگیری از جرم اتخاذ می‌شود.

۴-۲. کنترل و محدودیت در آزادیهای فردی

به نام امنیت و نظم عمومی و به بهانه آن ممکن است حقوق بنیادین اشخاص نقض گردد. به عنوان مثال به هنگام برگزاری اجلاس سران کشورهای صنعتی با موضوع جهانی شدن، معمولاً مخالفان این جریان به منظور اعلام مخالفت، از کشورهای مختلف با حضور در محل اجلاس، به تظاهرات می‌پردازند. در این وضعیت، کشورها به نام نظم عمومی و پیشگیری از جرم، مانع رفت و آمد آزادانه اشخاص شده و از خروج آنها از مرز جلوگیری می‌کنند. در صورتی که به طور طبیعی، اکثر تظاهرات با عدم رعایت نظم عمومی همراه می‌شود. لذا حق اعتراض و نیز آزادی رفت و آمد در این شرایط به طور جدی محدود می‌گردد. از طرفی اخذ اطلاعات شخصی تظاهرکنندگان و استفاده از آن برای زندگی خصوصی آنان یک خطر محسوب می‌شود.

بنابراین سازوکارهای امنیت نباید مانع رفت و آمد و نیز مبادلات افراد گردد. مثلاً اجباری کردن پاسپورتهای بیومتریک رفت و آمد به آمریکا را با مشکل مواجه

کرده است. از اکتبر ۲۰۰۵ هر فرد خارجی برای ورود به خاک آمریکا باید دارای پاسپورت فوق باشد. عده زیادی به همین دلیل نمی‌توانند به موقع، ویزای خود را دریافت کنند. لذا این سازوکار در کوتاه‌مدت مانع جابه‌جایی افراد می‌گردد. همچنان که در درازمدت نیز کنترل مرزها می‌تواند در سرعت و سهولت جابه‌جایی اموال و اشخاص مانع ایجاد کند و در نهایت موجب کاهش تجارت جهانی گردد. در واقع می‌توان گفت که هرچه وسایل تأمین امنیت افزایش یابد، افراد کمتر حمایت می‌شوند. بسیاری از سازوکارهای امنیت می‌تواند به آزادیهای فردی، فعالیتهای اقتصادی و حتی امنیت افراد صدمه وارد کند. از طرفی، ظرف چند سال گذشته، تمایل دولتها به استفاده بیشتر از تدابیر فنی به نسبت تدابیر اجتماعی، بیشتر شده است.

نتیجه

از زمان ظهور مکتب تحقیقی، به ویژه، آنریکو فری، این جریان فکری که نیازی به توجیه پیشگیری از جرم وجود ندارد، توسعه یافت، تا جایی که توسل به پیشگیری و اعتبار آن یک امر بدیهی تلقی گردید. در تأیید این امر، به جمله مشهور «پیشگیری بهتر از سرکوب است»، نیز استناد می‌شد، اما مطالب پیش گفته، به معنای این نبود که هر امری در زمینه پیشگیری ممکن می‌باشد. تجزیه و تحلیل داده‌های مورد اشاره، نشان می‌دهد که کارایی پیشگیری با محدودیتهای راجع به نوع جرم، بزهکاران و گونه‌های پیشگیری و نیز محدودیتهای حقوق بشری مواجه است. در واقع تدوین و اجرای برنامه‌های پیشگیری باید از برخی محدودیتهای تبعیت کند. زیرا هدف پیشگیری نمی‌تواند به هر قیمتی حاصل شود و برای رسیدن به آن هدف نباید هر وسیله و هر اقدامی را توصیه کرد. به عبارت دیگر راه حل مبارزه با جرم، نقض حقوق بنیادین بشر نیست. تأمین و رعایت این حقوق، خود یک راه حل پیشگیرانه می‌باشد. حقوق بنیادین افراد نباید به بهانه کارایی راه‌های مبارزه با جرم نادیده گرفته شود. تأمین و تقویت حقوق بنیادین شهروندان، در درازمدت خود بهترین راه حل مبارزه با جرم خواهد بود.

- Hurtubise, 2005.
19. FAGET, J., *Sociologie de la délinquance et de la Justice Pénale/ Trajets/ Ed. Eres/ (Francel)*, 2002.
20. GASSIN, RAYMOND, préface, in, LOLIES, Isabelle, *la protection pénale de la vie privée*, PUAM. 1999.
21. GRANDJEAN, C., «*Attaque à main armée contre les établissements bancaires en Suisse et mesure de sécurité, une étude empirique de la problématique du déplacement et de l'escalade de la violence*», RICPT, 1992.
22. HUQ, E., «*le difficile équilibre entre prévention et répression*», RIPC, jariv- fevr, 1992.
23. LAZERGES, Christine, «*Les fonction de la peine et la toxicomanie*», RSC, 1988.
24. NUVOLONE, P., «*prévention du crime et causalité*», in libre amicorum, Hermann Bekaert, 1977.
25. WEYEMBERGH, Anne, «*l'impact du 11 Septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen*», in Emmanuelle Bribosia et WEYEMBERGH, lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux, 2002, Bruylant, Bruxel.
26. WIKINS, L-T., «*La prévention et le coût de crime dans la planification nationale*», RIPC, 1967.

کتاب‌شناسی

۱. جلالی ورنامخواستی، مصطفی، «ارزیابی خطر جرم در نظام عدالت کیفری»، *فصلنامه حقوقی گواه*، شماره ۱۱، زمستان ۱۳۸۶ ش.
۲. دوا، آرت هیمن، *آزادیهای عمومی و حقوق بشر*، ترجمه یوسف مولایی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، پاییز ۱۳۸۲ ش.
۳. راهام، جان، «راهبردهای پیشگیری از جرم در اروپا و آمریکای شمالی»، ترجمه مؤسسه تحقیقات علوم جزایی و جرم‌شناسی دانشکده حقوق دانشگاه تهران (منتشر نشده).
۴. سیگل، لاری، جی، «جرم‌شناسی»، ترجمه یاشار سیف‌الهی، تهران، دفتر تحقیقات کاربردی پلیس آگاهی ناجا، زمستان ۱۳۸۵ ش.
۵. صفاری، علی، «امانی نظری پیشگیری وضعی از جرم»، *مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی*، شماره‌های ۳۳-۳۴، ۱۳۸۰ ش.
۶. کوسن، موريس، *اصول جرم‌شناسی*، ترجمه روح‌الله صدیق، تهران، دادگستر، ۱۳۸۵ ش.
۷. گسن، ریمون، «روابط میان پیشگیری وضعی و کنترل جرم»، ترجمه نجفی ابرندآبادی، *مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی*، شماره‌های ۱۹-۲۰.
۸. ماری، فیلیپ، «کیفر و مدیریت خطرها: به سوی عدالتی محاسبه‌گر در اروپا»، ترجمه کاشفی اسماعیل‌زاده، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره‌های ۴۸-۴۹، ۱۳۸۳ ش.
۹. میرخلیلی، سیدمحمود، «پیشگیری وضعی از نگاه آموزه‌های اسلام»، *مجله فقه و حقوق*، سال اول، شماره اول، ۱۳۸۳ ش.
۱۰. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «رویکرد جرم‌شناختی قانون حقوق شهروندی»، *مجموعه مقالات همایش حقوق شهروندی*، تهران، گرایش، ۱۳۸۸ ش.
۱۱. همو، «کیفرشناسی نو - جرم‌شناسی نو»، *تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقاله‌ها)*، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۱۲. همو، *مباحثی در علوم جنایی* (تقریرات جزوه درس جامعه‌شناسی جنایی)، نگاشته رزیتا دارویی، ویراست پنجم، ۱۳۸۷ ش.
۱۳. همو، *مباحثی در علوم جنایی* (تقریرات جزوه درس جامعه‌شناسی جنایی)، نگاشته مهدی صبورپور، ویراست پنجم، ۱۳۸۷ ش.
14. Atlas 2006, Panorama économique du marché de la sécurité, paris, en tout sécurité. Technopresse
15. BETIN, Christohe, MARTINAIS, Emmanuel et RENARD, Marie-christine, *sécurité, vidéosurveillance et construction de la déviance*, Déviance et société, vol. 1, 2003.
16. BONNEMAISON, «*la complémentarité prévention - répression*», Rev/ pol, nat, nov, 1985.
17. CUSSON, Maurice et all, *La planification et l'évaluation de projets en prévention du crime*, université de montréal, école de criminologie, 1994.
18. CUSSON, Maurice, *la délinquance, une vie choisie entre plaisir et crime*, édition

حق برخورداری متهم از وکیل مدافع

در مرحله تحقیقات مقدماتی*

- دکتر محمدعلی بابایی^۱ (استادیار دانشگاه امام خمینی علیه السلام)
- علی افراسیابی^۲ (دانشجوی دوره کارشناسی ارشد دانشگاه امام خمینی علیه السلام)

چکیده

طرح اتهام، متهم را وارد فرایندی می‌کند که حقوق و الزاماتی خاص بر آن مترتب است. حق برخورداری از دادرسی عادلانه امری است که تقریباً در تمام اسناد حقوق بشری چه در سطح جهانی و چه در سطح منطقه‌ای شناسایی شده است. الزامات حاکم بر این فرایند ایجاب می‌کند که دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری از اتخاذ تصمیمهای محدودکننده احتراز نمایند. بنابراین ضروری است تمام امکانات را در اختیار متهم قرار دهند تا وی بتواند از خود دفاع کرده، بی‌گناهی‌اش را ثابت کند و یا حداقل از محکومیت بیش از استحقاقش جلوگیری نماید. نهادهای واکنش اجتماعی بالاخص نظام عدالت کیفری بدون رعایت این حقوق و الزامات، در مسیر اجرای عدالت گام برنداشته‌اند. از جمله حقوقی که متهم در فرایند رسیدگی از آن بهره می‌برد،

* تاریخ دریافت: ۱۳۸۸/۱۰/۱۴ - تاریخ پذیرش: ۱۳۸۹/۲/۲۲.

حق برخورداری از معاضدت و کیل مدافع در کلیه مراحل رسیدگی - از جمله مرحله تحقیقات مقدماتی- است.

در این نوشتار با تکیه بر معیارهای دادرسی عادلانه و اسناد مهم حقوق بشری، رویکرد قانونگذار ایران در خصوص حق برخورداری متهم از معاضدت و کیل مدافع در مرحله تحقیقات مقدماتی، مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. **واژگان کلیدی:** تحقیقات مقدماتی، دادرسی عادلانه، و کیل مدافع، حقوق دفاعی.

مقدمه

در بیشتر اسناد جهانی و منطقه‌ای حقوق بشر، دادرسی عادلانه و معیارهای آن به چشم می‌خورد. دادرسی عادلانه ایجاب می‌کند اصول و قواعد خاص بر فرایند رسیدگی کیفری حاکم باشد تا این فرایند به اهداف خود دست یابد. دادرسیهای کیفری، زمانی می‌تواند در مسیر درست حرکت نماید که کلیه معیارهای دادرسی عادلانه در تمام مراحل از جمله مرحله تحقیقات مقدماتی که مبنا و اساس دادرسیهاست لازم الاجرا باشد. این نوع دادرسی جلوه‌های متعددی دارد که یکی از آنها «حق برخورداری متهم از معاضدت و کیل مدافع» در فرایند دادرسی کیفری است.

طبق نظر برخی از علمای حقوق، «تحقیقات مقدماتی مرحله‌ای است که در آن یک نفر قاضی که او را مستنطق، بازپرس یا قاضی تحقیق می‌گویند وارد عمل می‌شود و سه دسته عمل قضایی به شرح ذیل انجام می‌دهد: الف) جمع‌آوری دلایل له و علیه متهم، ب) جلوگیری از فرار یا مخفی شدن متهم، ج) اظهار نظر در خصوص مجرمانه بودن عمل انتسابی و وجود یا فقدان دلایل کافی علیه متهم» (آخوندی، ۱۳۸۱: ۴۵-۴۶).^۱ بدین ترتیب اگر مرحله تحقیقات مقدماتی به مرحله انجام مراحل فوق اطلاق شود، باید دید متهم در این مرحله تا چه حد از حق داشتن و کیل برخوردار است.

قانونگذار ایران در قوانین مربوط به حقوق دفاعی متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی، بدون توجه به اهداف و فلسفه اصل ۳۵ قانون اساسی و معیارهای دادرسی

۱. در حقوق انگلستان تحقیقات مقدماتی، پروسه‌ای است که در دادگاه مجستریت (Magistrate Court) به منظور تصمیم‌گیری در خصوص وجود یا فقدان دلیل کافی برای تحویل شخص متهم جهت رسیدگی در دادگاه کراون (Crown Court)، انجام می‌شود (مارتین، ۲۰۰۱: ۳۷۶).

عادلانه که در اسناد حقوق بشری^۱ به رسمیت شناخته شده، «با اتخاذ رویکرد امنیت‌مدار» پاره‌ای از اصول مسلم حقوق کیفری را تعدیل کرده (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۴: ۲۰۹۴)، به نحوی که حق متهم مبنی بر همراه داشتن وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی را به اختیار مقام قضایی واگذار نموده است. دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری نیز به نوبه خود مقررات صدر ماده ۱۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ را به صورت غیر اصولی و به ضرر متهم تفسیر کرده و از مداخله و کیل مدافع متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی ممانعت به عمل می‌آورند، از این رو اعتبار اصل دفاعی حق متهم در برخورداری از حضور وکیل، در هاله‌ای از ابهام فرو رفته است.

سؤالاتی که مطرح می‌شود این است که اولاً، آیا مقررات اصل ۳۵ قانون اساسی ایران در مرحله تحقیقات مقدماتی نیز حاکم است؟ ثانیاً، آیا در تصویب ماده ۱۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸ و تبصره آن، مقررات اصل ۳۵ رعایت شده یا خیر؟ ثالثاً، آیا مقررات ماده ۱۲۸ و تبصره آن با معیارهای دادرسی عادلانه که در اسناد حقوق بشری به رسمیت شناخته شده‌اند، سازگار است؟ آیا طبق مقررات ماده ۱۲۸، وکیل متهم در طول تحقیقات مقدماتی حق مداخله و اظهار نظر دارد؟ پاسخ سؤالات فوق در این نوشتار در قالب دو مبحث: مبحث نخست مربوط به دلایل برخورداری متهم از وکیل مدافع و مبحث دوم، رویکرد نظامهای حقوقی در سطح جهانی، منطقه‌ای و ملی در قبال حق برخورداری متهم از وکیل است.

مبحث نخست: دلایل برخورداری متهم از وکیل

الف) تضمین دادرسی عادلانه

برای بررسی میزان مطلوبیت هر موضوع یا فرایند از جمله قانون و قانونگذاری، به ناچار

۱. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی سازمان ملل متحد مصوب ۱۹۶۶ میلادی، حق متهم در بهره‌مندی از معاضدت وکیل مدافع در تمام مراحل فرایند رسیدگی کیفری را به رسمیت شناخته است. این میثاق در سال ۱۳۵۴ هجری خورشیدی به تصویب قانونگذار ایران رسیده و طبق ماده ۹ قانون مدنی ایران، مقررات آن در حکم قانون بوده و برای دولت ایران لازم الاجرا می‌باشد.

باید آن را با مقوله عدالت ارزیابی کرد. عدالت در معنای عملی‌تر خود با مقوله‌ها و مفاهیم همسایه و هم‌خانواده‌ای مانند برابری، اخلاق، قانون، انصاف، آزادی در می‌آمیزد (بشیریه، ۱۳۸۳: ۸-۷). به طور کلی مفهوم عدالت از زمانی در ذهن آدمی پیدا شده است که پرسش از بهتر زیستن در اندیشه‌ها راه یافت. یکی از اهداف تشکیل حکومت‌های دموکراتیک یا مردم‌سالار نیز نیل به عدالت و آزادی‌های مشروع است. بدین ترتیب، در این جوامع افراد ملت مشمول محدودیت‌ها و اوامر و نواهی قانونی قرار نمی‌گیرند، مگر با اعمال مقررات قانونی در مراجع قضایی که در آن کلیه معیارهای دادرسی عادلانه، مد نظر قرار گرفته باشد (قاضی، ۱۳۸۳: ۱۱۹). حق بهره‌مندی از دادرسی عادلانه، یکی از معیارهای حقوق بشر در سطح بین‌المللی است که به منظور حفاظت اشخاص از محدودیت یا سلب غیر قانونی و خودسرانه حقوق و آزادی‌های اساسی که از مهمترین آنها حق حیات و آزادی اشخاص می‌باشد، پیش‌بینی شده است (کمیته حقوقدانان برای حقوق بشر، ۲۰۰۰: ۷). بررسی معیارهای دادرسی عادلانه که در ذیل به آنها اشاره می‌شود و مبنای شناسایی نهادهای حقوقی متعدد از جمله وکالت است، به روشن‌تر شدن موضوع کمک خواهد کرد.

۱. اصل برائت

فرض برائت که در اصل ۳۷ قانون اساسی ایران به رسمیت شناخته شده، در فرایند رسیدگی واجد آثاری است که متهم بتواند دلایل دفاعی را جمع‌آوری و ارائه نماید. این اصل ایجاب می‌نماید که دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری، ضمن محدود کردن اقداماتی که آزادی متهمان را محدود می‌نماید، تمام امکانات را در اختیار متهم قرار دهد تا بتواند در برابر اتهام‌های وارده از خود دفاع نماید. «در پرتو این اصل است که شخص در مرحله تحقیقات می‌تواند با آزادی کامل و با تکیه بر عقل و منطق، از خود دفاع کند» (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۴: ۱۰۸). اهمیت اصل برائت در روابط بین قدرت سیاسی و افراد جامعه تا حدی مهم است که اعلامیه‌های متعددی از جمله ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر سازمان ملل متحد^۱

1. Declaration of human rights.

(۱۹۴۸ میلادی)؛ بند ۲ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی^۱ (۱۹۶۶ میلادی)؛ بند ۲ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر؛^۲ بند ۱ از قسمت (ب) ماده ۴۰ کنوانسیون اروپایی حقوق کودک^۳ (۱۹۸۹ میلادی)، بر رعایت این اصل از سوی کشورهای متعاقد تأکید نموده و آن را به رسمیت شناخته‌اند. بدین ترتیب، وقتی شخصی به اتهام ارتکاب جرمی تحت تعقیب کیفری قرار می‌گیرد، تا زمان اثبات ارتکاب جرم و قطعیت حکم، بی‌گناه محسوب خواهد شد.

سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا اصل برائت به مرحله تحقیقات مقدماتی در دادرسی‌های کیفری نیز تسری دارد؟ باید توجه داشت که اصولاً شخص متهم، پس از تفهیم اتهام در همان مراحل اولیه رسیدگی کیفری دارای حقوقی است که یکی از آنها بهره‌مندی از آثار اصل برائت است. یعنی تا زمانی که تقصیر متهم اثبات نشده، شخص بی‌گناه محسوب شده و نظام عدالت کیفری نیز مکلف است امکانات کافی در اختیار متهم به منظور اجتناب از اتخاذ تصمیمات محدودکننده و سالب آزادی قرار دهد، تا بدین وسیله بتواند دلایل دفاعی خود را جهت رد ادعاهای مطرح‌شده تهیه و ارائه نماید. ولی موضوع این است که اصولاً تعقیب کیفری برای تضمین دفاع از جامعه پیش‌بینی شده و بالاخص در جرایم مهم ممکن است متهمین در بازداشت بوده و توان جمع‌آوری و ارائه دلایل دفاعی را نداشته باشند. از این‌رو، بین حقوق جامعه و حقوق متهم که ممکن است به ناحق گرفتار چنگال عدالت شده باشد، تعارض به وجود آید. بنابراین به منظور ایجاد تعادل بین حقوق متهم و جامعه لازم است شخص ثالثی با عنوان وکیل در فرایند کیفری دخالت نماید و با آزادی کامل بتواند دلایل و مدارک دفاعی را جمع‌آوری و ارائه نماید.

۲. اصل تضمین حق دفاع متهم

مهمترین معیار تضمین حق دفاع متهم پیش‌بینی حق انتخاب وکیل برای وی در قوانین کیفری است (گلدوست جویباری، ۱۳۸۷: ۱۴۶). در جوامع امروزی به دلیل وجود

1. International covenant civil and political rights.
 ۲. این کنوانسیون در سال ۱۹۵۰ میلادی تصویب و در سال ۲۰۰۴ میلادی اصلاح شد.
 3. Convention on the rights of the child.

قوانین متنوع، اطلاع از همه قوانین موضوعه کاری دشوار است. این موضوع در کشورهای در حال توسعه، که قوانین آنها از شفافیت کمتری برخوردار است و شهروندان از سطح اطلاعات حقوقی، پایینی برخوردارند، بیشتر جلوه می‌کند. از این رو، نمی‌توان همواره مطمئن بود که متهمان و کلای مدافع خوبی برای خود باشند و به گونه‌ای صحیح و منطبق با موازین حقوقی از خود دفاع کنند. آنچه مسلم است اینکه به علت پیچ و خمهای دادرسی و فنی و تخصصی بودن علم حقوق و آیین دادرسی کیفری، اشخاصی که با تکنیکهای حقوق و روشهای دادرسی آشنایی کافی نداشته باشند، ممکن است مرتکب اشتباهات قضایی مؤثر شوند (آشوری، ۱۳۸۳: ۳۵۵). برای اجتناب از چنین وضعیتی است که نظام عدالت کیفری مکلف به پذیرش وکیل مدافع برای متهم بوده و در صورتی که متهم توان انتخاب وکیل نداشته باشد برای او وکیل تسخیری انتخاب می‌نماید.

۳. اصل تساوی سلاحها

این اصل بدین معناست که برخورد دادگاهها نسبت به متهم در یک طرف دعوی و مقام تعقیب دعوی عمومی و شاکی در طرف دیگر برابر بوده و طرفین دعوی از «فرصت و امکانات» یکسان برای ارائه دلایل و مستندات برخوردار باشند، ولی با توجه به اینکه عدالت در فلسفه حقوق متضمن استناد قانونی کلیه تصمیم‌گیریهای قضایی است، ضرورت دارد متولیان سیاست جنایی در قلمرو قانونگذاری، برابری «فرصتها و امکانات» طرفین دعوی را در فرایند رسیدگی به رسمیت بشناسند.

دیوان اروپایی حقوق بشر، در قضیه دلکورت (Delcourt) به ارائه قاعده کلی پرداخته و متذکر می‌شود «یک دادرسی چنانچه در شرایطی صورت پذیرد که یکی از اصحاب دعوی در قبال دیگری به گونه‌ای غیر عادلانه در موقعیت نامساعدی قرار گیرد، نمی‌تواند منصفانه تلقی شود» (آشوری، ۱۳۸۳: ۳۴۱). این اصل در دادرسیهای کیفری دو جنبه دارد: اولین جنبه آن به مداخله طرفین دعوی در فرایند رسیدگی و دسترسی به پرونده جنایی و آزادی آنها برای تهیه دلایل و مدارک مربوط می‌شود و در صورتی قابل اجراست که قانونگذار اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق و

استقلال مقام تحقیق را به رسمیت بشناسد.^۱ جنبه دوم آن مربوط به وجود موقعیتهای یکسان برای دسترسی به علوم و فنون حقوقی است. برای نیل به اصل تساوی سلاحها لازم است در برابر دست‌اندرکاران حرفه‌ای نظام عدالت کیفری به ویژه دادستان که مجهز به علوم و فنون حقوقی است، متهم نیز از راهنماییها و دانش حقوقی افرادی که سالها در مشاغل حقوقی کسب تجربه کرده و به علوم و فنون حقوق آشنا هستند، بهره‌مند شود.

۴. اصل برابری افراد در برابر قانون و مراجع قضایی

همان گونه که ماده ۲۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز مقرر می‌دارد: «کلیه اشخاص در مقابل قانون مساوی هستند و بدون هیچ گونه تبعیض، استحقاق حمایت بالسویه قانون را دارند. از این لحاظ قانون باید هرگونه تبعیضی را منع و برای کلیه اشخاص حمایت مؤثر و مساوی علیه هر نوع تبعیض به خصوص از حیث نژاد، ... و یا هرگونه وضعیت دیگر را تضمین کند». این اصل ایجاب می‌کند که قوانین و مقررات شکلی به نحوی تنظیم شوند که همه اشخاص اعم از فقیر و غنی، صرف نظر از نوع جرم ارتكابی، از حقوق مقرر در فرایند رسیدگی بهره‌مند باشند. خلاصه این اصل زمانی روشن تر می‌شود که متهم در نتیجه قرار تأمین کیفری بازداشت شده و به دلیل ضعف مالی توان انتخاب وکیل نداشته باشد و نظام عدالت کیفری با او با شدت و اعمال محدودیت بیشتری رفتار کند.

امروزه جرم‌شناسان بر این باورند که میزان جرایم و خصوصیات مجرمان، به

۱. در نظام حقوقی کشورمان اصل تساوی سلاحها مورد توجه قانونگذار قرار نگرفته است. چراکه از یک طرف طبق بند (و) ماده ۳ قانون اصلاح مواد از قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱، اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق در جرایمی که در صلاحیت دادگاه کیفری استان نیست و اصل استقلال قاضی تحقیق در جرایم داخل در صلاحیت دادگاه کیفری استان، به رسمیت شناخته نشده و دادستان که طرف دعوی عمومی است، با استفاده از اختیارات وسیع قانونی، اقدام به انجام تحقیقات مقدماتی و مداخله در تحقیقات بازپرس می‌نماید. از طرف دیگر -بر خلاف اصل براءت- با تصویب مواد ۳۲، ۳۵ و ۱۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۷، آزادی و توان متهم جهت تدارک دلایل دفاعی به شدت محدود شده است (برای آگاهی بیشتر ر.ک: کوشکی، ۱۳۸۷). مضافاً اینکه در مواد ۱۱۱-۳، ۱۲۲-۱۲، ۱۲۲-۳۰، ۱۲۳-۳، ۱۲۳-۱۵ لایحه قانون آیین دادرسی کیفری نیز استقلال قضات تحقیق تحدید شده است.

چگونگی تدوین و اجرای قانون بستگی دارد. اغلب کسانی که محکوم به ارتکاب جرم می‌شوند، فقیرند. ولی، نه بدین جهت که فقر علت جرم است، بلکه ممکن است قانون بعضی از اعمال معمولی افراد فقیر را جرم بداند، و قوانین در این موارد با شدت تمام اجرا شوند سرقتهای خرد از جرمهایی اند که معمولاً توسط افراد فقیر ارتکاب می‌یابد و قوانین مربوط به آنها با حدت و شدت اجرا می‌شود؛ کلاهبرداری، اختلاس، رشوه‌خواری و انواع دیگر جرمها که ساترند از آنها به جرایم «یقه‌سفیدها»^۱ یاد می‌کند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۰: ۷۴)، معمولاً توسط افراد توانمند ارتکاب می‌یابند و علی‌رغم ایراد صدمه‌های شدید و ایجاد ناامنی عمومی و خسارات هنگفت به شهروندان، قوانین مربوط به این جرمها به طور دقیق و سخت‌گیرانه اجرا نمی‌شود. از این‌رو تفاوت نرخ جرم اشخاص فقیر و ثروتمند، بیش از هر چیز، نمایانگر تبعیض مجریان قانون کیفری می‌باشد، نه نمایانگر تفاوت‌های موجود در رفتار افراد^۲ (ولد و همکاران، ۱۳۸۰: ۲۷). اشخاص فقیر در مقایسه با افراد ثروتمند، از یک سو به دلیل ناتوانی در ایداع وثیقه یا معرفی کفیل بازداشت می‌شوند و از سوی دیگر، توان انتخاب وکیل را ندارند، لذا در جمع‌آوری و ارائه دلایل دفاعی با مشکل مواجه شده و به همین علت نرخ بزهکاری قضایی این اشخاص در مقایسه با اشخاص ثروتمند بیشتر است. با توجه به چنین وضعیتی است که در اعلامیه‌های جهانی و منطقه‌ای حقوق بشر به انتخاب وکیل تسخیری برای متهمان در مواردی که آنها توان انتخاب وکیل را ندارند، تأکید شده است.

ب) جلوگیری از اشتباهات قضایی در فرایند دادرسی کیفری

در بعضی موارد تصمیمات اشتباه متصدیان دستگاه عدالت کیفری که با استناد به دلایل و مدارک خلاف واقع اتخاذ می‌شود باعث سلب حقوق و آزادیهای متهم می‌شود. در این موارد دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری که باید تأمین امنیت و گسترش عدالت را سرلوحه کار خود قرار دهند، در مسیر اشتباه گام برداشته و روند

1. White collar offenders.
 ۲. منظور از نرخ جرم، نرخ قانونی بزهکاری است؛ یعنی تعداد افرادی که با حکم مراجع قضایی در واحد مکان و زمان محکوم می‌شوند.

زندگی اشخاص را با مشکل مواجه می‌نمایند، از این‌رو اشخاصی که در نتیجه این اشتباهات متضرر می‌شوند به افراد ضد اجتماع تبدیل شده و در نتیجه تغییر نگرش نسبت به جامعه در صدد انتقام از جامعه بر می‌آیند. اثبات بی‌گناهی متهم پس از گذر زمان^۱ یا اجرای مجازات که بعضاً مهمترین حقوق شخص از جمله حق حیات، آزادی، شغل و حیثیت اجتماعی وی را سلب می‌کند، عملاً بی‌فایده و جبران خسارت وارده نیز غیر ممکن است. لذا اگر قائل باشیم که «اگر هزاران گناهکار بی‌کیفر بمانند بهتر از آن است که بی‌گناهی بر خلاف حق به کیفر برسد» (گلدوزیان، ۱۳۸۴: ۳۹۸). مآلاً باید پذیرفت که یکی از راههای کاهش اشتباهات قضایی و اجرای دقیق قوانین و مقررات که در برخی موارد دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری نیز از تفسیر و اجرای درست آن عاجزند، حضور و مداخله وکیل در فرایند دادرسی است.

افزایش سطح دخالت متهم در فرایند کیفری؛ تسریع در روند دادرسی و کاهش اطلاع دادرسی؛ تأمین آزادیهای مشروع؛ جلوگیری از تجسس در حریم خصوصی اشخاص و پیشگیری از خودسری دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری از دیگر دلایلی است که موجب توجه حق متهم مبنی بر داشتن وکیل در فرایند کیفری می‌شود.

مبحث دوم: رویکرد بین‌المللی، منطقه‌ای و ملی

در این مبحث ابتدا رویکرد اسناد حقوق بشری در سطوح جهانی و منطقه‌ای در خصوص حق متهم در برخورداری از وکیل در فرایند عدالت کیفری بررسی می‌شود. سپس مقررات ملی در قبال این موضوع تحلیل خواهد شد.

الف) در سطح جهانی و منطقه‌ای

برخی معتقدند برای نخستین بار تدوین کنندگان میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و

۱. در برخی موارد مشاهده شده که رسیدگی به پرونده جنایی ۱۷ سال طول کشیده است (پرادل، ۱۳۷۶: ۸۵).

سیاسی ۱۹۶۶ میلادی در بند ۳ ماده ۱۴، حق برخورداری متهم از وکیل مدافع را مورد توجه قرار داده‌اند (نیازپور، ۱۳۸۶: ۹۶). ولی به نظر می‌رسد، اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ میلادی قبلاً به موجب بند ۱ ماده ۱۱ این حق را به رسمیت شناخته بود.^۱ بند ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مجمع عمومی سازمان ملل متحد مصوب ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ که در سال ۱۳۵۴ به تصویب قانونگذار ایران رسیده است، مقرر می‌دارد: هر کس متهم به ارتکاب جرمی شود با تساوی کامل لااقل حق تضمینهای ذیل را خواهد داشت؛ ... (ب) وقت و تسهیلات کافی برای تهیه دفاع و ارتباط با وکیل منتخب خود را داشته باشد... (د) در محاکمه حاضر شود و شخصاً یا به وسیله وکیل منتخب خود از خود دفاع کند و در صورتی که وکیل نداشته باشد حق داشتن یک وکیل به او اطلاع داده شود و در مواردی که مصالح دادگستری اقتضا نماید، از طرف دادگاه راساً برای او وکیل تعیین شود که در صورت عجز از پرداخت حق الوکاله هزینه‌ای نخواهد داشت (قهرمانی و یوسفی محله، ۱۳۸۷: ۴۲۸-۴۲۹)، مقررات بند ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی با تغییر جزئی در ماده ۲۱ و ۱۸، مقررات دیوان بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق^۲ و ماده ۱۷ مقررات دیوان بین‌المللی برای رواندا^۳ و بند ۲ ماده ۵۵ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی^۴ حق داشتن وکیل در مرحله تحقیقات و صدور کیفرخواست را به رسمیت شناخته است.^۵ مطابق اصل اول از اصول اساسی کار و کلاً^۶ که در سال ۱۹۹۰ میلادی به تصویب رسیده، همه اشخاص حق دارند به منظور حفظ و احراز حقوق و دفاع از خود در تمام مراحل دادرسیهای کیفری معاضدت یک وکیل انتخابی را درخواست

۱. بند ۱ ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر: هر کس که به بزهکاری متهم شده باشد، بی‌گناه محسوب خواهد شد تا وقتی که در جریان یک دعوی عمومی که در آن کلیه تضمینهای لازم برای دفاع تأمین شده باشد، تقصیر او قانوناً محرز گردد.

2. Statute of the international tribunal for the former Yugoslavia.

3. Statute of the international tribunal for Rwanda.

4. Rome Statute of the International Criminal Court.

۵. همچنین ر.ک: قواعد دادرسی و دلایل دیوان بین‌المللی کیفری (مصوب ۲۰۰۴ میلادی)، مواد ۲۰-۲۲ (محمد نسل، ۱۳۸۵: ۶۱، ۶۲، ۱۱۵).

6. Basic Principles on the Role of Lawyers.

نمایند. همان گونه که کمیته حقوق بشر اعلام کرده است: «همه اشخاصی که دستگیر می‌شوند، بلافاصله باید به وکیل دسترسی داشته باشند» (کمیته حقوقدانان برای حقوق بشر، ۲۰۰۰: ۵). این حق به ویژه به مرحله تحقیقات پلیس قبل از مداخله مقام قضایی اختصاص دارد. طبق اصل پنجم هرگاه شخصی دستگیر، متهم یا بازداشت شود، بلافاصله باید حق همراه داشتن وکیل به او اطلاع داده شود. اصل هفتم دولت را مکلف می‌کند تا تمام اشخاصی که دستگیر یا بازداشت می‌شوند ظرف ۴۸ ساعت به وکیل دسترسی داشته باشند. در مواردی که متهم توان انتخاب وکیل نداشته باشد مرجع صلاحیت‌دار مربوطه اعم از پلیس و دادسرا، چنانچه با توجه به اهمیت جرم و شدت مجازات، مصالح عدالت اقتضا کند، مکلف است برای او وکیل انتخاب نماید (اصل ششم). مرجع صلاحیت‌دار مربوطه مکلف است که تضمین نماید تمام اشخاصی که دستگیر، بازداشت یا زندانی می‌شوند، فرصت کافی داشته باشند که بدون تأخیر، استراق سمع یا سانسور و با اطمینان کامل با وکیلشان ملاقات و مراد داشته باشند (اصل هشتم). همچنین زمانی که وکیل و موکل با یکدیگر ملاقات می‌نمایند محل ملاقات آنها ممکن است در محدوده دید ضابطان قرار داشته باشد، ولی نمی‌تواند در حیطه شنیداری آنان قرار گیرد^۱ (اصل ۲۵).

در مقررات و اسناد منطقه‌ای می‌توان به میثاق آمریکایی حقوق بشر (۱۹۷۸ میلادی)؛ منشور آفریقایی حقوق بشر و مردم (۱۹۸۲ میلادی)؛ اعلامیه اسلامی حقوق بشر (۱۵ اوت ۱۹۹۰ میلادی)، اجلاس وزرای امور خارجه سازمان کنفرانس اسلامی در قاهره (قهرمانی و یوسفی محله، ۱۳۸۷: ۴۲۸-۴۲۹)؛ و ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق و آزادیهای اساسی^۲ در خصوص حق برخورداری افراد از یک دادرسی منصفانه اشاره کرد.

با بررسی اسناد و کنوانسیونهای بین‌المللی و منطقه‌ای مشاهده می‌شود که در این

۱. همچنین ر.ک: قرارداد ژنو راجع به رفتار با اسیران جنگی (مصوب ۱۲ اوت ۱۹۴۹ میلادی)، مواد ۹۹ و ۱۰۵؛ مقررات مصوب کنفرانس سازمان ملل متحد درباره حداقل رفتار با زندانیان به منظور مبارزه با جرم و چگونگی رفتار با آنان (۱۹۵۵ میلادی)، ماده ۹۳؛ بیمان‌نامه حقوق کودک (۱۹۸۹ میلادی) و قواعد حداقل سازمان ملل متحد در زمینه عدالت نوجوانان (خواجه نوری، ۱۳۸۲: ۶۲).

2. European convention for the protection of Human Rights and fundamental freedoms.

اسناد بر لزوم رعایت معیارهای دادرسی عادلانه در فرایند کیفری تأکید شده است، که نکات مهم آنها به شرح ذیل می‌باشد:

- ۱- حضور آزادانه و کیل متهم در تمام مراحل دادرسی کیفری بالاخص در مرحله تحقیقات مقدماتی.
 - ۲- اطلاع‌رسانی به متهم در خصوص حق داشتن وکیل در تمام مراحل دادرسی کیفری.
 - ۳- انتخاب وکیل تسخیری برای متهم در تمام مراحل دادرسی به ویژه در مواردی که متهم توان انتخاب وکیل نداشته و مصالح عدالت اقتضا داشته باشد.
- بدین ترتیب حق برخورداری از وکیل مدافع به عنوان یکی از مصادیق حقوق بشر مورد توجه جامعه جهانی قرار گرفته است.

ب) در سطح ملی

طبق ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ «تحقیقات مقدماتی مجموعه اقداماتی است که برای کشف جرم و حفظ آثار و ادله وقوع آن و تعقیب متهم از بدو پیگرد قانونی تا تسلیم به مرجع قضایی صورت می‌گیرد...». بند (و) ماده ۳ قانون اصلاح موادی از قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱ مقرر می‌دارد: «تحقیقات مقدماتی کلیه جرایم بر عهده بازپرس می‌باشد...»، مواد قانونی فوق با یکدیگر در تعارضند، زیرا از یک سو تحقیقات مقدماتی جرایم طبق ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸، از وظایف ضابطان و مربوط به تحقیقات قبل از مداخله مقام قضایی است و از سوی دیگر، مطابق بند (و) ماده ۳ قانون اصلاح موادی از قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱، این امر از وظایف بازپرس که مرجع قضایی است قلمداد شده است. در خصوص جمع ماده ۱۹ و بند (و) ماده ۳ دو نظر قابل طرح است. اول اینکه، قانونگذار معتقد است بازپرس ضابط قوه قضائیه بوده و مقررات ماده ۱۹ ناظر به اقدامات تحقیقی بازپرس می‌باشد. ولی این برداشت، طبق ماده ۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و

انقلاب مصوب ۱۳۷۸ که بازپرس را ضابط دادگستری محسوب ننموده و ضابطان حق صدور قرار تأمین را ندارند، صحیح نیست. دوم اینکه، با توجه به کلی و عام بودن مقررات بند (و) ماده ۳ قانون اصلاح موادی از قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱ و اینکه مقررات قسمت اخیر ماده ۱۸ و ۱۹ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸، محدود به اقدامات تحقیقی پلیس و ضابطان در جرایم مشهود است، طبق قاعده کلی (قانون عام مؤخر، ناسخ قانون خاص مقدم نمی‌باشد) بند (و) ماده ۳ اصلاحی ناسخ مواد ۱۸ و ۱۹ نمی‌باشد و طبق بند (و) ماده ۳ اصلاحی اصل بر این است که تحقیقات مقدماتی کلیه جرایم بر عهده بازپرس باشد و استثنائاً در جرایم مشهود، قانونگذار پلیس و ضابطان را به انجام برخی از اقدامات مرتبط با تحقیقات مقدماتی مکلف نموده است. از این رو، «می‌توان به این اعتبار انجام‌دهندگان تحقیقات مقدماتی را به دو گروه تقسیم کرد: ۱. مراجع قضایی ۲. ضابطان دادگستری» (آخوندی، ۱۳۸۲: ۲۶). با عنایت به مطالب فوق و با توجه به اینکه کشف جرم طبق ماده ۴ قانون نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۹ از جمله وظایف پلیس بوده و طبق ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری، بخشی از تحقیقات مقدماتی محسوب می‌شود و پلیس و ضابطان قضایی در جرائم مشهود و غیر مشهود بخش قابل توجهی از اقدامات مرتبط با کشف جرم و تحقیقات مقدماتی را انجام می‌دهند؛ تأکید می‌شود که تمام حقوق مقرر و تکالیف لازم الاجرا در مرحله تحقیقات مقدماتی، در مرحله کشف جرم و تحقیقات پلیسی نیز جاری و لازم الاجرا می‌باشد.^۲

۱. برخی معتقدند که اقدامات ضابطان در جرایم مشهود به نمایندگی از دستگاه قضایی است (گلدوست جویباری، ۱۳۸۷: ۶۰). ولی با توجه به اینکه ضابطان در جرایم مشهود کلیه اقدامات تحقیقی از جمله جلب و بازجویی را بدون اطلاع مقام قضایی و یا اخذ نمایندگی از آنها انجام می‌دهند، به نظر می‌رسد که اقدامات ضابطان در جرایم مشهود به نمایندگی از قانون می‌باشد (برای آگاهی بیشتر ر.ک: رضوی، ۱۳۸۵: ۱۶).

۲. ماده ۳۴-۱۲۱ لایحه آیین دادرسی کیفری: تمام اقدامات ضابطان دادگستری در انجام تحقیقات باید مطابق ترتیبات و قواعدی باشد که برای تحقیقات مقدماتی مقرر است.

از لحاظ سابقه قانونگذاری در این خصوص باید یادآوری کرد که تا سال ۱۳۳۵، در نظام حقوقی ایران «حضور و کیل» در مرحله تحقیقات مقدماتی پیش‌بینی نشده بود. در این سال تبصره‌ای به ماده ۱۱۲ قانون اصول محاکمات جزایی افزوده شد که مقرر می‌داشت: «متهم می‌تواند یک نفر از وکلای رسمی دادگستری را همراه داشته باشد. وکیل متهم بدون مداخله در امر تحقیق پس از خاتمه بازجویی می‌تواند مطالبی را که برای... به بازپرس تذکر دهد». قانونگذار ایران در سال ۱۳۷۸، تبصره ماده ۱۱۲ قانون اصول محاکمات جزایی را با تغییر اندکی در قالب ماده ۱۲۸ به تصویب رسانید و با اضافه نمودن تبصره‌ای به آن یک گام به پس نهاد. به موجب این ماده و تبصره ذیل آن تقریباً در تمام جرایم، حق متهم به همراه داشتن وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی به اختیار قاضی واگذار شده و امکان اعمال سلاقی شخصی قضات در فرایند رسیدگی را میسر نموده است. زیرا تصریح دارد: «در مواردی که موضوع جنبه محرمانه دارد یا حضور غیر متهم به تشخیص قاضی موجب فساد گردد و همچنین در خصوص جرایم علیه امنیت کشور حضور وکیل در مرحله تحقیق با اجازه دادگاه خواهد بود». حکم این تبصره در تشخیص محرمانه بودن موضوع و محروم کردن متهم از همراه داشتن وکیل از یک طرف و مقررات ماده ۳۲ و ۳۵ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸ و توسعه اختیار قاضی نسبت به صدور قرار تأمین کیفری بازداشت موقت در تمام جرایم از طرف دیگر، موجب شده که متهم توان دفاع و تمهید دلایل و مدارک دفاعی را نداشته باشد. بدین ترتیب، متهم که به حق یا به ناحق دستگیر شده است از یک سو در بازداشت است و از سوی دیگر، حق انتخاب و معرفی وکیل ندارد. قانونگذار در سال ۱۳۷۸ با آوردن عبارت «جرایم امنیتی» به ابهام موجود در حق برخورداری متهم از معاضدت وکیل مدافع افزوده است؛^۱ زیرا دقیقاً قلمرو این

۱. اشکالات وارد بر ماده ۱۲۸ و تبصره ذیل آن قانونگذار را بر آن داشت که در تاریخ ۷/۱۲/۷۹ با تصویب ماده واحده‌ای آن را اصلاح نماید که به تصویب شورای نگهبان نرسید، مجمع تشخیص مصلحت نظام در تاریخ ۱۳/۳/۸۲ به اختلاف بین مجلس و شورای نگهبان رسیدگی و در نهایت ماده ۱۲۸ و تبصره ذیل آن را ابقا نمود (برای آگاهی بیشتر ر.ک: خالقی، ۱۳۸۷: ۱۴۵-۱۴۴).

جرایم توسط قانونگذار مشخص نشده و چه بسا بعضاً این مفهوم به جرایم سیاسی نیز سرایت پیدا کند. اما سؤال این است که اگر پس از انجام تحقیقات و محاکمه و پس از مدتی نسبتاً طولانی - که متهم بازداشت بوده و شغل و حیثیت و زندگی خود را از دست داده است - بی‌گناه شناخته شود، جبران حیثیت و آزادی از دست رفته چگونه خواهد بود؟ آیا می‌توان به بهانه حفظ امنیت جامعه حقوق دفاعی اشخاص و امنیت انسانی را نادیده گرفت؟

مطلب قابل بحث این است که اگر متهم بتواند رضایت مقام قضایی را در معرفی وکیل جلب کرده و به عبارت بهتر مانع قضایی را کنار بگذارد، مانع قانونی در پیش روی وی قرار دارد؛ زیرا با توجه به صدر ماده ۱۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸، وکیل متهم حق مداخله در تحقیق را نخواهد داشت؛ آیا عدم مداخله وکیل در امر تحقیق مربوط به «کل مرحله تحقیقات مقدماتی» است یا اینکه مربوط به عدم مداخله وکیل در «تحقیقات موردی» پلیس و قاضی تحقیق است؟

در پاسخ به این سؤال دو راه حل وجود دارد:

نخست آنکه، با توجه به بند (ک) ماده ۳ اصلاحی ۱۳۸۱ گفته شود^۱ که منظور قانونگذار از ذکر عبارت «بدون مداخله در امر تحقیق» این است که وکیل متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی حق مداخله در تحقیقات را ندارد و پس از انجام تحقیقات مقدماتی و قبل از صدور قرار نهایی، می‌تواند مطالبی را که برای دفاع از متهم یا روشن شدن حقیقت یا اجرای قانون لازم بداند به قاضی تحقیق اعلام نماید و اظهارات وی در صورت جلسه منعکس شود. به نظر می‌رسد، این برداشت که با نظریه اکثریت قضات و نظریه کمیسیون مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه (زراعت و دیگران، ۱۳۸۳: ۴۰۴) همسوست، درست نباشد؛ زیرا ممکن است مرحله تحقیقات مقدماتی طولانی شود و متهم نیز در بازداشت به سر برد. در این فرض سلب حق دفاع متهم، با معیارهای دادرسی عادلانه سازگار نیست؛ از طرف دیگر اگر مرجع

۱. بند (ک) ماده ۳ اصلاحی ۱۳۸۱: پس از آنکه تحقیقات پایان یافت، بازپرس آخرین دفاع متهم را استماع نموده و با اعلام ختم تحقیقات و اظهار عقیده خود، پرونده را نزد دادستان می‌فرستد.

تحقیق پس از ختم تحقیقات مقدماتی نظر بر منع تعقیب یا موقوفی تعقیب متهم داشته باشد، اظهارات و دخالت وکیل در این هنگام چه سودی به حال متهم خواهد داشت! بدین ترتیب ملاحظه می‌شود که این تفسیر با اصول حقوقی سازگار نبوده و نقض غرض محسوب می‌شود.

برداشت دیگر این است که همان طوری که قانون اصول محاکمات جزایی در تبصره ماده ۱۱۲ قید کرده بود: «متهم می‌تواند یک نفر از وکلای رسمی دادگستری را همراه داشته باشد. وکیل متهم بدون مداخله در امر تحقیق پس از خاتمه بازجویی می‌تواند مطالبی را که برای... به بازپرس تذکر دهد»، منظور قانونگذار از ذکر واژه «تحقیقات» در صدر ماده ۱۲۸ «تحقیقات موردی» مرجع تحقیق است، یعنی محدودیت وکیل در مداخله، محدود به تحقیقات موردی است. به نظر می‌رسد این برداشت که با نظریه اقلیت قضات دادگستری (زراعت و دیگران، ۱۳۸۳: ۴۰۴) و برخی حقوقدانان^۱ (خالقی، ۱۳۸۷: ۱۳۹) همسوست، قابل قبول باشد. بدین ترتیب ایرادات وارده که در تفسیر اول ذکر کردیم بر این برداشت وارد نبوده و تفسیر اخیر با اصول و موازین حقوقی و عدالت سازگارتر است. همچنین ماده ۱۲۸ و تبصره ذیل آن در سال ۱۳۷۸ یعنی زمانی که دادرسی از نظام قضایی ایران حذف شده بود و کلیه مراحل دادرسی از جمله تحقیقات مقدماتی در دادگاه انجام می‌شد، تصویب و به اجرا گذارده شد. به طوری که مقررات آن با اصل ۳۵ قانون اساسی در تعارض آشکار است؛ زیرا از یک سو اصل ۳۵ قانون اساسی دادگاهها را مکلف به پذیرش و حتی انتخاب وکیل برای طرفین دعوی می‌نماید و از سوی دیگر، ماده ۱۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸ و تبصره ذیل آن حق برخورداری متهم از وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی را که در دادگاه انجام می‌شود، به اختیار مقام قضایی واگذار کرده است.

۱. بعضی از حقوقدانان بر این اعتقادند که وکیل متهم طبق مقررات صدر ماده ۱۲۸ حق مداخله در مرحله تحقیقات مقدماتی را ندارد، ولی در عین حال تأکید می‌نماید که دامنه محدودیت مداخله وکیل طبق مقررات صدر ماده ۱۲۸ و مقررات تبصره آن با هم متفاوت است (برای آگاهی بیشتر ر.ک: محمودی جانکی، ۱۳۸۴: ۱۱۹).

بند ۳ قانون احترام به آزادیهای مشروع و حفظ حقوق شهروندی^۱ (مصوب ۸۳/۲/۱۳) حق متهم مبنی بر همراه داشتن وکیل در تمام مراحل دادرسی کیفری را به رسمیت شناخته است که به نوبه خود اقدام مثبتی در جهت تأمین حقوق دفاعی متهم محسوب می‌شود. ولی این اقدام مثبت مخدوش شده است. زیرا طبق ماده ۱۳۰ قانون برنامه چهارم توسعه مصوب ۱۳۸۳/۶/۱۱ قوه قضائیه موظف شد، به منظور اجرای اصل ۳۵ قانون اساسی^۲ و نیز به منظور تأمین و حفظ حقوق عامه و گسترش خدمات حقوقی هر یک از اصحاب دعوی حق انتخاب، معرفی و حضور وکیل در تمامی مراحل دادرسی اعم از تحقیقات، رسیدگی و اجرای احکام قضایی را به استثنای مواردی که موضوع جنبه محرمانه دارد و یا حضور غیر متهم به تشخیص قاضی موجب فساد می‌شود، لوائح مربوط را تهیه و به تصویب مراجع ذیصلاح برساند. این قانون که چند ماه بعد از تصویب قانون احترام به آزادیهای مشروع و حفظ حقوق شهروندی به تصویب رسید، بر خلاف اصل ۳۵ قانون اساسی و معیارهای دادرسی عادلانه و اصل برائت است؛ چراکه فلسفه اصل ۳۵ قانون اساسی تضمین حق دفاع طرفین دعوی است و تدافع در کلیه مراحل دادرسی وجود دارد و لذا مختص رسیدگی در دادگاه نیست. همان گونه که در مقدمه قانون اساسی و اصل چهارم تأکید شده است سیاست جنایی تقنینی ایران بر اساس ضوابط فقهی و اسلامی است و در نظام دادرسی اسلامی به دلیل فقدان نهاد دادرسی، مراجعه مستقیم به قاضی شرع و طرح دعوی در دادگاه مطرح است و رعایت اصل برائت از ویژگیهای اساسی آن محسوب می‌شود. تدوین کنندگان اصل ۳۵ قانون اساسی با این نگرش که تمام مراحل دادرسی کیفری از جمله تحقیقات مقدماتی در دادگاه انجام می‌شود، اصطلاح «در همه دادگاهها» را در اصل ۳۵ قانون اساسی مورد استفاده قرار داده‌اند. همچنین رعایت فرض بی‌گناهی در فرایند دادرسی مستلزم وجود شرایط و

۱. بند ۳ قانون احترام به آزادیهای مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳: محاکم و دادرسیها مکلفند حق دفاع متهمان و مشتکی عنهم را رعایت کرده و فرصت استفاده از وکیل و کارشناس را برای آنان فراهم آورند.

۲. اصل ۳۵ قانون اساسی ج.ا. ایران: در همه دادگاهها طرفین دعوی حق دارند برای خود وکیل انتخاب نمایند و اگر توانایی انتخاب وکیل را نداشته باشند باید برای آنها امکانات تعیین وکیل فراهم گردد.

امکاناتی است که متهم بتواند دلایل و مدارک بی‌گناهی خود را ارائه نماید. بر فرض اینکه سلب آزادی متهم در جرایم مهم به منظور تضمین دفاع اجتماعی قابل توجه باشد، سلب حقوق دفاعی متهم به هیچ وجه قابل توجه نیست. لذا باید اذعان نمود که امتیازات مترتب بر اصل ۳۵ قانون اساسی در کلیه مراحل دادرسی کیفری جاری و حاکم است و نباید این مقررات محدود به مرحله دادگاه شود. در خصوص آن دسته از جرایمی که طبق تبصره ۳ ماده ۳ قانون اصلاحی ۱۳۸۱ مستقیم در دادگاه مطرح می‌شوند، در مورد نحوه حضور وکیل مدافع متهم در تحقیقات مقدماتی این جرایم، اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه شماره ۷/۷ در سال ۱۳۸۰ صراحتاً تعیین تکلیف کرده است: «طبق مصوبه ۱۳۷۰/۷/۱۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام در خصوص انتخاب وکیل توسط اصحاب دعوی کلیه دادگاهها ملزم به پذیرش وکیل خواهند بود. النهایه در مرحله تحقیقات با توجه به ماده ۱۲۸ قانون آ.د.ک. ۱۳۷۸ وکیل حق مداخله در امر تحقیق را نداشته و فقط پس از خاتمه تحقیقات چنانچه مطلبی را برای کشف حقیقت و دفاع از متهم یا اجرای قوانین داشته باشد به قاضی اعلام تا در صورت جلسه قید شود». در خصوص تحقیقات مقدماتی جرایم اطفال که در دادگاه انجام می‌شود، دادگاه در صورت عدم حضور ولی یا سرپرست طفل و عدم تعیین وکیل، طبق ماده ۲۲۰ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸ مکلف است برای طفل وکیل تسخیری تعیین کند.

لایحه آیین دادرسی کیفری که در حال بررسی در مجلس است در زمینه لزوم اعلام حق داشتن وکیل به متهم از طرف پلیس و دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری و حضور و مداخله وکیل انتخابی در مرحله تحقیقات مقدماتی که در مواد ۵-۱۱۱؛ ۶-۱۱۱؛ ۲۱-۱۲۱؛ ۲۵-۱۲۱؛ تبصره ماده ۱۸-۱۲۵؛ ۲۳-۱۲۵ پیش‌بینی شده است از این حیث که مطابق معیارهای دادرسی عادلانه و منطبق با اصل ۳۵ قانون اساسی و اسناد حقوق بشری است قابل توجه بوده، ولی در خصوص انتخاب وکیل تسخیری برای متهمانی که توان انتخاب وکیل ندارند، فاقد حکم صریح است. همان‌گونه که اشاره شد، نحوه رفتار قانون با تمام افراد ملت اعم از غنی و فقیر باید یکسان باشد، پس ضروری است برای متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی حداقل در

جرایم مهم، امکان انتخاب وکیل تسخیری پیش‌بینی شود. طبق ماده ۳۶-۱۲۱ عدم اطلاع‌رسانی به متهم در خصوص حق داشتن وکیل در مرحله تحقیقات پلیسی، توسط پلیس و ضابطان مستلزم مجازات ۳ ماه تا یک سال انفصال از خدمات دولتی است. طبق تبصره ماده ۲۳-۱۲۵ سلب حق تعیین وکیل یا عدم تفهیم این حق به متهم موجب بطلان تحقیقات خواهد شد.

ماده ۲۴-۱۲۵ لایحه فوق در حقوق ایران نوعی نوآوری محسوب می‌شود، چراکه مقرر داشته: «چنانچه بازپرس، مطالعه یا دسترسی به تمام یا برخی از اوراق پرونده را با محرمانه بودن تحقیقات منافی بداند با ذکر دلیل، قرار عدم دسترسی به پرونده را صادر می‌کند. این قرار حضوری به متهم یا وکیل ابلاغ می‌شود و ظرف ۳ روز قابل اعتراض در دادگاه صالح است، دادگاه مکلف است در وقت فوق‌العاده به اعتراض رسیدگی و اتخاذ تصمیم کند». حق متهم یا وکیل وی به دسترسی بر پرونده جنایی از حقوق دفاعی متهم محسوب شده و از ارکان اصل تساوی سلاحها می‌باشد؛ زیرا لازمه دفاع، اطلاع از دلایل و مدارکی است که علیه متهم اقامه شده و اصل تساوی سلاحها ایجاب می‌کند. متهم نیز همانند مقام تعقیب دعوای عمومی باید بتواند به پرونده جنایی دسترسی داشته باشد. تضمین این حق سبب می‌شود که متهم یا وکیل وی با اطلاع از محتویات پرونده جنایی دلایل و مدارک متناسب جهت اثبات ادعاهای خود را جمع‌آوری و ارائه نماید.

نتیجه

اکثر موارد نقض حقوق دفاعی متهم را باید در رویکرد امنیت‌مدار نهادهای واکنش اجتماعی جستجو کرد. به طوری که نهادهای متصدی تصویب، اعمال و اجرای قانون به منظور مقابله با جرایم امنیتی، حقوق دفاعی متهم را در درجه دوم اهمیت قرار می‌دهند. اما باید تأکید کرد که متهم در فرایند رسیدگی از فرض بی‌گناهی سود می‌برد و هر لحظه امکان دارد بی‌گناه شناخته شود، از این رو باید سلاحهای لازم و کافی در اختیار وی قرار گیرد تا او بتواند در اسرع وقت دلایل بی‌گناهی خود را تدارک و ارائه نماید.

اصل ۳۵ قانون اساسی به منظور تضمین دادرسی عادلانه به خوبی حق متهم به همراه داشتن وکیل در کلیه مراحل دادرسی کیفری از جمله مرحله تحقیقات مقدماتی را به رسمیت شناخته است. ولی مقررات ماده ۱۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸ و تبصره آن، بر خلاف مقررات اصل ۳۵ قانون اساسی و معیارهای دادرسی عادلانه، این حق را نادیده گرفته است. با توجه به اینکه طبق اصل هفتاد و دوم قانون اساسی ایران مشروعیت قوانین عادی مشروط به مطابقت آنها با مقررات قانون اساسی است، ضروری است مقررات ماده ۱۲۸ و تبصره آن به ترتیب اصلاح و حذف شوند و در مواردی که متهم توان مالی انتخاب وکیل ندارد، حداقل در جرایم مهم از معاضدت وکیل تسخیری برخوردار شود.

با توجه به مباحث مطرح شده پیرامون ماده ۱۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸، علی‌رغم تردیدهای رویه قضایی باید تأکید کرد، اگر متهم پس از کسب موافقت مرجع تحقیق مبنی بر همراه داشتن وکیل، وکیل وی علاوه بر حق حضور، حق مداخله و اظهار نظر نیز دارد و محدودیت وکیل در مداخله، صرفاً محدود به زمان انجام «تحقیقات موردی» است. بدین ترتیب وکیل پس از انجام تحقیقات موردی اعم از بازجویی و... در طول «مرحله تحقیق» حق مداخله و اظهار نظر دارد.

در صورتی که متهم در مرحله تحقیقات پلیسی (قبل از مداخله مقام قضایی در جرایم مشهود) درخواست حضور و مشاوره با وکیل انتخابی خود را داشته باشد مأموران پلیس باید با استناد به ماده ۱۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸ و تبصره آن، مراتب درخواست متهم را به اطلاع مقام قضایی برسانند تا حسب صلاحدید وی اقدام شود. امید است تأکیدات این نوشتار در اصلاحات لایحه قانون آیین دادرسی مورد توجه قرار گیرد تا علاوه بر انطباق آن با اصل ۳۵ قانون اساسی موجبات رعایت حقوق دفاعی متهم را نیز فراهم آورد.

کتاب‌شناسی

۱. آخوندی، محمود، *آیین دادرسی کیفری، اندیشه‌ها*، ج ۴، چاپ دوم، قم، انتشارات اشراق دانشگاه قم، ۱۳۸۱ ش.
۲. همو، *آیین دادرسی کیفری، کاربردی*، ج ۵، تهران، میزان، ۱۳۸۲ ش.
۳. آشوری، محمد، *حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت*، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۳ ش.
۴. بشیریه، حسین، *حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت*، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۳ ش.
۵. پرادل، ژان، «به دنبال اصول راهبردی مشترک آیینهای دادرسی کیفری مختلف اروپایی»، ترجمه منوچهر خزانی، *مجله حقوقی دفتر خدمات بین‌المللی*، شماره ۲۱، ۱۳۷۶ ش.
۶. خالقی، علی، *آیین دادرسی کیفری*، شهر دانش، ۱۳۸۷ ش.
۷. خواجه‌نوری، یاسمن، *تحولات سیاست جنایی ایران پس از الحاق به کنوانسیون حقوق کودک*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۲ ش.
۸. رضوی، محمد، *تقریرات درس طرز تشکیل پرونده قضایی*، تهران، دانشگاه علوم انتظامی ناجا، ۱۳۸۵ ش.
۹. زراعت و دیگران، *قانون آیین دادرسی کیفری در نظم حقوق کنونی*، تهران، خط سوم، ۱۳۸۳ ش.
۱۰. قاضی، ابوالفضل، *بایسته‌های حقوق اساسی*، چاپ شانزدهم، تهران، میزان، ۱۳۸۳ ش.
۱۱. *قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب*، مصوب ۱۳۷۸/۶/۲۸ ش.
۱۲. *قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی*، مصوب ۱۳۸۳/۲/۱۳ ش.
۱۳. *قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران*، مصوب ۱۳۸۳/۶/۱۱ ش.
۱۴. *قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب*، مصوب ۱۳۷۳/۴/۱۵ و اصلاحی ۱۳۸۲/۷/۲۸ ش.
۱۵. *قانون نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران*، مصوب ۱۳۶۹ ش.
۱۶. قهرمانی، نصرالله و ابراهیم یوسفی محله، *مجموعه کامل مقررات وکالت*، چاپ دوم، تهران، مجد، ۱۳۸۷ ش.
۱۷. کوشکی، غلامحسین، *بررسی تحولات وظایف و اختیارات دادستان در آیین دادرسی کیفری ایران و فراتسه*، رساله دوره دکتری دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۷ ش.
۱۸. گلدوزیان، ایرج، *بایسته‌های حقوق جزای عمومی*، چاپ یازدهم، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش.
۱۹. گلدوست جویباری، رجب، *کلیات آیین دادرسی کیفری*، چاپ دوم، جنگل، ۱۳۸۷ ش.
۲۰. *لایحه قانون آیین دادرسی کیفری*.
۲۱. محمد نسل، غلامرضا، *مجموعه مقررات دیوان بین‌المللی کیفری*، تهران، دادگستری، ۱۳۸۵ ش.
۲۲. محمودی جانکی، فیروز، «حق دفاع متهم»، *علوم جنایی*، *گزیده مقالات آموزشی برای ارتقای دانش*، تهران، سلسبیل، ۱۳۸۴ ش.
۲۳. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، *تقریرات درس جامعه‌شناسی جنایی*، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۴ ش.
۲۴. همو، *تقریرات درس جرم‌شناسی*، تهران، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۷۰ ش.

۲۵. همو، *تقریرات درس دادرسی عادلانه*، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۴ ش.
۲۶. نیازپور، امیرحسین، «حق متهم مبنی بر داشتن وکیل در فرایند کیفری؛ جلوه‌ای از حقوق شهروندی»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۵۸، بهار ۱۳۸۶ ش.
۲۷. ولد، جرج، توماس برنارد و جفری اسنیس، *جرم‌شناسی نظری*، ترجمه علی شجاعی، تهران، سمت، ۱۳۸۰ ش.

28. Basic Principles on the Role of Lawyers, 1990, <<http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/h-comp44.htm>> .
29. Bron, W. J. (1999), GCSE LAW, Majd Publication.
30. European convention for the protection of Human Rights and fundamental freedoms, <<http://www.hri.org/docs/ECHR50.html>> .
31. International covenant civil and political rights (1966), <<http://www2.ohchr.org/English/law/ccpr.htm>> .
32. Martin, A. Elizabeth (2001), *A Dictionary of Law*, Didar Publication.
33. Statute of the international tribunal for Rwanda, Adopted by Security Council resolution 955 (1994) of 8 November 1994, <<http://www2.ohchr.org/English/law/itr.htm>> .
34. Statute of the international tribunal for the former Yugoslavia, ADOPTED 25 MAY 1993 by Resolution 827, <<http://asp.alhaq.org/zalhaq/site/eDocs/txtDocs/intl%20law/ICL/yugoslavia.htm>> .
35. *What is fair trial? A basic guide to legal standards and practice*, Lawyers Committee for human Rights, New York, 2000.

بررسی شرط عند الاستطاعه در مهریه*

- دکتر محمدعلی سعیدی^۱ (عضو هیئت علمی دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
- سیدعباسعلی وهاب‌زاده (کارشناس حقوق و پژوهشگر)

چکیده

شرط عند الاستطاعه از قیود متداولی است که ضمن قرارداد ازدواج و در خصوص مهریه درج می‌گردد. دستورالعمل مورخ ۱۳۸۵/۱۱/۷ سازمان ثبت اسناد و املاک نیز به این امر چهره‌ای رسمی بخشید. این در حالی است که به نظر می‌رسد؛ اولاً، انطباق این عنوان با عناوین تعلیقی و تقیدی روشن‌تر از تطبیق آن با عنوان شرط در معنای خاص کلمه است. ثانیاً درج این شرط، تعهد ناشی از توافق بر مهریه را نابود می‌کند، در حالی که بنای طرفین در توافق بر مهریه، ایجاد التزامی واقعی است. و از طرف دیگر، نامعلوم بودن محدوده زمانی برای حصول استطاعت نیز می‌تواند اسباب نزاع را از همان ابتدا فراهم نماید. چیزی که در ادبیات فقهی - حقوقی ما در ذیل عنوان غرر مورد نهی قرار گرفته است. بدین ترتیب درج قید «عند الاستطاعه» باعث بطلان مهر المسمی می‌شود.

* تاریخ دریافت: ۱۳۸۸/۶/۱۷ - تاریخ پذیرش: ۱۳۸۹/۲/۲۲.

از عمده مسائل مطرح شده در عقد نکاح دائم، مهریه و احکام مربوط به آن است. مهریه در واقع هدیه‌ای از جانب پروردگار برای زن است و باید توسط مرد به زن پرداخت شود (تستری، بی تا: ۵۳).

اما با پدیدار شدن بینش مادی افراطی به ازدواج، بر خلاف تعالیم اخلاقی شریعت و اهداف قانون، مهریه تا حد زیادی از رویکردهای اصیل خود خارج شده و به شکل عاملی جهت تفاخر و زیاده‌خواهی در آمده است. از طرف دیگر دیده می‌شود بسیاری نیز با ظلم و اجحاف آن را در حق زن تضییع می‌کنند. در حال حاضر تعیین مهریه‌های سنگین از مشکلات رایج حقوقی و اجتماعی محسوب می‌شود. به همین دلیل راهکارهایی در جهت کنترل مهریه‌های سنگین بررسی و طرح شده است. از جمله این تدابیر، تدبیری است که در تاریخ ۸۵/۱۱/۷ توسط سازمان ثبت اسناد و املاک اندیشیده شده و به دفاتر ازدواج و طلاق به صورت بخشنامه ابلاغ شده است.

در این بخشنامه تصریح شده است طرفین می‌توانند به صورت شرط ضمن عقد پرداخت مهریه را به صورت «عند الاستطاعه» یا توانایی زوج بر پرداخت شرط نمایند. ایجاد مانع بر اعمال ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب سال ۱۳۷۷ و پرهیز از بازداشت زوج می‌تواند از اهداف تدوین‌کنندگان این دستورالعمل باشد. چون زوجی را که توانایی پرداخت ندارد نمی‌توان ممتنع دانست.

مقاله حاضر به بررسی این نکته می‌پردازد که آیا عبارت «عند الاستطاعه» شرط ضمن عقد محسوب می‌شود یا تعبیر به شرط در این خصوص در مقایسه با شروط ضمن عقد از قبیل اشتراک لفظی است؟ در قدم بعدی به این نکته خواهیم پرداخت که آیا اساساً درج این عبارت می‌تواند خللی بر مهر المسمی وارد نماید یا اینکه توافق طرفین بر مهر المسمی با حفظ شرط نیز مصون از تعرض است.

بنابراین مقاله در دو گفتار ارائه می‌شود. در گفتار اول مفهوم کلمه «شرط» و احتمالات آن (شرط ضمن عقد بودن عند الاستطاعه یا شرط تعلیقی و یا شرط

تقیدی بودن) به اجمال در سه مبحث بررسی شده، سپس در گفتار دوم احتمالات مهم قابل تطبیق بر این عبارت در سه مبحث مطرح گردیده است.

هرچند موضوع مورد بحث در محافل حقوقی و اجتماعی به دفعات طرح و بیشتر طرد گردیده است؛ اما همان طور که می‌بینیم نقدهای ارائه شده بیشتر جنبه اجتماعی داشته و کمتر با مبانی تحلیلی حقوق ایران تطبیق یافته است. بدین منظور و بر این اساس خواهیم کوشید با استعانت از پروردگار و به اجمال و به روش تجزیه و تحلیل مطالب موضوع را با دقت بیشتری مرور نماییم. نتیجه حاصل می‌تواند در تفسیر تحلیلی روابط حقوقی و احیاناً اصلاح مقررات موجود نیز مفید باشد.

پیشاپیش و در جهت تحدید موضوع متذکر می‌گردیم قید «عند الاستطاعه» در مهریه‌های کلی فی الذمه محل بحث است؛ زیرا مالکیت ایجاد شده در این موارد منحصرأ در حد مالکیت ذمی است و افراغ ذمه از آن می‌تواند مقید به قید فوق گردد. والا در اعیان مشخص و یا کلی در معین به علت ایجاد مالکیت در اجزای خارجی قید مزبور علی القاعده محل بحث معتناهی قرار نمی‌گیرد. بنابراین هرچند مطالعه این قید در اعیان خارجی نیز قابل طرح است، اما موضوع بحث مطرح در این مقاله در خصوص مهر در ذمه است.

توصیف حقوقی شرط عند الاستطاعه

عبارت «عند الاستطاعه» از قدیم در قباله‌های نکاح به عنوان شرط درج گردیده است. در عرف شایع حقوقدانان نیز عبارت مزبور در قالب شرط ضمن نکاح یا شرط ضمن مهریه طرح می‌گردد (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۵۸/۱). سازمان ثبت اسناد و املاک نیز با عنایت به همین شهرت در بخشنامه صادره خود مقرر می‌دارد؛ در صورتی که زوجین در نحوه پرداخت مهریه بر عند الاستطاعت مالی زوج توافق نمایند به صورت شرط ضمن عقد درج و به امضای زوجین می‌رسد.

در مباحث این گفتار خواهیم دید، آیا توصیف مشهور و یا به عبارت بهتر اجماع رایج در این زمینه که عبارت «عند الاستطاعه» را یک شرط ضمن عقد معرفی می‌نماید تا چه حدی از استحکام برخوردار است؟ آیا توصیف دیگری که انطباق

دقیق بر قصد طرفین داشته باشد وجود دارد؟ بدین منظور لازم است ابتدا به اجمال شرط ضمن عقد با عناوین مشابهی همچون شروط تعلیقی و تقيیدی بررسی گردند، سپس با حفظ مطالب به دست آمده به قضاوت نشست که به واقع منظور طرفین از درج عبارت مزبور چیست؟ تعیین ماهیت مهریه نیز می‌تواند در توصیف دقیق‌تر عبارت «عند الاستطاعة» مؤثر باشد.

تفاوت شرط ضمن عقد با شرط تعلیقی و تقيیدی

هرچند در بعضی از کاربردها کلمه شرط بر مطلق تعهد نیز اطلاق شده است (بیهقی، بی‌تا: ۲۹۵/۱۰؛ منق‌ی هندی، ۱۴۰۹: ۳۲۲/۱۰؛ حر عاملی، ۱۴۰۳: ۶۴/۲۳) اما در اصطلاح تخصصی و شایع، ماهیتی است اعتباری و غیر مستقل که در ضمن قرارداد انشا می‌شود و بر خلاف عقد یا ایقاع به روش استقلالی انشا نمی‌گردد (شهیدی، ۱۳۸۶: ۲۱/۴). شرط، امری است فرعی که در ضمن عقد اصلی قرار داده می‌شود. همان‌طور که متعاقدین می‌توانند توافقات خود را به استقلال و به شکل عقدی مستقل تنظیم نمایند، می‌توانند مجموعه‌ای از همان توافقات را با ایجاد یک هسته مرکزی در قالب شرط قرار دهند. بدین ترتیب این مجموعه که هر یک می‌تواند در ذات خود تعهدی مستقل تلقی گردد در کالبد یک قرارداد، جنبه تبعی یافته و دنباله‌رو همان مرکز اصلی قرار می‌گیرد.

وابستگی و تبعیت یک شیء از شیء دیگر گاه به نحو تکوینی است، همان‌گونه که معلول به علت وابسته است. و گاه این وابستگی ریشه در جعل شارع دارد، مانند شرطیت طهارت در نماز و گاه نیز همچون شروط ضمن عقد، محض جعل است (توحیدی، ۱۴۱۷: ۲۶۸/۷-۲۶۹).

قانون مدنی ایران نیز فصل چهارم را در بیان شرایطی که در ضمن عقد می‌شود قرار می‌دهد و بدین ترتیب نشان می‌دهد جوهره اصلی شروط ضمن عقد، از طرفی وابستگی و فرعیت آن و از طرفی درج آن در ضمن عقد اصلی است. قانون مدنی در مواد ۲۳۲ تا ۲۴۶ که از شروط ضمن عقد سخن می‌گوید، از همین معنای تخصصی پیروی کرده است.

شرط در معنای مورد نظر جزء عقد یا جزء ماهیت اعتباری «مُشأ» نیست. در غیر این صورت و در صورت بطلان شرط، عقد نیز می‌بایست تجزیه می‌شد و جزء مربوط به شرط باطل و عوض راجع به این جزء باطل نیز قابل استرداد می‌بود. این در حالی است که با بطلان شرط، هیچ جزئی از عقد باطل نمی‌گردد و تنها تحت شرایطی برای مشروط له حق فسخ ایجاد می‌گردد. به همین ترتیب شرط، قید ماهیت اعتباری «مُشأ» نیز قرار نمی‌گیرد (شهیدی، ۱۳۸۶: ۲۵/۴). چون هیچ‌گاه متعاقدین در زمان جعل شرط در ضمن عقد به قیدیت شرط در ضمن عقد مشروط توجه نکرده‌اند. هرگاه ایشان قصد قیدیت بنمایند، از موضوع شروط ضمن عقد فاصله گرفته‌اند. به همین دلیل است که هیچ‌گاه با منتفی شدن شرط، ماهیت انشاشده منتفی نمی‌گردد.

اما در شروط تعلیقی وضعیت به گونه‌ای متفاوت است. در این وضعیت گاه انشای عقد و گاه منشأ عقد موکول به تحقق شرط می‌گردد. به عبارت دیگر در مباحث مربوط به شروط تعلیقی، هرگاه منظور تعلیق در انشا باشد، عمل ساختن عقد موکول به حصول معلق علیه می‌گردد و هرگاه منظور تعلیق در منشأ باشد، عقد در معنای محصولی یا همان ماهیت اعتباری در صورتی ایجاد می‌گردد که معلق علیه «شرط تعلیقی» تحقق یابد.

به نظر بعضی از اساتید حقوق، گونه دیگری از تعلیق نیز قابل تصور است. به نظر ایشان در وصیت تملیکی، انشا و منشأ منجز است. اما اثر آن که عبارت است از انتقال مالکیت موصی به موصی له معلق بر فوت موصی است (شهیدی، ۱۳۸۶: ۲۸/۴).

اطلاق کلمه شرط به شروط ضمن عقد و نیز استفاده از آن در اعمال حقوقی معلق از باب اشتراک لفظی است. اهمیت شرط تعلیقی به اندازه‌ای است که اساس قرارداد موکول به آن شده است، اما شروط ضمن عقد، اموری وابسته و تبعی محسوب می‌شوند که وجود عقد اصلی وابسته به آن نیست. به همین دلیل است که بطلان آن علی‌الاصول، باعث نابودی عقد اصلی نیست. بی‌دقتی در تفکیک این دو موضوع متفاوت می‌تواند باعث خلط بسیاری از احکام فقهی و حقوقی گردد. به عنوان مثال، هرگاه در یکی از طرفین عقد نکاح صفت خاصی شرط شود و بعد از عقد معلوم گردد که طرف مورد نظر فاقد وصف متصور بوده، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود (قانون مدنی ایران، ماده ۱۱۲۸). اما اگر وصف مورد نظر در نزد طرفین به

حدی از اهمیت باشد که ماهیت نکاح را معلق به آن نموده باشند و یا به گونه‌ای قید قصد طرفین قرار گیرد، سخن از شرط ضمن عقد صحیح نیست. در شکل اخیر با نوعی نکاح معلق مواجه هستیم که معلق علیه آن وجود صفت خاصی در یکی از طرفین یا هر دوی آنهاست. در این صورت به دلالت ماده ۱۰۶۸ قانون مدنی ایران باطل است و از این جهت تفاوتی میان آنکه صفت مورد نظر «معلق علیه» حاصل باشد و یا صفت متصور، مفقود باشد وجود ندارد. قابل ذکر است که اگر یکی از طرفین صفت مزبور را به صورت شرط ضمن عقد و دیگری به عنوان شرط تعلیقی اراده نماید، عقد به علت عدم توافق قصدها باطل خواهد بود (ر.ک: قانون مدنی ایران، ماده ۱۹۴).

مقصود طرفین با مطالعه قرارداد و اوضاع و احوال موجود و احیاناً استماع طرفین در جهت کشف اراده ایشان در زمان انعقاد عقد به دست می‌آید و نمی‌توان مقصود گوینده را به صورت قطعی از به کار بردن واژگانی همچون «اگر» و یا «به شرط اینکه» و امثال آن دریافت.

تفکیک میان شرط به معنای تعلیق شیء به شیء دیگر با شرط به معنای الزام و التزام در ضمن عقد به نحو ظرف و مظروف، در تحقیقات فقهی نیز حائز اهمیت است. به عنوان مثال اختلاف میان صاحب مکاسب که وفای به شرط فعل را شرعاً واجب تکلیفی می‌داند (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۶/۶۲) با صاحب لمعه که معتقد است وفای به شرط واجب تکلیفی نبوده و پس از تخلف از شرط، مشروط له حق فسخ عقد اصلی را خواهد داشت (شهید اول، ۱۴۱۰: ۱۳۱) قابل توجه است.^۱ به عقیده شهید، در فرض مزبور عقد به شرطی ممکن معلق گردیده است. پس به همین دلیل عقد نیز متزلزل می‌گردد؛ زیرا تعلیق چیزی بر یک امر ممکن، سبب ممکن شدن و در نتیجه تزلزل همان شیء خواهد شد. اما صاحب مکاسب تفکیک میان شروط تعلیقی و شروط ضمن عقد را اساس ایراد خود به نظریه شهید قرار می‌دهد. به عقیده ایشان در صورتی که شرط در ضمن عقد قرار داده می‌شود، عقد معلق بر شرط نیست بلکه تعهد و التزامی فرعی روی داده به گونه‌ای که تعدد مطلوب میان وفا به مدلول خود عقد از طرفی و

۱. جهت مطالعه تفصیلی در خصوص ضمانت اجرای تخلف از شرط ر.ک: محقق، *مجله تحقیقات حقوقی* (ویژه یادواره مرحوم دکتر شهیدی)، پاییز و زمستان ۱۳۸۴.

التزام به مدلول شرط از طرف دیگر تحقق یافته است. به عنوان مثال: اگر شخصی کالای خود را به این شرط که خریدار برای او لباس بدوزد به او بفروشد، در واقع دو مطلوب ایجاد شده، مطلوب اول که مطلوب اصلی است، فروش و معاوضه است و مطلوب دوم، دوزندگی است. در این مثال حقیقت معاوضه به دوزندگی معلق نگشته تا مطلوب واحدی خلق شده باشد. ایشان با عنایت به عقیده خویش و مشهور اضافه می‌کنند که: اگر عقد معلق باشد، به علت عدم جزم، آنچنان که در عقود معلق مقرر است، عقد باطل خواهد بود. نه اینکه به عقد جایز تبدیل گردد (انصاری، ۱۴۱۵: ۶/۶۳).

از آنچه گفته شد به دست می‌آید که درج امری به عنوان شرط ضمن عقد، به دو صورت تلقی می‌شود. در صورت اول، شرط مقدم موضوع و رکن مطلوب است، به گونه‌ای که بدون شرط، مطلوب نیز تحقق نمی‌یابد. شروط تعلیقی از این قبیل است. در صورت دوم، شرط مقدم موضوع و رکن مطلوب اصلی نیست. در این موارد دو مطلوب وجود دارد. از سویی مطلوب اصلی که اجرای مفاد عقد است و از سویی دیگر، تحقق و اجرای مطلوب دوم است که فرع مطلوب اول تلقی می‌گردد. شروط ضمن عقد از قبیل قسم دوم است.^۱

در کنار شروط ضمن عقد و شروط تعلیقی، نوع دیگری از شرط که می‌توان آن را شرط تقییدی نامید، قابل شناسایی است. در این قسم اثر و یا آثار عقد مقید می‌شود و اجرای آن به تأخیر می‌افتد. در شرط تقییدی نه سخن از ایجاد تعهدی فرعی در ضمن تعهد اصلی است «آنچنان که در شروط ضمن عقد مقرر است» و نه سخن از تعلیق در انشا و یا منشا به حصول شرط است، بلکه اثر عقد از جمله اجرای تمام یا بعضی از تعهدات عقد موکول به قید مشخصی می‌گردد. هر چند ممکن است این قسم تحت عنوان تعلیق در اثر معرفی گردد، اما به نظر می‌رسد، چون تحقق ماهیت اعتباری در آن مفروغ عنه است و از طرفی استعمال تعلیق در محض انشا یا منشا عقد شیوع یافته، مناسب است این قسم را شرط تقییدی بنامیم.

مسامحه در کاربرد واژگان در حقوق فرانسه نیز وجود دارد. به عنوان مثال در

۱. به نظر می‌رسد اساس اختلاف قدام و متأخرین در سرایت بطلان از شرط به عقد در خلط و یا تفکیک میان دو مفهوم شرط تعلیقی و شرط ضمن عقد متجلی است که بررسی دقیق آن مجال دیگری می‌طلبد.

ماده ۱۱۷۵ قانون مدنی فرانسه، واژه «Condition» در مفهوم توافقات ضمنی و یا شرط ضمن عقد به کار رفته است. در این ماده آمده: «هر شرط به همان روشی باید به انجام برسد که طرفین در ظاهر پذیرفته یا بر انجام آن توافق نموده‌اند».^۱ این در حالی است که در ماده بعدی از واژه «Condition» در مفهوم شرط تعلیقی استفاده شده است. در ماده ۱۱۷۶ قانون مدنی فرانسه آمده است: «هرگاه یک تعهد مشروط بر وابسته‌ای که در زمان مشخصی روی دهد، بسته شود، این تعهد با سپری شدن آن زمان و عدم تحقق آن واقعه زایل می‌گردد. اما اگر زمان مشخصی تعیین نشده باشد، تعهد هر زمان قابل اجراست و جز در صورتی که مسلم گردد آن واقعه روی نخواهد داد، آن تعهد زایل نمی‌شود».^۲ هرچند در ماده ۱۱۷۶ فقط از کلمه «شرط»^۳ استفاده شده، اما رویه قضایی فرانسه در تفسیر این ماده از ترکیب وصفی «شرط تعلیقی»^۴ استفاده نموده است (Civ.1er4 juin 1991). این کاربرد ترکیبی به خوبی نشان می‌دهد که به نظر رویه قضایی فرانسه نیز اکتفا به واژه شرط در شروط تعلیقی کافی نیست.

تعلیقی و یا تقيیدی بودن شرط عند الاستطاعة

تفاوت اساسی میان شرط ضمن عقد و شروط تعلیقی و نیز شروط تقيیدی در مبحث پیشین بررسی گردید. به اجمال آثار حقوقی متفاوت هر یک از این سه وضعیت نیز روشن گردید. اکنون مناسب است به اجمال تطبیق هر یک از این سه احتمال بر عبارت مورد نظر بررسی گردد. طرفین می‌توانند عبارت «عند الاستطاعة» را در معنای شرط تعلیقی به کار برند. در این صورت اگر منظور، تعلیق در توافق در معنای

1. Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût.
2. Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement arrivera dans un temps fixe, cette condition est censée défaillie lorsque le temps est expiré sans que l'événement soit arrivé. S'il n'y a point de temps fixe, la condition peut toujours être accomplie; et elle n'est censée défaillie que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas.
3. Condition.
4. Condition suspensive.

مصدری باشد، هیچ‌گونه توافقی حاصل نشده و در نتیجه مهر المسمی باطل خواهد بود. اما اگر منظور، تعلیق در حاصل توافق به صورت تعلیق در منشأ باشد، تا زمان حصول معلق علیه «قدرت در استطاعت»، ماهیت اعتباری مهر المسمی ایجاد نخواهد گردید و در نتیجه ذمه و یا عهده مرد اشتغال نخواهد یافت. بنابراین هرگاه مرد قبل از استطاعت فوت نماید، به علت عدم تحقق منشأ، حلول دین او مشکل به نظر می‌رسد. این توافق در صورتی صحیح است که اولاً طرفین هر دو با قصدی مشترک، بر آن توافق نمایند و ثانیاً برای زمان حصول معلق علیه سقفی تعیین نموده باشند. در غیر این صورت بنا به فرض اول، توافق ایشان به دلالت ماده ۱۹۴ قانون مدنی و بنا به فرض دوم توافقشان بنا به ملاک ماده ۴۰۱ باطل خواهد بود.

تصور عبارت «عند القدرة و الاستطاعة» به عنوان شرط ضمن عقد در مفهوم تخصصی آن، هرچند غیر ممکن نیست، اما تکلف‌بار و غیر قابل اتکا به نظر می‌رسد. در این فرض لازم است طرفین اصل اشتغال ذمه مرد به مهر المسمی را مفروغ عنه تلقی نمایند، اما به صورت فرعی نیز توافق کنند که زن تا زمان قدرت و توانایی مرد در پرداخت مطالبه نماید. به عبارت دیگر چون شروط صحیح ضمن عقد منحصر در شرط فعل، صفت و نتیجه است و انطباق مورد با شرط نتیجه و صفت موضوعاً منتفی است، چاره‌ای جز تطبیق مورد با شرط فعل نخواهیم داشت. در این صورت نیز چه به صورت شرط فعل مثبت و یا شرط فعل منفی تنها با تقدیر عباراتی که مجدداً ما را به نوعی شرط تعلیقی و یا تقيیدی در شرط ضمن عقد باز می‌گرداند، مواجه خواهیم شد. چراکه مطالبه نمودن در زمان قدرت و استطاعت و یا مطالبه نمودن تا زمان قدرت و استطاعت به واقع شرط در معنای تخصصی آن نیست و انجام کار و یا ترک کاری به صورت مستقیم و مستقل از قید استطاعت، مطلوب نظر طرفین نمی‌باشد.

در میان سه نوع شرطی که در گفتار پیشین بررسی گردید، انطباق عبارت «عند القدرة و الاستطاعة» به شروط تقيیدی هم به لحاظ مفهوم عرفی متبادر از آن و هم به لحاظ تحلیلی، روشن‌تر به نظر می‌رسد. در این فرض طرفین نه تعهدی فرعی در ضمن تعهدی اصلی بر عهده نهاده‌اند و نه ماهیت مهر المسمی را موکول به تحقق استطاعت کرده‌اند. بلکه مهر المسمی به صورت منجز ایجاد گردیده و ذمه مرد نیز

به تمام آن اشتغال یافته است. بنابراین اعتقاد به حلول دین او در صورت فوت مرد ولو پیش از استطاعت قوی به نظر می‌رسد. طبق این احتمال، اثر مهر المسمی یا اجرای آن مفید به قید استطاعت شده است. به همین دلیل است که در صورت صحت درج این شرط در مهریه، هرگاه پیش از حصول استطاعت، زن مطالبه مهریه کند، مرد با استناد به انتفای قید اجرای تعهد، مهریه را تحویل نمی‌دهد. آنچه انکارناپذیر است، تعهدآور بودن توافق بر مهر المسمی است. اما در این فرض اگر امکان مطالبه و به بیان دیگر تعهد قطعی مرد بر پرداخت مهریه تا زمان نامعلومی به تأخیر انداخته شود، تعهد جوهره خود را از دست خواهد داد. و برای بطلان توافقات تعهدآور خدشه به این عنصر اساسی کافی است. در مقابل تعیین سقف زمانی مشخص که در آن هرگاه استطاعت به دست آمد، مهریه قابل مطالبه باشد و پس از آن ولو بدون استطاعت، مهریه قابل مطالبه گردد، می‌تواند از این جهت باعث تصحیح مهر المسمی گردد.

ماهیت مهریه

توجه به ماهیت مهریه و توصیف دقیق حقوقی آن می‌تواند در خصوص ارزیابی اعتبار قید عند الاستطاعه در مهریه و آثار مترتب بر آن مفید باشد. به نظر بعضی مهریه مستقل از نکاح نیست و رکن آن محسوب می‌شود. ایشان مهریه را به عنوان عوض در نکاح به حساب می‌آورند. ظاهر کلام شیخ طوسی در نهاییه این است که: «عقد نکاح با مهریه‌هایی که قابل تملک نیستند مانند شراب و خوک جایز نیست و اگر با چنین اشیایی نکاح را واقع سازند، آن عقد باطل است» (طوسی، ۱۴۰۰: ۲۶۹). در مقابل برخی دیگر مهر را از توابع نکاح می‌دانند و با صراحت اعلام می‌کنند که مهر رکن عقد نکاح نیست (کرکی، ۱۴۱۴: ۳۳۳/۱۳). به نظر برخی از حقوقدانان مهر نوعی الزام قانونی است که بر مرد تحمیل می‌شود و زوجین تنها می‌توانند هنگام عقد و یا بعد از آن مقدار مهر را به تراضی تعیین کنند (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۱۳۸/۱). بر خلاف بعضی تصریحات که مهریه را عقد نمی‌دانند (نجفی، ۱۳۶۶: ۳۳/۳۱)، مطالعه مجموع ضوابط و مقررات حاکم بر مهریه نشان می‌دهد، علی‌رغم پیچیدگی ماهیت این تأسیس حقوقی، توافق بر مهریه یک عقد تبعی نسبت به عقد نکاح

به شمار می‌رود. مرحوم شیخ طوسی در کتاب خلاف به این موضوع تصریح کرده‌اند. به نظر ایشان «مهر و نکاح دو عقد مستقلی هستند که هر کدام از آنها به طور مستقل از دیگری صحیح است. اگر عقد نکاح بدون مهر منعقد شود، نکاح صحیح است و اگر بعد از آن مهر تعیین شود، آن هم صحیح می‌باشد» (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۶۴/۴).

مرحوم طبرسی نیز در موضوع مهر قرار دادن اشیایی که از نظر شرع غیر قابل تملک هستند، با صراحت نکاح و مهریه را دو عقد می‌داند (طبرسی، ۱۴۱۰: ۱۵۵/۲). امکان جعل خیار شرط برای مهریه به شرط تعیین مدت اعمال آن، برای مشروط له (ابن براج، ۱۴۱۱: ۱۷۴) که در ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی ایران نیز به آن تصریح شده، تعبیری ضمنی از عقد بودن مهریه است. چراکه با تتبع در قواعد به راحتی به دست می‌آید که خیار شرط منحصرأدر ماهیت اعتباری دوطرفه یا عقد، قرار داده می‌شوند. به همین ترتیب ضرورت معلوم و معین بودن مهریه و مالیت داشتن آن، اجرای قواعد عمومی قراردادها را در خصوص مهریه به خوبی نشان می‌دهد. منتها باید توجه داشت پیروی از نظریه انحصار عقود به عقود معین زمینه روانی مساعدی را فراهم می‌کند تا هیچ توافقی جز توافقات کاملاً محدود و شاخص و نامدار را یک عقد تمام‌عیار محسوب نماییم. با گذر از این تنگنا علاوه بر توسعه دید به عقود نامعین می‌توان بعضی از توافقات ضمنی را که از نوعی اصالت برخوردارند و از بعضی از قواعد ویژه عقود تبعیت می‌کنند، با سهولت یک عقد به شمار آوریم. این طرز تلقی همچنان که خواهیم دید کمک می‌نماید تا بتوانیم در محل تردید نیز سایر قواعد رایج در معاملات را اعمال کنیم.

احتمالات قابل بررسی در شرط عند الاستطاعه

در مباحث گفتار پیشین واژه شرط در عبارت «عند الاستطاعه» بررسی گردید. اما در این گفتار با حفظ و عنایت به آن مطلب به بررسی بیشتر موقعیت این شرط در توافق مربوط به مهریه می‌پردازیم. بدین ترتیب احتمالات قابل لحاظ که انتساب آن به عبارت «عند الاستطاعه» قوی‌تر به نظر می‌رسد مطالعه خواهد شد. هریک از احتمالات ذیل می‌تواند آثار متفاوت ایجاد نماید. تصمیم در خصوص مشروعیت حقوقی آن نیز حسب مورد متفاوت است.

به تأخیر انداختن زمان مطالبه به موجب شرط عند الاستطاعة

مطابق این احتمال، درج قید «عند الاستطاعة» باعث می‌شود مطالبه مهر توسط زن تا زمان توانایی مرد بر پرداخت آن به تأخیر افتد. بر این اساس زن حق ندارد پیش از تحقق توانایی مطالبه مهر نماید. همان طور که می‌بینیم مقصود شایع عرفی از درج عبارت «عند الاستطاعة» در ضمن مهریه، همین فرض است.^۱

با اینکه اصل تأجیل مهریه پذیرفته شده است (سیستانی، ۱۴۱۶: ۹۵/۳؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۲/۲۹۹) اما نسبت به شرط عند الاستطاعة که باعث به تأخیر انداختن و تعویق مهریه است، اشکالاتی به نظر می‌رسد که در ذیل به بررسی عمده‌ترین آنها می‌پردازیم.

غرری شدن توافق

یکی از اشکالات جدی بر درج این شرط، پیدایش غرر در عقد مهریه است. پیدایش غرر بدین شکل است که با قید شرط مزبور بدون تعیین زمانی برای استطاعت، امکان مطالبه زن تا زمان نامعلومی به تأخیر می‌افتد. این زمان ممکن است یک ماه، یک سال و یا دهها سال بعد از انعقاد قرارداد باشد. این ابهام به حدی است که ذوق سلیم آن را نمی‌پذیرد. به همین جهت است که در فقه، رفع جهالت از مهر و تعیین اجل را در صورتی که مهریه در آینده قابل پرداخت باشد، شرط ضروری دانسته‌اند (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۴۱۹/۷؛ سیستانی، ۱۴۱۶: ۹۵/۳).

در رابطه با جریان غرر در مورد مهریه ممکن است اشکال شود که مهر همچون عقود معوض نیست. به همین جهت غرر در آن تا اندازه زیادی عفو شده است. بر این اساس در کتاب النکاح مرحوم شیخ انصاری آمده است: «در صداق تعیین آن به آنچه که بخش عظیم جهالت با آن برداشته شود، شرط است. به گونه‌ای که اگر مهر به طور کلی مبهم باشد، باطل است» (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۶۰).

۱. بخشنامه سازمان ثبت اسناد نیز که مقرر می‌دارد، دفاتر رسمی ازدواج دو شرط عند الاستطاعة یا عند المطالبة را به زوجین تفهیم نمایند تا ایشان یکی از دو مورد را توافق نمایند، به صورت تلویحی و با عنایت به قرینه عند المطالبة نشان می‌دهد در وضعیت عند الاستطاعة ادای مهر به تأخیر می‌افتد. البته ناگفته نماند که این بخشنامه از این جهت نیز مشکل ساز است. زیرا بر خلاف ظاهر بخشنامه نمی‌توان پذیرفت مهریه عند المطالبة ولو در وضعیت ناتوانی نیز قابل مطالبه می‌باشد.

بعض دیگر در مقام مقایسه مهر با معاوضات فرموده‌اند: «تعیین مهر مانند تعیین لازم در بیع و سایر معاوضات لازم نیست» (اصفهانی، وسیلة النجاة (مع حواشی الامام): ۷۴۸).

در پاسخ باید گفت، بر فرض که مقداری از غرر در مهریه مجاز باشد، مهم تشخیص این مقدار است. به عبارت دیگر باید دانست تا چه حدی از غرر در مهریه اجازه داده شده و چه مقداری از آن مجاز نیست. این میزان با دقت در عبارات نویسندگان فقهی نیز به دست می‌آید. از جمله علامه می‌فرماید: «اگر مهریه مؤجل قرار داده شد واجب است که اجل به گونه‌ای تعیین شود که از کمی و زیادی آن محفوظ بماند و اگر شرط مجهولی قرار داده شد مهر المسمی باطل و مهر المثل به صورت حال با دخول ثابت می‌شود» (حلی، تحریر الاحکام الشرعية علی مذهب الامامیه: ۳۳/۲). در وسیلة النجاة نیز آمده است: «... در صورتی که مهر عین خارجی باشد، مشاهده آن کافی است هرچند که نسبت به وزن و تعداد و کیل آن جهل وجود دارد مثل مقداری طعام و...» (اصفهانی، وسیلة النجاة (مع حواشی الامام): ۷۴۸). همچنین فقها در بحث از اینکه مهریه زن می‌تواند تعلیم قرآن باشد می‌فرمایند: «و اگر مرد آموزش قسمتی از قرآن را صداق قرار دهد، لازم است که آن قسمت را معین کند بنابراین اگر مهر آموزش سوره‌ای است، لازم است آن سوره تعیین شود و همچنین اگر آموزش آیاتی از قرآن مهر قرار گرفته، ضروری است آن آیات را معین کند. چرا که این امور مورد اختلاف واقع می‌شوند. اما تعیین نوع قرائت و امثال آن لازم نیست» (ابن براج، ۱۴۰۶: ۱۹۹/۲؛ حلی، تحریر الاحکام الشرعية علی مذهب الامامیه: ۳۱/۲).

با دقت در این عبارات در می‌یابیم که غرر در مهریه در حد بسیار ناچیزی عفو شده است. ضرورت تعیین اجل در عبارت علامه و مشاهده مهریه معین که باعث رفع قسم اعظم غرر می‌شود و یا ضرورت تعیین سوره و آیات در آموزش قرآن همگی نشان می‌دهند، ضابطه در مقدار مجاز از غرر، آن میزانی است که به طور متعارف و معمول باعث اختلاف نشود. این ضابطه به روشنی در تعلیل پایانی عبارت مرحوم قاضی ابن براج -برای تعیین نوع سوره و مقدار آیات قرآن- تصریح شده است. بنابراین همچنان که عدم تعیین اجل در مهریه مؤجل به علت ضرورت پرهیز از غرر مجاز نیست، به تأخیر انداختن مطالبه تا زمان استطاعت که آن نیز در حکم مهریه

مؤجل و بدون تعیین اجل است، مجاز نمی‌باشد.

اشکال دیگر شباهت موضوع به موردی است که در آن خانه و یا خدمتکاری مهر قرار داده می‌شود و مشخصات آن خانه و یا خدمتکار معین نمی‌گردد. در این صورت زوج ملزم است فرد متوسط از خانه و یا خادم را تحویل دهد (حر عاملی، ۱۴۰۳: ۲۸۳/۲۱؛ فیض کاشانی، *مفاتیح الشرائع*: ۲/۲۷۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴: ۱۱۵). این فرض علی‌رغم تفاوت ارزش میان منزل مرغوب با خانه‌ای محقر و نیز خدمتکاری توانا با خدمتکاری ناتوان که مشتمل بر غرر زیادی است، مجاز اعلام شده است. بنابراین مسئله مورد بحث نیز می‌تواند مجاز باشد.

در پاسخ به این اشکال نیز می‌گوییم:

الف: همان طور که بعضی از محققین گفته‌اند، حکم مزبور مخالف قواعد است و آن را به علت نص خاص در خصوص مورد قابل اعمال می‌دانند. بنابراین نمی‌توان از این خبر به قاعده‌ای دست یافت تا با قاعده عام و اساسی «لزوم پرهیز از غرر» توان مقابله داشته باشد.

ب: مستند حکم روایاتی است که همگی از نظر سند دچار اشکال هستند. در سلسله سند بعضی از این اخبار شخصی به نام علی بن ابی حمزه بطائنی وجود دارد که واقفی مذهب است و در کتابهای رجالی مخدوش شده است (کشی، ۱۴۹۰: ۴۰۳-۴۰۴؛ طوسی، ۱۴۱۵: ۳۳۹؛ همو، ۱۴۰۷: ۲۴۹). به همین دلیل مرحوم شیخ، حکم خادم متوسط را به خاطر روایت ابی حمزه واقفی و منزل متوسط را به جهت مرسله ابن عمیر مخدوش می‌داند و معتقد است مهریه به علت جهالت زیاد باطل است و به مهر المثل رجوع می‌شود (انصاری، *کتاب النکاح*: ۲۶۰).

ج: در روایتی نقل شده؛ در جایی که مقداری از مهریه حال است و مقداری از آن مؤجل به زمان نامعلومی است، اجل نامعلوم با جدایی یا مرگ حلول می‌یابد (حر عاملی، ۱۴۰۳: ۲۶۴/۲۱). ممکن است در این باره گفته شود، تأجیل نامعین که با فوت و جدایی حلول می‌یابد کمتر از فرض تأخیر مهریه تا حالت توانایی نیست. بنابراین در فرضی که مطالبه و پرداخت موکول به استطاعت شده نیز می‌توان حکم مزبور را اجرا نمود.

این روایت که تنها در وسائل الشیعه نقل شده و در سایر کتابهای معتبر روایی

شیعه نقل نشده مورد التزام فقهای امامیه نیز قرار نگرفته است. ضمن آنکه در همین روایت نیز تمام مهریه به اجل نامعلومی واگذار شده است و خصوصاً به خاطر عمل به سایر ادله‌ای که حکم به رفع غرر می‌نمایند می‌توان یا مقدار نامعلوم را از باب تابع و ضمیمه به مهریه اصل تلقی نمود^۱ و یا به مورد روایت و قدر متیقن اکتفا کرد.

مسئله شرط عند الاستطاعه در فقه عامه نیز بررسی شده است. حنفیه آن را به خاطر جهالت در اجل باطل می‌دانند. به نظر ایشان: «و مؤجل کردن تمام و یا مقداری از صدق جایز است اما شرط است که اجل دارای جهالت فاحشی نباشد مثل اینکه بگویند به ازدواج در آوردم تو را به صد واحد مؤجل به زمان توانایی» (جزیری، ۱۴۱۹: ۲۱۵/۴). سمرقندی نیز در *تحفة الفقهاء* می‌گوید: «و اگر مؤجل به زمان غیر معلومی شد مثل تأجیل تا زمان توانایی، اجل باطل می‌شود و مهر حال می‌باشد» (سمرقندی، ۱۴۱۴: ۱۴۲/۲). محمد صالح عثیمین در این باره می‌گوید: «و اگر شرط شود که ثمن مؤجل به زمانی شود که خداوند او را توانا کند، مذهب این است که این شرط جایز نیست و اجل باطل است چون نمی‌توان دانست چه زمانی خداوند او را توانا می‌کند. شاید یک ساعت بعد یکی از اقربای ثروتمند او بمیرد و او ارث ببرد و شاید سالها او در عسر بماند. لذا چنین شرطی صحیح نیست و ثمن حال می‌شود و علت این حکم جهالت است». قانون احوال شخصیه اردن با صراحت چنین شرطی را جایز نمی‌داند (قانون احوال شخصیه سال ۱۹۷۶ اردن، ماده ۴۶).

برخی دیگر از فقهای عامه آن را جایز می‌دانند و برای توجیه غرر موجود در آن استدلال می‌کنند که غرر در شرط عند الاستطاعه به مراتب کمتر از زمان موت و جدایی است، بنابراین چنین شرطی صحیح است (ابن تیمیه، *الفتاوی الکبری*: ۲/۲). بعضی دیگر از علمای عامه در صورتی چنین شرطی را جایز می‌دانند که زوج در همان زمان عقد، توانایی مالی داشته باشد اما مانعی برای پرداخت او پدید آمده باشد. به عبارت دیگر در پرداخت مهریه استطاعت دارد، اما مانعی ایجاد شده و آن مانع خللی در پرداخت ایجاد کرده است. مثل آنکه جنسی را نسبه فروخته و هنوز ثمن را دریافت

۱. یغترف فی التابع ما لا یغترف فی غیره.

نکرده است. در این صورت عدم دریافت ثمن مانع پرداخت مهریه او نیز می‌شود. اما این طلب جزء دارایی شخص محسوب است. ولی اگر زوج در زمان عقد مالی نداشته باشد، شرط استطاعت در آن را سبب غرر و بطلان مهریه می‌دانند. به علاوه این شرط در نزد فقهای مالکی باعث بطلان نکاح نیز می‌شود (جزیری، ۱۴۱۹: ۲۱۶/۴).

هرچند نکاح بنا به ماهیت اصلی آن، یک عقد شخصیتی و غیر مالی محسوب می‌شود، اما آثار و توابع مالی پراهمیت آن بر کسی پوشیده نیست. توافق طرفین در خصوص تعیین مهر المسمی نیز از توابع مالی پراهمیت نکاح شمرده می‌شود. شایع است که در جلسات مقدماتی عقد و یا حتی در خواستگاری طرفین با توجه ویژه‌ای در خصوص کم و کیف مهریه توافق می‌نمایند. بارها و بارها دیده شده که به علت اختلاف در مهریه، از اصل عقد نکاح نیز صرف نظر شده است.

بنابراین هرگز نمی‌توان پذیرفت که طرفین از توافق بر مهریه، ایجاد یک تعهدی تمام‌عیار و بی‌چون و چرا را در سر نمی‌پرورانند. قصد ایشان تعهدی لازم و غیر قابل استنکاف است. حق مطالبه و امکان مراجعه طلبکار به بدهکار جهت مطالبه، از عناصر مهم تعهد محسوب می‌شوند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۸/۱). از این‌رو حتی در تعهدات جایز نیز، تا زمانی که اصل ماهیت اعتباری جایز وجود دارد، می‌توان مطالبه نمود. اطلاق عنوان تعهد در ماده ۲۶۶ قانون مدنی ایران بر مواردی است که برای متعهد له قانوناً حق مطالبه نیست، همان‌طور که بعضی از محققان گفته‌اند مجازی است به اعتبار ما کان (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۸/۱)، والا تعهد واقعی در کار نیست.

به هر ترتیب درج قید عند الاستطاعة، اجرای تعهد را به کیفیت و وصفی موکول نموده که محدوده زمانی مشخصی برای آن قابل تخمین نیست. به موجب این قید، معلوم نیست متعهد «زوج» در تمام مدت زندگی خود، توانایی پرداخت بیابد. این وضعیت نابسامان به گونه‌ای مفهوم التزام و جوهره آن را تباه می‌کند که به دید تحقیق، جایگاهی برای آن نمی‌ماند و دیگر سخن گفتن از تعهد گزارف است. این در حالی است که با قید عند الاستطاعة یکی از آثار اصلی توافق بر مهریه «قرارداد مهریه» منتفی می‌گردد و نفی آن نیز عرفاً ملازمه با نفی مضمون توافق خواهد داشت. بنابراین همان‌طور که درج شرطی در ضمن عقد که مخالف با اثر اصلی

عقد داشته باشد در حکم شرط خلاف مقتضای ذات محسوب است (بجنوردی، القواعد الفقهیه: ۲۶۸/۳) بنا به اعمال قاعده وحدت ملاک در صورتی که اجرای قرارداد مهریه نیز معلق به حصول توانایی گردد، اثر اصلی مهر المسمی یا حق مطالبه به صورت نامحدود نابود می‌گردد و این نیز موجب بطلان اصل مهریه خواهد شد.

قابل ذکر است که این اشکال بر صحت مهر المسمایی که در آن قید «عند الاستطاعة» درج شده، مانع جدی ایجاد می‌کند. مانعیت این اشکال بر صحت مهریه حتی مقدم بر اشکال بر آن به جهت غرری بودن است. چراکه بر این اساس و با حذف جوهره تعهد از مهریه، دیگر توافقی در کار نیست تا از غرری بودن و یا نبودن آن سخنی به میان آورده شود.

گذر از این اشکال بزرگ، در میانه راه نیز خصوصاً در مقام تطبیق سایر قواعد حقوقی ما را با مشکلات اساسی مواجه می‌کند. از جمله این سؤال ایجاد می‌شود که با وجود چنین شرطی، تکلیف مهریه در صورت طلاق چیست؟

روشن است با طلاق قبل از نزدیکی نیمی از مهریه به مرد مسترد می‌گردد. اما اگر شوهر در زمان طلاق استطاعت در پرداخت نداشت، تکلیف زن چیست؟

تأکیدی بودن شرط عند الاستطاعة

همان‌طور که می‌دانیم در هنگام مطالبه دین توسط طلبکار، لازم است مدیون قدرت بر ادای دین داشته باشد. در غیر این صورت طلبکار طبق ضوابط فقهی مجاز در مطالبه نیست (موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۶۵۱/۱). در مورد مهریه نیز حق مطالبه زمانی است که زوج توانایی پرداخت داشته باشد (فاضل لنکرانی، نکاح: ۴۳). این احتمال نیز قابل تصور است که مراد از شرط عند الاستطاعة تأکید طرفین بر همین شرط عام باشد. منتها بر این اساس تصریح به شرط مزبور در متن عقد بیهوده تلقی خواهد شد و فایده خاصی نخواهد داشت.^۱

با این حال به عقیده برخی، درج این شرط باعث سقوط حق حبس زن است.

۱. مفهوم استطاعت در ادای مهریه با استطاعت در مواردی همچون تکلیف انفاق به اقارب در خط مستقیم، متفاوت است. در نوع اخیر اصل تکلیف معلق به استطاعت است. در حالی که استطاعت محل بحث در معنای فوق‌الذکر موجب امکان مطالبه است.

مرحوم آیه‌الله فاضل در مورد شرط عند الاستطاعة در مهریه می‌نویسند: «این قید جایز و صحیح است و باید بر طبق آن عمل شود اما توجه داشته باشید که هر دینی که قهراً یا اختیاریاً برای انسان به وجود می‌آید شرعاً عند الاستطاعة است یعنی وقتی مدیون استطاعت و توان پرداخت دین خود را ندارد بر طلبکار حرام است که او را تحت فشار قرار دهد. بلکه باید به او مهلت دهد تا بتواند بدهی خود را بپردازد. بلی قید عند الاستطاعة مهریه فقط یک فایده دارد و آن اینکه زن نمی‌تواند از حق حبس استفاده کند و قید عند الاستطاعة تنها به معنای اسقاط حق حبس زن که مانع شرعی ندارد، صحیح است و اصولاً هر کس می‌تواند از حق خود صرف نظر کند» (بخش پاسخ به سؤالات دفتر آیه‌الله فاضل: پاسخ ۵۱۷۰۱).

در اینکه حق حبس زن مشروط به حال بودن مهریه است، تردیدی وجود ندارد (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۷۵/۲؛ راشد صیمری، ۱۴۲۰: ۱۴۰/۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲۷۳/۸؛ فاضل لنکرانی، *الاحکام الواضحه*: ۳۹۱). ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی ایران نیز به تبع فقه به این موضوع تصریح کرده است. قید عند الاستطاعة در مهریه نیز بر فرض اعتبار همان ملاک را ایجاد می‌نماید و همان طور که اساتید فوق‌الذکر اشاره نموده‌اند، باعث سقوط حق حبس می‌شود. منتها به نظر می‌رسد، اجل در مهر مقتضی حق حبس را از میان می‌برد و فرصتی برای ایجاد آن باقی نمی‌ماند تا پس از ایجاد اسقاط شود. بنابراین تطبیق تأجیل در مهر با مقوله دفع حق حبس، قوی‌تر از تطبیق آن با رفع حق حبس پس از ایجاد است. به همین دلیل است که قانون مدنی ایران در ماده ۱۰۸۵ حال بودن را شرط ایجاد حق حبس تلقی کرده است.

ما نیز بر این عقیده‌ایم که درج قید «عند الاستطاعة» باعث می‌شود از اساس حق حبس برای زن ایجاد نشود. اما به این دلیل که درج این قید، باعث بطلان مهر المسمی است. بنابراین موضوع از قبیل مواردی است که اساساً مهر المسمایی در نکاح تعیین نشده است. روشن است در این صورت، مسمایی وجود ندارد تا زن اقدام به تمکین را متوقف بر آن نماید. از طرفی حق زن بر مهر المثل نیز معلق بر وقوع نزدیکی است و نمی‌توان پذیرفت که الزام به تمکین زن، منوط به ایفای حقی است که به نوبه خود منوط به وقوع تمکین شده است.

اسقاط حق مطالبه به موجب شرط عند الاستطاعة

ممکن است گفته شود، منظور از شرط عند الاستطاعة، اسقاط حق مطالبه است و با قید مزبور زن که با توافق بر مهریه مستحق آن گردیده، حق مطالبه خود را ساقط می‌نماید.

این احتمال نیز به جهاتی قابل پذیرش نیست. چون اگر مراد از اسقاط، چشم‌پوشی دائمی از حق مطالبه است، باید گفت در این صورت حتی پس از استطاعت و توانایی مرد در پرداخت نیز، زن حق مطالبه نخواهد داشت و اگر منظور از اسقاط، چشم‌پوشی موقت از حق مطالبه است، لازم است برای آن تعیین وقت شود و در صورت تعیین نکردن مدت همان معنای به تأخیر انداختن مطالبه مهریه تا زمان نامشخص حاصل می‌شود که در مبحث اول به آن پرداختیم و اعتقاد به بطلان مهر المسمی بنا به مبانی اختیارشده ترجیح داده شد. احتمال اسقاط دائم مهریه با تعلیق انفساخ آن در صورت حصول توانایی و استطاعت «معلق علیه» نیز به اندازه‌ای تکلف‌آمیز است که انتساب آن به اراده زن را غیر قابل پذیرش می‌نماید.

در خصوص اسقاط حق مطالبه ثمن چنین استفتا شده که: «آیا اسقاط حق مطالبه ثمن در حین عقد در عقود مثل بیع جایز است. مثلاً بدین شکل بگویند که این جنس را به تو می‌فروشم به شرط آنکه پول آن را هر وقت توانستی بدهی؟» در جواب فرموده‌اند: «اگر ثمن مؤجل باشد باید اجل آن دقیقاً معین باشد» (<http://www.sistani.org>).

از طرف دیگر، معمول این است که طرفین با توافق، قید عند الاستطاعة را در ضمن عقد درج می‌نمایند. به گونه‌ای که اراده هیچ یک بر این توافق برتر از اراده دیگری نیست. اما همان طور که می‌دانیم، اسقاط حق بنا به عقیده مشهور (حلی، ۱۴۰۸: ۲۷۵/۲) و نیز بنا به مقررات موضوعه ایران از جمله فحوای ماده ۲۹۱ قانون مدنی ایران و نیز ماده ۲۸۹ این قانون، عمل حقوقی یک‌طرفه «ایقاع» محسوب است. به همین دلیل جای دادن یک توافق ارادی دوطرفه در ضمن یک قالب ارادی ایقاعی از لحاظ تحلیلی نیز ممکن نمی‌باشد.

اشکال عمده دیگر که سابقاً به آن اشاره شد زوال عنوان تعهد از چنین مهریه‌ای است. به عبارت دیگر حذف حق مطالبه و یا اسقاط آن به صورت دائم و بدون حد

و مرز یکی از عناصر مهم تعهد را سلب می‌نماید و به تبع آن امکان الزام به انجام تعهد یا ضمانت اجرای تعهد نیز از آن گرفته می‌شود. حذف این اثر عمده نیز به نوبه خود توافق بر مهریه را عقیم و بی‌اعتبار می‌نماید.

نتیجه

درج قید «عند الاستطاعة» در ضمن توافق بر مهریه باعث جهالت و یا غرر نسبت به مهر و در نتیجه بطلان آن می‌گردد. پس لازم است مقررات مربوط به بطلان مهر المسمی در خصوص مورد اعمال گردد.

مطالعه عقاید فقها و نیز تحلیل دقیق موضوع نشان می‌دهد، غرر در مهریه در حد جزئی عفو شده و در خصوص موضوعاتی از قبیل تعیین اجل در مهر مؤجل که موضوع مورد بحث ما نیز از همان ملاک برخوردار است، قابل چشم‌پوشی نمی‌باشد. همان طور که اگر مهریه، تعلیم قرآن قرار داده شود، مقدار آیات و نام سوره باید تعیین گردد. بنابراین ضابطه در مقدار معفو از غرر در مهریه، همان طور که از روایات وارد و نیز تحلیل منطقی موضوع به دست می‌آید، آن مقداری است که به طور معمول سبب اختلاف میان طرفین نگردد.

تفسیر این قید به «اسقاط حق مطالبه» با اندک تأملی بی‌اساس می‌نماید. چراکه اگر منظور از اسقاط حق مطالبه، اسقاط دائمی باشد، همان طور که از ظاهر آن برمی‌آید، حتی پس از استطاعت نیز امر زائل اعاده نمی‌گردد و اگر منظور اسقاط غیر دائمی باشد معنایی جز اناطهٔ پرداخت به طور معلق به امری محتمل الحصول در آینده، آن هم تا زمانی نامعین نخواهد بود که عین مختار ماست.

بی‌فایده تلقی کردن شرط مزبور نیز به علت بداهت پرهیز طرفین از لغویت، احتمال قابل اعتنایی نیست. انتساب آثاری همچون سقوط حق حبس در وضعیت درج این قید در مهریه نیز فرع بر صحت و اعتبار آن است. با اثبات بطلان مهریه به موجب این قید، مجالی برای سخن گفتن از تأثیر آن باقی نمی‌ماند. بنا به جهات فوق لغو دستورالعمل مورخ ۱۳۸۵/۱۱/۷ سازمان ثبت اسناد و املاک هم به جهات اجتماعی و هم تحلیلی مطلوب است.

کتاب‌شناسی

۱. ابن براج، قاضی عبدالعزیز، *الجواهر فی الفقه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیه، ۱۴۱۱ ق.
۲. همو، *المهذب*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیه، ۱۴۰۶ ق.
۳. ابن تیمیه، تقی‌الدین احمد بن عبدالحلیم، *الفتاوی الکبری*، کتاب النکاح، بیروت، دار المعرفه.
۴. اصفهانی، سیدابوالحسن، *وسيلة النجاة (مع حواشی الامام)*.
۵. انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب*، قم، کنگرهٔ جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۶. همو، *کتاب النکاح*، قم، کنگرهٔ جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۷. بجنوردی، حسن بن آقابرگ موسوی، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی.
۸. بیهقی، *السنن الکبری*، دار الفکر، بی‌تا.
۹. تستری، ابو محمد، *تفسیر التستری*، بیروت، دار الکتب العلمیه، بی‌تا.
۱۰. توحیدی، محمدعلی، *مصباح الفقاهه*، قم، انصاریان، ۱۴۱۷ ق.
۱۱. جزیری، عبدالرحمن، سید محمد غروی و یاسر مازح، *الفقه علی المذاهب الاربعه و مذهب اهل البیت*، بیروت، دار الثقلین، ۱۴۱۹ ق.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *حقوق تعهدات*، چاپ سوم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۲ ش.
۱۳. حرّ عاملی، محمد بن حسن بن علی، *وسائل الشیعه*، قم، آل البیت، ۱۴۰۳ ق.
۱۴. حلّی، علامه حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه*.
۱۵. حلّی، محقق نجم‌الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۱۶. راشد صیمری، مفلح بن حسن (حسین)، *غایة المرام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، الهادی، ۱۴۲۰ ق.
۱۷. سمرقندی، علاء‌الدین، *تحفة الفقهاء*، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۴ ق.
۱۸. سیستانی، سیدعلی، *منهاج الصالحین*، قم، مکتب آیه‌الله العظمی سیستانی، ۱۴۱۶ ق.
۱۹. شهید اول، محمد بن مکی، *اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه*، بیروت، دار التراث، ۱۴۱۰ ق.
۲۰. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی بن احمد، *حاشیة الارشاد*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزهٔ علمیهٔ قم، ۱۴۱۴ ق.
۲۱. همو، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۲۲. شهیدی، مهدی، *شروط ضمن عقد*، تهران، مجمع علمی فرهنگی مجد، ۱۳۸۶ ش.
۲۳. طبرسی، امین‌الاسلام فضل بن حسن، *المؤتلف من المختلف بین الائمة السلف*، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۲۴. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الخلافة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۲۵. همو، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی*، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۲۶. همو، *رجال الشیخ - الابواب*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم، ۱۴۱۵ ق.
۲۷. فاضل لنکرانی، محمد، *الاحکام الواضحه*.

۲۹. فاضل هندی، محمد بن حسن بن محمد، كشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ ق.

۳۰. فیض کاشانی، ملامحسن ابن شاه مرتضی ابن شاه محمود، مفاتیح الشرائع.

۳۱. قانون احوال شخصیه سال ۱۹۷۶ اردن.

۳۲. قانون مدنی ایران.

۳۳. قانون مدنی فرانسه.

۳۴. قانون نحوه اجرای محکومینهای مالی مصوب سال ۱۳۷۷.

۳۵. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی «خانواده»، چاپ سوم، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۱ ش.

۳۶. کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی)، جامع المقاصد فی شرح التواعد، چاپ دوم، قم، آل البيت، ۱۴۱۴ ق.

۳۷. کشی، ابو عمرو محمد بن عمر بن عبدالعزیز، رجال الکشی، مشهد، مؤسسه نشر در دانشگاه مشهد، ۱۴۹۰ ق.

۳۸. متقی هندی، کنز العمال، بیروت، الرساله، ۱۴۰۹ ق.

۳۹. مجله تحقیقات حقوقی (ویژه یادواره مرحوم دکتر شهیدی)، دانشگاه شهید بهشتی، پاییز و زمستان ۱۳۸۴ ش.

۴۰. موسوی خمینی، سیدروح الله، تحریر الوسیله، قم، اسماعیلیان، ۱۳۹۰ ق.

۴۱. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۶ ش.

42. Civ.1er4 juin1991.

43. <http://www.sistani.org >.

ارزش مرزبانی:

جغرافیا و امنیت در اسلام و جمهوری اسلامی ایران*

- دکتر حسین آقابابایی^۱
- استادیار دانشگاه گیلان

چکیده

با وجود بحثهای مربوط به جهانی شدن، که به طور طبیعی باید از اهمیت سرزمین و مرزهای جغرافیایی در مناسبات دهکده جهانی می کاست، جهانی شدن برخی مسایل از جمله تروریسم، قاچاق مواد مخدر، قاچاق انسان و سایر جرایم سازمان یافته، توجه به سرزمین و قلمرو سرزمینی را بر خلاف انتظار افزایش داده است. در دیدگاههای اسلامی با وجود نگاه ایدئولوژیک به مرز و سرزمین، مرزبانی دارای اهمیت و ارزش زیادی است. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصول متعدد خود به تمامیت ارضی و قلمرو سرزمینی اشاره نموده و ضمن احترام به حق حاکمیت کشورهای دیگر، حفاظت از تمامیت سرزمینی را در ردیف وظایف مهم رئیس جمهور و تغییر خطوط مرزی را ممنوع و در شرایط ضروری تابع تشریفات خاصی می داند. گفتمان امنیت ملی

* تاریخ دریافت: ۱۳۸۸/۱۲/۱۶ - تاریخ پذیرش: ۱۳۸۹/۲/۲۲.

در دوران تثبیت جمهوری اسلامی، بر توجه به سرزمین و قلمرو و انجام اقدامات قانونی و اجرایی گسترده در مراقبت از مرزها بوده است. با وجود این که مراقبت فیزیکی از مرز و عدم ریشه‌یابی ناامنیهای جهانی و منطقه‌ای امنیت‌ساز نیست، مراقبتهای مرزی، همزمان با بررسی مشکلات مرزنشینان و تعامل سیاسی، اقتصادی و فرهنگی با همسایگان و سایر عوامل تأثیر گذار، راهکار پیش روست.

واژگان کلیدی: مرزبان‌ی، مرز، سرزمین، امنیت، جهانی شدن، امنیت ملی، ایران.

مقدمه

گسترش ارتباطات بین دولت - ملتها و دست‌یابی بشر به امکاناتی که با درنوردیدن مرزهای سرزمینی در اقصی نقاط عالم به ترویج و تبلیغ ایده‌های مورد نظر خویش می‌پردازد و به ویژه پس از مطرح شدن ایده‌هایی مانند دهکده جهانی، جهانی شدن، پایان تاریخ و... نظریات مربوط به سرزمین و قلمرو سرزمینی را به نحو بارزی تحت الشعاع خود قرار داده است (میرحیدر، ۱۳۷۷: ۱۸-۲۱).

روند سریع این تحولات، به ویژه تسهیلات و امکاناتی که «توافق‌نامه شینگن»^۱ در اختیار کشورهای عضو اتحادیه اروپا قرار داد^۲ تا به آسانی و بدون هیچ‌گونه محدودیتی و صرفاً با ارائه کارت شناسایی در سرتاسر کشورهای عضو این اتحادیه مسافرت کنند، شیرینی کم‌رنگ شدن محدودیتها برای گذر از قلمرو سرزمینی را نه تنها در ذائقه شهروندان اروپایی نشان داد، بلکه برای جهانگردان و مسافران غیر اروپایی هم که می‌توانند با ویزای شینگن به اکثر کشورهای عضو این اتحادیه سفر کنند موضوع خوشایندی بود. بر این اساس می‌توان گفت روند جهانی شدن و گسترش ارتباط و تعامل بین دولت - ملتها در سالهای پایانی قرن بیستم این بشارت را

1. Schengen Agreement.

۲. اولین توافق در ۱۹۸۵ و بین ۵ کشور فرانسه، بلژیک، هلند، لوگزامبورک و هلند انجام شد، ایتالیا در ۱۹۹۰، پرتغال و اسپانیا در ۱۹۹۱، یونان در ۱۹۹۲ و اتریش در ۱۹۹۷ به آن ملحق شدند. توافق‌نامه اولیه یک توافق‌نامه اروپایی به حساب نمی‌آمد، اما این اتفاق در ۱۹۹۷ و در نشست اتحادیه اروپا در آمستردام هلند افتاد و توافق‌نامه شینگن از این پس یک توافق‌نامه اروپایی محسوب شد (Winterdyk, 2009: xvii).

می‌داد که در قرن بیست و یکم نیز روند جهانی شدن و به ویژه رفع محدودیت‌های مرزی و سرزمینی با شتاب بیشتری ادامه یابد. اما جهانی شدن برخی مسائلی که خوشایند بشریت نبود، مانند جهانی شدن خشونت و تروریسم، قاچاق مواد مخدر و سلاح و یا قاچاق انسان و به ویژه زنان و کودکان که برده‌داری نوین نام گرفته است (نوبهار، ۱۳۸۵: ۱)، تا حد زیادی این رؤیا را با پریشانی مواجه کرد. شاید بتوان اوج این پریشانی را حادثه هولناک ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ در آمریکا دانست. این حادثه بر خلاف چند عملیات تروریستی قبلی در کنیا و عربستان که اتباع یا منافع آمریکا در خارج از ایالات متحده مورد حمله قرار می‌گرفت در سرزمین ایالات متحده و با استفاده از امکانات موجود در آن کشور انجام گرفت. شاید گزاف نباشد اگر ادعا کنیم حادثه ۱۱ سپتامبر نقطه عطفی در تحول گفتمان امنیت ملی و توجه به سرزمین و مرزهای سرزمینی نه تنها در ایالات متحده، بلکه در کلیه کشورهای جهان شد. بهترین دلیل بر اثبات این ادعا این است که به فاصله اندکی پس از وقوع این حادثه، شورای امنیت سازمان ملل متحد در قطع‌نامه شماره ۱۳۷۳^۱ خود اقدامات متنوعی را برای مقابله با تروریسم بین‌المللی مقرر نمود که از جمله آنها ترغیب دولتها به انجام اقدامات گسترده برای حفاظت از قلمرو سرزمینی و مرزها بود.^۲ در همین زمان در آمریکا اقدامات قانونی و اجرایی گسترده‌ای برای حراست از امنیت داخلی ایالات متحده انجام شد؛^۳ مرز کانادا و آمریکا که در صد سال گذشته رفت و آمدهای مرزی صرفاً با ارائه کارت شناسایی صادره از سوی دولت انجام می‌شد و مرز

1. Security Council Resolution, 1373.
2. Prevent the movement of terrorists or terrorist groups by effective border controls and controls on issuance of identity papers and travel documents, and through measures for preventing counterfeiting, forgery or fraudulent use of identity papers and travel documents (S/RES/1373 (2001)).
۳. از جمله این اقدامات می‌توان به تصویب قانون موسوم به قانون میهن‌پرستی آمریکا (USA Patriot act) و ایجاد ساختار اداری جدیدی با عنوان وزارت امنیت میهن (Department of Homeland Security) اشاره کرد. این وزارتخانه جدید با ادغام ۲۲ سازمان مستقل فدرال با حدود ۱۸۰۰۰۰ کارمند به هدف مبارزه با تروریسم و برای اینکه هماهنگی اطلاعاتی برای حفاظت از مرزها داشته باشند ایجاد شدند. (Heyman & Ackleson, 2009: 52).

مشترک دو کشور به عنوان بزرگترین مرز بی دفاع مشهور بود^۱ با صرف ۹ میلیارد دلار هزینه، سازمان و تشکیلات جدیدی با نام اختصاری CBSA^۲ برای حفاظت از مرزها ایجاد شد و مردم کانادا ناباورانه شاهد هستند که از این پس (از ابتدای ژانویه ۲۰۰۸) باید برای ورود به آمریکا ویزا تهیه کنند (Winterdyk: 2009: xxii). این اتفاق در منطقه اروپا نیز آثار خود را به جای گذاشت و کشورهای عضو این اتحادیه با حفظ منطقه گرایی در ترتیبات امنیت ملی خود، اقدامات متنوعی را در سطح اتحادیه و یا به صورت موردی برای حفظ امنیت مرزها و قلمرو سرزمینی کشورهای خود به کار بردند. به عنوان نمونه، در کشور آلمان، پلیس فدرال با اختیارات و وظایف گسترده‌ای بازسازی شد و امنیت کلیه مرزهای زمینی، دریایی، فرودگاههای داخل آلمان و کلیه نمایندگیهای هواپیمایی لوفتانزا^۳ در تمام دنیا را بر عهده گرفت (Kilchling & Maguer, 2009: 181).

کشور ایران در خاورمیانه و در منطقه بسیار حساسی واقع شده است؛ پس از حادثه ۱۱ سپتامبر آمریکا و متحدانش ادعا داشتند که تروریستها از این منطقه برخاسته‌اند و از سوی برخی کشورهای این منطقه حمایت مالی می‌شوند و امکان تکرار حوادث خشونت‌بارتری هم از طرف آنها وجود دارد. علاوه بر این، پس از تصرف و اشغال سرزمین دو همسایه شرقی و غربی ایران، (عراق و افغانستان) اینها مدعی بودند تروریستها برای جابجایی و تجهیز خود از قلمرو سرزمینی ایران استفاده و به صورت غیر مجاز تردد می‌کنند. بر همین اساس، کشورهای غربی مستقر در عراق و افغانستان و کمیته ضد تروریسم شورای امنیت سازمان ملل متحد که طبق بند ۶ قطع‌نامه ۱۳۷۳ پیگیر اقدامات دولتهای عضو سازمان ملل برای مبارزه با تروریسم بود، به صورت مداوم از کشورهای منطقه و از جمله ایران درخواست مراقبت از مرزهای سرزمینی خود را داشت.

علاوه بر اینها، با توجه به بی‌ثباتی سیاسی و اقتصادی در مرزهای ایران به ویژه

1. Longest undefended border.
2. Canada Border Services Agency.
3. Lufthansa.

مرزهای شرقی، دشمنی گروه طالبان که در افغانستان قدرت را به دست آورده بود با ایران، قاچاق گسترده مواد مخدر از مسیر ایران و گروگان‌گیریهای مرزی که در ارتباط با این موضوع اتفاق می‌افتاد، انگیزه و عزم ملی برای حفاظت و انسداد مرزها به ویژه مرز مشترک با افغانستان را تقویت می‌کرد. در جدیدترین تحولات، برخی گروههای افراطی سیاسی یا مذهبی در مرزهای شرقی ایران حوادث خونباری را رقم زدند که اقدامات گروهک ریگی در منطقه سیستان و بلوچستان از نمونه‌های بارز آن است. مجموع این مسائل و حوادث، ضرورت مراقبت و حراست از مرزها را بیش از پیش مطرح نموده است.

کنکاش در آموزه‌های دینی و اسلامی نیز حاکی از اهمیت حراست از مرز و عبادت بودن مرزبانی است؛ هرچند مفهوم و ارزش مورد حمایت در دیدگاه ایدئولوژیک، با مفهوم مرزبانی در حقوق بین‌الملل مدرن متفاوت است. در حقوق ایران با وجود تأکید قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر حفظ تمامیت ارضی و مرزی، انعکاس دیدگاههای ایدئولوژیک در برخی اصول قانون اساسی، این ایهام را به وجود آورده که نویسندگان قانون اساسی ایران، به گفتمان آرمان‌گرایی و قلمرو دارالاسلام در تعریف امنیت ملی نظر داشته‌اند در حالی که اصول مختلف قانون اساسی و گفتمان غالب در امنیت ملی ایران در دوران پس از انقلاب، گفتمان واقع‌گرایی و تأکید بر قلمرو سرزمینی و مرزهای شناخته‌شده بین‌المللی بوده است. با توجه به این مقدمه، پرسشها و فرضیه‌های این پژوهش به شرح زیر است:

سؤالها

۱. مرزبانی در دیدگاههای اسلامی و از منظر قانون اساسی ایران چه ارزش و منزلتی دارد؟
۲. با توجه به ایدئولوژیک بودن مفهوم مرز و سرزمین در اسلام، دیدگاه قانون اساسی جمهوری اسلامی و گفتمان امنیت ملی در ایران بر آرمان‌گرایی اسلامی مبتنی است یا با واقع‌گرایی در گفتمان امنیت ملی، بر حفظ تمامیت ارضی و قلمرو سرزمینی منطبق با قواعد حقوق بین‌الملل معتقد است؟

فرضیه‌ها

۱. مرزبانی و مراقبت از سرحدات در آموزه‌های اسلامی در ردیف عمل عبادی و از مرزبانان به نیکی یاد شده است.

۲. اصول مختلف قانون اساسی جمهوری اسلامی، گفتار و عمل رهبری ایران و گفتمان غالب در دوران تثبیت جمهوری اسلامی، حاکی از پایبندی به قواعد حقوق بین‌الملل و اهتمام به حراست از قلمرو سرزمینی و تمامیت ارضی است.

۱. مفهوم‌شناسی مرز و واژه‌های مرتبط

مرز در لغتنامه‌های فارسی مترادف با سرحد، دربند، ثغر، حد و خط فاصل میان دو کشور آمده است (دهخدا، واژه‌مرز). همچنین مرحوم دهخدا در بیان معنای «ثغر» به کلمه مرز، دربند، دربند میان کفر و اسلام، سرحد ملک کفار اشاره نموده است از جمله نقل نموده است که ثغر هر موضعی را گویند که نزدیک به خاک دشمن باشد و این کلمه از «ثغرة الحائط» آمده است؛ زیرا محتاج به محافظ است که دشمن از آنجا نیاید (دهخدا، واژه‌ثغر). از مجموع نقلهای دهخدا در توضیح واژه ثغر می‌توان استفاده کرد که واژه ثغور که جمع ثغر است، بیشتر به مرزهای اسلام و کفر یا مرزهای مبتنی بر عقیده دینی اطلاق می‌شده است و در ادبیات دینی و روایات و متون دینی از این کلمه برای بیان اهمیت حفظ و حراست از مرزهای اسلام استفاده شده است (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۴/۲؛ حلی، ۱۴۰۸: ۳۲۲/۱؛ منتظری، ۱۳۸۰: ۸۷/۱).

در همین موضوع واژه دیگری هم در متون دینی وجود دارد و آن «واژه» رباط است. بنا بر نقل مرحوم دهخدا، رباط به تکیه یا مسجد مستحکمی گفته می‌شد که در آن کسانی اقامت می‌ورزند تا برای دفاع از اسلام خود را آماده سازند و از این معناست آیه «صابروارباطوا» (آل عمران/۲۰۰) و لذا در معنای «مرباطه» گفته شده است: به ثغر مقیم شدن، سرحدداری، اسبان را در رباط مرزی آماده و مهیا نگه داشتن و ملازم مرز و جهاد بودن (دهخدا، واژه رباط و مرباطه). در لغت نامه‌های عربی و قرآنی نیز در تبیین معنای لغوی «رباط» و «ثغر» همین مفاهیم قابل استفاده است. در مفردات راغب، در بیان مفهوم مرباطه آمده است که مرباطه در مرزهای مسلمانان به این

معناست که کسی در مرز مستقر شده و نگهبانی از مرز به او واگذار شده است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۳۳۹). در لسان العرب نیز در معنای «ثغر» آمده است که: ثغر موضعی است که حد فاصل بین بلاد مسلمین و کفار و موضع ترس از نفوذ دشمن در اطراف بلاد است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۰۳/۴).

به هر حال در عصر جدید، مفهوم مرز مانند بسیاری از واژه‌های دیگر دستخوش تحول مفهومی گردیده است. این تحول را لااقل در دو جنبه می‌توان به خوبی مشاهده کرد. یکی اینکه در عصر جدید عقیده و یا دین در تعیین مرز نقشی ایفا نمی‌کند و تأکید بر خطوط فرضی جغرافیایی است که قلمرو حاکمیت‌های سیاسی هر سرزمین را مشخص می‌کند و تحول دوم، در خصوص گسترش مفهوم مرز به قلمرو دریایی، هوایی و زمینی و زیرسطحی است. به طور طبیعی گسترش مفهوم مرز به قلمرو هوایی و دریایی و مفهوم دریای سرزمینی، متأثر از پیشرفتهای بشر و تهدیداتی است که از هوا و دریا و آبهای ساحلی ممکن است منافع یا امنیت کشورها را با خطر مواجه کند. بر این اساس در حقوق بین‌الملل، مرز خط فرضی است که قلمرو سرزمینی کشوری را مشخص می‌کند. این قلمرو، فضای زمینی، هوایی، دریایی و تحت الارضی هر کشور را شامل می‌شود (Martin, 2003: 53). جغرافی دانان سیاسی و برخی دیگر از کارشناسان رشته‌های مرتبط، در خصوص مرز و سرحد تعریفهای گوناگونی ارائه داده‌اند. این تعریفها بین مرز (Boundary) و سرحد (Frontier) قائل به تفاوت هستند.

از نظر «دیکشیت»^۱ مرزها خطوطی هستند که حد خارجی قلمرو تحت حاکمیت یک دولت ملی را مشخص می‌کنند (Dikshit, 1995: 55).

«درايسدل»^۲ مرز را پدیده‌ای فضایی که منعکس‌کننده قلمرو حاکمیت سیاسی یک دولت بوده و مطابق قواعدی خاص در برابر انسان، انتقال کالا و... مانع ایجاد می‌کند دانسته است (درايسدل، ۱۳۷۴: ۱۰۱).

میرحیدر در تعریف خود مرزهای سیاسی را مورد اشاره قرار داده و آن را

1. Dikshit.
2. Derasdel.

مهمترین عامل تشخیص و جدایی یک واحد سیاسی از واحدهای دیگر می‌داند. از نظر وی، «خطوط مرزی خطوط اعتباری و قراردادی هستند که به منظور تحدید حدود یک واحد سیاسی بر روی زمین مشخص می‌شوند» (میرحیدر، ۱۳۸۱: ۱۶۱).

تعریفهای دیگری از مرز، بر «حدود و ثغور حاکمیت کشور و عامل ایجاد وحدت سیاسی» (رحمتی راد، ۱۳۷۴: ۱۳) و یا «عامل تشخیص و جدایی یک واحد مشکل سیاسی یا کشور از واحدهای مجاور و به عبارتی جداساز قلمرو فرمانروایی دو نظام سیاسی» تأکید کرده‌اند (حافظانیا، ۱۳۷۹: ۱۹۰/۱).

بنابراین با جمع‌بندی تعاریف مذکور و از نقطه‌نظر تشخیص قلمرو سرزمین که از عوامل تشکیل‌دهنده دولت - ملت است، می‌توان گفت، مرز عامل تشخیص قلمرو سرزمینی هر کشور یا نظام سیاسی است که اعمال قانون و حاکمیت سیاسی در آن قلمرو صورت می‌گیرد.^۱

واژه «سرحد»^۲ اصطلاح دیگری است که اگرچه امروزه هم‌معنا و همراه با مرز استعمال می‌شود،^۳ اما از دیدگاه صاحب‌نظران، به مفهومی متفاوت با مرز اشاره دارد. بر خلاف مرزها که معمولاً خطی توصیف شده‌اند، سرحدات مفهومی منطقه‌ای دارند. یکی از نویسندگان با اشاره به این تفاوت گفته است که «سرحد در زمانهای قدیم به منطقه تماس میان دو نهاد دارای موجودیت، که از نظر اجتماعی و سیاسی یکپارچه بودند اطلاق می‌شد» (مجتهدزاده، ۱۳۷۳: ۶۷). نویسنده دیگری خاطرنشان ساخته است که مرزها در گذشته چون به طور دقیق و روشن مشخص نبودند، به عنوان سرحد یا منطقه مرزی مشهور بودند ولی امروزه حدود کشورها به طور دقیق‌تر تعریف و نشانه‌گذاری شده‌اند و لذا مفهوم مرز، جایگزین سرحد شده

۱. به عنوان نمونه ماده ۳ قانون مجازات اسلامی ایران می‌گوید: قوانین جزایی درباره کلیه کسانی که در قلمرو حاکمیت زمینی، دریایی و هوایی جمهوری اسلامی ایران مرتکب جرم شوند اعمال می‌شود.

2. Frontier.

۳. در برخی زبانها مرز و سرحد با دو واژه مجزا توصیف شده‌اند. برای نمونه در زبان انگلیسی Boundary و Frontier و در زبان فرانسه از واژه‌های Limite و Frontiere استفاده شده است در حالی که در زبان آلمانی واژه Grenze به صورت مشترک برای مفهوم مرز و سرحد به کار می‌رود همان‌گونه که دهخدا هم در لغت‌نامه خود میان مرز و سرحد تفاوتی نگذاشته است (زرقانی، ۱۳۸۶: ۲۰).

است (حافظانیا، ۱۳۷۹: ۱۹۰/۱). با توجه به نظرات مورد اشاره، می‌توان گفت از نظر زمانی سرحد مفهومی باستانی و قدیمی است و در دوران معاصر، مفهوم مرز جایگزین سرحد شده است و از لحاظ صفت نیز سرحدات منطقه‌ای و مرزها خطی هستند. از نظر تاریخی، ساسانیان حکومت حیره را به عنوان منطقه سرحدی میان خود و رومیان در بین‌النهرین تشکیل دادند و رومیان در اقدامی مشابه، حکومت غسان در شامات را به عنوان منطقه سرحدی میان خود و ایرانیان به وجود آوردند (زرقانی، ۱۳۸۶: ۲۳).

۲. مفهوم مرز و ارزش مرزبانی در اسلام

۲-۱. مفهوم مرز در اسلام

مفهوم سرزمین ملی و به تبع آن مفهوم مرز، از مفاهیم جدید و وابسته به مفهوم دولت - کشور است که به ویژه از زمان انعقاد معاهده وستفاليا اهمیت یافت. بر اساس این معاهده، حکومت ملی به رسمیت شناخته شد و حق حاکمیت حکومتها در محدوده سرزمینی‌شان رسمیت یافته و دخالت در امور کشورها به عنوان تخلف از حقوق بین‌الملل شناخته شد. بر این اساس، با توجه به مبانی و ساختار ایدئولوژی دینی، مفهوم حکومت، سرزمین و مرز در اسلام با آنچه امروزه در حقوق بین‌الملل مصطلح است دارای تفاوت اساسی است. در حکومت اسلامی صدر اول اسلام، محور حکومت، امام یا خلیفه است و جغرافیای حکومت «دارالاسلام» است که در مقابل «دارالکفر» قرار داشته و بنای عقیدتی دارد. بنابراین اگر بحث از حراست و حفاظت از مرز به میان می‌آید، بیش از این که به جغرافیای خاصی نظر داشته باشد، به معنای حراست از دارالاسلام در مقابل دارالکفر است. به تعبیر دیگر، در دیدگاه اسلامی، مرز جداکننده افراد یا سرزمینها، نوع عقیده دینی آنهاست. افرادی که پیرو اسلام هستند در دارالاسلام و کسانی که اسلام را نپذیرفته‌اند در دارالکفر به سر می‌برند.

از منظر ایدئولوژی اسلامی، با توجه به جهانی بودن آیین اسلام و اینکه این آیین

در محدودهٔ زمانی، مکانی و نژادی قرار نمی‌گیرد،^۱ امت اسلامی، مجموعهٔ کسانی هستند که در همه جای دنیا، یکسان و یک‌دل به کعبهٔ واحد روی می‌آورند و از این طریق خدای واحد را ستایش می‌کنند. این مجموعهٔ پراکنده در جغرافیای عالم، جامعهٔ جهانی اسلام را پدید آورده است. به این ترتیب، مفهوم «امت اسلامی» با مفهوم «ملت» که یکی از ارکان اساسی دولت در جغرافیای سیاسی امروز می‌باشد، کاملاً متفاوت است. مرز جامعهٔ اسلامی، عقیده و ایمان است و اصولاً با مرزهای جغرافیایی مصطلح قابل مقایسه نیست (هاشمی، ۱۳۷۴: ۱/۱۱۴).

برخی نویسندگان تلاش نموده‌اند وضعیت مورد اشاره را به عنوان آرمان دین اسلام مورد توجه قرار دهند و در عین حال رفتار عملی پیامبر اسلام و حاکمان مسلمان را به عنوان ضرورت و پذیرش واقعیت موجود توجیه کنند. به نظر ایشان، آرمان نهایی اسلام در مورد رابطه و مناسبات انسانی، امت واحد بشری است و نیز در مورد سرزمین، از میان رفتن مرزهای جغرافیایی و قید و بندهای مرزی و به وجود آمدن کشور واحد جهانی تحت حاکمیت قانون واحد الهی است تا هدف رسالت پیامبر اسلام که سرعت بخشیدن به روند حرکت تکاملی جامعهٔ بشری برای رسیدن به این مرحلهٔ ایده‌آل و کمال نهایی است، محقق شود.

اما در مواجهه با واقعیت، مرزهای جغرافیایی را با ملتها و حکومتها که خود را در حصار آن مرزها قرار داده‌اند، در آن سطح که بتواند رابطه برقرار کند و روی قدر مشترکها به توافقهایی نسبی برسد، به رسمیت می‌شناسد تا از این رهگذر بتواند ضمن انتقال رسالت جهانی خود، به قراردادهای و توافقهایی اصولی بیشتری دست یازد (عمید زنجانی، ۱۳۷۷: ۳/۱۴۷).

در همین زمینه، به برخی مسائل و حوادث تاریخی که به معنای پذیرش مرزهای فیزیکی دولت اسلامی و احترام به حاکمیت و سرزمین دیگران است اشاره گردیده

۱. یکی از نویسندگان در بیان ویژگیهای حقوق یهودی، علاوه بر دینی بودن بر عنصر ملیت نیز تأکید نموده است و معتقد است که از این جهت حقوق یهودی با حقوق اسلامی یا حقوق کلیسایی متفاوت است؛ چرا که این نظام ها ویژگی قومی ندارند و در میان اقوام و ملل گوناگون بسط و تحول یافته‌اند (سلیمانی، ۱۳۸۴: ۳۷).

است. در پیمان معروف به «صلح حدیبیه»، که بین پیامبر اسلام و حاکمان مکه منعقد گردید، قریش و مسلمانان متعهد می‌شوند به مدت ده سال جنگ و تجاوز را بر ضد یکدیگر ترک کنند، تا امنیت اجتماعی و صلح عمومی در سرزمین حجاز مستقر شود؛ اگر یکی از افراد قبیلهٔ قریش بدون اذن بزرگ‌تر خود از مکه فرار کند و اسلام بیاورد و به مسلمانان پیوندد؛ محمد ﷺ باید او را به قریش بازگرداند، ولی اگر فردی از مسلمانان به جانب قریش بگریزد، حکومت موظف نیست آن را به مسلمانان تحویل دهد. مسلمانان و قریش می‌توانند با هر قبیله‌ای که خواستند پیمان برقرار کنند. محمد ﷺ و یاران او بر اساس این پیمان به مدینه باز می‌گردند، ولی در سالهای آینده می‌توانند آزادانه آهنگ مکه کرده و خانهٔ خدا را زیارت کنند؛ به شرط آنکه سه روز بیشتر در مکه توقف نکنند و سلاحی جز سلاح مسافر، که همان شمشیر است، همراه نداشته باشند (واقعی، ۱۴۱۴: ۱/۶۰۳؛ طبری، بی‌تا: ۲/۲۸۱).

با توجه به مفاد این صلح‌نامه، می‌توان گفت گرچه رسالت و دعوت پیامبر، جهانی است و بهترین دلیل بر جهانی بودن آن، نامه‌ها و دعوتیهایی است که از سوی آن حضرت به اطراف جهان فرستاده شده است، ولی به خاطر استقرار صلح و امنیت در شبه جزیرهٔ عربستان و بسترسازی مناسب برای دعوت جهانی، پیمان صلح را برای تأمین مصالح بیشتر منعقد می‌سازد و خود را به رعایت آن ملزم می‌گرداند. در آن پیمان، بیشترین تأکید روی مرزهای فیزیکی است و دو طرف به رعایت آن ملزم شده‌اند. با اینکه پیامبر در مدینه حاکم مطلق است ولی مکه را خارج از قلمرو حکومت خود می‌داند و به خواسته‌های حاکمیت مکه ترتیب اثر می‌دهد (حبیبی: ۱۶۵).

مستند دیگری که به عنوان واقعیت مرزهای فیزیکی در آموزه‌های اسلامی ذکر شده است، نامه‌های پیامبر اسلام به سران ممالک و طوایف است که در آن نامه‌ها به صراحت مرزهای فیزیکی و تمامیت ارضی قلمرو حکومت آنان به رسمیت شناخته شده است و با حفظ مرزهای فیزیکی، آنان را دعوت به اسلام نموده است. در این نامه‌ها، پیامبر اسلام به سفرا و کارگزاران دولت نبوی سفارش می‌کند: وقتی به سرزمین پادشاهان رسیدید، شب هنگام وارد نشوید و تأمل کنید تا در روز وارد شوید... (شیث خطاب، ۱۹۸۹: ۱۶۷). چنین سفارشی از منظر برخی صاحب‌نظران اسلامی

نوعی احترام و به رسمیت شناختن قلمرو حاکمان غیر مسلمان محسوب گردیده است (سبحانی، ۱۳۷۵: ۶۸۰). از دیدگاه نگارنده، اذعان به موارد مذکور و موارد مشابه، با توجه به نوع دعوت پیامبر اسلام و رحمانی بودن دین اسلام، امر غیر منتظره‌ای نبوده و با تقسیم‌بندی دارالاسلام و دارالکفر هم منافاتی ندارد. زیرا مدعای ما در عقیدتی بودن مرزهای دارالاسلام، عدم تفکیک سرزمینی در قلمرو اسلامی است و نامه‌نگاریهای پیامبر با حاکمان خارج از قلمرو اسلامی و یا پیمان صلح با قبایل مکه که خارج از دارالاسلام بودند به ادعای مورد اشاره لطمه‌ای نمی‌زند.

با وجود این، این موضوع قابل انکار نیست که تحولات اندیشه و عمل سیاسی در قلمرو اسلامی به ویژه پس از تضعیف نهاد خلافت و سقوط امپراطوری عثمانی به سوی پذیرش واقعیت دولت - کشورهای مستقل بوده است. در اردوگاه اهل سنت، حذف برخی شروط خاص حاکم هم چون قرشی بودن، به گونه‌ای زمینه‌ساز پذیرش تعدد حکومت و دولتهای اسلامی و تعدد مرزهای سیاسی، ملی‌گرایی و قوم‌گرایی در جهان اسلام بوده است. در این زمینه برای پیوند عمل سیاسی با آرمان اسلامی، وحدت جهان اسلام را نه به وحدت دولتها، بلکه به وحدت امت تعریف کرده‌اند، از این‌رو، ضمن حفظ تعدد دولتهای ملی در جهان اسلام، وحدت فرهنگی را زمینه‌ای برای منطقه‌گرایی سیاسی، اقتصادی و حتی نظامی قرار داده‌اند (فیرحی، ۱۳۸۲: ۵۴۱).

در دیدگاه‌های شیعیان، یکی از نویسندگان معاصر، اهمیت نظری خاصی برای شهر و سرزمین و به طور کلی مکان و جغرافیا در اندیشه سیاسی قائل شده است. وی با استوار کردن حقوق اساسی مردم بر قاعده مالکیت شخصی مشاع، تفکر سیاسی را معطوف به مکان و محیط جغرافیایی و شهر و سرزمین می‌سازد (حایری، ۱۹۹۵: ۱۰۸).

در مهمترین نظریه‌های ولایت فقیه در فقه شیعه، تعدد دولتهای اسلامی جایز دانسته شده و تشکیل دولتهای متعدد اسلامی بر مبنای تمایزات سرزمینی پذیرفته شده است (کدیور، ۱۳۷۶: ۱۵۷). همچنین ایجاد نوعی حکومت بر مبنای فقه شیعه در ایران و به رهبری امام خمینی نشان‌دهنده این امر است که ایشان به ایجاد یک دولت اسلامی با مرزهای مشخص اعتقاد داشته‌اند و این موضوع در اصول چندی از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز انعکاس یافته است (اصول ۳، ۹، ۱۵۲، ۱۵۴).

۲-۲. ارزش مرزبانی در اسلام

همان‌گونه که پیش از این اشاره شد، در گفتمان دینی به مرزبانی «رباط» و به مرزبانان «مربطین» گفته می‌شود. در اسلام مرابطه یا مرزداری دارای اهمیت بسیاری است و مرزبانی در ردیف و یا برتر از عبادتهای اصلی اسلامی برشمرده شده است. بر اساس روایتی که سلمان فارسی از پیامبر اسلام نقل کرده‌اند: یک روز «رباط» (مرزبانی)، در راه خدا از نماز و روزه ماه رمضان برتر است و کسی که در «مرباطه» (مرزبانی) در راه خدا بمیرد روز قیامت پاداش مجاهد نصیص خواهد شد (حلی، ۱۴۰۸: ۱۱۰/۱).

در برخی منابع اسلامی، یکی از اقسام جهاد، جهاد برای دفاع از مرزهای اسلام است (نمازی شاهرودی، ۱۴۱۹: ۴۶۵). در کتاب کنز العمال تحت عنوان «باب الرباط» حدیثهای متعددی از راویان مختلف نقل شده که دلالت بر اهمیت مرزبانی و عمل مرزبانان دارد و عمل مرزبانان بر اعمال عبادی و نماز گزاردن در مکانهای شریفی همچون مسجد پیامبر و غیره برتر دانسته شده است (متقی هندی، ۱۹۸۹: ۳۳۴/۴).

در کنار ارزش عبادی مرزداری در اسلام، به هر حال مرزداری از موضوعاتی است که تدبیر و چگونگی آن در دست حاکم اسلامی است به گونه‌ای که یکی از وظایف غیر قابل تردید حاکم اسلامی حفظ مرزها و ثغور اسلام بوده است.

ماوردی در الاحکام السلطانیة وظایف عمومی جامعه را که بر حاکم مسلمانان واجب است ده چیز می‌داند. ایشان در بند اول به حفظ شریعت و در بند دوم به اجرای حکم و قضاوت در دعاوی و مرافعات و در بند سوم به «حفاظت از کشور اسلامی و دفاع از حریم و مرزهای آن» اشاره می‌نماید (به نقل از: منتظری، ۱۳۸۰: ۳۳).

مرزداری و اهمیت آن به عنوان امری ضروری و فارغ از دیدگاههای سیاسی یا اختلافات مذهبی تلقی شده است. به تعبیر امروزی حفاظت و حراست از مرزها، امری مرتبط با امنیت جامعه اسلامی تلقی و وظیفه‌ای همگانی قلمداد گردیده است. یکی از شواهد این امر می‌تواند سخنان امام سجاد در رابطه با مرزداران باشد. با توجه به اینکه مسلم است در دوران ایشان کسانی به عنوان حاکم اسلامی زمام امور جامعه را به عهده داشتند که از نظر مسلک سیاسی یا عقیده دینی مورد تأیید ایشان

نبودند، کلمات ایشان که در غالب دعا بیان شده است به گونه‌ای به اهمیت مرزداری و مرزبانی اشاره دارد.^۱ (ر.ک: صحیفه سجادیه، ۱۳۶۳: ۹)

۳. جغرافیا و امنیت در جمهوری اسلامی

۱-۳. آرمان‌گرایی اسلامی

پس از پیروزی انقلاب اسلامی ۱۳۵۷، با وجود اینکه در اصول متعدد قانون اساسی جمهوری اسلامی بر اهمیت مرزهای سرزمینی و جغرافیای ملی تأکید گردیده است، اشاره به موضوعاتی چون: حکومت اسلامی، جهان اسلام، امت اسلامی،^۲ مستضعفان جهان^۳ و... در برخی اصول، به گونه‌ای بازتولید آرمان‌گرایی اسلامی تلقی می‌گردید. بر طبق این اصول، جمهوری اسلامی ایران خود را مسئول و متعهد جهان اسلام و فراتر از آن مستضعفان جهان دانسته و سعادت انسان در کل جامعه بشری را آرمان خود می‌داند و استقلال و آزادی و حکومت حق و عدل را حق همه مردم جهان می‌شناسد (اصل ۱۵۴).

۱. «ای پروردگار من! به روان مقدس محمد و آل محمد علیهم‌السلام رحمت فرست و مرزهای اسلام را از حمله دشمنان در پناه خود مصون و محفوظ بدار و مرزبانان ما را در ایفای وظایفی که به عهده دارند حمایت کن و عطایا و مواهب خود را درباره آنان تکمیل فرمای.

به روان مقدس محمد و آل محمد رحمت فرست و بر شمار سربازان ما که از مرزهای ما پاس می‌دارند بیفزای و حربه آنان را بر ضد دشمن کارگر کن و سنگرشان را از آسیب شکست در امان گیر و جمعیان را به هنگام دفاع از پریشانی ایمن ساز و به تدبیر خویش صفوفشان را به هم پیوند و رشته وحدت و وصلشان را از هم مگسل و هدفشان را همواره یکتا گردان و در سایه صبر و صولت پیروزشان فرمای و حیل‌های نظامیشان را همیشه با پیروزی مقرون دار.

پروردگارا! به روان مقدس محمد و آل محمد رحمت فرست و جان سربازان ما را که در مرزها خدمت می‌کنند با فروغ علم بیفروز و آنچه نمی‌دانند به آنان بیاموز و آنچه را که نمی‌شناسند به آنان بشناسان و چشمشان را در بینایی توانا گردان تا آن حقایقی را که نمی‌توانند دید ببینند.

۲. اصل ۱۱ قانون اساسی: به حکم آیه کریمه «إِنَّ هَذِهِ أُمَّتُكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَأَنَا رَبُّكُمْ فَاعْبُدُونِ» همه مسلمانان یک امتند و دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است سیاست کلی خود را بر پایه اتلاف و اتحاد ملل اسلامی قرار دهد و کوشش پیکر به عمل آورد تا وحدت سیاسی، اقتصادی و فرهنگی جهان اسلام را تحقق بخشد.

۳. بند ۱۶ اصل سوم قانون اساسی: تنظیم سیاست خارجی کشور بر اساس معیارهای اسلام، تعهد برادرانه نسبت به همه مسلمانان و حمایت بی‌دریغ از مستضعفان جهان.

گفتمان آرمانی نه تنها در قانون اساسی، بلکه در قانون کیفری نیز که خصیصه بارز آن سرزمینی و محدود به قلمرو ملی است تبلور یافته است و آنگاه که قانونگذار در مقام بیان مجازات اقدام کنندگان علیه امنیت کشور برمی‌آید، موضوع مورد حمایت خود را نه «نظام جمهوری اسلامی» که دارای ملت، دولت و قلمرو جغرافیایی مشخصی است، بلکه «حکومت اسلامی» قرار داده است (مواد ۱۸۸-۱۸۶ قانون مجازات اسلامی). این موضوع از چشم حقوقدانان کیفری مصون نمانده و متذکر این موضوع شده‌اند که استفاده از این الفاظ توسط فقیهانی که در نوشتن کتابهای فقهی لزوماً به مرزهای کشور خاصی توجه ندارند قابل توجیه ولی برای قانونگذار که برای کشور خاصی قانون می‌نویسد توجیه‌پذیر نمی‌باشد (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۰: ۵۵). این رویکرد ضمن اینکه بیانگر آرمان‌گرایی در فقه شیعه است، حاکی از این است که قانونگذار اسلامی، بدون توجه به اصل سرزمینی بودن حقوق کیفری، برخی عبارتهای کتابهای فقهی را وارد متون قانون جزایی نموده است. به نظر می‌رسد این اشکال مورد توجه قانونگذار قرار گرفته و در قانون نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲ و لایحه در دست بررسی قانون مجازات اسلامی، به جای حکومت اسلامی، «نظام جمهوری اسلامی» به کار رفته است.

علاوه بر این، گفتمان انقلابی حاکم در آغازین سالهای پیروزی انقلاب اسلامی که بی‌تردید برگرفته از فضای انقلابی و دیدگاه امت‌محور و دعوت عام و فراسرزمینی دین اسلام بوده است، در نزد برخی این شبهه را ایجاد کرده بود که ایران انقلابی در صدد کشورگشایی و عدم پابندی به هنجارهای بین‌المللی و از جمله عدم احترام به مرزهای سرزمینی و حاکمیت ملی کشورهای پیرامونی است. با توجه به ناشناخته بودن عمق دیدگاههای انقلابی، حتی برخی معتقدند هزینه‌های تحمیل شده به کشور، از جمله تجاوز نظامی صدام به ایران با رضایت کشورهای صاحب نفوذ بین‌المللی و کمک و مساعدت اکثر همسایگان و سکوت کشورهای دیگر، ناشی از بدبینی نسبت به نیت انقلابیون حاکم شده در ایران بوده است (زارعی و پوراحمد، ۱۳۸۵: ۱۵۸).

برخی از بیانات بنیانگذار انقلاب اسلامی که معمولاً در سخنرانیهای عمومی و یا در

ملاقات با مقامات کشورها یا پیامهای ایشان مطرح شده است، در ترویج گفتمان آرمان‌گرایانه اسلامی مؤثر بوده است در حالی که همان‌گونه که در ادامه خواهیم دید، این بیانات در حد محتوای خود و با توجه با اینکه غالباً در مقام خطابه ایراد شده و در سطح گسترده‌تری پابندی ایران به قواعد بین‌المللی را بیان کرده است، نمی‌تواند متضمن عدم پابندی ایران به هنجارهای بین‌المللی باشد اما شاید بتوان گفت این گفتمان در سوء استفاده دشمنان و القای ترس در بین همسایگان بی‌تأثیر نبوده است. برخی از بیانات یا پیامهای بنیانگذار انقلاب اسلامی که در بردارنده دیدگاههای آرمان‌گرایانه دینی است به این شرح است:

ما این واقعیت و حقیقت را در سیاست خارجی و بین‌المللی اسلامیمان بارها اعلام نموده‌ایم که در صدد گسترش نفوذ اسلام در جهان و کم کردن سلطه جهان‌خواران بوده و هستیم، حال اگر نوکران آمریکا نام این سیاست را توسعه‌طلبی و تفکر تشکیل امپراطوری بزرگ می‌گذارند از آن باکی نداریم و استقبال می‌کنیم. ما به دنبال ترویج نظام اسلام و رسول الله ﷺ در جهان استکباری هستیم و دیر یا زود ملت‌های آینده شاهد آن خواهند بود (صحیفه نور، ۱۳۷۰: ۲۳۸/۲۰).

من امیدوارم که ما بتوانیم پرچم سلام را، پرچم جمهوری اسلامی را، در همه جای دنیا بر پا کنیم و اسلام که حق همه است از او تبعیت کنند، از او تبعیت کنند (همان: ۲۳۹/۹).

جهان باید بداند که ایران راه خود را پیدا کرده است و تا قطع منافع آمریکای جهان‌خوار... با آن مبارزه آشتی‌ناپذیر دارد. ما مبارزه سخت و بی‌امان خود را علیه آمریکا شروع کرده‌ایم و امیدواریم فرزندانمان با آزادی از زیر یوغ ستمکاران، پرچم توحید را در جهان بیفزایند (همان: ۱۷۲/۱۵).

آن گونه که برخی نویسندگان اذعان داشته‌اند، در گفتمان آرمانی و انقلابی، اصلاح محیط منطقه‌ای (جهان اسلام) و بین‌المللی (جهان سوم و مستضعفان) بر اساس دو اصل دعوت و نفی سبیل^۱ - که هر دو از اصول سیاست خارجی اسلام محسوب می‌شوند- تفسیر می‌شود. اصل دفاع از مستضعفان جهان و دعوت آنها به پذیرش دین اسلام و سیاست نه شرقی نه غربی نیز همسو با پیروی از این دو اصل

۱. ﴿لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ (نساء / ۱۴۱).

معنا می‌یابد. همچنین با توجه به ناهمگونیهای قومی و مذهبی کشور، به نظر می‌رسد محور وحدت و هویت در جامعه ایران، ایمان به اسلام و وحدت ملی نیز بر مبنای وحدت مکتبی و دینی فرض می‌شود (زارعی و پوراحمد، ۱۳۸۵: ۱۶۰).

به اعتقاد نگارنده این برداشت قابل انکار نیست که به دلایل خاص و قابل درکی، در سالهای آغازین پیروزی انقلاب، بیش از اینکه بر عنصر ملیت و سرزمین در مؤلفه‌های امنیت‌ساز ملی تأکید شود، بر عنصر عقیده و ایمان اسلامی تأکید شد. ولی اگر منصفانه بنگریم، در تهاجم نظامی دشمن، صرف نظر از زمینه‌ها و یا عوامل تشدیدکننده آن، عنصر دین و اعتقاد دینی، در بسیج توده‌های مردمی برای دفاع از کشور و تحمل رنجها و مرارت‌های ناشی از جنگ تأثیر بسزایی داشت. البته نگارنده معتقد است در خیل عظیم نیروهای دفاع‌کننده از مرزهای کشور، نباید نقش و سهم افرادی که با عرق ملی و دفاع از آب و خاک در این دوران جان‌فشانی کردند نادیده گرفت.

در عین حال باید به این موضوع نیز اذعان کرد که دیدگاه‌های «امت‌محور» و نوع نگاه به امنیت ملی و مرزهای سرزمینی، آثار وضعی خویش را بر جای گذاشت که یکی از آثار ناخواسته نظام ارزشی مورد اشاره، کم‌توجهی به موقعیت جغرافیای سیاسی و از جمله مرزهای سرزمینی به جهت جلوگیری از رفت و آمدهای غیر قانونی و مهاجرت‌های بی‌رویه از کشورهای همسایه و مسلمان بود. موضوعی که آسیب‌های امنیتی و مشکلات اجتماعی آن، بعدها مسئولان کشور را به بازنگری در این سیاست و ایجاد محدودیتهای مرزی و حتی انسداد برخی مرزها متقاعد نمود. این موضوع قابل درک است که بحرانهای پیرامونی، از جمله جنگ طولانی در افغانستان و یا در دوره‌های بعد، جنگ در عراق و کویت، برخی مهاجرت‌ها از کشورهای همسایه را سبب شده و پذیرش پناهندگان که غالباً زنان و کودکان و افراد بی‌دفاع بودند، امری انسانی تلقی می‌گردید؛ ولی نوع برخورد با این موضوع و رهاسازی پناهجویان بیگانه در عمق سرزمین ایران، مشکلات و ناهنجاریهای گسترده‌ای را موجب شد که جرایم خشونت‌بار، قاچاق مواد مخدر و سلاح، ازدواج اتباع بیگانه با زنان ایرانی بدون اجازه وزارت کشور و در نتیجه عدم ثبت این ازدواج‌ها، مشکلات متعددی را برای شهروندان ایرانی موجب شد که آثار آن به زودی قابل رفع نیست.

۲-۳. واقع‌گرایی امنیتی ملی

برخی نویسندگان در سنجش گفتمان امنیتی ملی در ایران بعد از انقلاب اسلامی، معتقدند که پایان جنگ، پایان گفتمان آرمان‌گرایانه و انقلابی، و آغاز گفتمان واقع‌گرایی در امنیت ملی ایران است. بر این اساس بیان می‌کنند که جنگ تحمیلی عراق و پیامدهای آن، از دامنه آرمانهای نظام اسلامی در بیرون از قلمرو ملی کاست و با واقع‌گرایی در دیدگاههای سیاسی، مرکز ثقل سیاستها را به درون جغرافیای ملی سوق داد و به تدریج گفتمان نوینی را در عرصه سیاستهای امنیتی (گفتمان ملی) به ارمغان آورد. از منظر ایشان، تلاش برای رهاسازی سرزمینهای اشغال‌شده در جنگ و وادار ساختن دشمن به بازگشت به مرزهای بین‌المللی، به صورت ضمنی هویت ملی ایرانی که حاضر به واگذاری یک وجب از خاک خود به دشمن نیست را به تصویر کشید. پس از خاتمه جنگ نیز توجه به روشهای مهار آسیبهای جنگی و توانایی نقش‌آفرینی در عرصه بین‌الملل و حفظ منافع کشور، در رأس امور امنیت ملی قرار گرفت (همان).

نگارنده، معتقد است واقع‌بینی در سیاست خارجی ایران و ترتیب گفتمان امنیتی ملی جدید را نمی‌توان تغییر در فکر و عقیده رهبران انقلاب اسلامی دانست. اما می‌توان اذعان کرد که تجربه جنگ درسهایی بسیاری را به دنبال داشت و یکی از این درسهای، ضرورت ایجاد اعتماد منطقه‌ای و تنش‌زدایی در روابط بین‌المللی بود. واقع‌گرایی در گفتمان امنیتی ملی، توسط همان کسانی مطرح و پیگیری شد که از افراد تأثیرگذار در دوران انقلاب اسلامی بودند و در فرماندهی و خاتمه جنگ هم نقش غیر قابل انکاری داشتند. به عنوان نمونه هاشمی رفسنجانی به عنوان رئیس جمهور پس از جنگ، کسی نبود که در جریان اوایل انقلاب نقش نداشته باشد ولی بی‌تردید با توجه به تجربه حکومت‌داری و هزینه‌هایی که در این زمینه داده شد، توجه به بازسازی کشور و جلب اعتماد بین‌المللی برای توسعه اقتصادی و اجتماعی کشور را سرلوحه برنامه‌های دولت خود قرار داد. به صورت قاطع می‌توان ادعا کرد این واقع‌بینی در امنیت ملی و توجه به هنجارهای بین‌المللی نه تنها با آموزه‌های شریعت ناسازگار نبود، بلکه شالوده‌های آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی به عنوان میثاق ملی استوار گردیده و اتفاقاً رئیس‌جمهور قانوناً مسئول حفظ

و حراست این بنیانهای اساسی و از جمله آنها تمامیت ارضی کشور است. واقع‌گرایی در امنیت ملی و احترام به حق حاکمیت کشورها و لزوم مراقبت از قلمرو جغرافیای سرزمینی در اصول مختلف قانون اساسی پیش‌بینی شده است:

در بند ۱۱ اصل سوم و در اصل ۹ قانون اساسی، حفظ استقلال و تمامیت ارضی کشور از وظایف دولت و آحاد ملت ذکر شده است.

در اصل ۷۸ قانون اساسی، هرگونه تغییر در خطوط مرزی کشور ممنوع اعلام گردیده و تغییرات جزئی صرفاً در صورتی که به مصلحت کشور باشد و به استقلال و تمامیت ارضی کشور لطمه نزند، آن هم با تصویب چهار پنجم مجمع نمایندگان مجلس مجاز شمرده شده است.

در اصل ۱۲۱ حراست از مرزها و حفظ استقلال سیاسی و اقتصادی و فرهنگی، یکی از فزاینده‌های سوگند رئیس‌جمهور در برابر نمایندگان مردم در مجلس است. در اصل ۱۴۳ قانون اساسی، پاسداری از استقلال و تمامیت ارضی، از وظایف ارتش جمهوری اسلامی ذکر شده است.

در اصل ۱۵۲، بر حفظ استقلال همه‌جانبه و تمامیت ارضی کشور پافشاری شده و بالاخره در اصل ۱۷۶ که در بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ اضافه گردیده، حفظ تمامیت ارضی کشور از اهداف ایجاد شورای عالی امنیت ملی ذکر شده است.

اصل ۱۵۴ قانون اساسی با وجود اینکه «سعادت انسان در کل جامعه بشری را آرمان خود می‌داند و استقلال و آزادی و حکومت حق و عدل را حق همه مردم جهان می‌شناسد»، در عین حال تصریح می‌کند که «بنابراین در عین خودداری کامل از هرگونه دخالت در امور داخلی ملت‌های دیگر از مبارزه حق‌طلبانه مستضعفان در برابر مستکبران در هر نقطه از جهان حمایت می‌کند». یا در اصل ۱۵۰ که به تأسیس نهاد سپاه اشاره می‌کند، بر ایفای نقش در نگهداری از انقلاب و دستاوردهای آن تأکید نموده و یا در اصل ۱۵۱ که به فراهم‌سازی امکانات آموزش نظامی برای همه افراد کشور اشاره شده، هدف از این کار را توان دفاع از کشور و نظام جمهوری اسلامی ذکر نموده است. علاوه بر این در بیانات و پیامهای بنیانگذار جمهوری اسلامی، به ویژه در آغازین سالهای پیروزی انقلاب، توجه و تأکید بسیار زیادی بر پایداری ایران به هنجارهای

بین‌المللی و احترام به حق حاکمیت کشورها مشاهده می‌گردد. در این خصوص بیان مفهوم صدور انقلاب که از طرف مخالفان به منظور ایجاد بدبینی و تنش در روابط با همسایگان به کشورگشایی و عدم پابندی به حاکمیت ملی دولتهای دیگر تفسیر می‌گردید، امام به صورت مکرر چنین تصریح می‌کنند:

ما با کسی جنگی نداریم، امروز انقلاب ما صادر شد است. در همه جا اسم اسلام است و مستضعفین به اسلام چشم دوخته‌اند... ما چیزی جز پیاده شدن احکام اسلام در جهان نمی‌خواهیم (صحیفه نور، ۱۳۷۰: ۱۵/۳۲۲).

صدور با سرنیزه، صدور نیست؛ صدور با زور، صدور نیست؛ صدور آن وقتی است که اسلام، حقایق اسلام، اخلاق اسلامی، اخلاق انسانی در آنجا رشد کند (همان: ۱۳/۴۹۰).

ما با هیچ کشوری، چه اسلامی و چه غیر اسلامی سر جنگ نداریم و طالب صلح و صفا برای همه هستیم و تا کنون نیز به دفاع که برای هر کس فریضه‌ای است الهی و حقی است انسانی برخاسته‌ایم و هرگز قصد تجاوز به کشورهای دیگر را نداریم (همان: ۱۶/۱۵۹).

در همین رابطه، نامه امام به گورباچف به عنوان آخرین رهبر شوروی قبل از فروپاشی، بسیار مهم و حاکی از دیدگاه ایشان در خصوص حق حاکمیت کشورها و به رسمیت شناختن مرزهای سرزمینی است. در این پیام بعد از ذکر مباحث مهم معرفتی و فلسفی که بر اساس عنصر دعوت به معنویت و فضیلت مطرح گردیده، آمده است: «در هر صورت کشور ما، همچون گذشته به حسن هم‌جواری و روابط متقابل معتقد است و آن را محترم می‌شمارد» (همان: ۲۱/۲۲۶).

جالب اینکه در پاسخ گورباچف هم به جمله پایانی پیام امام به شکل روشنی اشاره شده و تصریح شده است که «حرفهای شما راجع به حسن نیت رهبری ایران جهت داشتن روابط حسنه و حسن هم‌جواری با اتحاد شوروی، با واکنش خوب از طرف رهبران شوروی مواجه شده است. ما دارای یک مرز مشترک هستیم...» (همان: ۲۲۹).

در مجموع می‌توان گفت: مرز به معنای اصطلاحی و متعارف در حقوق بین‌الملل، در گفتمان دوران تثبیت انقلاب اسلامی مورد عنایت قرار گرفته و با رعایت اصل حسن هم‌جواری و تعامل مثبت با دولتهای مستقل پیرامونی، تلاش برای حراست از مرزهای

ملی و استفاده از امکانات نرم‌افزاری و سخت‌افزاری برای انسداد مرزها و مرزبانی حرفه‌ای مورد توجه قرار گرفته است. با وجود اینکه بحرانهای منطقه‌ای متعددی در این دوره در محیط پیرامونی مرزهای جمهوری اسلامی وجود داشته است که حمله آمریکا و متحدان غربی آنها به افغانستان و عراق از مهمترین آنهاست، اراده جمهوری اسلامی ایران بر حراست از مرزهای سرزمینی و تلاش برای تنش‌زدایی در روابط با همسایگان و تعامل منطقی با نیروهای خارجی حاضر در منطقه و پرهیز از هرگونه بهانه‌تراشی برای مداخله در کشور و تجاوز به قلمرو سرزمینی ایران بوده است. علاوه بر این، بر اساس گزارشهای سالانه ایران به کمیته ضد تروریسم شورای امنیت سازمان ملل متحد که در اجرای تصمیم شماره ۱۳۷۳ این شورا در سال ۲۰۰۱ ایجاد شده،^۱ جمهوری اسلامی ایران تلاش نموده است تا همکاری و همراهی خود با اقدامات بین‌المللی برای مبارزه با تروریسم و جلوگیری از حمایت مالی از تروریسم را ابراز دارد.^۲

علاوه بر این، دستگیری افرادی از گروه تروریستی القاعده که از مسیر مرزهای ایران قصد عزیمت به عراق را داشتند و تحویل آنها به کشورهای متبوع خود (یونسی: ۱۳۸۴)، اقدامات گسترده در کنترل و انسداد مرزها برای محدود کردن عبور و مرور غیر مجاز به ویژه در شرق کشور و امضای قراردادهای همکاری امنیتی و مرزی دو یا چندجانبه با کشورهای همسایه (Aghababaei & Rezaei, 2009: 333-341) از اقدامات گسترده دیگری است که می‌تواند حاکی از واقع‌نگری در گفتمان امنیت ملی و توجه به مرزهای سرزمینی و نقش تأثیرگذار آن در حفظ استقلال و حفظ تمامیت ارضی کشور باشد.

نتیجه

با توجه به سؤالات و فرضیه‌های مطرح شده در این پژوهش، نتایج حاصل از بررسیها در خصوص سؤال نخست، حاکی از این است که در آموزه‌های دینی، حراست از مرزها و مراقبت از سرحدات برای جلوگیری از تردد افرادی که به هر دلیل می‌توانند به منافع مسلمانان آسیب برسانند امری بسیار مهم و باارزش است تا حدی که در روایات نقل

1. www. UN, Resolution 1373, S/RES/1373 (2001).
2. www. UN, S/2007/142 , S/2005/224.

شده، مرزبانی در ردیف عبادت‌های مهم اسلامی همچون نماز آورده شده است. اهمیت این امر به ویژه وقتی هویدا می‌گردد که برخی امامان شیعه، با وجود اینکه چه بسا حاکمان سیاسی عصر خود را به رسمیت نمی‌شناختند اما مرزبانان را به عنوان حافظان سرحدات اسلامی مورد عنایت و تفقد و دعای خویش قرار می‌دادند.

در خصوص سؤال دوم، مطالعه در قانون اساسی جمهوری اسلامی و تحلیل گفتمان غالب در مناسبات جمهوری اسلامی با کشورهای هم‌جوار و پیرامون، حاکی از به رسمیت شناختن مرز به مفهوم حقوق بین‌الملل امروزی است. اشارات برخی اصول قانون اساسی به رسالت و مسئولیت‌پذیری در قبال مسلمانان، مستضعفان و جهان اسلام، با تأکید قانون اساسی و رویه عملی رهبران ایران به معنای عدم پایبندی به حق حاکمیت ملی و یا بی‌احترامی به تمامیت ارضی دیگران نیست. در عین حال باید اذعان کرد عدم شناخت یا سوء ظن نسبت به آرمانهای انقلابی و تلقی نادرست نسبت به رسالت‌های انقلاب که در قانون اساسی مورد اشاره قرار گرفته است، مخاطرات متعددی برای ایران داشته است که تهاجم به قلمرو سرزمینی ایران و تحمیل جنگ طولانی از جمله آنهاست. به هر حال پس از پایان جنگ و با شفافیت گفتمان امنیت ملی در ایران، توجه به سرزمین و تلاش برای توسعه اقتصادی، اجتماعی و سیاسی، در سرلوحه فعالیت‌های دولت ایران قرار گرفت. حوادث سال‌های آغازین قرن بیست و یکم و به ویژه جهانی شدن تروریسم، توسعه تجارت غیر قانونی مواد مخدر، تجارت سلاح و قاچاق انسان به ویژه زنان و کودکان، توجه جهانی به حراست از مرزها و اقدامات پیشگیرانه در مبادی ورودی زمینی، دریایی و هوایی را سبب شده است.

سخن آخر اینکه دیوارها، سیم خاردارها و مرزبان‌های مسلح، امنیت ایجاد نمی‌کنند. امنیت پایدار در سطح جهانی نیاز به فهم و ریشه‌یابی منشأ ناامنیها و مبارزه صادقانه و گزینشی با آنها دارد و حل بحران‌های منطقه‌ای نیز به اراده جمعی همه کشورهای و سرمایه‌گذاری جمعی برای حل بحران نیازمند است. تا رسیدن به این آرمان، چاره‌ای جز حراست از مرزها برای جلوگیری از سرریز شدن بحران از کشورهای هم‌جوار و جلوگیری از تردهای غیر مجاز مرزی و استفاده از سرزمین ایران برای اهداف و مقاصد مجرمانه که بهانه‌ای برای تهدید تمامیت ارضی کشور است وجود ندارد.

کتاب‌شناسی

۱. ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، چاپ سوم، بیروت، صادر، ۱۴۱۴ ق.
۲. حافظ‌نیا، محمدرضا، *مبانی مطالعات سیاسی - اجتماعی*، قم، سازمان حوزه‌ها و مدارس علمیه خارج از کشور، ۱۳۷۹ ش.
۳. حایری یزدی، مهدی، *حکمت و حکومت*، شاد، ۱۹۹۵ م.
۴. حبیبی، ضامن علی، «مرزهای دولت نبوی»، *مجله حکومت اسلامی*، شماره ۴۳، قابل دسترس در: www.majlesekhobregan.ir.
۵. حلی، محقق، *شرائع الاسلام*، چاپ سوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۶. درایسدل و جرالد اچ. بلیک، *جغرافیای سیاسی خاورمیانه و شمال آفریقا*، ترجمه دره میرحیدر، تهران، دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی وزارت امور خارجه، ۱۳۷۴ ش.
۷. دهخدا، علی اکبر، *لغت‌نامه دهخدا*، چاپ اول از دوره جدید، تهران، چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۳ ش.
۸. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، بیروت، دار العلم، ۱۴۱۲ ق.
۹. رحمتی راد، محمدحسین، *مرزبانی، گذرنامه و اتباع بیگانه*، تهران، معاونت آموزش ناجا، ۱۳۷۴ ش.
۱۰. زارعی، بهادر و احمد پوراحمد، «سنجش دو گفتمان انقلابی و ملی در قلمرو جغرافیای امنیتی جمهوری اسلامی ایران (از ابتدای انقلاب اسلامی تا کنون)»، *پژوهش‌های جغرافیایی*، شماره ۵۵، ۱۳۸۵ ش.
۱۱. زرقاتی، سیدهادی، *مقدمه‌ای بر شناخت مرزهای بین‌المللی*، دانشگاه علوم انتظامی، ۱۳۸۶ ش.
۱۲. سبحانی، جعفر، *فروع ابدیت*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۵ ش.
۱۳. سلیمانی، حسین، *عدالت کیفری در آیین یهود*، چاپ دوم، مرکز مطالعات و تحقیقات ادیان و مذاهب، ۱۳۸۴ ش.
۱۴. شیخ خطاب، محمود، *السفارت النبوی*، مجمع ملی عراق، ۱۹۸۹ م.
۱۵. *صحیفه نور*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۷۰ ش.
۱۶. طبری، محمد بن جریر، *تاریخ طبری*، بیروت، اعلمی، بی‌تا.
۱۷. طریحی، فخرالدین، *مجمع البحرین*، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویه، ۱۴۱۶ ق.
۱۸. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.
۱۹. عمید زنجانی، عباسعلی، *فقه سیاسی*، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۷ ش.
۲۰. فاروقی، حارث سلیمان، *المعجم القانوني*، چاپ سوم، بیروت، مکتبه لبنان، ۱۹۹۱ م.
۲۱. فیرحی، داوود، *نظام سیاسی و دولت در اسلام*، تهران، سمت، ۱۳۸۲ ش.
۲۲. کدیور، محسن، *نظریات دولت در فقه شیعه*، تهران، نی، ۱۳۷۹ ش.
۲۳. متقی هندی، کنز العمال، تصحیح و فهرس صفوة السقا، بیروت، الرساله، ۱۹۸۹ م.
۲۴. مجتهدزاده، پیروز، *کشورها و مرزها در منطقه ژئوپلیتیک خلیج فارس*، ترجمه محمدرضا ملک‌محمدی نوری، تهران، وزارت امور خارجه، ۱۳۷۳ ش.
۲۵. منتظری، حسینعلی، *نظام الحکم فی الاسلام*، قم، سرایی، قم، ۱۳۸۰ ش.
۲۶. میرحیدر، دره، «ژئوپلیتیک ارائه تعریفی جدید»، *فصلنامه تحقیقات جغرافیایی*، شماره پیاپی ۵۱، ۱۳۷۷ ش.

بازگشت مداخله نظام کیفری

در قبال بزهکاری اطفال و نوجوانان در انگلستان*

□ دکتر نسرین مهرا

□ استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی و رئیس انجمن ایرانی حقوق جزا

چکیده

بزهکاری اطفال و نوجوانان، دغدغه‌ای است که همواره نظامهای کیفری و رفاهی کشورها را با مشکل روبرو کرده است. به عنوان واکنش به ناهنجاریهای اجتماعی کودکان، برخوردها متنوع بوده است. در دوره‌ای از زمان، این برخورد به صورت برخوردی خفیف و رفاه‌مدار بوده است. اما در سالهای اخیر این واکنشها به ویژه در قوانین کیفری جدید انگلستان به گونه‌ای کیفری جلوه نموده است و بیشتر در پی برخوردهای شدید است تا رفاه‌مدار. نمودهای این رویکرد در عمل متفاوت بوده است. قرار ارجاع یکی از تأسیساتی است که در پی غلبه رویکرد کیفری در برخورد با کودکان ظهور کرد. این قرار گرچه در ظاهر به منظور مقابله با وحشت‌های اخلاقی ناشی از بزهکاری کودکان و نوجوانان ظهور کرد با این حال انتقادات بسیاری را متوجه خود ساخته است؛ زیرا برخی

از ویژگی‌های مداخله‌جویانه آن موجب گردیده است تا در مقابل بسیاری از نهادهای نظام عدالت کیفری کودکان بزهکار قرار گیرد. در این مقاله با مروری بر برخوردهای خفیف کیفری با کودکان بزهکار، این قرار با ویژگی‌های خاص آن که حاکی از برخورد سختگیرانه با بزهکاری اطفال است، مورد بررسی قرار خواهد گرفت. **واژگان کلیدی:** قرار ارجاعی، بزهکاری اطفال، نظام عدالت کیفری نوین اطفال.

درآمد

طرح‌های اخطار غیر رسمی و اخطار رسمی^۱ به عنوان یک نهاد متفاوت از تعقیب رسمی در ارتباط با کودکان و نوجوانان در معرض خطر بزهکاری- رویه‌ای قدیمی در حقوق انگلستان است. در نتیجه تأثیر این دیدگاه است که دو بخشنامه مهم وزارت کشور انگلستان، استفاده از این طرحها را با هدف قضازدایی توجیه و تشویق کرده‌اند (Home Office, 1985; Home Office, 1990). چنین بخشنامه‌هایی گام مهمی به سوی استفاده از اخطار است و حتی آن گونه که برخی معتقدند این بخشنامه‌ها، استفاده از اخطار غیر رسمی را قویاً تشویق می‌کنند (Muncie, 1999: 272). این اخطارها نه تنها موجب می‌شوند که تعداد زیادی از کودکان و نوجوانان بزهکار از فرایند رسمی رسیدگی کیفری خارج شوند، بلکه سبب می‌شوند تا هیچ گونه سوء پیشینه کیفری برای این قبیل کودکان ثبت نشود. در همین راستا، کمیسیون ارزیابی^۲ بر اساس آمار موجود مربوط به اواسط دهه ۱۹۸۰ چنین برآورد کرده است که حدود ده درصد از بزهکاران جوانی که توسط پلیس شناسایی شده‌اند، اخطار دریافت می‌کنند. وزارت کشور به مقامهای مجری قانون تأکید می‌کند که اخطارهای غیر رسمی نباید در دادگاه و یا در آمار کیفری به ثبت برسد (Audit Commission, 1997: 20-21).

بخشنامه شماره ۵۹ وزارت کشور انگلستان در سال ۱۹۹۰ بیان می‌کند که اخطار برای برخورد سریع و آسان با مجرمان کم‌خطر تأسیس شده است تا موجب دوری آنان از دادگاههای کیفری بشود و بدین ترتیب احتمال تکرار جرم آنها کاهش یابد. در برخی موارد، اخطار بلافاصله پس از وقوع جرم صادر می‌شود و در برخی

1. Informal warning and caution.
2. Audit Commission.

موارد دیگر، پلیس اخطار را متعاقب کسب اطلاعات لازم در مورد طفل و خانواده او یا پس از مشاوره با سایر نهادهای درگیر صادر می‌کند. برای انجام موارد مربوط به صدور اخطار، که به کسب چنین اطلاعاتی نیاز است، گروه‌های میان‌سازمانی متولی قضازدایی^۱ در بسیاری از نقاط انگلستان و ولز تأسیس شده‌اند. این گروهها متشکل از افسران پلیس، مددکاران اجتماعی ویژه عدالت کیفری نوجوانان، افسران مراقبت و کارشناسان آموزشی است که وظیفه گردآوری اطلاعات لازم در خصوص طفل بزهکار و تصمیم‌گیری در مورد صدور اخطار را بر عهده دارند. در همین راستا در برخی از مناطق، همکاریها و ترتیبات میان‌سازمانی مفصلی در زمینه قضازدایی تدارک دیده شده است (Bell, Hodgson & Pragnell, 1999: 91-109) که هدف آن کاهش اختیارات پلیس و ایجاد شیوه‌ای چندبعدی برای تصمیم‌گیری در این زمینه است، به گونه‌ای که در هر یک از ابعاد آن یکی از نهادهای غیر پلیسی درگیر باشد. قضازدایی با ابزارهای مختلف آن، گرچه به عنوان یک ایده قابل دفاع، در اسناد بین‌المللی مربوط به کودکان نیز مورد توجه قرار گرفته است، با این حال در فرایند تحولات حقوقی در انگلستان، تغییرات زیادی را هم در شیوه اجرا و هم در مبنای شاهد بوده است. این تحولات به سوی استفاده کمتر از این ایده و گسترش مداخله کیفری در قبال بزهکاران کودک و نوجوان بوده است. در ادامه، پس از مروری بر نظام اخطاردهی به عنوان یکی از نمودهای بارز قضازدایی در انگلستان، به بررسی این تحولات و چالشهای حقوقی آن خواهیم پرداخت.

۱. اخطار و اخطاردهی

بخشنامه‌های وزارت کشور همراه با گسترش قضازدایی^۲ به عنوان یک راهکار در

1. Inter-agency Diversion Panels.

۲. یکی از شیوه‌های نیل به قضازدایی به منظور جلوگیری از ورود افراد به سیستم عدالت کیفری، اخطار قبل از دستگیری است. قضازدایی پلیسی یا واگرد در مرحله تعقیب و تحقیق بیشتر از طریق اخطار پلیس صورت می‌گیرد و شاید ساده‌ترین نوع پیشگیری از ارتکاب جرم همان اخطار باشد. در این مورد نیروهای پلیس بعد از مشورت با اعضای خانواده طفل و مددکاران اجتماعی تصمیم می‌گیرند که نیاز به پیگرد رسمی تخلف نیست (خدابنده‌لوخان کندی، ۱۳۸۱-۸۲: ۹۴).

عمل دارای تأثیر زیادی بود. برخی از بزهکاران، در فاصله سالهای ۱۹۸۵ تا ۱۹۹۵ دو بار اخطار دریافت کردند (Gibson & Cavandino, 1995: 56). حتی در سال ۱۹۹۳، ۹۰ درصد از پسران و ۹۷ درصد از دختران بزهکار، توسط پلیس از جریان عدالت کیفری رسمی خارج شدند (Gelsthorpe & Morris, 1999: 210). با این حال، سلسله حوادثی که در سالهای ۱۹۹۲ و ۱۹۹۳ رخ داد، موجب شد تا «وحشت (شوک) روانی»^۱ ناشی از رفتارهای برخی از کودکان و نوجوانان بزهکار مورد توجه قرار گرفته و قواعد کیفری مربوط به کودکان به صورت جداگانه مورد بازنگری قرار گیرد (Goldson, 1997: 124-145). آنچه در طی این بازنگری حاصل شد عبارت بود از اتخاذ یک سیاست سختگیرانه، که اخطاردهی را یک راهکار غیر قابل قبول و ناکارآمد در ارتباط با کودکان بزهکار تلقی می‌کرد. تحت تأثیر همین تلقیات بود که بخشنامه ۱۸/۹۴ وزارت کشور (Home Office, 1994) از سیاست و رویه حاکم بر اخطار به کودکان بزهکار فاصله گرفت و سیاست جدید سختگیرانه‌ای را نسبت به آنها بنا نهاد (Evans & Ellis, 1997: 1).

این تغییر نگرش در بخشنامه ۱۹۹۴ تأثیر بسیاری بر نادیده گرفتن و کم‌توجهی به نظام قضازدایی داشت.^۲ حتی شواهدی وجود دارد که نشان می‌دهد بخشنامه ۱۹۹۴ در کاهش استفاده از اخطار نقش اساسی داشته است (Ibid: 4). با انتخاب دولت کارگر جدید، یک پیش‌نویس^۳ تند با عنوان «دیگر عذر کافی است»^۴ به تصویب رسید که حاکی از موضعگیری تند و سختگیرانه این دولت در قبال

1. Moral Panic.

با وجود این و برخلاف اعتقاد عمومی نمی‌توان گفت که بیشتر جرایم را کودکان و نوجوانان مرتکب می‌شوند یا حتی آمار جرایم آنان را نمی‌توان با افزایش چشمگیر دنبال کرد. وحشت اخلاقی موجود در این باره ناشی از اغراق در نرخ و شدت جرایم کودکان است که اساساً گمراه‌کننده است و نتایج منفی آن به وضوح در جامعه و سیستم حقوقی قابل مشاهده است (ر.ک: مهرا، ۱۳۸۶ (a): ۷۵-۹۸).

۲. این بخش نامه تحت مدیریت محافظه کارانه John Major، نخست وزیر وقت انگلستان صادر شد و از این رو نتیجه آن تا حدی قابل پیش بینی بود.

3. White Paper.

4. No More Excuse.

بزهکاری نوجوانان بود. بدین ترتیب، رویکرد جدید در برخورد با جرایم نوجوانان در انگلستان و ولز در تأکید این لایحه بر مجازات اطفال بزهکار تردید جدی باقی نگذاشت (مهرا، ۱۳۸۶ (a): ۹۱).

سند مشورتی^۱ دولت تحت عنوان «برخورد با بزهکاری نوجوانان»^۲ موضعگیری صریح تری را در این زمینه اتخاذ کرد. بنا بر این سند، هرگاه نوجوان بزهکاری اخطار را نادیده بگیرد و دوباره مرتکب جرم شود، دادگاه می‌تواند مجازات شدیدی را برای او صادر کند (Home Office, 1997b: 5). از این پس شاهد هستیم که سیستم اخطاردهی که یک سیاست موفق در زمینه قضازدایی بود، از سیستم عدالت کیفری نوجوانان رخت برمی‌بندد و جای خود را به یک توییح^۳ و اخطار رسمی^۴ مداخله‌جویانه عدالت کیفری در انگلستان می‌دهد.

در تلقی سیستم جدید، مداخله زودهنگام در امور نوجوانان در صورت ضرورت ممکن است به یک مجازات قابل توجه بدل گردد. مواد ۶۵ و ۶۶ قانون جرم و بی‌نظمی ۱۹۹۸ تغییر کلی در این زمینه ایجاد کردند و به سیاست اخطاردهی پایان دادند. این مواد نظام اخطاردهی را با دو تأسیس جدید، یعنی «توییح» و «اخطار رسمی»، جایگزین کردند. مورد نخست در ارتباط با کودکانی صادر می‌شود که سابقه محکومیت کیفری نداشته باشند (Crime and Disorder Act 1998, S 65(1)(d)) و مورد دوم، ویژه کودکانی است که سابقه محکومیت کیفری دارند، مگر اینکه دو سال از اخطار قبلی آنان گذشته باشد و برای دومین بار مرتکب جرم شوند یا افرادی که جرم ارتكابی آنان به اندازه‌ای شدید نباشد که بتوان آن را با ایراد اتهام پاسخ داد (Crime and Disorder Act 1998, S 65(3)(b)). در کنار این دو حکم کلی، اخطار

1. Consultation Paper.

در مواردی که با توجه به نتایج حاصل از تحقیقات وزارت کشور، مواد قانونی دارای ابهام یا نیازمند توضیح باشند، پارلمان از طریق کمیسیونهای داخلی خود، در این باره دیدگاه خود را ارائه می‌کند. این نظریه صادر شده از سوی پارلمان را سند مشورتی می‌گویند. این اسناد، اعتباری مشابه قانون دارند.

2. Tackling Youth Crime.

3. Reprimand.

4. Final Warning.

رسمی، ممکن است در مواردی به جای توییح مورد استفاده قرار گیرد که افسر مربوطه جرم را شدیدتر از آن تشخیص دهد که اخطار ساده درباره مرتکب آن کفایت می‌کند (Crime and Disorder Act 1998, S 65(4)). زمانی که اخطار رسمی توسط پلیس صادر می‌شود، الزاماً کودک باید به یک گروه محلی مربوط به بزهکاری نوجوانان^۱ به منظور اعمال برنامه‌های بازپرورانه معرفی شود (Crime and Disorder Act 1998, S 66 (1)). دولت کارگر جدید با تکیه بر این عقیده که: «قبل از آنکه بزهکاری برای کودک به یک عادت تبدیل شود، ما می‌توانیم بزهکاران جوان امروز را از حرفه‌ای شدن در آینده باز داریم» (Home Office, 1997b: para 47)، به یک دیدگاه مداخله‌جویانه کیفری در قبال کودکان بزهکار متوسل شد. از همین روست که مداخله همه‌جانبه زودرس، اساس نظام جدید عدالت کیفری نوجوانان را تشکیل می‌دهد (Home Office, 1998: 10).

۲. جایگزین مکانیسم اخطار و چالشهای آن

رویکرد جدید قانون نسبت به کودکان بزهکار، دست کم چهار نگرانی یا ایراد عمده را برانگیخته است. نخستین ایراد، ناظر به صدور توییح و اخطار رسمی، ارجاع کودک به یک گروه مربوط به بزهکاری نوجوانان و تعقیب جرم است که به صورت انحصاری در اختیار پلیس قرار دارد. NACRO^۲ بر این عقیده است که در

1. Youth Offending Team.

در ارتباط با چیستی این گروه و نیز دریافت تفاوت آن با هیئت اطفال و نوجوانان (Youth Offender Panel) ر.ک: مهر، ۱۳۸۳: ۱۶۹.

۲. انجمن کمک به زندانیان آزادشده مرکزی (Central Discharged Prisoners' Aid Society) در دسامبر ۱۹۲۴ تأسیس شد. در اکتبر ۱۹۶۰، نام این انجمن به سازمان ملی انجمنهای کمک به زندانیان آزادشده (National Association of Discharged Prisoners' Aid Societies) تغییر یافت و در مارس ۱۹۶۶ به سازمان ملی مراقبت و بازپذیری مجدد مجرمان در جامعه (National Association for the Care and Resettlement of Offenders) تبدیل شد. این سازمان به سرعت به بزرگترین مرکز خیریه مطالعاتی مرتبط با سیستم عدالت کیفری در انگلستان و ولز تبدیل شد و به ویژه در دهه ۷۰ و ۸۰ قرن بیستم میلادی اغلب درگیر بررسی سیاست‌گذارهای دولت بریتانیا بود. این سازمان به ویژه با وزارت کشور که مسئولیت زندانها و سرویسهای مراقبتی را بر عهده دارد، در ارتباط است. در سال ۱۹۹۹، سازمان نام خود را به صورت رسمی NACRO قرار داد.

این زمینه مقرر قانونی و رهنمود خاصی برای استفاده از گروههای میان‌سازمانی وجود ندارد (NACRO, 1998: 1). به عبارت دیگر، مدیریت نظام جدید منحصرأ در اختیار پلیس است (Gordon, Cuddy & Black, 1999: 39).

این امر یک مشکل اساسی ایجاد می‌کند؛ زیرا انحصارگرایی در فرایند عدالت کیفری کودکان بی‌گمان با هدفهای سیستم در تضاد است. این مشکل زمانی مضاعف می‌نماید که هیچ الزامی برای افراد تصمیم‌گیر برای گذراندن دوره‌های آموزشی و کسب مهارت‌های خاص مربوط به نحوه برخورد با کودکان وجود نداشته باشد. این آموزشها، علاوه بر اینکه افراد را قادر می‌سازد تا به نحو بهتر و مؤثرتری اقدام کنند، الزامی است که از سوی کمیته حقوق کودک سازمان ملل متحد نیز برای دست‌اندرکاران تصمیم‌گیری درباره اطفال و نوجوانان بزهکار پیش‌بینی شده است (Bell, 1999: 200).

به موجب قاعده ۱۲ قواعد پکن نیز، افسران پلیس درگیر در فرایند پاسخ‌دهی به بزهکاری نوجوانان، ملزم به گذراندن دوره‌های آموزشی ویژه شده‌اند. با این حال، در سیستم جدید عدالت کیفری نوجوانان تنها پلیس است که همزمان وظیفه تعقیب، تحقیق و تصمیم‌گیری و ایفای نقش در هیئت منصفه خاص کودکان و نوجوانان بزهکار را به عهده دارد.

واگذاری این اختیارات به پلیس، به عنوان تنها مرجع درگیر در این زمینه ممکن است در عمل ما را با مشکل مواجه سازد؛ زیرا دلایلی در این باره موجود است که نشان می‌دهد مأموران پلیس، برخی پرونده‌ها را به صورت غیر منصفانه‌ای به سمت دادرسی کیفری رسمی هدایت می‌کنند. از جمله این موارد، جرایم ارتكابی توسط زنان است که باعث می‌شود پرونده آنان به نظام دادرسی رسمی ارسال شود، در صورتی که اگر همین جرایم توسط مردان ارتكاب یابد، شدید تلقی نمی‌شوند (Hughes, Pilkinton & Leiston, 1998: 26-27). در این مورد تحقیقات دیگری نیز نشان می‌دهد که چنین تبعیضهایی بر مبنای جنسیت نیز در رویه عملی وجود دارد (Worral, 1999: 28-50). به علاوه، این گرایش سخت‌گیرانه کیفری نسبت به سیاه‌پوستان (Goldson & Chigwada-Bailey, 1999: 51-74) و مسلمانان (مهر، ۱۳۸۶: (b): ۵۹-۷۰) نیز

بیشتر است.

آن گونه که قبلاً گفته شد، زمانی که افسر پلیس یک اخطار نهایی در ارتباط با کودک بزهکار صادر می‌کند، باید کودک را به «گروه مربوط به بزهکاری نوجوانان» ارجاع دهد. بر اساس معیارهای ملی عدالت کیفری نوجوانان^۱، این ارجاع باید ظرف یک روز کاری صورت گیرد و گروه مربوط به بزهکاری نوجوانان باید به نوبه خود ظرف پنج روز از صدور اخطار، با کودکان موضوع اخطار در ارتباط باشد (Youth justice Board for England and Wales, 1999: paras. 5.2-5.3). به علاوه ظرف ۱۰ روز از تاریخ صدور اخطار نهایی، گروه مربوط به بزهکاری نوجوانان باید یک گزارش مبنی بر ارزیابی وضعیت کودک صادر نماید (Ibid: Para. 5.4) که در آن، موارد زیر مورد توجه قرار می‌گیرد:

۱- حداقل یک مصاحبه با کودک بزهکار، ۲- یک مصاحبه با والدین کودک بزهکار یا ولی او، ۳- وجود گزارشها یا هرگونه اطلاعات در ارتباط با طفل از سوی پلیس، اداره بهداشت یا خدمات اجتماعی، ۴- نتیجه مذاکره با اشخاص یا سازمانهایی که اخیراً با کودک بزهکار در ارتباط بوده‌اند (Ibid: Para. 3.2).

چنانچه برآوردی که بر اساس این اطلاعات از کودک به عمل می‌آید، بیانگر نیاز او به برنامه‌های اصلاحی باشد،^۲ گروه مربوط به بزهکاری نوجوانان باید برنامه‌ای را طرح‌ریزی کند که شامل این موارد باشد: ۱- شناسایی عوامل تأثیرگذار بر بزهکاری، ۲- بیان نقش والدین یا اولیای کودک در کمک به برنامه‌های بازپروری، ۳- بیان نتیجه ارتباط با بزه‌دیده یا تلاشهایی که در این باره صورت گرفته است، ۴- بیان برنامه‌هایی که جهت افزایش آگاهی بزهکار از صدمات حاصل از جرم یا جبران آن صورت گرفته است (Ibid, 1999: para. 5.4).

این نکته را می‌توان چالش دوم در ارتباط با راهکار جدید دانست؛ زیرا اولویتهای مداخله‌جویانه، که اخطار رسمی بر پایه آن بنا شده است، ایرادهایی را در

ارتباط با تناسب جرم با میزان مداخله کیفری، به ویژه اگر جرم ارتكابی از نوع خفیف باشد، مطرح می‌سازد.

سومین ایراد را می‌توان در ماده (۵) ۶۶ قانون جرم و بی‌نظمی ملاحظه کرد. بر اساس این ماده، هرگونه کم‌کاری یا کوتاهی در ضمن برنامه‌های اصلاحی و یا اصولاً هرگونه توبیخ و اخطار رسمی که نسبت به یک کودک بزهکار صادر شده است باید در ضمن رسیدگی کیفری مورد توجه قرار گیرد؛ زیرا برای مؤثر واقع شدن برنامه‌های پیشگیرانه، باید از سوی کودک بزهکار و والدین او، انگیزه کافی جهت شرکت و دخالت در برنامه‌های مداخله‌جویانه وجود داشته باشد. بدین منظور، هرگونه عدم همکاری بدون دلیل موجه، باید ثبت شود و در تعیین مجازات در جرایم بعدی کودک مورد لحاظ قرار گیرد (Home Office, 1997b: paras. 65-68). نتیجه این گزاره قانونی آن است که در صورت ارتكاب جرایم بعدی، زمانی که کودک موضوع توبیخ و اخطار رسمی است، دادگاه برخورد سخت‌تری را نسبت به او اعمال خواهد کرد، به ویژه اگر مأموران مراقب طفل، عدم همکاری یا شرکت وی را در برنامه‌های اصلاحی به دادگاه گزارش کرده باشند.

بر اساس این فرایند، دادگاههای صلح، اخطار را به عنوان یک نتیجه مورد استفاده قرار می‌دهند؛ زیرا همواره این پرسش وجود دارد که معیار شکست یک برنامه اصلاحی چیست؟ معیار عدم تمایل کودک یا والدین او برای شرکت در این برنامه‌ها چیست و اصولاً تفاوت این اخطار با ضمانت اجرایی چون قرار الزام به انجام رفتار خاص^۱ چیست؟ (Bell, 1999: 201-202) این پرسشها، چالشهای اساسی در این باره محسوب می‌شوند که نیافتن پاسخ مناسب و منطقی برای آنها ایراد اساسی برای سیستم اخطاردهی نوین در حقوق انگلستان است.

چهارمین نکته را که بی‌ارتباط با مورد سوم نیست باید در ماده (۴) ۶۶ قانون جرم و بی‌نظمی ۱۹۹۸ جستجو کرد. مطابق این ماده، چنانچه طفل ظرف دو سال از تاریخ دریافت اخطار رسمی مرتکب جرم شود، دادگاه نمی‌تواند حکم به تعلیق مشروط

1. National Standard for Youth Justice.

۲. لازم به ذکر است که اصل بر این است که کودک به چنین برنامه‌هایی نیاز دارد (Home Office, 1997b: para. 56).

1. Action Plan Order.

صدور مجازات^۱ صادر نماید، مگر اینکه شرایط استثنایی در این باره وجود داشته باشد که صدور چنین حکمی را توجیه کند. این حکم باید حاوی یک مجازات نسبتاً شدید باشد تا کودک بزهکار را از ارتکاب جرم یا ناسازگاری باز دارد. در چنین مواردی، تعلیق مشروط صدور حکم مجازات به عنوان جایگزین، به هیچ وجه در اختیار دادگاه قرار نخواهد داشت (Home Office, 1997b: 3 and paras. 54, 57, 69).

این توصیه پیامدی اساسی را در پی خواهد داشت. مطابق نظر کمیسیون ارزیابی، تا قبل از ظهور سیستم جدید، ۲۸ درصد از پرونده‌های دادگاه نوجوانان منجر به برائت^۲ می‌شد (Audit Commission, 1997: 36). تأثیر سیستم جدید بر این فرایند آن است که نزدیک به تمام این پرونده‌ها با کیفر، پاسخ داده خواهد شد و این همان چیزی است که دولت کارگر جدید انگلستان خواستار آن است. اجرای «کیفر» به عنوان پیامد چنین فرایندی از مجرای «قرار ارجاع»^۳ و مداخله‌های کیفری همراه آن صورت خواهد گرفت که در بخش اول قانون عدالت نوجوانان و ادله کیفری ۱۹۹۹ بیان شده است (Goldson, 2000b). به موجب این بخش، «قرار ارجاعی» بر این اساس طراحی شده است که به ملاکی برای اعمال مجازات نسبت به کودکان در دادگاه

1. Conditional Discharge.

در قبال جرائم کم‌اهمیتی که تأثیر بسیار اندکی در نقض نظم عمومی دارند، دادگاه می‌تواند از قرار تعویق مشروط صدور حکم مجازات استفاده نماید. این قرار به ویژه در ارتباط با مرتکبان جوانی که بین ۱۸-۲۱ سال سن دارند و فاقد سابقه کیفری بوده و برای نخستین بار مرتکب جرم کم‌اهمیتی شده‌اند مورد استفاده قرار می‌گیرد. در صدور این قرار، ضعیف بودن احتمال ارتکاب مجدد جرم توسط متهم به واسطه موقعیت مناسب اجتماعی و شغلی و فقدان سابقه کیفری از اهمیت برخوردار است. دادگاه با صدور این قرار، حکم محکومیت مرتکب را صادر می‌کند، لیکن تعیین مجازات را برای وی به مدت حداکثر سه سال به تعویق می‌اندازد. چنانچه در طول این مدت شخص یادشده مرتکب جرم جدیدی شود، علاوه بر مجازات جرم ارتکابی، قرار تعویق صدور حکم مجازات نیز لغو و دادگاه برای وی مجازات مناسب را تعیین خواهد نمود. حسب آمارهای ارائه شده در سطح دادگاه‌های صلح در انگلستان، تعداد قابل توجهی از پرونده‌های مطروحه با صدور چنین قرار خاتمه پیدا می‌کنند. محاکم اغلب به صدور این قرار در ارتباط با متهمان مؤنث تمایل نشان داده‌اند. به گونه‌ای که تعداد موارد صادرشده حسب جنسیت مرتکبان، ۷ درصد برای مردان و ۱۵ درصد برای زنان بوده است (مهرا، ۱۳۸۵-۸۶: ۶).

2. Discharge.

3. Referral Order.

نوجوانان یا دادگاه صلح تبدیل شود.^۱ این قرار برای کودکانی که برای نخستین بار مرتکب جرم می‌شوند اعمال می‌شود. چنین کودکانی به صورت طبیعی توسط دادگاه نوجوانان به هیئت بزهکاری نوجوانان ارجاع می‌شوند. این هیئتها برنامه‌های رفتاری را برای کودکان در نظر می‌گیرند که کودک بزهکار ملزم به اجرای آن است. هدف اصلی این برنامه، پیشگیری از تکرار بزهکاری توسط کودک است.

الف) بی توجهی به قضازدایی

برنامه‌های قضازدایی از نظر مبنایی برخاسته از تعامل سازمانها و واکنشهای اجتماعی نسبت به بزهکاری اطفال است. این اندیشه از آنجایی ناشی می‌شود که ارتکاب بزه توسط نوجوانان و تخطی آنها از قوانین امری غیر معمول نیست و یا شاید «خطا کاری» به عبارتی، حقی برای کودک محسوب شود (دوگلاس، ۱۳۸۳: ۱۸۶-۲۱۶). افزون بر این، تفاوت‌های روانی یا محیطی بزهکاران و غیر بزهکاران ممکن است افراد را در نظام عدالت کیفری گرفتار کند (Pearson, 1994: 1186).

بهنجاری بزهکاری نوجوانان، ادعایی است که از طریق مطالعات خود گزارشی^۲ بزهکاران برای برآورد رقم سیاه یک جرم خاص اثبات می‌شود. این مطالعات که به صورت منظم انجام می‌شوند، نشان می‌دهند که بزهکاری در دوران نوجوانی امر نامتعارفی نیست (Shapland, 1987; Graham & Bowling, 1995). دیدگاه‌های جرم‌شناسی برچسب‌زنی و واکنش اجتماعی ما را در درک قضازدایی به عنوان یک واکنش در برابر نوجوانان بزهکار کمک خواهند کرد. در گام نخست، ایراد اساسی در ارتباط با استفاده از برچسب‌های انگ‌زننده کیفری - پلیسی نسبت به نوجوانان

۱. در زمان طرح پیش‌نویس قانون عدالت نوجوانان و ادله کیفری در پارلمان، وزیر کشور در دفاع از این قرار بیان داشت که قرار ارجاعی به عنوان یک شیوه کاملاً متفاوت جهت دخالت مؤثر و کارآمد در زندگی افراد جوان محسوب می‌شود که در پی متوقف کردن بزهکاری و ارتکاب جرم توسط آنان است (Wonnacott, 1999: 271).

این دیدگاه قبل از آن توسط دولت کارگر جدید در لایحه «دیگر عذر کافی است» ارائه شده بود که در آن اقدامات شدیدتر را برای تأثیر بیشتر بر بزهکاری نوجوانان مقرر می‌داشت به ویژه کودکانی که برای اولین بار در دادگاه حاضر می‌شوند.

2. Self-Report Studies.

مطرح می‌شود. استفاده از چنین برچسبهایی که پیرو واکنش اجتماعی منفی نسبت به جرایم نوجوانان صورت می‌گیرد، نتیجه‌ای جز مداخله در زندگی نوجوانان در پی ندارد. به علاوه، چنین برچسبهایی به سادگی «دیگران» را می‌سازند و این تلقی، مداخلات بعدی بیشتری را می‌طلبد. از سوی دیگر، این برچسبها شخصیت مجرمانه نوجوانان را ساخته و به رسمیت می‌شناسند و این نکته‌ای است که موجب می‌شود تا لیمرت چنین ابراز عقیده نماید که «کنترل اجتماعی خود منجر به انحراف اجتماعی» می‌گردد (Lemert, 1967) و متزا را بر آن واداشت که بر عقیده خود ثابت قدم شود: واکنشهای مداخله‌جویانه دارای ماهیت خودتخریبی^۱ هستند و موجب موضع‌گیری جامعه در برابر بزهکاران می‌شوند (Matza, 1969: 80).

افزون بر مطالعات و دیدگاههای جرم‌شناسانه، تحقیقات عملی در این زمینه نیز نتایج معکوس این گونه دخالتها را اثبات کرده‌اند. از جمله این تحقیقات که در دانشگاه لانکاستر انگلستان صورت گرفت، محققان در ضمن آن، با دقت پیامدهای فرایند مداخله نظام کیفری را مورد بررسی قرار دادند. حتی زمانی که این مداخلات در زندگی کودکان بزهکار با انگیزه‌های حمایتی صورت می‌گرفت، نتیجه آن حاکی از افزایش گرایشهای کیفری در پاسخ به بزهکاری نوجوانان بود. با لازم الاجرا شدن قانون کودکان و نوجوانان ۱۹۶۹، پژوهشگران در مطالعات خود به این نتیجه رسیدند که نهادهای بسیاری در ضمن این قانون طراحی و لازم الاجرا شده‌اند که اقدامهای مداخله‌جویانه بسیاری را تحت عنوان مراقبت و درمان به کودکان تحمیل می‌کنند، حال آنکه بیشتر این نهادها ماهیتی جعلی و ساختگی دارند (Thrope, Smith, Green & Paley, 1980). در تأیید نتایج به دست آمده از تحقیق دانشگاه لانکاستر، می‌توان گفت که برنامه‌های مداخله‌جویانه تربیتی اغلب به نتایج منفی منتهی شده‌اند؛ زیرا به محض آنکه یک جوان بزهکار موضوع برنامه‌های حمایتی واقع می‌شود و تلاش برای بازپروری او بی‌نتیجه می‌ماند، چاره‌ای جز توسل به مجازات باقی نخواهد ماند (Haines & Drakeford, 1992: 42) و این مجازات همان

1. Self-defeating.

چیزی است که اساساً سیستم عدالت کیفری با توسل به جایگزینهای متعدد کیفری در پی دوری از آن است.

جمع دیدگاههای ارائه شده در این باره با نتایج مطالعات عملی، در کنار خاصیت برچسب‌زنانه نظام عدالت کیفری، حامل یک چالش اساسی در ارتباط با مشروعیت و توانایی سیاستهای مداخله‌جویانه نسبت به کودکان و نوجوانان در معرض خطر خواهد بود. شاید بتوان نتیجه آشکار این چالش را در ناکارآمدی این سیاستها در تعیین منافع جامعه و مصالح کودک دانست.

این گونه سیاستهای مداخله‌جویانه زمانی بیشتر به چشم می‌آیند که قضازدایی نسبت به کودکان و نوجوانان بزهکار، بارها مورد تأکید قرار گرفته باشد (Home Office, 1985; Home Office, 1990; Crown Prosecution Service, 1986) گونه‌ای که قضازدایی به یک سیاست رسمی دولت برای نوجوانان بزهکار تبدیل شده باشد (Davis, Boucherat & Watson, 1988: 221). حتی انجمن افسران پلیس انگلستان نیز این نکته را مورد تأیید قرار داده است که بیشتر افسران بر این عقیده‌اند که قضازدایی یک برنامه مؤثر برای کنترل بزهکاری اطفال و نوجوانان بوده است (Hughes, Pilkington & Leiston, 1998: 6-33).

استفاده از چنین ابزاری یک اقدام بی‌مطالعه، بی‌هدف و یا اقدامی آسان و بی‌دردسر برای دست‌اندرکاران عدالت کیفری نبوده است. هرچند که اخطار از نظر مالی هزینه کمتری را تحمیل می‌کرده است (Audit Commission, 1996: 26)، اما آنچه را که می‌توان دلیل واقعی و اساسی در استفاده بیشتر از آن دانست مؤثرتر بودن آن در پیشگیری از تکرار جرم بزهکاران بوده است (Reid, 1997: 4).

۱. استفاده از این سیاست در عمل بسیار گسترده بوده است به گونه‌ای که کودکان ۱۴ تا ۱۶ ساله‌ای که به دلیل ارتکاب یک جرم قابل کیفرخواست اخطار دریافت نمودند از ۳۴ درصد در سال ۱۹۸۰ به ۶۹ درصد در سال ۱۹۹۰ افزایش یافتند. این نسبت در ارتباط با کودکان ۱۰ تا ۱۳ ساله بین ۶۵ تا ۹۰ درصد بود (Gelsthorpe & Morris, 1994: 997). در سال ۱۹۹۴، ۹۷ درصد از دختران ۱۰ تا ۱۳ ساله اخطار دریافت کردند (Gordon, Cuddy & Black, 1999: 3). این افزایش نسبتها در انگلستان همگام با سایر کشورهای اروپایی صورت گرفت (Ruxton, 1996: 307) و در این باره پیشنهادات گسترده‌ای نیز جهت به کارگیری بهتر و مؤثرتر این ابزارها ارائه شده است (NACRO, 1989: 15).

ب) مداخله‌های کیفری و سخت‌گیری نسبت به جرم

بازبینی سیاست مقابله با جرم به طور کلی، و جرایم اطفال به صورت خاص، مبتنی بر عناصر کلیدی است که سیاست دولت کارگر جدید انگلستان را تشکیل می‌دهد. نشستهای انتخاباتی ۱۹۹۷ نشان داد که حزب کارگر جدید مایل به انجام «بازی جرم» است. از این رو، موضوعهای جرم و ترس از جرم موقعیتی خاص در گفتمان دولت پیدا کرد (Brownlee, 1998: 313). نتیجه اینکه جرم، بر خلاف دیدگاه حاکمیت قانون در برنامه حزب محافظه کار، به موضوعی خشن در ذهن عموم تبدیل شد که مقابله هرچه شدیدتر را می‌طلبد. در سال ۱۹۷۹، مارگارت تاچر، نخست‌وزیر وقت انگلستان، کسانی که سیاست و به طور کلی فرهنگ مدارا را در ارتباط با جرایم بنا گذاشته بودند، به شدت مورد سرزنش قرار داد و قول داد که دستورالعملی صادر نماید که بدون استثنا و به صورت آشکار مقابله با جرم را مورد توجه قرار دهد (Riddle, 1989: 171). بدین سان دولت کارگر در سال ۱۹۹۷ اعلام کرد که زمان آن رسیده است که با جرم به شدت برخورد شود و در اجرای این سیاست هیچ‌گونه عذری پذیرفته نشود (Home Office, 1997a). این امر، مقدمه‌ای شد برای بازگرداندن موضوع حاکمیت قانون به سمت اجرای عدالت (Brownlee, 1998: 315).

در راستای تغییرات سال ۱۹۹۲ در حزب کارگر، گرایش به سمت عوام‌گرایی کیفری و شدت‌بخشی به مجازات‌ها بیشتر شد و اعلام گردید که حزب کارگر جدید هیچ‌گونه ملایمتی را در برخورد با جرایم نمی‌پذیرد. دو قانون جرم و بی‌نظمی ۱۹۹۸ و ادله کیفری و عدالت نوجوانان ۱۹۹۹ در پی این طرز تفکر به تصویب رسید. در این گرایش جدید سیاست کیفری، هیچ‌گونه مسامحه پذیرفته نیست و جایی برای مناقشه در برخورد با جرایم وجود ندارد.

در مرکز این مبارزه، عدالت کیفری نوجوانان قرار دارد که رویکرد سیاسی و ایدئولوژیکی جدید آن، موضعی کاملاً متضاد با رویکرد قضازدایی دارد؛ زیرا دفاع از قضازدایی، بدون توجه به اثربخش بودن آن، همواره آزمایشی بوده و در زمینه بازنویسی برنامه‌های سیاسی بسیار حساس و آسیب‌پذیر است (Rutheford, 1993: 164). این تصور که قضازدایی به معنای مدارا با بزهکاری نوجوانان است و اخطار ابرازی

ناکارآمد است، تأثیر زیادی در میان عموم از خود بر جای می‌گذارد. افزون بر این، طرز برداشت بسیاری از دست‌اندرکاران از طرح قضازدایی با کمک سازمانهای مختلف، به عنوان جایی که دولت در آن به یک ریسک دست می‌زند، عاملی مؤثر در این زمینه است (Wright, 1993: 184-186). ترکیبی از این عوامل موجب شد تا سیاست برخورد با جرایم نوجوانان تغییری آشکار به خود ببیند. این تغییرات در راستای آن بود که جرم در نطفه سرکوب و خفه شود و مردم احساس کنند که دولت انگلستان برای حل معضل بزهکاری اطفال قدمی برداشته است. این سیاست کیفری عوام‌گرا، موجب می‌شد تا برای تزریق احساس امنیت در جامعه به شدیدترین وجه با اطفال بزهکار برخورد شود. این طرز برخورد در چارچوب عدالت کیفری، به کیفرگرایی و تشدید مجازات معنا و تعبیر می‌شود.

۳. ارجاع جایگزین اخطار

«قرار ارجاع» از بسیاری از جنبه‌ها، نمونه بارزی از مداخلات زودهنگام است. بخش اول قانون عدالت نوجوانان و ادله کیفری ۱۹۹۹ زمینه صدور قرار را فراهم کرده است که آشکارا اختیارات بیشتری را برای دادگاهها در زمینه تعیین مجازات فراهم کرده است و مشتمل بر امکاناتی است که زمینه برخورد با کودکانی را فراهم آورده است که برای نخستین بار محکوم می‌شوند. دادگاهها در چارچوب استفاده از «قرار ارجاعی» می‌توانند کودکان را به نهاد جدید التاسیس «هیئتهای مربوط به بزهکاران جوان» ارجاع دهند (مهرا، ۱۳۸۳: ۱۶۹). این هیئتها، با بررسی زمینه و علل ارتکاب جرم، می‌توانند اقدام به انعقاد قرارداد^۱ با مجرم نمایند، یا برای آنها برنامه‌های رفتاری^۲ مناسب در نظر بگیرند (همان: پاورقی). قرار ارجاع از سال ۲۰۰۰ در قالب یک طرح ملی به اجرا درآمد و در عین حال انتقادات بسیاری را نیز متوجه خود ساخت (Wonnacott, 1999).

نخستین چالش در این باره را باید در «تناسب» دید. متناسب بودن مجازات

1. Youth Offender Contract.
2. Programme of Behavior.

اندیشه‌ای است که به هنگام تعیین مجازات باید مورد توجه قرار گیرد. این مهم در ارتباط با نوجوانان بزهکار بیشتر جلب توجه می‌کند. قاعده ۱-۵ قواعد پکن^۱ مقرر می‌دارد که سیستم عدالت نوجوانان باید تضمین کند که هرگونه واکنش علیه بزهکاران نوجوان متناسب با جرم ارتكابی و شخصیت آنان باشد. همچنین قاعده ۱۷-(b) و ۱۷-(d) مقرر می‌دارد که اعمال محدودیت نسبت به آزادی نوجوانان باید به حداقل ممکن کاهش یابد و بهبود وضعیت نوجوانان بزهکار باید در بررسی پرونده او، یک اصل راهنما باشد. نتیجه این توجهات آن است که مفهوم تناسب که معمولاً در ارتباط با شدت جرم به کار برده می‌شود، یک اصل حقوقی است که در پی کاهش موارد دخالت ناموجه نظام عدالت کیفری در زندگی بزهکاران است. اساس و عصاره این اصل مهم که در ماده ۴-۴۰ کنوانسیون حقوق کودک نیز پذیرفته شده است، آن است که در پرونده‌های کودکان بزهکار واکنش نسبت به بزهکار باید مناسب و عادلانه باشد. کاهش دخالت‌های غیر ضروری در زندگی بزهکاران را می‌توان با این دیدگاه مورد تأیید قرار داد. این اصل در برخی موارد با عنوان حداقل دخالت ضروری مورد اشاره قرار می‌گیرد و سابقه‌ای طولانی در حقوق کیفری دارد (Von Hirsch, 1976).

با محدود کردن «قرار ارجاع» به کودکانی که برای نخستین بار محکوم می‌شوند و یا ارجاع پرونده این کودکان به هیئت مربوط به بزهکاران نوجوان که اختیارات گسترده‌ای در زمینه اعمال برنامه‌های اصلاحی و انعقاد قرارداد با کودکان دارد، اصل تناسب مجازات در معرض خطر جدی قرار می‌گیرد. تردیدی نیست که هیئتهای نوجوانان بزهکار مطابق با ماده ۸(۲) قانون عدالت نوجوانان و ادله کیفری ۱۹۹۹، می‌توانند محدودیتهایی را نسبت به آزادی کودکان بزهکار اعمال نمایند. این محدودیتها ممکن است شامل الزام آنها به انجام کار عام المنفعه بدون دستمزد، اقامت در منزل برای مدت معین، شرکت در فعالیتهای خاص، ارائه گزارش وضعیت خود به افراد خاص، قطع ارتباط خود با افراد خاص یا محلهای خاص باشد. این

1. United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice.

اقدامات علیه بزهکاران نوجوان که برای نخستین بار مرتکب جرم شده‌اند، صورت می‌گیرد و هدف از آن پیشگیری از جرایم آینده آنان است که هدف اصلی قرار ارجاع را تشکیل می‌دهد. در این برداشت، کودک مسئول اعمال مجرمانه خود فرض شده و عواقب آن را متحمل خواهد شد. افزون بر این، وضعیت کودک باید به گونه‌ای باشد که با بزه‌دیده روبرو شود و نسبت به جبران خسارت وارده بر او تلاش نماید.

دلایل بسیاری نشان می‌دهند که برای بسیاری از کودکان در معرض خطر بزهکاری تنها یک مسئله در میان مسائل دیگر آنان است که شبکه پیچیده‌ای از مشکلات را برای او ایجاد می‌کنند (Goldson, 2000a). در این رویکرد، تأکید بر مسئولیت شخصی کودک بزهکار به خاطر رفتارهایش و مسئولیت او در قبال بزه‌دیده، در کنار قابلیت برچسب‌زنده این برخوردها که به صورت ناخواسته با واکنشها همراه می‌شوند و عدم توجه به مسئولیت دیگران - نظیر والدین - در قبال بزهکاری کودکان، باعث ایجاد احساس بی‌عدالتی در کودک می‌شود؛ این نکته‌ای است که هم از نظر اخلاقی و هم از نظر ارزشی دشوار و مسئله‌ساز است. به علاوه، دلایل کمی حاکی از کارایی مناسب این رویکرد بزه‌دیده‌محور و بازپرورانه است (Haines & Drakeford, 1999: 229-234).

دومین چالش در این راستا در ارتباط با حمایت‌های قانونی از بزهکار است. در پیش‌نویس لایحه «دیگر عذر کافی است» چنین آمده است که در مرحله اقدام به کار «هیئتهای بزهکاری نوجوانان»، هیچ‌گونه حقی بر داشتن و کیل وجود نخواهد داشت؛ زیرا چنین الزام قانونی برای برخورد مناسب هیئت با بزهکار، مانع ایجاد می‌کند. در پیش‌نویس رهنمودی که در ارتباط با چگونگی اجرای قرارهای ارجاعی صادر شده بود نیز همین نکته مورد تأیید قرار گرفته و چنین آمده است که افراد جوان در برابر هیئتهای بزهکاری اطفال از و کیل قانونی، در حین اجرای عملکرد هیئت، برخوردار نخواهند بود، بلکه هیئت، خود اقدامات لازم را به این منظور انجام خواهد داد (Juvenile Offenders Unit, 1999: paras. 3.31-3.32). این وضعیت به گونه‌ای است که برخی آن را به مراتب بدتر از محاکمه و مجازات طفل در دادگاه می‌دانند (Wonnacott, 1999: 284). گرچه مجرمیت کودک قبل از ارجاع باید در دادگاه

اطفال مورد تأیید قرار گیرد، با این حال هیچ تضمینی وجود ندارد که طفل در مرحله دادگاه نیز بتواند از وکیل استفاده کند.

افزون بر این، یکی از اقدامات مهم هیئتهای بزهکاری نوجوانان آن است که درجه مجرمیت و میزان مسئولیت کودک را همراه با عوامل تخفیف‌دهنده و تشدیدکننده مورد بررسی قرار دهد. این اقدام قبل از تعیین برنامه رفتاری یا انعقاد قرارداد با طفل صورت می‌گیرد و میزان محدودیت‌هایی را که بر آزادی طفل باید اعمال شود معین می‌کند. این مورد از جمله مواردی است که وکیل قانونی می‌تواند به صورت معمول به آنها بپردازد.

ماده ۵ از بخش اول قانون عدالت نوجوانان و ادله کیفری مقرر می‌دارد که به جای وکیل، یک شخص مناسب^۱ می‌تواند در هیئت بزهکاری نوجوانان حضور یابد و ماده (۳)۷ به یک شخص بالای ۱۸ سال، به انتخاب طفل و تأیید هیئت اجازه می‌دهد تا در این هیئت حضور یابد. گرچه وجود چنین افرادی می‌تواند به طفل کمک کند، اما نه فرد مناسب و نه فرد بزرگسال به انتخاب طفل، هیچ‌کدام نمی‌توانند جانشین مناسبی برای یک وکیل آموزش‌دیده باشند. نادیده گرفتن حق کودک بر استفاده از وکیل، آشکارا با ماده ۳ کنوانسیون حقوق کودک که «مصالح عالیة کودک» را مد نظر قرار می‌دهد، ماده (۲)۱۲ که این حق را به کودک می‌دهد تا در یک دادگاه قانونی محاکمه شود (خواه به صورت مستقیم یا به کمک یک وکیل قانونی) و ماده (b)(ii)(۲)۴۰ که به کودک اجازه می‌دهد تا از کمکهای قانونی مناسب برخوردار باشد، در تضاد قرار دارد. این گرایش در قواعد پکن نیز وجود دارد. در قاعده ۱-۱۵، آشکارا حق کودک بر استفاده از وکیل مورد توجه قرار گرفته است.

سومین نکته را باید در انعقاد قرارداد با بزهکار نوجوان توسط هیئت دید. ماده (۵)۸ از بخش یک قانون چنین مقرر می‌دارد که جایی که یک برنامه رفتاری مورد توافق هیئت بزهکاری نوجوانان و نوجوان بزهکار قرار گرفت، هیئت باید این برنامه

1. Appropriate Person.

را به صورت مکتوب در آورده و به امضای طفل برساند تا لازم الاجرا شود. این قرارداد با ایرادهایی روبروست. نخست باید بررسی کرد که چه محدودیت‌هایی برای آزادی طفل اعمال شده است که وی تن به پذیرش چنین قراردادی بدهد. مهمتر اینکه، این فرض که یک کودک، به عنوان نمونه ۱۰ ساله، بتواند اقدام به امضای یک قرارداد کند، اساساً سؤال برانگیز است. این دو نکته زمانی پررنگتر می‌شود که توجه داشته باشیم طفل در این مراحل از داشتن یک وکیل قانونی نیز محروم است و عدم اجرای شرایط قرارداد ممکن است پیامدهای کیفری برای وی در پی داشته باشد.

نتیجه

مطالعات جرم‌شناختی رابطه نزدیکی را میان محرومیت و بزهکاری نوجوانان نشان داده است (Merton, 1942; Whyte, 1943; Parker, 1974).

عواملی که کودکان را به سمت بزهکاری سوق می‌دهند تحت «عنوان عوامل» خطر بررسی شده و مجموعه متنوعی را شامل می‌شوند: یکی از این عوامل فقر است که به عقیده برخی، از سال ۱۹۸۰ در میان کودکان بریتانیایی رو به افزایش است (Bradshaw, 1999)، به گونه‌ای که در حال حاضر این عامل در بریتانیا بیشتر از سایر کشورهای اتحادیه اروپا به چشم می‌خورد (Gregg, Harkness & Machin, 1999). کودکان بزهکار به طور معمول در یک وضعیت اقتصادی-اجتماعی سختی زندگی می‌کنند. این وضعیت برای بزهکاران دختر و پسر به طور مساوی و یکسان وجود دارد و بیشتر بر بزهکاران جوانتر از ۱۵ تا ۱۷ سال تأثیرگذار است. این تأثیر بیشتر بر کودکان ۱۲ تا ۱۴ ساله مشاهده شده است (Crowley, 1998). از این نکته می‌توان چنین نتیجه گرفت که بزهکاری از شرایط و تجارب زندگی نوجوان، به ویژه شرایط زندگی آسیب‌دیده آنان، ناشی می‌شود (Ibid: 25).

برخی از نویسندگان شرایط زندگی کودک در معرض خطر را مورد توجه قرار داده‌اند (Haines & Darkeford, 1999: 141-178) و برخی دیگر مشکلات موجود در روابط خانوادگی و زندگی شخصی کودک و میزان برخورداری او از خدمات

حمایتی - درمانی را دارای تأثیر بیشتری دانسته‌اند (Bottoms, 1995).

با توجه به نتایج حاصل از این تحقیقات، کودکان خانواده‌های فقیر به ناچار بیشتر در فرایند کیفری درگیر می‌شوند؛ فرایندی که امروز اختیارات گسترده‌ای برای مداخله در بزهکاری اطفال دارد. این نظام، با نظام مداخله‌گر اواخر دهه ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰ که در پی درمان و بازپروری اطفال بزهکار بود، تفاوت دارد و در عوض، برای کسب مشروعیت، اولویت را به برخورد با استفاده از معیارهای کیفری، بازدارندگی و اصلاح می‌دهد و بر مسئولیت کیفری کودک تأکید می‌کند. از این‌رو، سیستم جدید، کودک را در معرض خطر پیامدهای منفی اقدامهای هیئت‌های بزهکاری نوجوانان و مداخله‌های فرایند غیر رسمی رسیدگی به جرایم آنان قرار می‌دهد که می‌تواند شدیدتر از مداخله و اقدامهای فرایند کیفری رسمی یعنی دادگاه باشد. این فرایند غیر رسمی جدید، تعقیب نوجوان بزهکار را تشویق کرده (Bell, 1999)، باعث نقض حقوق کودک می‌شود و در یک تحلیل کلی بیشتر باعث درگیر شدن کودکان آسیب‌پذیر در فرایند جنایی خواهد شد.

همین نتایج از کارنامه نظام جدید موجب شد که کمیته حقوق کودک سازمان ملل در سال ۲۰۰۲ نگرانی خود را در این باره اعلام نماید (مهر، ۱۳۸۶: ۹۴). زمانی که کمیته، گزارش دولت بریتانیا را در ارتباط با مطابقت سیاستهای مقابله با کودکان و نوجوانان بزهکار با مقررات کنوانسیون حقوق کودک و سایر استانداردهای بین‌المللی، معاهدات و قواعد، مورد بررسی و مقایسه قرار داد، به این نتیجه رسید که این سیاستها یکی پس از دیگری مقررات کنوانسیون را نقض کرده‌اند (Goldson, 1997: 142).

انتقادات و مطالعات جرم‌شناختی در این باره موجب شد تا دولت کارگر جدید در کنار اقدامات کیفری مداخله‌جویانه، به برخی سیاستهای پیشگیرانه غیر کیفری نیز متوسل شود که از جمله می‌توان به صرف ۴۵۰ میلیون پوند در راستای برنامه‌های آموزشی و تربیتی قبل از بزهکاری، ۱۹ میلیارد پوند جهت افزایش استانداردهای آموزشی، ۵۰۰ میلیون پوند جهت اجرای برنامه کاهش اخراج از مدرسه و... اشاره کرد (UK Government, 1999).

کتاب‌شناسی

۱. خدابنده‌لوخان کندی، اصغر، بررسی تطبیقی دادرسی اطفال بزهکار در حقوق ایران و انگلستان، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۱۳۸۱-۸۲ ش.
۲. دوگلاس، گیلیان، «حق کودک بر خطاکاری: مسئولیت کیفری و صغیر نابالغ»، ترجمه نسرين مهر، مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۳، پاییز ۱۳۸۳ ش.
۳. مهر، نسرين، «ترمیمی شدن عدالت کیفری صغار در انگلستان و ولز»، در: علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، تهران، سمت، ۱۳۸۳ ش.
۴. همو، تقریرات درس آیین دادرسی کیفری تطبیقی، گردآوری امیر ایروانیان، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۱۳۸۵-۸۶.
۵. همو، «مسلمانان در سیستم عدالت کیفری انگلستان»، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، سال دوم، شماره چهارم، پاییز ۱۳۸۶ (b).
۶. همو، «نظام عدالت کیفری اطفال و نوجوانان در انگلستان و ولز»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۶، پاییز و زمستان ۱۳۸۶ (a).
7. Audit Commission, *Misspent Youth young People and Crime*, London, The Audit Commission, 1997.
8. Audit Commission, *Youth young People and Crime*, London, The Audit Commission, 1996.
9. Bell, A., Hodgson, M. & Pragnell, S., *Diverting Children and Young People from Crime and Criminal Justice System*, in Goldson, B. (ed), *Youth justice Contemporary Policy and Practice*, Aldershot, Ashgate, 1999.
10. Bell, C., *Appealing for Justice for Children and Young People: A Critical Analysis of Crime and Disorder Bill 1998*, in Goldson, B. (ed), *Youth Justice: Contemporary Policy and Practice*, Aldershot, Ashgate, 1999.
11. Bottoms, A., *Intensive Community Supervision of Young Offenders; Outcomes, Process and Costs*, The University of Cambridge Institute of Criminology, Cambridge, 1995.
12. Bradshaw, J., *Children 5-16: Growing into the 21st Century research programme, Economic and Social Research Council Conference 23.02.99*, Royal Horticultural Conference Center, London, 1999.
13. Brownlee, I., *New Labour: New Penology? Punitive Rhetoric and the Limits of Magnagerialism in Criminal Justice Policy*, Journal of Law and Society, vol. 25, no. 3, 1998.
14. Crowley, A., *A Criminal waste; A Study of Child Offenders Eligible for Secure Training Centers*, London, The Children's Society, 1998.
15. Crown Prosecution Service, *Code for Practice for Prosecutors*, London, CPS, 1986.
16. Davis, G., Boucherat, J. & Watson, D., *Pre-court Decision Making in Juvenile Justice*, British Journal of Criminology, vol. 29, 1989.

33. Home Office, *The Cautioning of Offenders, Circular 18/94*, London, Home Office, 1994.
34. Home Office, *The Cautioning of Offenders, Circular 59/1990*, London, Home Office, 1990.
35. Hughes, G., Pilkington, A. & Leiston, R., *Diversion in Culture of Severity*, The Harward Journal of Criminal Justice, vol. 37, no. 1, 1998.
36. Juvenile Offenders Unit, *The Referral Order: Draft Guidance to Young Offending Teams*, 8 November 1999, London, Home Office.
37. Lemert, E., *Human Deviance, Social Problems and Social Control*, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice Hall, 1967.
38. Matza, D., *Becoming Deviant*, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice Hall, 1969.
39. Merton, R., K., *Social Structure and Anomie*, American Sociology Review, 3, 1938.
40. Muncie, J., *Youth and Crime: A Critical introduction*, London, Sage, 1999.
41. NACRO, *Diverting Juvenile Offenders from Prosecution*, NARCO Juvenile Crime Committee Policy Paper 2, London, NARCO, 1989.
42. NARCO, *NARCO Briefing: The Final Warning Scheme*, Summary of Home Office Draft Circular, London, NARCO, 1998.
43. Parker, H., *View From the Boyes: A Sociology of Down Town Adolescent*, London, David and Charles, 1974.
44. Pearson, G., *Youth, Crime and Society*, in Maguire, M., Morgan, R. & Reiner, R. (eds), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
45. Reid, K., *The Abolition of Cautioning? Juveniles in the Last Chance Saloon*, The Criminal Lawyer, no. 78, 1997.
46. Riddle, P., *The Thatcher Effect*, Oxford, Blackwell, 1989.
47. Rutheford, A., *Criminal Justice and Pursuit of Decency*, Oxford, Oxford University Press, 1993.
48. Ruxton, S., *Children in Europe*, London, NCH Action for Children, 1996.
49. Shapland, J., *Self-Reported Delinquency in Boyes Aged 11-14*, British Journal of Criminology, vol. 18, no. 3, 1987.
50. Shaw, C. R. & Mckay, H., *Juvenile Delinquency and Urban Areas*, Chicago, University of Chicago Press, 1942.
51. Thrope, D., Smith, D., Green, C. & Paley, J., *Out of Care*, London, George Allen and Unwin, 1980.
52. UK Government, *Opportunity for All: Tackling Poverty and Social Exclusion*, London, The Stationery Office, 1999.
53. Von Hirsch, A., *Doing Justice: The Choice of Punishment*, New York, Hill and Wang, 1976.

17. Evans, R. & Ellis, R., *Police Cautioning in 1990s*, Home Office Research and Statistics Directorate Research Findings, no. 52, London, Home Office, 1997.
18. Gelsthorpe, L. & Morris, A., *Much Ado About Nothing: A Critical Comment on Key Provisions Relating to Children in the Crime and Disorder Act 1998*, Child and Family Law Quarterly, vol. 11, no. 3, 1999.
19. Gelsthorpe, M. & Morris, A., *Juvenile Justice 1954-1992*, in Maguire, M., Morgan, R. & Reiner, R. (eds), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
20. Gibson, B. & Cavandino, P., *Criminal Justice Process*, Winchester, Waterside Press, 1995.
21. Goldson, B. & Chigwada-Bailey, R., *(What) Justice for Black Children and young People?* in Goldson, B. (ed), *Youth Justice: Contemporary Policy and Practice*, Aldershot, Ashgate, 1999.
22. Goldson, B., *Children in Need or Young Offender? Hardening Ideology, Organizational Change and New Challenges for Social Work with Children in Trouble*, Child and Family Social Work, vol. 5, no. 3, 2000a.
23. Goldson, B., *Children in Trouble: State Responses to Juvenile Crime*, in Scraton, P., *Childhood in Crisis?*, London, UCL Press, 1997.
24. Goldson, B., *Youth Justice and Criminal Evidence Bill Part 1: Referrals to Youth Offender Panels*, in Payne, L. (ed), *Child Impact Statements 1998/99*, London, National Children Bureau and UNICEF, 2000b.
25. Gordon, W., Cuddy, P. & Black, J., *Introduction to youth Justice*, Winchester, Waterside Press, 1999.
26. Graham, J. & Bowling, B., *Young People and Crime*, Home Office Research Study 145, London, HMSO, 1995.
27. Gregg, P., Harkness, S. & Machin, S., *Child Development and Family Income*, Joseph Rowntree Foundation, York, 1999.
28. Haines, K. & Drakeford, M., *Young People and Youth Justice*, London, Macmillan, 1999.
29. Home Office, *Criminal Disorder Act 1998: Introductory Guide*, London, Home Office, 1998.
30. Home Office, *No More Excuse: A New Approach to Tackling Youth Crime in England and Wales*, London, Home Office, 1997(a).
31. Home Office, *Tackling Youth Crime: A Consultation Paper*, London, Home Office, 1997(b).
32. Home Office, *The Cautioning of Offenders, Circular 14/1985*, London, Home Office.

54. Whyte, W. F., *Street Corner Society: The Social Structure of an Italian Slum*, Chicago, University of Chicago press, 1943.
55. Wonnacott, C., *New Legislation, The Counterfeit Contract; Reform, Pretence and Muddled Princilpes in the New Referral Order*, Child and Family Law Quarterly, vol. 11, no. 3, 1999.
56. Worrall, A., *Troubled or Troublesome? Justice for Girls and Young Women*, in Golson, B. (ed), *Youth Justice: Contemporary Policy and Practice*, op cit.
57. Wright, A., *Towards an Approach Model of Diversion from the Criminal Court Process, Justice of the Peace*, 20 March, 1993.
58. *Youth justice Board for England and Wales, Draft National Standard for Youth Justice*, London, Youth Justice Board, 1999.

مقایسه جایگاه دادگاه و داوری

در حل اختلافات تجاری بین‌المللی*

□ دکتر مصطفی سروی مقدم^۱

□ استادیار حقوق دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (عج)

چکیده

وقتی قرارداد تجاری بین‌المللی منعقد می‌شود پیدایش اختلاف حتمی است و برای حل آن به صورت سهل و سریع، طرفین این قراردادها بهتر است پیش از پیدایش اختلاف با تعیین مرجع حل اختلاف و نیز قانون حاکم بر قرارداد، خودشان به حل اختلاف کمک نمایند. دو مرجع مهم در این مورد «دادگاه» و «داوری» است. در پاسخ به اینکه صلاحیت «دادگاه» و «داوری» کدام اصل و کدام فرع است سه نظریه «صلاحیت انحصاری دادگاه»، «صلاحیت انحصاری داوری در شرایط خاص» و «صلاحیت نسبی دادگاه و داوری» پیدا شده که امروزه اصولاً نظر سوم طرفداران بیشتری دارد.

در اینکه انتخاب کدام یک از دو روش فوق‌الاشاره نفع طرفین قرارداد بین‌المللی را بیشتر در بر دارد نیاز به بررسی و احصای امتیازات و نیز معایب هر

* تاریخ دریافت: ۱۳۸۷/۶/۹ - تاریخ پذیرش: ۱۳۸۹/۲/۲۳.

یک از آن دو در برابر دیگری دارد که تحقیق حاضر این امر را جهت مشخص کردن تکلیف موضوع بر عهده گرفته و با رعایت اختصار یافته‌های مطالعه را همراه پیشنهادات تقدیم می‌دارد.

واژگان کلیدی: قرارداد تجاری بین‌المللی، مرجع انحصاری حل اختلاف، امتیازات و مشکلات دادگاه یا داوری، انتخاب قانون حاکم بر قرارداد.

مقدمه

وقتی قرارداد تجاری بین‌المللی منعقد می‌شود امکان پیدایش اختلاف از جهات مختلف وجود خواهد داشت. لذا از طرفین این قراردادها انتظار این است که با تعیین مرجع حل اختلاف و نیز قانون حاکم بر قرارداد حل چنین اختلافات قراردادی را پیشاپیش خودشان تسهیل نمایند. البته برای حل اختلافات شیوه‌های مختلفی، از جمله مذاکره، مصالحه، داوری و دادگاه وجود دارد که در میان آنها دو شیوه اقامه دعوی در دادگاه (که در این تحقیق به اختصار «دادگاه» خوانده می‌شود) و «داوری» از اهمیت و کارایی ویژه‌ای برخوردارند. این دو شیوه دارای نقاط اشتراک و نیز افتراق هستند. از جمله نقاط مشترک آن دو یکی وجود روش رسیدگی مخصوص هر یک، و دیگری صدور رأی و در غایت اجرای آن می‌باشد. از موارد افتراق بین دو شیوه مزبور دولتی بودن دادگاه و لزوم رعایت آیین دادرسی مدنی در آن، و غیر دولتی و غیر رسمی بودن روش داوری که در آن استفاده از آزادی اراده طرفین دعوی و نیز داور در انتخاب نسبی نحوه رسیدگی به دعوی مطروحه و آزادی نسبتاً کامل آنان در تعیین قوانین قابل اعمال بر مسائل ماهوی دعوی می‌باشد.

در این تحقیق از میان مسائل مختلف بین این دو روش حل اختلاف، دو موضوع زیر نیازمند انجام مطالعه و مذاقه می‌باشد؛ زیرا به ملاحظه مشخص نبودن تکلیف کامل امر در مباحثات دانشگاهی، مراجع حل اختلاف و طرفین قراردادهای تجاری، این موضوعات حائز اهمیت خاص جهت بررسی و مطالعه می‌باشد:

- ۱) آیا برای رسیدگی ابتدایی به دعاوی تجاری بین‌المللی مرجع ذیصلاح انحصاری دادگاه است یا تحت شرایطی داوری یا صلاحیت نسبی آن دو مرجع؟
- ۲) آیا برای حل چنین اختلافاتی ارجاع دعوی توسط طرفین آن به مرجع دادگاه

به صرفه و صلاح طرفین است یا به مرجع داوری؟

مطالب این مقاله علاوه بر چکیده و مقدمه، شامل سه قسمت به ترتیب تعاریف مشترک، بررسی صلاحیت انحصاری یکی از آن دو مرجع در مقابل دیگری، امتیازات و مشکلات هر یک از آن دو در مقام مقایسه و بالاخره نتیجه‌گیری و ارائه پیشنهادات لازم می‌باشد.

۱. مفاهیم و تعاریف

برای درک بهتر موضوعات مورد بررسی ابتدا لازم است که تعریفهایی در مورد اصطلاحات «داوری»، «موافقتنامه داوری» و «دادگاه» ارائه گردد. البته همان طوری که در مقدمه هم ذکر شد منظور از «دادگاه» در این تحقیق استفاده از روش اقامه دعوی در دادگاه و منظور از «داوری» حل اختلاف از طریق داوری می‌باشد. در میان تعاریف مختلف مطروحه در کتب و مجلات حقوقی، تعریفهای مصوب قانونگذار در مواد ۱ و ۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ ایران که ذیلاً با تأکیدات نقل گردیده، از نظر تجاری بودن آنها بیشتر مرتبط با موضوع به نظر می‌رسد:

الف) «داوری» عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی الطرفین و یا انتصابی.

ب) «داوری بین‌المللی» عبارت است از اینکه یکی از طرفین در زمان انعقاد موافقتنامه داوری به موجب قوانین ایران تبعه ایران نباشد.

ج) «موافقتنامه داوری» توافقی است بین طرفین که به موجب آن تمام یا بعضی از اختلافاتی که در مورد یک یا چند رابطه حقوقی معین اعم از قراردادی یا غیر قراردادی به وجود آمده یا ممکن است پیش آید، به داوری ارجاع می‌شود. موافقتنامه داوری ممکن است به صورت شرط داوری در قرارداد و یا به صورت قرارداد جداگانه باشد.

ماده ۷- «شکل موافقتنامه داوری» - موافقتنامه داوری باید طی سندی به امضای طرفین رسیده باشد، یا مبادله‌نامه، تلکس، تلگرام، یا نظایر آنها بر وجود موافقتنامه

مزبور دلالت نماید،^۱ یا یکی از طرفین طی مبادله دادخواست یا دفاعیه، وجود آن را ادعا کند و طرف دیگر عملاً آن را قبول نماید. ارجاع به سندی در قرارداد کتبی که متضمن شرط داوری باشد نیز به منزله موافقتنامه مستقل داوری خواهد بود.

د) «داور» اعم از داور واحد و یا هیأت داوران است.

ه) منظور از «دادگاه» در این قانون یکی از دادگاههای تشکیلات قضایی جمهوری اسلامی ایران می‌باشد.

با استفاده از مفهوم مخالف تعریف «داوری» در جزء الف فوق و با توجه به مفهوم خاصی که در این تحقیق به دادگاه داده شده می‌توان گفت که دادگاه در این تحقیق عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین در دادگاه به وسیله قاضی دولتی و با رعایت تشریفات مقرر در آیین دادرسی مدنی کشور.^۲

۲. نظریه‌های صلاحیت انحصاری «دادگاه»

و در شرایطی «داوری» و صلاحیت نسبی آنها

طرح مسئله

به فرض، قراردادی بین دو شرکت تجاری بین‌المللی با سه فرض زیر منعقد شده است. در فرض نخست هیچ شرطی و قیدی راجع به ارجاع اختلافات به داوری وجود ندارد، ولی در فروض دوم و سوم شرط ارجاع اختلافات به داوری خاص مورد توافق طرفین قرار گرفته است با این فرق که در فرض دوم تصویر موافقتنامه داوری پیوست دادخواست تقدیمی به دادگاه شده لیکن در فرض سوم فقط در جلسه رسیدگی دادگاه یکی از طرفین به آن استناد نموده و طرف دیگر از اعتراض به آن امتناع کرده است. سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که در فرض دوم و سوم تکلیف شرط ارجاع آن اختلاف به داوری مورد توافق از نظر قوانین و

۱. مشابه این متن در بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک در شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی، که طبق ماده واحده مصوب مجلس در ۱۳۸۰ در ایران لازم‌الاجرا شده، دیده می‌شود.

۲. توضیح اینکه در حقوق انگلیس در برخی دعاوی قاضی در دادگاه در نقش داور (judge-arbitrator) عمل می‌کند (ر.ک: Brown, W.J., 1989: 48 & 61).

رویه قضایی کشورها و حقوق بین‌الملل به ویژه کنوانسیونهای مرتبط چیست؟ آیا این انتخاب محترم است یا خیر؟ پاسخ به این سؤال خیلی ساده نیست زیرا در اعتبار آزادی اراده طرفین داوری بر انتخاب قانون حاکم بر قرارداد و شرایط اعتبار آن سه نظریه مختلف قابل استنباط از ادبیات حقوقی موجود است که طرفداران دو مورد نخست آن نسبتاً افراطی هستند، یعنی نظریه صلاحیت انحصاری دادگاه و نظریه صلاحیت انحصاری داوری در شرایط خاص؛ ولی نظریه سوم متعادل و نسبی می‌باشد که ذیلاً طی سه گفتار مطالبی به اختصار در مورد هر یک ارائه می‌گردد.

۱-۲. نظریه صلاحیت انحصاری دادگاه

طرفداران این نظریه معتقدند که دادگستری مرجع رسمی تظلمات و شکایات عمومی است^۱ و دادگاهها که به موجب قوانین دولتی ایجاد و کنترل می‌شوند صلاحیت عام رسیدگی به دعاوی و اختلافات مردم را دارند و حتی حق عدول و یا واگذاری صلاحیت خود را [به غیر محاکم عدلیه مثل داوری] ندارند (خزاعی، ۱۳۸۶: ۴۶). در همین رابطه در قوانین اساسی بعضی کشورها قید شده که شغل قضاوت فقط توسط دادگاههای عادی که طبق قوانین سازماندهی قضایی گردیده‌اند اعمال می‌شود^۲ و این به معنای منع قانونگذار از وضع قوانین مبتنی بر ایجاد دادگاههای استثنایی است (همان). لذا با تسری این تفکر به «داوری» که در بعضی از سیستمهای حقوقی شبه قضایی تلقی می‌گردد به اشخاص اجازه داده نمی‌شود که با انعقاد قراردادهای خصوصی از صلاحیت دادگاههای دولتی خارج شوند.

از دیگر دلایل طرفداران صلاحیت انحصاری دادگاه، که در کشورهای کامن‌لا، به ویژه انگلستان و آمریکا، و نیز در کشورهای سوسیالیستی رواج داشته می‌توان به ترس از ترویج داوری و اعمال قوانین غیر ملی در آن و در نتیجه سست شدن و یا به خطر افتادن اعتبار و اقتدار قوانین دولتی و کم‌رنگ شدن مأموریت دادگاهها در حفظ نظم عمومی و حاکمیت قوانین کشور نام برد (همان: ۴۸). مضافاً چون در طول

۱. اصل ۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۲. نظیر اصل ۱۵۲ قانون اساسی ۱۹۴۸ ایتالیا (به نقل از: خزاعی، ۱۳۸۶: ۴۶).

تاریخ امر قضاوت و حل و فصل اختلافات مخصوص سلاطین و رؤسای کشورها و یا نمایندگان خاص آنان بوده است و سپردن این سمت به دست اشخاص عادی و بدتر از آن به دست نمایندگان کارتلها و تراستهای تولیدی و اقتصادی ممکن است منافع ملی و حاکمیت را با خطر مواجه نماید (همان: ۵۰-۵۲).

۲-۲. نظریه صلاحیت انحصاری داوری در شرایط خاص

به موجب نظریه صلاحیت انحصاری داوری در شرایط خاص طرفین قراردادهای تجاری بین‌المللی حق دارند موافقت کنند که در صورت پیدایش اختلافات قراردادی رسیدگی ابتدایی به آن اختلافات را به داوری شخص یا اشخاص مورد توافق ارجاع دهند و دادگاه به هیچ وجه، مگر در موارد پیش‌بینی شده در قانون، حق دخالت در آن را ندارد؛ زیرا با تحقق شرایط خاصی از دادگاه در آن مورد در واقع سلب صلاحیت گردیده است (ر.ک: جنیدی، ۱۳۷۸: ۴۹-۵۰).

تأثیر این نظریه در آثار برخی از نویسندگان بزرگ حقوق نظیر پروفیسور رنه دیوید و در برخی از کنوانسیونها و قوانین نمونه قابل مشاهده است. رنه دیوید ضمن اعلام اینکه طبق قانون اساسی ۱۹۷۱ فرانسه، «قانونگذار حق فیصله قطعی اختلافات از طریق داوری را در هیچ موردی از شهروندان سلب نخواهد کرد» به شرح اقسام دعاوی پرداخته و قسمتی از آنها را فقط در صلاحیت داوری اعلام نموده است (ر.ک: خزاعی، ۱۳۸۶: ۴۵-۵۲). به موجب مقررات کنوانسیون ۱۹۶۵ واشنگتن (ICSID)^۱ که حدود ۱۵۵ کشور در آن عضویت دارند، در صورت تحقق شرایطی از جمله رضایت طرفین به صلاحیت ایکسید، صلاحیت انحصاری داوری طبق ماده ۲۶ آن محقق گردیده و هیچ دادگاهی حق دخالت در آن نخواهد داشت (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۶: ۱۷، ۱۸ و ۱۳۲). و بالاخره، ماده ۵ قانون داوری نمونه آنسیترال ۱۹۸۵^۲، نظریه مذکور راجع به داوری تجاری بین‌المللی را چنین بیان نموده است: «هیچ دادگاهی در موضوعات تحت حاکمیت این قانون دخالت نخواهد کرد، مگر در جایی که در این

1. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID).
2. UNCITRAL Model Law on Int'l Commercial Arbitration (1985).

قانون چنین پیش‌بینی شده باشد» (ر.ک: نیکبخت، ۱۳۸۸: ۴۴۷).

این نظریه شبیه نوعی داوری موسوم به «داوری بر اساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدامنشانه»^۱ یا به قول یکی از حقوقدانان «داوری براساس عدل و انصاف یا به عنوان میانجیگری دوستانه» (جنیدی، ۱۳۷۸: ۱۸۰) است که در بند ۳ ماده ۲۸ قانون نمونه آنسیترال درج شده و از آن طریق به ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران راه یافته است. حکمیت بر اساس این نوع داوری از استقلال بیشتری برخوردار بوده و اصولاً نیاز به استدلال و استناد به منابعی ندارد. به ملاحظه همین ویژگی است که در دو ماده مذکور تأکید شده که آن صرفاً در صورتی مجاز است که طرفین داوری صراحتاً بر آن اجازه داده باشند.

۲-۳. نظریه صلاحیت نسبی دادگاه و داوری

نظریه صلاحیت نسبی دادگاه و داوری در واقع حالت تعدیل شده دو نظریه نسبتاً افراطی صلاحیت انحصاری دادگاه و صلاحیت انحصاری داوری در شرایط خاص می‌باشد، که بر خلاف آنها، این نظریه امروزه از اقبال بالایی در حقوق برخوردار است. طبق این روش صلاحیت عام دادگاه دادگستری برای رسیدگی ابتدایی به اختلافات به رسمیت شناخته می‌شود لیکن صلاحیت دادگاه به محض حصول توافق طرفین بر داوری یا در صورت وجود توافقنامه داوری لزوماً متوقف می‌گردد مگر اینکه دادگاه احراز کند که موافقتنامه داوری باطل، ملغی‌الاثراً یا غیر قابل اجرا می‌باشد. در غیر این صورت قاضی مکلف و ملزم به ارجاع دعوی به داوری خواهد بود.^۲

تفصیل مسائل این نظریه به ملاحظه اهمیت ویژه آن در ذیل در دو سطح جداگانه، ابتدا در حقوق بین‌الملل، به اعتبار وجود ریشه این بحث در آن، و سپس در حقوق ایران مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۳-۱. در حقوق بین‌الملل و برخی از کشورها

نظریه صلاحیت نسبی دادگاه و داوری به شرح فوق در پاره‌ای از اسناد بین‌المللی

1. Ex aequo et bono or amiable compositeur.
۲. این مفهوم در ماده ۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ ایران وجود دارد.

و کشورها دیده می‌شود که ذیلاً به عنوان نمونه به برخی از آنها اشاره می‌گردد.

در ماده ۸ قانون نمونه ۱۹۸۵ آنسیترال در داوری تجاری بین‌المللی مقرر شده که: دادگاهی که نزد او در خصوص امری که موضوع موافقتنامه داوری است اقامه دعوی شده، در صورت درخواست یکی از طرفین که دیرتر از تسلیم نخستین لایحه او در ماهیت دعوی به عمل نیامده باشد، آنها را به داوری ارجاع خواهد داد، مگر اینکه احراز نماید موافقت مزبور باطل و فاقد اثر یا غیر قابل اجراست... (ر.ک: نیکبخت، ۱۳۸۸: ۴۴۸).

لازم به تذکر است که مشابه همین متن در بند ۲ ذیل ماده ۲ کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک در شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی، که ایران در سال ۱۳۸۰ به آن ملحق شد نیز با اندک تفاوتی به شرح ذیل مقرر شده است:

... دادگاه یک دولت متعاقد در هنگام رسیدگی به دعوی درباره موضوعی که طرفها در مورد آن موافقتنامه‌ای را در مفهوم این ماده منعقد کرده باشند، بنا به تقاضای یکی از طرفها، آنها را به داوری ارجاع خواهد داد مگر اینکه رأی دهد که آن موافقتنامه باطل و کأن لم یکن، بی اعتبار و یا غیر قابل اجراست.

در حقوق انگلستان، در ماده ۹ قانون داوری ۱۹۹۶ طی ۴ بند به همین موضوع پرداخته شده است. طبق شرایط مندرج در ذیل آن ماده، دادگاه باید در صورت درخواست ذی نفع با استناد به موافقتنامه داوری قرار توقف رسیدگی را صادر نماید مگر اینکه قانع شود که موافقتنامه مزبور باطل، ملغی‌الاثرب یا غیر قابل اجراست (Cracknell, 1998: 170).

۲-۳-۲. در حقوق ایران

در مورد رابطه صلاحیت دادگاه و داوری در دعاوی تجاری بین‌المللی در حقوق ایران باید گفت که بر اساس اصل ۱۵۹ قانون اساسی، دادگستری مرجع رسمی تظلمات و شکایات شناخته شده و تشکیل دادگاهها و تعیین صلاحیت آنها هم منوط به حکم قانون است. لذا برای تعیین تکلیف موضوع باید به طور کلی گفت که صلاحیت عام دادگاه دادگستری برای رسیدگی ابتدایی به اختلافات حتی در داوری تجاری به رسمیت شناخته می‌شود، اما این صلاحیت دادگاه در صورت وجود

توافقتنامه داوری یا از زمان حصول توافق بین طرفین بر داوری در مرحله رسیدگی به اصل دعوی، حتی در مرحله استیناف (ر.ک: قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، مصوب ۱۳۷۹، ماده ۴۹۴)، باید متوقف و موضوع جهت رسیدگی به دعوی به داوری ارجاع گردد، مگر اینکه دادگاه احراز کند که موافقتنامه داوری باطل، ملغی‌الاثرب یا غیر قابل اجرا می‌باشد.

سؤالی که در اینجا نیاز به طرح و ارائه پاسخ دارد این است که منع قانونی قاضی از رسیدگی به چنین دعوی از زمان اطلاع او، به هر نحوی، از وجود چنین موافقتنامه داوری است یا از زمان درخواست طرفین یا یکی از آنها از دادگاه مبنی بر ارجاع دعوی به داوری؟ پاسخ دقیق به این سؤال مقتضی بررسی قوانین و رویه قضایی ایران در دو دوره قبل و بعد از تصویب قانون داوری تجاری بین‌المللی در ۱۳۷۶/۶/۲۶ است.

۱) دوره قبل از تاریخ ۱۳۷۶/۶/۲۶

بررسی حقوقی در این دوره حاکی از فقدان نص صریح در موضوع و در نتیجه وجود اختلاف نظر جدی در رویه قضایی در رابطه با زمان ممنوعیت قانونی قاضی از رسیدگی به چنین دعوی می‌باشد. برای نمونه، در دادنامه شماره ۲۳/۳۸۸ مورخ ۶۹/۷/۳ (کلاسۀ پرونده ۴۲۹۸/۷-۲۳) شعبۀ ۲۳ دیوان عالی کشور ممنوعیت قاضی از رسیدگی را از زمان اطلاع او از وجود موافقتنامه داوری دانسته و دادنامه شماره ۸-۹۸/۱/۲۲ صادره از شعبۀ ۳۴ دادگاه حقوقی یک را که قاضی آن معتقد به منع قانونی مورد نظر از زمان درخواست طرفین داوری بوده، نقض نموده‌اند. در حالی که در پرونده‌های دیگر دلیل نقض رأی صادره از دادگاه بدوی ادامه رسیدگی توسط قاضی و صدور دادنامه با بی‌اعتنایی به درخواست طرفین یا یکی از آنها از دادگاه مبنی بر ارجاع دعوی به داوری اعلام گردیده است.

از دلایل اینکه اختلاف نظر در موضوع حاضر در رویه قضایی این دوره بسیار شدید بوده این است که حتی یکی از شعبات دیوان عالی کشور در دو پرونده تجدید نظر مطروحه با همان موضوع نتوانسته بر یک نظر واحد استناد کند و در هر یک از آن دو پرونده رأی صادره ناقض رأی دیگر همان شعبه است. در هر حال در دادنامه‌های شماره ۲۱/۲۹۴ مورخ ۱۳۶۷/۴/۹ و شماره ۲۱/۶۷۱ مورخ ۷۴/۱۲/۱۲ که

هر دو از شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور در ممنوعیت قانونی قاضی از رسیدگی به پرونده دارای موافقتنامه داوری صادر شده، در رأی اول ممنوعیت قانونی مزبور از زمان اطلاع او از وجود موافقتنامه داوری و در دادنامه دوم ممنوعیت قاضی را از زمان درخواست طرفین داوری اعلام کرده‌اند (ایوبی‌فر، ۱۳۸۴: ۲۳-۳۳).

۲) دوره بعد از تصویب قانون داوری تجاری بین‌المللی

در دوره بعد از ۱۳۷۶/۶/۲۶ که بیشتر تحت تأثیر مقررات نوین قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مقتبس از قانون مدل ۱۹۸۵ آنسیترال در داوری تجاری می‌باشد، به نابسامانی در حقوق ایران به ویژه رویه قضایی در ما نحن فیه در دوره قبل پایان داده شد. در این قانون برای اهمیت دادن به داوری تجاری مقرر شده که: کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند داوری اختلافات تجاری بین‌المللی خود را اعم از اینکه در مراجع قضایی طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله که باشد با تراضی، طبق مقررات این قانون به داوری ارجاع کنند (قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ ایران، ماده ۲، بند ۲).

قانونگذار ایران در تأیید و تأکید بر قید «در هر مرحله که باشد» در متن فوق، در قانون دیگری در همین دوره مقرر داشته است که حتی در صورت طرح دعوایی در مرحله فرجامی و توافق طرفین به ارجاع آن به داوری، دیوان عالی کشور باید پرونده را جهت ارجاع به داوری به دادگاه صادرکننده رأی فرجام‌خواسته ارسال نماید (قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، مصوب ۱۳۷۹، ماده ۴۹۴).

و بالاخره مقنن با تصویب ماده ۸ قانون داوری تجاری ایران و جهت فیصله دادن به تعارض رویه قضایی در موضوع در دوره قبل از تصویب همین قانون، نقطه زمانی ممنوعیت قاضی از رسیدگی به پرونده موصوف را مشخص و به صورت آمره چنین اعلام نموده است:

دادگاهی که دعوی موضوع موافقتنامه داوری نزد آن اقامه شده است باید در صورت درخواست یکی از طرفین تا پایان اولین جلسه دادگاه، دعوی طرفین را به داوری احاله نماید، مگر اینکه احراز کند که موافقتنامه داوری باطل، ملغی الاثر یا غیر قابل اجرا می‌باشد. طرح دعوا در دادگاه مانع شروع و یا ادامه جریان رسیدگی داوری و صدور رأی داوری نخواهد بود.

۳. مقایسه امتیازات و معایب روشهای «دادگاه» و «داوری»

نسبت به یکدیگر

پس از روشن شدن موضع طرفداران نظریه سوم، یعنی اینکه امروزه طبق قوانین کشورها و کنوانسیونها اصل صلاحیت ابتدایی محاکم عدلیه بوده لیکن در صورت وجود موافقتنامه داوری و یا درخواست طرفین بر ارجاع دعوا به داوری قاضی دادگستری از رسیدگی به آن منع گردیده است، نوبت می‌رسد به بررسی اینکه آیا نفع یا مصلحت طرفین قراردادهای تجاری بین‌المللی در انتخاب کدام یک از این دو روش فوق است. مسلماً هر یک از آن دو روش دارای امتیازات و محسناتی نسبت به دیگری است که در اینجا اهم آنها در دو مبحث، یکی امتیازات و معایب دادگاه، و دیگری امتیازات و معایب داوری مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۳. نقاط قوت و نقاط ضعف «دادگاه»

در بالا ملاحظه شد که هر یک از روشهای حل اختلاف مزبور در مقایسه با روش دیگر دارای ویژگیهای مثبت و منفی است. گرچه از قدیم در مورد دادگاه گفته‌اند که قاضی کارا می‌تواند نصف نقصان موجود در قانون را جبران، و قاضی غیر کارا نصف قانون خوب را بی‌اثر کند، مع الوصف اصولاً چون دادگاههای دادگستری در تمام کشورها دارای تشریفات رسمی و آیین دادرسی مدنی لازم‌الاجرا هستند و در مقابل داوری فاقد چنین تشریفات و رسمیت است، لذا همین ویژگیها ممکن است از جهتی امتیاز و از لحاظی ضعف تلقی گردد. در این مبحث ابتدا نقاط مثبت یا قوت «دادگاه» طی گفتار اول، و سپس مشکلات یا معایب آن در گفتار دوم مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱-۳. نقاط قوت یا مزایای «دادگاه»

در مورد نقاط قوت و مزایای دادگاه، مطلبی در آثار نویسندگان مشاهده نمی‌شود، لیکن با اندک دقت می‌توان نقاط قوتی ولو اندک در مقایسه با داوری پیدا کرد که ذیلاً به مواردی از آنها اشاره می‌گردد:

۱- قضات دادگاه از نظر آشنایی با مسائل حکمی^۱ یا قانونی پیچیده دارای تخصص هستند در حالی که داوران اصولاً فاقد چنین توانایی می‌باشند (Barker, 2002: 63)؛

۲- آرای قضایی دادگاهها برای پیش‌بینی نتیجه دعوی اقامه‌شده در دادگاه قابل استفاده است در حالی که آرای داوران قاعداً صرفاً در پرونده مربوط اثر داشته و ایجاد سابقه نمی‌کند (Ibid: 62-64).

۳- قرارها و احکام دادگاهها در کشور محل صدور از نظر اعتبار و اجرا دارای جایگاه ویژه‌ای است که در داوری از آن جایگاه برخوردار نیست.

۴- به قول نویسنده‌ای گاهی ممکن است زمان رسیدگی و صدور رأی در دادگاه و اجرای آن سریع‌تر، ارزان‌تر و یا راحت‌تر از آنچه عموماً برای دادگاه یا داوری متصور است صورت گیرد یا گاهی با داوری فرقی نداشته باشد (Carr, 1999: 319)، ولی به نظر می‌رسد که بهتر باشد آن را به حساب خوش‌شانسی خواهان گذاشت و نه امتیاز دادگاه.

۳-۱-۲. نقاط ضعف یا معایب دادگاه

در واقع آنچه ذیلاً در گفتار یک مبحث دوم این قسمت در نقاط قوت روش داوری قید گردیده منطقیاً باید از نقاط ضعف روش دادگاه تلقی شود، مع‌الوصف، اشاره به چند مورد مهم در اینجا خالی از وجه نخواهد بود.

۱- تهیه فرمهای چاپی دادخواست و تنظیم آن، آماده‌سازی پیوستهای برابر با اصل شده، ابطال تمبر و ثبت آنها در دفتر خاص در دادگستری، ارجاع به شعبه دادگاه خاص، رفع نقص، تعیین و ابلاغ وقت دادرسی به طرفین دعوی، تشکیل دادگاه و رسیدگی به پرونده امر طی جلسات متعدد و مختلف با رعایت مقررات و تشریفات خاص آیین دادرسی مدنی، نیاز به زمان طولانی دارد.

۲- جلسات دادگاه اصولاً به صورت علنی تشکیل می‌شود مگر اینکه قاضی دلیل خاصی برای غیر علنی بودن جلسه رسیدگی اعلام نماید.^۲ علنی بودن دعوی تجاری شرکتها گاهی ممکن است سبب فاش شدن مسائل حساس و رمز موفقیت یک

1. Point, matter, question, mistake, subject or issue of law.

۲. طبق اصل ۱۶۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران رسیدگی محاکم جز در شرایط خاص علنی می‌باشد.

شرکت گردیده و موجبات ضرر غیر قابل جبران شرکت را فراهم آورد.

۳- در صورتی که رأی صادره از دادگاه کشوری باید به سبب وجود اموالی از محکوم علیه در کشور دیگر برای شناسایی و صدور دستور اجرا در مرجع قضایی کشور مزبور مطرح باشد، اصولاً مقنن و مرجع مذکور نسبت به اجرای رأی دادگاه کشور دیگر کراهیت نشان می‌دهد، در حالی که در اجرای رأی داوری چنین سختگیری کمتر دیده می‌شود (Barker, 2002: 63).

۴- اصولاً هزینه اقامه دعوی و اخذ رأی و اجرای آن از طریق دادگاه با انتخاب وکیل هزینه‌ای به مراتب سنگین‌تر از داوری به طرفین تحمیل می‌نماید.

۵- رسیدگی دادگاهها اصولاً مراحل مختلفی دارد از جمله مرحله بدوی، تجدیدنظر و استیناف، که هر یک با تشریفات زمان‌بر و رسمی که دارد با مسائل بازرگانی ناسازگار است.

۳-۲. امتیازات و معایب داوری

داوری هم مثل دادگاه دارای امتیازات یا نقاط قوت و نقاط ضعف یا مشکلات می‌باشد که ذیلاً به اهم آنها در طی دو گفتار اشاره می‌گردد:

۳-۲-۱. امتیازات و مزایای داوری

در مورد نقاط قوت و مزایای داوری، نویسندگان حقوقی امتیازات مختلف و متعددی را بیان کرده‌اند. اهم این نکات، علاوه بر خصوصی و غیر رسمی بودن تعیین زمان و مکان و آیین رسیدگی داوری، به رسمیت شناخته شدن حق تعیین داور با ویژگی مورد نظر طرفین و نیز حق انتخاب قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین می‌باشد که این حق در قانون ۳۶ ماده‌ای داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ ایران به صورت صریح و تحت شرایطی به رسمیت شناخته شده است. ذیلاً به اهم این نکات به اختصار اشاره می‌گردد:

۱- داوری همچون دادگاه از حمایت‌های وسیع قانونگذار برخوردار است و قوانین مختلف ضمن اعلام اعتبار آن شرایط لازم را هم مقرر می‌دارند.

۲- طرفین قراردادهای بین‌المللی اصولاً می‌توانند هر شخص یا اشخاصی را که

به تشخیص خود دارای تخصص و سایر ویژگیهای مطلوب باشد به عنوان داور انتخاب نمایند.

۳- طرفین این قراردادها اصولاً می‌توانند قانون حاکم بر ماهیت اختلافات قراردادی خود را که متناسب با موضوع و شرایط حرفه خود تشخیص می‌دهند و مایلند که داور بر اساس آن داوری نماید، انتخاب کنند (ر.ک: قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ ایران، ماده ۲۷).

۴- طرفین داوری اصولاً می‌توانند آیین رسیدگی داوری، به عبارت دیگر نحوه عمل داور و روش اداره و ارزیابی ادله ارائه شده به داوری را خودشان مشخص نمایند به شرطی که ناقض قوانین آمره کشور محل داوری نباشد (ر.ک: قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، مصوب ۱۳۷۹، ماده ۴۷۷؛ قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ ایران، ماده ۱۹). البته قانونگذاران و نیز قضات بسیاری از کشورها از شناخت این حق به تجار بین‌المللی کراهت دارند؛ زیرا آیین دادرسی با حاکمیت دولت ارتباط نزدیک دارد.^۱

۵- طرفین این قراردادها تحت شرایطی می‌توانند قانون حاکم بر اعتبار خود موافقتنامه داوری را انتخاب کنند (قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ ایران، ماده ۳۳، بند ب).

۶- داوری به ملاحظه اعطای حق تعیین مکان متناسب به طرفین دعوی جهت تشکیل و رسیدگی داوری، در عمل امتیاز مهمی است.

۷- داوری از لحاظ امکان تعیین زمان متناسب برای رسیدگی به دعوی مزیت بزرگی تلقی می‌شود.

۸- داوری از حیث سرعت در رسیدگی و تعیین تکلیف دعوی بدون اتلاف وقت امتیاز خاصی دارد (نصیری، ۱۳۸۳: ۴۳۲).

۹- اینکه با داوری اسرار تجاری شرکتها از افشا شدن مصون می‌ماند امتیاز ویژه برای شرکتهای تجاری موفق و بزرگ است (اشمیتوف، ۱۳۷۸: ۹۸۷). زیرا طبق قانون، جلسات دادگاهها باید علنی تشکیل گردد مگر در شرایط خاص مندرج در قوانین

۱. قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ ایران در ماده ۱۹ این حق را با همان شرط به رسمیت شناخته است.

(Carr, 1999: 317; نیز ر.ک: صفایی، ۱۳۷۵: ۹۳).

۱۰- حفظ روابط تجاری و دوستانه بین تجار با استفاده از روش حل اختلاف داوری بهتر قابل تأمین می‌باشد.

۱۱- هزینه‌های داوری اصولاً نسبت به هزینه‌های مختلف و گزاف دادگاه بسیار ناچیز می‌باشد.

۱۲- طرفین داوری حق دارند علاوه بر تعیین نحوه صدور رأی داوری، روش اجرای رأی مزبور را هم به میل خودشان مشخص نمایند.

۱۳- چنانچه محکوم له داوری بخواهد رأی داوری را در کشوری غیر از محل صدور رأی به اجرا بگذارد، مقنن و دادگاههای آن کشور تمایل بیشتری به اجرای رأی مزبور نشان می‌دهند تا به اجرای رأی دادگاه کشور دیگر (Barker, 2002: 63).

۱۴- رأی داوری در اغلب موارد قطعی است مگر در موارد مقرر در قانون یا اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند.^۱

۱۵- با استفاده از روش حل اختلاف داوری می‌توان نسبت به سبک شدن بار سنگین دادگاهها و کاستن از تراکم پرونده‌ها در آن کمک کرد.

۲-۲-۳. نقاط ضعف و معایب داوری

نقاط ضعف داوری در برابر امتیازات متعدد آن بسیار ناچیز می‌باشد. لیکن آنچه در مبحث اول این قسمت در نقاط قوت دادگاه قید گردید منطقاً باید نقاط ضعف داوری تلقی شود، مع الوصف اشاره به چند مورد مهم در اینجا خالی از لطف نخواهد بود:

۱- داور علی‌الاصول فاقد اطلاعات لازم جهت مواجهه با مسائل حکمی پیچیده، قوانین موجد حق، آمره و قواعد حل تعارض در رسیدگی به برخی از دعاوی می‌باشد، لذا امکان نقض آرای داوری در مواقع اعتراض طرف ناراضی وجود دارد (قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ ایران، مواد ۳۳-۳۴).

۲- آرای داوری ایجاد سابقه نمی‌کند و فقط در پرونده‌های مربوط مؤثر می‌باشد

۱. ماده ۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران موارد قابل اعتراض را برشمرده و رأی دادگاه را قطعی اعلام نموده است.

و لذا امکان پیش‌بینی نتیجه دعوی اقامه شده در داوری کم است (Ibid: 62-64).
۳- تبعیض و جانبداری از یکی از طرفین داوری، به ویژه در داوری موردی، به ملاحظاتی از جمله مشابهت‌های فرهنگی، دینی، زبانی، تطمیع، تهدید و غیره، محتمل تر است (Hunt, 2000: 59).

نتیجه و پیشنهاد

در این تحقیق مقایسه دو روش دادگاه و داوری به عنوان دو مرجع مهم حل اختلاف تجاری بین‌المللی از لحاظ تعارض صلاحیت ابتدایی و نیز امتیازات و مشکلات هر یک در مقابل دیگری با رعایت اختصار انجام گرفته است. به نکات مهم آن در ذیل به اختصار اشاره شده و در پایان چند پیشنهاد ضروری مرتبط با موضوع ارائه گردیده است.

۱) نتیجه

۱- وقتی قرارداد تجاری بین‌المللی جهت رفع نیاز ناشی از واردات یا صادرات منعقد می‌شود امکان پیدایش اختلاف از جهات مختلف وجود دارد.

۲- برای حل اختلافات ناشی از قرارداد تجاری بین‌المللی شیوه‌های مختلفی وجود دارد که در میان آنها دو شیوه دادگاه و داوری از اهمیت ویژه‌ای برخوردارند. از جمله نکات مشترک این دو شیوه تشکیل پرونده، رسیدگی، صدور رأی و در غایت اجرای آن می‌باشد.

۳- در مقام مقایسه امتیازات و معایب دو روش مزبور، گرچه هریک از صفات مثبت و منفی خاص خود برخوردار است، لیکن امتیازات داوری نسبت به دادگاه، با توجه به امتیازات مختلف آن از جمله حق تعیین داور، قانون حاکم و نحوه رسیدگی، کمی هزینه، سرعت، غیر رسمی و غیر علنی بودن، به مراتب بیشتر بوده و لذا بهتر صرفه و صلاح طرفین را تأمین می‌نماید.

۴- امتیازات و مزایای مختلف روش داوری تجاری بین‌المللی سبب شده تا داوری از اهمیت خاصی برخوردار شده و نتیجتاً طرفداران زیادی پیدا کند طوری که در بین این دو روش حل اختلاف اکنون نوعی تعارض صلاحیت پیدا شده است.

گرچه اصولاً بر صلاحیت عام دادگستری و دادگاه اعتراضی نیست لیکن عده‌ای بر صلاحیت انحصاری و مطلق «دادگاه» در هر شرایطی معتقدند. در حالی که به نظر جمعی دیگر در صورت وجود توافق صریح بر داوری در امور تجاری بین‌المللی مرجع ذی صلاح انحصاری برای رسیدگی ابتدایی به آن دعاوی تحت شرایطی «داوری» می‌باشد و دادگاه ممنوع از رسیدگی به آن دعاوی است. نظر دیگری که متعادل بین آن دو نظر نسبتاً افراطی به وجود آمده، مبتنی بر قائل بودن به صلاحیت نسبی آن دو مرجع می‌باشد به شرحی که در متن بیان گردیده است.

۲) پیشنهاد

۱- به ملاحظه اینکه وجود موافقتنامه دال بر ارجاع اختلاف به داوری یا دادگاه همراه قانون حاکم که صریحاً تعیین شده باشد، برای حل اختلاف خیلی مهم است، لذا به طرفین قراردادهای تجاری بین‌المللی اکیداً توصیه می‌گردد که در قراردادهای خود مرجع حل اختلافات آتی را، خواه دادگاه باشد یا داوری خاص، صریحاً تعیین نمایند. مضافاً، قانون حاکم بر مسائل ماهوی و شکلی قرارداد اصلی و داوری را خودشان به صراحت تعیین نمایند تا وقت دادگاه و یا داوری، صرف بررسی آن نشده و موجبات اطاله رسیدگی فراهم نگردد.

۲- همچنین به طرفین قراردادهای مزبور توصیه می‌شود که قبل از تعیین قطعی قانون خاصی به عنوان قانون حاکم بر مسائل ماهوی و شکلی، سعی کنند محتوا و مقررات قوانین مورد نظر برای انتخاب از لحاظ مختلف به ویژه مشکلات حقوقی اجرای احکام داوری خارجی دقیقاً مورد بررسی کامل قرار گیرند تا در آینده ندانسته گرفتار مشکلات پریپیچ و خم حقوقی نگردند.

۳- چون ممکن است قانون کشور مقرر داوری، قانون منتخب طرفین را به عنوان قانون حاکم به رسمیت نشناسد، لذا لازم است مقررات قوانین کشوری که قرار است در همین رابطه به عنوان مقرر داوری تعیین گردد، قبل از انتخاب مورد بررسی کامل قرار گیرد.

۴- چنانچه قانون مورد نظر طرفین برای انتخاب به عنوان قانون حاکم متعلق به کشوری با سیستمهای حقوقی مختلف باشد، مثل کشورهای فدرال، لازم است که قانون ایالت یا سیستم حقوقی خاص مورد نظر مشخص گردد.

۱. اشمیتوف، کلابو، *حقوق تجارت بین‌الملل*، ج ۲، ترجمه بهروز اخلاقی و همکاران، تهران، سمت، ۱۳۷۸ ش.
۲. ایوبی‌فر، ف.، چگونه با داوری اختلافات حقوقی خود را حل کنیم، سخن گستر، ۱۳۸۴ ش.
۳. جنیدی، لعبا، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۸ ش.
۴. خزاعی، حسین، *حقوق تجارت بین‌الملل - داوری*، ج ۷، تهران، قانون، ۱۳۸۶ ش.
۵. شهبازی‌نیا، مرتضی و همکاران، *حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی*، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۸۶ ش.
۶. صفایی، سیدحسین، *حقوق بین‌المللی و داوری‌های بین‌المللی*، تهران، میزان، ۱۳۷۵ ش.
۷. *قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*.
۸. *قانون [۱۳۸۰] الحاق ایران به کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی ۱۹۵۸ (کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک)*.
۹. *قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی*، مصوب ۱۳۷۹ ش.
۱۰. *قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران*، مصوب ۱۳۷۶ ش.
۱۱. *کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک در شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی*.
۱۲. نصیری، مرتضی، *حقوق تجارت بین‌المللی در نظام حقوق ایران*، تهران، امیرکبیر، ۱۳۸۳ ش.
۱۳. نیکبخت، حمیدرضا، *داوری تجاری بین‌المللی «آیین دادرسی»*، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۸۸ ش.
14. Barker, D. & C. Padfield, *Law Made Simple*, Burlington, USA, 11th ed, 2002.
15. Carr, Indira, *Principles of Int'l Trade Law*, London, Covendish Publishing Ltd., 1999.
16. *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID)*.
17. Cracknell, D. G., et al., *Cracknell's Statutes - Law of Int'l Trade*, London, Old Barley Press, 1998.
18. Hunt, Martin, *A Level and as Level Law*, London, Sweet & Maxwell, 2000.
19. *UNCITRAL Model Law on Int'l Commercial Arbitration*, 1985.

حمایت از کی‌رایت در حقوق کیفری*

- جواد صالحی^۱ (عضو هیئت علمی دانشگاه پیام نور کرمان)
- علی غلامعلی‌پور (عضو هیئت علمی دانشگاه پیام نور کرمان)

چکیده

ضرورت حمایت از کی‌رایت با ظهور و توسعه صنعت چاپ و فناوری نرم‌افزاری، دولت‌ها را با نگرانی مواجه کرده است. کی‌برداری غیر مجاز همواره در نظم عمومی جوامع بشری، ایجاد اختلال کرده و افزون بر این امنیت مالی و سیاسی انسانها و دولت‌ها را در معرض خطر قرار داده است. بدین لحاظ برخی از کشورها به دلیل ارزش والای میراث فکری بشر و علاقه جمعی در حمایت از خالقان آثار فکری، نقض کی‌رایت را یک جرم کیفری قلمداد کرده‌اند. مقنن ایرانی نیز برای آنکه حمایت از این دسته حقوق را با ضمانت اجرای کافی پاسخگو باشد، به جرم‌انگاری کی‌رایت غیر مجاز پرداخته است. در این مقاله سعی بر آن است تا با بررسی قوانین کیفری در زمینه کی‌رایت به شناخت مؤلفه‌های سازنده حمایت کیفری و همچنین نوع ابزارهای قهرآمیز

* تاریخ دریافت: ۱۳۸۸/۶/۱۶ - تاریخ پذیرش: ۱۳۸۹/۷/۸.

برای ناقضان کپی‌رایت پیردازیم و نقایص آن را مورد تحلیل قرار دهیم.
واژگان کلیدی: مالکیت فکری، کپی‌رایت، قوانین کیفری، زندان.

درآمد

پیشرفت فناوری کپی‌برداری و فراهم شدن فناوری نشر و تکثیر پس از اختراع صنعت چاپ، زمینه چاپ و توزیع گسترده و آسان آثار فکری (صالحی، ۱۳۸۶: ۳۹) را موجب شده است. چنین امکاناتی صرف نظر از مزیت‌های خاص خود، آفریننده یک اثر فکری را که پس از صرف وقت، سرمایه و تخصص به تولید یک اثر نائل شده است، نگران بهره‌برداری از حقوق مادی و اخلاقی (حضرتی، ۱۳۷۸: ۱۵۹) اثر خویش ساخته است. چراکه مالک اثر فکری این دغدغه را دارد که مبادا شخص دیگری از راه برسد و بدون موافقت و پرداخت هزینه‌های تحمیلی به وی، اعم از اقتصادی و اخلاقی به تکثیر و توزیع غیر مجاز اثر وی اقدام کند.

دولت به عنوان حافظ نظم عمومی و تأمین امنیت در جامعه سعی کرده است با توسل به دستگاه قانون‌گذاری و قضایی به دارندگان آثار فکری این اطمینان را بدهد که حرمت آثار فکری ایشان چه از نظر مادی و چه از نظر اخلاقی حفظ می‌گردد. در واقع مقنن در این راستا تلاش کرده است که سیاست کیفری (صالحی، ۱۳۸۷: ۳۰) جامعی، مشتمل بر وضع قوانین در خصوص تعیین جرایم و نوع پاسخهای موجود و حدود اختیارات نهادهای کیفری و اجرایی را پایه ریزی کند تا از نقض کپی‌رایت جلوگیری کند. کپی‌رایت معادل اصطلاح «حق نسخه‌برداری» و «حق تکثیر و انتشار» است که ترجمه‌ای از اصطلاح «Copyright» می‌باشد. ضمن آنکه این اصطلاح در نظامهای رومی - ژرمنی به «حق مؤلف» شهرت دارد. اصطلاح «کپی‌رایت» در سال ۱۸۸۶ طی «کنوانسیون برن» وارد عرصه بین‌المللی گردید و به مسئولیت حمایت از کارهای ادبی و هنری اشاره کرد. کپی‌رایت از جمله مباحث مالکیت ادبی و هنری (به عنوان یکی از زیرمجموعه‌های فرعی مالکیت فکری)، حقی است که به موجب آن به پدیدآورنده اثر ادبی اجازه داده می‌شود که نسبت به انتشار و فروش اثر ادبی، هنری یا علمی خویش با پشتوانه حمایتی که از سوی قانون‌گذار نسبت به او صورت می‌گیرد، تصمیم بگیرد. این حمایت در قلمرو آثار

اصیل از جمله آثار ادبی، موسیقی، هنری و دیگر آثار فکری خاص، صورت می‌گیرد و شامل هر دو دسته آثار چاپ‌شده و چاپ‌نشده می‌باشد (صالحی، ۱۳۸۶: ۳۹).

فرایند اقدامات مقنن در پایه‌ریزی سیاست کیفری در قلمرو نقض کپی‌رایت به بیش از نیم قرن پیش برمی‌گردد. شروع این اقدامات را باید در قانون مجازات عمومی (۱۳۰۴ اصلاحی ۱۳۱۰) و تکامل آن را در قوانین نسبتاً مستقل بعدی جستجو کرد (صالحی، ۵/درسی ۶۸: ۱۹). در این مقاله سعی بر آن است تا کلیه قوانین موجود راجع به نقض کپی‌رایت را بررسی و نقیصه‌های آن را مورد تحلیل قرار دهیم.

۱. قانون مجازات عمومی (۱۳۰۴ اصلاحی ۱۳۱۰)

مقنن در سال ۱۳۱۰ برای اولین بار با الهام از قانون مجازات عمومی ۱۸۱۰ فرانسه، در ذیل مبحث دسیسه و تقلب در کسب و تجارت قانون مجازات عمومی، مقرراتی را طی مواد ۲۴۵ تا ۲۴۸ در جهت حمایت کیفری از کپی‌رایت به تصویب رسانید و به قانون مجازات عمومی اضافه کرد تا از اعمالی مثل چاپ تألیف یا تصنیف دیگری بدون اجازه، اقتباس غیر مجاز، فروش غیر قانونی و چاپ غیر قانونی تألیف دیگران جلوگیری کند. مقنن در اولین رویکرد انقلابی خویش در راستای مبارزه با نقض کپی‌رایت نه تنها به جرم‌انگاری استفاده‌های جزئی از آثار ادبی دیگران در نوشته‌های شخصی و چاپ و تألیف یا تصنیف دیگران پرداخت، بلکه به اقدامات غیر قانونی چاپخانه‌ها در چاپ بدون اجازه آثار دیگران و فروشندگان چنین آثار چاپ‌شده بدون مجوز، نیز به عنوان مباشران اصلی جرم اشاره کرد. با وجود این، مقنن در تعیین ضمانت اجرا، نرمش فوق‌العاده خوبی از خود نشان داد و با درایت خاصی که در شناخت جنس چنین جرایمی داشت، به جزای نقدی پرداخت. از این‌رو برای مرتکبان چاپ تألیف یا تصنیف دیگری بدون اجازه، جزای نقدی از ۵۰ تا ۵۰۰ تومان، برای اقتباس غیر مجاز، حداقل مجازات در ماده ۲۴۵ قانون مذکور (۵۰ تومان)، برای فروش غیر قانونی تألیف دیگران، جزای نقدی از ۲۵ تا ۲۰۰ تومان و برای چاپ غیر قانونی تألیف دیگران، جزای نقدی از ۱۰۰ تا ۱۰۰۰ تومان را تعیین کرد. آنچه که در این قانون به عنوان اولین جنبش در حمایت از کپی‌رایت مد نظر

مقنن قرار گرفت، خنثی کردن زمینه‌های مجرمانه در مجرمان احتمالی بوده است. زیرا مقنن وقت به خوبی درک کرده است که جرایم کپی‌رایت علیه اموال و دارای ریشه‌های مالی است. به همین لحاظ مقنن با استفاده از جزای نقدی به خوبی درایت خود را در مقابله با کپی‌رایت غیر مجاز نشان داده است. به نظر می‌رسد مقنن با چنین مجازات‌هایی، علاوه بر پیشگیری فردی به پیشگیری جمعی دست زده است. مقنن با تهدید مجرمان احتمالی به جزای نقدی، ریشه‌های جرم را خشکاند. چراکه با این عملکرد، معادله منفعت ناشی از ارتکاب جرم را به ضرر مجرم منتهی ساخته است. اگرچه سیاست کیفری اتخاذشده نتوانست اقدامات مؤثری در کاهش نقض کپی‌رایت صورت دهد، ولی به عنوان اولین جنبش در سالهایی که جامعه هنوز خطر چندانانی را نسبت به کپی‌برداری غیر مجاز آثار دیگران احساس نکرده بود، قابل تقدیر و ستایش است.^۱

۲. قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان (۱۳۴۸)

مقنن برای اولین مرتبه با تدوین و تصویب این قانون، به صورت تخصصی به اتخاذ سیاست کیفری ویژه‌ای در جهت حمایت از حقوق مالکان آثار فکری روی آورد. مقنن در فصل چهارم این قانون به جرم‌انگاری موارد نقض کپی‌رایت پرداخته است، تا اعمالی از جمله موارد ذیل مجرمانه و دارای ضمانت اجرای کیفری بشود.

استفاده از عنوان، نام و نشانه ویژه معرف اثر برای اثر دیگری از همان نوع یا مانند آن به ترتیبی که القای شبهه نماید، عدم اعلام و درج نام پدیدآورنده با عنوان و نشانه ویژه معرف اثر از سوی انتقال‌گیرنده، ناشر و کلیه کسانی که اجازه قانونی دارند، تغییر یا تحریف در اثرهای مورد حمایت و نشر آنها بدون اجازه پدیدآورنده، نشر، پخش، ضبط و تکثیر آثار مورد حمایت این قانون از سوی چاپخانه‌ها، بنگاه‌های ضبط صوت، کارگاه‌ها و اشخاص بدون رعایت یا کوتاهی در اجرای ضوابط مربوط به درج شماره دفعات چاپ، تعداد نسخ کتاب، ضبط، تکثیر، پخش،

۱. این مواد در سال ۱۳۴۸ به موجب ماده ۳۲ قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان نسخ گردید.

انتشار، درج مسلسل روی صفحه موسیقی و صدا به تمام نسخه‌ها با ذکر تاریخ و نام چاپخانه یا بنگاه و کارگاه مربوطه، نشر، پخش و عرضه تمام یا قسمتی از آثار مورد حمایت این قانون که متعلق به دیگران است، به نام خود یا شخص دیگر غیر از پدیدآورنده و یا به نام پدیدآورنده ولی بدون اجازه وی، چاپ، پخش و نشر ترجمه دیگری به نام خود یا دیگری.

مقنن در این قانون، سعی کرد با رویکردی تکاملی نسبت به قانون سابق، کلیه اعمالی که حقوق دارندگان آثار فکری را نقض می‌نماید، با ورود به جزئیات بیشتر چگونگی این اعمال، تحت حمایت کیفری قرار دهد. به رغم دقت نظر مقنن، این قانون نیز دارای اشکالاتی است که راه را برای مجرمان احتمالی باز می‌گذارد. یکی از این خلأها، ماده ۲۲ این قانون است. این ماده فقط از آثاری که برای نخستین بار در داخل کشور چاپ یا پخش یا اجرا شده باشند، حمایت کرده است. در صورتی که این ماده قانونی ملاک عمل قرار گیرد، چاپ و نشر مجدد و بهره‌برداری از کتابهایی که برای نخستین بار در خارج از کشور چاپ یا نشر شده‌اند، بدون موافقت پدیدآورنده یا ناشر خارجی امکان‌پذیر است. به بیان دیگر، یک اثر چاپ، پخش، نشر یا اجرا شده در داخل، زمانی از حمایت برخوردار است که آن اثر قبلاً در خارج از کشور چاپ نشده باشد. به همین جهت آثاری که از روی نسخ خارجی چاپ، پخش، نشر یا اجرا شده در خارج از کشور کپی‌برداری می‌شوند، قابل حمایت نیستند. البته این شرط فقط مربوط به حقوق مادی پدیدآورنده است و در رابطه با حقوق اخلاقی پدیدآورنده، به رغم چاپ، پخش، نشر یا اجرای آن در خارج از کشور می‌توان خاطی را تحت تعقیب قرار داد، اما این نگرانی دارنده خارجی آثار فکری را برمی‌انگیزد که از اثر فکری ایشان در جمهوری اسلامی ایران حمایت نمی‌شود. این نگرانی تا جایی وسعت می‌یابد که از تمایل دارندگان چنین آثاری، حداقل برای چند سال اولی که آثارشان در خارج از کشور چاپ شده است و بازار خوبی دارد، برای حضور در نمایشگاه بین‌المللی کتاب تهران که هر سال برگزار می‌شود، می‌کاهد.

مقنن در این قانون بر خلاف قانون سابق، با رویکردی متفاوت برخورد کرده

است. مقنن بر خلاف ضمانت اجرای جزای نقدی در قانون سابق، این مرتبه در تعیین ضمانت اجرای کیفری عمدتاً حبس محور^۱ بوده است که حسب مورد با توجه به نوع نقض، میزان آن متفاوت است.

صرف نظر از این اشکالات، مقنن در این قانون به رفع یک خلأ قانونی پرداخت. مقنن در ذیل ماده ۲۸ این قانون با اشاره به مسئولیت اشخاص حقوقی، نقطه عطفی برای حمایت هر چه بیشتر مالکان آثار ادبی قرار داد. زیرا بیشتر موارد نقض کپی رایت از سوی مؤسسات و اشخاص حقوقی صورت می‌گیرد. قانون به صراحت تکلیف اینکه چه کسی مسئول جرایم ناشی از اشخاص حقوقی است را مشخص کرده است. مقنن با این اقدام از تشتت آرا جلوگیری کرده است و به نظرات مختلفی که در رابطه با مسئولیت اشخاص حقوقی در زمینه جرایم ارتكابی از سوی آنان وجود دارد، نقطه پایانی نهاده است که قابل ستایش است.

یکی دیگر از نوآوریهای این قانون انتشار آگهی مفاد حکم نهایی صادرشده از دادگاه است که بنا به درخواست شاکی خصوصی در یکی از روزنامه‌ها به انتخاب و هزینه شاکی خصوصی قابلیت چاپ دارد. به نظر می‌رسد که این امکان به پیشگیری عمومی به لحاظ بازدارندگی عمومی کمک شایانی بنماید. ضمن اینکه در رابطه با آثار نشر و توزیع شده غیر مجاز این امکان وجود دارد که ضمن رسیدگی به شکایت شاکی خصوصی نسبت به ضبط آن از طریق دستور به ضابطان دادگستری اقدام شود. ضمن اینکه حسب ماده ۳۱ این قانون تعقیب تمام جرایم مذکور منوط به شکایت شاکی خصوصی اعلام شده است و با گذشت او تعقیب یا اجرای حکم موقوف می‌شود.

۳. قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی (۱۳۵۲)

اشکالات موجود در قوانین سابق مبنی بر سکوت در حمایت از آثار صوتی و آثار

۱. البته به استناد بند دو ماده سوم قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین در جایی که حداقل مجازات کمتر از سه ماه و یک روز و حداکثر آن از سه ماه و یک روز بیشتر باشد، حبس قابل تبدیل به جزای نقدی است. قاضی در این موارد باید به بیش از سه ماه حبس حکم دهد در غیر این صورت موظف به تعیین جزای نقدی است (۱۳۷۳).

ترجمه شده، مقنن را به چاره‌اندیشی واداشت. مقنن با توجه به اینکه ترجمه یک اثر از زبانی به زبان دیگر از برخی جهات آسان‌تر از آفرینش اثری جدید نیست و ترجمه یک اثر ادبی و هنری به زبانهای دیگر به لحاظ ارزشی که در زبان مبدأ برای آن لحاظ است، در برخی موارد از چنان استقبالی در زبان مقصد برخوردار می‌گردد که مورد سوء استفاده قرار می‌گیرد، قانونی را به حمایت از آثار ترجمه شده اختصاص داد و در ذیل آن تکثیر یا تجدید چاپ و بهره‌برداری و نشر و پخش ترجمه بدون مجوز، تکثیر کتب و نشریات به همان زبان و شکل چاپ شده به قصد فروش یا بهره‌برداری مادی، نسخه‌برداری یا ضبط یا تکثیر آثار صوتی بدون اجازه صاحبان حق یا تولیدکنندگان و وارد یا صادر کردن آثار صوتی نسخه‌برداری یا ضبط یا تکثیر شده بدون اجازه صاحبان حق یا تولیدکنندگان را ممنوع اعلام کرد.

مقنن در این قانون در رابطه با تعیین ضمانت اجرای کیفری عمدتاً حبس محور است. مقنن در کلیه این موارد، مجازات حبس از سه ماه تا یک سال را در نظر گرفته است. صرف نظر از اینکه کلیه جرایم مذکور در این قانون مذکور با تصویب قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین می‌تواند به جزای نقدی تبدیل شود، مقنن در این قانون به مجازات حبس روی آورده است. با توجه به تاریخ تصویب این قانون و فاصله زمانی زیاد آن با قانون وصول... که با تفکر پرهیز از صدور حبس کوتاه‌مدت تصویب شده است، تنها می‌توان با برخورداری از یک رویه قضایی محکم نسبت به برخورد با چنین جرایمی امیدوار بود که قضات از این مقرر به نحوی بهره‌برداری کنند که حداقل نسبت به چنین جرایمی سیاست کیفری مقنن ۱۳۱۰ تأمین گردد. ضمن آنکه میزان مجازات علاوه بر خسارت وارده به شاکی خصوصی می‌باشد.

۴. قانون مطبوعات (۱۳۶۴) و طرح اصلاحی آن (۱۳۷۹)

مقنن در این قانون، نسبت دادن اثر غیر به خود یا دیگری را جرم دانسته است. در حالی که این اقدام دارای اشکال است. چراکه این عمل از مصادیق قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان می‌باشد و باید قانون اخیر صرف نظر از ابزار و

محیط جرم (مطبوعات) مستند حکم قرار گیرد. صحت این مسئله زمانی قوت پیدا می‌کند که به تبصره ۳ ماده ۵ توجه کنیم. مقنن در این تبصره به شمول قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان در رابطه با آثار به نام پدیدآورنده یا به نام نشریه اشاره کرده است.

اشکال دیگر اینکه تبصره ۱ ماده ۶ در تعریف اعمالی که نقض کپی‌رایت محسوب می‌شوند، از اصطلاح «سرقت ادبی»^۱ استفاده کرده است، صرف نظر از اینکه دو قانون ۱۳۴۸ و ۱۳۵۲ در زمینه محیط جرم اطلاق دارند و شامل روزنامه هم می‌شوند. از این رو روشن است که مقنن بدون توجه به سابقه تقنینی در زمینه جرایم علیه کپی‌رایت و لحاظ قرار دادن مصادیق جرایم علیه آثار فکری در ذکر عنوان «سرقت ادبی» در جهت پوشش جرایم علیه آثار فکری در بند دهم ماده ۶ قانون مطبوعات به خطا رفته است. در این ماده به دو شکل از اشکال نقض کپی‌رایت اشاره شده است:

نوع اول اینکه شخصی تمام یا قسمتی از یک اثر ادبی و هنری را به همان زبان تألیف شده، مورد سوءاستفاده قرار دهد و منتسب به خود اعلام کند.
نوع دوم اینکه شخص تمام یا قسمتی از یک اثر ادبی را به صورت ترجمه به زبان دیگر به خود انتساب دهد. به بیان دیگر اینکه شخص مطلبی را از یک زبان به زبان دیگری ترجمه کند. سپس این ترجمه را به عنوان ایده و فکر خویش اعلام نماید. در حالی که متن اصلی متعلق به غیر می‌باشد و اقدام فرد اخیر فقط در حد ترجمه می‌باشد.

از سوی دیگر تکثیر نشریات در ماده ۷ و بند الف ماده ۳۳ قانون مطبوعات به عنوان یکی از مصادیق جرایم مطبوعاتی تلقی گردیده است. برخی توزیع و تکثیر

۱. با به کارگیری این واژه در مورد آثار ادبی و هنری مخالف هستیم. دلیل این مخالفت به این جهت است که در این جرایم آنچه مرتکب زیر پا می‌نهد حق تصمیم‌گیری مالک اثر در مورد انتشار یا عدم انتشار اثر هنری است. البته از این عمل منافع مادی نصیب نقض‌کننده می‌شود. ولی این کسب منفعت نمی‌تواند دلیل موجهی بر استفاده از واژه «سرقت» در این قبیل جرایم باشد. با لحاظ قرار دادن اینکه سرقت در حیطه جرایم علیه اموال می‌گنجد و اثر ادبی از نوع اموال عینی نیست که بتواند مورد سرقت قرار گیرد، این آثار نمی‌توانند مشمول عنوان سرقت قرار گیرند. لذا به نظر می‌رسد قرار دادن عنوان سرقت ادبی در خصوص جرایم علیه آثار فکری صحیح نیست.

بدون مجوز نشریه را از جمله موارد تجاوز به آثار فکری و ارتکاب آن به وسیله مطبوعات را بی‌معنا تلقی کرده‌اند (شیخ‌الاسلامی، ۱۳۸۰: ۹۴). در حالی که به نظر می‌رسد تکثیر نشریات در این قانون با آنچه که در ماده ۲ قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی ممنوع اعلام شده است، متفاوت باشد. چراکه مقنن در قانون مطبوعات چاپ و انتشار نشریه بدون پروانه و تقلید از نام یا علامت نشریه دیگر را ممنوع اعلام کرده است، در حالی که قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی، تکثیر نشریات دارای پروانه از سوی غیر صاحبان امتیاز را منع کرده است.

اشکالی که در تعیین نوع ضمانت اجرا در این قانون به چشم می‌خورد این است که مقنن در تعیین مجازات، تبصره ۲ ماده ۶ این قانون (الحاقی ۱۳۷۷) به مجازات مقرر در ماده ۶۹۸ قانون مجازات اسلامی ارجاع داده است و در صورت تکرار، مرتکب را مستوجب تشدید مجازات و لغو پروانه مطبوعاتی دانسته است. صرف نظر از اشکالاتی که در این نوع جرم‌انگاری وجود دارد، به نظر می‌رسد استناد به ماده ۶۹۸ با اشکال جدی دیگری مواجه است. محتوای ماده ۶۹۸ که به اظهار اکاذیب به قصد اضرار به غیر یا... اشاره دارد، ماهیتاً متفاوت از استفاده غیر مجاز آثار فکری دیگران است. در اعمال ناقض کپی‌رایت آنچه که اعلام می‌گردد چه بسا عین حقیقت علمی یا... است و تنها دروغ آن، استناد چنین مطالبی به مجرم است. به بیان دیگر، در عمل مصرحه در ماده ۶۹۸ مجرم یک سری مطالب را که غیر واقعی و خودساخته است اعلام می‌کند و به دروغ به دیگری استناد می‌دهد، در حالی که در جرم کپی‌رایت آن چیزی که اعلام می‌شود از واقعیات متعلق به بزه‌دیده است و مجرم آن را به جای اینکه به صاحب اصلی استناد دهد یا متمسک به مجوز قانونی شود، به دروغ آن را به خود مستند می‌کند.

۵. قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری

فعالیت‌های غیر مجاز می‌نمایند (۱۳۸۶)

پیشرفت در حیطه آثار سمعی و بصری مسائلی را در حوزه کپی‌رایت پدید

آورده که در برخی موارد با پخش در رادیو و تلویزیون، یا در دسترس عموم قرار گرفتن برای استفاده‌های شخصی، حق مؤلف یا حقوق اجراکنندگان (پورمحمدی، ۱۳۸۵: ۵-۱۷۰) نقض می‌شود. به همین لحاظ حمایت از این دسته حقوق توسط مقنن مورد توجه قرار گرفته است. قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیر مجاز می‌نمایند (خلاصه گزارش... ۱۳۸۵)، فعالیت در آثار سمعی و بصری غیر مجاز به جای آثار مجاز و تولید، تکثیر و توزیع عمده آثار سمعی و بصری مستهجن و مبتذل را ممنوع اعلام کرده است.^۱ جدای از فعالیت در قلمرو آثار مستهجن و مبتذل (جوانمرد، ۱۳۸۶: ۲۱)، چیزی که می‌تواند نزدیک به مفهوم کپی‌رایت باشد، ماده یک این قانون است که به دو مسئله می‌پردازد: جلوگیری از عرضه آثار غیر مجاز به جای آثار مجاز؛ جلوگیری از تضییع حقوق صاحبان اثر.

اگرچه مقنن در قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان به حمایت از آثار سمعی و بصری پرداخته بود، ولی به نظر می‌رسد مقنن در این قانون علاوه بر پوشش کپی‌رایت آثار سمعی و بصری به دنبال ایجاد نظام نظارتی بیشتر در خصوص این قبیل آثار می‌باشد. چراکه در ادامه (ماده ۲ این قانون)، هرگونه فعالیت تجاری در زمینه تولید، توزیع، تکثیر و عرضه نوارهای صوتی و تصویری را مشروط به اخذ مجوز از وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی می‌نماید و برای افرادی که بدون مجوز دست به فعالیت در این عرصه می‌زنند، ضمانت اجرای کیفری در نظر می‌گیرد. البته عنوان مجرمانه موضوع ماده اخیر از عنوان مجرمانه ماده یک متفاوت است. ممکن است شخصی از سوی وزارت فرهنگ و ارشاد دارای مجوز باشد، ولی به عرضه آثار غیر مجاز بپردازد. همان طور که ممکن است شخصی دارای مجوز از سوی وزارت ارشاد نباشد ولی آثار مجاز را ارائه دهد.

در مورد فعالیت تجاری غیر مجاز در زمینه تولید، توزیع، تکثیر و عرضه نوارهای صوتی و تصویری مستهجن و مبتذل شاید تا حدی جرم‌انگاری جدید قابل توجیه باشد. اما این مسئله در خصوص تجاوز علیه آثار سمعی و بصری عادی با توجه به

۱. با توجه به اینکه فقط موضوع دسته اول این آثار مرتبط با موضوع این تحقیق می‌باشد، از پرداختن به دو دسته صرف نظر می‌کنیم.

سابقه تقنینی تا حدودی غیر منطقی است، مگر آنکه استفاده خانگی، یا در اماکن عمومی مثل ایستگاه قطار، داخل اتوبوسها و... از این آثار سمعی و بصری که به صورت غیر مجاز تکثیر و توزیع شده‌اند، منظور مقنن باشد که چنین برداشتی از ماده ۱ و ۲ این قانون به دست نمی‌آید. در واقع مقنن در این ماده بیشتر به جنبه عمومی و حقوق نظارتی ارگان خاصی نظر داشته است، تا این ارگان نسبت به چگونگی و تعداد تکثیر و توزیع آثار سمعی و بصری نظارت و کنترل داشته باشد، نه اینکه نسبت به اتفاقی که پس از این مرحله برای آثار سمعی و بصری مجاز می‌افتد (تکثیر از روی اثر مجاز، اما بدون اجازه و پرداخت حقوق قانونی صاحب اثر) نظر داشته باشد.

نکته دیگر اینکه با توجه به ماهیت و فلسفه جرم‌انگاری این دسته از جرایم به عنوان پاسخی به التهاب شیوع آثار فرهنگی غریبی مستهجن و ممنوعیت استفاده از تجهیزات ویدئو در برهه‌ای از زمان، در بادی امر به نظر می‌رسد اقدام مقنن در گنجاندن^۱ فعالیت غیر مجاز در عرصه آثار سمعی و بصری عادی ضروری نباشد. اما با توجه به تصریح شرط پخش و اجرای اثر برای نخستین بار در کشور ذیل ماده ۲۲ قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مانعی در جهت حمایت از آثار سمعی و بصری خارجی که سابقه پخش و اجرای آن در خارج از کشور می‌باشد، وجود داشت که از این حیث اقدام مقنن قابل توجیه است. چراکه اکثر آثار سمعی و بصری خارجی که در کشور تکثیر و توزیع می‌شوند، به لحاظ مفقود بودن این شرط در قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان قابل حمایت نبودند و حمایت از آثار سمعی و بصری در قانون سابق محدود به تولیدهای داخلی است.

عملکرد مقنن در این قانون به لحاظ تبدیل نوع مجازات تا حدودی با سیاست کیفری اتخاذی در قوانین سابق الذکر متفاوت است. ماده ۱ این قانون به مجازات جزای نقدی به جای مجازات زندان روی آورده است و پرداخت خسارت وارده نیز پیش‌بینی شده است، مشروط بر اینکه حقوق صاحبان حق تضییع شده باشد و آن را

۱. چراکه مقنن معرفی آثار سمعی و بصری غیر مجاز به جای آثار مجاز و تولید، تکثیر و توزیع عمده آثار سمعی و بصری مستهجن و مبتذل را در این قانون به صورت توأمان جرم‌انگاری کرده است.

مطالبه نمایند. به هر حال مقنن با قرار دادن مجازات «... دو میلیون ریال تا بیست میلیون ریال...» به تخفیف در سیاست کیفری خویش در حوزه حمایت از آثار سمعی و بصری پرداخت. چراکه ماده ۲۳ قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مجازات زندان را برای نقض کپی‌رایت در امور سمعی و بصری در نظر گرفته است.

این قانون در رابطه با قابل گذشت بودن یا غیر قابل گذشت بودن فعالیت غیر مجاز در امور سمعی و بصری تصریحی ندارد. با توجه به اصل غیر قابل گذشت بودن جرایم، به نظر می‌رسد که این جرایم ولو بدون شکایت شاکی خصوصی قابل پیگرد می‌باشد، که این نظریه با توجیهی که در رابطه با حمایت مقنن از بعد حقوق عمومی چنین آثاری به لحاظ جنبه نظارتی ارگان خاصی در تولید، تکثیر و توزیع آثار سمعی و بصری ارائه دادیم، تقویت می‌گردد. از سوی دیگر با توجه به تصویب این قانون به نظر می‌رسد که قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان در قسمت حمایت از آثار سمعی و بصری نسخ شده است. ضمن اینکه رویه قضایی در رسیدگی به جرایم کپی‌برداری غیر مجاز از آثار سمعی و بصری، این قانون (قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیر مجاز می‌نمایند) را ملاک عمل خویش قرار داده است.

۶. قانون حمایت از حقوق پدیدآوردگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای (۱۳۷۹)

مقنن در قانون حمایت از پدیدآوردگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای به حمایت‌های قانونی مشابه آنچه که در قانون حمایت از مؤلفان و مصنفان مورد لحاظ قرار گرفته بود در حیطه نرم‌افزارهای رایانه‌ای پرداخت. اگرچه عده‌ای بر این باورند که بند ۱۱ ماده دو قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان ناظر بر حمایت از نرم‌افزارهای رایانه‌ای است (طارم‌سری، ۱۳۸۲: سخنرانی). آنچه که در این قانون نقش بارز و برجسته‌ای دارد، موضوع تخصصی نرم‌افزارها و احراز ضرورت قانونمند کردن

حمایت از حقوق پدیدآوردگان این قبیل آثار است.

نشر، عرضه، اجرا و حق بهره‌برداری مادی و معنوی نرم‌افزارهای رایانه‌ای از مصادیق مجرمانه‌ای است که در این قانون پیش‌بینی شده است. به همین لحاظ این قانون گامی اساسی در راه حمایت از حقوق پدیدآوردگان نرم‌افزارهاست که در سالهای قبل از انقلاب سابقه‌ای نداشته است. این حمایت مسلماً می‌تواند موجب طرح و توسعه هر چه بیشتر مباحث حقوقی مرتبط با آن و تأثیر متقابل بر صنعت نرم‌افزار باشد. چراکه نویدبخش احساس امنیت قانونی برای دست‌اندرکاران و سرمایه‌گذاران این بخش خواهد بود.

مقنن در ماده ۱۳ این قانون به صورت هم‌زمان دو ضمانت اجرای کیفری را در نظر گرفته است. با توجه به قید «و» قاضی مکلف است در حکم هر دو مجازات را لحاظ دارد. اگرچه ضمانت اجرای کیفری تعیین شده دارای حداقل و حداکثری است که قاضی می‌تواند با استفاده از شدت و ضعف عمل ناقص حق، از حداقل و حداکثر تعیین شده در جهت احقاق حق بهتر و رعایت عدالت استفاده کند، با وجود این به نظر می‌رسد ضمانت اجرای کیفری حبس و جزای نقدی توأمان شدید باشد. علاوه بر اینکه مجازات‌های کیفری نافی طرق جبران مدنی نیست و بسته به مورد، دادگاه می‌تواند هر دو نوع طریق جبران (کیفری و مدنی) را در مورد اشخاص ناقص کپی‌رایت اعمال نماید. با توجه به تبصره ذیل ماده ۱۳، خسارات شاکی خصوصی از اموال شخصی مرتکب جرم جبران می‌گردد.

ماده ۱۴ این قانون امکان انتشار حکم صادره را در یکی از روزنامه‌ها به انتخاب و هزینه شاکی خصوصی در راستای اعلام عمومی حقانیت شاکی و البته پیشگیری از وقوع موارد مشابه مجاز دانسته است. علی‌رغم این همه سخت‌گیری مقنن، این جرم از جمله جرایم قابل گذشت می‌باشد (ماده ۱۳). لازم است که هر تعقیبی با شکایت شاکی به جریان بیفتد و با گذشت او موقوف گردد. ضمن اینکه هرگونه حمایتی موقوف بر تولید و توزیع موضوع حمایت برابر ماده ۱ این قانون برای اولین بار در ایران است که این رویکرد دارای همان اشکالاتی است که قبلاً راجع به آن بحث کردیم.

۷. قانون تجارت الکترونیک (۱۳۸۲)

با توجه به ویژگی آسانی انتقال داده‌ها در محیط مجازی، امن‌سازی شبکه‌ها و استفاده از روشهای مطمئن و جلوگیری از سوء استفاده از آثار ادبی و هنری و نسخه‌برداری آن در محیط اینترنت از دغدغه‌های مهم تولیدکنندگان این آثار می‌باشد. این نسخه‌برداری زمانی صورت می‌گیرد که اثر مورد نظر در حافظه رایانه یا سایر وسایل الکترونیکی ذخیره می‌شود (رهبر، ۱۳۸۴: ۳۲۵-۳۲۷). بدیهی است زمانی که از یک فایل، لوح فشرده یا پایگاه داده حاوی مطالب و... به طور غیر مجاز کپی‌برداری (دانلود) می‌شود، به دارنده این آثار ضرر و لطمات زیادی وارد می‌شود که باید مورد حمایت قرار گیرد.

تا پیش از تصویب قانون تجارت الکترونیک، حمایت از کپی‌رایت در محیط الکترونیکی در هاله‌ای از ابهام قرار داشت. تنها به کپی‌رایت نرم‌افزار در قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای توجه شده و به سایر جنبه‌های کپی‌رایت در محیط الکترونیک اشاره‌ای نشده بود. قانون تجارت الکترونیک نخستین قانونی است که در نظام حقوقی ایران به حمایت از کپی‌رایت در محیط‌های الکترونیک پرداخت. در مبحث چهارم این قانون،^۱ طی ماده ۷۴ به نقض حقوق مؤلف اشاره شده است و ضمانت اجرای آن حبس و جزای نقدی توأمان تعیین شده است.

یکی از ایرادهایی که به این قانون وارد است اینکه در این ماده بر خلاف سایر قوانین به جبران خسارات هیچ اشاره‌ای نشده است. ایراد دیگر اینکه در ماده فوق‌الذکر حقوق مورد حمایت در سه قانون مزبور را به عبارت «... منوط بر آنکه امور مذکور طبق مصوبات مجلس شورای اسلامی مجاز شمرده شود...» مقید کرده است، بدین معنا که حقوق مندرج در قوانین مزبور در صورتی در بستر الکترونیک از حمایت قانون برخوردار می‌شوند که مجلس شورای اسلامی آنها را مجاز بشمارد. بدیهی است که این امر بر خلاف اصل اباحه است و مجلس شورای اسلامی در هر

۱. مبحث چهارم این قانون اختصاص به نقض حفاظت از «داده‌پیام» در بستر مبادلات الکترونیک دارد که به چهار فصل تقسیم شده است. مقنن در فصل اول آن به نقض حقوق مؤلف پرداخته است.

مورد باید تعیین کند که کدام حق از حقوق مؤلف مجاز شناخته می‌شود یا نمی‌شود، در صورتی که با تصویب سه قانون مار الذکر، مجاز بودن این حقوق ابراز شده و افزودن قید اشاره‌شده موجب ایجاد این شبهه می‌گردد. اگرچه برخی از این عبارت معنای دیگری را بیان کرده‌اند (همان). به نظر ایشان آثاری از حمایت قانون برخوردار هستند که حاوی مسائل خلاف قانون (مثل یک عکس مستهجن یا ضد اخلاقی) نباشند، که به نظر می‌رسد چنین برداشتی صحیح نباشد. چراکه این مسئله از بدیهیات حقوق کیفری می‌باشد که بنای حمایت قانون بر این است تا آثاری مورد حمایت باشند که دارای احترام هستند.

اشکال دیگر در وضع مجازات، عدم تعیین گذشت‌پذیر بودن یا نبودن جرمهای یادشده است. با توجه به اینکه ماده ۷۲۷ قانون مجازات اسلامی نیز قانون اسبق می‌باشد و اشاره‌ای نیز در قانون تجارت الکترونیک به آن نشده است، به نظر می‌رسد که جرمهای یادشده در این قانون گذشت‌ناپذیرند. در حالی که نقض کپی‌رایت از جمله موارد دارای جنبه خصوصی می‌باشد و غیر قابل گذشت بودن آن از سخت‌گیریهایی است که لزوم آن احساس نمی‌شود. مگر آنکه وسعت خسارات ناشی از نقض کپی‌رایت در حد گسترده و مقیاس تجاری باشد و نظم عمومی را به شدت تحت شعاع قرار دهد.

۸. قانون جرایم رایانه‌ای (۱۳۸۸)

افراد در فضای مجازی (فضایی که اجزای تشکیل‌دهنده آن، سیگنالهای الکتریکی و الکترومغناطیسی است) از طریق رایانه و وسایل مخابراتی به صورت زنده و مستقیم، صرف نظر از جغرافیای فیزیکی با یکدیگر ارتباط دارند. این فضا صرف نظر از کارکردهای مثبت در زندگی اجتماعی، می‌تواند عرصه جدیدی برای فعالیتهای غیر مجاز باشد که با منافع ملی، مصالح اجتماعی، موازین مذهبی و اخلاقی جامعه مغایرت دارد.

طبیعی است با دیجیتالی شدن تجهیزات فیلم‌برداری و گسترش استفاده از تلفنهای همراه مجهز به دوربین، امکان تهیه و تولید فیلم یا عکس از افراد برای

انتشار در فضای مجازی یا ابزار تهدید برای ارتباط جنسی یا اخاذی آسان باشد. مقنن برای مبارزه با این پدیده شایع انتشار آثار مستهجن و مبتذل از طریق ارتباطات الکترونیکی و سایتهای کامپیوتری یا وسیله و تکنیک مشابه دیگر (ماده ۱۰ قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیر مجاز می‌نمایند) را مد نظر قرار داد. اما سیاق قانون مذکور فقط «انتشار» آثار مستهجن و مبتذل را دربر می‌گرفت که جامع نبود.

لذا مقنن در قانون جرایم رایانه‌ای، فرایند مبارزه با این جرایم را تکمیل کرد. مقنن در این قانون علاوه بر اینکه تولید، ذخیره و نگهداری محتویات مستهجن را به قصد ارسال، انتشار یا تجارت و همین طور توزیع و معامله آن را به وسیله سامانه‌های رایانه‌ای، مخابراتی یا حامل‌های داده، ممنوع کرده است (ماده ۱۴)، افشا یا در دسترس دیگری قرار دادن «صوت یا تصویر یا فیلم خصوصی یا خانوادگی یا اسرار دیگری، ...» (ماده ۱۷) و تغییر، تحریف و انتشار «فیلم یا تصویر دیگری، ...» (ماده ۱۶) را نیز جرم‌انگاری کرده است.

مقنن در قانون جرایم رایانه‌ای، شنود غیر مجاز محتوای در حال انتقال ارتباطات غیر عمومی در سیستم‌های رایانه‌ای، مخابراتی، امواج الکترومغناطیسی یا نوری (ماده ۲) و دسترسی غیر مجاز به داده‌ها، سیستم‌های رایانه‌ای یا مخابراتی را که به وسیله تدابیر امنیتی حفاظت شده است (ماده ۱) و شنود محتوای ارتباطات رایانه‌ای را مگر در موارد مربوط به امنیت کشور یا با دستور مستقیم مقام قضایی، ممنوع کرده است (ماده ۴۵) و حکم آن را همان حکم شنود تلفنی قرار داده است (ماده ۴۸).

نتیجه‌گیری

قوانین کیفری به عنوان ساده‌ترین و شدیدترین وسیله اجبار افراد به رعایت قواعد و مقررات در جامعه باعث گردیده است که دولتها به ضمانت اجرای کیفری متوسل شده و برای تخلف متخلفان مجازات تعیین کنند. در قوانین برخی از کشورها مجازات‌هایی در قالب جریمه یا حبس و یا هر دو برای مرتکبان این گونه جرایم تعیین گردیده است. این در حالی است که این مجازات‌ها با اقداماتی به منظور جبران

خسارات وارده به شخص زیان‌دیده و بازگشت به وضعیت پیش از نقض کپی‌رایت تکمیل می‌گردد.

در قوانین داخلی موجود در مقابله با کپی‌رایت غیر مجاز عمدتاً از ابزار حبس^۱ و در برخی موارد، علاوه بر آن از جزای نقدی به علاوه جبران خسارت استفاده شده است. بنابراین حبس محور بودن مقنن در این حیطة محسوس می‌باشد. این در حالی است که استفاده از ابزار مجازات زندان در نقض کپی‌رایت، بدون توجه به میزان نقض، تا حدودی شدت عمل مقنن را نشان می‌دهد. در حالی که وضعیت نامناسب محیط زندان و انگیزه‌های مالی موجود در نقض کپی‌رایت، مبین این امر است که استفاده از نهاد کیفر حبس در این دسته از جرایم غیر ضروری است و باید میان جرایم در سطح کلان و تجاری کپی‌رایت با نقض کپی‌رایت در جهت استفاده‌های شخصی یا محدود، تفکیک قائل شد و مجازات حبس را به دسته اول اختصاص داد. از طرفی در یک نظام حقوقی، قانونی موفق خواهد بود که با اجزای دیگر نظام حقوقی سازگاری و تناسب داشته باشد، و گرنه به قانونی متروک تبدیل یا غیر قابل اعتنا تبدیل می‌شود (صالحی، ۱۳۸۸: ۲۴). مقایسه رویه قانونی با رویه قضایی (آرای اصداری راجع به نقض کپی‌رایت)، ما را به این نتیجه می‌رساند که رویه قانونی متوسل به استفاده از ابزار حبس برای جرایم کپی‌رایت، ولو موارد ناچیز و در مقیاس خرد است، در حالی که رویه قضایی بیشتر متمایل به تبدیل آن به جزای نقدی است. گویی قضات محترم واقف هستند که مجازات حبس برای این دسته از جرایم، به جز موارد خاص، شدید است. لذا انتظار می‌رود مقنن با رویکردی جدید به دنبال تصویب قانونی جامع و کامل که دربردارنده محتویات همه قوانین موجود باشد و در آن از نقایص پیش گفته خبری نباشد، اقدام نماید.

۱. مع الوصف پژوهش‌های جرم‌شناختی و کیفرشناختی راجع به کارایی زندانها به عنوان بیشترین ابزار ضمانت اجرای کیفری در زمینه اصلاح بزهکاران و مبارزه با تکرار جرم نشان داده است که از یک سو، زندانها در انجام این رسالت روی هم رفته ناموفق بوده است و از سوی دیگر، حبسهای کوتاه‌مدت، به ویژه برای بزهکاران بی سابقه، بیشتر یک عامل تکرار جرم بوده است (آنسل، ۱۳۷۵: ۱۲۱). به همین دلیل باید پیش از توسل به ابزار زندان هزینه‌های آن را با توجه به منافع آن در نظر بگیریم و در صورت مثبت بودن نتیجه، بدان متوسل شویم.

کتاب‌شناسی

۱. آنسل، مارک، دفاع اجتماعی، ترجمه محمد آشوری و علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ سوم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۵ ش.
۲. پورمحمدی ماهونکی، شیما، حقوق اجراکنندگان، تولیدکنندگان آثار صوتی و سازمانهای پخش رادیو و تلویزیونی، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۵ ش.
۳. جوانمرد، بهروز، سیاست کیفری جدید مقنن در رابطه با فعالیت‌های غیر مجاز سمعی و بصری، تعالی حقوق، شماره ۱۸، ۱۳۸۶ ش.
۴. حضرتی شاهین دژ، صمد، مطالعه تطبیقی حقوق معنوی مؤلف، فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق علیه السلام، شماره ۱۰، ۱۳۷۸ ش.
۵. خلاصه گزارش اظهار نظر کارشناسی درباره طرح اصلاح قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیر مجاز می‌نمایند، مصوب ۱۳۷۲ و الحاق موادی به آن، دفتر مطالعات حقوقی مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۸۵ ش.
۶. رهبر، نوید، تأثیر اینترنت بر حق مؤلف در نظام حقوق بین‌الملل و حقوق کنونی ایران، مجموعه مقاله‌های همایش بررسی جنبه‌های حقوقی فناوریهای اطلاعات، تهران، سلسیل، ۱۳۸۴ ش.
۷. شیخ‌الاسلامی، عباس، جرایم مطبوعاتی، مشهد، انتشارات جهاد دانشگاهی، ۱۳۸۰ ش.
۸. صالحی، جواد و یوسف ابراهیمی، «سیاست کیفری و سیاست جنایی»، تعالی حقوق، شماره ۲۵-۲۶، ۱۳۸۷ ش.
۹. صالحی، جواد، «سیاست کیفری در چالش با نقض کپی‌رایت»، قضاوت، شماره ۵۶، ۱۳۸۸ ش.
۱۰. همو، «کپی‌رایت در بستر قانون و تعامل آن با مبانی فقهی»، دادرسی، شماره ۶۸.
۱۱. همو، «کپی‌رایت و تعامل آن با مالکیت فکری»، تعالی حقوق، شماره ۱۸، ۱۳۸۶ ش.
۱۲. طارم‌سری، مسعود، «جایگاه ایران در نظام بین‌المللی حمایت از حقوق مالکیت فکری»، سخنرانی در مرکز مطالعات عالی بین‌المللی دانشگاه تهران، ۱۳۸۲/۱۰/۱.

13. Copyright in light of deterrent punishment of criminal law

ترجمه چکیده‌ها

موجز المقالات

الإحالة الجزائية

(دراسة عقوبة جرمية موضوع مادة ۵۱۶ من القانون الجزائي الإسلامي)

- الدكتور تهمورث بشيريه
- أستاذ مساعد بجامعة طهران

على الأغلب، مقنني ومشرعي القوانين الجزائية حينما يريدون تأسيس القاعدة القانونية يذكرون الحكم وضمائه العملي في مادة واحدة ولكن بعض الأحيان ينفردون هذين الأمرين ويضعونهما في موادّ منوّعة. كما تجدر الإشارة إلى أنّ هؤلاء قد يذكرون تعريف الحكم وشروطه في موضع واحد وقد يأتون بهما في موادّ كثيرة ومتفاوتة. إضافة إلى ذلك أنّ المقننين تارة يضعون الحكم وضمائه العملي في قانون واحد وأخرى في قوانين عدّة وذلك على نمط إحالة العقوبة إلى قانون آخر سمّيناه في هذه الدراسة «الإحالة الجزائية».

والجدير بالذكر أنّ هذه الإحالة قد أُحيلت إلى قوانين وقواعد أجنبيّة التي أنجبت عراقيل ومشاكل عدّة. قد أتى الكاتب في هذه المقالة بتوضيحات عامّة حول أقسام العنصر

القانوني وقد حلل مشاكل الضمان العملي لمادة ٥١٦ من القانون الجزائي الإسلامي الذي يعين العقوبة والجزاء وقد أحيل ذلك إلى المادة المسبقة وإلى القانون الأجنبي.

الكلمات الرئيسية: الاستناد القانوني، الحكم، إحالة العقوبة، الضمان العملي، العنصر القانوني، الموازنة الجزائية.

الوقاية (من الجريمة) في اتجاهات علم الإجرام ونطاقها

- الدكتور شهرام إبراهيمي (أستاذ مساعد بكلية القانون والعلوم السياسية بجامعة شيراز)
- الدكتور إبراهيم رجب (عضو الهيئة التدريسية بجامعة العلوم العسكرية)

كلنا نعترف على أنه لا بدّ على المجتمع أن يدافع عن نفسه حيال الجريمة ويتم هذا عبر طريقتي الوقاية من الجريمة والقمع. مهما كانت الوقاية عن الجريمة في معناه الخاص في علم الإجرام (أي الأسلوب الخارج عن النظام الجزائي) أكثر تأثيراً، كانت العقوبة أقل حاجة. لكن بعد الرضوخ أمام هذه الثمرة السافرة، هناك تساؤلات حول الوقاية في عدد من الاتجاهات الويكتومولوجية. ومن جانب آخر، هذه الاتجاهات قد واجهت في العمل موانع وعراقيل منوعة وتلك في مجالات عدّة. كيفية اقرار الجرائم ونوع المجرمين والأساليب المستخدمة في الوقاية عن الجريمة وكذلك كلفات استخدام الأعمال الوقائية بشأن هذا الأمر، من أهم هذه العراقيل التي أوعز الباحث إليها في خلال دراسته هذه.

الكلمات الرئيسية: الوقاية، العراقيل، الإمكان، اتجاهات علم الإجرام.

حقّ المتهم في استخدام المحامي في مرحلة التحقيقات التحضيرية

- الدكتور محمدعلي باباي (أستاذ مساعد بجامعة الإمام خميني الدولية)
- علي أفراسيبي (طالب في مرحلة الماجستير بجامعة الإمام خميني الدولية)

طرح الاتهام يقود المتهم إلى مسيرة جديدة تفضي إلى حقوق وإلزامات خاصة. فعليه، حقّ المحاكمة العادلة من الحقوق التي توجد في جميع السندات المتعلقة بحقوق الإنسان وذلك في كلا المستويين العالمي والإقليمي. والإلزامات السائدة والحاكمة على هذه العملية تمنع العاملين في النظام العدل الجزائي عن أخذ القرارات

والإجراءات المحددة بهذا الشأن. فمن الواجب أن يتوفّر جميع الظروف والأرضيات للمتهم كي يستطيع أن يدافع عن نفسه ويثبت برائته من الجريمة التي لم يقترفها أحياناً أو على الأقل، تسنح له الفرصة في سبيل تقليل إدانته الغير المستحقة. ولكن المؤسسات والعصابات العاملة في حقل حفظ الشؤون الاجتماعية، خاصة النظام العدل الجزائي إذا لم تعمل في مجال حفظ هذه الحقوق والعمل بهذه الإلزامات، لا شك أنّها لم تسلك سبيل تنفيذ العدل والحرية. فمن حقوق المتهم في مرحلة المحاكمة حقّ استخدام المحامي في جميع مراحل المحاكمة ومنها مرحلة التحقيقات التحضيرية.

تطرق الكاتب في هذه الدراسة إلى معالجة وجهة نظر المشرع الإيراني حول حقّ المتهم في استخدام معاضدة المحامي في مرحلة التحقيقات التحضيرية، مؤكداً على العمل على أساس الأصول والأطر الموجودة للمحاكمة العادلة وسندات حقوق الإنسان العامة.

الكلمات الرئيسية: التحقيقات التحضيرية، المحاكمة العادلة، المحامي، الحقوق القابلة للدفاع.

دراسة شرط «عند الاستطاعة» في المهر

- الدكتور محمدعلي سعدي (عضو الهيئة التدريسية بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)
- سيدعلي وهابزاده (طالب في مرحلة الماجستير في فرع القانون الخاص)

يعتبر شرط عند الاستطاعة من القيود الشائعة التي تدرج ضمن عقد الزواج وفي خصوص المهر. والمرسوم التشريعي المورخ ١٣٨٥/١١/٧ لدائرة تسجيل الأسناد والأملك قد أعطت إلى هذا الأمر وجهاً رسمياً ولكن ثمة ملاحظات.

أولاً، انطبق هذا العنوان مع العناوين التعليقية والتقييدية أوضح من انطباعه مع عنوان الشرط في معناه الخاص.

ثانياً، على أية حال، درج هذا الشرط يفرضي إلى أن يكون التعهد الناجم من الموافقة على المهر إلزاماً حقيقياً، هذا من جانب ومن جانب آخر، من الممكن عدم تعيين الحدود الزمنية لحصول الاستطاعة يوجب النزاع والاشتباك من بداية الأمر، ولا شك أنّ هذه المسألة قد ذكرت في كتبنا الفقهية والقانونية تحت عنوان «الغرر المنهيّ

عنه» وعليه درج شرط عند الاستطاعة يُبطل مهر المسمّى.
الكلمات الرئيسية: عند الاستطاعة، القيد، الشرط، المهر.

الكلمات الرئيسية: المحافظة على الحدود، الحدود، البلاد، الأمن، العولمة، الأمن القوميّ، إيران.

قيمة المحافظة على الحدود (المرابطة):

الجغرافيا والأمن في الإسلام والجمهورية الإسلامية الإيرانية

□ دكتور حسين آقابابايي
□ أستاذ مساعد بجامعة كيلان

بعد طرح التساؤلات والأبحاث حول العولمة كان من المتوقع تنزّل وانخفاض أهميّة الأرض والحدود الجغرافية في مناسبات «القرية العالمية»، لكننا نرى العولمة أنجمت تساؤلات حديثة كالإرهاب وتهريب المخدرات وتهريب الإنسان وجرائم منسقة أخرى، ومع الأسف أدت تلك إلى الالتفات إلى أمور كالإقليم الوطنيّ والحدود. لا شك أنّ في الاتجاهات الإسلامية ضمن النظرة الإيديولوجية إلى الحدود والأراضي الإقليمية، للمحافظة على الحدود دور بالغ الأهميّة وقيمة سامية. يرى الباحث في الدستور الجمهوري الإسلامي الإيراني أنّه أشير مرّات عدّة وفي عدد كثير من أصولها، إلى المحافظة على البلد والحدود الإقليمية ومؤكّداً على الاحترام لحقّ سلطة البلدان الأخرى، قد ركّز على حفظ حدود البلاد كأحد الواجبات الهامة للرئيس وأنّ نقل الخطوط الحدودية غير جائز وحينما اقتضت الظروف نقل الحدود الإقليمية فهذا أمر يحتاج إلى مزيد من الشروط والإجراءات الخاصّة واللازمة بهذا الشأن.

وفي عصر تثبيت الجمهورية الإسلامية قضية الأمن القوميّ هي الالتفات إلى الحدود وتنفيذ الإجراءات القانونية والعملية في مجال المحافظة على الحدود. ومن المعلوم أنّ المحافظة الظاهرية والعملية المحضة للحدود وعدم مناقشة أسباب عدم الأمن العالميّ والإقليميّ لا تسوقنا على القطع، إلى تحقّق الأمن بل حاجتنا الماسّة إضافة إلى ذلك، دراسة مشاكل القاطنين على الحدود وتعزيز الأواصر السياسية والاقتصادية والثقافية مع البلاد الجارة ومعالجة الأسباب الأخرى ذات الأثر في إقرار الأمن.

دراسة دور تدخل النظام الجزائريّ

حيال جنوح الأطفال والمراهقين في إنجلترا

□ الدكتور نسرین مهرا

□ أستاذة مساعدة بكلية القانون بجامعة الشهيد بهشتي ورئيسة المجمع الإيراني لقانون العقوبات
جرائم الأطفال والمراهقين قلق وهمّ ما زالت النظم الجزائية والترفيهية في البلاد تحوم حولها وردود الفعل لمكافحة هذه الجرائم الاجتماعية للأطفال كانت منوّعة. ففي مرحلة نرى هذه مكافحة خفيفة وترفيهية. ولكن في السنوات الأخيرة ردود الفعل حياّل هذه الجرائم وخاصة في القوانين الجزائية في إنجلترا بدت بصورة جزائية جلدًا. فقرار الإحالة أحد الظواهر التي ظهرت عقيب غلبة الاتجاه الجزائيّ للمقابلة مع جنوح الأطفال. بيد أنّ الغرض الرئيس من هذا القرار المقابلة مع الاضطرابات الخلقية الناجمة عن جرائم الأطفال والمراهقين، إلا أنّه تلقى نقوداً واعتراضات جمّة. لأنّ بعض الخصائص التدخّلية المتواجدة في هذا القرار سبّب في عرضه مضاداً لمؤسّسات نظام العدل الجزائيّ للأطفال والمجرمين. في دراستنا هذه، نلّوح إلى المقابلات الجزائية الخفيفة مع الأطفال المجرمين كما ندرس هذا القرار الذي من خصائصه المقابلة الحاسمة لجنوح الأطفال.
الكلمات الرئيسية: القرار الإحاليّ، جنوح الأطفال، نظام العدل الجزائيّ الحديث للأطفال.

مقارنة مكانة المحكمة والحكومية في حلّ الخلافات التجارية الدولية

□ الدكتور مصطفى سروي مقدّم

□ أستاذ مساعد بقسم القانون بجامعة الإمام خميني الدولية

من المعلوم أنّه بعد تحقّق العقد التجاريّ الدوليّ قد تحدث خلافات ومن المتوقع حلّها بصورة سهلة وسريعة، وعلى أطراف هذا العقد قبل ظهور الخلاف وتعيين

المرجع في حلّ الخلاف والقانون الحاكم، أن يساعدوا على حلّ الخلاف بأنفسهم. وثمة مرجعان هامان لحلّ الخلاف: أحدهما «المحكمة» والآخر «الحكّمة». وفي الإجابة عن هذا السؤال: «صلاحية وكفاية أيّ من المرجعين أصل؟» توجد ثلاث اتّجاهات هي كفاية المحكمة فقط، كفاية وصلاحية الحكميّة في ظروف معيّنة وكفاية المحكمة والحكّمة بصورة نسبيّة كما تجدر الإشارة إلى أنّ أصحاب الاتّجاه الثالث أكثر.

نحن في البداية لا نعلم أيّ الأسلوبين المزبورين يجلب منفعة طرفي العقد الدوليّ وهذا أمر يحتاج إلى مزيد من الدراسة والمعالجة وإحصاء ميزات ونقائص كلّ منهما حيال الآخر، والدراسة الراهنة ترمي إلى تعيين هذا الأمر بصورة ملخّصة وتمنح معلومات جديدة في هذا الحقل مع تقديم اقتراحات إلى طالبي هذه البحوث وإلى الجامعيّين الذين يمكن استفادتهم من هذا العرض.

الكلمات الرئيسيّة: عقد التجاريّ الدوليّ، مرجع حلّ الخلاف الخاصّ، ميزات ونقائص المحكمة أو الحكميّة، اختيار القانون الحاكم على العقد.

الحماية عن حقوق النشر

في ضوء الضمانات العمليّة للقوانين الجزائيّة

- جواد صالحى (عضو الهيئة التدريسيّة بجامعة پیام نور كرمان)
- علي غلامعلي پور (عضو الهيئة التدريسيّة بجامعة پیام نور كرمان)

بعد ظهور وازدهار صناعة الطبع والتقنيّة البرمجيّة وبداية لزوم الحماية عن حقّ الطبع والنشر قد جابهت الدولُ القلق الكثير. النشر الغير الشرعيّ لا زال قد سبّب الخلل في النظام العامّ في المجتمعات البشريّة وإضافة إلى ذلك، قد استهدف الأمن الماليّ والسياسيّ للإنسان والدول. لذلك بعض الدول عنايةً إلى القيمة العالية والسامية للتراث الفكريّ للبشر والحبّ الجمعيّ في المحافظة والحماية عن خالقي آثار الفكريّة والمعنويّة قد اعتبر انتهاك هذا الحقّ جريمة جزائيّة. والمقنّن الإيرانيّ رعاية لهذه الحقوق ولتأسيس الضمان العمليّ الكافي، اعتبر النسخ والنشر الغير الشرعيّ جريمة.

رام الكاتب في هذه المقالة إلى دراسة القوانين الجزائيّة في مجال حقّ النشر

ومعرفة الأسباب المؤدّيّة للحماية الجزائيّة وكذلك مناقشة مختلف الأدوات والآليات القهرية والملزّمة لمنتهكي هذا الحقّ. كما أوماً في نهاية المطاف إلى النقائص والسلبيّات الموجودة في هذه القوانين.

الكلمات الرئيسيّة: الملكية المعنويّة، حقّ الطبع والنشر، القوانين الجزائيّة، السجن.

distress governments. Unlawful copying disturbs the public order of human societies. Moreover it falls in danger the economic and political security of people and governments. For this, some countries because of the high value of human intellectual heritage and collective consent in protection from creators of intellectual art, criminalize the infringement of copyright as crime. Also, Iranian legislative for protecting these kinds of rights, criminalize the unlawful copyright.

In this article, we try to comprehend and criticize the maker parts of criminal protection and shape of deterrent tools for violators of copyright by examining the criminal law about copyright.

Key words: *Intellectual property, Copyright, Criminal law, Prison.*

Returning to the Policy of

Interventionist Youth Justice System in England

- *Dr. Nasrin Mahra*
- *Assistant professor of Shahid Beheshti University*

Youth justice has invariably been the major concern of the criminal justice system and the welfare system of most countries. During the years the approach to the social abnormalities of the juveniles has been varied. For a while this approach was in the form of mild and welfare orientated, but particularly in recent years the approach has manifested itself in a justice orientated form and has ignored the welfare orientated. However, in practice their forms differed. For instance, referral order came after coming about of the justice approach. Although this order is meant to have come about in response to the moral panic arising from juvenile crimes, it has attracted much criticism. Because the interventionist features of referral order comes into conflict with certain aspects of the juvenile justice system.

In this article, together with review of certain mild sentences for juvenile, referral order and its outstanding features, that indicate its severe sentences, are considered.

Key words: *Referral order, Juvenile justice system, The new juvenile justice system.*

A Comparison of the Position of Litigation and Arbitration in Int'l Trade Disputes Settlement

- *Dr. Mostafa Sarvi Moghaddam*
- *Assistant professor of law in Imam Khomeini International University*

When an international trade contract is concluded, appearance of disputes seems inevitable. For solving such disputes the parties should appoint beforehand the law applicable thereon as well as an approach by which those disputes should be solved. Two outstanding approaches for this purpose are “litigation” and “arbitration”. There seems a jurisdictional conflict or ambiguity on priority of any one of them on the other, when a jurisdictional conflict happens.

For solving this matter, three ideas, i.e. “sole jurisdiction of courts”, “conditional sole jurisdiction of arbitration” and an “in between relative jurisdiction of court & arbitration”, have been developed from which the third idea is now widely adopted. The appreciation of the degree of merits and demerits of the litigation and arbitration approaches vis-a-vis required a study on this matter as well as on the above mentioned jurisdictional conflict, the task which was taken up by the present article the findings of which are hereby presented to the interested legal academics as well as the researchers in fond thereof.

Key words: *Int'l trade contract, Sole jurisdiction for dispute settlement, Merits and demerits of litigation/ arbitration, Choice of law of contracts.*

Copyright in Light of Deterrent Punishment of Criminal Law

- *Javad Salehi (A member of academic board of Kerman Payam Noor Univ.)*
- *A. Gholamalipor (A member of academic board of Kerman Payam Noor Univ.)*

Necessity of protection from copyright by invention and development of print industry and technology of software,

The condition “on ability” is one of the common condition that enters within marriage contract in marriage portion (mahr). The direction dated 7/11/1385 related to registry organization for deeds and real estates has offered a formal appearance to this phenomenon. But it is noteworthy that there are some observations.

Firstly, the identification of this title to suspension and conditional title is more manifest than comparison it to title of condition in its especial verbal meaning.

Secondly, from one hand, entering it within the contract means that the promise which is arisen by the consent on marriage portion is a real obligation, and on the other, the ambiguity of the period of acquisition of ability may cause, by the beginning, some struggles and disputes, and this matter in our jurisprudential and legal literature is called “risk” (gharar) and it is forbidden. And as a result of entering “on ability” condition within contract, the specified marriage portion (mahr -al- mosamma) will be canceled.

Key words: *On ability, Bond, Condition, Marriage portion.*

The Importance of Controlling Frontiers; Geography and Security in Islam and Islamic Republic of Iran

- *Dr. Hossayn Aghababaei*
- *Assistant professor of Gilan University*

Although there are a lot of discussions and debates attached to globalization that naturally it is wished to reduce, in relations of

global village, from the importance of territory and geographical frontiers, globalization added some new issues and difficulties including terrorism, narcotic drugs smuggling, human smuggling and other organized crimes which increased, contrary to our expectation, paying attention to territory and territorial scope.

In Islamic viewpoints although there is an ideological look towards the frontier and territory, controlling frontiers has plenty of value and significance. The constitution of Islamic Republic of Iran has referred in many of its principles to territorial integrity and territorial scope, together with respecting the authority of other countries, considered the protection of territorial integrity as one of the most important president’s responsibilities and put stress that changing the frontier lines is forbidden and when occasion arises, it would perform under certain formalities. The discourse of national security in the era of establishment of Islamic Republic of Iran is concentration on territory and performing broad legal and executive actions in keeping frontiers. But it is clear that mere physical protection from frontiers and to ignore finding the roots of global and regional insecurity may not result in security. Thus together with controlling the frontiers, other attempts such as paying attention to problems of borderers and enforcing political, economical and cultural relationships with neighboring countries, may, surely be beneficial.

Key words: *Controlling the frontiers, Frontier, Territory, Security, Globalization, National security, Iran.*

Key words: *Legal relying, Legal order, Transferring of punishment, Sanction , Legal element, Criminal balance.*

Crime Prevention in Criminological Theories and the Scope of Its Restrictions

- *Dr. Shahram Ebrahimi (Assistant professor of Shiraz University)*
- *Dr. E. Rajabi (A member of academic board of Univ. of Disciplinary Sciences)*

It is clear that society protects itself from crimes by preventing and repression. If crime prevention in its criminological sence (namely be out of penal system) is more influential, the necessity to penalize is less. In spite of this unambiguous benefit, the use of prevention in some criminological theories has been doubted. Similarly the adequacy of it, practically, faced to some limitations in different realms. Kinds of crimes, types of delinquents, methods by which enforce prevention, costs of applying various preventing actions and rights and individual liberties are some restrictions that posed and observed separately in this paper.

Key words: *Prevention, Restriction, Possibility, Criminological theories.*

The Accused’s Right to Benefit from the Assistance of Defending Attorney in the Preliminary Investigations Stage

- *Dr. Mohammad Ali Babaei (PhD assistant professor)*
- *Ali Afrasiabi (Graduate student of Imam Khomeini International University)*

An accusation enters the person accused into a process where special rights and obligations are applied. The Accused’s right to

benefit from a fair trial, as worldwide recognized almost by all the international and regional Human Rights Attributions, on one hand; and the obligations applicable to such process, on the other hand, requires that all the officials in penal justice system withhold making any restricting decisions and provide the accused with all the necessary facilities to defend himself and prove his innocence or at least avoid a condemnation more than is deserved.

Dismissing such rights and obligations is likely to generate injustice by the operations of Social Reaction institutions, especially the penal justice system in the line to serve (administer) justice. One of the rights that accused is entitled to in the process of hearing, is the right to benefit from assistance of defending attorney in all the hearing stages including the preliminary investigation, which constitute the basis and ground for criminal hearing.

In this manuscript, we tried to review and analyze the approach of Iranian legislatives regarding the accused’s right to enjoy the assistance of defending attorney in the stage of preliminary investigation, relying on the standards of fair trial and significant Human Rights Attributions (Ascriptions).

Key words: *Defending attorney, Accused, Preliminary investigation, Fair trial.*

Studying the Condition “on Ability” in Marriage Portion (Mahr)

- *Dr. M. A. Saeidi (A member of academic board of Razavi University)*
- *Sayyed Abbas Ali Vahhabzadeh (An A. M. student of private law)*

Abstracts

Criminal Transferring

(Review on Article 516 of Iranian Penal Code)

- *Dr. Tahmorth Bashireyeh*
- *Assistant professor of Tehran University*

Each Legal rule has two parts including order and sanction for protecting of that. Often these two are combined in one article, but occasionally are depicted in more than one. In latter case, there are two states: first, in different articles of one act and second, in different acts. In the second status, in fact, we face transferring of sanction. This transferring may occur even toward other countries' regulation, which makes many problematic issues. In present essay, explaining the kinds of legal element in brief, article 516 of Iranian Penal Code with such said description will be analyzed.

Table of contents

Researches:

Criminal Transferring (Review on Article 516 of Iranian Penal Code)	
Dr. Tahmorth Bashireyeh	3
Crime Prevention in Criminological Theories and the Scope of Its Restrictions	
Dr. Shahram Ebrahimi & Dr. Ebrahim Rajabi	15
The Accused's Right to Benefit from the Assistance of Defending Attorney in the Preliminary Investigations Stage/ Dr. Mohammad Ali Babaei & Ali Afrasiabi	39
Studying the Condition "on Ability" in Marriage Portion (Mahr)	
Dr. Mohammad Ali Saeidi & Sayyed Abbas Ali Vahhabzadeh	61
The Importance of Controlling Frontiers; Geography and Security in Islam and Islamic Republic of Iran/ Dr. Hossayn Aghababaei	83
Returning to the Policy of Interventionist Youth Justice System in England	
Dr. Nasrin Mahra	107
A Comparison of the Position of Litigation and Arbitration in Int'l Trade Disputes Settlement/ Dr. Mostafa Sarvi Moghaddam	131
Copyright in Light of Deterrent Punishment of Criminal Law	
Javad Salehi & Ali Gholamalipor	149
Translation of Abstracts:	
Arabic Translation/ Mohammad Salami	167
English Translation/ Mohammad Salami	182