

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## فهرست مطالب

### پژوهشها

- ۳ ..... بررسی و تحلیل مادهٔ ۷ قانون مسئولیت مدنی / دکتر امیر حسین آبادی
- آسیب‌شناسی آموزش و پژوهش جرم‌شناسی در ایران
- ۲۳ ..... دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی و دکتر حسین غلامی
- ۴۱ ..... قوانین و مقررات کیفری ایران در قبال اطفال و نوجوانان بزهکار: حال و آینده / دکتر نسرين مهرا
- ۶۱ ..... اقدامهای دستگاههای دولتی ایران در زمینهٔ پیشگیری از بزهکاری / امیرحسن نیازپور
- ۸۹ ..... اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها در فقه و حقوق / سیداحمد سجادی نژاد
- ۱۱۵ ..... بررسی فقهی - حقوقی قانون نحوهٔ اجرای محکومیتهای مالی / مجتبی تقی‌زاده داغیان

### ترجمه‌ها

- ۱۳۳ ..... حاکمیت قانون در امور بین‌المللی / Ian Brownlie / ترجمهٔ دکتر علیرضا حجت‌زاده
- دستورالعمل تجارت الکترونیکی و تشکیل قرارداد در چشم‌اندازی تطبیقی
- ۱۵۹ ..... Christina Hultmark Ramberg / ترجمهٔ مصطفی‌السان

### ترجمهٔ چکیده‌ها

- ۱۹۳ ..... ترجمهٔ عربی (موجز المقالات) / میرزا علیزاده
- ۲۰۶ ..... ترجمهٔ انگلیسی (Abstracts) / رجبعلی محمدآبادی

## راهنمای تدوین مقالات

- مقالات باید علمی، پژوهشی، مستند و دارای نوآوری باشند.
- مقالات ارسالی نباید قبلاً در نشریه دیگری چاپ شده یا برای نشریه دیگری ارسال شده باشد.
- مقالات متناسب با یک شماره آماده شود و طولانی و دنباله‌دار نباشد.
- مقاله ارسالی از ۲۵ صفحه حروف چینی شده (هر صفحه ۲۵۶ کلمه) افزون نباشد.
- دو نسخه از مقاله حروف چینی شده در محیط word به همراه دیسکت یا لوح فشرده آن ارسال گردد.
- چکیده مقاله که آئینه تمام‌نما و فشرده بحث است، به سه زبان فارسی، عربی و انگلیسی، و حداکثر در ده سطر ضمیمه باشد و کلید واژه‌های مقاله (حداقل سه و حداکثر هفت واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.
- رعایت دستور خط فارسی مصوّب فرهنگستان زبان و ادب فارسی الزامی است.
- ارجاعات در متن مقاله بین پرانتز (نام مؤلف، سال انتشار، شماره صفحه) نوشته شود.
- در مورد منابع غیر فارسی، همانند منابع فارسی عمل شود و معادل لاتین کلمات در پایین صفحه بیاید.
- نقل قولهای مستقیم بیش از چهل واژه به صورت جدا از متن با تورفتگی (یک و نیم سانتی‌متر) از راست درج شود.
- شکل لاتینی نامهای خاص، واژه‌های تخصصی و ترکیبات خارجی با ذکر شماره در پاورقی درج شود.
- یادداشتهای توضیحی شامل توضیحات بیشتری که به نظر مؤلف ضروری به نظر می‌رسد، با ذکر شماره در پاورقی همان صفحه درج شود.
- در یادداشتهای چنانچه به مأخذی ارجاع یا استناد شود، ذکر نام نویسنده و شماره جلد و صفحه کافی است و مشخصات تفصیلی مأخذ باید در فهرست پایان مقاله بیاید.
- در ارجاعات بعدی فارسی از «همان» و در ارجاعات غیر فارسی به تناسب از «op.cit.» (پیشین) و «Ibid.» (همان) استفاده شود.
- در صورت ترجمه بودن مقاله، اصل مقاله ترجمه شده، معرفی نویسنده، 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 شهر نویسنده (نویسندگان) به شرح زیر آورده شود:  
کتاب: نام خانوادگی، نام (نویسنده/ نویسندگان)، نام کتاب، نام مترجم، محقق یا مصحح، تعداد جلد، نوبت چاپ، محل نشر، نام ناشر، تاریخ انتشار.  
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 (آخرین تاریخ و زمان تجدید نظر در پایگاه اینترنتی)، «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 یا کوتاه کردن مقالات آزاد است.
- مقالات رسیده به هیچ وجه عودت داده نمی‌شود.
- آرا و نظرهای نویسندگان مقالات لزوماً دیدگاه مجله نیست.
- نویسندگان می‌توانند مقاله‌های خود را به نشانی دفتر مجله (مشهد، صندوق پستی: ۴۶۱-۹۱۷۳۵) یا نشانی الکترونیکی (razavi-magazine@imamreza.net) ارسال کنند.

## بررسی و تحلیل ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی

- دکتر امیر حسین آبادی<sup>۱</sup>
- استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

### چکیده

سرپرست ممکن است به موجب قانون یا بر حسب قرارداد، تکلیف به نگهداری یا مواظبت از مجنون یا صغیر را بر عهده داشته باشد. هر کدام از سرپرستان، اعم از قانونی مانند پدر و مادر یا قراردادی مانند بیمارستان یا مهد کودک، در صورتی که در نگهداری صغیر یا مجنون کوتاهی کنند، مسئول جبران خسارات وارده از طرف آنها خواهند بود. اینکه اگر فرزند نامشروع (ولد زنا) مرتکب ورود خسارت به دیگران شود، پدر یا مادر عرفی او مسئول جبران زیان هستند یا خیر، اختلاف نظر وجود دارد.

در حقوق فرانسه به موجب قانونی که در سال ۲۰۰۱ م. به تصویب قوه مقننه رسید، فرزند نامشروع از تمامی حقوقی که فرزند مشروع برخوردار است، بهره‌مند می‌گردد، فقط از لحاظ وراثت برای فرزند نامشروع محدودیتهایی وجود دارد؛ بنابراین، چنانچه طفل نامشروع، خسارتی به دیگران

بزند، پدر و مادر طبیعی (عرفی) او متضامناً مسئول جبران زیان می‌باشند.

در حقوق ایران، طبق ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود»، لکن به موجب رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ مورخ ۱۳۷۶/۴/۳ ش. هیئت عمومی دیوان عالی کشور، زانی را پدر عرفی طفل تلقی کرد؛ در نتیجه، کلیه تکالیف مربوط به پدر از جمله اخذ شناسنامه بر عهده او می‌باشد؛ بنابراین، اگر پدر عرفی که سرپرست قانونی طفل به شمار می‌رود، در نگهداری او تقصیر کند و طفل خسارتی به دیگران بزند، پدر عرفی (زانی) طبق ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی عهده‌دار جبران زیان خواهد بود.

اگر سرپرست استطاعت جبران خسارت را نداشته باشد، زیان از مال مجنون یا صغیر جبران می‌شود. اینکه آیا صغیر یا مجنون اصالتاً زیان را جبران می‌کنند یا به جانشینی از سرپرست، زیان از مال او جبران می‌شود، اختلاف عقیده وجود دارد؛ به نظر می‌رسد صغیر یا مجنون بتواند پس از جبران خسارت، در صورت ملائت به سرپرست مراجعه کند.

کلید واژگان: سرپرست، مجنون یا صغیر، نگهداری، مواظبت، استطاعت جبران زیان، عسرت و تنگدستی.

## کلیات

مسئولیت به معنای «پاسخگویی است» و مسئول، شخصی است که باید پاسخگوی اعمال و اقدامات خود باشد. این پاسخگویی را گاهی شخص در برابر خود یا خداوند به عهده دارد. چنین مسئولیتی را اصطلاحاً «مسئولیت اخلاقی» می‌گویند که فاقد ضمانت اجرای حقوقی و قضایی است و ضمانت اجرای آن به صورت عذاب وجدان و مجازات اخروی ظاهر می‌شود.

گاهی شخص ناگزیر از پاسخگویی در مقابل اجتماع می‌شود و به لحاظ قوانین و مقررات عمومی در قبال جامعه مسئولیت می‌یابد. این مسئولیت را «مسئولیت کیفری» می‌نامند و شخص مسئول از سوی دادستان که نماینده جامعه است، تحت تعقیب قرار می‌گیرد و در صورت اثبات جرم وی، به یکی از مجازاتهای مقرر در قانون محکوم می‌شود.

مسئولیت مدنی در جایی مورد پیدا می‌کند که شخص، پاسخگوی اعمال و اقدامات خود در مقابل شخص دیگری باشد و ناچار شود خسارتی را که به او وارد

کرده است، جبران کند؛ پس مسئولیت مدنی در معنای خاص خود به معنای «جبران خسارات وارده به دیگران» می‌باشد.

مسئولیت اخلاقی هر چند مستقیماً ضمانت اجرای قانونی ندارد، پایه و اساس بسیاری از قواعد حقوقی را تشکیل می‌دهد. بحث از قواعد اخلاقی و به طور کلی، رابطه حقوق با اخلاق در فلسفه حقوق مورد مطالعه قرار می‌گیرد. علاقه‌مندان در این زمینه، می‌توانند کتابهای فلسفه حقوق را مطالعه کنند (برای مطالعه در خصوص حقوق و اخلاق، رک: کاتوزیان، ۱۳۷۷، ۵۴۵/۱: به بعد).

جایگاه بحث در مسئولیت کیفری هم حقوق جزاست؛ هر چند در بسیاری از موارد، مسئولیت کیفری عموماً مسئولیت مدنی هم به دنبال دارد، حیطة و قلمرو هر یک از این دو نوع مسئولیت، جدا از یکدیگر است.

مسئولیت مدنی به طور کلی، به سه صورت تحقق می‌یابد: الف) گاهی ناشی از فعل شخص زیان‌زننده است؛ ب) گاهی شخص باید خسارات ناشی از فعل زیان‌آور دیگران را جبران کند و ج) گاهی هم منشأ خسارت، اموال و اشیای تحت مالکیت و تصرف شخص است.

## مسئولیت مدنی ناشی از فعل دیگران

اصل بر این است که هر کس پاسخگوی اعمال و رفتار خود باشد، لکن مسئولیت ناشی از فعل دیگران استثنایی است که به منظور حمایت از زیان‌دیده و بهتر جبران کردن زیان او وضع شده است. از موارد و مصادیق بارز این نوع مسئولیت می‌توان به مسئولیت کارفرما نسبت به اعمال و اقدامات کارگران (ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی)، مسئولیت مدنی سرپرست صغیر یا مجنون نسبت به اعمال زیان‌بار آنان (ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی) و به تعبیری و با اندکی مسامحه، به مسئولیت مدنی دولت و شهرداریها نسبت به خسارات وارده از جانب کارمندان آنان (ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی) اشاره کرد.

در مورد اخیر، یعنی مسئولیت دولت و شهرداریها در قبال اعمال کارکنان آنان ممکن است گفته شود، مسئولیت ناشی از فعل غیر نیست؛ زیرا در ماده ۱۱ قانون



مسئولیت مدنی تصریح شده که دولت در صورتی مسئول جبران خسارت است که مستند به عمل کارمند نبوده و مربوط به نقص وسائل ادارات و مؤسسات دولتی باشد؛ در این صورت، مسئولیت ناشی از فعل غیر منتفی است.

در مورد سرپرست صغیر یا مجنون هم ماده ۷ صراحت دارد که آنان وقتی مسئول جبران خسارت اند که در نگهداری یا مواظبت مجنون یا صغیر کوتاهی کرده باشند. در این مورد هم ملاحظه می‌گردد که مسئولیت به فعل یا ترک فعل (تعدي و تفریط) خود سرپرست برمی‌گردد و در حقیقت، به فعل شخصی آنان مستند است نه اعمال دیگران.

در خصوص مسئولیت کارفرما وضع اندکی متفاوت است؛ زیرا برابر ماده ۱۲ کارفرما مسئول جبران خسارات وارده از جانب کارگر است مگر آنکه بی‌تقصیری (رعایت احتیاطات لازمه) از طرف خود را ثابت کند.

برخی از نویسندگان فرانسوی برای مسئولیت کارفرما نسبت به اعمال خسارت آمیز کارگر دو مبنا بیان کرده‌اند (Pierre Guiho: vol.۴, p.۲۱۶-۲۱۷). یک مبنا «حق انتخاب» است. بدین توضیح که چون کارفرما کارگر را انتخاب کرده است، باید مسئولیت ناشی از این انتخاب نادرست را به عهده بگیرد؛ این مبنا که در حقیقت نظر پوتیه،<sup>۱</sup> حقوقدانان قدیم فرانسه، است و در بررسیهای مقدماتی قانون مدنی فرانسه مورد توجه تهیه‌کنندگان آن قرار گرفته، نمی‌تواند مورد قبول باشد؛ زیرا معنای آن این است که اگر کارگر خسارتی به دیگری بزند، کاشف به عمل می‌آید که خوب انتخاب نشده است، در حالی که هیچ کارفرمای دقیقی هنگام انتخاب نمی‌توانسته پیش‌بینی کند که کارگر در آینده مرتکب خطا و بی‌مبالاتی می‌گردد. رویه قضایی فرانسه هم این مبنا را نپذیرفته است (Ibid.).

مبنای دیگر، «تکلیف در مراقبت و نظارت بر کارگر» است. به موجب این مبنا وقتی کارگری به دیگری خسارت می‌زند، معلوم می‌شود که درست تحت مراقبت و نظارت قرار نگرفته است و این امر، اماره بر تقصیر کارفرماست که بر اعمال

۱. Pothier.

کارگر نظارت دارد. در نهایت، خسارتی را که در این راستا جبران می‌کند، نتیجه کوتاهی خود او در مراقبت و نظارت بر کارگر است.

این مبنا اگرچه از مبنای حق انتخاب قانع‌کننده‌تر است، مصون از انتقاد نیست. در ایراد به آن می‌توان گفت، امروزه مراقبت چنان محدود نیست که کارفرما بتواند در جزئیات بر کارگر نظارت کند، بلکه کارگر در اقدامات خود تا حدود زیادی از آزادی عمل برخوردار است، نمی‌توان گفت، در هر مورد که کارگر در حین کار خسارتی به دیگری بزند، به علت عدم مراقبت از طرف کارفرما بوده است.

واقعیت این است که در مسئولیت کارفرما نسبت به اعمال خسارت‌آمیز کارگر، قانونگذار بیش از آنچه به دنبال اماره بر تقصیر کارفرما یا فرض تقصیر برای او باشد، به فکر حمایت از زیان‌دیده و بهتر جبران شدن خسارات وارده به او بوده است.

شایان ذکر است که اگر بپذیریم در موارد سه‌گانه فوق حتی مسئولیت دولت نسبت به اعمال کارکنان خود، ناشی از تقصیر آنان است، این واقعیت که منبع و منشأ خسارت به شخص دیگری غیر از جبران‌کننده برمی‌گردد، انکارناپذیر است؛ بنابراین، مسئولیت مدنی ناشی از فعل غیر مطلب درست و مقبولی است.

پس از بیان کلیاتی مربوط به مسئولیت ناشی از فعل غیر، به بررسی و تحلیل ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی می‌پردازیم.

### مسئولیت مدنی سرپرست مجنون یا صغیر

پیشرفت و توسعه وسایل و لوازم سرگرمی کودکان و استفاده بیشتر آنان از دستگاههای مدرن امروزی از قبیل اینترنت، کامپیوتر و امثال آن از یک طرف و کم‌رنگ شدن نظارت و مواظبت والدین بر اطفال و سست شدن بنیان خانواده نسبت به زندگی سنتی قدیم از طرف دیگر و وجود بیماریهای متعدّد روانی که ویژه زندگی پیچیده و مدرن قرن بیست و یکم است، ایجاب می‌کند که قانونگذاران در وضع قانون و قضات در رویه‌های قضایی، توجه خاصی به خسارات ناشی از اعمال و اقدامات این گروه از شهروندان مبذول دارند.

قانون مدنی با اینکه حدود هشتاد سال قبل تصویب شده، مسئولیت مدنی صغیر و

مجنون در آن مغفول نمانده است. ماده ۱۲۱۶ این قانون مقرر می‌دارد: «هرگاه صغیر یا مجنون باعث ضرر شود ضامن است». ولی در این ماده از مسئولیت سرپرست آنان صحبتی نشده است. شاید از ماده ۳۳۲ در باب تسبیب (اقوا بودن سبب از مباشر) بتوان مسئولیت مدنی نگهدارنده (سرپرست) را استنباط کرد، اما ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی که سالها پس از قانون مدنی و در سال ۱۳۳۹ ش. به تصویب رسیده است، مسئولیت مدنی سرپرست را در صورت تقصیر در نگهداری به صراحت پذیرفته است. این ماده مقرر می‌دارد:

کسی که نگهداری یا مواظبت مجنون یا صغیر قانوناً یا بر حسب قرارداد به عهده او می‌باشد، در صورت تقصیر در نگهداری یا مواظبت، مسئول جبران زیان وارده از ناحیه مجنون یا صغیر می‌باشد و در صورتی که استطاعت جبران تمام یا قسمتی از زیان وارده را نداشته باشد، از مال مجنون یا صغیر زیان جبران خواهد شد و در هر صورت جبران زیان باید به نحوی صورت گیرد که موجب عسرت و تنگدستی جبران‌کننده زیان نباشد.

بر خلاف نظر برخی از حقوقدانان (صفایی، ۲۵۳۶: ۴۷) از کلمه «کسی» در ماده مزبور نباید منحصرأفاده شخص حقیقی شود، این ماده اشخاص حقوقی اعم از حقوق عمومی و حقوق خصوصی را دربرمی‌گیرد؛ چنان که بسیاری از بیمارستانها و مهد کودکها که مجانین و کودکان در آنجا نگهداری می‌شوند، دارای شخصیت حقوقی هستند. حتی برخی از شخصیت‌های حقوقی حقوق عمومی نظیر سازمان بهزیستی قانوناً وظیفه نگهداری و حمایت از اطفال بی‌سرپرست را به عهده دارد. این مقاله در دو مبحث ارائه می‌گردد که در مبحث نخست، مفهوم و مصادیق سرپرست و در مبحث دوم، شرایط تحقق مسئولیت مدنی سرپرست بیان می‌شود.

### مبحث نخست: مفهوم و مصادیق سرپرست

معنای لغوی سرپرست با مفهوم حقوقی آن یکسان است. سرپرست در لغت به معنای «مواظب و مراقب» آمده و یا «آن که عهده‌دار مواظبت و نگهداری شخص، شیء یا مؤسسه‌ای» باشد (دهخدا، ذیل واژه «سرپرست»؛ معین، ۱۳۶۰: ذیل واژه «سرپرست»).

در اصطلاح حقوقی، سرپرست به شخصی گفته می‌شود که نگهداری و مواظبت



و اداره امور افرادی را که به لحاظ صغر سن، جنون یا سفاهت نیاز به سرپرست دارند، به عهده دارد. دکتر جعفری لنگرودی، سرپرست را منحصر به «قیم» دانسته‌اند و سرپرستی را به جای «قیمومت» به کار برده‌اند (۱۳۷۸: ج ۳، شماره ۱۸، ۸۰) در حالی که سرپرست معنای وسیع‌تری از قیم دارد و وصی و به تعبیری، امین را هم دربرمی‌گیرد.

قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست مصوب اسفندماه سال ۱۳۵۳ ش. در ماده ۲ سرپرستی را به منظور تأمین منافع مادی و معنوی طفل برقرار کرده است و در ماده ۱۲ وظایف و تکالیف سرپرست و طفل تحت سرپرستی را از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام، نظیر حقوق و تکالیف اولاد و پدر و مادر دانسته است و تبصره این ماده، اداره اموال و نمایندگی قانونی طفل صغیر را به عهده سرپرست گذاشته است.

بر حسب اینکه منشأ تعهد به نگهداری و مواظبت از مجنون و صغیر، قانون باشد یا اینکه این تعهد از قرارداد نشأت گیرد، سرپرستی به «قانونی» و «قراردادی» تقسیم می‌شود. به همین دلیل، قسمت نخست ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی مقرر داشته است: «کسی که نگهداری و مواظبت مجنون یا صغیر، قانوناً یا بر حسب قرارداد به عهده او می‌باشد...».

هر یک از این دو نوع سرپرستی را در گفتاری جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

### گفتار نخست: سرپرست قانونی

اشخاصی که به موجب قانون به نگهداری یا مواظبت از مجنون یا صغیر مکلف می‌باشند یا اشخاص حقیقی‌اند یا اشخاص حقوقی.

#### الف) اشخاص حقیقی

در بین اشخاص حقیقی افراد مختلفی به نگهداری از صغیر یا مجنون مکلف می‌باشند که به ترتیب اولویت به معرفی آنان می‌پردازیم:

## ۱. پدر و مادر

نخستین کسانی که تکلیف به نگهداری از اطفال صغیر خود دارند، پدر و مادر هستند. ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «نگهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابویین است».

مبنای مسئولیت پدر و مادر طبق ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی، تقصیر در نگهداری یا مواظبت است. سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا نگهداری و مواظبت دو امر جداگانه است یا اینکه این دو، دو اصطلاح مترادف با یکدیگر است. به نظر دکتر کاتوزیان، نگهداری و مواظبت با یکدیگر متفاوت است، ایشان معتقدند نگهداری بیشتر در مواردی به کار می‌رود که سرپرست در محل سکونت یا کار خود، از کودک پذیرایی می‌کند و تربیت او را به عهده دارد، ولی مواظبت به سرپرستی معنوی و هدایت کودک یا دیوانه و نظارت بر رفتار و معاشرت و تعلیم و تربیت او گفته می‌شود (۱۳۷۸: ج ۱، ش ۲۷۸).

ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی و بعد آن، این نظر را تأیید می‌کند. در این مواد که از نگهداری به حضانت نیز تعبیر شده، به وضوح استنباط می‌گردد که نگهداری شامل تربیت طفل هم می‌شود؛ چنان که ماده ۱۱۷۸ به صراحت آن را بیان کرده است. تا هنگامی که پدر و مادر با یکدیگر زندگی می‌کنند و فرزند تحت نگهداری آنان است، چنانچه بر اثر کوتاهی در نگهداری، خسارتی به دیگری وارد شود، هر دو مسئول جبران خسارت هستند. البته در اینکه این مسئولیت تضامنی است یا بالمناصفه اختلاف نظر وجود دارد. با توجه به اینکه تضامن در حقوق ما استثناست، به نظر می‌رسد مسئولیت تنصیفی بیشتر منطبق بر قانون باشد، لکن اگر پدر و مادر به هر علتی، خواه طلاق یا دلیل دیگری، جدا از یکدیگر زندگی کنند، کسی که نگهداری به موجب قانون یا به حکم دادگاه بر عهده اوست، مسئول جبران خسارت است.

در حقوق فرانسه، مطابق بند ۴ ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی، پدر و مادر تا زمانی که حق نگهداری طفل با آنهاست، متضامناً مسئول خساراتی هستند که فرزند صغیر آنان به دیگری وارد کرده است، مشروط بر اینکه طفل با آنها زندگی کند. پدر و مادر

در صورتی محکوم به پرداخت خسارت می‌شوند که نتوانند ثابت کنند که جلوگیری از فعل زیان‌بار طفل از توان آنها خارج بوده است؛ به عبارت روشن‌تر، ورود خسارت از طرف صغیر، اماره بر تقصیر پدر و مادر اوست؛ چون این اماره از اماراتی نیست که خلاف آن اثبات‌نشدنی باشد. اگر پدر و مادر ثابت کنند که نتوانسته‌اند از وقوع فعل زیان‌بار طفل جلوگیری کنند، مسئول پرداخت خسارت نخواهند بود (بند ۷ ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی فرانسه).

در این مورد، بین فرزند قانونی و فرزند طبیعی (فرزند ناشی از رابطه بدون ازدواج) هیچ تفاوتی وجود ندارد. از تاریخ ۳ دسامبر ۲۰۰۱ م. به موجب قانون شماره ۲۰۰۱/۱۱۳۵ تمام تبعیضات علیه فرزند نامشروع یا طفل ناشی از زنا<sup>۱</sup> محصنه<sup>۱</sup> از بین رفته است و از این تاریخ به بعد، این گونه اطفال مانند فرزند مشروع هستند. بدیهی است مسئولیت والدین آنان هم در خصوص خسارات وارده به اشخاص ثالث مانند فرزند مشروع خواهد بود.

در حقوق ایران، هرچند برابر ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی، طفل متولد از زنا به زانی ملحق نمی‌شود، لکن مطابق رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور به شماره ۶۱۷ مورخ ۱۳/۴/۱۳۷۶ به جز توارث، کلیه تکالیف پدر و مادر درباره فرزند نامشروع همانند فرزند مشروع است.<sup>۲</sup>

### ۱. L'enfantadultérain.

۲. رأی مزبور که بر اثر صدور دو رأی معارض از شعب ۲۲ و ۳۰ دیوان عالی کشور در مورد گرفتن شناسنامه برای فرزند نامشروع صادر شده است، بدین شرح است: «به موجب بند «الف» ماده ۱ قانون ثبت احوال مصوب سال ۱۳۵۵ یکی از وظایف سازمان ثبت احوال، ثبت ولادت و صدور شناسنامه است و مقنن در این مورد بین اطفال متولد از رابطه مشروع و نامشروع تفاوتی قائل نشده است و تبصره ماده ۱۶ و ۱۷ قانون مذکور نسبت به مواردی که ازدواج پدر و مادر به ثبت نرسیده باشد و اتفاق در اعلام ولادت و صدور شناسنامه نباشد یا اینکه ابوی طفل نامعلوم باشد، تعیین تکلیف کرده است، لکن در مواردی که طفل ناشی از زنا باشد و زانی اقدام به اخذ شناسنامه ننماید، با استفاده از عموماً و اطلاق مواد یادشده و مسئله ۳ و مسئله ۴۷ از موازین قضایی از دیدگاه حضرت امام خمینی (ره) زانی، پدر عرفی طفل تلقی و در نتیجه کلیه تکالیف مربوط به پدر از جمله اخذ شناسنامه بر عهده وی می‌باشد و حسب ماده ۸۸۴ قانون مدنی صرفاً موضوع توارث بین آنها منتفی است. لذا رأی شعبه سی‌ام دیوان عالی کشور که با این نظر مطابقت دارد، به نظر اکثریت اعضای هیئت عمومی دیوان عالی کشور موافق و منطبق با موازین شرعی و قانونی تشخیص می‌گردد» (نقل از: مجموعه

با توجه به مفاد این رأی که مانند قانون برای تمام دادگاهها و سایر مراجع لازم‌الاتباع است، تکلیف مربوط به نگهداری طفل طبق ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی و بعد آن، در مورد اطفال نامشروع هم مجری می‌باشد و چنانچه این اطفال به علت تقصیر در نگهداری، مرتکب ورود خسارت به دیگران شوند، مورد مشمول ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی خواهند بود و پدر و مادر عرفی آنها مسئول جبران خسارت وارده خواهند بود. دکتر امامی تکلیف به نگهداری فرزند نامشروع را برای پدر و مادر طبیعی بر مبنای قاعده تسبیب می‌دانند و معتقدند چون پدر و مادر طبیعی (عرفی) موجب ایجاد طفل شده‌اند، تکلیف آنان به نگهداری از او مانند تکلیف ناشی از نسب قانون است (۱۳۷۰: ۱۸۲/۵).

## ۲. جدّ پدري

طبق ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی، طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر و جدّ پدري خود می‌باشد. همچنین است طفل غیر رشید یا مجنون در صورتی که عدم رشد یا جنون وی، متصل به صغر باشد.

به طوری که ملاحظه می‌شود، در این ماده، قانونگذار ولایت طفل صغیر را به عهده جدّ پدري گذاشته است. ولایت با حضانت تفاوت دارد. حضانت، مربوط به نگهداری و تربیت طفل و ولایت، ناظر به اداره اموال اوست (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ج ۲، ش ۴۲۱). این تفاوت از ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی به روشنی استنباط می‌گردد؛ بنابراین، در صورتی که بعد از فوت پدر، مادر طفل و جدّ پدري هر دو در قید حیات باشند، نگهداری طفل با مادر و اداره اموال او با جدّ پدري است. در اینکه آیا بعد از فوت پدر و مادر، حضانت طفل به جدّ پدري می‌رسد یا وی هیچ اولویتی بر سایر خویشاوندان طفل ندارد، اختلاف نظر است (برای دیدن این نظریه‌ها، رک: همان، ش ۴۰۰).

با توجه به اینکه ولایت معمولاً با حضانت همراه است، به نظر می‌رسد بعد از فوت پدر و مادر، نگهداری طفل صغیر تکلیف جدّ پدري باشد. چنانچه نامبرده در انجام این تکلیف کوتاهی کند و طفل خسارتی به دیگران بزند، طبق ماده ۷ قانون

مسئولیت مدنی، جبران خسارت بر عهدهٔ جدّ پدری خواهد بود.

### ۳. وصی

مادهٔ ۱۱۸۸ قانون مدنی مقرر داشته است:

هر یک از پدر و جدّ پدری بعد از وفات دیگری می‌تواند برای اولاد خود که تحت ولایت او می‌باشد، وصی معین کند تا بعد از فوت خود در نگهداری و تربیت آنها مواظبت کرده و اموال آنها را اداره نماید.

با وجود این، اگر مادر در قید حیات باشد و عدم صلاحیت وی برای حضانت طفل اثبات نشده باشد، وصی دخالتی در نگهداری طفل صغیر نخواهد داشت و فقط در ادارهٔ اموال او دخالت می‌کند؛ این موضوع، از مادهٔ ۱۱۷۱ قانون مدنی به وضوح استنباط می‌گردد. ولی قهری می‌تواند به جای یک نفر، چند نفر را به عنوان وصی تعیین کند. در صورت تعدّد اوصیا، باید مجتمعاً به وصیت عمل کنند مگر اینکه به هر کدام از آنها استقلال عمل داده شده باشد (مادهٔ ۸۵۴ قانون مدنی).

چنانچه نگهداری طفل صغیر با وصی باشد و او در نگهداری کوتاهی کرده باشد و طفل خسارتی به دیگری بزند، طبق مادهٔ ۷ قانون مسئولیت مدنی، وصی مسئول خواهد بود. اگر اوصیا متعدّد باشند، در اینکه آیا مسئولیت آنان تضامنی است یا بالمناصفه مسئول‌اند، جای بحث و تأمل وجود دارد. ممکن است با استفاده از ملاک مادهٔ ۱۴ قانون مسئولیت مدنی، آنها را متضامناً مسئول بدانیم، لکن با توجه به اینکه تضامن در حقوق ما استثناست، فرض تناصف با قانون منطبق‌تر است؛ هر چند تضامن به لحاظ اینکه خسارت را بهتر جبران می‌کند با عدالت سازگارتر است.

### ۴. قیم

قیم هم مانند وصی در صورتی که مادر طفل صغیر زنده باشد، هیچ دخالت و مسئولیتی در نگهداری او ندارد و فقط ادارهٔ اموال طفل را عهده‌دار است، لکن چنانچه مادر طفل زنده نباشد، نگهداری او نیز به عهدهٔ قیم است. بدیهی است که قیم هم مانند سایر سرپرستان در صورت تقصیر در نگهداری طفل، مشمول مادهٔ ۷ قانون مسئولیت مدنی خواهد بود.

## ب) اشخاص حقوقی

اشخاص حقوقی که به موجب قانون به نگهداری صغیر یا مجنون مکلف می‌باشند، بسیار محدوداند. لایحه قانونی راجع به تشکیل سازمان بهزیستی کشور که در جهت تحقق بخشیدن به اصول ۲۱ و ۲۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در تاریخ ۱۳۵۹/۳/۲۴ ش. به تصویب شورای انقلاب<sup>۱</sup> جمهوری اسلامی ایران رسید، یکی از وظایف مهم این سازمان را حمایت و نگهداری از کودکان و اطفال بی‌سرپرست دانسته است. تقصیر این سازمان در نگهداری اطفال بی‌سرپرست می‌تواند از مصادیق ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی باشد؛ بنابراین، چنانچه کودکان خیابانی فاقد سرپرست قانونی باشند و سازمان بهزیستی در جمع‌آوری و نگهداری آنان اقدامی نکند، مسئول خساراتی است که از ناحیه این اطفال به دیگران وارد می‌شود. حتی در سال ۱۳۷۶ ش. قانونگذار قیومت محجوران تحت سرپرستی این سازمان را تا تعیین قیّم از طرف دادگاه صالح برای آنان به عهده سازمان بهزیستی واگذار کرده است.

همچنین می‌توان از دبستانهای دولتی و به طور کلی، آموزش و پرورش به عنوان شخصیت حقوقی حقوق عمومی دیگری که نگهداری از اطفال صغیر به عهده آن است، نام برد. طبق اصل ۳۰ قانون اساسی «دولت موظف است وسایل آموزش و پرورش رایگان را برای همه ملت تا پایان دوره متوسطه فراهم سازد و وسایل تحصیلات عالی را تا سرحدّ خودکفایی کشور به طور رایگان گسترش دهد». اجرای این وظیفه قانوناً به عهده آموزش و پرورش می‌باشد؛ بنابراین، چنانچه اطفال صغیر در اوقاتی که در مدارس تحت تعلیم و تربیت هستند، به علت عدم توجه کافی در نگهداری، خسارتی به دیگران بزنند، طبق ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی، مدرسه یا آموزشگاه مسئول جبران خسارت خواهد بود.

## گفتار دوم: سرپرست قراردادی

منشأ این نوع سرپرستی مستقیماً قانون نیست، بلکه قراردادی است که بین اولیای صغیر یا مجنون با شخص دیگری منعقد می‌شود. این قرارداد ممکن است کتبی باشد

۱. شورای انقلاب تا هنگام تشکیل مجلس شورا، وظیفه قانونگذاری را به عهده داشت.

یا شفاهی، کوتاه مدت باشد یا طولانی. موضوع این قرارداد ممکن است مستقیماً نگهداری و مراقبت از صغیر یا مجنون باشد؛ مانند قراردادهایی که با تیمارستانها و یا پرستارهای خصوصی برای نگهداری مجنون منعقد می گردد یا قراردادهایی که با مهد کودکها و کودکانها برای نگهداری اطفال صغیر بسته می شود، یا اینکه موضوع اصلی قرارداد نگهداری و مراقبت نبوده، بلکه امر دیگری از قبیل تعلیم و تربیت، آموزش حرفه یا هنر خاصی به صغیر باشد؛ مانند اینکه صغیر را برای فراگرفتن زبان خارجی یا آموختن موسیقی به شخص یا مؤسسه ای بسپارند، در این صورت، نگهداری از طفل جنبه فرعی دارد. در هر صورت چنانچه سرپرست، اعم از نگاهدارنده یا معلم و مربی، در مواظبت و نگهداری از صغیر یا مجنون کوتاهی کند، مسئول خسارتی است که در اثر این کوتاهی به اشخاص ثالث وارد می شود.

ممکن است در اثر بی توجهی سرپرست قراردادی خسارتی به شخص صغیر یا مجنون و یا اموالشان وارد شود. در این فرض، سرپرست قراردادی به لحاظ نقض قرارداد، مسئول جبران خسارت است نه به حکم قانون، یعنی در حقیقت، مسئولیت وی قراردادی است و نیازی به اثبات تقصیر او نیست، بلکه برابر ماده ۲۲۷ قانون مدنی باید وجود یک حادثه خارجی را که نمی توان به او مربوط کرد، اثبات کند تا از پرداخت خسارت معاف شود، اما اگر صغیر یا مجنون تحت سرپرستی، خسارتی به اشخاص ثالث وارد کند، مسئولیت سرپرست آنها را نمی توان قراردادی دانست؛ زیرا بین شخص زیان دیده و سرپرست، قراردادی وجود ندارد تا نقض آن موجب مسئولیت قراردادی متعهد گردد؛ به همین دلیل، ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی وجود تقصیر را در این مورد شرط مسئولیت سرپرست دانسته است.

در خاتمه، شایان یادآوری است که اگر شخصی بدون تکلیف قانونی یا بدون وجود قرارداد، از صغیر یا مجنونی سرپرستی کند، در قبال افعال زیان بار آنان چه مسئولیتی دارد؟

در این مورد دو فرض قابل تصور است: نخست اینکه کسی از باب احسان و نیکوکاری، صغیر یا دیوانه ای را که از منزل فرار نموده یا مسیر خود را گم کرده و سرگردان است، به طور موقت تحت مراقبت خود قرار دهد تا در موقعیت مناسب او

را به سرپرست واقعی یا مقامات صالحه قانونی تحویل دهد. در چنین موردی با توجه به نیت خیرخواهانه نگهدارنده و بر مبنای قاعده احسان نباید او را مسئول دانست. ممکن است گفته شود پس از اینکه شخص اقدام به نگهداری صغیر یا مجنون نمود، موظف است مراقبتهای لازم را طبق عرف انجام دهد. چنانچه در نگهداری او تقصیر کند همچون سرپرست قانونی و قراردادی، مسئول افعال زیانبار آنان خواهد بود. این نظر هر چند منصفانه نیست، با اصول حقوقی و فلسفه مسئولیت مدنی که جبران خسارت است، سازگارتر به نظر می‌رسد.

فرض دوم اینکه شخصی طفل صغیر یا مجنون را بدون تکلیف قانونی یا قراردادی نگهداری کند و در ضمن نگهداری از آنان بهره‌برداری نماید. در چنین صورتی که فرض احسان منتفی است، نگاهدارنده باید مسئول کلیه اعمال زیانبار صغیر یا مجنون باشد؛ هر چند در نگهداری آنها تقصیر نکرده باشد (ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی).

## مبحث دوم: شرایط تحقق مسئولیت مدنی سرپرست صغیر یا مجنون

برای تحقق مسئولیت مدنی به طور کلی، سه شرط اساسی که ارکان مسئولیت مدنی را تشکیل می‌دهد، ضروری است. وجود ضرر، فعل زیانبار، رابطه سببیت بین ضرر و فعل زیان‌آور.

در این نوشتار، قصد بررسی ارکان مسئولیت مدنی را نداریم، بلکه فقط به بررسی و تحلیل ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی و شرایط لازم برای مسئولیت سرپرست اکتفا می‌کنیم (برای مطالعه در مورد ارکان مسئولیت مدنی، ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۲۴۱/۱ به بعد).

### گفتار نخست: وجود ضرر، تقصیر در نگهداری و فعل زیان‌بار

#### الف) وجود ضرر

وجود ضرر، شرط اساسی و اولیه برای مصداق یافتن مسئولیت مدنی است. اگر



عملی هر چند نامتعارف و ناشایست حتی جرم باشد، چنانچه خسارتی به بار نیاورد، مسئولیت مدنی مصداق نمی‌یابد؛ بنابراین، وجود یک ضرر اعم از مادی یا معنوی برای تحقق مسئولیت مدنی ضروری است. بررسی ضرر و انواع آن و شرایط ضرر قابل مطالبه از بحث ما خارج است.

درباره ضرر معنوی لازم به توضیح است که در سال ۱۳۷۸ که قانون آیین دادرسی کیفری به طور آزمایشی و برای مدت سه سال، طبق اصل ۸۵ قانون اساسی در کمیسیون قضایی تصویب شد و تاکنون هم به تصویب نهایی نرسیده است. در این قانون، خسارات معنوی از ردیف خسارتهای قابل مطالبه که در بند ۲ ماده ۹۹ قانون آیین دادرسی کیفری سابق آمده بود، حذف شده است. حذف این بند هیچ توجیه حقوقی ندارد. با توجه به اصل ۱۷۱ قانون اساسی که خسارت معنوی را به صراحت پذیرفته و قوانین عادی از جمله قانون مسئولیت مدنی که خسارت معنوی را همانند خسارت مادی قابل مطالبه دانسته است، باید گفت: خسارت معنوی مانند خسارت مادی قابل مطالبه است.

امروزه اهمیت خسارت معنوی در دنیا کمتر از خسارت مادی نیست. جای تأسف است که قانونگذار ما در قرن بیست و یکم، این نوع خسارت را که حدود هشتاد سال قبل در قانون مجازات عمومی و پس از آن در قانون آیین دادرسی کیفری و ۴۶ سال پیش در قانون مسئولیت مدنی مورد قبول قانونگذاران قبلی قرار گرفته، خسارت به شمار نیاورده و قابل مطالبه ندانسته است. جای خوشحالی است که معدودی از دادگاهها خسارت معنوی را مورد توجه قرار داده و نسبت به آن حکم صادر می‌کنند؛ اگرچه این آرا بسیار محدود و نادر است، امید است که رویه قضایی، آن را تعمیم دهد و خلأ قانونی را جبران نماید.

## ب) تقصیر در نگهداری

یکی دیگر از شرایط تحقق مسئولیت مدنی سرپرست صغیر یا مجنون، تقصیر او در نگهداری یا مواظبت از این دسته از محجورین است. تقصیر برابر ماده ۹۵۳ قانون مدنی، اعم است از تفریط و تعدی. تعدی و تفریط در مواد ۹۵۱ و ۹۵۲ همین قانون

تعریف شده است؛ چنانچه سرپرست خواه قانونی یا قراردادی در نگهداری از حدود متعارف یا اذن تجاوز نماید و یا عملی را که به موجب قرارداد یا عرف برای نگهداری لازم است، ترک نماید، مرتکب تقصیر در نگهداری شده است.

سؤالی که مطرح می‌شود، این است که اگر سرپرست در تربیت صغیر کوتاهی کند و او موجب خسارت به دیگری شود، آیا سرپرست مسئول جبران خسارت وارده هست یا خیر؟ به عبارت روشن‌تر، آیا تقصیر در تربیت می‌تواند تقصیر در نگهداری به شمار رود و مشمول ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی گردد؟ به نظر می‌رسد پاسخ، مثبت باشد؛ زیرا کودکی که درست تربیت نشده باشد، در نگهداری و مواظبت از او کوتاهی صورت گرفته است. چنین کودکی اگر به دیگران خسارت بزند، سرپرست به لحاظ تقصیر در نگهداری مسئول است.

یکی از مبانی اماره تقصیر پدر و مادر که در بند ۷ ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی کشور فرانسه آمده است، عدم تربیت صحیح است. این قانون می‌گوید کودکی که به دیگری خسارت می‌زند، یا درست نگهداری نشده یا تربیت صحیح ندارد؛ بنابراین، پدر و مادر مسئول جبران چنین خسارتی هستند مگر اینکه ثابت کنند جلوگیری از ورود خسارت از توان آنها خارج بوده است.

### ج) فعل زیان‌بار صغیر

به طور کلی، یکی از شرایط مسئولیت مدنی فعل زیان‌بار است. اگر خسارتی به شخصی وارد شود، ولی این خسارت ناشی از اقدام و عمل کسی نباشد، مسئولیت و ضمانتی هم در بین نیست؛ برای مثال، خسارتی که در اثر عوامل طبیعی از قبیل زلزله، سیل، طوفان و امثال آن به اشخاص وارد می‌شود، مسئولیتی متوجه کسی نمی‌کند. برای تحقق مسئولیت، وجود فعل زیان‌بار ضروری است. در مورد مسئولیت سرپرستان هم باید کودک یا مجنون مرتکب عملی شود که ضرر از آن ناشی شده باشد و لازم است که ارتکاب این فعل، توأم با تقصیر باشد؛ زیرا طبق قاعده کلی مندرج در ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی، مبنای مسئولیت مدنی علی‌الاصول تقصیر است. این ماده مقرر می‌دارد: «هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه

بی احتیاطی به جان یا... مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود خواهد بود». بنابراین، اگر کسی بدون تقصیر، موجب خسارت به دیگری شود، مسئولیتی در جبران آن نخواهد داشت. صغیر یا مجنون هم از این قاعده مستثنا نیستند؛ زیرا معقول نیست که با مجنون یا صغیر شدیدتر از افراد معمولی برخورد شود. ممکن است ایراد شود که صغیر یا مجنون اراده و قوه ادراک ندارند تا بتوان تقصیر را به آنها نسبت داد، در پاسخ می‌توان گفت: منظور از تقصیر در اینجا تقصیر عمدی که نیاز به اراده دارد نیست، بلکه رفتار آنان با انسان متعارف و معمولی سنجیده می‌شود. اگر بر حسب اتفاق، رفتار صغیر یا مجنون متعارف بود، هرچند از این رفتار خسارتی هم به بار آمده باشد، قابل مطالبه و جبران نیست؛ در نتیجه، اگر سرپرست در نگهداری تقصیر کرده، ولی صغیر یا مجنون بدون اینکه مرتکب عمل نامتعارفی شود، خسارتی به دیگری وارد کند، سرپرست مسئولیتی در جبران خسارت ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ج ۱، ش ۲۸۰).

### گفتار دوم: نحوه جبران خسارت

در ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی، قانونگذار، سرپرست صغیر یا مجنون را که در نگهداری او کوتاهی کرده، مسئول جبران خسارت دانسته و در صورتی که استطاعت جبران تمام یا قسمتی از زیان را نداشته باشد، از مال مجنون یا صغیر زیان جبران خواهد شد....

حکم قسمت دوم این بخش از ماده، یعنی جبران خسارت از مال صغیر یا مجنون، بر خلاف قاعده کلی مسئولیت مبتنی بر تقصیر که در ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی آمده، می‌باشد؛ با وجودی که شخص مقصر (سرپرست) مشخص و معلوم است، چرا باید مجنون یا صغیر خسارت را جبران کنند؟ در این مورد، دو فرض قابل تصور است: یکی اینکه زیان جبران نشده باقی بماند و زیان دیده منتظر ملائت عامل زیان شود، دیگر اینکه خسارت از مال صغیر یا مجنون جبران شود. قانونگذار فرض دوم را برگزیده و ضرر را بر کسی تحمیل کرده که باعث آن بوده است. سؤال مطرح این است که در صورت عدم امکان جبران تمام یا قسمتی از

خسارت از سوی سرپرست، آیا صغیر یا مجنون شخصاً مسئول جبران خسارت‌اند یا اینکه خسارت از مال آنان به قائم‌مقامی سرپرست جبران می‌شود و در صورت ملائت سرپرست می‌توانند خسارتی را که به جانشینی از او جبران کرده‌اند، از وی وصول نمایند؟ برخی از اساتید، مجنون یا صغیر را در طول سرپرست مسئول دانسته‌اند؛ چنانچه سرپرست مقصر، امکان جبران خسارت را نداشته باشد، صغیر یا مجنون باید خسارت را جبران کنند (همان).

با توجه به ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی به نظر می‌رسد صغیر یا مجنون شخصاً مسئول نباشند و جبران خسارت از مال آنان به قائم‌مقامی سرپرست و برای رعایت حال زیان‌دیده باشد. فرض کنید، تیمارستانی به موجب قرارداد و در قبال دریافت وجه، نگهداری مجنونی را به عهده گرفته است. بر اثر بی‌توجهی و اهمال کارکنان تیمارستان، مجنون فرار می‌کند و خسارات سنگینی به اشخاص وارد می‌کند. طبق ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی اگر تیمارستان امکان جبران خسارت را نداشته باشد، باید از مال مجنون جبران شود؛ چنانچه تیمارستان ثروتمند شود و استطاعت پرداخت خساراتی را که در اثر تقصیر او به وجود آمده، پیدا کند، آیا عادلانه است که این ضرر همچنان بر مجنون تحمیل شود و تیمارستان دین مسلم خود را نپردازد؟ به موجب کدام قاعده حقوقی، عسرت مدیون سبب سقوط دین می‌گردد؟ حداکثر امتیازی که در قوانین برای معسر در نظر گرفته شده، دادن مهلت یا قرار اقساط برای پرداخت بدهی است (ماده ۲۷۷ قانون مدنی و ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب سال ۱۳۷۷). بنابراین، به نظر می‌رسد چنانچه طبق ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی، خسارت از مال صغیر یا مجنون جبران گردد، او بتواند آن را از سرپرست مطالبه کند.

نکته دیگری که در ماده ۷ قابل تأمل است، قسمت آخر این ماده می‌باشد که مقرر داشته: «در هر صورت، جبران زیان باید به نحوی باشد که موجب عسرت و تنگدستی جبران‌کننده نگردد». در این مورد هم باید گفت: زیان ساقط نمی‌گردد و زیان‌دیده باید منتظر رفع عسرت جبران‌کننده بماند و در هنگام ملائت، خسارتی را که جبران نشده، از او مطالبه کند.

سؤال مطرح در اینجا این است که در صورتی که صغیر یا مجنون، بدون اینکه سرپرست، تقصیری در نگهداری کرده باشد، خسارتی به دیگری بزنند و طبق ماده ۱۲۱۶ قانون مدنی شخصاً ناگزیر از جبران زیان باشند، باز هم قسمت آخر ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی قابل اجراست یا اینکه جلوگیری از عسرت و تنگدستی جبران کننده زیان، اختصاص به موردی دارد که طبق همین ماده (ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی) صغیر یا مجنون ناگزیر از جبران خسارت ناشی از تقصیر سرپرست خود می‌گردد. اگر فلسفه وجودی قسمت آخر ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی، جلوگیری از عسرت و تنگدستی جبران کننده زیان باشد، تفاوتی نمی‌کند که این زیان را صغیر یا مجنون شخصاً جبران کند یا به قائم مقامی از سرپرست جبران گردد؛ در هر دو صورت، تنگدستی باید مانع جبران خسارت شود.

به نظر می‌رسد این حکم را به تمام مواردی که شخص ناگزیر از جبران زیان می‌شود، بتوان تسری داد. مسئله‌ای که از نظر آیین دادرسی در مورد ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی باقی می‌ماند، این است که آیا زیان دیده باید دعوای خود را به طرفیت سرپرست و مجنون یا صغیر مجتمعاً مطرح کند یا اینکه تنها سرپرست را طرف دعوا قرار دهد و چنانچه نتواند حکم را علیه او اجرا کند، از اموال صغیر یا مجنون وصول نماید. اشکال این فرض این است که حکمی را علیه صغیر یا مجنون اجرا می‌کنیم که آنها نسبت به آن دفاع نکرده‌اند. البته در صورتی که سرپرست، نمایندگی قانونی صغیر یا مجنون را هم داشته باشد، مانند ولی، وصی یا قیم، این اشکال منتفی است، ولی چنانچه سرپرست فقط مسئول نگهداری باشد و نمایندگی قانونی نداشته باشد، مانند بیمارستان، مهد کودک، مربی ورزش و امثال آن، اشکال همچنان باقی است. در این گونه موارد بهتر است از ابتداء، سرپرست و مجنون و صغیر با هم طرف دعوا قرار گیرند تا امکان دفاع برای همگی آنان باشد. در صورتی که حکم بدون دخالت نماینده قانونی صغیر یا مجنون صادر شود، آنان حق اعتراض نسبت به آن حکم را به عنوان شخص ثالث خواهند داشت.

## نتیجه گیری

مسئولیت صغیر یا مجنون یکی از مصادیق مسئولیت ناشی از فعل غیر است که استثنا بر قاعده شخصی بودن مسئولیت می باشد.

مسئولیت سرپرست مطابق قواعد عمومی مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر است؛ یعنی سرپرست وقتی مسئول جبران زیان است که در نگهداری یا مواظبت از صغیر یا مجنون کوتاهی کرده باشد، علاوه بر آن، فعل زیان بار مجنون یا صغیر هم فعل نامتعارف باشد.

پدر و مادر عرفی مسئول خسارات ناشی از فعل فرزند نامشروع (ولد زنا) می باشند و از لحاظ مواظبت و نگهداری، تفاوتی بین فرزند مشروع و نامشروع وجود ندارد.

جبران خسارت از اموال صغیر یا مجنون در صورت عدم استطاعت سرپرست آنان، خلاف قواعد عمومی مسئولیت مدنی است و سرپرست در صورت ملالت باید خسارتی را که از اموال صغیر یا مجنون جبران شده، به آنان پردازد.

## کتاب‌شناسی

- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، چاپ پنجم، تهران، کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۷۰.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸.
- دهخدا، علی‌اکبر، لغت‌نامه، زیر نظر محمد معین، تهران، چاپ سیروس.
- صفایی، سیدحسین، مجله حقوق وزارت دادگستری، شماره ۱۶، سال ۲۵۳۶.
- کاتوزیان، ناصر، الزامهای خارج از قرارداد: ضمان قهری، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.
- همو، حقوق مدنی: حقوق خانواده، چاپ چهارم، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۵.
- همو، فلسفه حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷.
- همو، مسئولیت مدنی، چاپ دوم با تجدید نظر، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.
- مجموعه قوانین سال ۱۳۷۶، چاپ روزنامه رسمی.
- معین، محمد، فرهنگ معین، چاپ چهارم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۶۰.
- Pierre Guiho, *Cours de droit civil, Les Obligations.*





# آسیب‌شناسی آموزش و پژوهش جرم‌شناسی در ایران<sup>۱</sup>

- دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی<sup>۲</sup>
- دکتر حسین غلامی<sup>۳</sup>

## چکیده

جرم‌شناسی به عنوان یک رشته تخصصی که موضوع آن مشاهده و مطالعه علمی علل ارتکاب جرم است، قدمتی بیش از صد سال دارد. جرم‌شناسی و رشته‌های مرتبط با آن مانند جامعه‌شناسی جنایی، روان‌شناسی جنایی و بزهکاری اطفال در ایران، بیش از نیم سده است که در برنامه‌های آموزشی دانشکده‌های حقوق، دانشگاه پلیس و نیز در برنامه‌های درسی دانشکده‌های علوم اجتماعی با عنوانهای جامعه‌شناسی انحراف، آسیب‌شناسی اجتماعی و حتی با خود عنوان جرم‌شناسی گنجانده شده، تدریس و تحقیق می‌شود، ولی به رغم این قدمت، جنبه نظری - کاربردی این رشته به لحاظ مشکلات مربوط به آموزش و پژوهش آن، گسترش شایسته را در جامعه ما نیافته است.

- 
۱. این نوشتار، مفصل سخنرانی نویسنندگان در همایش «بررسی مسائل علوم اجتماعی ایران» در دانشکده علوم اجتماعی دانشگاه تهران در تاریخ ۱۳ اردیبهشت ۱۳۸۵ می‌باشد.
  ۲. استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (ahnaus@yahoo.com).
  ۳. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی.

این نوشتار که در دو بخش تنظیم شده است، از یک سو به مشکلات آموزشی و از سوی دیگر، به مسائل پژوهشی جرم‌شناسی که به نوعی مانع توسعه این رشته شده، پرداخته است و در نهایت، ضمن ارائه راهکارهایی برای رفع این مشکلات، ضرورت گسترش جنبه‌های آموزشی-پژوهشی جرم‌شناسی را در ایران مورد تأکید قرار داده است.

**کلید واژگان:** جرم‌شناسی، جرم‌شناسی کاربردی، بزهکاری، پژوهشهای جرم‌شناختی، پیشگیری از بزهکاری، بازپروری بزهکاران.

## درآمد

جرم‌شناسی یا بزه‌شناسی، به عنوان علم چرایی مجرم شدن انسانها و چرایی وقوع جرم، عمری بیش از یک سده دارد. صاحب‌نظران، اثر دکتر «سزار لمبروزو»، پزشک ایتالیایی، با عنوان *انسان/مرد بزهکار*<sup>۱</sup> (۱۸۷۶ م.) را که شامل نتایج مطالعات تجربی و تحقیقات میدانی او در زمینه انسان‌شناسی جنایی است، منشور جرم‌شناسی علمی، «رافائل گاروفالو»، حقوقدان ایتالیایی را واضح عنوان جرم‌شناسی<sup>۲</sup> و «انریکو فری»، حقوقدان ایتالیایی را بنیان‌گذار جامعه‌شناسی جنایی می‌دانند.<sup>۳</sup>

بدین سان، رویکرد تجربی به جرم در قالب جرم‌شناسی که جنبه میان‌رشته‌ای دارد، در اواخر سده نوزدهم میلادی به رویکرد اخلاقی-حقوقی به این پدیده، یعنی حقوق کیفری، افزوده شد. از این رهگذر بود که واقعیت انسانی-اجتماعی جرم بیش از پیش مورد توجه قانونگذاران، حقوقدانان کیفری، جامعه‌شناسان، روان‌شناسان، صاحب‌نظران علوم سیاسی، علوم اقتصادی و... قرار گرفت؛ چنان که حقوق کیفری یا حقوق جزایی کلاسیک (حقوق کیفری عمومی، حقوق کیفری اختصاصی و آیین دادرسی کیفری) و به طور کلی، سیاست جنایی یا سیاست کنترل جرم به نوبه خود دست‌خوش تحولات ژرفی شد (در این باره، رک: نجفی ابرنآبادی، ۱۳۸۳: ۱۳-۲۰؛ کی‌نیا، ۱۳۸۴؛ نوربها، ۱۳۸۳؛ دانش، ۱۳۸۴؛ نجفی توانا، ۱۳۸۴).

## ۱. Criminal Man.

۲. «Criminology»؛ این عنوان، در واقع، عنوان کتاب او در سال ۱۸۸۵ م. بود.

۳. «Criminal Sociology» گفتنی است که فری این عنوان را در چاپ سوم (۱۸۸۴ م.) برای کتاب خود انتخاب کرد. عنوان چاپ نخست این اثر در سال ۱۸۸۱ م. «افقهای نوین حقوق کیفری و آیین دادرسی کیفری» بود. (Les nouveaux horizons du droit pénal et de la procédure pénale)

جرم‌شناسی از آغاز سده بیستم، به عنوان یک رشته مطالعاتی تخصصی (دیسپلین) مستقل، به تدریج در سطح بین‌المللی و داخلی، جایگاه آموزشی و پژوهشی خاص خود را پیدا کرد.

جامعه بین‌المللی جرم‌شناسی به طور مقدماتی در ۱۹۳۷ م. و عملاً در ۱۹۳۸ م. به ابتکار استادان عمدتاً ایتالیایی و با هدف پیشبرد مطالعات نظری و کاربردی جرم‌شناختی، در جهت علت‌شناسی جنایی و متحول ساختن قوانین و مقررات کیفری، در رم تأسیس شد که مقر کنونی آن در پاریس است (ر.ک: نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۲-۷۳: ۱۴-۱۳/۵۶۲-۵۶۸). انجمن بین‌المللی جرم‌شناسان فرانسوی زبان در ۱۹۸۷ م. و جامعه اروپایی جرم‌شناسی در ۲۰۰۰ م. تأسیس شد و هر یک، رسالت خود را ترویج مطالعات تطبیقی جرم‌شناختی از رهگذر برگزاری همایشهای جهانی و منطقه‌ای و انجام طرحهای پژوهشی در زمینه جرم‌شناسی و رشته‌های مرتبط تعیین کردند. سازمان ملل متحد نیز به نوبه خود از آغاز دهه شصت میلادی مؤسسه‌ها و مراکز مطالعات و پژوهشهای جرم‌شناسی وابسته و پیوسته‌ای را در قاره‌های مختلف ایجاد کرد و اعمال یافته‌های جرم‌شناختی را در سیاست جنایی مطلوب این سازمان از رهگذر اسناد مختلف بین‌المللی کیفری مورد توجه قرار داد (ر.ک: نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۵: ۳۸۷/۱۸ و بعد؛ عالمی، مرداد ۱۳۷۵).

امروزه در اغلب کشورها جرم‌شناسی و شاخه‌های تخصصی آن، یعنی جامعه‌شناسی جنایی، روان‌شناسی جنایی، روان‌پزشکی جنایی، زیست‌شناسی جنایی و رشته‌های مرتبط با آن، یعنی بزه‌دیده‌شناسی، کیفرشناسی، سیاست جنایی، جامعه‌شناسی کیفری و...، به اقتضای نظام حقوقی-آموزشی آنها، یا در دانشکده‌های حقوق یا در دانشکده‌های علوم اجتماعی و یا به عنوان یک تخصص کاربردی-زیر عنوان جرم‌شناسی بالینی-در دانشکده‌های پزشکی تدریس و تحقیق می‌شود. حتی در بسیاری کشورها مؤسسه جرم‌شناسی به صورت یک نهاد آموزشی-پژوهشی مستقل یا وابسته به دانشکده حقوق یا دانشکده علوم اجتماعی تأسیس شده است که در حقیقت، مکمل آموزش جرم‌شناسی در دوره‌های کارشناسی، کارشناسی ارشد و دکتری این دانشکده‌ها به شمار می‌رود (در این باره، ر.ک: ۲۲۶-۲۰۰۳: Criminologie).

۲۳۵.

آموزش و پژوهش جرم‌شناسی در ایران از همان آغاز، یعنی از شروع دهه ۱۳۳۰ شمسی به دانشکده حقوق محول شد و جزو درسهای دوره کارشناسی حقوق پیش‌بینی گردید. در همین چارچوب، گروه مستقل حقوق جزا و جرم‌شناسی نیز در دانشکده حقوق تأسیس شد؛ زیرا برنامه‌ریزی درسی دانشکده‌های حقوق در ایران از زمان گشایش آنها، با گرده برداری از نظام آموزشی دانشکده‌های حقوق فرانسه که جرم‌شناسی را به عنوان یکی از مواد درسی مربوط به حقوق جزایی در دوره کارشناسی پیش‌بینی کرده بودند، صورت گرفت (ر.ک: لاسال، ۱۳۷۹: ۳۲-۳۱/۳۳۳ و بعد)، اما با گذشت زمان، دانشگاه پلیس (دانشگاه علوم انتظامی) و در دهه‌های اخیر، دانشکده‌های علوم اجتماعی و دانشگاه علوم بهزیستی نیز جرم‌شناسی و رشته‌های مشابه یا مرتبط با آن را در برنامه‌های درسی خود پیش‌بینی کردند. بدین‌سان، آموزش جرم‌شناسی در ایران، بیش از پنجاه سال سابقه دارد. یک دهه بعد، یعنی ۱۳۴۰ ش.، دانشکده حقوق و علوم سیاسی و اقتصادی دانشگاه تهران که تا آن زمان تنها دانشکده حقوق در سطح ایران بود، به گشایش «مؤسسه تحقیقاتی علوم جزایی و جرم‌شناسی» وابسته به گروه آموزشی علوم جزایی و جرم‌شناسی اقدام کرد. به موجب اساس‌نامه آن، مؤسسه علاوه بر پژوهش در زمینه‌های بزهکاری اطفال، بزهکاران حرفه‌ای، جرایم رانندگی، پیشگیری از بزهکاری و... در زمینه آموزشی نیز می‌تواند به منظور «تربیت متخصصان در رشته‌های مختلف علوم جنایی برای کارشناسان رشته حقوق برنامه‌های خاصی ترتیب بدهد و برای دانشجویان یا دانش‌آموختگان رشته‌های پزشکی و علوم اجتماعی، روان‌شناسی، علوم تربیتی، خدمات اجتماعی و افسران ارتش، ژاندارمری و شهربانی و قضات نظامی، دوره‌های نیم‌ساله تشکیل داده، برای آنها گواهی‌نامه «مخصوص جرم‌شناسی» صادر کند». این مؤسسه پس از انقلاب فرهنگی که به تعطیلی موقت دانشگاهها منجر شد و بعد از بازگشایی آنها در ۱۳۶۲ م.، عمدتاً به اجرای طرحهای پژوهشی پرداخته است.<sup>۱</sup>

۱. طرحهای پژوهشی در زمینه مهاجرت و جرم در حوزه قضایی کرج، سرقت اطفال و نوجوانان در تهران بزرگ، وضعیت کودکان خیابانی در مشهد، سیاست جنایی ایران و اسلام، جایگزینهای کیفر

«انجمن ایرانی جرم‌شناسی» به عنوان یک نهاد علمی غیر دانشگاهی در اردیبهشت ۱۳۷۲ ش. با تأیید کمیسیون انجمنهای علمی وزارت فرهنگ و آموزش عالی گشایش یافت. این انجمن، هدف عمده خود را اعتلا و گسترش «این دانش حقوقی و اجتماعی و پژوهش در آن» و نیز ارائه خدمات آموزشی و پژوهشی در زمینه جرم‌شناسی و همکاری با مؤسسه‌های تخصصی داخلی و خارجی تعریف کرد (ر.ک: نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۶: ۱۱۹/۱۲-۱۲۱). این انجمن تاکنون میزگردها و همایشهایی را در تهران و شهرستانها برگزار کرده است.

ولی جرم‌شناسی، به رغم سابقه نیم‌قرنی آموزش و پژوهش آن در ایران، به جایگاه نظری- عملی (کاربردی) شاخص و مؤثری که با توجه به قدمتش از آن انتظار می‌رود، نرسیده است و به لحاظ الف) آموزشی و ب) پژوهشی همچنان با موانع و آسیبهایی روبه‌روست؛ بنابراین، به راهکارهای جدیدی برای تحوّل و نوآوری نیاز دارد.

## الف) آسیبهای آموزشی جرم‌شناسی

آموزش جرم‌شناسی و رشته‌های مرتبط، همواره با چالشهایی روبه‌رو بوده است:

۱. جایگاه کمی و کیفی نازل جرم‌شناسی در برنامه‌های درسی دانشکده‌های حقوق؛

۲. نبود آینده شغلی برای دارندگان این تخصص؛

۳. ناهماهنگی آموزشی بین دانشکده‌های مربوط در این رشته؛

۴. نبود دانشکده یا مؤسسه آموزش عالی ویژه این رشته تخصصی؛

۵. محتوای کلی مطالب ارائه‌شده در واحدهای درسی جرم‌شناسی.

۱. جایگاه کمی و کیفی نازل جرم‌شناسی در برنامه‌های درسی دانشکده‌های حقوق

جرم‌شناسی در ایران، همان‌گونه که پیشتر اشاره شد، عمدتاً در دانشکده‌های حقوق

تدریس می‌شود. «حقوق جزا و جرم‌شناسی»، مانند دو روی یک سکه، عنوان گروه آموزشی مستقلی را تشکیل می‌دهد و انتظار می‌رود که هم‌سنگ و هم‌تراز هم، تدریس و تحقیق شوند، اما وجه غالب آموزش حقوق کیفری، چه از نظر کیفی و چه از نظر تعداد و تنوع واحدهای درسی در دانشکده‌های حقوق که البته با طبع و رسالت این دانشکده‌ها انطباق و ملازمه دارد، چنان است که در دوره کارشناسی، آموزش جرم‌شناسی در حد دو واحد اصلی (اجباری) و نیز آموزش رشته‌های مرتبط با آن، یعنی بزهکاری اطفال (دو واحد اختیاری) و کیفرشناسی (یک واحد اختیاری) را حاشیه‌ای و فرعی می‌نماید،<sup>۱</sup> به‌ویژه اینکه دل‌نگرانی اصلی دانش‌آموختگان حقوق، شرکت و قبولی در آزمون‌هایی مانند قضاوت، و کالت، سردفتری، کارشناس و مشاور حقوقی است که اطلاعات، دانش و تخصص جرم‌شناسی تأثیری در موفقیت در آنها ندارد و به هر حال، ضروری نمی‌نماید. وانگهی، در میان مواد آزمون ورودی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، جرم‌شناسی پیش‌بینی نشده است؛ بنابراین، برای قبولی در این دوره نیز داوطلب نیازی به آمادگی اشراف بر مباحث جرم‌شناسی احساس نمی‌کند.

بر خلاف کشورهایی مانند کانادا، بلژیک و آمریکا، در ایران دوره‌های تخصصی جرم‌شناسی در سطح کارشناسی ارشد و دکتری وجود ندارد تا دانشجویان بتوانند با گذراندن این دوره‌ها تخصص لازم را برای آموزش و یا فعالیت‌های علمی در زمینه‌های مرتبط با جرم‌شناسی کاربردی به دست آورند. آموزش جرم‌شناسی در غالب موارد به استنادی محول می‌شود که عمدتاً در رشته‌های مختلف حقوق کیفری تخصص دارند و رویکرد آنها به جرم، بیشتر جنبه حقوقی-قضایی دارد؛ بدین ترتیب، از یک سو، آموزش جرم‌شناسی با توجه به تعداد کم واحدهای مربوط، در حد انتظار دانشجویان نبوده و بنابراین، بهره‌مندی آنان از این درس، قابل

۱. شایان یادآوری است که در برنامه‌های دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، در مجموع، چهار واحد اصلی جرم‌شناسی و جامعه‌شناسی جنایی و در برنامه‌های دوره دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، تنها دو واحد اصلی جرم‌شناسی، دو واحد اختیاری کیفرشناسی، دو واحد اختیاری بزهکاری اطفال و دو واحد اختیاری جامعه‌شناسی کیفری پیش‌بینی شده است.

مقایسه با استفاده آنان از آموزش حقوق کیفری نیست و از سوی دیگر، به رغم ترجمه‌ها، تألیفها و تصنیفهای موجود در قلمرو جرم‌شناسی، همچنان فقر منابع متنوع، اصیل و جامع که بتواند کنجکاوای علمی دانشجویان علاقه‌مند به این رشته را ارضا کند، وجود دارد.

## ۲. نبود آینده‌شغلی برای دارندگان تخصص جرم‌شناسی

فقدان ردیف شغلی برای جرم‌شناس یا متخصص جرم‌شناسی (کارشناس جرم‌شناسی) در سازمانهای دولتی و بخش خصوصی، یعنی عدم امکان استخدام به عنوان جرم‌شناس (ر.ک: نجفی ابرندآبادی، ۷۲-۱۳۷۱: ۷-۴۱۳/۶ و بعد)، مشکل دیگری در سر راه گسترش آموزش این رشته است؛ به گونه‌ای که دانشجویان کارشناسی ارشد و دکتری به ندرت پایان‌نامه تحصیلی خود را به یک موضوع صرفاً جرم‌شناسانه اختصاص می‌دهند و در صورت ادامه تحصیل در خارج از کشور نیز رشته‌ها و موضوعهای فنی کیفری را ترجیح داده، آن را به عنوان تخصص و موضوع پایان‌نامه انتخاب می‌کنند.

## ۳. ناهماهنگی آموزشی بین دانشکده‌های مربوط به رشته

### جرم‌شناسی

جرم‌شناسی در دهه‌های اخیر، همان‌گونه که پیشتر اشاره شد، در دانشکده‌های علوم اجتماعی و دانشگاه علوم بهزیستی با همین عنوان یا با عنوانهایی چون آسیب‌شناسی اجتماعی، جامعه‌شناسی انحراف، جامعه‌شناسی انحرافات اجتماعی و... نیز ارائه و تدریس می‌شود، ولی بین استادان این مراکز آموزش عالی و استادان جرم‌شناسی دانشکده‌های حقوق، ارتباط پژوهشی، هم‌اندیشی و همفکری در مباحث نظری، طرح‌های تحقیقاتی و نگارش مقاله و کتاب در زمینه جرم‌شناسی وجود ندارد؛ هریک به اقتضای رشته تخصصی اصلی خود - حقوق کیفری، جامعه‌شناسی، روان‌شناسی، علوم تربیتی - جرم‌شناسی را با رویکردها، اصطلاحات و معادل‌گذاریهای خاص خود برای مباحث، موضوعها و نظریه‌های یکسان تدریس

می‌کند و درباره آن قلم می‌زند. بدین‌سان، فقدان یک نهاد علمی «فدراتور»<sup>۱</sup> یا به عبارتی، نهاد علمی هماهنگ‌کننده و زمینه‌ساز تبادل نظر میان استادان جرم‌شناسی یا استادان متعلق به رشته‌های مختلف که در عین حال، آموزش جرم‌شناسی وجه مشترک آنان است، مانع دیگری برای گسترش هماهنگی و آموزش مؤثر این رشته مطالعاتی به شمار می‌رود.

#### ۴. نبود دانشکده یا مؤسسه آموزش عالی ویژه رشته تخصصی

##### جرم‌شناسی

به رغم سابقه نسبتاً طولانی آموزش و تا اندازه‌ای پژوهش جرم‌شناسی، تنها مؤسسه تخصصی در کل دانشگاه‌های ایران که در زمینه جرم‌شناسی فعال است، هنوز همان «مؤسسه تحقیقاتی علوم جزایی و جرم‌شناسی» دانشگاه تهران می‌باشد؛ بدین ترتیب، گسترش مؤسسه‌های جرم‌شناسی علاوه بر اجرای طرح‌های پژوهشی مربوط به علت‌شناسی بزهکاری و راهکارهای پیشگیری از وقوع و افزایش جرایم که ضرورت آنها بیش از پیش در جامعه کنونی ایران احساس می‌شود، می‌تواند آموزش تفصیلی جرم‌شناسی را نیز گسترش بدهد؛ امری که در نهایت، به نوعی تعامل، هماهنگی و همکاری مورد نظر میان این مؤسسه‌ها و گسترش جنبه‌های مختلف جرم‌شناسی منجر خواهد شد.

#### ۵. محتوای کلی مطالب ارائه‌شده در واحدهای درسی

##### جرم‌شناسی

محتوای درسی جرم‌شناسی و رشته‌های مرتبط با آن تا چند سال اخیر در کنار تاریخچه، کلیات و مکاتب، مباحث عمده‌تأ جرم‌شناسی بالینی را شامل می‌شد. رویکرد بالینی، بزهکار را بیماری تلقی می‌کند که نظام کیفری باید زمینه و اسباب درمان او را فراهم کند. این رویکرد جرم‌شناسانه که تا اندازه زیادی، رسالت حقوق کیفری سزادهنده را زیر سؤال می‌برد و معتقد است قاضی کیفری باید جرم‌شناس

۱. Fédérateur.



باشد، عملاً مانعی در سر راه گسترش آموزش جرم‌شناسی بوده است؛ زیرا با انتقاد و موضع‌گیری حقوقدانان که رسالت اصلی حقوق جزایی را قبل از هر چیز، تنبیه مجرم به لحاظ مجرمیت او می‌دانند و اصلاح او را خارج از حوصله و صلاحیت نظام کیفری تلقی می‌کنند، روبه‌رو شده است.

بدین ترتیب، استاد و دانشجوی علاقه‌مند به مباحث جرم‌شناسی در ایران، به لحاظ حساسیتهای سیاسی، قضایی، پلیسی، اجرایی و... و نیز فقدان داده‌ها و یافته‌های حاصل از مطالعات میدانی بومی قابل استفاده در آموزش آن، کمتر گرایش، تمایل و امکان پرداختن به مباحث مربوط به مباحث جرم‌شناسی را پیدا می‌کنند؛ بنابراین، مشکلات و آسیب‌های موجود در سر راه پژوهشهای جرم‌شناختی، به نوبه خود، مانعی نیز برای گسترش و شکوفایی آموزش جرم‌شناسی و رشته‌های مرتبط در کشور ما به شمار می‌رود.

## ب) آسیبهای پژوهشی جرم‌شناسی

جرم‌شناسی را مانند پزشکی به اعتبار اینکه جزو علوم مرگب است، به دو شاخه نظری و کاربردی تقسیم کرده‌اند.

جرم‌شناسی نظری یا عمومی در واقع، بخش علمی-مبنایی این رشته را تشکیل می‌دهد که شامل کلیه نظریه‌های مربوط به تبیین عمل مجرمانه و علل ارتکاب آن می‌شود.

جرم‌شناسی کاربردی را که در واقع، در پی اعمال دست‌آوردهای جرم‌شناسی نظری در سیاست‌گذاری مربوط به بازپروری بزهکاران، پیشگیری، کاهش یا محو جرم و نیز اصلاح قوانین و مقررات کیفری است، به سه زیرشاخه تقسیم کرده‌اند:

۱. جرم‌شناسی حقوقی (انتقادی) یا جرم‌شناسی سیاست‌جنایی: این شاخه، به نقد طرز کار و عملکرد قانونگذاری و نظام کیفری می‌پردازد و در جهت بهبود کارایی آنها به مناسبت، پیشنهادهایی را مطرح می‌کند (ر.ک: نجفی ابرنآبادی، نیم‌سال دوم ۸۴-۱۳۸۳).

۲. جرم‌شناسی بالینی: همان‌طور که پیشتر بیان شد، این شاخه بزهکاری را نوعی

بیماری (آسیب) اجتماعی و مجرم را مستحق درمان جسمانی، روانی و اجتماعی می‌داند؛ بنابراین، از الگوی پزشکی معاینه و درمان استفاده می‌کند (ر.ک: نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۲: ۹ به بعد).

۳. جرم‌شناسی پیشگیری: این شاخه به مطالعه وسایل و اقدامهای غیر کیفری، یعنی غیر قهرآمیز مؤثر در پیشگیری از جرم و مجرم شدن افراد می‌پردازد (پیشگیری اجتماعی و پیشگیری وضعی) (ر.ک: گسن، ۱۳۷۰؛ نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۳: ۵۵۹ و بعد).

گسترش و اثربخشی جرم‌شناسی، بی‌تردید، مستلزم انجام دادن مطالعات و تحقیقات میدانی مستقل درباره بزهکاران، انواع جرایم ارتكابی، علل رشد نرخ بعضی جرایم، تأثیر قوانین و مقررات و نیز نظام کیفری بر منحنی بزهکاری است؛ به عبارت دیگر، پژوهشهای نظری-میدانی به جرم‌شناس اجازه می‌دهد تا ورای واقعیت‌های خشک حقوقی-قضایی، از واقعیات انسانی-اجتماعی بزهکاری نیز مطلع شود و در پرتو یافته‌های آن برای اصلاح یا تغییر ساختارهای قانونی، قضایی، پلیسی و اجتماعی (در واقع، سیاست جنایی) راهکارهایی را پیشنهاد کند.

با وجود این، پژوهشهای جرم‌شناختی نیز با چالش‌هایی روبه‌روست که به عنوان موانع گسترش تحقیقات در این قلمرو قابل مطالعه است:

۱. عدم استقلال مادی-فکری پژوهشگران؛
۲. نبود آمارهای جنایی علمی؛
۳. عدم امکان استفاده از روشهای کیفی برای مطالعه پدیده مجرمانه؛
۴. عدم اختصاص بودجه دولتی شایسته به پژوهشهای جرم‌شناختی؛
۵. عدم کمک بخش خصوصی به پژوهشهای جرم‌شناختی.

## ۱. عدم استقلال مادی-فکری پژوهشگران

ناگفته پیداست که پژوهشگر جرم‌شناسی به استقلال فکری و مادی نیاز دارد تا بتواند بدون فشارهای آشکار و ناآشکار سفارش‌دهندگان طرح‌های پژوهشی که عمدتاً نهادهای دولتی‌اند و معمولاً انتقاد را بر نمی‌تابند، طرح پژوهشی خود را به سرانجام برساند؛ چراکه وابستگی مادی و شغلی به کارفرمایان تحقیقاتی و نیز

حساسیتهای آنان، سبب می‌شود که پژوهشگر، نتایج تحقیقات خود را با محافظه کاری مطرح کند و به جای طرح راهکارهای تفصیلی، پیشنهادهای ناملموس و کلی را برای حل مسئله بزهکاری و علت‌شناسی آن ارائه دهد.

## ۲. نبود آمارهای جنایی علمی

آمارهای جنایی، خود، یکی از وسایل انجام مطالعات کمی درباره بزهکاری و بزهکاران است؛ آمار جنایی، بر حسب اینکه در چه مرحله‌ای از فرایند کیفری گردآوری و تنظیم شود، متفاوت و بیانگر یک نوع از بزهکاری است؛ برای مثال، آمار جنایی پلیس و دادسرا، جرایم ارتكابی را که به اطلاع نهادهای انتظامی و دادسرا رسیده است، احصا می‌کند (بزهکاری ظاهری) و آمار جنایی دادگستری بیانگر تعداد جرایم و بزهکارانی است که در مراجع قضایی رسیدگی و محکوم شده‌اند (بزهکاری قضایی یا قانونی) (درباره انواع آمارها، رک: رحمدل، ۱۳۸۳: ۴۹-۱۰۳/۴۸ و بعد).

تردیدی نیست که بخشی از جرایم ارتكابی، به دلایل مختلف، در این آمارها منعکس نمی‌شود؛ از این رو، بزهکاری واقعی، به لحاظ وجود رقم یا بخش سیاه یا پنهان بزهکاری، همواره ناشناخته باقی می‌ماند. با وجود این، چنانچه آمارهای پلیسی و قضایی با دقت تهیه و تنظیم شود، ممکن است به طور کلی، تصویر قابل مطالعه‌ای را از جرایم ارتكابی در اختیار پژوهشگر قرار دهد و به عنوان اماره‌ای در پژوهش جرم‌شناختی مورد استفاده او قرار گیرد، ولی در عمل، ضریب دقت در آمارها به طور کلی پایین است؛ گویی تنظیم آمارهای جنایی بیشتر به منظور رفع نیازهای درون‌سازمانی (از جمله ارائه کارنامه فعالیت ماهانه یا سالیانه سازمان مربوط) و بیشتر با هدف اخذ بودجه و امکانات اداری از سوی آن سازمان صورت می‌گیرد؛ بنابراین، چنین آمارهایی از نظر علمی، اعتبار زیادی ندارد. با وجود این، آمار کلیه جرایم ارتكابی ثبت شده، اغلب محرمانه اعلام می‌شود و قابل استفاده در طرحهای پژوهشی جرم‌شناختی نیست.

### ۳. عدم امکان استفاده از روشهای کیفی برای مطالعه پدیده

#### مجرمانه

روشهای کیفی، یعنی مطالعه بایگانی جنایی (پرونده‌های کیفری دادگستری)، مصاحبه با بزهکاران، بزه‌دیدگان، قضات، ضابطان قضایی، زندانبانان و... که اجازه می‌دهد تا ورای اقدامها و تصمیم‌گیریهای متعارف و حسب‌وظیفه نهادهای آموزشی، بهداشتی، انتظامی و قضایی، آسیبهای ساختاری تقنینی، اجتماعی و اقتصادی جرم‌زا (انحراف‌زا) شناسایی شود، اغلب مورد استقبال مسئولان قرار نمی‌گیرد و به مجوزهای اداری نیاز دارد. فرایند اخذ مجوزهای پژوهشی، حتی زمانی که سفارش‌دهنده طرح پژوهشی، خود، یک نهاد رسمی است، بسیار طولانی و دیوان‌سالارانه است؛ چنان‌که بیشتر اوقات انصراف آور، فرساینده و به هر حال، منفعل‌کننده است؛ بدین‌سان، پژوهشگر جرم‌شناس در نهایت، به مطالعات نظری صرف در این رشته اکتفا می‌کند. به همین سبب، بین دانشگاهها و مراکز مطالعاتی وابسته به سازمانهای دولتی فعال در زمینه مبارزه با بزهکاری، ارتباط کاری مؤثری وجود ندارد و اغلب لوایح و طرحهای قانونی که به نوعی به بزهکاری مربوط می‌شود، مسبق به مطالعات کارشناسانه جرم‌شناسانه نیست.

بنابراین، جای شگفتی نیست که استادان و پژوهشگران جرم‌شناسی در آثار خود، همچنان از دستاوردهای پژوهشی هم‌تایان خارجی خود برای روشن کردن مباحث نظری استفاده می‌کنند.

### ۴. عدم اختصاص بودجه دولتی شایسته به پژوهشهای

#### جرم‌شناختی

ناگفته پیداست که هر طرح پژوهشی به بودجه و امکانات کافی و مناسب خود نیاز دارد. طرحهای پژوهشی جرم‌شناسانه نیز از این امر مستثنا نیست، ولی در عمل، این قبیل طرحها و به طور کلی، طرحهای تحقیقاتی در قلمرو علوم انسانی، کمتر مورد استقبال و تأیید قرار می‌گیرد و به هر حال، از بودجه متناسب با نیازهای آن، برخوردار نمی‌شود؛ از جمله علل آن، این است که از یک سو، اغلب کسانی که

برای چنین پژوهشهایی تصمیم می‌گیرند، یا در فرایند اجرای آنها مداخله و نظارت می‌کنند، در رشته‌های دیگر، به‌ویژه علوم تجربی، تخصص دارند و چه بسا به ضرورت و کاربرد یافته‌های جرم‌شناختی اعتقادی نداشته باشند و از سوی دیگر، آثار اعمال نتایج، راهکارها و یافته‌های پژوهشهای جرم‌شناسانه در سیاست جنایی در کوتاه‌مدت ملموس و آشکار نمی‌شود تا مسئولان در گزارش خود، توجیهی برای مبلغ اختصاص داده شده در برابر مقامهای مافوق داشته باشند...

### ۵. عدم کمک بخش خصوصی به پژوهشهای جرم‌شناختی

بر خلاف بسیاری از کشورها، بخش خصوصی در ایران که البته از نظر کمی و کیفی هنوز گسترده نیست، در تحقیقات جرم‌شناختی سرمایه‌گذاری نمی‌کند و آن را صرفاً از وظایف نهادهای دولتی مرتبط با مبارزه علیه جرم تلقی می‌کند. به طور کلی حمایت مالی بخش خصوصی از پژوهشهای جرم‌شناسانه، در ایران به یک سنت تبدیل نشده است. حال آنکه مثلاً در بخشهای صنعتی، غذایی، فن‌آوری اطلاعات و...، یافته‌های این قبیل تحقیقات، بی‌تردید ممکن است در پیشگیری از جرایم مربوط و نیز مقاوم کردن تولیدات آنها در برابر وسوسه‌های مجرمانه نقش مؤثری داشته باشد و در نهایت، هزینه‌های بزهکاری را برای خود شرکتها و مؤسسات تولیدی و خدماتی (برای نمونه، صنعت خودروسازی، بانکها و مؤسسات اعتباری) و نیز مصرف‌کنندگان، یعنی بزه‌دیدگان بالقوه (برای نمونه، مالکان خودروها، دارندگان چک و کارتهای اعتباری) کاهش دهد و کمکی به تأمین و تحقق امنیت عمومی که البته از وظایف دولت است نیز باشد (امنیت مشارکتی ناشی از سیاست جنایی مشارکتی).

### نتیجه‌گیری

کنترل جرم از رهگذر توسل به سازوکارهای قهرآمیز (نظام کیفری) و سازوکارهای غیر قهرآمیز و اقناع‌آور (جرم‌شناسی، جامعه‌شناسی، علوم تربیتی و...) از تکالیف دولتها و از موارد اعمال حاکمیت آنها به شمار می‌رود؛ بنابراین، سیاست جنایی هر

کشور، یعنی اشکال مختلف کنترل پدیده مجرمانه، و جهت گیریهای آن تابعی از ماهیت سیاسی نظام حاکم بر آن کشور است.

مطالعات جرم‌شناسی در دهه‌های اخیر نه تنها حقوق کیفری، بلکه به طور کلی سیاست مقابله با بزهکاری را متحوّل و متنوع ساخته است، لکن لحاظ یافته‌های جرم‌شناسی در تنظیم، تدوین و بازنگری سیاست جنایی همه کشورهای یکسان نبوده است. پاره‌ای از دولتها به اقتضای نوع نگرش سیاسیشان به جرم، کیفر، بزهکار و بزه‌دیده، به سازوکارهای حقوقی کیفری کلاسیک که سرکوب‌گرانه است، امید بسته، اکتفا می‌کنند. کشورهای دیگری، جرم را یک واقعیت اجتماعی ناشی از اوضاع سیاسی، اقتصادی و فرهنگی غالب در جامعه تلقی کرده‌اند و با اختصاص بودجه‌های تحقیقاتی و ایجاد مراکز پژوهشی جرم‌شناسی مستقل، برای شناسایی علل وقوع جرایم و رشد بزهکاری یا بعضی از مظاهر آن در بستر اجتماعی کوشیده‌اند تا راهکارهای غیر انتظامی- غیر کیفری مؤثر در مهار جرایم را آگاهانه تنظیم و اعمال کنند.

از آنجا که چگونگی و محتوای جهت گیریهای کلی سیاست جنایی هر دولت نیز جزو کارنامه حکمرانی- زمامداری آن دولت در عرصه‌های بین‌المللی و ملی ارزیابی می‌شود و ممکن است بابت آن، هزینه‌های سیاسی و اقتصادی پردازد، دولتها بیش از پیش به مطالعات میدانی جرم‌شناختی و استفاده از راهکارهای جرم‌شناسانه در کنار سرکوبی کیفری روی می‌آورند. این راهکارها، سیاست جنایی را با واقعیت پدیده مجرمانه و ماهیت بزهکاری و گونه‌های جرایم ارتكابی که بخشی از آن ممکن است ناشی از سوء مدیریت و به طور کلی، ماهیت و جهت گیریهای سیاست جنایی آنها باشد، منطبق می‌کند و در نهایت، صرفه‌جویی در هزینه‌های قضایی- کیفری مبارزه با بزهکاری را موجب می‌شود؛ برای مثال، دولت فرانسه برای مهار بهتر بزهکاری، ضمن اصلاح سازوکارهای کیفری در سالهای اخیر، در ماه می ۲۰۰۶ م. به تهیه و تنظیم لایحه‌ای با عنوان «لایحه قانون راجع به پیشگیری از بزهکاری» اقدام کرده است که برای تهیه آن از یافته‌های میدانی، بهره فراوان جسته است (ر.ک: گسن، ۱۳۸۳: ۴۸ و ۴۹/۲۵۱) و بدین سان، در کنار حقوق کیفری

به حقوق پیشگیری (یافته‌های جرم‌شناسی پیشگیرانه) و اعمال تدابیر پیشگیرانه با مدیریت شهرداریها نیز بها داده است.<sup>۱</sup>

با توجه به رشد پاره‌ای از مظاهر بزهکاری و دست کم انحرافات اجتماعی در سالهای اخیر و با توجه به اینکه مبارزه صرفاً سرکوبگر با پدیده مجرمانه (جرم/ انحراف) تاکنون در کشور ما نتیجه مورد انتظار را نداده است و بدین ترتیب، دولت را به طور مستمر ناگزیر از تخصیص بودجه و امکانات مادی-انسانی روزافزونی به نظام کیفری کرده است، باید از جمله نسبت به گشایش مؤسسات آموزشی-تحقیقاتی جرم‌شناسی در دانشگاههای بزرگ اقدام کرد. با تأسیس دوره‌های کارشناسی، کارشناسی ارشد و دکتری جرم‌شناسی تخصصی که ذاتاً میان‌رشته‌ای است، به آموزش و تربیت جرم‌شناس متخصص نیز پرداخت و با پیش‌بینی ردیفهای استخدامی خاص به دورنمای شغلی این تخصص، جاذبه و جایگاه مستقل داد.

آموزش و مطالعات نظری جرم‌شناسی در پانزده سال اخیر پیشرفت تقریباً قابل توجهی را در دانشگاهها داشته است، اما با توجه به مشکلات ساختاری، هنوز نمی‌توان از آموزش و پژوهش تخصصی و کاربردی شدن یافته‌های جرم‌شناسی، به معنای واقعی آن، در سطح سیاست‌جنایی ایران سخن به میان آورد؛ به عبارت دیگر، مادام که پژوهشگران و استادان اندک جرم‌شناسی به واقعیات آماری، اجتماعی، قضایی و پلیسی بزهکاری و نیم‌رخ جنایی در کشور اشراف نداشته باشند، نباید از آنان انتظار ارائه راهکارهای جرم‌شناسانه را به منظور مقابله با جرم داشت.

در چنین شرایطی، از یک سو، قانونگذار دست کم در دو قانون مهم، به مناسبت تعریف وظایف نهادهای دولتی در مبارزه با بزهکاری و انحرافات اجتماعی، به طور ضمنی، انجام مطالعات و تحقیقات جرم‌شناختی را ضروری نموده است. یکی ماده ۹ قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۸۳/۲/۲۱ است که در بند

۱. یادآوری می‌شود که قوه قضائیه در اجرای قسمت نخست بند «۵» اصل ۱۵۶ قانون اساسی، لایحه قانون پیشگیری از وقوع جرم را تهیه و تدوین کرده است که بیشتر مربوط به مدیریت پیشگیری در سطح ملی، استانی و شهرستانی است. این لایحه، اکنون در مجلس شورای اسلامی در دست بررسی است (ر.ک: نیازپور، ۱۳۸۳: ۱۲۳ و بعد).

«د»، یکی از اصول و سیاستهای اجرایی نظام جامع را اعمال سیاست پیشگیری در حوزه‌های بیمه‌ای، حمایتی و امدادی از سوی وزارت رفاه و تأمین اجتماعی تعیین کرده است. در این چارچوب، تلاش برای پیشگیری از ظهور یا گسترش انحرافات و مشکلات اجتماعی به عنوان یک سیاست هماهنگی فرابخشی باید مبنای عمل قرار گیرد. مادهٔ دیگر، مادهٔ ۹۷ قانون برنامهٔ چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ج.ا.ا. مصوب ۱۱ شهریور ۱۳۸۳ است که در مقام احصای محورهای پیشگیری و کاهش آسیبهای اجتماعی، این تکلیف را برای دولت مقرر داشته است که دولت باید نقاط آسیب‌خیز و بحران‌زای اجتماعی در بافت شهری حاشیهٔ شهرها و... را با اعمال راهبرد همکاری میان‌بخشی و سامانهٔ مدیریت آسیبهای اجتماعی در مناطق یادشده، شناسایی کند.

از سوی دیگر، سازمان ملل متحد در کنوانسیونهای بین‌المللی - که ایران در سالهای اخیر به آنها ملحق شده است (مانند کنوانسیون مبارزه با مواد مخدر و مواد روان‌گردان ۱۹۸۸ م.، در مادهٔ ۱۴) یا در آستانهٔ الحاق به آنهاست (مانند کنوانسیون مبارزه با فساد مالی ۲۰۰۳ م. یا کنوانسیون مبارزه علیه جرایم سازمان‌یافتهٔ فراملی ۲۰۰۰ م.) و امروزه از منابع فراملی حقوق و سیاست‌جنایی کشورها به شمار می‌رود. در کنار تدابیر سرکوبگر کیفری، اداری و انتظامی متعارف، مواد چندی را به چگونگی پیشگیری از جرایم مرتبط و نیز بازپروری مرتکبان آنها اختصاص داده است. از جمله اینکه فصل سوم کنوانسیون ۲۰۰۳ م.، یعنی مواد ۵ تا ۱۴، به تفصیل، انواع تدابیر پیشگیرانه از جرایم اقتصادی- مالی و بند ۱۰ مادهٔ ۳۰ آن، بازپروری و بازپذیرسازی اجتماعی بزهکاران را به دولتهای عضو تکلیف یا توصیه کرده است (برای متن کنوانسیون، رک: مجلهٔ حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی).

آشکار است که پیش از هرگونه برنامه‌ریزی و سیاست‌گذاری برای پیشگیری از بزهکاری و بازپروری بزهکاران، باید به جنبه‌های مختلف جرایم و مجرمان، یعنی مجموعهٔ جرایم ارتكابی، عوامل و مناطق جرم‌زا، شخصیت بزهکاران، سوابق آنان و...، اشراف پیدا کرد و برای اعمال اقدامهای درمانی- پیشگیرانه، به تربیت کارشناس پیشگیری- بالینی اقدام نمود؛ بنابراین، می‌توان گفت که قانونگذار ایران و



بیش از پیش سازمان ملل متحد، آگاهانه یا ناآگاهانه، به آموزش، مطالعات و تحقیقات جرم‌شناختی به طور ضمنی بها داده‌اند، ولی باید دید که مسئولان دستگاه‌های دولتی، مفاد مواد دو قانون پیش‌گفته<sup>۱</sup> را چگونه دریافت و استنباط کرده، زمینه اجرای آنها را فراهم می‌کنند؟ آیا آنان نیز از این مواد استنباط جرم‌شناسانه می‌کنند؟ آیا از مواد کنوانسیونهای تصویب‌شده یا در آستانه تصویب که در حکم قانون است، برداشت جرم‌شناختی نیز دارند؟

به نظر می‌رسد که این نیز به نوبه خود، به آموزش و اشراف بر مباحث علوم جرم‌شناختی نیاز داشته باشد؛ بنابراین، ضرورت فراگیری جرم‌شناسی برای تصمیم‌گیران آینده و مسئولان کنونی، به منظور درک و اجرای سیاست جنایی قانونگذار و سازمان ملل متحد، امری اجتناب‌ناپذیر می‌نماید.

۱. گفتنی است که آیین‌نامه سازمان زندانها مصوب ۲۰ آذر ۱۳۸۴ ش. نیز در مواد ۱۹ و ۳۵ به تحقیقات و مطالعات کیفرشناختی از یک سو و استفاده از متخصصان کیفرشناسی در مدیریت زندانها و مراکز آموزشی و پژوهشی این سازمان تأکید کرده است.

## کتاب‌شناسی

- آیین‌نامه سازمان زندانها و اقدامات تأمینی و تربیتی مصوب ۲۰ آذر ۱۳۸۴ ش.
- دانش، تاج‌زمان، مجرم کیست و جرم‌شناسی چیست؟، چاپ دهم، مؤسسه کیهان، ۱۳۸۴.
- رحمدل، منصور، «آمار جنایی و کارکردهای آن»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۹-۴۸، سال ۱۳۸۳.
- عالمی، زهرا، سیاست جنایی و گرایش پیشگیری آن در سازمان ملل متحد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، مرداد ۱۳۷۵.
- قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ج.ا.ا. مصوب ۱۱ شهریور ۱۳۸۳.
- قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۸۳/۲/۲۱.
- کنوانسیون مبارزه با فساد مالی ۲۰۰۳ م.
- کنوانسیون مبارزه با مواد مخدر و مواد روان‌گردان ۱۹۸۸ م.
- کنوانسیون مبارزه علیه جرایم سازمان‌یافته فراملی ۲۰۰۰ م.
- کی‌نیا، مهدی، مبانی جرم‌شناسی، ۳ جلد، چاپ هفتم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.
- گسن، ریمون، «تحول سیاست پیشگیری از بزهکاری در فرانسه در پرتو تصویب‌نامه قانونی ۱۷ ژوئیه ۲۰۰۲»، ترجمه شهرام ابراهیمی، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۸ و ۴۹، ۱۳۸۳.
- همو، جرم‌شناسی کاربردی، ترجمه مهدی کی‌نیا، ناشر: مترجم، ۱۳۷۰.
- لاسال، ژان-ایو، «تحولات علوم جنایی و آموزش و تحقیقات جرم‌شناسی در فرانسه»، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۲-۳۱، ۱۳۷۹.
- مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۲، ۱۳۸۴.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «پیشگیری عادلانه از جرم»، علوم جنایی: نکوداشت نامه استاد دکتر محمد آشوری، سمت، ۱۳۸۳.
- همو، «تعامل جرم‌شناسی و حقوق کیفری» (دبیاچه) در: کیت سوتیل، مدیرا پیلو و کلر تیلور، شناخت جرم‌شناسی، ترجمه میروح‌الله صدیق، نشر دادگستر، ۱۳۸۳.
- همو، «جایگاه جرم‌شناسی در ایران»، مجله کانون وکلای دادگستری، شماره ۱۲، ۱۳۷۶.
- همو، «جرم‌شناس: صاحب یک تخصص علمی یا صاحب یک کار حرفه‌ای؟»، مجله کانون وکلا، شماره ۶۷، سال ۱۳۷۱-۷۲.
- همو، جرم‌شناسی (تقریرات درس در دوره دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی)، تهیه و تنظیم لیلا اسدی و بتول پاکراد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، نیم‌سال دوم ۸۴-۱۳۸۳.
- همو، «زندان: درمانگاه بزهکاری و بزهکاران؟» (دبیاچه) در: بولک، برنار، کیفرشناسی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ سوم، مجلد، ۱۳۸۲.
- همو، «سیاست جنایی سازمان ملل متحد»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۸، ۱۳۷۵.
- همو، «نقش مطالعات و یافته‌های جرم‌شناسی در تحولات حقوق کیفری و سیاست جنایی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۴-۱۳، سال ۱۳۷۲-۷۳.
- نجفی توانا، علی، جرم‌شناسی، چاپ سوم، آموزش سنجنش، ۱۳۸۴.
- نوربها، رضا، زمینه جرم‌شناسی، چاپ سوم، گنج دانش، ۱۳۸۳.
- نیازپور، امیرحسین، «حقوق پیشگیری از بزهکاری در ایران»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۹-۴۸،

- Gassin, R., *Criminologie*, Dalloz, ۵<sup>e</sup> éd, ۲۰۰۳.





# قوانین و مقررات کیفری ایران در قبال اطفال و نوجوانان بزهکار: حال و آینده

□ دکتر نسرین مهرا<sup>۱</sup>  
□ استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی و رئیس انجمن ایرانی حقوق

جزا

## چکیده

اطفال و نوجوانان به لحاظ سنّی و شخصیتی در برابر وقایع اجتماعی، از جمله انحراف و بزهکاری، آسیب‌پذیرتر از دیگران‌اند. اطفال و نوجوانانی که مرتکب جرم می‌شوند، در واقع، قربانی کوتاهی‌های نهادهای اجتماعی از جمله خانواده، مدرسه، محلّه و...، در انجام رسالت‌های تربیتی و آموزشی خود می‌باشند. اگرچه از نظر حقوقی، این قبیل اطفال و نوجوانان در مقاطع سنّی خاصی تا اندازه‌ای تابعان حقوق کیفری به شمار می‌روند و بنابراین، به لحاظ ارتکاب جرمشان باید مشمول ضمانت اجرای کیفری باشند، در این فرایند نیز باید مشمول حمایت‌های حقوقی واقع شوند. سیاست افتراقی ناظر بر بزهکاری اطفال در همین چارچوب معنا می‌یابد و توجیه می‌شود.

در این مقاله، سازوکارهای کنونی حقوق کیفری ایران در قبال اطفال بزهکار از یک سو و سازوکارهای کیفری پیش‌بینی شده در قالب «لایحه قانون تشکیل دادگاه اطفال و نوجوانان» (یا به تعبیر مجلس شورای اسلامی، لایحه قانونی رسیدگی به جرایم اطفال) از سوی دیگر - که در صورت تصویب، حقوق کیفری اطفال ایران در آینده را تشکیل می‌دهد - مورد بررسی قرار می‌گیرد. همچنین ویژگیهای کنونی و آینده حقوق کیفری اطفال در ایران تحلیل شده، بر اهمیت افتراقی کردن برخورد قانونگذار نسبت به این دسته از بزهکاران تأکید می‌شود.

کلید واژگان: بزهکاری، اطفال و نوجوانان بزهکار، قوانین و مقررات کیفری ایران، لایحه تشکیل دادگاه اطفال و نوجوانان.

### طرح مسئله

بیش از یک سده است که دولتها به تدریج به سیاست‌گذاری خاصی در قبال اطفال بزهکار دست می‌زنند<sup>۱</sup> و با لحاظ معیار سن و رشد عقلانی، یعنی با توجه به خصوصیات روانی و زیستی آنان در مراحل مختلف کودکی و نوجوانی (صغارت)، قوانین و مقررات خاصی را وضع می‌کنند. این قوانین، بنا بر هر دوره سنی، احکام و مقررات متفاوتی را تعیین کرده است که بیشتر جنبه پرورشی، حمایتی و امدادی دارد. افتراقی کردن سیاست جنایی ناظر به بزهکاری اطفال که یافته‌های جرم‌شناسی، به طور کلی و جرم‌شناسی بالینی، به ویژه در شکل‌گیری آن، نقش عمده‌ای ایفا کرده است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۰: ۹-۱۱). چگونگی رویارویی با بزهکاران نوجوان، دست کم از دو جهت، واجد اهمیت می‌نماید؛ نخست از نظر متنوع کردن پاسخهای

۱. نخستین دادگاه اطفال انگلستان در سال ۱۹۰۸ م. تصویب شد. قانون راجع به اطفال ۱۹۰۸ م. (Children Act, ۱۹۰۸) با مقاصد اصلاحی ویژه اطفال زیر شانزده سال به گونه‌ای غیر از مجازات تصویب شد، اما در عمل، دادگاههای اطفال انگلستان تنها نشست خاصی از دادگاههای صلح بودند که آیین دادرسی آنها آیین دادرسی بزرگسالان بود و بسیاری از اشکال مجازاتهای سابق یعنی شلاق، حبس و جریمه نقدی را حفظ کرده بود. این روند تا ۱۹۲۷ و زمان بررسی اوضاع دادگاههای اطفال و توصیه‌های صورت گرفته از سوی کمیته ملونی (Moloney Committee) ادامه داشت. در حالی که دادگاههای اطفال آمریکایی که برای نخستین بار در سال ۱۸۹۹ تأسیس شدند، نهادهای غیر رسمی، فاقد آیین دادرسی خاص بودند که به شیوه پدرانه (Paternalistic) با اطفال بزهکار برخورد می‌کردند.

(See: Finonda, ۲۰۰۱, ch. ۱; Partington, ۲۰۰۳: ۱۱۸-۱۲۰).

دولتی و جامعی به بزهکاری اطفال و نوجوانان و فردی کردن این پاسخها بر حسب خصوصیات هر طفل و نوجوان، جرم ارتكابی او، نحوه ارتكاب آن، آلت جرم، رابطه او با بزه‌دیده و...؛ دوم به لحاظ پیشگیری از مزمن شدن بزهکاری در دوران کودکی و سنین پایین که به پیشگیری از تکرار جرم در دوران بزرگسالی منجر می‌شود (کاریو، ۱۳۸۱: ۲۷۰ به بعد).

بنابراین، نظام یا عدالت کیفری ویژه اطفال بزهکار، از یک سو، از اطفال در معرض خطر (مهرا، ۱۳۸۱: ۲۷۱-۲۸۷؛ سادات بزرگی، ۱۳۸۵)، از رهگذر اقدامهای بیشتر مدنی و پرورشی به منظور پیشگیری از مجرم و بزه‌دیده شدن آنان در آینده حمایت می‌کند و از سوی دیگر، با اقدامهای بازپرورانه-اصلاحی در مقام پیشگیری از تکرار جرم آنان است و بالاخره، با توجه به سابقه خانوادگی، محیطی، تحصیلی و اجتماعی آنان، با تداوم بخشیدن به این اقدامها در زمان و تعمیم آنها نسبت به مادران و پدران، مربیان، همسالان و... در واقع، به دنبال پیشگیری از مقاوم شدن آنان در مقابل بزهکاری است.

با این رویکرد، نظام کیفری اطفال دست کم از دو جهت شکلی (آیین دادرسی و سازمانی و تشکیلات قضایی) و ماهوی (اصول کلی و ضمانت اجراهای کیفری) نسبت به نظام کیفری عمومی (ویژه بزرگسالان) متفاوت است. قانونگذار ایران با تکیه بر رویکرد فقهی-حقوقی و اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی، نظام کیفری اطفال را از آغاز دهه شصت، یعنی حدود دو سال پس از انقلاب، تنظیم، تدوین و تصویب کرده است.

بند ۳ اصل ۳ قانون اساسی با پیش‌بینی «آموزش و پرورش و تربیت بدنی رایگان برای همه در تمام سطوح و تسهیل و تعمیم آموزش عالی» در واقع، بر هموار کردن جامعه‌پذیری اطفال و نوجوانان از رهگذر تحصیلات ابتدایی، متوسطه و عالی تأکید می‌کند. از سوی دیگر، خانواده به عنوان «واحد بنیادی جامعه اسلامی» و تسهیل تشکیل و پاسداری از قداست آن و نیز استواری روابط خانوادگی...، در اصل دهم همین قانون مورد توجه قرار گرفته است. بدین سان، خبرگان قانون اساسی بر اهمیت تربیت و جامعه‌پذیر شدن اطفال و نوجوانان در بستر خانواده و مدرسه به طور غیر

مستقیم تأکید کرده‌اند.<sup>۱</sup> اصل ۲۱ در بند ۲، از مادران به عنوان سرپرست و مربی کودکان، حمایت ویژه‌ای را تجویز کرده و به نقش تربیتی مادران شایسته در جهت غبطهٔ فرزندان خود در بند ۵ اشاره نموده است. بی‌شک، نقش و تأثیر محیط‌های آموزشی و خانوادگی در قالب آموزش و پرورش، در واقع، نوعی اقدام برای پیشگیری اجتماعی از بزهکاری اطفال و نوجوانان است. تقویت بنیاد خانواده، تحکیم روابط پدران و مادران به منظور اجتناب از فروپاشی کانون خانواده، تقویت روابط والدین یا فرزندان، تقویت رسالت پرورشی دبستانها و دبیرستانها و تنظیم اوقات فراغت اطفال و نوجوانان، در واقع، از لوازم این گونه پیشگیری از بزهکاری است که مدیریت کلی آن در سطح کشور، بنا به قسمت نخست بند ۵ اصل ۱۵۶ قانون اساسی، به قوه قضاییه محول شده است (ر.ک: نیازپور، ۱۳۸۳: ۱۲۳ به بعد).

از نظر کیفری، اصل ۴ قانون اساسی که در واقع، یک اصل راهبردی برای حقوق کنونی ایران به شمار می‌رود، مقرر می‌دارد که کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و... باید بر اساس موازین اسلامی تنظیم و تدوین شود. تشخیص عدم مغایرت قوانین با احکام اسلامی، بنا بر اصل ۹۶، به شش فقیه عضو شورای نگهبان محول شده است. بدین سان، نظام کیفری ایران باید در پرتو مفاد اصل ۲، ۴ و ۱۲ و بالاخره مفاد بند ۴ اصل ۱۵۶ قانون اساسی (یعنی کشف جرم و تعقیب و مجازات و تعزیر مجرمان و اجرای حدود و مقررات مدون جزایی اسلام) بر اساس اصول اسلامی و فقه امامیه تنظیم و تصویب شود و از سوی قوه قضاییه و نهادهای قضایی آن اجرا گردد.

قانون اساسی، اصول راهبردی خاصی در خصوص نظام کیفری اطفال و نوجوانان پیش‌بینی نکرده است، ولی قانونگذار در چارچوب اصول قانون اساسی و با تکیه بر استنباط و تأیید فقهای شورای نگهبان، از سال ۱۳۶۱ ش. به این سو، قوانین شکلی و ماهوی در زمینه بزهکاری اطفال وضع و تصویب کرده است که سیاست

۱. در اجرای اصل ۱۰ قانون اساسی، تشکیل «شورای عالی خانواده» در مجلس ششم، تحت بررسی قرار گرفت. پیشگیری از آسیبه‌ها و انحرافات تهدیدکنندهٔ خانواده و نیز هدایت قانون‌گذاری به منظور حمایت از کودکان و سالمندان از جمله وظایف این شورا تعریف شده بود.



جنایی گذشته ایران در قبال اطفال بزهکار را که بر «قانون تشکیل دادگاه اطفال بزهکار» ۱۳۳۸ ش. مبتنی بود (محسنی، ۱۳۵۶)، دگرگون نمود.

پس از کمتر از دو دهه اجرای قوانین و مقررات ماهوی و شکلی خاص اطفال و نوجوانان بزهکار - که چند بار دستخوش اصلاحات جزئی شد (گفتار نخست) - و تحولات سیاسی و اجتماعی که ایران در دوم خرداد ۱۳۷۶ ش. به خود دید، قوه قضاییه که رئیس آن، به موجب بند ۲ اصل ۱۵۸ قانون اساسی، متولی تهیه لوایح قضایی است، به تنظیم لایحه قانون تشکیل دادگاه اطفال و نوجوانان اقدام کرد (گفتار دوم). این لایحه بیش از یک سال است که برای بررسی به مجلس ارسال شده است<sup>۱</sup> که در صورت تصویب نمایندگان و تأیید فقیهان شورای نگهبان، حقوق کیفری اطفال در معنای فنی آن را در ایران احیا خواهد کرد.

در مقاله حاضر، در گفتار نخست، قوانین و مقررات کنونی لازم‌الاجرا نسبت به بزهکاری اطفال بررسی می‌شود. سپس در گفتار دوم، مفاد لایحه قضایی قانون تشکیل دادگاه اطفال و نوجوانان را که احیای عدالت کیفری اطفال بزهکار را در آینده نوید می‌دهد، تحلیل کرده، بر نوآوریهای آن تأکید می‌کنیم.

## گفتار نخست:

### قوانین و مقررات کنونی لازم‌الاجرا نسبت به بزهکاری اطفال

حدود یک سال پس از انقلاب، قانون تشکیل دادگاههای عمومی مصوب ۱۳۵۸/۷/۲۶ به تصویب رسید که صلاحیت رسیدگی به جرایم اطفال زیر هیجده سال را نیز با اعلام حذف دادگاههای اطفال بزهکار (قانون ۱۳۳۸ ش.)، به شعب دادگاههای عمومی محول کرد. قانون راجع به مجازات اسلامی ۱۳۶۱ ش.، سن مسئولیت کیفری را بر اساس رویکرد فقهی کلاً تغییر داد. قانون اصلاح پاره‌ای از مواد قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۶۱ ش.، دادگاههای کیفری جدیدی را به وجود آورد که به جرایم اطفال نیز با رعایت آیین دادرسی عمومی رسیدگی می‌کردند

۱. گفتنی است که عنوان لایحه به «لایحه قانون رسیدگی به جرایم اطفال» تغییر داده شده است و کلیات آن در پایان مرداد ۱۳۸۵ در مجلس به تصویب رسیده است.

(راجع به قوانین و مقررات کیفری مصوّب دهه نخست انقلاب (۱۳۵۸-۱۳۶۹)، ر.ک: مرعشی و دیگران، ۱۳۸۲: ۱۰ به بعد). از آغاز دهه هفتاد شمسی، بازننگری در قوانین کیفری ماهوی و شکلی موجب تحولاتی در سیاست کیفری ناظر به اطفال بزهکار نیز شد.

## ۱. قوانین ماهوی

قانونگذار کیفری با توجه به اصول عمومی و اصول راهبردی ناظر به حقوق کیفری قانون اساسی جمهوری اسلامی و به موجب ماده ۴۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ ش.، اطفال را از مسئولیت کیفری مبرا کرده است، اما با وجود این، مقرر داشته که در صورت تشخیص دادگاه، اطفال بزهکار برای «تربیت و بازپروری» به والدین و سرپرستان آنان «در صورت اقتضا» به کانون اصلاح و تربیت سپرده خواهند شد؛ از این رو، در کنار کانون مذکور که یک نهاد دولتی وابسته به سازمان زندانها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور<sup>۱</sup> است، خانواده طفل نیز که یک نهاد متعلق به جامعه مدنی است، برای اصلاح و تهذیب اخلاقی اطفال بزهکار در نظر گرفته شدند؛ بنابراین، پیش‌بینی مشارکت والدین در «پاسخ پرورشی» به بزهکاری اطفال، از سیاست جنایی مشارکتی در قبال اطفال حکایت دارد.

ولی از یک سو، در تبصره ۲ همین ماده، «تنبیه بدنی»<sup>۲</sup> به عنوان یک سازوکار تربیتی اطفال پیش‌بینی شده، اما تشخیص اعمال و میزان آن به دادگاه محول گردیده است. سؤال مطرح، درباره تبصره مذکور، این است که آیا تنبیه بدنی حتی برای تربیت اطفال، با مفاد ماده ۴۹ که آنان را در صورت ارتکاب اعمال مجرمانه از مسئولیت کیفری مبرا کرده است، مغایر نمی‌باشد؟ مصلحت‌اندیشی قضایی پیش‌بینی شده در تبصره ۲ برای اعمال یا عدم اعمال یا تعیین نوع و میزان تنبیه بدنی، با توجه

۱. به موجب ماده ۱۷ آیین‌نامه اجرایی سازمان زندانها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور مصوّب ۱۳۸۴/۹/۲۰ ش.، کانون اصلاح و تربیت، مرکزی است که اطفال و نوجوانان بزهکار کمتر از هیجده سال تمام در آنجا برای اصلاح، تربیت و آموزش نگهداری می‌شوند.

۲. در تعریف تنبیه بدنی برخی گفته‌اند که تنبیه از منظر این ماده، عبارت است از ضعیف شدن یا کاهش احتمال بروز یک رفتار پس از ارائه تقویت‌کننده منفی یا محرک آزاردهنده به دنبال آن (ر.ک: زراعت، ۱۳۸۴).

به چه معیاری از سوی دادگاه اعمال می‌شود؟ مصلحت خود طفل، مصلحت خانواده او، مصلحت جامعه یا مصلحت قضایی؟<sup>۱</sup>

از سوی دیگر، ماده ۴۹ بدون ارائه تعریفی از طفل در همان قانون یا در قانون یا قوانین کیفری دیگری، طفل را در تبصره ۱ خود، کسی دانسته است که به حد «بلوغ شرعی» نرسیده باشد، بدون آنکه در همین تبصره یا تبصره مستقلی ذیل همین ماده، بلوغ شرعی را تعریف کند یا برای درک یا یافتن این تعریف، صراحتاً به قانون دیگری ارجاع داده باشد. قاضی، وکیل یا هر پژوهشگر حقوق کیفری، برای پی بردن به حد بلوغ شرعی، باید به قانون مدنی و ماده ۱۲۱۰ اصلاحی آن در ۱۳۷۰/۸/۱۴ ش. رجوع کند تا متوجه شود که قانونگذار در متنی خارج از قانون جزایی، بلوغ شرعی را برای دختران نه سال تمام قمری و برای پسران پانزده سال تمام قمری تعیین کرده است؛ بنابراین، دختران زیر نه سال و پسران زیر پانزده سال قمری<sup>۲</sup> طفل به شمار رفته (ر.ک: پاک‌نهاد، ۱۳۸۳)، مشمول ماده ۴۹ قانون مجازات اسلامی خواهند بود. بدین‌سان، نگرش فقهی حاکم بر حقوق کیفری کنونی ایران، بالیدگی جسمانی اطفال یعنی معیار شرعی بلوغ را به منظور پاسخگو شدن و پاسخگو بودن اطفال و نوجوانان در قلمرو کیفری، مبنای مسئولیت کیفری اطفال قرار داده است که با معیار حقوقی ملحوظ در قانون تشکیل دادگاه اطفال بزهکار ۱۳۳۸ و کنوانسیون بین‌المللی حقوق کودک متفاوت است.

قانون ۱۳۳۸ ش.، با لحاظ معیار رشد عقلانی و دماغی، با تقسیم طفولیت و نوجوانی بین سنین شش تا هیجده سالگی شمسی به سه دوره شش تا دوازده، دوازده تا پانزده و پانزده تا هیجده سال تقسیم، میزان مسئولیت کیفری اطفال و پاسخهای مختلف به بزهکاری آنان را در هر دوره، بدون تفاوت‌گذاری جنسیتی بین دختر و پسر، مشخص کرده بود؛ چنان که دختر و پسر از هیجده سال تمام به بالا دارای مسئولیت کیفری کامل شده و بنابراین از شمول «حقوق کیفری اطفال» خارج

۱. تحقیق میدانی در خصوص چگونگی و موارد اعمال و استفاده از تبصره ۲ از سوی قضات برای اصلاح آن راهگشا خواهد بود.

۲. گفتنی است که سال قمری نه روز از سال شمسی کمتر است.

می‌شدند و به تابعان «حقوق کیفری عادی» یعنی حقوق کیفری بزرگسالان درمی‌آمدند.

## ۲. قوانین شکلی

نگرش فقهی قانونگذار بر حقوق کیفری ماهوی اطفال، در زمینه حقوق کیفری شکلی (یعنی آیین دادرسی کیفری و سازمان و تشکیلات قضایی) ناظر به بزهکاری اطفال نیز با رویکرد حقوقی ترکیب شد که تبلور نهایی آن را می‌توان در مواد ۲۱۹-۲۳۱ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب آبان ۱۳۷۸ ش. دید. وضع و تصویب این مواد در سال ۱۳۷۸، یعنی پس از حدود بیست سال کنارگذاری حقوق کیفری اطفال، نوید بخش احیای آیین دادرسی کیفری متفاوتی برای رسیدگی به جرایم ارتكابی اطفال و نوجوانان در حقوق ایران است. مفاد و انشای این مواد تا اندازه زیادی، یادآور متن قانون تشکیل دادگاه اطفال بزهکار ۱۳۳۸ ش. است، اما قانون ۱۳۷۸ ش. ایجاد دادگاه ویژه اطفال را پیش‌بینی نکرد؛ چنان که این مواد، به شرحی که خواهیم دید، در دادگاههای عمومی جزایی نسبت به اطفال بزهکار اعمال می‌شود.

ماده ۲۱۹ قانون ۱۳۷۸ ش. دادگاه قضایی ویژه‌ای را برای رسیدگی به جرایم اطفال، آن‌طور که در قانون ۱۳۳۸ ش. در نظر گرفته شده بود، پیش‌بینی نکرده است، بلکه مقرر داشته که در صورت نیاز، در هر حوزه قضایی، یک یا چند شعبه از دادگاههای عمومی - که به همه جرایم ارتكابی رسیدگی می‌کنند و با قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب ۱۳۷۳ مصوب ۱۳۸۱، به دادگاههای عمومی جزایی و دادگاه کیفری استان تبدیل و تقسیم شده‌اند<sup>۱</sup> - به کلیه جرایم اطفال

۱. گفتنی است که به موجب تبصره ۱ ماده ۲۰ قانون ۱۳۸۱، به طور کلی، رسیدگی به جرایمی که مجازات آنها قصاص عضو یا قصاص نفس یا اعدام یا رجم یا صلب یا حبس ابد باشد و نیز جرایم مطبوعاتی و سیاسی، در صلاحیت «دادگاه کیفری استان» است، ولی کلیه جرایم اشخاص بالغ کمتر از هیجده سال تمام در صلاحیت دادگاههای عمومی جزایی ویژه اطفال می‌باشد، اما به موجب رأی وحدت رویه شماره ۶۸۶ مورخ ۱۳۸۵/۲/۵، مرجع تجدید نظر آرای صادره در هر دو نوع دادگاه، دیوان عالی کشور است نه دادگاه کیفری استان؛ زیرا رسیدگی در آنها بدوی است. از سوی دیگر،

اختصاص داده شود.<sup>۱</sup> به موجب ماده ۲۳۱، اختصاص بعضی از شعب دادگاههای عمومی، یعنی دادگاههای عمومی جزایی، به اطفال بزهکار از ارجاع پرونده‌های کیفری مربوط به بزهکاران بزرگسال به این شعب نخواهد بود؛ بنابراین، صلاحیت دادگاههای عمومی جزایی ویژه جرایم اطفال ذاتی نیست. تبصره ۱ ماده ۲۱۹ در واقع، تکرار تبصره ۱ ماده ۴۹ قانون مجازات اسلامی است؛ چنان که رسیدگی به اتهام دختران و پسرانی که به ترتیب زیر نه سال و پانزده سال قمری دارند، با رعایت مواد ۲۱۹-۲۳۱ قانون ۱۳۷۸ خواهد بود (ماده ۲۲۰)، لکن به موجب تبصره همین ماده، شعب دادگاههای عمومی جزایی ویژه اطفال، صلاحیت رسیدگی به جرایم اشخاص بالغ کمتر از هیجده سال،<sup>۲</sup> صرف نظر از جنسیت آنان را نیز دارند، ولی در این صورت، باید طبق مقررات عمومی آیین دادرسی کیفری و نه مفاد مواد ۲۱۹-۲۳۱ اقدام به رسیدگی کنند. بدین سان، آیین دادرسی معمول در دادگاههای عمومی جزایی ویژه اطفال و نوجوانان، دوگانه است که خود، عاری از ایراد حقوقی و مشکلات عملی نیست؛ زیرا این دادگاهها از دو نوع آیین دادرسی تبعیت می‌کنند که بدین ترتیب، اختصاصی بودن شعب ویژه اطفال، مخدوش می‌شود.

→ رأی وحدت رویه شماره ۶۸۷ مورخ ۱۳۸۵/۳/۲ مقرر می‌دارد که رسیدگی بدوی به جرایم موضوع تبصره ۱ ماده ۲۰ قانون ۱۳۸۱، «با توجه به اهمیت آنها از نظر شدت مجازات و لزوم اعمال دقت بیشتر از حیث آثار اجتماعی، از صلاحیت عام و کلی دادگاه اطفال که با یک نفر قاضی اداره می‌شود، به طور ضمنی منتزاع گردیده، در صلاحیت انحصاری دادگاه کیفری استان که غالباً از پنج نفر قاضی تشکیل می‌یابد قرارداد شده است...؛ بدین ترتیب، به نظر اکثریت اعضای هیئت عمومی دیوان عالی کشور، صلاحیت کلی دادگاههای اطفال در رسیدگی به تمام جرایم اشخاص بالغ کمتر از هیجده سال تمام، با تصویب تبصره ۱ ماده ۲۰ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱، منحصرأ در رسیدگی به جرایم مذکور در این تبصره مستثنا گردیده است...» (ر.ک: خالقی، ۱۳۸۵: ۲۷۳ به بعد).

۱. در این خصوص، رأی وحدت رویه شماره ۶۵۱ مورخ ۱۳۷۹/۸/۳ دیوان عالی کشور در خصوص مرجع صلاحیتدار در رسیدگی به جرایم اطفال در امر مواد مخدر قابل توجه است (ر.ک: ماهنامه دادرسی، ۱۳۸۲: ۵۸-۵۹).

۲. قانونگذار در این تبصره مشخص نکرده است که مراد، سال شمسی است یا قمری، ولی به نظر می‌رسد سال هجری شمسی که سال رسمی در ایران به شمار می‌رود، مد نظر قانونگذار بوده است.

از نوآوریهای این مواد، از یک سو، پیش‌بینی تشکیل پرونده شخصیت طفل بزهکار است که البته به اختیار و تشخیص دادگاه گذاشته شده است (ماده ۲۲۲). این پرونده که حاوی اطلاعاتی درباره وضعیت روانی، جسمانی، تحصیلی، خانوادگی طفل و اولیای اوست، به صدور تصمیم مناسب و فردی شدن قضایی آن کمک می‌کند؛ به همین سبب، بهتر بود اولاً تشکیل پرونده شخصیت، اجباری اعلام می‌شد و ثانیاً در مورد بالغان زیر هیجده سال نیز دادگاه با کمک کارشناسان، به تشکیل چنین پرونده‌ای در کنار پرونده حقوقی مکلف می‌گردید تا جنبه‌های حمایتی- پرورشی تصمیمات قضایی در قبال نوجوانان رعایت می‌شد و زمینه تهذیب اخلاقی و پیشگیری از تکرار جرم در آنان مساعد می‌گردید.

از سوی دیگر، این مواد، اختیار تجدید نظر به دادگاه رسیدگی کننده به جرایم اطفال را در تصمیمهای قبلی خود - آن هم یک بار- داده است؛ دادگاه می‌تواند در جهت کاهش مدت نگهداری طفل در کانون اصلاح و تربیت به میزان یک چهارم تخفیف دهد (ماده ۲۲۹). ناگفته پیداست که نگهداری طفل بزهکار در کانون مذکور، با توجه به برنامه‌های اصلاحی- پرورشی که اصولاً باید در مورد او اعمال شود، به تحوّل رفتاری و شخصیتی او منجر خواهد شد. این تحوّل که خود را با حسن اخلاق و رفتار طفل نشان می‌دهد، در گزارشهای کانون از وضعیت اطفال منعکس شده و در اختیار دادگاه مربوط قرار داده می‌شود. این گزارشها در واقع، زمینه فردی کردن تصمیم دادگاه، حتی در مرحله اجرای آن را فراهم می‌آورد، اما در مواد ۲۱۹ و بعد از آن، راجع به خصوصیات و آموزشهای ویژه قضات شاغل در شعب اطفال، ترتیبات خاصی پیش‌بینی نشده است.

بدین ترتیب، اگرچه تصویب ۱۳ ماده و ۵ تبصره در فصل پنجم (ترتیب رسیدگی به جرایم اطفال) از باب دوم قانون آیین دادرسی کیفری آبان ۱۳۷۸، گامی در جهت افتراقی کردن نحوه رفتار با اطفال و نوجوانان بزهکار<sup>۱</sup> به شمار

۱. گفتنی است که در همین جهت، بعضی شعبه‌های ویژه اطفال بزهکار از اوایل ۱۳۷۹ با استناد به مواد ۱۷، ۲۲ و ۷۲۸ قانون مجازات اسلامی، اقدامها و کيفرهای غیر سالب آزادی را (که بعضی از آنها کيفرهای اجتماعی به شمار می‌رود) در آرای خود صادر کرده‌اند (ر.ک: نجفی ابرنآبادی، ۱۳۸۴:

می‌رود، تا احیای کامل حقوق کیفری اطفال (ماهوری و شکلی)، به معنای فنی آن، در ایران فاصله زیادی وجود دارد. قوه قضاییه با تنظیم و تقدیم لایحه قضایی قانون تشکیل دادگاه اطفال و نوجوانان به مجلس، می‌کوشد تا این فاصله از میان برود.

## گفتار دوم: چشم‌انداز احیای حقوق کیفری اطفال در ایران

الحاق ایران به کنوانسیون بین‌المللی حقوق کودک (۱۹۸۹ م.) در سال ۱۳۷۲ و تعهدات بین‌المللی جمهوری اسلامی به رغم حق تحفظ کلی در قبال حقوق کودکان (ر.ک: خواجه‌نوری، ۱۳۸۲)، جوان بودن جمعیت ایران (حدود ۳۶ درصد جمعیت ایران کمتر از چهارده سال دارند)، افزایش جلوه‌های ناسازگاری، انحراف و بزهکاری به ویژه اعتیاد قشر نوجوان در سالهای اخیر، ناکارایی سیاست کیفری کلاسیک و یکسان در زمینه بزهکاری اطفال، تصمیمهای قضایی نوآورانه بعضی دادگاههای ویژه اطفال در اعمال کیفرهای جایگزین حبس و شلاق، آموزش منظم حقوق کودک با همکاری یونیسف به افسران پلیس، قضات دادگستری و زندانبانان در چند سال گذشته و به ویژه تأثیر آموزه‌های دانشگاهی و نیز داده‌های حقوق تطبیقی در زمینه حقوق کیفری اطفال (مرعشی و دیگران، ۱۳۸۲: ۱۰ به بعد)، از جمله علل تنظیم و تدوین لایحه قضایی قانون تشکیل دادگاه اطفال و نوجوانان به شمار می‌رود.

قوه قضاییه با همکاری دانشگاهیان و حمایت یونیسف، کمیسیونی را در سال ۱۳۷۹ مأمور تنظیم و تدوین پیش‌نویس قانون احیای دادگاه اطفال و به طور کلی، حقوق کیفری صغار نمود. این کمیسیون پس از حدود دو سال و نیم مطالعه، تحقیق و هم‌اندیشی حقوقی-فقهی و با استفاده از دیدگاههای فقها در جهت رعایت اصل چهارم قانون اساسی، متنی را با عنوان «پیش‌نویس قانون تشکیل دادگاه اطفال و نوجوانان» مشتمل بر ۵۵ ماده در ۶ فصل تنظیم کرد. این پیش‌نویس پس از تصویب رئیس قوه قضاییه در شهریور ۱۳۸۲ با عنوان «لایحه قضایی قانون تشکیل دادگاه

اطفال و نوجوانان» برای تقدیم به مجلس به دولت ارسال شد که همان گونه که در مقدمه اشاره شد، کلیات آن در مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید. این لایحه، از یک سو، جامع مقررات کیفری ماهوی و شکلی است که در قوانین موجود، به شرحی که در گفتار نخست دیدیم، پراکنده است و از سوی دیگر، جامع دیدگاهها و یافته‌های حقوق بین‌المللی و جرم‌شناسی اطفال است که سعی شده با موازین فقهی ترکیب و هماهنگ شوند؛ بنابراین، از این لایحه، در صورت تصویب، به حق می‌توان به عنوان «منشور اطفال بزهکار» در ایران یاد کرد.

### ۱. قوانین ماهوی

ماده ۱۰ لایحه، با الهام مستقیم از مفاد ماده ۴۹ قانون مجازات اسلامی، مقرر می‌دارد که اطفال در صورت ارتکاب جرم، از مسئولیت کیفری مبرايند و تربیت آنان با نظر دادگاه به نحو مقرر در مواد آتی است. تبصره ۱ آن نیز با الهام کامل از تبصره ۱ ماده ۴۹، طفل را کسی می‌داند که به «حد بلوغ شرعی» نرسیده باشد. با وجود این، لایحه در ماده ۹، صلاحیت دادگاه اطفال و نوجوانان را برای جرایم ارتكابی کلیه اطفال و نوجوانانی که سن آنان بیش از نه سال و کمتر از هیجده سال تمام شمسی می‌باشد، تعیین کرده است. در فصل سوم، با عنوان «آرا و تصمیمات» (مواد ۳۶-۲۹)، سنین طفولیت و نوجوانی را با الهام از قانون تشکیل دادگاه اطفال بزهکار ۱۳۳۸، ادواربندی کرده و برای هر دوره، پاسخهای متناسب با شخصیت و روحیه نوجوانان در آن دوره سنی را تعریف و پیش‌بینی کرده است.

به موجب ماده ۲۹، دادگاه می‌تواند اطفال و نوجوانانی را که سن آنان بیش از نه سال و تا دوازده سال تمام شمسی است، با اخذ تعهد به تأدیب، تربیت و مواظبت در حسن اخلاق طفل به والدین، اولیا یا به سرپرست قانونی تسلیم نماید (الف)، یا با اخذ تعهد به انجام دستورهای دادگاه، به اشخاص حقیقی یا حقوقی دیگری که دادگاه به مصلحت طفل یا نوجوان بداند، تسلیم کند (ب).

در خصوص دوره سنی بیش از دوازده سال و تا پانزده سال شمسی، بنا بر ماده ۳۰، دادگاه نوجوانان بزهکار را با اخذ تعهد به تأدیب، تربیت و مواظبت در حسن



اخلاق به والدین یا اولیا و سرپرست قانونی تسلیم می‌کند (الف)، یا مورد سرزنش و نصیحت قرار می‌دهد (ب) و یا برای جرایمی که مجازات قانونی آنها سه سال حبس یا بیش از آن است، به مدت سه ماه تا یک سال به کانون اصلاح و تربیت اعزام می‌دارد (ج).

تبصره ماده ۳۰ مقرر می‌دارد که در مورد بندهای «الف» و «ب» مواد فوق‌الذکر، دادگاه می‌تواند بر اساس گزارشهای مددکاران اجتماعی از وضع طفل یا نوجوان تا هر چند بار که مصلحت او اقتضا کند، در تصمیم خود تجدید نظر کند؛ بدین سان، از یک سو، تنها در بند «ج» ماده ۳۰ است که واکنش کیفری از نوع سلب آزادی به عنوان پاسخ به جرم ارتكابی طفل بزهکار در نظر گرفته شده است که آن هم در کانون اصلاح و تربیت به اجرا گذاشته خواهد شد. در سایر موارد، عمدتاً نهاد خانواده و به طور کلی، جامعه مدنی و اعضای آن در پاسخ به بزهکاری اطفال، مشارکت داده می‌شوند. از سوی دیگر، به منظور رعایت مصلحت بازپرورانه، درمانی و اصلاحی طفل بزهکار، اعتبار امر مختومه کیفری در قبال این قبیل بزهکاران کنار گذاشته شده است.

لایحه در ماده ۳۱، برای دوره سنی پانزده تا هیجده سال تمام شمسی، پاسخ کیفری در نظر گرفته است؛ زیرا در بندهای سه گانه این ماده، برای بزهکاری این قبیل نوجوانان، صرف نظر از جنسیتشان، «حبس» در کانون اصلاح و تربیت پیش‌بینی شده است:

۱. حبس در کانون اصلاح و تربیت تا یک سال و یا پرداخت جریمه نقدی تا یک میلیون ریال در مورد جرایمی که مجازات قانونی آن تا سه سال حبس یا مجازات دیگری باشد.

۲. حبس در کانون اصلاح و تربیت از شش ماه تا سه سال در مورد جرایمی که مجازات قانونی آن سه سال یا بیش از سه سال حبس باشد.

۳. حبس در کانون اصلاح و تربیت از دو تا هشت سال برای جرایمی که مجازات قانونی آنها، حبس ابد یا اعدام باشد.

بنابراین، می‌توان گفت که تهیه‌کنندگان لایحه، از یک سو، با تبعیت از منطق

فقهی، همچنان «بلوغ شرعی» را معیار سنّ مسئولیت کیفری قرار داده‌اند که در مورد جرایم مشمول قصاص و حدود مجری خواهد بود، ولی به موجب ماده ۳۳، مجازات قانونی قصاص یا حد، زمانی نسبت به اطفال و نوجوانان اعمال خواهد شد که «شبه‌ای در رشد و کمال عقل» مرتکب وجود نداشته باشد، در غیر این صورت، وی به یکی از مجازاتهای مذکور در بندهای «۲» و «۳» ماده ۳۱ محکوم خواهد شد.<sup>۱</sup> از سوی دیگر، با پیروی از منطق حقوقی، «رشد، بلوغ و کمال عقلی» را به عنوان معیار مسئولیت کیفری در جرایم تعزیری یا مجازاتهای بازدارنده تعیین کرده‌اند.<sup>۲</sup> بدین سان، در مورد بلوغ شرعی، معیار سال قمری و تفکیک دختر از پسر همچنان حفظ شده است، حال آنکه در مورد بلوغ و رشد عقلانی، سال شمسی و برخورد یکسان با دختر و پسر بزهکار در نظر گرفته شده است.

در جرایم حدّی و قصاصی، پاسخهای کیفری جنبه تدریجی ندارد و نوع و میزان آنها مشخص و ثابت است، اما در مورد جرایم تعزیری و بازدارنده، پاسخهای پیش‌بینی شده به صورت تدریجی تشدید می‌شود و در دوره سنی پانزده تا هیجده سال، جنبه کاملاً کیفری افتراقی (حبس در کانون) به خود می‌گیرد؛ بنابراین، از نظر نوع و میزان، تابع دوره سنی اطفال و نوجوانان بزهکار است؛ چنان که در تبصره ۱ ماده ۳۱ به قاضی اختیار داده شده است تا با توجه به وضع محکوم‌علیه و جرم ارتكابی، به جای مجازاتهای موضوع بند ۱ همین ماده، انجام خدمات عمومی مانند آموزش حرفه و فن، کار در مراکز نگهداری معلولان و سالمندان، نظافت و آبیاری درختان و فضای سبز پارکها را تحت مراقبت مددکاران اجتماعی، پس از جلب رضایت محکوم‌علیه صادر کند. در همین چارچوب، دادسرا یا دادگاه حسب مورد، موضوع را برای حلّ و فصل دعوی جبران خسارت ناشی از جرم یا برای سازش طرفین، به شورای حلّ اختلاف، مددکاران اجتماعی یا هر شخص صالح دیگری به

۱. دادگاه می‌تواند برای تشخیص رشد و کمال عقل از نظر پزشکی قانونی یا از هر طریق دیگری که مقتضی بداند، استفاده کند (تبصره ماده ۳۳).

۲. به موجب ماده ۳۴ لایحه، در جرایمی که مستلزم پرداخت دیه یا ضمانت است، دادگاه اطفال و نوجوانان مطابق قانون به پرداخت دیه و خسارت حکم می‌کند.

عنوان میانجی ارجاع می‌دهد (ماده ۱۵) و از این رهگذر در واقع، تصمیمی که در نهایت، کارکرد ترمیمی دارد، صادر می‌کند.

دادگاه همچنین اختیار دارد پس از رسیدگی و احراز مجرمیت، با توجه به وضع طفل یا نوجوان و با تعیین دستورهای مقرر در مواد ۲۹ و ۳۰، صدور رأی را حداکثر تا دو سال به تعویق اندازد (ماده ۲۲). بدیهی است هرگاه طفل یا نوجوان طی این مدت دستورات دادگاه را اجرا کند، دادگاه می‌تواند قرار موقوفی تعقیب صادر یا طفل یا نوجوان را از مجازات معاف کند یا با رعایت تخفیف، حکم صادر کند. دوره تعویقی، در حقیقت، به طفل فرصت می‌دهد تا با کمک والدین و مددکاران اجتماعی، تکالیف تعیین شده از سوی دادگاه را که هدفی جز بازپروری او ندارد، در بستر جامعه و نه در کانون اصلاح و تربیت انجام دهد.

ماده ۲۷ این لایحه برخلاف ماده ۷۲۷ قانون مجازات اسلامی که جرایم قابل گذشت را احصا کرده است، کلیه جرایم تعزیری اطفال و نوجوانان موضوع این قانون را قابل گذشت اعلام کرده است. از این مهمتر، ماده ۴۵، محکومیت کیفری اطفال و نوجوانان تا زیر هیجده سال را به کلی، فاقد آثار کیفری دانسته است. قابل گذشت بودن همه جرایم تعزیری برای اطفال پانزده تا هیجده سال جای تأمل دارد. بهتر است در خصوص این نوع جرایم، قائل به تفکیک شد.

از این رو می‌بینیم که تهیه کنندگان لایحه، با رویکردی پرورشی نسبت به بزهکاری اطفال، بیشتر از مدل حمایتی عدالت کیفری اطفال که جنبه منعطف دارد و نیز رویکرد ترمیمی به عدالت کیفری که بزه‌دیده و جامعه محلی و آشتی آنان با بزهکار را در اولویت قرار می‌دهد، پیروی کرده‌اند.

همین رویکرد در بخش شکلی لایحه قضایی قانون تشکیل دادگاه اطفال و نوجوانان نیز اعمال شده است.

## ۲. قوانین شکلی

دادگاه اطفال و نوجوانان از یک قاضی که برای این امر باید شایستگیهای لازم، از جمله گذراندن دوره‌های آموزشی تخصصی را دارا باشد و نیز از دو مشاور از بین

شخصیتهای علمی، فرهنگی، دانشگاهی، اداری و... که به امور اطفال و نوجوانان آشنایی داشته و آگاهی و تجربه کافی نیز داشته باشند، تشکیل می شود (مواد ۱ و ۲). در معیت دادگاههای اطفال و نوجوانان، شعبه‌ای از دادرسی عمومی و انقلاب نیز دایر می گردد (ماده ۴).<sup>۱</sup> با وجود این، محاکمه جرایمی که مجازات قانونی آنها قصاص عضو یا نفس یا اعدام یا رجم یا صلب و یا حبس ابد باشد، در دادگاه کیفری استان به عمل می آید که به جرایم شدید همه بزهکاران رسیدگی می کند (ماده ۶). بدین ترتیب، اطفال و نوجوانان در صورت ارتکاب جرایم خطرناک، در مرجع قضایی عمومی - غیر تخصصی محاکمه می شوند.

ماده ۱۳ در جهت رعایت مصالح خانوادگی و اجتماعی طفل یا نوجوان مقرر داشته است که کلیه اقدامات اعم از تعقیب، تحقیق و رسیدگی به جرایم اطفال و نوجوانان کمتر از پانزده سال شمسی از سوی دادگاه اطفال و نوجوانان به عمل آید، «به شرط آنکه مجازات قانونی جرم ارتكابی فقط حبس کمتر از سه سال و یا جرم منافعی عفت باشد».

دخالت ندادن دادرسی در بزهکاری اطفال زیر پانزده سال در حقیقت، به منظور کوتاه کردن مسیر و رفت و آمد طفل در فرایند کیفری و اجتناب از آثار نامطلوب حضور وی در مراجع کیفری و نیز برچسب مجرمانه نخوردن بر طفل و بالاخره صدور تصمیم کیفری متناسب تر برای اوست.

ماده ۱۴ طی یک نوآوری، برای جرایمی که مجازات قانونی آن، کمتر از سه سال حبس یا مجازات تعزیری دیگر غیر از حبس (خواه به تنهایی یا توأم با مجازاتهای دیگر) باشد، نهاد «تعلیق تعقیب» را پیش‌بینی کرده و اعمال آن را به تشخیص دادگاه با توجه به شخصیت، منش، وضع اجتماعی و تحصیلی متهم و اوضاع وقوع جرم گذاشته است.

تشکیل پرونده شخصیت طفل و نوجوان، با جلب نظر متخصصان، مددکاران یا

۱. گفتنی است که دادستان عمومی و انقلاب تهران طی بخشنامه‌ای از اوّل مهر ۱۳۸۲ ایجاد دادرسی ویژه اطفال و نوجوانان زیر هیجده سال را عملاً ایجاد کرده است، بدون اینکه قانونگذار چنین تأسیسی را پیش‌بینی کرده باشد (ر.ک: فارسی، ۱۳۸۵: ۱۰).

اشخاص صلاحیتدار نیز در ماده ۱۹ پیش‌بینی شده است، لکن تشخیص ضرورت آن به عهده دادگاه گذاشته شده است. با وجود این، تبصره همین ماده، برای جرایم مستوجب اعدام یا قصاص یا حد یا حبس ابد یا سه سال حبس یا بیش از سه سال، تشکیل چنین پرونده‌ای را برای دادگاه الزامی کرده است.

همچنین دادگاه اطفال و نوجوانان، برای جرایمی که مجازات قانونی آن، اعدام یا حد یا قصاص یا بیش از خمس دیه کامل یا سه سال حبس یا بیش از سه سال حبس باشد، به ولی یا سرپرست قانونی متهم اعلام می‌کند که وکیل برای او تعیین کند، «در غیر این صورت، دادگاه وکیل تسخیری برای متهم تعیین می‌نماید» (ماده ۲۱).

فصل پنجم لایحه قضایی که به کانون اصلاح و تربیت اختصاص داده شده است، در واقع، آیین‌نامه موجود کانون را مورد توجه خود قرار داده و در ماده ۴۶ مقرر داشته است: در مقرّ هر دادگاه اطفال و نوجوانان، یک کانون اصلاح و تربیت برای اجرای قانون تأسیس می‌شود که دارای سه قسمت «نگهداری موقت»، «اصلاح و تربیت» و «زندان» است (ماده ۴۷).

ماده ۴۹، قاضی دادگاه اطفال و نوجوانان را مکلف کرده است که لااقل هر ماه یک بار شخصاً از کانون اصلاح و تربیت بازدید به عمل آورد و به امور اطفال و نوجوانان و طرز تعلیم و تربیت و پیشرفت اخلاقی آنان نظارت کند. بدین‌سان، وظیفه و مأموریت قاضی دادگاه اطفال پس از صدور تصمیم، خاتمه یافته تلقی نمی‌شود، بلکه باید در جهت حمایت از اطفال در حال بازپروری همچنان تحوّل اخلاقی- شخصیتی آنان را پیگیری و بر آن نظارت کند و بدین منظور، با مقامهای کانون و مددکاران اجتماعی همکاری لازم را بنماید؛ بنابراین، می‌توان گفت که قاضی دادگاه اطفال، در عمل نقش قضایی اجرای مجازاتها را نیز ایفا می‌کند (در خصوص قاضی مسئول اجرای مجازاتها که در نظام قضایی ایران وجود ندارد، ر.ک: بولک، ۱۳۸۵: ۱۳۲-۱۵۹).

ماده ۵۳ پلیس ویژه اطفال و نوجوانان را پیش‌بینی کرده، لکن تشکیل آن را به عهده وزارت کشور نهاده است. بدیهی است که این پلیس به عنوان ضابط تخصصی

و پلیس قضایی خاص می‌تواند نقش مؤثری در تحقق اهداف عدالت کیفری اطفال که مبانی و جهت‌گیریهای آن در لایحه قضایی آمده است، ایفا کند.

## نتیجه‌گیری

حقوق کیفری اطفال در روزگار ما تا اندازه زیادی تحت تأثیر کنوانسیونها و به طور کلی، اسناد بین‌المللی، به ویژه مصوبات سازمان ملل متحد، متحول می‌شود. این اسناد که با حضور نمایندگان دولتها و لحاظ دیدگاههای سیاسی، فرهنگی، اجتماعی و حقوقی آنها تنظیم شده و می‌شود، خود، در بین‌المللی شدن نهادهای حقوقی و تدبیرهای مختلف ویژه اطفال بزهکار و ناسازگار و به طور کلی، جهانی شدن سیاست جنایی ناظر به بزهکاری اطفال و نوجوانان، نقش عمده‌ای ایفا می‌کنند؛ زیرا اشخاص زیر هیجده سال با توجه به معیار سنّی مورد نظر کنوانسیون بین‌المللی حقوق کودک، در برابر بزهکاری و بزه‌دیدگی آسیب‌پذیرترند؛ شخصیتشان در حال رشد و شکل‌گیری است؛ زمینه‌های سوء استفاده از آنان از سوی بزهکاران بزرگسال برای ارتکاب جرایم مساعدتر است؛ قشر بزرگ جمعیت بسیاری از کشورهای جهان سوم را تشکیل می‌دهند؛ بیشترین قربانیان فقر، بیکاری، اذیت و آزار بدنی، روانی و جنسی‌اند و بالاخره از همه مهمتر، اطفال، بزرگسالان آینده و بنابراین، مسئولان جامعه آینده به شمار می‌روند... به همین جهات است که در عدالت کیفری، بیشترین دغدغه‌های حقوق بشری، جرم‌شناختی، کیفرشناختی، قضایی و... نسبت به اطفال بزهکار و بزه‌دیده وجود دارد.

این دغدغه‌ها در متن لایحه قضایی قانون تشکیل دادگاه اطفال و نوجوانان مورد توجه قرار گرفته است.<sup>۱</sup>

بدیهی است که اجرای این لایحه در صورت تصویب در مجلس به بسترسازی قضایی-حقوقی نیاز دارد؛ به گونه‌ای که قانونگذار، تاریخ لازم‌الاجرا شدن آن را مثلاً یک سال پس از تصویب اعلام کند، تا طی این مدت، دست‌اندرکاران قوه

۱. رئیس قوه قضاییه نیز در سخنرانیها و بخشنامه‌های خود به اطفال و زنان درگیر در دادگاهها توجه ویژه‌ای مبذول داشته است (ر.ک: گودرزی بروجردی، ۱۳۸۴).

قضایه فرصت یابند، از یک سو، گفتمان و جهت گیریهای مختلف قانون را در قالب کارگروههایی برای قضات و ضابطان قضایی خاص تبیین و روشن کنند و از سوی دیگر، زمینه‌های مادی و انسانی اجرای آن را فراهم و مساعد نمایند.

مسئله بزهکاری، انحراف و ناسازگاری اشخاص زیر هیجده سال در کشور ما، به لحاظ شاخص بودن آنان در بافت جمعیت کل کشور<sup>۱</sup> و از همه مهمتر، به جهت فقر، بیکاری و افسردگی بیشتر در میان آنان، به ویژه فقدان برنامه‌های متنوع برای اوقات فراغت آنان، روی هم رفته، حاد است.

از این رو، یکی از راهکارهای مبارزه با این وضعیت بحران‌ساز، اصلاح ساختار قضایی- پلیسی ویژه اطفال و نوجوانان بزهکار و کژرو به منظور برخورد کارشناسانه با آنان است. لایحه قضایی مورد بحث که آینده عدالت کیفری اطفال را در ایران رقم می‌زند، با اصلاحاتی که قطعاً به مناسبت بررسی و تصویب آن در مجلس به خود خواهد دید، در تعدیل وضعیت پیش گفته مؤثر خواهد بود.

۱. طی دوره ۱۳۵۵-۱۳۵۶ ش. ساختار جمعیت کشور حتی از گذشته جوان‌تر شده است. ضریب جوانی جمعیت کمتر از پانزده سال به کل جمعیت از ۴۴/۴ در صد به ۴۵/۵ درصد است (ر.ک: گزارش ربع قرن عملکرد نظام جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۳: ۷).

## کتاب‌شناسی

- بولک، برنار، *کیفرشناسی*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، ویراست پنجم، انتشارات مجد، ۱۳۸۵.
- پاک‌نهاد، امیر، *رشد جزایی و جایگاه آن در مسئولیت کیفری در حقوق ایران و انگلستان*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۳.
- خالقی، علی، «مصلحت‌اندیشی هیئت عمومی دیوان کشور در واگذاری رسیدگی برخی جرایم اطفال به دادگاه کیفری استان»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، ش ۹، ۱۳۸۵.
- خواجه نوری، یاسمن، *تحولات سیاست جنایی ایران پس از الحاق به کنوانسیون حقوق کودک*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۲.
- زراعت، عباس، *شرح قانون مجازات اسلامی*، تهران، ققنوس، ۱۳۸۴.
- سادات بزرگی، نسرین، *اطفال و نوجوانان در معرض خطر*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، ۱۳۸۵.
- فارسی، نقش *دادرسی ویژه نوجوانان در پیش‌گیری از وقوع جرم*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، ۱۳۸۵.
- کاربو، ورور، «مداخله روان‌شناختی-اجتماعی زودرس در پیش‌گیری از رفتارهای مجرمانه»، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، *مجله تحقیقات حقوقی*، ش ۳۶-۳۵، ۱۳۸۱.
- گزارش ربع قرن عملکرد نظام جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۳.
- گودرزی بروجردی، محمدرضا، *سیاست جنایی قضایی*، تهران، انتشارات سلسبیل، ۱۳۸۴.
- *ماهنامه دادرسی*، ش ۴۱، ۱۳۷۲.
- محسنی، مرتضی، «بزهکاری اطفال و تحولات حقوق جزا در این زمینه»، *مجله حقوقی دادگستری*، ش ۱۶، ۱۳۵۶.
- مرعشی، سیدمحمدحسن، علی حسین نجفی ابرندآبادی و حسین میرمحمدصادقی، «بزهکاری اطفال در حقوق ایران و لایحه قضایی تشکیل دادگاه اطفال و نوجوانان» (میزگرد)، *مجله حقوقی دادگستری*، ش ۴۵، ۱۳۸۲.
- مهر، نسرین، «حمايتهاى حقوقى - کیفری از اطفال در برابر بزهکاری در حقوق ایران»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ویژه نکوداشت استاد دکتر مهدی شهیدی، ۱۳۸۴.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «از حقوق کیفری تا حقوق کیفری صغار» (دیباچه) در: *عباچی، مریم، حقوق کیفری اطفال در اسناد سازمان ملل متحد*، مجد، ۱۳۸۰.
- همو، «کیفرهای اجتماعی (جامعه‌مدار)» (دیباچه) در: *بولک، برنار، کیفرشناسی*، چاپ چهارم، انتشارات مجد، ۱۳۸۴.
- نیازپور، امیرحسن، «حقوق پیشگیری از بزهکاری در ایران»، *مجله حقوقی دادگستری*، ۱۳۸۳، ش ۴۹-۴۸.

- Finonda, J., *Legal Concepts of Childhood*, Oxford, ۲۰۰۱.

- Partington. M., *Introduction to The English Legal System*, Oxford University Press, ۲۰۰۳.



# اقدامهای دستگاههای دولتی ایران در زمینه

## پیشگیری از بزهکاری

- امیرحسین نیازپور<sup>۱</sup>
- دانشجوی دوره دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه شهید

بهشتی

### چکیده

پیشگیری از بزهکاری امروزه در کنار سرکوبگری یکی از مؤثرترین ابزارهای سیاست جنایی برای پاسخ‌دهی به بزهکاری به شمار می‌رود. نهادهای دانشگاهی و پیرادانشگاهی ایران با آموزش و پژوهش در این زمینه و دستگاههای اجرایی و قضایی از رهگذر اجرای سیاستها، برنامه‌ها و طرحهای متعدد در این راستا کوشیده‌اند تا از یک سو نوشتگان پیشگیری از بزهکاری در ایران را غنی نمایند و از سوی دیگر، از میزان بزهکاری بکاهند. با وجود این، نهادهای دانشگاهی و پیرادانشگاهی با موانع متعددی برای آموزش و پژوهش در این خصوص و دستگاههای اجرایی و قضایی با کاستیهایی در سیاست‌گذاریها و اجرای برنامه‌ها و طرحهای پیشگیری از بزهکاری روبه‌رو می‌باشند. در این نوشتار، تلاش شده است با رویکردی تحلیلی پس از

شناسایی چالشهای فراروی پیشگیری از بزهکاری در ایران، راهکارهای مناسبی در این زمینه ارائه گردد.  
کلید واژگان: پیشگیری از بزهکاری، نهادهای دانشگاهی و پیرادانشگاهی، پیشگیری جامعوی از بزهکاری، دستگاههای اجرایی و قضایی.

## درآمد

پیشگیری از بزهکاری یا جرم‌شناسی پیشگیری به عنوان تدابیر و اقدامهای غیر کیفری (کنشی) کاهنده میزان بزهکاری با رویکردی غیر تجربی، پیشینه‌ای دیرین دارد؛ بدین‌سان، شماری از ادیبان و فیلسوفان از جمله ادیبان و فیلسوفان ایرانی در نوشته‌های خویش به چگونگی ارتکاب بزهکاری و پیشگیری از آن اشاره کرده‌اند. شیخ مصلح‌الدین سعدی شیرازی از ادیبانی است که در بابهای «در تأثیر تربیت» و «در آداب صحبت» کتاب گلستان، چند حکایت را به نقش عوامل زادگانی، اقتصادی، تربیتی و... در بزهکاری و چگونگی پیشگیری از آن اختصاص داده است؛ برای نمونه، در باب «در تأثیر تربیت» گفته است: «اغلب تهی‌دستان دامن عصمت به معصیت آلاینند و گرسنگان نان ربایند» (سعدی شیرازی، ۱۳۷۰: ۱۹۹).

همچنین شماری از اندیشمندان علوم جنایی از جمله سزار بکاریا<sup>۱</sup> (ر.ک: ۱۳۸۰: ۱۴۶-۱۵۳) و ژرمی بنتام<sup>۲</sup> (پرادل، ۱۳۸۰: ۱۴۶-۱۵۴؛ صفاری، ۱۳۸۰: ۲۸۴) در آثار خویش با این رویکرد، به نقش مؤثر تدابیر غیر کیفری در کاهش میزان بزهکاری توجه نموده‌اند. پیشگیری از بزهکاری با تولد مکتب تحقیقی و انتشار دیدگاههای «انریکو فری»<sup>۳</sup> در ۱۸۸۱ م. وارد مرحله تازه‌ای شد؛ بدین شکل که وی در کتاب *جامعه‌شناسی جنایی* با رویکردی تجربی، تدابیر کیفری (واکنشی) را به تنهایی برای مبارزه با بزهکاری ناکافی دانست؛ از این رو، به استفاده از تدابیر غیر کیفری برای پاسخ‌دهی به این پدیده اشاره کرد. از آن هنگام به بعد، استادان علوم جنایی و سیاست‌گذاران جنایی با دو رویکرد کنشی و واکنشی به پاسخ‌دهی به بزهکاری روی آورده‌اند؛ استادان علوم جنایی از یک سو با آموزش پیشگیری از بزهکاری در

۱. Cesare Beccaria.

۲. Jeremy Bentham.

۳. Enrico Ferry

دانشگاهها و نظریه‌پردازی در این زمینه، در صدد تبیین مفهوم این پدیده برآمده‌اند و از سوی دیگر، با تأسیس «نهادهای پیرادانشگاهی فراملی» مانند «جامعه بین‌المللی جرم‌شناسی»<sup>۱</sup> و «جامعه بین‌المللی دفاع اجتماعی»<sup>۲</sup> و گنجاندن آن به عنوان یکی از هدفها و وظایف این نهادها، به پیشگیری از بزهکاری از طریق برگزاری دوره‌های آموزشی فراملی، همایشهای جرم‌شناختی، انتشار نشریه‌های علمی و... به طور ناخودآگاه، جنبه جهانی بخشیده‌اند.

سیاست‌گذاران جنایی فراملی نیز در دو گستره جهانی و منطقه‌ای، پیشگیری از بزهکاری را مورد توجه قرار داده‌اند. در گستره جهانی، سازمان ملل متحد از رهگذر تأسیس «کمیسیون پیشگیری از جرم و عدالت کیفری»، برگزاری کنگره‌های پنج سالانه پیشگیری از جرم و عدالت کیفری (برای آگاهی بیشتر، ر.ک: نجفی ابرنآبادی، ۱۳۷۵) و تدوین اسناد متعدّد الزام‌آور و ارشادی در این زمینه، مانند پیمان‌نامه حقوق کودک ۱۹۸۹ م.، پیمان‌نامه مبارزه با جرایم سازمان یافته فراملی ۲۰۰۰ م.، پیمان‌نامه مبارزه با فساد ۲۰۰۳ م.، رهنمودهای سازمان ملل متحد برای پیشگیری از بزهکاری نوجوانان ۱۹۹۰ م. و...، پیشگیری از بزهکاری را در مقوله‌های سیاستهای جنایی این سازمان قرار داده است.

در گستره منطقه‌ای، شورای اروپا با تشکیل «کمیته اروپایی مسائل جنایی»، برگزاری همایشهای جرم‌شناختی و تدوین اسناد متعدّد در این خصوص، مانند توصیه‌نامه نقش اقدامهای روان‌شناختی-اجتماعی زودهنگام در پیشگیری از رفتارهای مجرمانه در سال ۲۰۰۰ م.، به پیشگیری از بزهکاری توجه کرده است. بدین ترتیب، سیاست‌گذاران جنایی فراملی از رهگذر اسناد متعدّد الزام‌آور و ارشادی فراملی کوشیده‌اند با «جهانی کردن مفهوم پیشگیری از بزهکاری»، دیگر سیاست‌گذاران جنایی را به سوی اتخاذ تدابیر مناسب در این زمینه هدایت نمایند.

۱. گفتنی است که این نهاد در ۱۹۳۴ م. از سوی شماری از استادان علوم جنایی کشور ایتالیا و فرانسه به منظور گسترش روابط فراملی، پیشبرد پژوهشهای علمی و بسترسازی برای انتشار دستاوردهای علمی تشکیل شده است (نجفی ابرنآبادی، ۱۳۷۳: ص ۵۶۴).

۲. افزودنی است که این نهاد در ۱۹۴۹ م. به پیشگامی مارک آنسل برای انسانی کردن دفاع اجتماعی، از جمله پیشگیری از بزهکاری تأسیس شده است (برای آگاهی بیشتر، ر.ک: آنسل، ۱۳۷۵).

در گستره ملی، شمار زیادی از کشورها به پیشگیری از بزهکاری از رهگذر آموزش و پژوهش در دانشگاهها و تدوین مقررات توجه کرده‌اند. در ایران، جرم‌شناسی از دهه ۱۳۳۰ ش. به عنوان یک ماده درسی وارد دانشگاهها شده است. به گواهی «تاریخ علوم جنایی ایران» از آن هنگام به بعد، به ویژه از دهه ۱۳۷۰ ش.، استادان علوم جنایی با تدریس این دانش در دانشگاهها، نگارش و ترجمه آثار متعدد علمی-جرم‌شناختی، آموزش و پژوهش درباره پیشگیری از بزهکاری را به سطح مقبولی رسانده‌اند.

سیاست‌گذاران جنایی ایران نیز پیشگیری از بزهکاری را با بهره‌گرفتن از گفتمان دانشگاهیان و به منظور همسویی با سیاست‌گذاران جنایی فراملی در مقررات فرائقینی و شماری از مقررات تقنینی و فروتقیننی به عنوان یکی از اهداف و وظایف برخی از نهادهای اجرایی و قضایی پیش‌بینی کرده‌اند. با وجود این، مفهوم پیشگیری از بزهکاری و کاربردی شدن آن در ایران، هنوز جایگاه خود را در دستگاههای علمی، به ویژه در دستگاههای قضایی و اجرایی نیافته است. این امر، بی‌تردید از وجود برخی موانع بر سر راه دستگاههای علمی و کاستیهای موجود در دستگاههای قضایی و اجرایی سرچشمه می‌گیرد.

در این نوشتار، تلاش شده است، در گفتار نخست، موانع دستگاههای علمی در زمینه آموزش و پژوهش درباره پیشگیری از بزهکاری و در گفتار دوم، کاستیهای دستگاههای اجرایی و قضایی در اجرای هدفها و وظایف مربوط به پیشگیری از بزهکاری مورد بررسی قرار گیرد.

## گفتار نخست:

### اقدامهای دستگاههای علمی در زمینه پیشگیری از بزهکاری

آموزش و پژوهش پیشگیری از بزهکاری که یکی از شاخه‌های جرم‌شناسی کاربردی است، در ایران پیش از هر نهاد دیگری در نهادهای دانشگاهی و پیرا دانشگاهی انجام شده است.

## الف) اقدامهای نهادهای دانشگاهی در زمینه پیشگیری از بزهکاری

جرم‌شناسی رشته‌ای از «علوم جنایی پیرا حقوقی»<sup>۱</sup> است که با «رویکردی علمی» به شناسایی علل ارتکاب پدیده بزهکاری، مطالعه بزهکار و یافتن روشهای پیشگیری از بزهکاری و بازپروری بزهکار می‌پردازد؛ به دیگر سخن، این دانش با مطالعه بزهکاری و بزهکار، چگونگی پیشگیری از بزهکاری و اصلاح بزهکار را مورد بررسی قرار می‌دهد (کی‌نیا، ۱۳۷۶: ۲).

جرم‌شناسان از گذشته، این رشته را با رویکردهای مختلفی تقسیم‌بندی کرده‌اند، اما در این میان، دسته‌بندی آن بر اساس دو «رویکرد نظری» و «رویکرد کاربردی» از سایر گونه‌بندیها بارزتر است. جرم‌شناسی طبق این معیار به دو شاخه «جرم‌شناسی نظری»<sup>۲</sup> و «جرم‌شناسی کاربردی»<sup>۳</sup> تقسیم می‌گردد.

جرم‌شناسی نظری رشته‌ای است که به بررسی علل و چگونگی شکل‌گیری فرایند بزهکاری می‌پردازد (گسن، ۱۳۷۴: ۱۹). این شاخه با توجه به اینکه بزهکاری را از یک سو با رویکردی فردی و از سوی دیگر با رویکردی عمومی مورد مطالعه قرار می‌دهد، به دو گونه «جرم‌شناسی خرد»<sup>۴</sup> و «جرم‌شناسی کلان»<sup>۵</sup> دسته‌بندی می‌شود. جرم‌شناسی خرد رشته‌ای است که با رویکردی فردی، در پی شناسایی علل فردی بزهکاری، مانند علل زیستی و علل روانی است؛ از این رو، بررسی شخصیت بزهکار و وضعیت پیش جنایی در گستره این شاخه جای می‌گیرد. جرم‌شناسی کلان شاخه‌ای است که با رویکردی عمومی، در صدد شناسایی نقش شرایط طبیعی، نظام سیاسی، اقتصادی و فرهنگی در ارتکاب بزهکاری است. بدین سان، ساختار سیاسی،

۱. گفتنی است که علوم جنایی پیرا حقوقی، شاخه‌ای از علوم جنایی است که با رویکردی به هنجار، بزهکاری را به عنوان پدیده‌ای انسانی-اجتماعی، از یک سو اثبات و از سوی دیگر تحلیل می‌کند (برای آگاهی بیشتر، ر.ک: نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۳: ۷-۱۹).

۲. Theoretical Criminology.

۳. Applied Criminology.

۴. Micro Criminology.

۵. Macro Criminology.

اقتصادی، فرهنگی و طبیعی یک جامعه و تأثیر آن بر بزهکاری در این رشته مطالعه می‌گردد.

جرم‌شناسی کاربردی شاخه‌ای است که با بررسی مؤثرترین ابزارهای علمی پاسخ‌دهی به بزهکاری، در صدد پیشگیری از بزهکاری نخستین بزهکاران احتمالی (جرم‌شناسی پیشگیری)<sup>۱</sup>، پیشگیری از بزهکاری دوباره بزهکاران واقعی (جرم‌شناسی بازپروری)<sup>۲</sup> و بهبود عملکرد دستگاه عدالت کیفری (جرم‌شناسی حقوقی)<sup>۳</sup> است (برای آگاهی بیشتر، رک: نوربها، ۱۳۷۷: ۲۰۰-۲۱۵؛ نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۰: ۴۳-۴۵).

آموزش و پژوهش جرم‌شناسی در ایران از دهه ۱۳۳۰ ش. به شکل یک عنوان درسی در فهرست درسهای دوره‌های کارشناسی حقوق، کارشناسی ارشد و دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی گنجانده شده است. استادان علوم جنایی، به ویژه از دهه ۱۳۷۰ ش.، تلاش کرده‌اند که از رهگذر آموزش پیشگیری از بزهکاری در قالب درس جرم‌شناسی در دوره‌های کارشناسی، کارشناسی ارشد و دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، نگارش و ترجمه مقاله‌های متعددی در این زمینه و راهنمایی پایان‌نامه‌های مربوط به این شاخه، نوشتگان پیشگیری از بزهکاری در ایران را غنی نمایند. با وجود این، به نظر می‌رسد آموزش و پژوهش پیشگیری از بزهکاری در ایران با موانع متعددی رویارو می‌باشد؛ از جمله عدم پیش‌بینی مستقل آن در مواد درسی دوره‌های کارشناسی ارشد و دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی؛ نبود ردیف شغلی برای متخصصان پیشگیری از بزهکاری (برای آگاهی بیشتر، رک: نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۲: ۴۱۳-۴۲۵) و دسترسی نداشتن استادان علوم جنایی به آمارهای جنایی دقیق برای نظریه‌پردازی در این زمینه.

۱. Prevention Criminology.

۲. Clinical Criminology.

۳. Legal Criminology.

## ب) اقدامهای نهادهای پیرادانشگاهی در زمینه پیشگیری از بزهکاری

شماری از نهادهای پیرادانشگاهی در قالب مؤسسه، انجمن و قطب به فعالیت در زمینه آموزش و پژوهش پیشگیری از بزهکاری مبادرت ورزیده‌اند.

### ۱. اقدامهای مؤسسه تحقیقات علوم جزایی و جرم‌شناسی در زمینه پیشگیری از بزهکاری

دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران در سال ۱۳۴۰ ش. برای آموزش و پژوهش در زمینه رشته‌های مختلف علوم جنایی، «مؤسسه تحقیقاتی علوم جزایی و جرم‌شناسی» را تأسیس کرد. بنیان‌گذاران این مؤسسه، بر اساس ماده ۱ اساسنامه آن، «تحقیق و مطالعه برای شناسایی علل پیدایش جرم» (بند ۱)، «پیدا کردن طریقه‌های مؤثر برای پیشگیری از ارتکاب جرم» (بند ۲)، «کشف علل بزهکاری اطفال» (بند ۳)، «کشف روشهای علمی- تربیتی برای اصلاح بزهکاران و ارائه طریقه‌های بازگرداندن آنان به زندگانی شرافتمندانه و جلوگیری از تکرار جرم» (بند ۴)، «تحقیق درباره روشهای رایج ارتکاب جرم به منظور تسهیل کشف جرایم» (بند ۷) و... را در شمار هدفهای این مؤسسه قرار داده‌اند (برای آگاهی بیشتر، ر.ک: نجفی ابرنآبادی، ۱۳۷۶: ۲۱۹). بدین‌سان، دست‌اندرکاران مؤسسه مذکور، تاکنون طرحهای پژوهشی متعددی مانند مهاجرت و جرم در حوزه قضایی کرج، سرقت اطفال و نوجوانان در تهران بزرگ، وضعیت کودکان خیابانی در مشهد، سیاست جنایی ایران و اسلام، جایگزینهای کیفر زندان، فرار دختران و همسرکشی، برگزاری نشستهای علمی و ترجمه آثار مربوط به پیشگیری از بزهکاری را در راستای اجرای هدفهای مؤسسه یادشده انجام داده‌اند.

### ۲. اقدامهای انجمن ایرانی جرم‌شناسی در زمینه پیشگیری از بزهکاری

شماری از استادان دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی در سال ۱۳۷۲ ش. به منظور پیشبرد و گسترش آموزش و پژوهش جرم‌شناسی به تأسیس «انجمن ایرانی

جرم‌شناسی» همت گماردند. این انجمن مطابق مواد ۲ و ۳ اساسنامه آن، «بنیادی غیر انتفاعی است و صرفاً در زمینه‌های علمی، تحقیقاتی و تخصصی مربوط فعالیت می‌کند»؛<sup>۱</sup> از این رو، بر اساس بندهای ۴ و ۶ ماده ۶ اساسنامه مذکور، «ارائه خدمات آموزشی، علمی، پژوهشی و تهیه و تدوین و انتشار نشریات علمی، آموزشی و برگزاری گردهماییهای آموزشی و پژوهشی در سطوح داخلی و خارجی با رعایت قوانین و مقررات جاری کشور» در شمار وظایف این انجمن قرار گرفته است. انجمن یادشده، بر اساس ماده ۱۰ این اساسنامه برای اجرای هدفها و انجام وظایف پیش‌بینی شده، رکنهای متعددی از جمله هیئت مؤسس، مجمع عمومی، هیئت مدیره، دبیرخانه و بازرس دارا می‌باشد. هیئت مدیره انجمن یادشده، طبق بندهای ۳ و ۱۱ ماده ۱۸ اساسنامه مذکور موظف شده است «جلسات سخنرانی و گردهماییهای علمی و پژوهشی را با رعایت قوانین و مقررات جاری کشور و تشکیل کمیته‌های اجرایی و تخصصی مختلف...» برگزار نماید.

بدین‌سان، ملاحظه می‌شود که آموزش و پژوهش در زمینه پیشگیری از بزهکاری به عنوان یکی از هدفها و وظایف انجمن مزبور پیش‌بینی شده است. بنیان‌گذاران این انجمن، اگرچه از هنگام تأسیس آن تاکنون کوشیده‌اند با برگزاری نشستهای علمی و ارائه سخنرانی در همایشهای متعدد درون‌مرزی و برون‌مرزی در زمینه پیشگیری از بزهکاری، نوشتگان این شاخه را غنی نمایند، به نظر می‌رسد برای اجرای هدفها و انجام وظایف این انجمن با مشکلاتی از جمله کمبود امکانات مالی، نداشتن مکانی مناسب برای انجام آموزش و پژوهش روبه‌رو می‌باشند.

**۳. اقدامهای قطب علمی سیاست جنایی در زمینه پیشگیری از بزهکاری**  
دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی در سال ۱۳۸۰ ش. از سوی وزارت علوم،

۱. افزودنی است که «انجمن ایرانی جرم‌شناسی» با وجود اینکه بنیادی غیر انتفاعی و غیر دولتی است، زیر نظر کمیسیون انجمنهای علمی وزارت علوم، تحقیقات و فن‌آوری و با کمکهای مادی سالیانه آن فعالیت می‌کند.



تحقیقات و فن آوری به عنوان قطب علمی حقوق شناخته شد؛ از این رو، شماری از استادان گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی این دانشکده با توجّه به تجربه و تخصصشان در زمینه حقوق کیفری تطبیقی و سیاست جنایی، در سال ۱۳۸۴ ش. در صدد تأسیس «قطب علمی حقوق کیفری تطبیقی» و «قطب علمی سیاست جنایی» برآمدند (اردبیلی، ۱۳۸۴: ۳). بنیان‌گذاران قطب علمی سیاست جنایی بر اساس ماده ۲ شرح وظایف آن، «اعتلای موقعیت علمی کشور در زمینه سیاست جنایی، دستیابی به آخرین یافته‌های علمی در این زمینه، بومی کردن موضوعهای مربوط به سیاست جنایی، بسترسازی به منظور پرورش پژوهشگران و اندیشمندان و استفاده از اندیشه آنان در زمینه سیاست جنایی و اهتمام به اصلاح و تنقیح مقررات» (ر.ک: شرح وظایف قطب سیاسی جنایی) را از هدفهای تأسیس این قطب برشمرده‌اند. اینان با توجّه به معنای نوین سیاست جنایی (ر.ک: نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۴: ۲۱۶) در پرتو ماده ۳ شرح وظایف آن، برای تحقق هدفهای قطب مزبور، شش گروه مطالعاتی تخصصی از جمله «گروه پیشگیری از جرم» را پیش‌بینی کرده‌اند. این قطب، اگرچه اکنون مراحل تصویب در وزارت علوم، تحقیقات و فن آوری را پشت سر می‌گذارد، از رهگذر تشکیل گروه پیشگیری از جرم و انجام پژوهش در این زمینه می‌تواند در غنابخشی به نوشتگان پیشگیری از بزهکاری، دستیابی به آخرین یافته‌های علمی در این زمینه، بومی کردن مطالعه‌های مقایسه‌ای (تطبیقی) پیشگیری از بزهکاری، تربیت متخصص در این راستا و ارتقای سطح دانش دست‌اندرکاران پیشگیری از بزهکاری نقش به‌سزایی را در آینده ایفا نماید.

## گفتار دوم: اقدامهای دستگاههای اجرایی و قضایی

### در زمینه پیشگیری از بزهکاری

خبرگان قانون اساسی، قانونگذار ایرانی و تدوین‌کنندگان مقررات فروتقینیی، پیشگیری از بزهکاری را یکی از هدفها و وظایف شماری از نهادهای اجرایی و قضایی برشمرده‌اند. این نهادها برای اجرای این هدف و انجام وظیفه در این

خصوص، اقدامهای متعددی را انجام داده‌اند.

**الف) اقدامهای دستگاه اجرایی در زمینه پیشگیری از بزهکاری**  
 قانونگذار ایرانی و نویسندگان شماری از مقررات فروتقینی، وظیفه پیشگیری از بزهکاری را به برخی از نهادهای رفاهی، آموزشی، انتظامی و مدیریتی- ستادی سپرده‌اند.

### ۱. اقدامهای نهادهای رفاهی در زمینه پیشگیری از بزهکاری

یک. اقدامهای سازمان بهزیستی کشور در زمینه پیشگیری از بزهکاری  
 شورای عالی انقلاب با تصویب «لایحه قانونی راجع به تشکیل سازمان بهزیستی» در سال ۱۳۵۹ ش.، پیشگیری از آسیبهای اجتماعی از جمله پیشگیری از بزهکاری را به سازمان بهزیستی کشور واگذار کرده است.<sup>۱</sup> این سازمان در سال ۱۳۷۱ ش. در راستای اجرای این قانون، معاونت امور فرهنگی و پیشگیری را تأسیس کرد. معاونت یادشده برای پیشگیری از آسیبهای اجتماعی، به ویژه کج رویهای جنسی، اعتیاد، کودک آزاری، خشونتهای خانوادگی و خودکشی، طرحهای متعددی از جمله آموزش مهارتهای زندگی، آموزش زندگی خانوادگی، آموزش پیش از ازدواج، مداخله در بحران، مداخله در خانواده و بازپروری کودکان را اجرا نموده است (برای آگاهی بیشتر، رک: دفتر پیشگیری از آسیبهای اجتماعی معاونت امور فرهنگی و پیشگیری بهزیستی کشور، ۱۳۷۸: ۳۴-۳۶؛ دفتر پیشگیری از آسیبهای اجتماعی معاونت امور فرهنگی و پیشگیری سازمان بهزیستی کشور، طرح ملی آموزش پیش از ازدواج: ۱۵۱).

سازمان بهزیستی کشور اگرچه از رهگذر اجرای این طرحها به دنبال کاهش میزان برخی از آسیبهای اجتماعی بوده است، نبود سیاستهای هماهنگ در زمینه پیشگیری از آسیبهای اجتماعی، وجود نهادهای موازی در این راستا، کمبود نیروی متخصص در این خصوص، نبود نظام آماري منسجم در زمینه آسیبهای اجتماعی و

۱. گفتنی است که با تشکیل وزارت رفاه و تأمین اجتماعی در سال ۱۳۸۳ ش.، این سازمان اکنون زیر نظر وزارت یادشده فعالیت می‌کند.

بود بسترهای مناسب برای پیشگیری جامعوی از آسیبهای اجتماعی، سبب شده است تا اقدامهای این سازمان به عنوان متولی اصلی پیشگیری از آسیبهای اجتماعی از یک سو، با فعالیت دیگر نهادهای دولتی مانند وزارت رفاه و تأمین اجتماعی، وزارت کشور و شهرداریها همپوشانی پیدا کند و از سوی دیگر، از ابزارها و امکانات مناسب در این خصوص بی بهره باشد؛ بنابراین، بازننگری در مقررات و رویه‌های مربوط به پیشگیری از آسیبهای اجتماعی می‌تواند بر کارآمدی اقدامهای سازمان یادشده و در نتیجه کاهش میزان آسیبهای اجتماعی بیفزاید.

دو. اقدامهای وزارت رفاه و تأمین اجتماعی در زمینه پیشگیری از بزهکاری قانونگذار ایرانی در سال ۱۳۸۳ ش. با تصویب «قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی» وزارت رفاه و تأمین اجتماعی را برای نیل به هدفهای زیر تأسیس کرد:

- ایجاد انسجام کلان سیاستهای رفاهی به منظور توسعه عدالت اجتماعی و حمایت از همه افراد کشور در برابر رویدادهای اجتماعی، اقتصادی، طبیعی و پیامدهای آن.

- اجرای اصل ۲۹ و بندهای ۱ و ۲ اصل ۲۱ قانون اساسی.
- به‌کارگیری تمهیدات لازم در مورد فقرزدایی، حمایت از زنان باردار، حمایت از کودکان و زنان بی‌سرپرست و بیمه ویژه بیوگان، زنان سالخورده و خودسرپرست (برای آگاهی بیشتر، رک: دفتر حقوقی و قوانین وزارت رفاه و تأمین اجتماعی، ۱۳۸۴: ۷۷-۱۳۱).
- این وزارت براساس مواد ۱۲، ۱۶ و ۲۴ قانون مذکور، موظف شده است در راستای پیشگیری از آسیبهای اجتماعی به حمایت مادی و معنوی از خانواده‌های بی‌سرپرست، بدسرپرست، کمک به اشخاص کم‌درآمد و بی‌درآمد و برنامه‌ریزی برای اشتغال‌زایی، بهبود شرایط اقتصادی و بهداشتی گروههای ویژه مبادرت ورزد.

ملاحظه می‌شود که قانونگذار ایرانی با نهادن چنین وظایفی بر عهده وزارت رفاه و تأمین اجتماعی به پیشگیری از آسیبهای اجتماعی از جمله پیشگیری از بزهکاری در گستره رفاهی توجه کرده است. با وجود این، وجود نهادهای موازی در این

زمینه، وزارت یادشده را برای انجام این وظیفه سرگردان کرده است.<sup>۱</sup>

## ۲. اقدامهای نهاد آموزشی در زمینه پیشگیری از بزهکاری

امروزه بیشتر قانونگذاران و سیاست‌گذاران در کنار کارکرد آموزشی محیط تحصیلی به کارکرد پرورشی- تربیتی آن نیز توجه می‌کنند (برای آگاهی بیشتر، رک: نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۳: ۵۵۹-۶۰۰؛ نیازپور، ۱۳۸۳: ۹۹-۱۳۳). قانونگذار ایرانی و نویسندگان شماری از مقررات فروتقنینی، در پرتو مواد ۱ و ۲ قانون اهداف و وظایف وزارت آموزش و پرورش ۱۳۶۶ ش.، ماده ۸ قانون تشکیل شوراهای آموزش و پرورش در استانها، شهرستانها و مناطق کشور ۱۳۶۸ ش.، ماده ۱ اساسنامه انجمن اولیا و مربیان ۱۳۵۸ ش.، ماده ۲ اساسنامه سازمان آموزش و پرورش استثنایی ۱۳۷۰ ش. و اساسنامه پژوهشکده تعلیم و تربیت وابسته به آموزش و پرورش ۱۳۷۵ ش.، تلاش کرده‌اند سیاست‌گذاران وزارت آموزش و پرورش را به سوی اتخاذ سیاستها و اجرای برنامه‌های تربیتی- پرورشی از جمله سیاستها و برنامه‌های پیشگیرانه هدایت نمایند.

وزارت آموزش و پرورش برای اجرای این سیاستها در سال ۱۳۷۷ ش. با تأسیس دفتر پیشگیری از سوء مصرف مواد مخدر زیر نظر معاونت پرورشی، برنامه‌ها و طرحهای متعددی مانند برنامه آموزش مهارتهای زندگی، برنامه مدرسه مروج سلامت و طرح پیشگیری مشارکتی مدرسه‌محور را به منظور کاهش گرایش دانش‌آموزان به اعتیاد اجرا نمود. این دفتر اگر چه با رویکردی کنشی به دنبال کاهش میزان یکی از مهم‌ترین گونه‌های بزهکاری دانش‌آموزان (یعنی اعتیاد) بود، توجه چندانی به دیگر گونه‌های بزهکاری آنان از جمله خشونت و تخریب نداشت؛

۱. افزودنی است که شماری از پژوهشگران کوشیده‌اند با رویکردی تلفیقی نسبت به اقدامهای فرابخشی، بخشی و سازمانی نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی، الگوی سه‌گانه‌ای را پیشنهاد دهند؛ به گونه‌ای که در سطح نخست در دبیرخانه شورای عالی رفاه و تأمین اجتماعی، «دفتر تخصصی پیشگیری»، در سطح دوم در وزارت رفاه و تأمین اجتماعی، «شورای راهبردی- تخصصی پیشگیری» و در سطح سوم در نهادهای وابسته به وزارت رفاه و تأمین اجتماعی، «معاونت پیشگیری» تشکیل شود (برای آگاهی بیشتر، رک: وامقی، ۱۳۸۴: ۱۳۳-۱۶۰).

از این رو، وزارت یادشده به منظور افزایش اطلاعات دانش‌آموزان، مربیان، کارکنان و والدین در خصوص آسیبهای اجتماعی، اعتیاد و نحوه پیشگیری از آنها، در سال ۱۳۸۳ ش. به تأسیس مدیریت پیشگیری از آسیبهای اجتماعی و مواجهه با بلایای طبیعی زیر نظر معاونت تربیت بدنی و تندرستی مبادرت ورزید (مدیریت پیشگیری از آسیبهای اجتماعی و مواجهه با بلایای طبیعی وزارت آموزش و پرورش، ۱۳۸۴). این مدیریت برای اجرای هدفهای مذکور دارای بخش‌های متعددی از جمله برنامه‌ریزی برای کاهش تقاضای مواد مخدر، برنامه‌ریزی امور مواجهه با بلایای طبیعی، مددکاری و خدمات حمایتی و پیشگیری از اعتیاد و آسیبهای اجتماعی می‌باشد.

وزارت آموزش و پرورش با وجود ساختارمند کردن پیشگیری از بزهکاری در این وزارت و تدوین و اجرای برنامه‌های کوتاه‌مدت، میان‌مدت و بلندمدت پیشگیرانه، به ویژه پس از تأسیس مدیریت پیشگیری از آسیبهای اجتماعی و مواجهه با بلایای طبیعی، با کاستیهای متعددی در اتخاذ تدابیر پیشگیرانه روبه‌روست؛ کاستیهایی از قبیل: ناپایداری مدیریت پیشگیری از آسیبهای اجتماعی و مواجهه با بلایای طبیعی، برخوردار نبودن از نیروهای متخصص در زمینه پیشگیری از آسیبهای اجتماعی و مواجهه با بلایای طبیعی، نداشتن امکانات مالی مناسب، محدود بودن فعالیتهای پیشگیرانه به پیشگیری از اعتیاد و ناهماهنگی با دیگر نهادهای متولی پیشگیری از آسیبهای اجتماعی.

### ۳. اقدامهای نهاد انتظامی در زمینه پیشگیری از بزهکاری

پلیس نهادی است که با بهره‌گیری از ابزارهای کنشی و واکنشی، در صدد برقراری نظم و امنیت در جامعه می‌باشد. این نهاد، بر اساس یافته‌های جرم‌شناختی از یک سو به عنوان نهادی واکنشی در گستره نظام کیفری و از سوی دیگر به عنوان نهادی کنشی در گستره سیاست جنایی می‌تواند نقش به‌سزایی در زمینه کاهش میزان بزهکاری ایفا نماید (نجفی ابرنآبادی، ۱۳۷۸: ۱۴۱).

قانونگذار ایرانی هنگام تصویب «قانون نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران» در سال ۱۳۶۹ ش.، پیشگیری از بزهکاری را بر اساس بندهای «الف»، «ب»، «ج» و

«د» ماده ۴ این قانون بر عهده نهاد مزبور نهاده است. این نیرو از آن پس با تأسیس معاونت اجتماعی<sup>۱</sup> تلاش کرده است طرحهای متعددی از جمله طرح پلیس نوجوان و طرح پلیس محلی را به منظور پیشگیری از بزهکاری اجرا نماید. با وجود این، واگذاری پیشگیری از بزهکاری به این نیرو به عنوان ضابط قوه قضائیه، نبود نیروی کارشناس پیشگیری از بزهکاری، نبود میانکش نیروی انتظامی با نهادهای جامعوی و ایجاد دیگر نهادهای موازی با نیروی انتظامی مانند ستاد حفاظت اجتماعی، از یک سو سبب تقویت رویکرد واکنشی پلیس به پیشگیری از بزهکاری در این نیرو و از سوی دیگر، باعث ایجاد اختلال در روند فعالیتهای نیروی انتظامی شده است.

#### ۴. اقدامهای نهاد مدیریتی- ستادی در زمینه پیشگیری از بزهکاری

ستاد مبارزه با مواد مخدر براساس ماده ۳۳ قانون «اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و الحاق موادی به آن» مصوب ۱۳۷۶ ش.، ماده ۲۹ آیین نامه اجرایی قانون «اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر» مصوب ۱۳۷۷ ش. و شماری از تصویب نامه‌ها موظف شده است در راستای پیشگیری از بزهکاری ناشی از مواد مخدر اقدام نماید.

این ستاد که از سه بخش ستاد، دبیرخانه و شورای هماهنگی تشکیل می‌شود، با تأسیس کمیته‌های مقابله با عرضه، کاهش تقاضا و درمان، بازپروری و حرفه آموزی از سال ۱۳۷۷ ش. و معاونت کاهش تقاضا و اداره کل امور فرهنگی و پیشگیری از سال ۱۳۸۱ ش. زیر نظر دبیرخانه و همکاری با نهادهای فراملی مانند دفتر مقابله با جرم و مواد مخدر سازمان ملل متحد<sup>۲</sup> و نهادهای ملی اعم از دولتی و جامعوی، به تدوین پیش نویس منشور ملی کنترل و مبارزه با مواد مخدر، تهیه پیش نویس برنامه ملی مبارزه با تولید، توزیع و مصرف مواد مخدر (اداره کل امور فرهنگی و پیشگیری دبیرخانه ستاد مبارزه با مواد مخدر، ۱۳۸۳: ۱۹؛ بدریان، ۱۳۸۲: ۸۲۷-۸۷۴)، برنامه ریزی در زمینه برنامه‌های آگاهی دهنده، آموزشی، سرگرمی- تفریحی، مشاوره‌ای- حمایتی، تربیت نیروهای متخصص در این خصوص و همکاری با نهادهای جامعوی مبادرت ورزیده

۱. افزودنی است که نیروی انتظامی در سال ۱۳۸۴ ش. در راستای توجه بیشتر به پیشگیری از بزهکاری به تأسیس «معاونت پیشگیری انتظامی» در این نیرو مبادرت ورزید.

۲. United Nations Office on Drug and Crime.

است.

ستاد مبارزه با مواد مخدر اگرچه از بودجه‌ای ویژه<sup>۱</sup> برای پیشگیری از این گونه از بزهکاری برخوردار است، نامتناسب بودن سیاست کیفری ایران در زمینه پاسخ‌دهی به برخی از جلوه‌های این دسته از بزهکاری مانند اعتیاد، نبود ساختاری ثابت در این ستاد به ویژه در دبیرخانه آن، به کار نگرفتن نیروهای کارشناس پیشگیری از بزهکاری (وزیربان، ۱۳۸۲: ۲۲۱)، بسترهای مشارکت نهادهای جامعه‌ی در پیشگیری از این گونه از بزهکاری، این ستاد را در کاستن از میزان بزهکاری مواد مخدر ناکام گذاشته است.<sup>۲</sup>

### ب) اقدامهای دستگاه قضایی در زمینه پیشگیری از بزهکاری

خبرگان قانون اساسی در سال ۱۳۵۸ ش.، پیشگیری از بزهکاری را از رهگذر قسمت نخست بند ۵ اصل ۱۵۶، در شمار وظایف قوه قضائیه قرار داده است. این قوه از آن هنگام تا امروز کوشیده است با تأسیس نهادهای پژوهشی و مدیریتی متعددی، زمینه‌های اجرای قسمت نخست بند یادشده را فراهم کند.

#### ۱. اقدامهای نهادهای پژوهشی-قضایی در زمینه پیشگیری از بزهکاری

قوه قضائیه از سال ۱۳۶۳ ش. تاکنون، نهادهای پژوهشی متعددی را به منظور تحقیق در زمینه وظایف واگذارشده از جمله پژوهش در زمینه چگونگی اجرای قسمت نخست بند ۵ اصل ۱۵۶ تأسیس کرده است.

---

۱. افزودنی است که تبصره ۲ ماده ۳۳ قانون مزبور مقرر می‌دارد: «برای پیشگیری از ارتکاب جرایم مواد مخدر، دولت موظف است هر سال، بودجه‌ای به این امر اختصاص و به دستگاههای ذیربط موضوع همین ماده ابلاغ نماید».

۲. گفتنی است که دبیر کل ستاد مبارزه با مواد مخدر در زمینه ارزیابی عملکرد این ستاد، خاطر نشان ساخته است که در دو دهه گذشته، ستاد مزبور بیشتر بر اقدامهای واکنشی در برابر قاچاق مواد مخدر و درمان معتادان تمرکز کرده و در خصوص پیشگیری از این دسته از بزهکاری اقدامی جدی انجام نداده است (برای آگاهی بیشتر، ر.ک: روزنامه اطلاعات، سه‌شنبه مورخ ۹ خرداد ۱۳۸۵ (شماره ۲۳۶۴)، ص ۱۳).

یک. اقدامهای مرکز مطالعات حقوقی و قضایی در زمینه پیشگیری از بزهکاری شورای عالی قضایی در راستای ایجاد بسترهای مناسب برای آسان نمودن انجام وظایف سپرده شده به قوه قضائیه با تصویب آیین نامه ای در سال ۱۳۶۳ ش.، به تأسیس مرکز مطالعات حقوقی و قضایی مبادرت ورزید (برای آگاهی بیشتر، رک: آیین نامه مرکز مطالعات حقوقی و قضایی دادگستری، ۱۳۶۴: ۱۸۱-۱۸۳). این مرکز که در آن هنگام به عنوان تنها نهاد پژوهشی قوه قضائیه توسط وزیر دادگستری اداره می شد، بر اساس ماده ۲ آیین نامه آن موظف بود، در زمینه موضوعهایی از جمله «بررسی وضع موجود چگونگی کشف جرم و تعقیب و مجازات و تعزیر مجرمان و اجرای حدود و مطالعه درباره وضع مطلوب در این موارد» (بند ۵)، «ارزیابی عملکرد زندانها» (بند ۷)، «انجام تحقیقات علمی- فنی در زمینه مسائل حقوقی، قضایی، جامعه شناسی، روان شناسی و...» (بند ۱۷) و «پژوهش درباره اقدامات مناسب پیشگیری از وقوع جرم» (بند ۶) اقدام نماید.

مرکز مطالعات حقوقی و قضایی برای انجام این وظایف از بخشهای هیئت علمی- فنی، اسناد و مدارک و دبیرخانه تشکیل می شد. بخش هیئت علمی- فنی که بر اساس مواد ۴ و ۱۳ آیین نامه مذکور از فقها و دانشمندان حوزه های علمیه، استادان حقوق، علوم انسانی و نیز قضات با تجربه دادگستری بهره می جست، در صدد تعیین اولویتهای پژوهشی، تهیه طرحهای تحقیقاتی، تصویب طرحها و برنامه های این مرکز، تشکیل گروههای تخصصی و نظارت بر انجام پژوهشها بود.

این مرکز با وجود اینکه حدود هفت سال فرصت داشت در زمینه علوم حقوقی و جنایی به فعالیتهای پژوهشی مبادرت ورزد، نامتناسب بودن ترکیب اعضای هیئت علمی- فنی این مرکز با وظایف آن، پیش بینی نکردن عضو جرم شناس در میان اعضای هیئت علمی- فنی و ماهیت نگرش دست اندرکاران آن نسبت به عملیاتی- اجرایی کردن قسمت نخست بند ۵ اصل ۱۵۶ (طاهایی نژاد، ۱۳۸۱: ۴۵) باعث گردیده است تا مرکز مطالعات حقوقی و قضایی نتواند در زمینه اجرای قسمت نخست بند ۵ اصل ۱۵۶ (پیشگیری از بزهکاری) چندان مؤثر عمل کند.



## دو. اقدامهای دفتر مطالعات و پیشگیری از وقوع جرم در زمینه پیشگیری از بزهکاری

قوة قضائیه به منظور تمرکز بیشتر بر پیشگیری از بزهکاری، در سال ۱۳۷۰ ش. دفتر مطالعات و پیشگیری از وقوع جرم را با مسئولیت دادستان کل کشور جایگزین مرکز مطالعات حقوقی و قضایی دادگستری کرد. این دفتر بر اساس اساسنامه آن موظف بود در راستای پیشگیری از بزهکاری به بررسی فرایند جنایی، شناسایی علل ارتکاب بزهکاری و اتخاذ تدبیرهای مناسب برای مبارزه با بزهکاری مبادرت ورزد (همان، ۴۶).

دفتر مزبور برای انجام وظایف واگذار شده از سه بخش ستاد، دبیرخانه و اداره کل مطالعات پیشگیری از وقوع جرم تشکیل می‌شد. ستاد پیشگیری از وقوع جرم با عضویت دادستان کل کشور (رئیس ستاد)، مدیر کل مطالعات پیشگیری از وقوع جرم، رئیس‌ان سازمان قضایی نیروهای مسلح و سازمان زندانها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور، نمایندگان رئیس‌جمهور و وزارتخانه‌ها، نماینده مجلس شورای اسلامی، دبیر ستاد پیشگیری از وقوع جرم و نماینده کمیسیون تخصصی اداره کل مطالعات پیشگیری از وقوع جرم، به سیاست‌گذاری در زمینه پیشگیری از بزهکاری می‌پردازد. اداره کل مطالعات پیشگیری از وقوع جرم نیز که در واقع، هسته پژوهشی این دفتر بود، با برخورداری از دوازده کمیسیون تخصصی در خصوص علل شناسایی برخی از گونه‌های بزهکاری مانند بزهکاری کودکان و شناسایی روشهای پیشگیری از ارتکاب این جرمها، فعالیت می‌کرد.

این دفتر اگرچه نزدیک پنج سال (یعنی تا سال ۱۳۷۵ ش.) در زمینه پیشگیری از بزهکاری تلاش کرد، به نظر می‌رسد به دلیل گزینش رویکرد عملیاتی-اجرایی در این خصوص، نتوانست گامی جدی در راستای اجرای قسمت نخست بند ۵ اصل ۱۵۶ قانون اساسی بردارد.

سه. اقدامهای مرکز پژوهشهای قوه قضائیه در زمینه پیشگیری از بزهکاری  
قوة قضائیه به دلیل موفق نبودن نهادهای پژوهشی-قضایی پیشین در بسترسازی برای

اجرای وظایف واگذار شده به این قوه، به ویژه قسمت نخست بند ۵ اصل ۱۵۶ قانون اساسی، با تصویب آیین‌نامه‌ای در سال ۱۳۷۵ ش. به تأسیس مرکز پژوهش‌های قوه قضائیه مبادرت ورزید (برای آگاهی بیشتر، رک: خسروی، ۱۳۷۷: ۱۷۸-۲۰۲). این مرکز که در واقع، جایگزین دفتر مطالعات و پیشگیری از وقوع جرم شد، طبق ماده ۱ آیین‌نامه آن، زیر نظر معاون قضایی قوه قضائیه تشکیل گردید تا از آن پس، مرکز مذکور با ارائه روش‌های علمی از یک سو زمینه‌های اجرای درست وظایف این قوه و از سوی دیگر، اسباب کاهش میزان بزهکاری را فراهم نماید (نجفی ابرنآبادی، ۱۳۷۶: ۱۲۷).

بدین سان، بر اساس مواد ۱ و ۷ آیین‌نامه مزبور، پژوهش در زمینه موضوع‌هایی از جمله بررسی نحوه پیشگیری از وقوع جرایمی که مطالعات آماری، افزایش آنها را نشان می‌دهد و اظهار نظر تخصصی درباره طریق کاهش آنها (بند ۴)، در شمار وظایف مرکز یادشده قرار گرفته بود. مرکز یادشده مطابق ماده ۴ این آیین‌نامه، برای انجام وظایف مذکور از سه بخش پژوهش و مطالعه، دبیرخانه و اداری و مالی تشکیل می‌شد. بر اساس بند «ب» این ماده و ماده ۶ آیین‌نامه مزبور، بخش پژوهش و مطالعه با حضور قضات، وکلای دادگستری، سایر حقوقدانان و استادان دانشگاه در رشته‌های مختلف حقوقی (اعم از کیفری و مدنی و اسلامی، روان‌شناسی و جامعه‌شناسی [البته] ترجیحاً جامعه‌شناسی کیفری و حقوقی)، علوم اجتماعی و آمار و متخصصان تحقیقات و مطالعات آماری، به تعیین اولویت‌های پژوهشی، نیازسنجی تحقیقات، تعیین خط مشی کلی پژوهشها، چگونگی استفاده از تحقیقات درون‌مرزی و برون‌مرزی در برگزاری نشست‌های علمی می‌پرداخت.

بخش مذکور در راستای انجام این وظایف تلاش کرد با بهره‌گیری از دانشگاهیان، طرح‌های پژوهشی و ترجمه‌های متعددی را در زمینه علل و انگیزه قتل در ایران، تشکیلات قوه قضائیه و نقش آنها در پیشگیری از جرایم، آموزش الزامی خانواده و نقش آنها در پیشگیری از جرایم، کاهش جمعیت کیفری زندانها و مطالعه پیمایشی زندانها و مراکز اصلاح و بازپروری کشور و بررسی نقاط ضعف و قوت مؤثر آنها در اصلاح مجرمان، ارزیابی عملکرد مسئولان زندانها، ندامتگاهها و کانون اصلاح و تربیت، خشونت علیه زنان و کودکان، رایانه‌ای کردن نظام عدالت کیفری،

بزه‌دیده‌شناسی، مبارزه علیه فساد اداری و پیشگیری از بزهکاری به انجام برساند. مرکز پژوهش‌های قوه قضائیه، با وجود اینکه دارای ساختاری مناسب بود، طی پنج سال فعالیت مانند نهادهای پیشین پژوهشی-قضایی، نتوانست اسباب اجرای قسمت نخست بند ۵ اصل ۱۵۶ را فراهم کند؛ زیرا با توجه به عنوان طرح‌های پژوهشی این مرکز در زمینه پیشگیری از بزهکاری پیداست که دست‌اندرکاران مرکز مذکور، پیشگیری کنشی از بزهکاری را فقط از رهگذر نهادهای اجرایی امکان‌پذیر می‌دانستند؛ به همین دلیل، بر پژوهش در زمینه پیشگیری واکنشی از بزهکاری که در شمار وظایف ذاتی دستگاه قضایی است، تمرکز نمودند؛ به دیگر سخن، آنان با ناکافی دانستن امکانات قوه قضائیه در زمینه پیشگیری کنشی از بزهکاری کوشیدند دست کم، نقش این قوه را در پیشگیری واکنشی از بزهکاری نمایان سازند و اجرای قسمت نخست بند ۵ اصل ۱۵۶ را به نهادهای اجرایی واگذار کنند.

**چهار. اقدامهای مرکز مطالعات توسعه قضایی در زمینه پیشگیری از بزهکاری**  
در راستای اجرای طرح توسعه قضایی<sup>۱</sup> مرکز مطالعات توسعه قضایی در سال ۱۳۸۱ ش. زیر نظر معاونت حقوقی و توسعه قضایی تأسیس شده است تا با استفاده از دانشگامیان به پژوهش‌های نظری و کاربردی متعددی در زمینه علوم حقوقی و جنایی از جمله پیشگیری از بزهکاری مبادرت ورزد. بدین سان، مرکز مزبور مطابق بند ۱۰ شرح وظایف آن موظف شده است، سیاستهای راهبردی پیشگیری از جرم را تدوین نماید. این مرکز برای تبیین راهبردها، سیاستها، هدفهای کلان نظام قضایی، ارزیابی میزان دستیابی به هدفهای مورد نظر، شناسایی گستره‌های نیازمند اصلاح، بررسی دورنمای توسعه قضایی و ارائه نظرهای مشورتی و پیشنهاد راهکارهای اجرایی (همان، ۷۵)، کمیسیونهای تخصصی متعددی را در زمینه سیاست جنایی، حقوق بازرگانی، حقوق مدنی، حقوق زنان و کودکان و پیشگیری از بزهکاری تشکیل

۱. گفتنی است که توسعه قضایی در باور مسئولان عالی قضایی دربرگیرنده تغییرات مثبت، هدفمند و اساسی برای دستیابی به عدالت، کیفیت، کارایی و اعتمادسازی در نظام قضایی کشور می‌باشد (برای آگاهی بیشتر، ر. ک: معاونت حقوقی و توسعه قضایی، ۱۳۸۴: ۱۴-۷).

داده است.

کمیسیون پیشگیری از وقوع جرم از سال ۱۳۸۱ ش. تاکنون با حضور شماری از پژوهشگران حقوق کیفری و جرم‌شناسی، از یک سو به مطالعه‌های نظری و کاربردی در زمینه موضوعهایی مانند درآمدی بر مدیریت پیشگیری از جرم، سیمای جنایی ایران، پیشگیری محیطی از بزهکاری، پیشگیری از بزهکاری و بزه‌دیدگی کودکان، رهیافتهای بین‌المللی پیشگیری از بزهکاری و بزه‌دیدگی، نقش پلیس در پیشگیری از جرم، ارزیابی پیشگیری از بزهکاری و پیشگیری از بزهکاری و بزه‌دیدگی در کانادا پرداخته است (کمیسیون پیشگیری از وقوع جرم مرکز مطالعات توسعه قضایی، ۱۳۸۵: ۱-۶).

از سوی دیگر، به منظور اجرای قسمت نخست بند ۵ اصل ۱۵۶، تمرکزگرایی در مدیریت پیشگیری از بزهکاری، بومی کردن سیاستهای پیشگیری از بزهکاری و فراهم کردن بسترهای مناسب برای مشارکت نهادهای جامعه‌ی در این زمینه، لایحه پیشگیری از وقوع جرم و پیش‌نویس برنامه ملی پیشگیری از جرم را تدوین نموده است (نیازپور، ۱۳۸۲: ۱۴۸-۱۴۹).

لایحه یادشده دربرگیرنده ۹ ماده و ۷ تبصره است که تعریف پیشگیری از جرم در ماده ۱، هدفها و وظایف سازمان پیشگیری از جرم در ماده ۴، ساختار و وظایف شورای عالی پیشگیری از جرم در ماده ۵ و ۶، ساختار و وظایف شورای استانی و شهرستانی پیشگیری از جرم در ماده ۷ و ۸ و چگونگی تدوین آیین‌نامه آن در ماده ۹ بیان شده است.<sup>۱</sup> برنامه مزبور نیز دربرگیرنده چهار فصل است که مفهوم پیشگیری از بزهکاری و گونه‌های آن در فصل نخست، وضعیت پیشگیری از بزهکاری در ایران در فصل دوم، بیانیه مأموریت، چشم‌انداز، هدفها و راهبردهای این برنامه در فصل سوم و برنامه‌ها و طرحهای پیشگیری از بزهکاری به دو شکل عمومی و اختصاصی در فصل چهارم تبیین شده است (کمیسیون پیشگیری از وقوع جرم مرکز مطالعات توسعه قضایی، ۱۳۸۵).

۱. این لایحه در زمان نگارش مقاله، آذرماه ۱۳۸۵ ش. پس از تصویب در هیئت دولت در مجلس شورای اسلامی تحت بررسی است.

این کمیسیون اگرچه از هنگام تأسیس تاکنون تلاش کرده است با حضور پژوهشگران پیشگیری از بزهکاری و استفاده از دیدگاههای دانشگامیان، وضعیت مدیریت پیشگیری از بزهکاری در ایران را سامان بخشد، به نظر می‌رسد با مشکلات متعددی از جمله برخوردار نبودن از ساختار و امکانات مالی مناسب، نداشتن آمار جنایی مورد نیاز و وجود نهادهای متعدّد موازی متولی مطالعه و اجرای پیشگیری از بزهکاری در درون قوه قضائیه روبه‌روست.

۲. اقدامهای نهادهای مدیریتی-قضایی در زمینه پیشگیری از بزهکاری  
 قوه قضائیه از نیمه دوم دهه ۱۳۷۰ ش. در راستای اجرای قسمت نخست بند ۵ اصل ۱۵۶ قانون اساسی، پیشگیری از بزهکاری در سطح کلان مدیریتی آن قوه مطرح کرده است؛ از این رو، نهادهای مدیریتی متعددی در این قوه با رویکردهای مختلف به منظور اجرای قسمت نخست بند مزبور تشکیل شده است.

یک. اقدامهای معاونت اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم در زمینه پیشگیری از بزهکاری

قوه قضائیه با درک این موضوع که با گذشت بیش از دو دهه از تدوین قانون اساسی، هنوز گامی جدی در زمینه پیشگیری از بزهکاری برداشته نشده است، به تأسیس معاونت اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم در سال ۱۳۸۲ ش. همت گمارد. این معاونت برای انجام مهم‌ترین وظیفه‌اش، که همان مطالعه در زمینه پیشگیری از بزهکاری بود، از شش بخش دفتر مطالعات و بررسیهای پیشگیری از وقوع جرم، اداره کل ارتباطات و مشارکتهای مدنی، اداره کل اخبار و اطلاع‌رسانی، مرکز مطبوعات و انتشارات، دفتر امور ایثارگران و اداره کل حوزه معاونت تشکیل می‌شد. دفتر مطالعات و بررسیهای پیشگیری از وقوع جرم و اداره کل ارتباطات و مشارکتهای مدنی موظف بودند به مطالعه و پژوهش در زمینه موضوعهای اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم مورد نیاز معاونت و قوه قضائیه و نیز برقراری ارتباط و جلب همکاری و مشارکت با نهادهای مختلف دولتی و غیر دولتی مبادرت ورزند. این دو اداره کل برای انجام این وظایف، بیشتر به برنامه‌ریزی در زمینه اطلاع‌رسانی

و آموزش عمومی از راه دور مردم در امور حقوقی-قضایی و پیشگیری از بزهکاری، همکاری در برگزاری برخی همایشها و رایزنی با شماری از نهادهای دولتی و جامعی به منظور ظرفیت‌سنجی در این راستا پرداختند (معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضائیه، ۱۳۸۴: ۱۲۱-۱۲۵). بدین ترتیب، این معاونت با وجود اینکه نزدیک دو سال - یعنی تا سال ۱۳۸۴ ش. - فرصت داشت تا با بهره جستن از دانشگاهیان و به کارگیری نیروهای متخصص پیشگیری از بزهکاری، چالشهای فراروی قسمت نخست بند ۵ اصل ۱۵۶ را تا اندازه‌ای برطرف سازد، به دلیل تمرکز بر جنبه‌های اطلاع‌رسانی پیشگیری از بزهکاری و به کارنگرفتن نیروهای متخصص در این زمینه، نتوانست در بهبود وضعیت مدیریت پیشگیری از بزهکاری در ایران گام مؤثری بردارد.

دو اقدامهای سازمان قضایی نیروهای مسلح در زمینه پیشگیری از بزهکاری سازمان قضایی نیروهای مسلح در سال ۱۳۷۶ ش. به منظور علت‌شناسی بزهکاری ویژه نظامیان، تحلیل آمار جرمهای شایع و بررسی موانع دستیابی به هدفهای مورد نظر در زمینه پیشگیری از جرم، و انجام زمینه‌یابیهای مؤثر در نیروهای مسلح و تبیین اهمیت جرم‌شناسی و پیشگیری از جرم به تأسیس اداره کل پیشگیری از جرم زیر نظر معاونت قضایی و حقوقی سازمان مذکور مبادرت ورزید. این اداره کل با تدوین دو برنامه پنج‌ساله، در صدد کاهش میزان بزهکاری ویژه نظامیان بود. برنامه پنج‌ساله نخست پیشگیری از وقوع جرم که از سال ۱۳۷۶ تا ۱۳۸۱ ش. اجرا شده است با رویکردی جامعی به نیازسنجی پژوهشی جهت تعیین اولویتهای تحقیق، امکان‌سنجی و برآورد امکانات و تسهیلات درون‌سازمانی و برون‌سازمانی، بررسی علمی علل و انگیزه‌های ارتکاب جرایم خاص شایع و بااهمیت در نیروهای مسلح، و ترسیم ساختار مناسب برای پیشگیری از وقوع این دسته از جرمها توجه داشت (همان، ۱۸۰)؛ بدین سان، اداره کل پیشگیری از جرم در گام نخست، از رهگذر برنامه مزبور، به شناسایی وضعیت موجود بزهکاری ویژه نظامیان، علت‌شناسی این گونه از بزهکاری و پیشگیری از وقوع آن مبادرت ورزید.

برنامه پنج ساله دوم پیشگیری از وقوع جرم که برای سال ۱۳۸۲ تا ۱۳۸۷ ش. پیش‌بینی شده است، با رویکردی عملیاتی بر اقدامهایی مانند ترسیم نقشه جغرافیایی محیطهای جرم‌زا، تحلیل جمعیت کیفری جرایم خاص، تهیه برنامه‌های دیداری آموزشی بر اساس نتایج تحقیقات، تقویت ستادی پیشگیری از وقوع جرم در استانها و پردازش توصیفی آمار جرایم خاص تأکید کرده است. این اداره کل با چنین برنامه‌ای، در نظر دارد که در گام دوم، بسترهای مناسب را برای اجرای راهکارهای پیشنهادشده در برنامه پیشین فراهم نماید. به هر حال، سازمان قضایی نیروهای مسلح به دلیل تمرکز بر پیشگیری از وقوع دسته‌ای از بزهکاری و گزینش رویکردی بخشی نمی‌تواند به گونه‌ای کامل به اجرای قسمت نخست بند مزبور جامه عمل بپوشاند.

سه. اقدامهای ستاد حفاظت اجتماعی در زمینه پیشگیری از بزهکاری  
ستاد حفاظت اجتماعی در سال ۱۳۸۳ ش. بر اساس آیین‌نامه مصوب رئیس قوه قضائیه برای نیل به هدفهای زیر تشکیل گردیده است:

- هدایت جوانان متدین، اصلاح اجتماعی و حفاظت و صیانت جامعه، برقراری ارتباط همه‌اقتشار با تشکیلات قضایی و اخذ اطلاعات صحیح از میان مردم (مقدمه).
- اجرای بند ۱ اصل ۳ و بندهای ۴ و ۵ اصل ۱۵۶ و بند ۱ اصل ۱۵۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و برای عینیت بخشیدن به اصل ۸ قانون اساسی که وظیفه‌ای همگانی است...» (ماده ۱).
- احیای سنت حسنه امر به معروف و نهی از منکر، پیشگیری از وقوع جرم، پاکسازی جامعه از عناصر مجرم، انسجام بخشیدن به امت حزب الله در جهت اصلاح جامعه و نظارت و حمایت قانونی از امر به معروف و نهی از منکر» (ماده ۳).
- ستاد یادشده مطابق مواد ۶، ۸ و ۹ آیین‌نامه، در سطح استانی و شهرستانی با برخورداری از معاونتهای اداری، مالی و پشتیبانی، هماهنگی، مردمی و آموزش، تحقیقات و پیشگیری، به دنبال اجرای هدفها و انجام وظایف واگذار شده است. معاونتهای آموزش، مردمی، تحقیقات و پیشگیری، مطابق بندهای «ز» و «س» ماده ۸

آیین‌نامه مذکور در خصوص آموزش کلیهٔ مأمورین ستاد، تهیهٔ جزوه‌های خبری برای آنان، آموزش همگانی و بالابردن اطلاعات مردم در خصوص جرایم، پژوهش از طریق مؤسسات تحقیقاتی برای پیشگیری از جرم و دفاع حقوقی از مأمورین ستاد (بند «ز») و راه‌اندازی هسته‌های نخستین در محلات، مساجد، اصناف، ادارات، کارخانجات و اقشار مختلف مردم مانند دانشگاهها، حوزه‌های علمیه و غیره (بند «س») فعالیت می‌کنند.

این ستاد به دلیل برخورداری از ساختاری قضایی-امنیتی (نیازپور، ۱۳۸۳: ۲۲۱)، نداشتن امکانات اجرایی، تمرکز بر استخدام نیرو، تعدیل نیروی انسانی، تغییر یا اصلاح ساختار و تعیین بودجه، نمی‌تواند با رویکردی جرم‌شناختی در زمینهٔ پیشگیری از بزهکاری مؤثر باشد. بدین ترتیب، با توجه به اینکه اجرای دقیق قسمت نخست بند ۵ اصل یادشده به تصویب قانون نیازمند است نه آیین‌نامه، قوهٔ قضائیه نیز باتدوین «لایحهٔ پیشگیری از وقوع جرم» در واقع، به دنبال پیروی از «رویکرد مدیریتی» به پیشگیری از بزهکاری است؛ بنابراین، به نظر می‌رسد با تصویب این لایحه، ادامهٔ فعالیت ستاد یادشده عملاً منتفی شود (برای آگاهی بیشتر، رک: نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۳).

## نتیجه‌گیری

پیشگیری از بزهکاری امروزه در کنار سرکوبگری به عنوان یکی از مؤثرترین ابزارهای سیاست جنایی برای پاسخ‌دهی به بزهکاری به شمار می‌رود. استادان علوم جنایی ایران در پرتو آموزش و پژوهش و سیاست‌گذاران جنایی ایران نیز از رهگذر تدوین مقررات، سیاست‌گذارها و برنامه‌ریزها به پیشگیری از بزهکاری توجه کرده‌اند. با وجود این، پیشگیری از بزهکاری در ایران با چالشهایی روبه‌روست که برای رفع آن باید راهکارهایی ارائه شود:

### ۱. آموزش دست‌اندرکاران پیشگیری از بزهکاری

سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی دقیق در زمینهٔ پیشگیری از بزهکاری نیازمند تخصص



دست‌اندرکاران در این خصوص و اشراف آنان به مباحث جرم‌شناختی، به ویژه مباحث پیشگیری از بزهکاری است؛ از این رو، شماری از اسناد فراملی مانند پیمان‌نامه مبارزه با فساد سال ۲۰۰۳ م. در بند ۱ ماده ۹ و مواد ۳۶ و ۶۰ به آموزش دست‌اندرکاران پیشگیری از بزهکاری اشاره کرده است. در ایران نیز با توجه به نبود تخصص در میان دست‌اندرکاران پیشگیری از بزهکاری - که یکی از چالشهای اساسی فراروی این امر به شمار می‌رود و به همین دلیل نویسندگان پیش‌نویس برنامه ملی پیشگیری از جرم در بند «ب» گفتار چهارم و بند «الف» گفتار پنجم مبحث نخست فصل چهارم بر لزوم آموزش دست‌اندرکاران پیشگیری از بزهکاری تأکید ورزیده‌اند - به کارگماردن متخصصان پیشگیری از بزهکاری یا آموزش دست‌اندرکاران این امر از راه برگزاری دوره‌های فراگیر می‌تواند نقش به‌سزایی در اتخاذ سیاستهای دقیق در زمینه پیشگیری از بزهکاری ایفا نماید.

## ۲. تمرکزگرایی در مدیریت پیشگیری از بزهکاری

پیشگیری از بزهکاری در ایران بر اساس مقررات فراتقنینی و شماری از مقررات تقنینی و فروتقنینی به برخی از نهادهای اجرایی و قضایی واگذار شده است. این نهادها معمولاً برای اجرای این وظیفه به دلیل نبود هماهنگی و مدیریت متمرکز تاکنون با رویکردهای ناهمگون و گاه متضاد، به سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی در خصوص پیشگیری از بزهکاری پرداخته‌اند؛ از این رو، تمرکزگرایی در مدیریت پیشگیری از بزهکاری که از سوی تدوین‌کنندگان «لایحه پیشگیری از وقوع جرم» نیز در صدر ماده ۲ و بند ۳ ماده ۳ مورد توجه قرار گرفته است، می‌تواند بر همگرایی نهادها در سیاست‌گذاریها و برنامه‌ریزیها تأثیرگذار باشد.

## ۳. اصلاح نظام آمار جنایی

آمار جنایی که از میزان چندی یا شمارش جامعه بزهکاران (بزهکاران مهاجر، بزهکاران خردسال، زنان بزهکار و...) یا اعمال مجرمانه (قتل، سرقت، کلاهبرداری و...) به اعتبار یکی از ویژگیهای کیفی موضوع (اردبیلی، ۱۳۶۵: ۱۵۸) سخن می‌گوید، نقش مؤثری در نظریه‌پردازی، سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی در زمینه پیشگیری از

بزهکاری ایفا می‌کند. در کشور نهادهای متعددی مانند نیروی انتظامی، دادسرا و سازمان زندانها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور با تأسیس واحدهای آمار که گاه به انتشار آمارهای جنایی (برای آگاهی بیشتر، رک: رحمدل، ۱۳۸۳: ۳-۱۲۳) مبادرت می‌ورزند. با وجود این، به نظر می‌رسد انتشار این آمارها نمی‌تواند از یک سو به دانشگاهیان در ترسیم سیمای جنایی ایران و نظریه‌پردازی در زمینه پیشگیری از بزهکاری و از سوی دیگر، به سیاست‌گذاران جنایی در شناسایی مشکلات و اتخاذ تدابیر مناسب کمک کند؛ زیرا این آمارها معمولاً برای پیشبرد هدفهای درون‌سازمانی، دریافت بودجه، گزارش عملکرد و مواردی از این قبیل تنظیم می‌شوند. بدین‌سان، اصلاح نظام آمار جنایی ایران که از سوی پیش‌نویسان برنامه ملی پیشگیری از جرم نیز در قسمت سوم بند «ب» گفتار پنجم مبحث نخست فصل چهارم مورد اشاره قرار گرفته است، امری ضروری به شمار می‌آید.

#### ۴. بسترسازی برای مشارکت نهادهای جامعوی

سیاست جنایی در معنای امروزی آن، دربرگیرنده آن دسته از تدابیر کنشی و واکنشی است که از سوی نهادهای دولتی و جامعوی برای پاسخ‌دهی به پدیده مجرمانه اتخاذ می‌شود؛ بنابراین، سیاست‌گذاران جنایی، امروزه افزون بر واگذاری پیشگیری از بزهکاری به شماری از نهادهای دولتی برای دسترسی به نتیجه‌ای بهتر، بیشتر بر «پیشگیری دولتی از بزهکاری» تأکید می‌ورزند تا «پیشگیری جامعوی از بزهکاری»؛ از این رو، بسترسازی برای مشارکت نهادهای جامعوی که در صدر ماده ۲ و بند ۴ ماده ۳ لایحه پیشگیری از وقوع جرم و در بند «ج» گفتار ششم مبحث نخست فصل چهارم پیش‌نویس برنامه ملی پیشگیری از جرم مورد توجه قرار گرفته است، می‌تواند بر کاهش میزان بزهکاری تأثیرگذار باشد.

#### ۵. پیش‌بینی بودجه‌ای جداگانه برای پیشگیری از بزهکاری

بودجه و امکانات مالی مناسب، خواه برای نهادهای دانشگاهی و پیرادانشگاهی و خواه برای دستگاههای اجرایی و قضایی، می‌تواند به این نهادها در نظریه‌پردازیها، سیاست‌گذاریها و برنامه‌ریزیها کمک شایان توجهی نماید. در کشور

سیاست گذاران جنایی برای پیشگیری از بزهکاری تاکنون بودجه‌ای جداگانه جز در یک مورد خاص، یعنی پیشگیری از بزهکاری مواد مخدر پیش‌بینی نکرده‌اند؛ از این رو، با توجه به نقش مؤثر توانایی مالی نهادها و دستگاهها در آموزش و پژوهش پیشگیری از بزهکاری و اجرای دقیق برنامه‌ها و طرحهای پیشگیرانه، اختصاص بودجه‌ای مستقل به پیشگیری از بزهکاری امری مفید به نظر می‌رسد.

بدین ترتیب، با توجه به اینکه امروزه در پرتو شماری از اسناد فراملی می‌توان از «جهانی‌شدن مفهوم پیشگیری از بزهکاری» سخن گفت، بهتر است سیاست گذاران جنایی با برطرف کردن موانع یادشده بر سرراه دانشگاهیان و مرتفع ساختن کاستیهای دستگاههای اجرایی و قضایی، پیشگیری از بزهکاری را در سیاست جنایی ایران سامان بخشند.

## کتاب‌شناسی

- آنسل، مارک، *دفاع اجتماعی*، ترجمه محمد آشوری و علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۵.
- «آیین‌نامه مرکز مطالعات حقوقی و قضایی دادگستری»، *فصلنامه حق*، دفتر یکم، ۱۳۶۴.
- اداره کل امور فرهنگی و پیشگیری دبیرخانه ستاد مبارزه با مواد مخدر، *کارنامه فعالیتها و اقدامات فرهنگی و پیشگیری از سال ۱۳۸۱ تا سال ۱۳۸۳*، ۱۳۸۳.
- اردبیلی، محمدعلی، «آمار جنایی»، *فصلنامه حق*، شماره ۸، ۱۳۶۵.
- همو، «مصاحبه در مورد برنامه‌های گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی»، *خبرنامه انجمن ایرانی حقوق جزا*، شماره ۲، ۱۳۸۴.
- بدریان، فخرالدین، *مجموعه کامل قوانین و مقررات مواد مخدر*، انتشارات رهام، ۱۳۸۲.
- بکاریا، سزار، *رساله جرایم و مجازاتها*، ترجمه محمدعلی اردبیلی، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۰.
- پردل، ژان، *تاریخ اندیشه‌های کیفری*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، سمت، ۱۳۸۰.
- خسروی، محمدرضا، آشنایی با مرکز پژوهشهای قوه قضائیه، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۲۲، ۱۳۷۷.
- دفتر پیشگیری از آسیبهای اجتماعی معاونت امور فرهنگی و پیشگیری سازمان بهزیستی کشور، *خلاصه برنامه‌های جاری*، ۱۳۷۷.
- دفتر حقوقی و قوانین وزارت رفاه و تأمین اجتماعی، «فرایند تدوین و تصویب قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی ایران»، *مجله حقوقی تأمین اجتماعی*، شماره ۱، ۱۳۸۴.
- رحمدل، منصور، «آمار جنایی و کارکردهای آن»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۴۸ و ۴۹، ۱۳۸۳.
- *روزنامه اطلاعات*، ۹ خرداد ۸۵، شماره ۲۳۶۴۰.
- سعدی شیرازی، شیخ مصلح‌الدین، *گلستان*، تصحیح محمدعلی فروغی، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۰.
- شرح وظایف «قطب سیاست جنایی»، موجود در دفتر قطبهای علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
- صفاری، علی، «مبانی نظری پیشگیری از وقوع جرم»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۳۳ و ۳۴، ۱۳۸۰.
- طاهایی نژاد، سیدعلیرضا، *پیشگیری از بزهکاری و اصلاح بزهکاران در حقوق ایران*، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۱.
- کمیسیون پیشگیری از وقوع جرم مرکز مطالعات توسعه قضایی، *پیش‌نویس برنامه ملی پیشگیری از جرم*، ۱۳۸۵.
- کمیسیون پیشگیری از وقوع جرم مرکز مطالعات توسعه قضایی، *گزارش عملکرد از سال ۱۳۸۱ تا سال ۱۳۸۴ و برنامه‌های آن در سال ۱۳۸۵*، ۱۳۸۵.
- کی‌نیا، مهدی، *مبانی جرم‌شناسی*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۶.
- گسن، رمون، *جرم‌شناسی نظری*، ترجمه مهدی کی‌نیا، تهران، مجد، ۱۳۷۴.
- مدیریت پیشگیری از آسیبهای اجتماعی و مواجهه با بلایای طبیعی وزارت آموزش و پرورش، *اهداف و برنامه‌ها*، ۱۳۸۴.
- معاونت حقوقی و توسعه قضایی، *عملکرد پنج‌ساله نخست و برنامه جامع عملیاتی دوم توسعه قضایی*، قم، سلسبیل، ۱۳۸۴.

- نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «از حقوق جنایی تا علوم جنایی» (دبیاچه)، علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، سمت، ۱۳۸۳.
- همو، «پیشگیری از بزهکاری و پلیس محلی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۵ و ۲۶، ۱۳۷۸.
- همو، «پیشگیری عادلانه از جرم»، علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، تهران، سمت، ۱۳۸۳.
- همو، تقریرات جرم‌شناسی دوره دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۳.
- همو، «جایگاه جرم‌شناسی در ایران»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۶۸ و ۱۶۹، ۱۳۷۶.
- همو، «جرم‌شناس: صاحب یک تخصص علمی یا صاحب یک کار حرفه‌ای»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۵۶ و ۱۵۷، ۱۳۷۲.
- همو، «سیاست جنایی سازمان ملل متحد»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۸، ۱۳۷۵.
- همو، سیاست جنایی، علوم جنایی، قم، سلسیل، ۱۳۸۴.
- همو، «نقش مطالعات و یافته‌های جرم‌شناسی در تحولات حقوق کیفری و جرم‌شناسی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۳ و ۱۴، ۱۳۷۳.
- همو و حمید هاشم‌بیگی، دانشنامه جرم‌شناسی، تهران، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۰.
- نوربها، رضا، زمینه جرم‌شناسی، گنج دانش، ۱۳۷۷.
- نیازپور، امیرحسین، بزهکاری به عادت و پیشگیری از آن، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۳.
- همو، «پیشگیری از بزهکاری در قانون اساسی و لایحه پیشگیری از وقوع جرم»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۵، ۱۳۸۲.
- همو، «حقوق پیشگیری از بزهکاری در ایران»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۸ و ۴۹، ۱۳۸۳.
- وامقی، روشنگر و سعید مدنی قهفرخی، «جایگاه پیشگیری در نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی»، مجله حقوق تأمین اجتماعی، شماره ۱، ۱۳۸۴.
- وزیریان، محسن، «مروری بر برنامه‌های کاهش تقاضای مواد در ایران و توصیه‌هایی برای برنامه‌های توسعه و راهبری کشور»، مجله رفاه اجتماعی، شماره ۸، ۱۳۸۲.



# اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها

## در فقه و حقوق

□ سیداحمد سجادی نژاد<sup>۱</sup>

□ دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علوم اسلامی

رضوی

### چکیده

اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها که اصول مختلفی از جمله اصل قانونی بودن جرم و اصل قانونی بودن نوع و میزان مجازاتها را در درون خود دارد و با اصل قانون‌گرایی متفاوت است، در این مقاله، تجزیه و تحلیل شده و صراحت مواد و اصول قانونی که در جهت اثبات آن مورد استشهاد نویسندگان قرار گرفته، نقد و بررسی شده است. در نهایت، اصل قانونی بودن نوع و میزان مجازاتها، بر خلاف اصل قانونی بودن در خود جرم، غیر علمی شناخته شده است.

کلیدواژگان: قانون، جرم، مجازات، اصل قانونی بودن، اصل قانون‌گرایی، برائت، آزادی.

طرح مسئله

بی‌شک، موضوع این پژوهش یعنی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها که از ابتکارات «سزار بکاریا» است، جدید نیست و آثار مکتوب نیز در این زمینه فراوان است، در عین حال، بر خلاف سایر آموزه‌ها که پس از تولد تبیین و تعمیق می‌یابد، این اصل همچنان ناپخته باقی مانده و حتی پس از به وجود آمدن علم جرم‌شناسی و وارد شدن آموزه‌های آن در حقوق کیفری، بر پیچیدگی و اجمال آن نیز افزوده شده است.

در این مقاله، بر آنیم تا پس از تبیین اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در فقه، گستره و مرزبندی آن در حقوق را تبیین و با پاسخ به سؤالهای زیر، تردیدهای به وجود آمده درباره آن را برطرف کنیم.

آیا اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها یک اصل است یا اصول متعدد؟ آیا اصل قانونی بودن به امور کیفری اختصاص دارد یا هر تکلیف آمره‌ای، اعم از کیفری و غیر کیفری همچون تکلیف به پرداخت مالیات و...، را شامل می‌شود؟ اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها با قانون‌گرایی چه تفاوتی دارد؟ در صورتی که اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها متعدد باشد، آیا همه اصول موجود در درون آن، قابل اثبات و علمی است یا نه؟ در هر صورت دلیل آنها چیست؟ پاسخ به سؤالهای فوق را در سه گفتار تحلیل اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، اصل قانونی بودن جرم و اصل قانونی بودن مجازات پوشش می‌دهیم.

## گفتار نخست: تحلیل اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و تفاوت آن با اصل قانون‌گرایی

### الف) تحلیل اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها

اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها که نویسندگان به مناسبت‌های مختلف، بدان اشاره کرده‌اند، اصول مختلفی را در خود دارد. این اصول عبارت است از:

۱. اصل قانونی بودن تکلیف؛
۲. اصل قانونی بودن جرم؛



۳. اصل قانونی بودن استحقاق مجازات؛

۴. اصل قانونی بودن نوع مجازات استحقاقی؛

۵. اصل قانونی بودن میزان مجازات استحقاقی؛

۶. اصل قانونی بودن اجرای مجازات استحقاقی.

هر یک از این اصول را مختصراً توضیح می‌دهیم.

## ۱. اصل قانونی بودن تکلیف

اصل قانونی بودن به امور کیفری اختصاص ندارد، بلکه وجه مشترک همه تکالیف، اعم از مدنی، کیفری، داخلی و بین‌المللی است که مقام صلاحیت‌دار،<sup>۱</sup> آن را تصویب و اعلام می‌نماید و تقسیم تکلیف به قانونی و غیر قانونی، معقول و منطقی به نظر نمی‌رسد؛ هر چند ضمانت اجرای تکالیف به مدنی و کیفری تقسیم‌پذیر می‌باشد. اصل قانونی بودن تکلیف که در درون اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها می‌توان آن را یافت، بدین معناست که تکلیفی بر دوش کسی نیست مگر اینکه قانون، آن را به عنوان تکلیف شناخته باشد.

در اکثر قوانین، به ویژه قوانین مدنی، تجاری و آیین دادرسی، تکالیف با شیوه صریح از قبیل «باید»، «نباید»، «مکلف است»، «موظف است»، «ممنوع است» و امثال اینها بیان شده است (ر.ک: قانون تجارت مواد ۶، ۱۵۰، ۱۹۵، ۲۴۲؛ آ.د.ک. مصوب ۱۳۷۸/۶/۲۸ مواد ۱۶، ۲۰، ۲۳، ۲۴، ۲۷، ۲۹، ۳۱، ۳۴، ۳۷، ۴۰، ۴۳، ۴۶، ۸۴، ۱۰۳، ۱۲۴، ۱۲۷، ۱۳۲، ۱۴۴). شارع مقدس نیز نوعاً از همین شیوه (امر و نهی) بهره می‌گیرد و در قوانین کیفری در قالب بیان مجازات و کیفر تخلف از تکلیف که شیوه‌ای غیر صریح است، بیان می‌شود. بین این دو شیوه، به لحاظ ماهوی تفاوتی وجود ندارد، جز اینکه در شیوه دوم با بیان ضمانت اجرای کیفری به جای بیان اصل تکلیف، اهمیت این بخش از تکالیف گوشزد می‌شود.

۱. مقام صلاحیت‌دار به تناسب نظامهای مختلف و اختیارات، متفاوت است.

## ۲. اصل قانونی بودن جرم

اصل قانونی بودن جرم بدین معناست که قانون به یکی از شیوه‌های پیش گفته، وظایف و تکالیفی را که تخلف از آنها ضمانت اجرای کیفری دارد، برشمرده باشد تا مستند حکم قاضی در صدور حکم قرار گیرد و تصریح به جرم بودن فعل یا ترک فعلی لازم نیست؛ زیرا جرم مفهوم انتزاعی تخلف از وظایف و تکالیف مندرج در قوانین است و هر نوع تخلفی از تکلیف اولاً و بالذات، به لحاظ عقلی و منطقی، جرم و مرتکب آن مستحق کیفر است و اگر بعضاً به دلیل اهمیت کم موضوع، به ویژه در حقوق مردم، مقنن تنها به ضمانت اجرای غیر کیفری، نظیر پرداخت خسارات، اکتفا می‌کند، دلیل بر جرم نبودن این نوع از تخلف نیست؛ بنابراین، هرگاه قانونگذار خسارت وارده بر اثر تخلف از تکالیف را همچون چک بی‌محل، جدی تشخیص دهد، یا بخواهد از حقوق قشر خاصی همچون نفقه‌زوجه حمایت بیشتری بکند، یا تنها راه حفظ نظم و سر نهادن به قانون را کیفر بداند، دیگر به ضمانت اجرای مدنی اکتفا نکرده، متخلف را مجازات خواهد کرد. جرم‌انگاریهای حکومت نیز در شرایط مختلف بر همین اساس توجیه‌پذیر بوده، نمی‌توان آن را برخاسته از زور و قدرت او دانست، بلکه بر اساس حقّ اولیّه حکومت مبنی بر جرم بودن تخلف از تکلیف است؛ زیرا مکلف در هر حال، قانون حکومت را که مشروعیت آن مفروض است، زیر پا گذاشته، بدین وسیله استحقاق مجازات را بر خود خریده است.

## ۳. اصل قانونی بودن استحقاق مجازات

اصل قانونی بودن استحقاق مجازات بدین معناست که قانون مرتکب جرم را مستحقّ مجازات بداند، البته تصریح به آن لازم نیست، بلکه جرم بودن فعل یا ترک فعل کفایت می‌کند؛ زیرا بین جرم و استحقاق مجازات ملازمه است و جرم بدون استحقاق کیفر، لغو و استحقاق کیفر بدون جرم، قبیح و ظالمانه است.

## ۴ و ۵. اصل قانونی بودن نوع و میزان مجازات استحقاقی

این اصل چنان که از نامش پیداست، به دو اصل جدای از هم تقسیم می‌شود و بدین

معناست که در قانون، باید «نوع» و همچنین «میزان» مجازات استحقاقی دقیقاً مشخص شود و هیچ اختیاری در این جهت ولو در قالب حداکثری و حداقلی، به قاضی که گفته می‌شود قانون‌گذار نیست و باید صرفاً مجری تصمیمات قانون‌گذار باشد، داده نشود.

## ۶. اصل قانونی بودن اجرای مجازات استحقاقی

این اصل، فرایند اتهام تا اجرای مجازات را دربردارد (افتخار جهرمی، ۱۳۷۸: ۲۵ و ۲۶/۱۸). مجازات تعیین شده به دلایل مختلفی ممکن است اجرا نشود و یا تعلیق شود؛ بنابراین، لازم‌الاجرا بودن مجازات تعیین شده نیز به قانون نیاز دارد. قانون‌گذار نیز باید مجازات‌های قطعی یا تعلیقی و چگونگی اجرای مجازات را مشخص کند.

با توجه به آنچه گفته شد، روشن می‌شود که «اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها» تنها یک اصل نیست تا تحت یک عنوان، به بحث از آن پردازیم، بلکه اصول مختلفی است که چه بسا دلایل هر یک و نتایج حاصل از آنها با هم متفاوت باشد. البته اصل قانونی بودن تکلیف و اصل استحقاق مجازات با جرم، لازم و ملزوم یکدیگرند و اثبات اصل قانونی بودن جرم، آن دو را نیز ثابت می‌کند. از اصل قانونی بودن اجرای مجازات به سبب طولانی شدن صرف نظر می‌کنیم و در این مقاله تنها به اصل قانونی بودن جرم و نوع و میزان مجازات استحقاقی می‌پردازیم.

## ب) اصل قانون‌گرایی

اصل «قانون‌گرایی» یعنی متابعت محض از قانون که ابعاد مختلف جامعه را فرا می‌گیرد؛ از این رو، فراتر از قانون به رسمیت شناخته نمی‌شود. اگر قانون‌گذار در مواردی، تعیین جرم و مجازات را در اختیار قاضی نهد یا مرجع دیگری غیر از مجلس، همچون پادشاه، قوه مجریه یا هر نهاد حکومتی و غیر حکومتی دیگری را به عنوان قانون‌گذار بشناسد و تفکیک قوا را قبول نکند یا جرایم گذشته را مشمول قانون جدید قرار دهد (مثل ماده ۲۷۹ قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴) و عطف به ماسبق را بپذیرد، اصل قانون‌گرایی هیچ‌گونه چرایی را برننافته، متابعت از قانون را در هر حال لازم می‌شمارد. در حالی که اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها اصلی

فراقانونی است و برای قانون گذار و حاکمیت نیز تعیین تکلیف می کند. بنابراین، ممکن است قانون گرای باشد، اما اصل قانونی بودن رعایت نگردد و این امر که «اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها در موردی است که چنین حقی به دادگاه داده نشود» (زراعت، ۱۳۸۰: ۱۱۵) صحیح نخواهد بود؛ از این رو، باید دو اصل یادشده را که یکی بر ایجاد قانون و دیگری بر اجرای آن اصرار دارد و با اندک تأملی می توان به تفاوت آنها پی برد، از یکدیگر جدا کنیم.

همچنین بررسی علمی اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها را که فارغ از شرایط خارجی و اجرایی است، باید از اصل مصلحت گرایی که موقت و معطوف به شرایط خارجی و اجرایی است، جدا کنیم. اعمال اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها به سبب شرایط موجود (مثل ضرورت، عدم اعتماد به قضات و...) که قهراً موقت است، از علمی بودن آن، متفاوت و آثار متفاوتی را به دنبال دارد.

شایان ذکر است که اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها به خودی خود، به تفکیک قوا و اینکه قانون گذار کیست، ارتباطی ندارد، لکن مهم، این است که تکالیف و جرایم، پیشتر اعلام و سپس مؤاخذه صورت بگیرد؛ بنابراین، این اصل به عصر حکومتهای پارلمانی و تفکیک قوا منحصر نیست، بلکه در هر نظامی رعایت آن امکان پذیر است، البته تفکیک قوا در شرایط عدم اعتماد، تا حدودی اصل قانونی بودن را تضمین می کند.

شدت و وحشیانه بودن مجازاتها نیز به اصل قانونی جرایم و مجازاتها و تفکیک قوا ارتباطی ندارد؛ زیرا پارلمان نیز می تواند در عین رعایت اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها، مجازاتهای وحشیانه و غیر منطقی ای را وضع کند.

## گفتار دوم: بررسی اصل قانونی بودن جرم

### (الف) اصل قانونی بودن جرم در شرع (اصل برائت)

برای بررسی اصل قانونی بودن جرم در شرع و فقه، ابتدا باید اصل برائت اولیه را ثابت کرد؛ زیرا اصل قانونی بودن جرم که شارع و قانون گذار را به تعیین و اعلام

تکالیف و جرایم ملزم می‌کند، بر پایه اصل برائت و آزادی عمل استوار است و تکالیف در مرحله بعد و محتاج نص است، چنان که اگر اصل اولیّه، ممنوعیت عمل باشد، نتیجه عکس شده، برائت و آزادی نیاز به نص خاص خواهد داشت و دیگر جایی برای اصل قانونی بودن جرایم باقی نخواهد ماند، بلکه مباحات که خلاف اصل است، نیاز به دلیل خواهد داشت.

نباید تصوّر کرد که اصل برائت و آزادی اولیّه، تردیدناپذیر و مورد وفاق است، بلکه این موضوع در غیر از مستقلات عقلیه (مثل قبح ظلم و لزوم رد ودیعه و ضروریات حیات از قبیل تنفس و برطرف کردن گرسنگی که حرمت اولی و جواز دوم نیاز به دلیل ندارد)، لااقل به لحاظ عقلی، همواره معرکه آرای متقدمان و متأخران، اعم از امامیه و اهل سنت بوده و هست؛ عدّه‌ای به ممنوعیت اولیّه نظر داده‌اند (ر.ک: سید مرتضی، ۱۳۷۶: ۸۰/۲)، گروهی دیگر (اکثر متکلمان و فقها از جمله سید مرتضی) اباحه و برائت اولیّه را پذیرفته‌اند (همان) و دسته سوم از جمله شیخ مفید و شیخ طوسی، از لحاظ عقلی به نظر قاطعی دست نیافته، توقف را اختیار نموده‌اند (ر.ک: شیخ طوسی، ۱۳۷۶: ۷۴۱/۲). جالب است که هر یک از گروه‌های سه‌گانه برای اثبات نظریه خود به دلیل عقل نیز استدلال کرده‌اند.

## ادله برائت

موافقان برائت اولیّه نیز همچون مخالفان، به آیاتی از جمله آیه بعث، آیه تکلیف، آیه تضلیل<sup>۳</sup> و آیه اطعام<sup>۴</sup> استدلال کرده‌اند. اینان همچنین احادیثی از جمله حدیث رفع<sup>۵</sup> و حدیث حجب،<sup>۶</sup> دلیل عقل (قاعده قبح عقاب بلا بیان) و اجماع را به عنوان

۱. ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ (اسراء / ۱۵).

۲. ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِفْرًا مَّا آتَاهَا﴾ (طلاق / ۷).

۳. ﴿وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيُضِلَّ قَوْمًا بَعْدَ إِذْ هَدَاهُمْ حَتَّىٰ يُبَيِّنَ لَهُمْ مَا يَتَّقُونَ﴾ (توبه / ۱۱۵).

۴. ﴿قُلْ لَا أُجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ﴾ (انعام / ۱۴۵).

۵. «رفع عن أمتي تسعة أشياء؛ الخطأ والنسيان وما أكرهوا عليه وما لا يعلمون وما لا يطيقون وما اضطروا إليه والحسد والطيرة والتفكر في الوسوسة في الخلق لم ينطقوا بشقة» (حرر عاملی، بی تا:

۲۷۰/۳؛ شیخ صدوق، ۱۳۸۷: ۳۵۳؛ همو، بی تا: ۴۱۷).

۶. «ما حجب الله علمه عن العباد فهو موضوع عنهم» (حرر عاملی: ۱۲/۱۸، ح ۲۸).

استدلال خویش مطرح کرده‌اند.

### ۱. دلالت آیات بر براءت

بر دلالت آیات مذکور بر مقصود، اشکالاتی وارد است که در ذیل آنها را بیان می‌کنیم.

دلالت آیهٔ بعث بر براءت اولیّه در شبهات حکمیّه تحریمیّه، مورد اشکال دو استوانهٔ اصولی یعنی شیخ انصاری و آخوند خراسانی و دیگران قرار گرفته است. مرحوم آخوند به رغم اینکه این آیه را اظهر آیات مورد بحث بر براءت اولیّه می‌داند، معتقد است این آیه بر نفی فعلیت عذاب دلالت دارد که با استحقاق مجازات و عذاب منافات ندارد، چه بسا فردی به یقین مستحق عذاب است، اما مسائلی همچون شفاعت و تفضّل الهی، مانع از فعلیت آن می‌شود، تا چه رسد به جایی که حرمت آن مشکوک است (آخوند خراسانی، بی‌تا: ۳۳۹)؛ به عبارت دیگر، ارسال رسل کنایه از بیان احکام نیست، بلکه کنایه از اخطار و تأکید است؛ زیرا اعمال گذشتگان همچون قتل نفس که عذاب دنیوی (تکوینی) را به دنبال داشته است، به حکم عقل که همان رسول باطن است، محکوم و موجب عذاب است و ارسال رسل در این آیه و امثال آن،<sup>۱</sup> مربوط به اخطار و اتمام حجّت در احکام عقلی است. مرحوم طبرسی نیز می‌گوید: «ارسال رسل بلیغ‌ترین وجه انذار است نه تمام آن، پس بدون آن نیز عذاب و مؤاخذه جایز است» (طبرسی، ۱۴۰۶: ۵ و ۶/۶۲).

آیهٔ تکلیف نیز در صورتی دلیل بر مدّعاست که مراد از «ما»ی موصول در ﴿ما آتاهَا﴾، «حکم»، «تکلیف» یا «علم» باشد. روایتی نیز در اینکه مراد از آن «علم» است، وارد شده است (کلینی، ۱۳۸۸: ۱/۱۶۴). از سوی دیگر، سیاق آیه مربوط به مال است و نیز ممکن است به معنای مطلق «عطا» باشد تا هم مال و هم علم را شامل بشود. اشکال غیر قابل اغماض بر دلالت آیه، این است که چه مراد از «ما»ی موصول، مال باشد یا علم، این آیه نظیر آیهٔ ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِفْرًا وَّ سَعَهَا﴾ (بقره/ ۱۶) است و به بیان و عدم بیان ارتباطی ندارد، بلکه مربوط به «تکلیف بما لا یطاق» و

۱. ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُوا عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾ (قصص / ۵۹).

«قاعده لا حرج» است (ر.ک: انصاری، ۱۳۸۱: ۱۳۶/۱؛ قدسی، ۱۴۱۶: ۳۱/۳ و ۴۳).

آیه «تضلیل» نیز در صورتی قابل استدلال بر مدعاست که «لِیُضِلَّ» به معنای «عذاب» باشد (قدسی، ۱۴۱۶: ۳۴/۳ و ۳۷؛ هاشمی، ۱۳۸۱: ۳۵/۵).

آیه «اطعام» نیز کیفیت محاجّه با اهل کتاب را بیان می‌کند که محرّماتی را بدون نزول مفروض داشته‌اند. گفته شده که بر کفایت عدم وجدان دلیل برای خلاصی از تکلیف دلالت می‌کند. در پاسخ ممکن است گفته شود که عدم وجدان نبی، دلیل بر عدم وجود است و با عدم وجدان دیگران تفاوت دارد (هاشمی، ۱۳۸۱: ۳۵/۵)، پس این آیه نیز نمی‌تواند دلیل بر مدعا باشد.

بنابراین، بر اساس آنچه گفته شد، هیچ‌یک از آیات یادشده بر براءت اولیّه صراحت ندارد.

## ۲. دلالت احادیث بر براءت

مهم‌ترین دلیل نقلی بر براءت اولیّه، حدیث رفع (حرّ عاملی، بی‌تا: ۲۷۰/۳؛ شیخ صدوق، ۱۳۸۷: ۳۵۳؛ همو، بی‌تا: ۴۱۷) است که به دو طریق جریر بن عبدالله و اسماعیل بن جعفری از امام صادق عَلَيْهِ السَّلَامُ از پیامبر اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نقل شده است. مورد استشهد در این حدیث، جمله «ما لا يعلمون» است که از آن، عدم لزوم احتیاط در شبهات حکمیّه تحریمیّه استفاده شده است (الواعظ الحسینی، ۱۹۰۴: ۲۵۸/۲). در مقابل، شیخ انصاری با بهره‌گیری از سیاق روایت معتقد است جمله مذکور، تنها شبهات موضوعیه را دربرمی‌گیرد (۱۳۸۱: ۳۲۰/۱). از سوی دیگر، آخوند خراسانی معتقد است «ما لا يعلمون» مطلق تکلیف و الزام را دربردارد؛ چه شبهه حکمیّه باشد و چه موضوعیه (بی‌تا: ۳۴۰).

## ۳. دلالت عقل بر براءت

متأخران «قیح عقاب بلا بیان» را از مسلمّات عقلیه دانسته‌اند (ر.ک: حائری، ۱۳۰۸: ۴۲۵؛ انصاری، ۱۳۸۱: ۳۳۵/۱؛ بروجردی، ۱۴۰۵: ۱۹۹). مرحوم آخوند نیز قیح عقاب و مؤاخذه بلا برهان را در مورد بحث، با قاطعیت پذیرفته و شبهات وارده بر آن را پاسخ گفته است (ر.ک: بی‌تا: ۳۴۴). از سوی دیگر، شهید صدر پس از بررسی تاریخچه براءت عقلیه، «قیح عقاب بلا بیان» را که از زمان مرحوم وحید بهبهانی تقریباً مورد اجماع و

اساس فکر اصولیان قرار گرفته است، نامقبول و بی اساس می داند و وجوهی را که مرحوم بهبهانی و محقق اصفهانی برای توجیه آن ذکر کرده اند، رد می کند (قدسی، ۱۴۱۶: ۵۵/۳). آیه الله مکارم شیرازی نیز این قاعده را نپذیرفته است (همان: ۲۳/۵ و ۲۹).

نگارنده معتقد است «قاعده قبح عقاب بلا بیان»، در جای خود، تردیدناپذیر و از مسلمات است، لکن در عین حال، از اصل برائت بیگانه بوده، توان اثبات آن را ندارد؛ زیرا برائت اولیه، پیش فرض «قاعده قبح عقاب بلا بیان» است و تا برائت ثابت نشود، این قاعده موضوعیت ندارد و همزمان نمی تواند موضوع و پیش فرض خود را نیز ثابت کند؛ بنابراین، قاعده مذکور مساوی با دلیل عقل بر برائت نیست؛ از این رو، فحول علما، اعم از امامی و سنی (ر.ک: بهوتی، ۱۴۱۸: ۳۸۲/۶؛ ابن حزم: ۱۲)، درباره اصل برائت، به لحاظ عقلی، به سه نظریه گرایش پیدا کرده اند. افرادی همچون شیخ مفید و شیخ طوسی نظریه توفیق و ممنوعیت اولیه را برگزیده اند و شیخ طوسی و عدّه ای که از نظر عقلی توفیق را پذیرفته اند (شیخ طوسی، ۱۳۷۶: ۷۴۴/۲) برای اثبات برائت اولیه، از دلیل نقلی بهره گرفته اند (همان، ۴۱/۱).

### دلالت اجماع بر برائت

دلالت اجماع بر برائت اولیه نیز خالی از اشکال نیست. اشکال مذکور این است که این اجماع، مدرکی است و آخوند خراسانی نیز ادّعی چنین اجماعی را بی اساس می داند (بی تا: ۳۴۳)؛ زیرا مسئله، مورد اختلاف است (شیخ طوسی، ۱۳۷۶: ۷۴۱/۲) و اجماع با اختلاف سازگار نیست.

برای اثبات برائت به ادله دیگری همچون استصحاب عدم تکلیف قبل از بلوغ، استصحاب عدم تکلیف قبل از شرع، استصحاب عدم تکلیف اول شریعت، استصحاب عدم تکلیف قبل از تحقق موضوع (قدسی، ۱۴۱۶: ۶۳/۳ و ۶۵؛ هاشمی، ۱۳۸۱: ۶۷/۵) و نیز عدم امکان احتیاط و... استدلال شده است که هر یک، قوت کافی برای اثبات مدّعا را ندارد (انصاری، ۱۳۸۱: ۳۳۷/۱).

### نتیجه

ضرورت بیان حکم از سوی شارع (اصل قانونی بودن)، اختصاص به افعالی دارد که



از دایرهٔ داوری عقل یا از حیطةٔ ضروریات حیات خارج است و در مثلِ ظلم، ردّ و دیعه و تنفس هوا، بی هیچ اختلافی بین متقدمان و متأخران، نیاز به بیان حکم از سوی شارع (اصل قانونی بودن) نبوده و حکم عقل کافی است.

ادلهٔ اقامه شده از کتاب حتی آیهٔ شریفهٔ ﴿مَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ (اسراء/ ۱۵)، عقل و اجماع بر برائت اولیه قابل مناقشه است. آیات ارتباط به بیان حکم ندارد، «قیح عقاب بلا بیان» مربوط به مرحلهٔ بعد از ثبوت برائت است نه اثبات کنندهٔ آن و اجماع علاوه بر مدرکی بودن آن، محقق نیست، لکن از مجموع روایات، به ویژه حدیث رفع، یقین به اصل برائت ظاهری در موارد جهل به حکم (اعم از جزئی و کلی، پس از فحص و یأس از دلیل) حاصل می آید و علم به حکم از شرایط عمومی تکلیف به شمار می رود و دلیل بر احتیاط نیز مفقود است. در نتیجه، هر نوع تکلیفی جز موارد یادشده به منزلهٔ استثنای بر اصل بوده، به نصّ خاص نیاز دارد و این، همان اصل قانونی بودن جرم در شرع است.

## ب) اصل قانونی بودن جرم (برائت و آزادی) در حقوق

چنان که در ابتدای مقاله توضیح دادیم، حقوقدانان اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها را نشکافته و اصول متعدّد نهفته در آن را که اثبات هر یک، دلیل خاصّ خود را می طلبد، با یک چوب رانده اند؛<sup>۱</sup> از این رو، ادلهٔ آنان بر اصل قانونی بودن جرم، علاوه بر اینکه صلاحیت اثبات تمام اصول یادشده را که ماهیتاً متمایز از یکدیگرند، ندارد، غیر دقیق نیز هست.

### ۱. اصل قانونی بودن جرم در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران فقط به اصل قانونی بودن جرم (اصل ۳۷) و اصل قانونی بودن استحقاق مجازات (اصل ۳۶) اشاره شده است. این سخن که اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها (با همهٔ اصولی که در درون آن است) به طور صریح در اصول ۲۲، ۲۵، ۳۲، ۳۳، ۱۵۹، ۱۶۶ و ۱۶۹ پذیرفته شده است (کلانتری، ۱۳۷۵: ۹۳)،

۱. گرچه این مطلب واضح است، بازخوانی کتب و مقالات مربوط به اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها از این نگاه، مفید و مؤید است.

خلاف واقع است.

اصول قانون اساسی را از یک نگاه می‌توان به دو قسم تقسیم کرد:

(الف) اصولی همچون اصول مربوط به جمهوریت، اسلامیت، آزادی و اصل برائت (اصول ۲۴، ۳۷، ۴۵، ۴۷، ۵۴، و ۶۲) که نظام را مخاطب قرار داده و او را به انجام یا به رسمیت شناختن اموری موظف می‌کند. طبق این اصول، قانونگذار و حکومت نیز حقّ تخطی از آنها را ندارند و اگر هم به قانونگذار در این زمینه‌ها اختیاراتی داده شده، در حدّ تعیین حدود و شرایط است و اختیار تصمیم‌گیری نسبت به کلیت آن را از قانونگذار سلب کرده است.

(ب) اصولی همچون اصل ۲۲، ۲۵، ۳۲، ۳۳، ۳۶ و ۵۰ است که مجریان قانون عادی را مخاطب قرار می‌دهد.

اصولی که نویسندگان اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها بدانها استناد کرده‌اند (به جز اصل ۳۷ که بدان خواهیم پرداخت) از قسم دوم است که بر محوریت قانون موجود (اصل قانون‌گرایی) تأکید می‌کند که با اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها متفاوت است؛ زیرا تصمیم‌گیری نسبت به اصل قانونی بودن، فراتر از توان و صلاحیت قوهٔ مقننه است، بلکه قانونگذار نیز باید آن را رعایت کند.

با توجه به آنچه گفته شد، روشن می‌شود که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اصل یا اصول صریح در اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها نداریم، بلکه آنچه از قانون اساسی، اثبات‌شدنی و خدشه‌ناپذیر است، اصل برائت و آزادی عمل است که نتیجهٔ روشن و قهری آن، تنها اثبات اصل قانونی بودن تکلیف، جرم و استحقاق مجازات می‌باشد؛ بدین معنا که هرگاه اصل اولیّهٔ برائت و آزادی عمل مفروض و ثابت باشد، وضع هر تکلیفی، گرچه ضمانت اجرای آن کیفری نباشد، در مرتبهٔ بعد از برائت و آزادی قرار گرفته، به منزلهٔ استثنایی بر آن دو است و قهراً به دلیل یا قانونی خاص نیاز دارد و بالملازمه، جرم بودن و استحقاق مجازات نیز ثابت می‌شود. پس اصل آزادی و برائت مهم‌ترین چیزی است که باید ابتدا اثبات شود.

اصول مربوط به آزادی و برائت اولیه در قانون اساسی را می‌توان به سه دسته

تقسیم کرد:

الف) اصول غیر صریح و غیر کلی همچون اصول ۲۲، ۲۵، ۳۲ که به احترام به حیثیت، جان، مال مردم و عدم بازرسی نامه‌ها و...، عدم دستگیری افراد و عدم تبعید مربوط است. در این اصول به آزادی و برائت اولیه تصریح نشده و کلیت هم ندارد، لکن آزادی عمل در برابر حکومت، به صورت موردی، از آنها قابل استفاده است.

ب) اصول کلی اما غیر صریح همچون اصول ۱-۴، ۹، ۱۰، ۱۲، ۱۴، ۲۰، ۲۱، ۲۴، ۲۶-۲۸، ۵۶، ۶۱، ۶۷، ۷۲، ۷۵، ۹۱، ۹۳، ۹۴، ۹۶، ۱۰۵، ۱۲۱، ۱۴۴، ۱۵۱، ۱۶۳، ۱۶۸، ۱۷۰، ۱۷۵، ۱۷۷. در این اصول با محوریت اصل ۴ و ۱۷۷، بر اسلامی بودن تمام قوانین و شئون حکومت تصریح و تأکید شده است. تأکید اصول فوق بر اسلامی بودن، تأکید بر اصل برائت و آزادی اولیه است که شرع نیز آن را پذیرفته است؛ بنابراین، اصول فوق به صورت کلی و فراگیر، بر اصل برائت و آزادی عمل که مبنای اصل قانونی بودن جرم است، دلالت غیر مستقیم دارد.

ج) اصول صریح و کلی همچون صدر اصل ۳۷ که به صورت کلی و فراگیر و بدون اینکه اختصاص به امور خاصی داشته باشد، می‌گوید: «اصل برائت است». این اصل، هم مرحله انتساب جرم به متهم و هم جرم بودن عمل انجام شده را شامل می‌شود. در ذیل اصل ۹ آمده است: «هیچ مقامی حق ندارد به نام حفظ استقلال و تمامیت ارضی کشور، آزادیهای مشروع را هر چند با وضع قوانین و مقررات، سلب کند» و اصل ۵۶ نیز انسان را بر سرنوشت اجتماعی خود حاکم ساخته است.

علاوه بر این، از آنجا که اصل قانونی بودن جرم از اصول فراقانونی است، نبود ماده یا اصل قانونی درباره آن، دلیل بر نبود آن نیست و حتی استدلال به ادله قانونی برای اثبات اصل قانونی بودن جرم، شأن قاعده را در حد یک ماده یا اصل قانونی تغییرپذیر تنزل داده، زمینه انکار آن از طریق تغییر قانون را امکان‌پذیر می‌سازد و این به مصلحت نیست.

## ۲. اصل قانونی بودن جرم در قانون اساسی سایر کشورها و اعلامیه‌های حقوق بشر

عبارت «لا جریمه و لا عقوبة إلا بنص قانونی» یا «لا جریمه و لا عقوبة إلا بنص»

قانونیّ او شرعی» در قانون اساسی کشورهای عربی،<sup>۱</sup> اگر به سلب هر گونه اختیار از قاضی در تعیین جرم و نوع و میزان مجازاتها ناظر باشد، مربوط به اصل قانونی بودن است، در غیر این صورت، اصل قانون گرایی را گوشزد می کند.

در قانون اساسی دیگر کشورها نیز به صورت کلی و فراگیر، به اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها پرداخته نشده، لکن در برخی از این قوانین، همچون قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، به اصل آزادی تصریح شده است و از این جهت قانون اساسی کشورها با هم شباهت دارد؛ برای مثال، اصول ۱۳-۲۲ قانون اساسی ایتالیا و اصل ۵ قانون اساسی سوئیس به اصل آزادی تصریح دارد. قانون اساسی ژاپن نیز که متأثر از قانون اساسی آمریکا و انگلیس است، در اصول ۱۲، ۱۳ و ۱۹-۲۳ آزادی را مشروط بر اینکه محلّ رفاه عمومی نباشد (آزادی اولیه) و آزادی اندیشه، عقیده، مذهب، اجتماعات، مطبوعات، شغل و کار، محلّ اقامت و فعالیتهای علمی و فرهنگی و سایر آزادیها را تضمین کرده و تنها خط قرمز را تجاوز به حقوق دیگران دانسته است. در ماده ۱ و ۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوّب ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸ م.، ماده ۱۱ اعلامیه حقوق بشر اسلامی مصوّب ۱۹۹۰ م. کنفرانس اسلامی قاهره و اعلامیه حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹ و ۱۷۹۳ م. نیز بر آزاد زاده شدن و آزاد بودن انسان تصریح شده است.

هر نظامی که آزادی و برائت اولیه را یک اصل کلی بشناسد، به ناچار باید اصل قانونی بودن در خصوص جرم را بپذیرد؛ زیرا وظایف و تکالیف ایجاد شده که محدودیت انسان را در پی دارد، خلاف اصل آزادی است و هر خلاف اصلی، نیاز به نص خاص یا قانون دارد که این نیز بر عهده مقام صلاحیت دار است. در موردی که این محدودیت از سوی مقام صالح ایجاد و اعلام نشده باشد، به اصل اولی برائت ملحق خواهد شد و ایرادات وارده بر آن، از جمله استفاده مجرمان حرفه ای و آگاه به نصوص قانونی از خلأهای موجود و عدم توان قانونگذار بر جرم انگاری هر آنچه باید جرم بشناسد (فؤاد رزق، ۱۹۹۸: ۱۰-۱۳)، از اساس باطل است؛ زیرا این امر، خلاف

۱. برای نمونه، اصل ۴۷ قانون اساسی یمن، ۶۶ مصر، ۲۱ عراق، ۲۹ سوریه، ۳۸ عربستان، ۳۲ کویت، ۲۱ عمان، ۲۰ بحرین، ۱۵ فلسطین و ۶ میثاق عربی مصوّب ۱۵ سپتامبر ۱۹۹۷ م.

اصل مسلم آزادی است.

البته این سخن که «فعل و ترک فعل هر اندازه زشت، نکوهیده و برای نظام اجتماعی زیان‌بخش باشد، تا زمانی که حکمی وارد نشده یا در قانون پیش‌بینی نشده، قابل مجازات نیست» (اردبیلی، ۱۳۷۹: ۱۲۶/۱) تردید‌پذیر است؛ زیرا عقل مسلم در هر کجا که حکم داشته باشد مثل جرایم طبیعی، خود قانون، بلکه اساس و منشأ قوانین است.

همچنین اگر کسی اصرار ورزد که مراد از قانون در اصل قانونی بودن جرم، قانون وضعی و رسمی است که از سوی مقام ذی صلاح وضع و اعلام می‌شود، باید گفت: اصل قانونی بودن جرم تنها در خارج از دایره حکم عقل و وجدان عمومی، مستدل و منطقی است، اما در جایی همچون قتل نفس که عقل و وجدان عمومی به روشنی حکم دارد، دلیلی بر ضرورت بیان حکم از سوی شارع وجود ندارد. در بحث فقهی نیز اشاره شد که اصل برائت و آزادی عمل در جایی است که از ضروریات حیات و عقل مستقل نباشد.

ایراد دیگری بر اصل قانونی بودن جرم وارد شده است مبنی بر اینکه در هر جامعه‌ای افرادی وجود دارند که گرچه هنوز مرتکب جرم نشده‌اند، خطرناک‌اند و باید اقدام شود، ولو قانون نباشد (نوربها، ۱۳۷۵: ۵۷ - ۵۸). ایراد دیگر که قصاص قبل از جنایت را تجویز می‌کند نیز دفاع‌پذیر نیست. در پایان دو نکته را یادآوری می‌کنیم.

۱. با توجه به معنای «تفسیر» که همان آشکار نمودن واقعیت پنهان است، تقسیم «تفسیر» به مضیق و موسّع که نزد حقوقدان رایج است، مورد تردید است؛ زیرا آشکار نمودن واقعیت پنهان، به مضیق و موسّع تقسیم‌پذیر نیست. البته قیاس تفسیر نیست، بلکه دلیل ظنی غیر معتبر است و تمسک به عام و مطلق که هر دو از ظواهر

۱. «و یقرّر بعض الفقهاء أنّ النصوص المجرمة لا تقبل التفسیر الموسّع لأنّ ذلك یتنافی مع مبدء الشرعیة و هذا التقدير غیر سدید لأنّ مقتضى الشرعیة لا یعتبر فعلاً من الأفعال جریمة و لا یعاقب فاعله بأی عقوبة إلا بنصّ و لما كانت غاية التفسیر علی اختلاف صوره هی الكشف عن حقیقة المراد من النصّ بأنّه إذا التزم المفسّر قواعد التفسیر و ضوابطه اتضح له حقیقة المراد فلا یصحّ له العدول عن هذه الحقیقة فی أىّ حال و إلا كان ذلك تعطیلاً للنصّ» (محمد عوض، ۱۹۹۸: ۹).

است، امری عرفی و دلیل حجیت آن، بنای عقلاست.

۲. نتیجه اصل قانونی بودن جرم، التزام به قاعده عدم جواز عطف به ماسبق است؛ زیرا سرایت قانون مؤخر به گذشته، مصداقی از عمل به غیر قانون است. با این حال، حقوقدانان در مواردی، از جمله قوانین به اصطلاح شکلی، عطف به ماسبق را پذیرفته و دلیل آن را مناسب تر بودن به حال متهم و اجرای بهتر عدالت ارزیابی کرده‌اند (استفانی: ۱۹۹؛ باهری و میرزا علی اکبرخان داور، ۱۳۸۰: ۱۶۲). این مطلب، موجه به نظر نمی‌رسد؛ زیرا عطف به ماسبق چه در قوانین شکلی و چه در قوانین ماهوی، مصداقی از عمل به غیر قانون و غیر صحیح است و آنچه در ذیل ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی و ذیل ماده ۶ قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ آمده،<sup>۱</sup> توجیه حقوقی ندارد؛ زیرا مجرم طبق قانون معتبر، مرتکب جرم شده است و تنها توجیه مواد مذکور، این است که این گونه قوانین در واقع، نوعی عفو یا تخفیف عمومی غیر صریح است که با شیوه غیر حقوقی تبیین شده است.

## گفتار سوم: اصل قانونی بودن مجازات

در ذیل اصل قانونی بودن استحقاق مجازات، اصل قانونی بودن نوع و میزان مجازات استحقاقی نیز می‌گنجد؛ از این رو، به دلیل ملازمه بین جرم و استحقاق مجازات، تنها به اصل قانونی بودن نوع و میزان مجازات استحقاقی بسنده می‌کنیم.

### الف) اصل قانونی بودن نوع و میزان مجازاتها در شرع

بر اساس مطالب یادشده در بخشهای پیشین، اصل قانونی بودن تکلیف، جرم و استحقاق که لازمه تکلیف است، از نظر اسلام تردیدناپذیر است. اما تعیین نوع و میزان مجازات استحقاقی در جرایم تعزیری به اختیار حاکم گذاشته شده است تا با توجه به شخصیت مجرم و اهمیت جرم، نوع و میزان مجازات مناسب را به منظور تأدیب و تربیت او اعمال کند. این اختیار به معنای پیروی حاکم از هوا و هوس

۱. این دو ماده مقرر می‌دارد: «... لکن اگر بعد از ارتکاب جرم، قانونی مقرر شود که مبنی بر تخفیف یا عدم مجازات باشد، نسبت به جرمهای سابق بر وضع آن، قانون نیز مؤثر خواهد بود.»

نیست، بلکه از نوع اختیار مجازات محارب - بنا بر قول به تخییر - و دارای ملاک علمی و منطقی یعنی ویژگیهای موجود در مرتکب است.

عبارتی که گویای اختیار حاکم در تعزیرات است، در منابع فقهی به صورتهای مختلفی بیان شده است؛ از جمله: «التعزیر بما یراه الحاکم» (ر.ک: ابن طی، ۱۴۱۸: ۴۹۹؛ محقق اردبیلی، ۱۴۱۳: ۱۵/۳؛ فیض کاشانی، بی تا: ۳۰؛ خوانساری، ۱۴۵۵: ۱۶۱/۶؛ طوسی، ۱۴۱۶: ۴۹)، «التعزیر إلی الإمام» (ر.ک: شیخ مفید، ۱۴۱۰: ۷۷۴؛ شیخ طوسی، ۱۴۱۷: ۴۹۷/۵؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۵۳۶/۳؛ محقق حلّی، بی تا: ۹۶۵/۴؛ علامه حلّی، ۱۴۱۲: ۱۵۷/۹ و ۱۶۶؛ همو، بی تا: ۳۳۸/۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۴۸/۱۴ و ۴۱/۱۵؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۶۵/۱۳؛ نجفی، ۱۳۴۷: ۶۴۹/۴۱؛ خوانساری، ۱۴۵۵: ۱۸۸/۲)، «التعزیر إلی الحاکم» (ر.ک: ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۴۶۸/۳؛ محقق حلّی، بی تا: ۶۵/۳؛ ابن فهد، ۱۴۰۷: ۱۳۲/۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۱۲۸/۹؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۲۴/۱۰؛ فاضل هندی، ۱۴۰۵: ۴۰۵/۲؛ طباطبایی، ۱۴۰۴: ۴۶۲/۲؛ نجفی، ۱۳۴۷: ۲۲۵/۳ و ۲۹۸/۳۴؛ خوانساری، ۱۴۵۵: ۱۶۱/۶)، «التعزیر إلی الوالی» (ر.ک: طباطبایی، ۱۴۰۴: ۴۸۲/۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۳۲۲/۹؛ نجفی، ۱۳۴۷: ۴۴۵/۴۰)، «التعزیر إلی الإمام أو الوالی» (ر.ک: شیخ طوسی، بی تا: ۷۰۷؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۴۶۶/۳)، «بما یراه الوالی» (ر.ک: نجفی، ۱۳۴۷: ۴۴۵/۴۱؛ «قاضی أو الوالی» ر.ک: مصری حنفی، ۱۴۱۸: ۶۸؛ ابن طی، ۱۴۱۸: ۷۱/۲). در همه این موارد، مراد حاکمی است که به جرم رسیدگی می کند. برخی گفته اند: «التعزیر بما یراه الحاکم» و «التعزیر إلی الحاکم» در هیچ یک از متون معتبر وارد نشده است، بلکه تنها «والی» و «امام» آمده است و این، نشان می دهد اختیاردار تعیین تعزیرات، ولی امر مسلمین است که می تواند این اختیار را به نهاد دیگری همچون مجلس ملّی واگذار کند (کلاتنری، ۱۳۷۵: ۱۱۰) و سپس قاضی بدون دخل و تصرف، همان تعزیرات معین شده را مورد عمل قرار دهد. در پاسخ می گوئیم: این سخن، غیر صحیح و خلاف اتفاق مسلمانان است؛ زیرا هدف از اختیار حاکم در تعزیر که به معنای تأدیب است (ر.ک: ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳: ۴۰۳؛ شیخ مفید، ۱۴۱۰: ۷۷۴؛ همو، بی تا: ۴۲؛ شیخ طوسی، بی تا: ۳۱۷؛ ابن زهره، ۱۴۱۷: ۴۲؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۸۹/۲ و ۵۳۷/۳؛ علامه حلّی، ۱۴۱۲: ۳۲/۶؛ حرّ عاملی، بی تا: ۲۵۹/۱۴ و ۴۱۵/۱۸، ۵۸۰، ۵۸۱، ۵۸۶ و ۶۹/۱۹)، روبرو شدن با مجرم و ملاحظه شخصیت افراد است که بدون آن، رسیدن به هدف مورد نظر امکان پذیر نیست و در مواردی که به «والی» یا «امام»

تعبیر شده است، بدین سبب است که والی و امام در عصر نخست اسلام، قاضی نیز بوده است. علاوه بر آن، معقول نیست که مصوبات قوه مقننه را که تصمیمی جمعی است، قضاوت بنامیم و آن را در مقام قاضی فرض کنیم.

## ب) اصل قانونی بودن نوع و میزان مجازات در حقوق

آنچه بیش از هر چیز مورد مناقشه حقوقدانان و جرم‌شناسان است، اصل قانونی بودن در نوع و میزان مجازاتهاست که در این قسمت به آن می‌پردازیم.

### ۱. اصل قانونی بودن نوع و میزان مجازاتها در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و مشروطه

گرچه اصولی به عنوان دلیل بر اصل قانونی بودن «نوع» و «میزان» مجازاتها به صورت خاص، مورد بحث و بررسی قرار نگرفته است، لکن همان‌گونه که اشاره کردیم، به نحو کلی به اصول ۳۲، ۳۳، ۳۶، ۳۷، ۱۵۹ و ۱۶۶ قانون اساسی به عنوان دلیل بر اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها استدلال شده است که هیچ یک از این اصول، به اصل قانونی بودن در نوع و میزان مجازاتها ارتباطی ندارد.

اصل ۳۲ به دستگیری و اصل ۳۳ به تبعید و اصل ۳۶ به مرجع رسیدگی کننده مربوط است و اصل قانونی بودن نوع و میزان مجازاتها به عنوان یک قاعده کلی از آنها استفاده نمی‌شود. اصل ۳۷ و ۱۶۴ نیز به اموال و انفصال از خدمت اختصاص دارد و طبق اصل ۱۶۶ که احکام دادگاهها باید مستدل و مستند به مواد قانونی و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است، بر اصل قانونی بودن نوع و میزان مجازاتها دلالت ندارد؛ زیرا احکام دادگاهها در این اصل مطلق است؛ به عبارت دیگر، طبق اصل اخیر، حکم دادگاه به هر صورتی که هست، باید مستدل باشد، گرچه نوع و میزان مجازاتها را مشخص نکرده باشد؛ مثلاً هرگاه قاضی به استناد مواد ۴۸، ۱۰۶، ۱۱۵، ۱۴۹ و ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی حکم به مطلق تعزیر بدهد، بدون اینکه نوع و میزان آن را مشخص کرده باشد، تخلفی از اصل اخیر صورت نگرفته و حکم با اینکه خلاف اصل قانونی بودن در نوع و میزان مجازات است، مستند می‌باشد؛ چه اینکه اگر نوع و میزان مجازات را مشخص کرده باشد، باز



هم حکم باید مستند باشد؛ بنابراین، اصل اخیر تنها در مقام بیان این است که حکم - هر چه که هست - نباید بدون مستند صادر شود و فلسفه آن نیز اقناع طرفین دعوا و امکان نظارت بر چگونگی احکام صادره از سوی مراجع تجدید نظر است.

علاوه بر این، اصل اخیر دامنه مستندات قاضی را گسترش می‌دهد و او می‌تواند علاوه بر قانون به اصول مثلاً اصل ۱۶۷ نیز تمسک کند؛ بنابراین، اصل ۱۶۶ نه تنها بر اصل قانونی بودن در نوع و میزان مجازاتها دلالت ندارد، بلکه خلاف آن را نیز دلالت می‌کند. البته ارجاع به غیر قانون، به اصل ۱۶۶ اختصاص ندارد. در اصل ۶۱ (مرجع قابل پیروی در تشکیل دادگستری موازین اسلامی است) و اصل ۱۷۱ (قاضی مقصر طبق موازین اسلامی ضامن است) و اصل ۴۹ (رسیدگی به ثروتهای نامشروع بر اساس تحقیق و ثبوت شرعی) نیز این چنین است. بعلاوه، اصل ۱۶۶ به امور کیفری نیز اختصاص ندارد، بلکه طبق این اصل، مطلق حکم، اعم از حقوقی و کیفری، باید مستند باشد که خود شاهد دیگری است بر اینکه اصل فوق به اصل قانونی بودن ارتباطی ندارد.

مشابه اصول یادشده نیز در متمم قانون اساسی مشروطه وجود دارد؛ برای مثال، اصل ۱۴ که در نفی بلد، و اصول ۱۵، ۱۶ و ۱۷ که مربوط به اموال است و اصل ۱۲ که طبق آن، «حکم و اجرای هیچ مجازاتی نمی‌شود مگر به موجب قانون»، بر اصل قانونی بودن نوع و میزان مجازاتها تصریح می‌کند. در متمم مذکور اصول دیگری نیز هست که اصل قانونی بودن نوع و میزان مجازاتها را تخصیص می‌زند؛ زیرا بر اساس اصول ۱۵ و ۱۸ متمم، شرع نیز می‌تواند مستند قاضی باشد. اصل ۷۱ که می‌گوید: «... و قضاوت با عدول مجتهدین جامع الشرایط است» امور شرعیه را از امور عرفیه جدا کرده است. در اصل ۲۷ نیز آمده است: «هر یک از این سه منشأ (شاه، مجلس ملی و سنا) حق انشای قانون را دارد، ولی استقرار آن موقوف است به عدم مخالفت با موازین شرعیه».

بنابراین، هر جا که قانون اساسی مشروطه، قاضی یا مقامات قضایی را به متابعت از قانون ملزم نموده است (اصول ۱۲، ۱۴، ۱۶، ۱۷ و ۷۳)، مربوط به دادگاههای عرفی است که تنها در مقررات و نظامات دولتی صلاحیت رسیدگی دارند و آنجا که

موکول به شرع شده است (اصول ۱۵، ۱۸ و ۷۱)، مربوط به دادگاههای شرعی است و هر یک از این دو، قواعد خاص خود را داشته، با دیگری تعارضی ندارد، بلکه اصول و محاکم شرعی و شرع همواره بر مقررات عرفی حاکم بوده و هست.

## ۲. اصل قانونی بودن نوع و میزان مجازاتها در قوانین عادی

بسیاری ماده ۲ قانون مجازات اسلامی را که طبق آن، «هر فعل یا ترک فعل که مطابق قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد جرم محسوب می شود» به طور مطلق، دلیل بر اصل قانونی بودن نوع و میزان مجازاتها دانسته اند. به دلایل زیر، این ماده نیز بر اصل قانونی بودن نوع و میزان مجازات دلالت ندارد.

۱. این ماده تنها مربوط به جرم است و از مجازات، نوع و میزان آن سخنی به میان نیاورده است، حتی نسبت به جرم نیز اطلاق ندارد؛ زیرا این ماده تنها جرایم قانونی را تعریف می کند و از جرم بودن غیر آن ساکت است؛ به عبارت دیگر، اثبات شیء (جرم بودن جرایم قانونی) ماعدا را نفی نمی کند مگر اینکه ماده ۱ را که اطلاق دارد،<sup>۱</sup> به آن ضمیمه کنیم. لکن این اطلاق با ماده ۱۱ که مجازاتهای قانونی را به مقررات و نظامات دولتی اختصاص داده است، تخصیص می خورد.

در نهایت، باز به این نتیجه می رسیم که ماده ۱ و ۲ قانون مجازات اسلامی مرتبط و ناظر به مجازاتهای شرعی نیست. در ماده ۱ قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ نیز آمده است: مجازاتهای مصرّحه در این قانون از نظر حفظ انتظامات مملکتی مقرر و در محاکم عدلیه مجرا خواهد بود و جرمهایی که موافق موازین اسلامی تعقیب و کشف شود، طبق حدود و تعزیرات مقرر در شرع مجازات می شوند. بنابراین، ماده ۲ قانون مجازات عمومی که طبق آن، هیچ عملی را نمی توان جرم دانست مگر آنچه به موجب قانون جرم شناخته شود، نیز به مقررات و نظامات دولتی اختصاص می یابد؛ از این رو، به نظر می رسد قانون مجازات عمومی نیز همچون قانون اساسی مشروطه، حرمت شرع مقدّس را داشته و اجازه دخل و تصرف در آن را به خود نداده است.

۱. ماده ۱ می گوید: «قانون مجازات اسلامی راجع است به تعیین انواع جرایم و مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی که درباره مجرم اعمال می شود».

۲. مواد یادشده مربوط به اصل قانون گرایى است.

بر اساس مطالب فوق، هیچ یک از اصول قانون اساسى جمهورى اسلامى ایران بر اصل قانونى بودن نوع و میزان مجازاتها به عنوان یک قاعده کلى دلالت ندارد، بلکه هر جا به قانون اشاره شده، مربوط به اصل قانون گرایى است؛ بنابراین، خود قانون، اصل قانونى بودن را در مواد ۴۸، ۱۰۶، ۱۱۵، ۱۴۹ و ۲۲۰ رعایت نکرده است. افزون بر عدم دلیل بر اصل قانونى بودن نوع و میزان مجازاتها، خلاف آن نیز به چند دلیل اثبات شدنى است که در ذیل به آنها اشاره مى کنیم.

### ادله عدم پذیرش اصل قانونى بودن نوع و میزان مجازاتها

۱. علمى نبودن اصل قانونى بودن نوع و میزان مجازاتها.

به همان نسبت که بر اصل قانونى بودن جرم در شرایط مختلف باید پای فشرده، بر علمى نبودن شیوه‌هاى کلى و فراگیر در تربیت مجرمان، یعنى اصل قانونى بودن نوع و میزان مجازاتها نیز باید تأکید کرد؛ زیرا منطقی نیست که مجازاتى را پیش‌بینى و اجرا نماییم بدون اینکه اطلاعاتى در مورد خصوصیات شخص و عوامل ایجاد جرم داشته باشیم (نجفى توانا، ۱۳۷۷: ۴۴)، با اندکى تعمق و بررسى در پدیده بزهکاری و علل وقوع آن مى توان غیر واقع‌بینانه بودن اصل قانونى بودن جرایم را در بعضى موارد (در نوع و میزان مجازات) به خوبى مشاهده کرد (همو: ۳۵). اصل قانونى بودن نوع و میزان مجازاتها نوعى قالب‌بندى حکومتى است که از ویژگی‌هاى آن فراگیرى و یکپارچه‌انگارى است که به جای علم و تدبیر بر زور تکیه دارد.

امروزه در نتیجه پیشرفت علوم به جای توجه به جرم، با همکاری بزهکار، شخصیت مجرم، بزه‌دیده و جبران خسارات محور توجه قرار گرفته است و دفاع از جامعه را از راه «اصلاح فرد» (ر.ک: نوربها، ۱۳۷۵: ۱۳۵) میسر مى‌دانند و اندیشه مکتب دفاع اجتماعى جدید که بر این امر تأکید دارد، در کنگره‌هاى مختلف مورد پذیرش قرار گرفته و غالب جرم‌شناسان با آن موافق‌اند (همان). منطق عرفى و عقل بشرى نیز نمى‌پذیرد که افرادى را با شخصیتهاى گوناگون، غرایز، تمایلات و آرزوهاى مختلف و انگیزه‌هاى متفاوت در صورت ارتکاب عمل یا ترک عملی که برچسب

مجرمیت بر آنها خورده است، صرف نظر از علت‌شناسی این جرایم که در قلمرو علوم جرم‌شناسی باید مورد بحث قرار گیرد، به فرض حتی مشابهت جرایم، به یک میزان کیفر داد و برای قاضی دقیق، عادل، موشکاف و تیزبین راندن همه افرادی که جرمی انجام داده‌اند، به یک چوب صحیح نیست (همو، ۱۳۸۰: ۱۶) و این فرض که با تحمّل رنج بر مجرم به شکل سنتی (بدون توجه به یافته‌های علمی) بتوان دغدغه‌های پیشگیری عام و خاص از جرایم را کاهش داد، ساده‌اندیشی است (همو، ۱۳۸۱: ۹۲)؛ گرچه نمی‌توان تمام ایده‌های مکتب تحقیقی از جمله نظریه جبر را پذیرفت، باید پذیرفت که نوع مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی باید به نظر قاضی و بر حسب شخصیت و سایر عوامل تعیین گردد (کلانتری، ۱۳۷۵: ۸۲) و رژیم واحد به تمام طبقات مجرمانی که محکومیت واحد دارند، قابل اجرا نیست (استفانی، ژرژ لواسور و برنار بولوک، ۱۳۷۷: ۸۴/۲) و تفاوت در احکام صادره که نتیجه فردی کردن مجازاتها (التعزیر بید الحاکم) است، گرچه مخالف با شیوه‌های حکومتی است، نه تنها ناشایست نیست، بلکه مطلوب و آرزوی جرم‌شناسان نیز می‌باشد و باید پذیرفت که نظریه‌های علمی را نمی‌توان با فرمان و حکومت اثبات یا رد کرد.

۲. سازگار نبودن اصل قانونی بودن در نوع و میزان مجازاتها با هدف مجازاتها.

امروزه هدف از اجرای مجازات، بازگرداندن فرد به آغوش جامعه است (نجفی توانا، ۱۳۷۷: ۴۴). نظر به همین هدف و توجه به مجرم به جای توجه به جرم، «اصل قانونی بودن (در نوع و میزان مجازاتها) طی یک فرایند آرام از نظر کیفی تضعیف شده و لطمه خورده است؛ زیرا قدرت الزام‌آور خود را به نفع قاضی که اختیاراتش از سوی قانونگذار افزایش یافته، از دست داده است. فرضاً اهداف دیگری نیز همچون اجرای عدالت، بازدارندگی، سلب توان بزهکاری، بازدارندگی عام، اخطار و تحذیر (غلامی، ۱۳۸۲: ۵۲) برای مجازاتها تعریف شده باشد، تربیت افراد در رأس آنها بوده و بیش از هر چیز باید به آن اندیشید و رسیدن به این هدف، اهداف دیگری را نیز تأمین خواهد کرد. البته اجرای عدالت اگر به معنای اجرای قانون باشد، همیشه با هدف تربیتی قابل جمع نیست؛ زیرا سازوکارهای اصلاحی که قهراً فردی است، با سازوکارهای اجرای عدالت که عمل طبق قانون است (اصل قانونی

بودن با اصل فردی کردن) با هم در تضاداند. پس یا باید طرفدار عدالت بود و مجازات را ولو در جزیره متروکه اجرا کرد یا باید به تربیت اندیشید که در این صورت، هیچ تنبیهی را نمی‌توان برای آن از پیش تهیه دید.

۳. تضاد اصل قانونی بودن نوع و میزان مجازاتها با اصل فردی کردن مجازاتها.

اصل فردی کردن مجازاتها که تنها شیوه منحصر به فرد اصلاح مجرمان شناخته شده و اصول تعلیق، آزادی مشروط زندانیان، تعیین حدّ اقل و حدّ اکثر و تنوع در مجازاتها از ابزار فردی کردن به شمار می‌رود، با اصل قانونی بودن نوع و میزان مجازاتها قابل جمع نیست. از قانون ۱۸۱۰ م. فرانسه و به دنبال آن، مکتب تحقّق تا امروز، جرم‌شناسان و حقوقدانان توجه به شخصیت و شرایط مجرم و فردی کردن مجازاتها را که به معنای مجازات خاص برای فرد خاص، همچون دارویی خاص برای مریضی خاص است، منکر نبوده، بر آن تأکید می‌ورزند. قهراً برخورد این گونه با مجرم با برخورد قاعده‌مند و کلی که اصل قانونی بودن و قانون جزای ۱۷۹۱ فرانسه آن را بر دوش می‌کشد و با شخصیت مجرم ارتباط و تماس ندارد و تنها معطوف به جرم است، تقابل و تضاد ماهوی دارد. این تضاد بر خلاف گفته بعضی با تعیین حدّ اقل و حدّ اکثر و اعطای اختیارات به قاضی برطرف نمی‌شود؛ زیرا در این صورت، دیگر از اصل قانونی بودن خبری نیست. تعلیق اجرای تمام یا بخشی از مجازات برای مدتی و آزادی مشروط که شامل تعزیرات و اقدامات تأمینی و تربیتی است و اختیار حاکم در این زمینه‌ها، گام مؤثری در فردی کردن مجازاتها بوده و از ابزار آن به شمار می‌آید (زرعت، ۱۳۸۰: ۴۱ و ۵۱)، لکن باید توجه داشت که به همان نسبت از اصل قانونی بودن که مساوی با عدم هرگونه اختیار به قاضی است، فاصله خواهیم گرفت؛ گرچه تا فردی کردن کامل مجازاتها هنوز فاصله داریم.

۴. عملی نبودن اصل قانونی بودن نوع و میزان مجازاتها.

در هیچ نظام حقوقی لااقل از زمان تصویب قانون جزای ۱۸۱۰ م. فرانسه، اصل قانونی بودن نوع و میزان مجازاتها رعایت نشده و اکنون که ابزارهای فردی کردن فراگیر شده، نیز رعایت نمی‌شود؛ برای مثال، حبس که شاخص‌ترین نوع مجازات در قانون مجازات اسلامی است، نوعاً با شلاق یا جریمه نقدی همراه است و

قانونگذار قاضی را هم در انتخاب نوع و هم میزان مجازات، مخیر گذاشته است. فردی کردن مجازاتها در قانون جزای جدید فرانسه (مصوب ۱۹۹۴ م.) که جلودار تمدن غرب در حقوق عرفی است، نمود خاصی یافته و تحولاتی در آن صورت گرفته است؛ از جمله اینکه حداکثر مجازاتها افزایش یافته و حداقل حذف شده است.<sup>۱</sup> اصل را بر اعتماد و اطمینان به قضات محاکم قرار داده است و در قلمرو و تعیین اندازه و میزان مجازاتها اختیارات کامل به آنان اعطا نموده است؛ بدین معنا که برای قاضی هیچ ممنوعیتی از حیث اعمال کمترین میزان مجازات، مانند یک روز زندان و یک فرانک جریمه وجود ندارد؛ در نتیجه، کیفیات مخففه از بین رفته است. قاضی صادرکننده حکم می تواند چگونگی اجرای مجازات را نیز در حکم صادرشده تعیین و مشخص کند؛ از قبیل نیمه آزاد و تعلیق. قاضی اجرای مجازات که از قضات بازنشسته نظام قضایی فرانسه است، مسئول اجرای مجازات و تطبیق آن بر شخصیت محکوم است. راه‌لهایی که قضات در مرحله رسیدگی برای حل مشکلات و موضوعات قضایی فراهم داشته‌اند، به عنوان قانون جدید معرفی شده است و از این جهت می توان به آن «قانون قضات» اطلاق کرد (کوشا و باقر شاملو، ۱۳۷۶: ۳۰۰، ۳۲۸، ۳۲۹ و ۳۳۷).

اخیراً نیز در دادگاههای کیفری ایران احکامی مبنی بر محکومیت به تحصیل تا دیپلم، مشغول شدن به کار، انتقال محل زندگی دیده می شود که از سوی مراجع تجدید نظر و دیوان عالی کشور تأیید و بعضاً دلیل آن را «التعزیر بید الحاکم» ذکر کرده‌اند (ر.ک: دادنامه شماره ۱۶۶ شعبه ۳۳، ۱۳۷۴/۱۲/۲۶ و ۱۳۷۴/۶/۱۲؛ دادنامه شماره ۲۸ شعبه ۳۴ دیوان عالی کشور).

## نتیجه گیری

اصل قانونی بودن جرم و استحقاق مجازات، از اصول مسلم عقلی و تردیدناپذیر است، اما نوع و میزانها مجازاتها (البته در غیر حدود) که با هدف تأدیب و تربیت

۱. حذف حداقل در قوانین کیفری ایران همچون ماده ۶۶۰ قانون مجازات اسلامی نیز وجود دارد.

افراد خاطی صورت می‌گیرد، نمی‌تواند در قالب قاعده و قانون درآید، بلکه باید در اختیار مربی که همان قاضی است، باشد تا بر اساس ویژگیهای فرد خاطی، حکم تنبیهی مناسب را صادر کند. جرم‌شناسان نیز سالهاست بر این موضوع پای فشرده و توفیقاتی نیز کسب کرده‌اند که تغییر مجازات‌ها از ثابت به حدّ اقل و حدّ اکثر، مجازات‌های تعلیقی، زندان مشروط و... نمونه‌هایی از توفیقات آنهاست. اخیراً کشور فرانسه (در قانون جزای ۱۹۹۲ م. که در ۱۹۹۴ اجرایی شده است) حدّ اقل را نیز حذف و تنها به تعیین حدّ اکثر بسنده کرده است؛ از این رو، تا حدّ زیادی در جهت فردی کردن مجازات‌ها گام برداشته است.

رفع نگرانی از هوا و هوس احتمالی قضات و عدم اطمینان به آنها نیز در دو مرحله «گزینش قضات عادل» که ارتباطی به مجتهد بودن آنها ندارد و «نظارت قانونی بر احکام صادره» و اختیاراتی که به قاضی در عمل به علم خود، تعلیق کردن و مشروط نمودن مجازات و... داده شده، امکان‌پذیر است و تنها با پذیرش نظریه فردی کردن مجازات‌ها یعنی برخورد علمی با مجرمان، می‌توان به اصلاح مجرمان و کاهش جرایم امید داشت.

## کتاب شناسی

- آخوند خراسانی، محمد کاظم، کفای الاصول، قم، آل البيت، بی تا.
- آیین دادرسی کیفری، مصوّب ۱۳۷۸/۶/۲۸.
- ابن ادريس، السرائر، چاپ دوم، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۰ ق.
- ابن حزم، الاحکام فی اصول الاحکام، زکریا علی یوسف، بی تا.
- ابن زهره، حمزة بن علی، غنئی النزوع الی علمی الاصول و الفروع، قم، امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ ق.
- ابن طی، علی عاملی الفقعی، الدر المنضود، شیراز، مدرسه امام عصر، ۱۴۱۸ ق.
- ابن فهد، حلّی، المهذب البارع، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۷ ق.
- اردبیلی، احمد، مجمع الفائدی و البرهان، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۳ ق.
- اردبیلی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، تهران، میزان، ۱۳۷۹.
- استفانی، گاستون، ژرژ لوسور و برنار بلوک، حقوق جزای عمومی، ترجمه حسن دادبان، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.
- افتخار جهرمی، گودرز، «اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها و تحولات آن»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۵ و ۲۶، ۱۳۷۸.
- انصاری، شیخ مرتضی، رسائل، قم، مؤسسه مطبوعاتی دینی، ۱۳۸۱ ش.
- باهری، محمد و میرزا علی اکبر خان داور، تگرشی بر حقوق جزای عمومی، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۰.
- بروجردی، محمد تقی، نهایی الافکار، تقریرات درس اصول آقا ضیاء الدین عراقی، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
- بهوتی، منصور بن یونس، کشف القناع، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۸ ق.
- حائری، شیخ عبدالکریم، درر الفوائد، چاپ پنجم، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۰۸ ق.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- حلّی، ابوصلاح، الکافی فی الفقه، اصفهان، کتابخانه امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
- خوانساری، سیداحمد، جامع المدارک، چاپ دوم، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۴۵۵ ق.
- زراعت، عباس، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، تهران، ققنوس، ۱۳۸۰.
- شهید ثانی، الروضی البهیة (شرح لمعه)، قم، داوری، ۱۴۱۰ ق.
- همو، مسالک الافهام، قم، مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- شیخ صدوق، توحید، قم، جامعه مدرسین، ۱۳۸۷ ق.
- همو، خصال، تحقیق علی اکبر غفاری، قم، جامعه مدرسین، بی تا.
- شیخ طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، قم، نشر اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- همو، العدی فی اصول الفقه، قم، ۱۳۷۶.
- همو، النهایه، بیروت، دار الاندلس، بی تا.
- شیخ مفید، العویص، المؤتمر العلمی لالفیه الشیخ المفید، بی تا.
- همو، المقننه، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۰ ق.
- طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، قم، آل البيت، چاپ سنگی، ۱۴۰۴ ق.
- طبرسی، فضل بن حسن، مجمع البیان، بیروت، دار المعرفه، ۱۴۰۶ ق.



- طبسی، نجم‌الدین، *النفی و التغریب فی مصادر التشريع الاسلامی*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۶ ق.
- علامه حلّی، *تحریر الاحکام*، قم، آل‌البت، چاپ سنگی، بی‌تا.
- همو، *مختلف الشیعه*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
- علم‌الهدی، سید مرتضی، *الذریعی الی اصول الشریعه*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۶.
- غلامی، حسین، *تکرار جرم*، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۲.
- فؤاد رزق، *الاحکام الجزائی العامه*، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۹۸ م.
- فاضل هندی، *کشف اللثام*، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۵ ق.
- فیض کاشانی، ملامحسن، *التحقی السنیه*، نسخه خطی کتابخانه آستان قدس رضوی.
- *قانون تجارت*.
- *قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴*.
- قدسی، احمد، *انوار الاصول*، تقریرات درس آیه‌الله ناصر مکارم شیرازی، قم، نسل جوان، ۱۴۱۶ ق.
- کلانتری، کیومرث، *اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها*، دانشگاه مازندران، ۱۳۷۵.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *اصول کافی*، چاپ سوم، آخوندی، ۱۳۸۸ ق؛ بیروت، ۱۴۱۳ ق.
- کوشا، جعفر و باقر شاملو، «نوآوری قانون جزای جدید فرانسه»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۱۹ و ۲۰، ۱۳۷۶.
- محقق حلّی، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم، تهران، استقلال، بی‌تا.
- محمد عوض، *قانون العقوبات العام*، دار المطبوعات الجامعة الاسکندریه، ۱۹۹۸ م.
- مصری حنفی، ابن نجیم، *البحر الرائق فی شرح کنز الدقائق*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۸ ق.
- نجفی توانا، *جرم‌شناسی*، تهران، خیام، ۱۳۷۷.
- نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام*، چاپ سوم، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۴۷.
- نوربها، رضا، «زمینه حقوق جزای عمومی»، *کانون وکلای دادگستری*، چاپ دوم، تهران، ۱۳۷۵.
- همو، «ساقه‌های عطوفت یا خوشه‌های خشم»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۳۵ و ۳۶، ۱۳۸۱.
- همو، «تعذیل شدت مجازات، تخفیف کیفر»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۳۳ و ۳۴، ۱۳۸۱.
- الواعظ الحسینی، سیدمحمدسرور، *مصباح الاصول*، تقریرات درس اصول آیه‌الله خویی، قم، داوری، ۱۹۰۴ م.
- هاشمی، سید محمود، *بحوث فی علم الاصول*، تقریرات درس اصول آیه‌الله شهید سیدمحمدباقر صدر، چاپ دوم، قم، مؤسسه مطبوعاتی دینی، ۱۳۸۱.



## بررسی فقهی - حقوقی

# قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی

- مجتبی تقی‌زاده داغیان<sup>۱</sup>
- کارشناس ارشد حقوق خصوصی

### چکیده

انگیزه جلوگیری از سوء استفاده و کلاهبرداری، مقنن را بر آن داشته است تا با وضع قوانین، حبس محکومان مالی را پیش‌بینی نماید، البته مقنن حبس افراد معسر را مجاز ندانسته است.

سکوت مقنن در مورد چگونگی رسیدگی به اعسار و همچنین تأثیر نوع دین در رسیدگی به اعسار که در متون فقهی و آرای فقها دیده می‌شود، باعث برخی اختلافها در آرای قضایی و در نهایت، به صدور رأی دیوان عالی کشور منجر گردیده است.

در این نوشتار، تلاش شده با تکیه بر متون فقهی، قانون مورد نظر تفسیر شود. همچنین پیشنهاد شده است اگر موضوع دین (دیه، مهریه و ضمانت) است محکوم با ادعای اعسار، معسر تلقی گردد و در مورد محکومانی که سابقه تمکن دارند یا موضوع دین، ثمن معامله یا قرض است، تا احراز اعسار و

ارائه شهود بازداشت گردند.

این راهکار که منطبق بر موازین فقهی و شرعی است، موجب کاهش آمار زندانیان مالی می گردد.

کلید واژگان: محکومیت‌های مالی، حبس، ادعای اعسار، نوع دین، سابقه تمکن.

### طرح مسئله

تأمین امنیت اقتصادی و جلوگیری از سوء استفاده و حیف و میل اموال مردم از سوی سودجویان، همواره از دغدغه‌های قانونگذار بوده است و برای واداشتن بدهکاران متمکن که از ادای دین خودداری می نمایند، گاهی به حبس یا بازداشت نیز متوسل شده است. قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ به نوعی، احیای بازداشت بدهکاران است که قبلاً با ماده واحد «منع توقیف اشخاص در قبال تخلف از انجام تعهدات و الزامات مالی» سال ۱۳۵۲ نسخ شده بود. نسخ آن، شاید به علت تبعات اجتماعی بازداشت افراد معسر و بی بضاعت که قطعاً خلاف عقل و شرع است، بوده یا به دلیل این بوده که ایران در صدد پیوستن به کنوانسیون بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی بوده است.<sup>۱</sup> برابر ماده ۱۱ کنوانسیون، هیچکس را نباید فقط بعنوان اینکه (او) قادر به انجام تعهد قراردادی خود نیست، زندانی کرد.<sup>۲</sup>

وجود پاره‌ای ابهامات و عدم تمایز بین نوع دین و عدم ارائه شیوه رسیدگی به ادعای اعسار و مدت رسیدگی به آن، در قانون فعلی از یک سو و عدم توجه محاکم به مبانی فقهی قانون از سوی دیگر، باعث افزایش روزافزون زندانیان بدهکار گردیده است که این امر، خلاف موازین شرعی و نیز نقض کنوانسیون حقوق مدنی می باشد. خوشبختانه مدتی است بحث اصلاح قانون در قوه قضائیه مطرح است و امید است در صورت اصلاح ابهامات فعلی رفع گردد.

در این نوشتار، با توجه به متون فقهی، شرایط رسیدگی به اعسار را بررسی

۱. البته کشور ما همچنان با وجود قبول کنوانسیون با احیای بازداشت بدهکاران، مفاد آن را نقض کرده است. قانون اجازه الحاق ایران به کنوانسیون در ۱۳۵۴/۲/۱۷ تصویب شد.

۲. کنوانسیون بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی سازمان ملل متحد مصوب ۱۳۴۵/۹/۲۵ برابر با ۲۶ دسامبر ۱۹۶۶/قطعنامه ۲۲۰۰ A. برای دیدن کنوانسیون، ر.ک:

می‌نماییم و بر این باوریم، چنانچه به موازین فقهی و نیز متون قوانین موجود توجه شود، مشکل زندانیان مالی مرتفع می‌گردد.

## مروری بر نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در حقوق ایران

نخستین مقرراتی که در این باره تصویب شد، مواد ۵۵-۵۷ و ۶۰ قانون اجرای احکام دادگاههاست که با عنوان «راجع به اجرا» تصویب شد... (ر.ک: رهگشا، ۱۳۸۱: ۱۵).

ماده ۶۰ مقرر می‌دارد: هرگاه محکوم علیه در ظرف ده روز به هیچ یک از طرق مذکور در ماده ۵۵ (اجرای حکم یا توافق با محکوم له یا معرفی مال) اقدام ننمود و یا عرض حال اعسار داد و نتوانست اعسار خود را ثابت کند یا در مدت مقرر در ماده ۵۹ محاکمه خود را تعقیب نکرد، رئیس اجرا به تقاضای محکوم له، محکوم علیه را توقیف می‌نماید.

ماده ۱۱ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی به سال ۱۳۰۹ خورشیدی مقرر

می‌دارد:

هرگاه تا ده روز پس از ابلاغ ورقه اجرائیه، متعهد مفاد آن را طوعاً به موقع اجرا نگذارد با تصدیقی از متعهدله... یا عرض حال اعسار به محکمه صالحه تقدیم و تصدیق محکمه راجع به این موضوع [را] ابراز نکرد، شخص متعهد به تقاضای متعهدله و به امر مدیر ثبت توقیف خواهد شد.

در تاریخ ۱۳۵۱/۴/۱۱ با تصویب قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، مقررات

خاصی در این باره وضع شد. طبق ماده ۱ مقرر شده است:

هر کسی ضمن تعقیب جزایی به تأدیة جزای نقدی یا ضرر و زیان ناشی از جرم محکوم شود و آن را نپردازد یا مالی از او به دست نیاید، به دستور دادستان در مورد جزای نقدی و تقاضای مدعی خصوصی در مورد ضرر و زیان به ازای هر ۵۰۰ ریال یا کسر آن، یک روز بازداشت می‌گردد.

تبصره: چنانچه محکوم علیه نسبت به محکومیت مالی مدعی اعسار گردد، به درخواست محکوم له تا احراز اعسار در حبس باقی خواهد ماند.

در ماده ۳ همین قانون پس از استثنای امور جزایی، مقرر شد که مدیون به نسبت

هر ۵۰۰ ریال، یک روز بازداشت گردد و حداکثر آن، دو سال مقرر شد و پس از

بازداشت، در حکم معسر تلقی گردد. ضمناً هزینه بازداشت نیز به دوش طلبکار نهاده شده است.<sup>۱</sup>

قانون سال ۱۳۵۱ که در ۶ ماده و ۶ تبصره تصویب شده بود، بیش از ۱۶ ماه دوام نیاورد. در تاریخ ۲۲ آبان ۱۳۵۲ ماده واحده «قانون منع توقیف اشخاص در قبال تخلف از انجام تعهدات و الزامات مالی» تصویب شد. نکته جالب این قانون، آن بود که مدیون را به صرف اظهار خود، معسر تلقی می کرد و در صورتی که بدهکار خود را به اجرای مفاد اجرائیه ناتوان بداند، باید ظرف مهلت مذکور (یک ماه)، صورت جامع دارایی خود را به مسئول اجرا تسلیم کند و اگر مالی ندارد، صریحاً اعلام کند و بدهکارانی که در توقیف بوده و به موجب این قانون آزاد می شوند نیز قبل از آزادی، به تسلیم چنین صورتی از اموال خود مکلف می باشند.

اگر ظرف سه سال پس از انقضای مهلت مذکور یا سه سال پس از آزاد شدن معلوم شود که بدهکار به اجرای حکم و پرداخت دین قادر بوده، لکن برای فرار از آن، اموال خود را معرفی نکرده یا صورت خلاف واقع از دارایی خود را گزارش داده یا پس از تحصیل مالی که بعداً به دست آمده، وجود آن را اعلام ننموده به گونه ای که اجرای تمام یا قسمتی از مفاد اجرائیه متعذر گردیده است، به حبس جنحه ای از ۶۱ روز تا ۶ ماه محکوم خواهد شد.

## قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی مصوب آبان ۱۳۷۷<sup>۲</sup>

ماده ۲ این قانون مقرر می دارد:

هر کس محکوم به پرداخت مالی به دیگری شود، چه به صورت استرداد عین یا قیمت یا مثل آن یا ضرر و زیان ناشی از جرم یا دیه و آن را تأدیه ننماید، دادگاه او را الزام به تأدیه نموده و چنانچه مالی از او در دسترس باشد، آن را ضبط و به میزان محکومیت از مال ضبط شده استیفا می نماید، در غیر این صورت، بنا به تقاضای محکوم له، ممتنع را در صورتی که معسر نباشد تا زمان تأدیه، حبس خواهد کرد.

۱. البته مقنن سال ۱۳۷۷ ش. این هزینه را به دوش دولت نهاد و بهتر بود لا اقل کسانی که خود بدهکاران مالیاتی دولت بودند را از مزایای قانون محروم می کرد و نیز از افراد متمکن مطالبه می نمود.

۲. روزنامه رسمی، شماره ۱۶۱۵۶۶/۹/۱۳۷۷.

مقنن با وجود اینکه در ماده ۲ حبس معسر را ممنوع دانسته، در ماده ۳، حبس وی را جایز دانسته و مقرر داشته است:

هرگاه محکوم علیه مدعی اعسار شود (ضمن اجرای حبس) به ادعای وی خارج از نوبت رسیدگی و در صورت اثبات اعسار، از حبس آزاد خواهد شد و چنانچه متمکن از پرداخت به نحو اقساط شناخته شود، دادگاه متناسب با وضعیت مالی وی، حکم بر تقسیط محکوم به را صادر خواهد کرد.<sup>۱</sup>

در قانون فعلی، سقف دو سال حبس پیش‌بینی نشده است.

این ابهام وجود دارد که آیا برای بازداشت محکوم علیه باید توانایی مالی وی و عدم اعسار او ثابت شود یا اینکه با وجود ادعای اعسار نیز بازداشت می‌گردد؟ منشأ ابهام مذکور این است که در ماده ۲ مقرر گردیده است: «... متمکن را در صورتی که معسر نباشد، تا زمان تأدیه حبس خواهد کرد»، اما در ماده ۳ مقرر گردیده که «هرگاه محکوم علیه مدعی اعسار شود (ضمن اجرای حبس) به ادعای وی خارج از نوبت رسیدگی و در صورت اثبات اعسار از حبس آزاد خواهد شد و چنانچه متمکن از پرداخت به نحو اقساط شناخته شود، دادگاه متناسب با وضعیت مالی وی، حکم بر تقسیط محکوم به را صادر خواهد کرد.

تبصره - در صورتی که محکوم علیه موضوع این ماده بیمار باشد به نحوی که حبس موجب شدت بیماری و یا تأخیر درمان وی شود، اجرای حبس تا رفع بیماری به تأخیر خواهد افتاد».

ممکن است چنین برداشت شود که محکوم علیه، متمکن و مال‌دار فرض شده است و مقنن فرض را بر ملاتت محکوم علیه قرارداد است، اما در خصوص روابط مالی غیر معوض، مثلاً در پرداخت مهریه یا نفقه، استفاده از این فرض نادرست است؛ بنابراین، در جمع مفاد مواد ۲ و ۳ قانون محکومیت‌های مالی باید گفت: در صورتی که اعسار محکوم علیه روشن نباشد و بر ادعای اعسار نتواند ارائه شهود

۱. در اردیبهشت ۱۳۸۴ طرح حذف عبارت «ضمن اجرای حبس» در جلسه علنی مجلس مطرح گردید، ولی رأی کافی را کسب نکرد؛ چرا که برخی از نمایندگان اعتقاد داشتند اشکال در عملکرد قضات و اجرای قانون است نه در خود قانون.

نمایند، حبس می‌گردد.

سؤالی که ممکن است مطرح شود، این است که آیا استماع فوری شهادت شهود لازم است یا پس از توقیف و حبس محکوم علیه، باید به اعسار رسیدگی شود. عده‌ای از قضات با توجه به ماده ۳ مبنی بر رسیدگی خارج از نوبت در صورت ادعای اعسار از سوی محکوم علیه، معتقد بودند رسیدگی به دعوای اعسار پس از حبس مسموع است، ولی رأی وحدت رویه شماره ۶۶۳ مورخ ۸۲/۱۰/۲ دیوان عالی کشور بر این برداشت ناصواب، خط بطلان کشیده است.

رأی دیوان عالی کشور در پی اختلاف نظر دادگاهها در استنباط از قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی صادر شد. اکثر قریب به اتفاق دادگاهها از جمله شعبه ۵ دادگاه تجدید نظر استان اردبیل در پرونده کلاسه ۸۲-۱۹، زندانی بودن محکوم علیه را طبق ماده ۳ قانون مذکور، شرط لازم جهت اقامه دعوای اعسار و تقسیط محکوم به می‌دانستند، در حالی که تعدادی دیگر از دادگاهها از جمله شعبه ۳ دادگاه تجدید نظر استان اردبیل در پرونده کلاسه ۸۱-۱۶۵۷، مستند به قانون مذکور، مجبوس بودن محکوم علیه را قبل از اقامه دعوای اعسار لازم نمی‌دانستند (زمانی، ۱۳۸۲)؛ از این رو، در اجرای ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی کیفری، دیوان عالی کشور طی رأی شماره ۶۶۳ اعلام نمود:

مستفاد از ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷، تجویز رسیدگی به درخواست اعسار قبل از زندانی شدن محکوم علیه است و ماده ۳ قانون یادشده ناظر به رسیدگی خارج از نوبت به درخواست محکومین زندانی است. علی‌هذا برای رسیدگی به درخواست محکوم علیه قبل از حبس، منع قانونی وجود ندارد و زندانی بودن محکوم علیه شرط لازم جهت اقامه دعوای اعسار از محکوم به یا درخواست اعسار از آن نمی‌باشد.

این رأی با مبانی فقها و موازین فقهی مطابق است.

## مبانی فقهی قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی

مبنای عدم جواز حبس معسر که در ماده ۲ به آن تصریح شده است، آیه شریفه: ﴿



فإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة» (بقره / ۲۸۰) می‌باشد. همچنین روایات از جمله روایت سکونی از امام صادق از پدرش از علی علیه السلام نیز بر آن دلالت دارد.

این روایت می‌گوید: «إن امرأة استعدت علی زوجها أنه لا ينفق عليها و كان زوجها معسراً، فأبى أن يحسبه و قال: ﴿إن مع العسر يسراً﴾ (مروارید، ۱۴۱۰: ۸/۱۱)؛ زنی علیه همسرش به دلیل عدم پرداخت نفقه دادخواهی نمود، ولی چون معسر بود، امام از حبش امتناع نمود و فرمود: ﴿إن مع العسر يسراً﴾.

در متون فقهی نیز تصریح شده است: «جایز نیست برای کسی که می‌داند بدهکار او بی چیز است، او را حبس کند» (ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳: ۴۴۳).

مبنای حبس مدیونی که از پرداخت دین ظفره می‌رود، از جمله حدیث نبوی شریف «لی الواجد یحل عقوبته» می‌باشد، یعنی کسی که توان پرداخت دارد و نمی‌پردازد، عقوبتش جایز است. این حدیث در منابع اهل سنت و شیعه ذکر شده است (حزّ عاملی، ۱۴۰۳: ۹۰/۱۳؛ عسقلانی، بی تا: ۹۰/۲).

حدیث دیگری از امام صادق علیه السلام مبنای قانون مذکور است که فرمود: «امام علی علیه السلام فردی را که از ادای دین امتناع می‌کرد، حبس می‌نمود و سپس دستور می‌داد که مال خود را به طلبکاران به نسبت تقسیم کند و اگر خودداری می‌کرد، آن را می‌فروخت و بین آنها تقسیم می‌کرد (شیخ صدوق، ۱۴۰۱: ۱۹/۳).

## مقصود از حبس

علاوه بر معنای بازداشت برای حبس، برخی از جمله صاحب جواهر (۱۳۹۴: ۲۵/۲۸۱) و مجلسی اول (بی تا: ۸۴/۶) احتمال داده‌اند که مقصود از حبس، «منع از تصرف» است. برخی نیز احتمال داده‌اند که بتوان حبس را بر مراقبت حمل نمود (محقق اردبیلی، ۱۴۰۴: ۱۲/۱۳۶)؛ بنابراین، ممکن است بتوان از نبوی شریف «لی الواجد یحل عقوبته» نتیجه گرفت که حاکم می‌تواند ممتنع از ادای حق را مجازات کند و حبس خصوصیتی نخواهد داشت و همچنین می‌توان اقامت اجباری، جزای نقدی و دیگر تعزیرات را اجرا نمود.

از سیاق و لحن ماده ۳ چنین برمی‌آید که مقنن، عبارات آن را از متون فقهی

ترجمه کرده است و شاید ترجمهٔ فرازی از شهید اول در *اللمعی الدمشقیه* باشد که نوشته است: «یحبس لو ادّعی الإعسار حتّی یثبت؛ اگر ادّعی اعسار کند، تا اثبات آن حبس می‌شود» (۱۴۱۱: ۱۱۴)، اما باید توجه داشت که فقها میان مدّعیان اعسار تفصیل قائل اند و به نوع دین نیز در ملّی یا معسر تلقّی نمودن محکوم علیه توجه دارند؛ از این رو، شایسته بود مقنن در صورتی که به ترجمهٔ متون فقهی پرداخته باشد، به تفصیل مذکور نیز توجه می‌نمود؛ زیرا شهید اوّل در یکی دیگر از تألیفاتش می‌نویسد:

... و زمانی تشخیص وضع او در موضع عسر و یسر مشکل است که خواسته و اصل مورد ادّعا مال باشد یا سابقاً از وی مالی شناخته شده باشد و ناداری او هم ثابت نشده باشد، در این صورت، حبس می‌شود تا یکی از این دو حال معلوم گردد (القواعد و الفوائد، بی‌تا: ۱۹۲/۲).

از این رو، شهید ثانی نیز با توجه به موضوع فوق، بین دیونی که مدیون بابت آن وجهی دریافت کرده و دیون ناشی از جنایت که مدیون بابت آن وجهی دریافت نکرده، تفصیل قائل شده است:

پس از ادّعی ناداری و پیش از اثبات آن، فقط در صورتی شخص محبوس می‌شود که اصل بدهی مال باشد، مانند قرض یا عوض مال باشد، مثل ثمن مبیع. اگر این دو منتفی باشد، مثلاً اصل بدهی ناشی از جنایت و اتلاف باشد، قول وی دربارهٔ ناداری به دلیل اصالت عدم وجود مال با سوگندش پذیرفته می‌شود<sup>۱</sup> (الروضی البهیة، ۱۳۷۵: ۱۰۹/۲).

از کلمات فقها چنین برمی‌آید که حبس و در واقع، توقیف احتیاطی مدیون در صورتی است که مدیون نتواند شهود را به دادگاه ارائه دهد و حاکم به ناچار تا احراز موضوع برای تحقیق و بررسی ملائت یا اعسار وی به منظور جلوگیری از حیف و میل اموال با اقدام مراقبتی، وی را توقیف می‌نماید، ولی در صورتی که مدیون فوراً بر اعسارش شهود مطلع و موثق ارائه دهد، حبس مدیون بی‌مورد و

۱. شهید ثانی علّت اطلاق کلام شهید اوّل در عبارت مذکور را تکیهٔ وی بر قرائن دیگر دانسته که باعث شده در بحث مورد نظر، ذکر قیود را ضروری نداند.

## شیوه رسیدگی به اعسار از منظر فقها

در متون فقهی برای مدیونی که مدعی اعسار است و ادّعی او ثابت نشده، چند صورت فرض شده است.

صورت نخست: برای دادگاه محرز باشد که مدیون قبلاً معسر بوده است و اینکه اکنون از حالت اعسار خارج شده است یا خیر، مورد تردید باشد. در این حالت، بنا به نظر قریب به اتفاق فقها قول مدعی اعسار پذیرفته می‌شود (آشتیانی، ۱۳۶۳: ۹۸؛ گلپایگانی، ۱۴۰۱: ۲۹۸/۱؛ خوانساری، ۱۳۶۴: ۲۶/۶).

امام خمینی رحمته الله علیه در تحریر الوسیله می‌گوید:

در صورت ادّعی اعسار از سوی مدیون و انکار طلبکار، اگر مدیون سابقه تمکّن داشت و ادّعی عروض اعسار نمود، قول منکر اعسار مقدم است و اگر سابقه اعسار داشت، قول مدعی اعسار (بدهکار) مقدم است. اگر سابقه قبلی مجهول است، در اینکه از قبیل تداعی است یا قول مدعی اعسار مقدم می‌باشد، تردید وجود دارد؛ اگرچه تقدیم قول مدعی اعسار بعید نیست (۱۴۰۳: ۳۷۶/۲).

یکی از فقها در تشریح نظر امام خمینی رحمته الله علیه می‌نویسد:

اعسار در حقیقت به امر عدمی برمی‌گردد و آن، عدم تمکّن است و در دوران امر بین وجودی حادث و عدمی، قول مدعی اعسار مقدم است؛ زیرا مدعی اعسار منکر است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰: ۱۱۶).

یکی دیگر از فقها در تبیین نظر امام رحمته الله علیه و تأکید بر آن نوشته است:

شاید وجه تقدّم قول مدعی اعسار آن است که طبع عرفی امر در هر فرد، آن است که بی چیز باشد و اعسار حالتی است که مطابق طبع اولیه است بر خلاف یسر که با تلاش و تعب حاصل می‌شود؛ بنابراین، مدعی یسر، مدعی امر حادث است که مخالف طبع اولیه است؛ بنابراین، مدعی یسر، مدعی است و فرد مقابلش، منکر (مؤمن قمی، ۱۳۸۰: ۱۶۴/۱).

ابن حمزه رحمته الله علیه نیز تصریح نموده است:

اگر [بدهکار] مدعی اعسار گردد و تلف مالش مطرح نباشد، از وی قبول می‌شود مگر اینکه طلبکار بر توانایی و تمکن وی یننه بیاورد. ولی اگر بدون یننه آگاه، ادعای از دست دادن اموالش را دارد، قولش پذیرفته نمی‌شود (مروارید، ۱۴۱۰: ۲۰۲/۱۱).

سایر فقها نیز تفصیل مذکور را مطرح نموده‌اند (مروارید، ۱۴۱۰: ۲۲۶/۱۵؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳: ۴۹۰/۶؛ شیرازی، ۱۹۸۸: ۱۳۴/۵؛ روحانی، ۱۴۱۴: ۱۲۰/۲۵).

صورت دوم: برای دادگاه محرز باشد که مدیون قبلاً موسر و متمکن بوده است و شک در این باشد که اکنون معسر شده است یا خیر؟ در این حالت، بنا به نظر مشهور فقها قول طلبکار به این دلیل که موافق اصل استصحاب است، مقدم می‌باشد و قاضی می‌تواند تا زمان اثبات اعسار، وی را زندانی نماید. سیدعلی طباطبایی در *ریاض المسائل* می‌نویسد:

در صورت ادعای ناداری، اگر سابقه تمکن دارد یا اصل دعوا مال است، باید بر تلف شدن آن یننه اقامه کند و اگر شاهد نداشته باشد، حبس می‌شود تا ناداری او روشن گردد و این، قول مشهور علماست و دلیل آن، روایات وارده است (۱۴۲۲: ۶۶/۱۵).

صورت سوم: مدیون هر دو حالت تمکن و اعسار را داشته، ولی تقدیم و تأخیر آن روشن نیست یا اینکه اصلاً سابقه قبلی مدیون نامعلوم است که در این صورت، برخی فقها معتقدند نمی‌توان مدیون را حبس نمود (خوانساری، ۱۳۶۴: ۲۶/۶؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۴: ۱۳۵/۱۲ و ۱۳۶).

## تأثیر نوع دین در رسیدگی به اعسار علامه حلّی در تبصری المتعلمین می‌گوید:

اگر مدیون ادعای اعسار کند و بی چیزی او معلوم باشد، باید مهلتش دهند و اگر معلوم نباشد، از دو حال خارج نیست؛ یا دعوا مالی است یعنی بدهکار مالی از طلبکار گرفته و ضمان به عهده اوست یا دعوا غیر مالی است مانند آنکه در خانه او نشسته، اجرت آن را بدهکار است یا جنایتی وارد کرده است. در صورت نخست، ادعای اعسار از او قبول نمی‌شود و باید بی چیزی خود را با گواهان ثابت کند.

صورت دوم بی‌بینه از او پذیرفته می‌شود، اما سوگندش می‌دهند که بی‌چیز است، مگر اینکه او را از پیش به مالداری بشناسند که او نیز باید اعسار خویش را ثابت کند (شعرانی، ۱۳۶۳: ۷۰۷).

شبهه همین شیوه رسیدگی را محقق حلی رحمته الله علیه از اکابر فقها در شرائع الاسلام بیان کرده است (۱۴۰۹: ۳۵/۲). در جواهر الکلام و مدارک الاحکام نیز همین شیوه به عنوان آیین رسیدگی اعسار بیان شده است.

مرحوم محقق اردبیلی نیز حبس مدّعی اعسار را برای بررسی وضعیت، محلّ ایراد دانسته و گفته است:

زیرا ممکن است معسر و بدون بینه باشد و مال نیز تلف گردیده، مدیون ماطل و ظالم نباشد و مجرد وجود مال در نزد او مستلزم بقای آن نیست و روایت غیاث که مورد استناد است، علاوه بر ضعف سندی، ظهور در مطلوب (لزوم حبس) ندارد؛ بنابراین، جواز حبس بعید است، به ویژه اگر ظاهر حال حاکی از اتلاف باشد؛ مثل کسی که قرض کرده و آن را برای هزینه معاش خرج کرده و نمی‌تواند بینه بیاورد؛ از این رو، ممکن است بتوان به عدم حبس و بلکه سوگند به عدم بقای مال نظر داد و تا کسب توان مالی، آزاد می‌گردد. ظاهر آیه «إن کان ذو عسرة» نیز مؤید این مطلب است (۱۴۰۴: ۱۲/۱۳۵-۱۳۶).

ایشان همچنین مورد کسی را که سابقه تمکّن ندارد، مانند وقتی که مورد ادّعا صداق زوجه، نفقه یا ارش جنایت باشد و مدّعی اعسار گردد و امکان اثبات با بینه نیز نداشته باشد، گفته شده، سوگند یاد می‌کند و آزاد می‌شود، محلّ تأمل دانسته، و می‌گوید: «عدم لزوم سوگند اظهر است مگر علیه او ادّعی وجود مال گردد و منکر شود که شامل عموم الیمین علی من أنکر می‌گردد» (همان).

همچنین یکی از فقها حکم حبس را منوط به عدم اثبات اعسار از سوی محکوم علیه دانسته و تصریح نموده است:

اگر به مال مدّعی اقرار کند و دعوی مفلسی نماید و به گواه آن را ثابت سازد، مهلتش باید داد تا چیزی به هم رساند و اگر مفلسی خود را ثابت نکند، حاکم او را حبس کند تا حال او معلوم شود (شیخ بهایی، بی‌تا: ۳۵۹).

بنابراین، در مورد مدعیان اعساری که سابقه قبلی آنها نامعلوم است در صورتی که مدیون نتواند اعسار خود را ثابت کند، تا تعیین تکلیف و رسیدگی به اعسار باید تحت مراقبت باشد، تا دادگاه با تحقیقات بیشتر تعیین تکلیف نماید.

## لزوم رسیدگی فوری به اعسار و استماع شهادت

شیخ طوسی و امین الاسلام طبرسی در این باره می‌نویسند: «إذا قامت البينة على الإعسار وجب سماعها في الحال؛ یعنی اگر بر اعسار اقامه بینه نمود، سماع شهادت واجب فوری است» (شیخ طوسی، ۱۴۱۷: ۲۷۵/۳؛ طبرسی، ۱۴۱۰: ۵۶۶/۱). ابن زهره نیز با تمسک به اجماع، سماع بینه را واجب فوری قلمداد کرده و آن را متوقف بر حبس ندانسته است (۱۴۱۷: ۲۴۹). علامه حلی نیز با عبارت «یسمع بینه الإعسار في الحال»، استماع بینه را فوری تلقی نموده است (بی تا: ۵۹/۲).

ممکن است برخی اظهار نگرانی کنند که اگر ادعای دروغ اعسار کسی صرفاً با ارائه چند شاهد پذیرفته شود، احتمال تضییع حقوق طلبکار وجود دارد. در رفع این دغدغه باید گفت: طلبکار می‌تواند با جرح شهود و اثبات خلاف واقع بودن شهادت، آنها را در معرض سزای نیرنگ و شهادت دروغ به دادگاه قرار دهد که برای این عمل، در ماده ۶۵۰ قانون مجازات اسلامی نه ماه و یک روز تا دو سال حبس و یا ۱/۵۰۰/۰۰۰ تا ۱۲/۰۰۰/۰۰۰ ریال جزای نقدی پیش‌بینی شده است. همچنین کسی که به دروغ، خود را معسر قلمداد کند، طبق ماده ۲۹ قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳/۹/۲۰ به یک تا شش ماه حبس محکوم و مجازات خواهد شد و نیز کسی که با مدعی دروغین اعسار تبانی کند یا طلبکار وی قلمداد نماید، طبق ماده ۳۲ آن قانون مجرم به شمار می‌رود.

شاید علت اینکه مقنن تفصیل مذکور و شیوه رسیدگی را مانند فقها تشریح ننموده است، این باشد که بنا بر اختصارگویی داشته است و برخی نکات فوق در واقع، آیین دادرسی اعسار است و تبیین آن را ضروری ندانسته است. البته این، رویه مقنن است، ولی باید با تأسف گفت این سکوت و ابهام قانون، برخی دادگاهها را که به مبانی فقهی مواد ۲ و ۳ توجه نکرده‌اند، دچار خطا نموده است. دلیل این مدعا

رای وحدت رویه دیوان عالی کشور در مورخ ۸۲/۱۰/۲ است که رسیدگی به دعوی اعسار را منوط به حبس ندانسته است. شایسته است محاکم، مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی کیفری، به متون معتبر فقهی مراجعه و خواسته واقعی مقنن را اجرا نمایند. در این صورت، شاهد حبس بدهکاران بی بضاعت به علت عجز از پرداخت دیه ناشی از تصادف غیر عمد نخواهیم بود، به ویژه کسانی که ممکن است مالک وسیله نقلیه نباشند، بلکه صرفاً اجیر مالک خودرو باشند.

آیا فرض تمکن در مثال فوق یا در مورد یک کارمند یا کارگر که با مطالبه مهریه سنگین همسرش به پرداخت چند صد سکه بهار آزادی محکوم شده است، صحیح است؟ آیا بین دیون فوق که ناشی از دریافت عوض مالی نیست با دیون ناشی از قرض و معامله و دریافت وجه، نباید فرقی نهاد؟ بی تردید، مدیونی را که منشأ دینش دریافت وجه یا کالا است، باید متمکن تلقی نمود، مگر اینکه خلاف آن را اثبات کند، ولی وقتی منشأ دین مدیون، دیه یا مهر و ضمانت و... است، در صورتی که مال آشکار یا سابقه تمول ندارد و سطح معاشش در حد معمول است، وی را نباید مالدار فرض نمود.

به جاست به یکی از مواد آیین نامه قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی اشاره مختصری نماییم. این آیین نامه حتی در برخی مواد بر پیچیدگی موضوع افزوده است.

در ماده ۲۰ آیین نامه مقرر شده است:

در مواردی که محکوم علیه به علت محکومیت‌های مالی متعدّد حبس شده است، دعوی اعسار باید علی حده مطرح شود، مگر در مورد محکومیت‌هایی که محکوم علیه آن یکی است که در این صورت، حکم اعسار شامل همه آن محکومیت‌ها می شود (روزنامه رسمی، شماره ۱۵۹۶۰-۷۸/۹/۱۸).

معلوم نیست پیش نویس آیین نامه، بر اساس کدام مبنای فقهی یا حقوقی و یا با چه توجیه منطقی چنین حکم شگفت آوری را وضع کرده است. گویا اعسار را یک امر نسبی پنداشته است که اگر نسبت به یک طلبکار معسر شناخته شد، باید دوباره

دعوی اعسار بدهد و در مقابل دیگران قابل استناد نیست.

بی تردید، اگر فردی معسر شناخته شود، صفتی (ناتوانی مالی) در وی احراز گردیده است که این صفت، مطلق بوده، در مقابل همه افراد قابل استناد است. آنچه در ماده ۲۰ آیین نامه مقرر شده، خروج از قلمرو قانون و فاقد مبنای صحیح است و می توان ابطال آن را از دیوان عدالت اداری درخواست نمود.

با توجه به قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی می توان گفت، حبس افراد معسر مراد مقنن نبوده است، لکن به دلیل عدم ارائه ضابطه تشخیص معسر و عدم ارائه آیین رسیدگی به دعوی اعسار، استخراج ضوابط را بر عهده محاکم نهاده است، ولی شایسته است با توجه به اهمیت موضوع، مقنن از سکوت و ابهام دست برداشته، ضوابط لازم را بیان نماید تا شاهد بازداشت طولانی محکومان بدون توجه به نوع دین و سابقه مالی آنها نباشیم؛ بازداشت هایی که گاه به قدری طولانی است که از مجازات فراتر رفته است.

از سوی دیگر، انتظار می رود محاکم نیز با توجه به مبانی فقهی قانون، افراد حبس شده ای را که با ارائه شهود، ادعای اعسار دارند و با توجه به سابقه قبلی معیشت و نوع دین آنها دلیلی بر تمکن آنها وجود ندارد معسر فرض نموده، آزاد نمایند و با مجازات کسانی که خود را معسر قلمداد می نمایند یا شهادت دروغ به اعسار می دهند، از سوء استفاده از محکومان و اجحاف به طلبکاران جلوگیری کنند و محکومیت قرار اقساط یا مهلت عادلانه ای را برای محکومان معسر در نظر گیرند و همان طور که برخی حقوقدانان معتقدند قبول تقسیط از راه دادن مهلت قضایی، فرع دادن رأی بر اعسار متعهد نیست و تقاضای تقسیط از جانب بدهکار بدون آنکه اعسار او ثابت شده باشد، در قوانین کنونی ایران قبول شده است (مواد ۲۷۷ و ۶۵۲ ق.م.ق).

این تقاضا را از دادگاه و مراجع اجرایی ثبت می توان کرد (ماده ۳۳ نظامنامه اجرای اسناد رسمی مصوب ۱۳۲۲/۹/۲۸) (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۳۸۴/۲). همچنین اداره حقوقی قوه قضائیه نیز تقسیط را منوط به موافقت محکوم له ندانسته است (مجموعه نظرات، ص ۱۳، نظریه شماره ۷/۳۶۸۸-۳۱/۶/۶۴). بدیهی است پذیرش تقسیط



مانع از این نیست که با معرفی مال به دادگاه از سوی طلبکار، زمینه وصول نقدی آن نیز فراهم گردد.

## نتیجه گیری

رویه فعلی دادگاههای کشور که معسران و مدعیان اعسار مدتهای طولانی در حبس می مانند مطابق موازین فقهی و منطبق با عدالت و روح قانون نیست و لازم است در این مورد تجدید نظر صورت گیرد.

با توجه به منابع فقهی می توان گفت کسی که با وجود تمکّن از پرداخت دین امتناع می ورزد، مستحقّ تعزیر و حبس است تا به پرداخت دیون تن دهد، ولی کسانی که معسرند، عنوان ممتنع بر آنها صدق نمی کند و از حبس معاف می باشند. راجع به افرادی که مدعی اعسارند نیز به نظر فقها باید با توجه به سابقه قبلی معیشت و نیز توجه به نوع دین مدیون، به دعوا به طور فوری رسیدگی و تعیین تکلیف شود. در پایان، نکات زیر را برای اصلاح و تکمیل قانون نحوه اجرای محکومیتهای مالی پیشنهاد می شود.

۱. اگر موضوع دین، دیه جنایت غیر عمد، مهریه، ضمانت و... باشد که محکوم، مالی را در عوض نگرفته است، با ادعای اعسار، معسر تلقی گردیده، حبس نشود، مگر اینکه محکوم له تمکّن وی را اثبات نماید و در صورت احراز اختفای مال و تمکّن وی، با تکیه بر جزای نقدی تعزیر گردد.

۲. در مورد محکومانی که سابقه تمکّن دارند یا موضوع دین آنها ثمن معامله، قرض یا... است تا احراز اعسار و ارائه شهود که استماع آن نیز خارج از نوبت است، در صورت تقاضای محکوم له، همان طور که برخی فقها احتمال داده اند، می توان هزینه حبس را در امور مالی به عهده طلبکار نهاد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳: ۴۹۳/۶) و با هزینه وی بازداشت گردند و در صورت عدم ملائت طلبکار می توان با هزینه دولت آنها را بازداشت نمود.

۳. مقرر نمودن حداکثر زمان رسیدگی به دعوای اعسار، تا موجب نقض حقوق محکومان فراهم نگردد؛ مانند طرح اعساری که در مجلس ششم شورای اسلامی

مطرح بود.

۴. پیش‌بینی راهکار مناسب برای الزام متعهدین ممتنع از اجرای مفاد اسناد رسمی و محکومان به جزای نقدی.

امید است مقنن و مجریان قانون با تکیه بر موازین شرعی و مبانی فقهی و حقوقی از تعدی به حقوق محکومان مالی پیش‌گیری نمایند و از سوی دیگر، حقوق مردم و دولت را از محکومان متمکن که از پرداخت دیون امتناع می‌ورزند استیفا نمایند.



النشر، بی تا.

- فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعه (کتاب القضاء و الشهادات)، قم، مرکز فقه ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۰ ق.

- قانون مدنی.

- گلپایگانی، محمدرضا، کتاب القضاء، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۱ ق.

- مؤمن قمی، محمد، مبانی تحریر الوسیله، چاپ اول، تهران، مؤسسه نشر آثار امام، ۱۳۸۰.

- مجلسی، محمد تقی، روضی المتقین، تهران، نشر بنیاد فرهنگ اسلامی، کوشانپور، بی تا.

- محقق اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفوائد و البرهان، تحقیق مجتبی عراقی، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۴ ق.

- مروارید، علی اصغر، سلسلی البنایع الفقهیة، بیروت، دار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.

- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، چاپ ششم، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۴ ق.

- نظامنامه اجرای اسناد رسمی، ۱۳۲۲/۹/۲۸.

- < www.dadgostary-tehran.ir >، ۱۳۸۵.

## حاکمیت قانون در امور بین‌المللی<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> Ian Brownlie □

□ ترجمه دکتر علیرضا حجت‌زاده<sup>۲</sup>

□ استادیار حقوق بین‌الملل سازمان مرکزی دانشگاه پیام نور

### مقدمه مترجم

تحلیل وقایع بین‌المللی روز و بررسی قطعنامه‌های شورای امنیت در خصوص

---

۱. در ۱۹۹۸ م. به مناسبت پنجاهمین سال تأسیس سازمان ملل متحد، کتابی با عنوان *The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations* M. Nijhoff که حاصل درس عمومی پروفسور برانلی در آکادمی لاهه در ۱۹۹۵ م. بود، از سوی Publishers (The Hague and Boston and Cambridge, MA) منتشر شد. مقاله حاضر، موضوع سخنرانی پروفسور برانلی در مرکز حقوق بین‌الملل «Lauterpacht» دانشگاه کمبریج با همان عنوان است که در ۶ اکتبر ۲۰۰۴ م. ایراد شده است. این سخنرانی از پایگاه <<http://www.biicl.org>> استخراج شده است.

۲. وی دارای کرسی استاد ممتازی دانشگاه آکسفورد؛ سردبیر سالنامه حقوق بین‌الملل بریتانیا؛ عضو کمیسیون حقوق بین‌الملل و انستیتو حقوق بین‌الملل؛ سابقه داوری و قضاوت در بسیاری از پرونده‌های بین‌المللی؛ مشاور حقوقی ۳۸ کشور از ۱۹۷۴ م. تاکنون؛ مؤلف هفت کتاب مرجع در حقوق بین‌الملل و بیش از ۱۱۲ مقاله منتشرشده در نشریات معتبر بین‌المللی.

۳. [alhojjat@yahoo.com](mailto:alhojjat@yahoo.com)

عملیات نظامی در کوزوو و عراق، در چارچوب مکاتب فلسفی حقوق بین‌الملل و اصول حقوقی کلاسیک و مدرن از سوی پروفیسور یان برانلی، حقوقدان برجسته بین‌المللی، در مقاله حاضر دریچه‌ای نو را فراوی علاقمندان می‌گشاید تا در خلال بحران اتمی ایران، نقش زور در روابط و حقوق بین‌الملل دوباره مورد بازکاوی قرار گیرد. سخنرانیها و نوشته‌های پروفیسور برانلی درباره وقایع بین‌المللی روز، خوانندگان را با «واقعیت حقوق بین‌الملل» رهنمون می‌سازد که مشارکتی در توسعه حقوق بین‌الملل عمومی دارد. در مقاله حاضر، خواننده درمی‌یابد که حقوق بین‌الملل در عمل چیست و حقوق قابل دسترس کدام است؟ از این رهگذر، عدم حاکمیت قانون مورد آسیب‌شناسی قرار گرفته است.

\* \* \*

حاکمیت قانون در امور بین‌المللی، عنوان پرسش مهمی است و می‌توان آن را به شکل ملموس تری بدین صورت مطرح نمود که آیا حاکمیت قانون در نظم عمومی بین‌المللی جایگاهی دارد؟

این در حالی است که مفهوم نظم عمومی بین‌المللی مورد تردید است و ممکن است عناوین متفاوت دیگری را دربرگیرد؛ مانند «جامعه بین‌المللی» که خود به تنهایی می‌تواند دربردارنده اقلیتی از دولتها باشد. در این نوشتار، از آن دیدگاهی که بر اساس آن جهان وجود ندارد مگر آنکه اساس آن از سوی نظریه‌پردازان توصیف شده باشد، دوری گزیده‌ام. ترجیح داده‌ام چیزی را که هست، بررسی نمایم و مانند رابرت کوپر<sup>۱</sup> که در قالب یک فرضیه، انواع گوناگونی از کشورها را به صورت غیرمدرن، مدرن و پسامدرن تقسیم‌بندی کرده است، خیال‌پردازی نکنم. بدیهی است این نوع تقسیم‌بندی، سطحی بوده، با واقعیتهای پیچیده امروز سازگار نیست.

در هر حال، حقوقدانان انتظار دارند، توصیف مشخصی از نظریه حاکمیت قانون در امور بین‌المللی ارائه شود. اگرچه ضروری نیست، مناسب است که این امر با

۱. Robert Cooper.

بررسی معیاری برای اثبات قانونمندی یک نظم حقوقی آغاز گردد.

در محافل دانشگاهی، صاحب‌نظران حقوقی معمولاً حقوق بین‌الملل را با استفاده از معیارهای حقوق داخلی ارزیابی می‌کنند؛ مثلاً در فصل دهم کتاب کلاسیک هربرت هارت<sup>۱</sup> با عنوان مفهوم حقوق و همچنین در بخش عمومی مجموعه مقالات سر هرچ لاترپاخت<sup>۲</sup> که توسط پسر فرهیخته او ویرایش شده، از همین رویکرد پیروی شده است.

به نظر من، استفاده از معیار حقوق داخلی به عنوان یک الگو نامقبول است. هر دو نظام حقوقی (داخلی و بین‌المللی) دربردارنده نهاد‌های حکومتی در یک نظام خودمحدودکننده می‌باشد. در یک کشور، دولت قانون اساسی را بدون ضمانت اجرای خارجی اجرا می‌کند؛ از این رو، حقوق عمومی داخلی اساساً یک نظام خوداجرا تلقی می‌شود.

در حقیقت قانونمندی و اعتبار یک نظام حقوقی، نهایتاً باید با معیار فراقانونی تعیین گردد. این نخستین پیشنهاد من است.

این نظر هانس کلسن<sup>۳</sup> بود. او اعتقاد داشت اگر چه هنجارهای فردی نمی‌تواند بیانگر یک معیار مؤثر باشد، این به مصلحت نظام حقوقی است که در کل، چنین فرض شود و معیار «تأثیر» از پیش فرض‌های یک نظام حقوقی است. یکی از شارحان این نظریه، سر جرالدفیتز موریس<sup>۴</sup>، مشاور حقوقی وزارت امور خارجه بریتانیا بود. وی تا زمان انتخابش در دیوان بین‌المللی دادگستری در سال ۱۹۶۰ م، در زمان تصدی پست مشاور حقوقی وزارت‌خانه مذکور، نظریه‌هایش را در قالب سخنرانی‌هایی در آکادمی لاهه در ۱۹۵۷ م. بیان داشت. فیتز موریس این پرسش را مطرح نمود که منبع نهایی قدرت قانونگذاران در صحنه حقوق داخلی چیست؟ پاسخ او به این پرسش به شرح زیر است:

۱. Herbert Hart.

۲. Sir Hersch Lauterpacht.

۳. Hans Kelsen.

۴. Sir Gerald Fitz Maurice.

در حالی که اطاعت از فرامین قانونگذاران تنها از برتری قدرت قانونگذاران ناشی نمی‌شود، چه عاملی باعث می‌شود تا مردمی را وادار کند که از قانونگذاران خود اطاعت نمایند؟ این توجیه که این عامل، شخص قانونگذار است، کاری بیهوده و تکراری است. [وی] دوباره پرسشی را در مورد منشأ حق قانونگذار برای قانونگذاری به سبب قدرت برترش مطرح می‌سازد. حق و قدرت ممکن است بر هم منطبق شود یا نشود، در هر حال، هر یک مفهومی مجزا از دیگری دارد. مردن از قوانین کشورشان صرفاً به این لحاظ که در صورت لزوم به صورت لازم الاجرا وضع می‌شوند، اطاعت نمی‌کنند، بلکه به این دلیل اطاعت می‌کنند که آنها را قانون تلقی می‌کنند؛ زیرا قانون به سبب تحمیل شدنش اجباری یا الزام‌آور نیست، بلکه اجرا می‌شود، چون از پیش الزام‌آور شده است و گرنه تحمیل آن غیر قانونی بود.<sup>۱</sup>

فیتز موریس در مجموع، این تجزیه و تحلیل را برای حقوق، کاربردی می‌داند. حال، این موضوع نظری را رها کرده، به دومین مسئله می‌پردازم. دومین موضوع مورد بحث، واقعیت حقوق بین‌الملل است، یعنی می‌خواهم ثابت کنم که استفاده دولت‌ها از قواعدی که به عنوان قواعد حقوق بین‌الملل شناخته شده است، امری انکارنشده است. همه دولت‌ها کارشناسانی را برای به اجرا درآوردن امور جاری و توصیه‌های طرح شده در حقوق بین‌الملل استخدام می‌کنند و پیوسته روابطشان را با سایر کشورها بر اساس حقوق بین‌الملل تبیین می‌کنند. دولت‌ها و مقامات رسمی آنها مدتهاست که «حقوق ملل» یا «حقوق بین‌الملل» را که مجموعه‌ای از قواعد تحت این عنوان است، مورد استفاده قرار می‌دهند.

البته این حقیقت که حقوق بین‌الملل، یک بخش عادی از تصمیم‌گیری را تشکیل می‌دهد، به این پرسش اساسی، یعنی چستی سودمندی حقوق پاسخ نمی‌دهد و همان گونه که اشاره کردم، مسئله «اعتبار قانونی» اساساً فراقانونی است. در بررسی نهایی، مسئله سودمندی حقوق بین‌الملل عمدتاً با ملاحظه پذیرش مستقیم

۱. اشاره به مکتب «اصالت قاعده» (Normativism) است که پیروان آن معتقدند قواعد حقوقی، خود، یک اصل و وجودش دلیل بر لزومش است و باید آنها را تا آنجا که موجود و معتبر است، قبول کرد (مترجم).



و اختیاری آن از سوی دولتها به اثبات می‌رسد (اصل تراضی).

بنابراین، نادیده گرفتن وقوع دعاوی و جنگهای داخلی متعدّد در داخل کشورها، در هنگام ارزیابی وجود و اعتبار قانونی نظامهای حقوق داخلی، امری عادی است. وقوع جنگهای داخلی و تجزیه کشورها را می‌توان با وقایع فاجعه‌آمیز در صحنه بین‌المللی مقایسه کرد. حقوقدانان و سیاست‌مداران چنین وقایعی را از بین برنده نظم عمومی بین‌المللی تلقی نمی‌کنند، بلکه اینها را نشانه آشکار شدن این حقیقت می‌دانند که این نظام کامل نیست.

نگاهی به شواهد موجود در این زمینه مفید است. حال، مثالهای متنوعی را در این باره مرور کنیم:

### ۱. جنگ جهانی دوم

از میان قانون‌شکنیهای مسلّمی که در جریان این جنگ صورت گرفت، دو نکته از اهمیت خاصی برخوردار است. الف) ائتلاف ملل متحد که در اوّل ژانویه ۱۹۴۲ م. شکل گرفت، وسیله‌ای برای اجرای نظم قانونی تلقی گردید. ب) کشورهای متخاصم با کشورهای بی‌طرف به شکل عادی به برقراری روابط خارجی اقدام نمودند و فرض نشد که حقوق بین‌الملل به انتها رسیده است.

### ۲. حمله ایالات متّحده به پاناما در ۱۹۸۹ م.

این حمله خسارات زیادی را به بار آورد و مبنای حقوقی نداشت. این رویداد رنجش عمیق آمریکای لاتین را در پی داشت، اما به نظر رسید که در کلّ جهان، شوک خفیفی ایجاد کرد، احتمالاً به علت اینکه خسارات و ضایعات وارد شده به اطلاع افکار عمومی نرسید. حقیقت ماجرا آن بود که ایالات متّحده از مرگ یک افسر غیر وظیفه که به عنوان مسافر با اتومبیلی در جاده پایگاه افسران رانندگی می‌کرد و همچنین حمله به افسر دیگری و تهدید همسر او به تجاوز جنسی شکایت داشت. در اثر حمله به پاناما، سیصد شهروند پانامایی کشته و سه هزار نفر زخمی شدند و یک منطقه کارگری در حومه شهر با آتشباری وسیع با خاک یکسان شد. اگر چه ادّعا شد که هدف از این حمله، اعاده مشروعیت رئیس جمهور منتخب «Endara» که از حمایت ایالات متّحده برخوردار بود، می‌باشد، متعاقباً مشورت با

او قبل از حمله مورد انکار قرار گرفت.

جامعه بین‌المللی به توجیحات حقوقی ایالات متحده چندان واقعی نهاد و آن را نپذیرفت و مجمع عمومی سازمان ملل این حمله را با ۷۵ رأی مثبت به ۲۰ رأی منفی و ۴۰ رأی ممتنع محکوم کرد (قطعنامه ۴۴/۲۴۰ مجمع عمومی، مورخ ۲۹ دسامبر ۱۹۸۹). این قطعنامه به نقض فاحش حقوق بین‌الملل، استقلال، حاکمیت و تمامیت سرزمینی کشورها اشاره می‌کند. یک عامل مهم در این قضیه، ناکامی ایالات متحده در کسب تأیید سازمان کشورهای آمریکایی بود.

۳. حملات ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ م.

این حملات در واشنگتن و نیویورک باعث مرگ سه هزار نفر و زخمی شدن تعداد بسیاری از افراد و خسارات جسمی و روحی زیادی گردید.

۴. حمله به عراق

حمله به عراق که از سوی سه کشور ایالات متحده، بریتانیای کبیر و استرالیا صورت گرفت، اختلاف نظر جدی در افکار عمومی جهانی در این زمینه را در پی داشت.

هیچ یک از این وقایع موجب نشد تا کسانی که پیگیر این گونه مسائل بودند، مرگ حقوق بین‌الملل را اعلام نمایند.

حال به موضوع اصلی که نخستین آن، مفهوم حالت عمومی<sup>۱</sup> در روابط بین‌المللی است، بازمی‌گردیم. این مفهوم به بررسی و تجزیه و تحلیل نیاز دارد، اما پرسش این است که چه روشی را باید برای این منظور به کار گرفت؟ بی‌شک، قانونمندی، یک مفهوم انتزاعی است که بیشتر به ارزشها و تمایلات شخص ناظر بستگی دارد.

ارزشها و منافع کشورها که شناسایی و حمایت از آنها، شکل‌گیری یک الگوی قانونمند را در پی دارد، چیست؟ تعبیر شخصی من از این الگو به عنوان نقد یک حقوقدان بین‌المللی، باید متضمن بررسی منطقی کارکرد عملی نظام دولتها باشد؛

۱. Normality.

بنابراین، از این منظر می‌گوییم، بسیاری از همکارانم (حقوقدانان) این موضوع را مسلم می‌دانند که دولتها گاهی رفتار مناسبی ندارند، اما عملاً نمونه‌های قانونمندی در روابط بین‌المللی وجود دارد که به برخی از آنها اشاره می‌کنم:

۱. حلّ و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی از قبیل اختلافات سرزمینی و اختلافاتی که نقض صلح را در پی دارد یا ممکن است عامل گسترش نقض صلح شود. دیوانهای دادگستری بین‌المللی و نیز دیوانهای داوری اختصاصی، فعالیتهای چشم‌گیری را در این زمینه، در کارنامه خود دارند.

۲. روشهای تحدید حدود دریاها که اغلب با منابع طبیعی مهم یا مناطق دریایی با اهمیت استراتژی، همراه بوده است.

۳. مقررات حمل و نقل هوایی کشوری و مدیریت استفاده از فضای هوایی در سراسر جهان.

۴. ایجاد ساختارهایی برای حلّ و فصل مخاصمات مسلحانه، به ویژه مرحله نهایی آن، یعنی آتش‌بس؛ متارکه جنگ و معاهدات صلح.

۵. مدیریت دریاها بزرگ و نظامهای معابر در آبهای سرزمینی و مسیرهای بین‌المللی.

قانونمندی الزاماً نسبی است و هدف بعدی من، تعیین بخشی از عناصر تشکیل‌دهنده قانونمندی است.

در حقوق و دیپلماسی بعد از پایان جنگ جهانی دوم، تاکنون سه نوع نقیصه دیده شده است.

نخستین مسئله، موضوع حقیقت‌یابی است، به ویژه زمانی که مسئله استفاده از نیروی مسلح مطرح است. در یک عملیات نظامی اساساً دو مؤلفه مهم است:

الف) ضرورت تهیه اطلاعات و حقیقت‌یابی قبل از اقدام است؛

ب) مرحله توجیه که ترکیبی از حقایق، سیاستها و حقوق می‌باشد.

در چنین وضعیتی تصمیمات قانونی ممکن است موجبی برای اعتمادآور بودن حقیقت‌یابی باشد؛ زیرا تأثیر زیاد انگیزه‌های جنبی ممکن است صحت حقیقت‌یابی را زیر سؤال ببرد و آن را از نظر حقوقی بی‌اعتبار سازد.

اخیراً ارتباط واقعی مباران یوگسلاوی در ۱۹۹۹ م. با وجود یک به اصطلاح فاجعه انسانی در بحران کوزوو زیر سؤال رفته است. تخریب زیرساختها و توان اقتصادی یوگسلاوی، به نظر می‌رسد بیشتر برای تغییر رژیم بوده، نه انگیزه‌های انسانی.

قبل از اشغال عراق نیز بحثهایی درباره تأثیر و نقش بازرسان تسلیحاتی سازمان ملل مطرح شد که این بحثها هنوز هم ادامه دارد.

مسئله حقیقت‌یابی را نمی‌توان به سبب مشکلات عملیاتی اجتناب‌ناپذیر کنار گذاشت؛ زیرا این مسئله جداً زیربنای سیاست‌گذاریهای دولت و نیز کاربرد عینی حقوق است. بعلاوه، گاهی دولتهایی که به نظر می‌رسد اقداماتشان بحث‌برانگیز است، ممکن است به اقداماتی دست بزنند که به حذف پرسنلی منجر شود که حضورشان برای انجام تحقیقات، در اصل لازم بوده است؛ مثلاً چند روز قبل از حمله هوایی ناتو در قضیه کوزوو از سوی «OSCE»، به هیئت تحقیق دستور داده شد که آن منطقه را ترک کنند. همچنین عملیات ایالات متحده در عراق باعث شد که بازرسان تسلیحاتی سازمان ملل، پس از سه ماه کار و تحقیق (در حالی که هنوز کارشان به اتمام نرسیده بود) آنجا را ترک کنند.

دومین نقیصه اساسی در ایجاد قانونمندی عملکرد دو گانه در جریان اجرای قانون، به ویژه عملکرد دو گانه شورای امنیت است. نگرانی از وضعیت حقوق بشر غالباً به عنوان علت این سیاستهای سخت‌گیرانه بیان می‌شود که البته در برخی موارد، این نگرانی وارد است، ولی در همه موارد چنین نیست.

چگونگی اجرای متفاوت قطعنامه‌های شورای امنیت نارضایتی در جهان عرب را در پی دارد. متأسفانه انجام هرگونه اصلاحات قانونی برای مسائل فوق مشکل به نظر می‌رسد.

۱. «OSCE» مخفف «Organization for Security and Co-operation in Europe» است. این سازمان، در ۱۹۷۳ م. به وجود آمد. تاکنون ۵۵ دولت عضو از اروپا، قفقاز، آسیای مرکزی و شمال آمریکا در آن شرکت دارند. ریاست این سازمان، از اول ژانویه ۲۰۰۷ م. با اسپانیا خواهد بود. دبیرخانه سازمان در وین مستقر می‌باشد (ر.ک: <http://en.wikipedia.org/wiki/osce>) (م).

مهمترین عاملی که الگوهای کلی قانونمندی را از بین می‌برد، صدور قطعنامه‌های شورای امنیت است، که ظاهراً با حقوق بین‌الملل و منشور ملل متحد در تناقض است. شایان یادآوری است که تجاوز به عراق از سوی نیروهای ایالات متحده، از سوی اکثریت وسیعی از دولتها و همچنین دبیر کل سازمان ملل غیرقانونی تلقی شده است. هیچ کشوری در منطقه، عراق را یک تهدید به شمار نمی‌آورد و اتحادیه عرب نیز به حمله آمریکا اعتراض کرد. حق و توبخشی از ابزارهای قانونی سازمان ملل است و در این شرایط، عدم صدور قطعنامه‌ای در محکومیت اقدام آمریکا قابل پیش‌بینی بود. آنچه اتفاق افتاد، تصویب تعدادی قطعنامه در شورای امنیت بود که می‌توان این اقدام را چنین تفسیر کرد که این قطعنامه‌ها با به رسمیت شناختن ساختارهای ایجادشده از سوی قدرتهای طراح حمله نظامی به عراق، در واقع، به اشغال این کشور مشروعیت می‌دهد. جالب اینجاست که این قطعنامه‌ها همگی حاکمیت و تمامیت ارضی عراق را تأیید و تأکید می‌کرد.

با تکیه بر این قطعنامه‌ها به نظر می‌رسد هدف از اشغال، منحصرأ کمک‌رسانی بشردوستانه و بازسازی خسارتهای اقتصادی ناشی از استفاده وسیع از سلاحهای مدرن بوده است.

هیچ حفاظت مؤثری از منابع نفتی عراق، یعنی منابع ملی این کشور، صورت نگرفت. در عملکرد صندوق توسعه برای عراق نیز ابهامهایی وجود دارد. برای محاکمه اعضای پیشین رژیم عراق به سبب جنایاتشان، تمهیداتی در نظر گرفته شده است، اما برای جنایاتی که در طول تجاوز و بعد از آن از سوی کسانی که مسئول کنترل نیروهای نظامی خود در عراق بوده‌اند، فکری نشده است.

با این حال، قطعنامه ۱۵۴۶ شورای امنیت مصوب ۸ ژوئن ۲۰۰۴ م. نمونه کامل و نمودسازی، خیال‌پردازی و حسن تعبیر این شورا است. این قطعنامه به انحلال شورای حاکم عراق، تشکیل دولت موقت عراق، انحلال نهاد موقت ائتلافی و پایان اشغال مربوط می‌شود. چهار بند نخست قطعنامه مذکور به شرح زیر است:

شورای امنیت:

۱. تشکیل دولت موقت حاکم بر عراق را که در اول ژوئن ۲۰۰۴ م. ایجاد شده و

عهده‌دار مسئولیت و ادارهٔ عراق شده است، به رسمیت می‌شناسد. این دولت از انجام دادن هرگونه اقدامی در مورد آیندهٔ عراق، خارج از حیطهٔ اختیارش در دورهٔ موقت محدود مسئولیتش خودداری خواهد کرد تا دولت انتقالی منتخب عراق به گونه‌ای که در بند ۴ به شرح زیر پیش‌بینی شده، زمام امور عراق را به دست گیرد.

۲. همچنین از اینکه از ۳۰ ژوئن ۲۰۰۴ م. اشغال پایان می‌پذیرد و نهاد ائتلافی موقت پایان می‌پذیرد و عراق حاکمیت کامل خود را بازمی‌یابد، استقبال می‌کند.

۳. بر حقوق مردم عراق برای تعیین آزادانهٔ آیندهٔ سیاسی خود و اجرای حاکمیت کامل و کنترل بر منابع طبیعی و مالی خود تأکید می‌کند.

۴. جدول زمانی پیش‌بینی شده برای انتقال سیاسی حکومت عراق و تشکیل دولت دموکراتیک شامل موارد زیر را تأیید می‌کند:

الف) تشکیل دولت موقت عراق که مسئولیت و اختیارات ادارهٔ عراق را از ۳۰ ژوئن ۲۰۰۴ م. به عهده خواهد گرفت.

ب) برگزاری یک کنفرانس ملی که منعکس‌کنندهٔ تنوع جامعهٔ عراق باشد.

ج) برگزاری انتخابات دموکراتیک مستقیم در صورت امکان تا ۳۱ دسامبر ۲۰۰۴ م. و در هر حال، تا قبل از ۳۱ ژانویه ۲۰۰۵ م. برای تشکیل یک مجلس ملی انتقالی که از جمله، مسئولیت تشکیل یک دولت انتقالی برای عراق و تهیهٔ پیش‌نویس قانون اساسی دائمی برای عراق را بر عهده خواهد داشت و کشور را به سمت یک دولت منتخب برخاسته از قانون اساسی تا ۳۱ دسامبر ۲۰۰۵ م. رهنمون خواهد کرد.

بسیار تردید‌آمیز است که چطور یک ملت واقعاً می‌تواند آزادانه، آیندهٔ سیاسی خویش را با حضور یک نیروی نظامی وسیع و با نفوذ ۱۳۰ هزار نفری رقم زند؟ چه کسی این برنامهٔ سیاسی را تنظیم نموده است؟! اگر تصمیم‌گیری در اختیار عراقیهاست، کدام عراقیان؟ آیا آنها عراقی بودند که با نقل و انتقال نیروهای نظامی آمریکا وارد عراق شدند؟ چرا شورا احساس می‌کند که باید بر حق مردم عراق برای کنترل منابع مالی و طبیعی آنها تأکید مجدد کند؟

این نوع قطعنامه‌ها یک نسخهٔ باشکوه بدلی از نوع لباسهای امپراطور را ارائه می‌کند، یعنی در عین اینکه پرطمطراق و پرزرق و برق است، محتوایش اندک است. این قطعنامه از سوی شورا بر اساس فصل هفتم منشور تصویب شد، اما هیچ

اقدامی برای حفظ صلح و امنیت با عنایت به ماده ۳۹ منشور را مقرر نمی‌دارد. در مقابل، کاری که شورا انجام می‌دهد، ارائه تسهیلات کلّی و کمک به کشورهای است که مسئول نقض صلح و عمل تجاوز هستند. منشور از درون تهی شده است. البته این بدان معنا نیست که شورای امنیت همیشه بد عمل می‌کند، بلکه این نهاد به طور اجتناب‌ناپذیری، بازتاب تمایلات اعضای آن، به ویژه اعضای دائم آن است. یک اجماع قوی می‌تواند انجام اقدامی بسیار مؤثر را موجب شود؛ مانند اجماعی که در قضیه تجاوز عراق به کویت در شورا حاصل گردید. پیش از آن، شورا درباره جنگ ایران و عراق (از ۱۹۸۰-۱۹۸۸ م.)، اقدام هر دو طرف متخاصم را با شدت نسبتاً مساوی تقبیح کرد. این، ضرورتاً بدان معنا نیست که چون شورا به ایران و عراق با یک دید نگریسته و اقدام هر دو طرف را نکوهش کرده، در واقعیت هم همین طور است، بلکه نشان می‌دهد که حقیقت‌یابی در آن شرایط پیچیده، دشوار بوده است. مطمئناً شورا مایل نبود در آن شرایط، عراق را متجاوز بشناسد. همچنین مایل نبود به کمکی که عراق از دولتهای ثالث دریافت می‌کرد، توجه کند. معضلات شورا در قضیه بوسنی و هرزگوین در سالهای ۱۹۹۱-۱۹۹۵ م. نیز موضوعی اساسی و مهم بود؛ هر چند این قضیه، توجه مستمر شورای امنیت را به خود جلب نکرد، رویکرد کلّی شورا در این قضیه، آن بود که با یوگسلاوی به عنوان یک طرف مقصر رفتار شود. همچنین عدم تمایل آشکار شورا برای انتقاد یا محکوم کردن طرفهای اصلی مداخله در بوسنی از جمله نیروهای کرواسی در دوره ۱۹۹۳-۱۹۹۵ م. مشهود است.

آخرین مثال موانع قانونمندی، این احتمال است که از ۱۹۴۵ م. به بعد، حقوق بین‌الملل عمومی مربوط به ظرفیت دولتها در به کار بستن مؤثر قواعد و استانداردها، خیلی گسترش یافته است. شایان یادآوری است که در اینجا تأکید بر ظرفیتی است که به تمرّد دولتها مربوط نمی‌شود.

### [حقوق بشر]

حقوق بین‌الملل از ۱۹۴۵ م. در چندین جهت اساسی توسعه یافته است که حقوق

بشر مهم‌ترین و واضح‌ترین آنهاست. منادیان حقوق بشر از میان نظام قیمومت و فعالیت‌های استانداردسازی در سازمان بین‌المللی کار ۱۹۱۹ م. به وجود آمدند، اما آنچه عمومیت داشت، عدم وجود یک تعهد اساسی مبنی بر حمایت از اقلیتها بود. حمایت از اقلیتها موضوع معاهدات صلح ۱۹۱۹ و ۱۹۲۰ م. تنها مشتمل بر مواردی استثنایی بود که بر دولتهای مغلوب و همچنین دولتهای تازه‌تأسیس یا دولتهای بازسازی‌شده اروپای شرقی تحمیل می‌شد.

این فضای کلی در ۱۹۴۵ م. که حقوق بشر و آزادیهای اساسی جایگاه محکمی در اهداف منشور ملل متحد در ماده «۱» پیدا کرد، تغییر نمود. در ۱۹۴۸ م. مجمع عمومی یک اعلامیه جهانی با عنوان «اعلامیه جهانی حقوق بشر» را تصویب کرد که ارزشی بیش از نامی که بدان داده شده بود، پیدا کرد و تا ۱۹۶۶ م. که میثاقین ملل متحد برای امضا مفتوح گردید، انعقاد معاهدات قانون‌سازی درباره بسیاری از مفاهیم حقوق بشر آغاز شده بود.

یکی از عوامل مهم تسریع‌کننده در روزهای آغاز این فرایند، اثر منتشرشده «هرچ لاتریاخت»<sup>۱</sup> در ۱۹۵۰ م. با عنوان *حقوق بین‌الملل و حقوق بشر*<sup>۲</sup> بود. از آن دوره تا حال، توسعه اصول و استانداردها در این زمینه، جالب توجه بوده است.

تدوین مقررات در این زمینه، باید بر اجرا و توسعه آن مقدم باشد. در عین حال، پیشرفت روشهای اجرا و نظارت، با استانداردسازی همگام نبوده است. حتی فرایندهای نظارت به سمتی می‌رود که خیلی دقیق نیست.

مسئله اصلی که اغلب بیان نمی‌شود، همان ضعف حاکمیت قانون و نهادهای دولت است. ابزار اولیه حمایت از حقوق بشر، نظام حقوق داخلی است. دخالت خارجیان به قصد بهبود رعایت معیارهای حقوق بشر، غالباً تشدید درگیرها و افزایش دسته‌بندیها و تفرقه‌افکنیها را در پی دارد. همان‌طور که وقایع اخیر کوزوو نشان داد راه‌حلهای ساده‌ای در این زمینه وجود ندارد.

۱. Hersch Lauterpacht.

۲. International Law and Human Rights.



## [حقوق محیط زیست]

دومین جهت اساسی، توسعه حفاظت از محیط زیست است. موضوعی که پیچیدگیهای ذاتی خودش را دارد؛ زیرا یک مشکل تاریخی این است که وقتی توسعه حقوق، آزادی عمل دولتها در کنترل بهره‌برداری از منابع طبیعی آنها را محدود می‌سازد، حساسیت آنها برانگیخته می‌شود. در هر حال، بدعتهای مهمی در این زمینه رخ داده که حاصل کار کمیسیون حقوق بین‌الملل مربوط به جلوگیری از زیانهای فرامرزی و به ویژه مدیریت بحران بوده است.

کمیسیون حقوق بین‌الملل در پنجاه و سومین نشست خود در ۲۰۰۱ م، متن پیش‌نویسی شامل یک مقدمه و ۹ ماده را برای کنوانسیون جلوگیری از زیانهای فرامرزی ناشی از فعالیتهای زیانبار به تصویب رساند و تصمیم گرفت، تصویب چنین کنوانسیونی را به مجمع عمومی پیشنهاد نماید.

این پیش‌نویس، درباره فعالیتهایی است که از سوی حقوق بین‌الملل منع نشده، اما خطر وارد شدن زیان فرامرزی مهمی از انجام دادن چنین فعالیتهایی احساس می‌شود.

پیش‌نویس کنوانسیون جلوگیری از زیانهای فرامرزی

ساختار اصلی رژیم پیشنهادی این پیش‌نویس به شرح زیر است:

۱. منظور از زیان، زبانی است که به اشخاص، اموال یا محیط زیست وارد می‌شود.
۲. زیان فرامرزی زبانی است که به قلمرو یا سایر محلهای در صلاحیت یا کنترل دولتی غیر از دولت مبدأ وارد می‌شود، اعم از اینکه دولتهای مربوط، مرز مشترکی با هم داشته باشند یا نداشته باشند.
۳. دولت مبدأ دولتی است که در قلمروش یا در قلمرو در صلاحیت یا کنترل آن، فعالیتهای مذکور در ماده ۱، طراحی یا اجرا می‌شود.
۴. دولتی که احتمالاً تحت تأثیر قرار می‌گیرد، دولت یا دولتهایی را گویند که در قلمروشان یا در محلهای دیگری که در صلاحیت یا کنترل آنهاست، خطر زیان فرامرزی مهمی وجود دارد.

ماده ۳ این پیش‌نویس، وظیفه جلوگیری را به شرح زیر مقرر می‌دارد:

دولت مبدأ باید اقدامات مقتضی را هم برای جلوگیری از زیان فرامرزی مهم یا در

هر حال، برای به حداقل رساندن خطر پیش آمده انجام دهد.

مواد ۶ و ۷ رژیم برای اقدامات پیش گیرانه را مقرر داشته است. ماده ۶ مقرر می‌دارد:

۱. دولت مبدأ باید اقدامات پیش گیرانه خود را برای موارد زیر انجام دهند:
  - الف) هر فعالیتی که بر اساس این پیش نویس، در قلمرو دولتی یا در محلهایی که در صلاحیت یا کنترل دولتی انجام می‌شود.
  - ب) هر تغییری که در فعالیتهای مذکور در بند «الف» رخ دهد.
  - ج) هر طرحی برای تغییر فعالیتهای به نحوی که آن فعالیتهای در دامنه مواد پیش نویس حاضر قرار گیرد.

ماده ۷ که تأکیدی بر ماده ۶ می‌باشد مقرر می‌دارد:

۱. هر نوع تصمیمی درباره تجویز فعالیتی که در قلمرو مواد حاضر قرار داشته باشد، مخصوصاً باید بر پایه ارزیابی زیانهای فرامرزی احتمالی ناشی از آن فعالیت، از جمله هرگونه ارزیابی کامل زیست محیطی، اتخاذ شود.

مواد این پیش نویس همچنین وظیفه اطلاع رسانی و مشاوره درباره اقدامات پیش گیرانه را بر عهده دولت مبدأ گذاشته است. در سایه چنین مشورتهایی، دولت‌های مربوط باید راه‌حلهایی بر پایه تعادل منصفانه منافع را جست‌وجو کنند. ماده ۱۰ عواملی را بیان می‌کند که باید در راه رسیدن به این تعادل منافع از سوی دولت‌ها مد نظر قرار گیرد.

محتوای مواد پیش نویس، عناصر سخت گیرانه‌ای است، ولی درباره چگونگی کنترل قانونی مدیریت یک خطر فرامرزی مهم ساکت است. نکته جالب توجه این است که آزادی عمل دولتها در انجام دادن یا تجویز فعالیتهایی که در قلمرو آنها یا در صلاحیت و کنترل آنها باشد، نامحدود نیست. واکنش مجمع عمومی به این پیش نویس جاه طلبانه را باید در آینده ملاحظه کرد.

### [صلاحیت کیفری بین‌المللی]

سومین جهت توسعه، یعنی توسعه صلاحیت کیفری بین‌المللی، خیلی جالب توجه

بوده است. در کنار گسترش صلاحیت، پیشرفتی اساسی در تعریف جرایم بین‌المللی صورت پذیرفته است؛ اگرچه شناسایی شکنجه به عنوان یک جرم بین‌المللی مشخص، خیلی آرام صورت گرفته است. اقدام مهمی که در این باره انجام شده، تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی است که اساس‌نامه آن در ۱۹۹۸ م. به امضا رسید. این اساس‌نامه در اوّل ژولای ۲۰۰۲ م. لازم‌الاجرا شد و ۱۳۹ دولت آن را امضا و ۸۷ دولت آن را به تصویب رسانده‌اند. یک موضوع فراگیر، اما تا حدّی مسئله‌دار، اصل صلاحیت جهانی است که هم به صلاحیتهای بین‌المللی و هم به صلاحیتهای ملی مربوط می‌شود.

موضوع عدالت کیفری بین‌المللی در هاله‌ای از ابهام ناشی از وجود عناصر قوی متناقض قرار گرفته است. ظاهراً حاکمیت قانون با توسعه دیوانهای کیفری بین‌المللی مستحکم شده است، اما این چشم‌انداز، عناصری منفی را در خود دارد. در مواردی، ایجاد یک دیوان کیفری بین‌المللی جانیشینی برای اقدام پیش‌گیرانه مؤثرتر جامعه بین‌المللی مانند آنچه در قضیه نسل‌کشی در رواندا اتفاق افتاده باشد، به نظر رسیده است. بعلاوه، در قضیه دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی، ایجاد این دیوان با یک مبارزه سیاسی کاملاً متمرکز برای بی‌ثبات کردن وضعیت چند قومیتی یوگسلاوی و با هدف تغییر رژیم در صربستان همراه بود. این دیوان، بخشی از یک دستورالعمل الزامی شورای امنیت بود و برخی ناظران، مستقل بودن این فرایند از تأثیرات خارجی را مورد شک و تردید قرار دادند. در قضیه رواندا فرایند محاکمه در دیوان تشکیل شده برای رسیدگی به این قضیه، خیلی آرام صورت می‌گیرد و هزاران زندانی در انتظار محاکمه بسر می‌برند.

در هر صورت، اشکال گوناگونی از عدالت کیفری بین‌المللی فعلاً در حال ظهور است. نمونه اخیر آن، دیوان کیفری ویژه سیرالئون است. مبنای تشکیل این دیوان بر پایه رضایت دولت مربوط و صلاحیتش انحصاراً در رسیدگی به جرایم بین‌المللی می‌باشد. این دیوان ویژه، صلاحیتی موازی و برتر از دادگاههای محلی سیرالئون دارد. ملاحظات، قدرت و حمایت‌های سیاسی، همچنان تعیین‌کننده این موضوع است که چه کسی باید به سبب جرایم بین‌المللی محاکمه شود و چه کسی

نباید محاکمه شود؟

همه مفاهیم حقوقی را نمی‌توان در بحث مربوط به زمینه‌های گسترش حقوق بین‌الملل یا عدم گسترش آن طبقه‌بندی کرد. بسیاری از قلمروها خصلتاً ناهمگون و از نظر حاکمیت قانون، فقیر است؛ مانند موضوعی که تلویحاً با عنوان کنترل تسلیحات معرفی شده است.

در یک دید کلی، کنترل تسلیحات فاقد هرگونه انسجام یا هدف کلی است. یک سری قید و شرطهای مشخصی وجود دارد که روابط دوجانبه خاص را شامل می‌شود؛ مانند آنچه بین روسیه و ایالات متحده وجود دارد یا رویه شورای امنیت تحت فصل هفتم منشور. در اینجا حاکمیت قانون چندان وجود ندارد و مفهوم عدم توسعه بر یک اساس عمدتاً ویژه به کار می‌رود.

تا اینجا به شواهد حاکی از توسعه حقوق بین‌الملل از ۱۹۴۵ م. اشاره شد. کاربرد وسیع حقوق بین‌الملل همواره این پرسش را مطرح می‌سازد که آیا حقوق، بیش از اندازه توسعه یافته است یا خیر؟

از یک نظر پاسخ منفی است. مسلم است که آرمان و استانداردسازی باید پیش از آنکه عملاً جنبه کاربردی بیابد، محقق شود. باید گفت، پیشرفت زیادی در این باره صورت گرفته است.

از نگاهی دیگر، یک تصور جدی در رسالت تک‌تک دولتها درباره کاربرد مؤثر استانداردهای بین‌المللی به علت توسعه نیافتگی یا جنگ داخلی مداوم وجود دارد. این، ضعف نظامهای حقوقی داخلی در بسیاری از زمینه‌هاست که مسئله‌ساز می‌باشد.

من اکنون، بررسی مفهوم قانونمندی و ضعفها و گسستهای آن را به گونه‌ای که نسبی بودن آن را نشان می‌دهد، کامل کرده‌ام، اما چه بخشهایی از توسعه یا چه توسعه‌هایی هست که با توجه به مهم‌ترین معیارهای ارزیابی، غیر عادی است. آزمون حالت غیرعادی قدرت متفاوت است و نمی‌توان آن را بسادگی قطب مخالف قانونمندی دانست؛ زیرا اقدام غیرقانونی، نمودی از نظام نظم عمومی است.

معیار به کاررفته در این باره - با کمی دقت و فراست - این است که آیا یک رویه ویژه، نشانگر یک تهدید سیستماتیک یا اساسی برای ثبات و حاکمیت قانون به شمار می‌رود یا خیر؟ موضوعات مورد استناد، تنها تهدید احتمالی است؛ چنان که پیش از این نیز چنین بوده است؛ بنابراین، لازم است ویژگیهای دقیق آنها بررسی گردد. تهدید یک شخص ممکن است از دید شخص دیگری عین عدالت باشد.

### [حق تعیین سرنوشت]

نخستین موضوع و احتمالاً تهدیدی بر اصل حاکمیت قانون، حق تعیین سرنوشت است. در منشور ملل متحد و در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ م، این اصل به رسمیت شناخته شده است. به سختی می‌توان ادعا کرد که این اصل، یک بخش از حقوق بین‌الملل عمومی نیست، اما پرسشهای بی‌پاسخی درباره کم و کیف دقیق آن وجود دارد.

مسائل اصولی در این زمینه به شرح زیر است:

۱. ماهیت معیاری که برای سنجش حق تعیین سرنوشت به کار می‌رود.
  ۲. شرایط اعتبار و اجرای این حق.
- این پرسش، حداقل تا حدی پاسخ‌دانی است. وسیله عادی شناسایی و اعتبار حق تعیین سرنوشت، نهادهای سیاسی ملل متحد است. بعلاوه، در قضیه تیمور شرقی در ۱۹۹۵ م، دیوان بین‌المللی دادگستری نه تنها حق مردم برای تعیین سرنوشت را به رسمیت شناخت، بلکه تصدیق کرد که این، یک حق قطعی، مسلم و لازم‌الاجراست (I.C.J. Reports, ۱۹۹۵: ۱۰۲).
۳. یک پرسش بی‌پاسخ در اینجا وجود دارد و آن اینکه آیا «خودیاری» به عنوان بخشی از حق تعیین سرنوشت برای دستیابی به استقلال، قانونی است یا خیر؟

مسلم است که از این اصل (حق تعیین سرنوشت) ممکن است به عنوان یک حربه سیاسی استفاده شود. بسیاری از کشورها چندملیتی هستند. وقایع اخیر بوسنی و هرزگوین، کوزوو و اقوام متو و هیجا دوباره تکرار خواهند شد.

با در نظر داشتن نقش این اصل به عنوان یک منبع بی‌ثباتی، تعجب آور نیست که تمایلاتی برای محدود کردن هدف حق تعیین سرنوشت وجود داشته باشد. نمونه

کوچک این محدودیت، تصویب اصل قاعدهٔ مالکانه<sup>۱</sup> برای نخستین بار از سوی کشورهای آمریکای لاتین و متعاقب آن، از سوی آفریقا در دورهٔ بعد از استقلال بوده است.

قاضی «آجیبولا»<sup>۲</sup> در قضیهٔ دعوی سرزمینی لیبی علیه چاد، در نظریهٔ مستقل خود به تصمیم این شعبهٔ دیوان در مورد قضیهٔ بورکینافاسو علیه مالی اشاره کرده، می‌گوید (I.C.J., ۱۹۹۴: ۹۱, para. ۱۳۱):

این شعبه همچنین یک اصل دیگر در حقوق بین‌الملل را در نظر گرفت که با قاعدهٔ حقوقی مالکانه، یعنی حق مردم برای تعیین سرنوشت خود، مغایرت داشت، اما این شعبه معتقد است منفعت بسیار زیاد حفظ استقلال که با زحمات بسیار و ایثارگری به دست آمده و حفظ وضعیت موجود مرزهای آفریقایی را باید ناشی از عاقلانه‌ترین راهی که دولت مردان آفریقایی برگزیده‌اند، قلمداد کرد. این شعبه اظهار می‌دارد: «عنصر اساسی ثبات به منظور بقای توسعه و تحکیم تدریجی استقلال در همهٔ زمینه‌ها، دولتهای آفریقایی را ترغیب نموده تا عاقلانه به حفظ مرزهای استعماری رضایت داده، این مرزها را در تفسیر اصل حق تعیین سرنوشت مردم در نظر بگیرند» (I.C.J. Reports, ۱۹۸۶: ۵۶۷, para. ۲۵).

تعدادی از حقوق‌دانان برجستهٔ بین‌المللی اخیراً اظهار داشته‌اند که اصل حق تعیین سرنوشت به بحث استعمار محدود می‌شود و در غیر این مورد، کاربرد ندارد. پرفسور «فرانک»<sup>۳</sup> این مسئله را به صورت زیر دوباره بیان داشته است:

این خطر وجود دارد که حق تعیین سرنوشت، دورهٔ استعمارزدایی را احیا کرده باشد. متن میثاقها و اسناد هلسینکی آنقدر روشن است که اختلافی در این باره باقی نمی‌گذارد، اما اینکه آیا حق تعیین سرنوشت در دورهٔ جدید بعد از استعمار، همچنان یک حق تجزیه‌طلبی (جدا شدن) را معتبر می‌داند یا خیر، روشن نیست...

پاسخ پرفسور «فرانک» به این پرسش، این است که چنین حقی برای آنچه او آن

۱. «uti Possidetis»: مال یا ملک در ید متصرف می‌ماند تا تکلیف معلوم شود. این قاعده در مورد سرزمینهای منتزع از یک امپراطوری به کار می‌رود و کاربرد آن، بیشتر در مسائل مرزی است (ر.ک: محمدعلی طالقانی، فرهنگ اصطلاحات حقوقی، پلدا، ۱۳۷۳) (م).

۲. Ajibola.

۳. Professor Frank.

را اقلیت می‌نامد، وجود ندارد، اما دلیلی که برای این نظر اقامه می‌کند، خیلی ضعیف است. وی همچنین استدلال می‌کند که اصل حقّ تعیین سرنوشت، دست کم تا حدّی با اصل «uti Possidetis» در تعارض است. این استدلال را به سختی می‌توان پذیرفت؛ زیرا این اصل از لحاظ عملکرد خیلی تخصّصی است. این امر، به سهولت ثابت می‌کند که در یک قضیهٔ جانشینی، دولت به شکل استعمارزدایی یا غیر آن، مرزهای واحدهای سیاسی درگیر در فرایند تغییر را تحت تأثیر قرار نمی‌دهد. این اصل، نسبت به اصل تعیین سرنوشت تعصبی ندارد و نسبت به آن بی‌طرف است.

در پایان دورهٔ استعمارزدایی، چنان که برخی از همکاران می‌گویند، به سختی می‌توان گفت که یک حقّی برتر و پیشرو برای حاکمیت دموکراسی وجود دارد، اما حقّ تجزیه‌طلبی وجود ندارد. پر واضح است که حقّ تعیین سرنوشت دربارهٔ استعمارگری، تقریباً مستلزم داشتن حقّ تجزیه و جدایی در همهٔ موارد است. آیا این به نظر نادرست نمی‌رسد که این حق برای مردم هندوستان یا زیمبابوه محترم شمرده شود، اما برای فلسطینیان چنین نباشد. این تنها بدین سبب است که بر اساس یک فرهنگ سیاسی قراردادی و زودگذر، این گروهها استعمارزده نیستند؟

### [عملکرد شورای امنیت]

حال، به دومین خطر تهدیدکنندهٔ ثبات و حاکمیت قانون می‌پردازم. این خطر به شکل رو به تزایدی خودنمایی می‌کند که بی‌هیچ چون و چرایی پذیرفته شده و حتی مورد تحسین قرار گرفته است. من به نسخه‌های ساختگی اقدامات اجرایی تحت فصل هفتم [منشور شورا] اشاره می‌کنم که از سوی گروهی از دولتهای قدرتمند به نمایندگی از طرف قدرت شورای امنیت انجام می‌شود. این رویهٔ شورای امنیت، هدف فصل هفتم را گسترش داده است؛ به طوری که بر عملیاتی دامن می‌زند که نهاد مادر، یعنی شورای امنیت، کنترل اندکی بر آن دارد. در بحران بالکان، نمایندگی استفاده از زور به کشورهای ناتو تفویض گردید. اقدامات غیر رسمی و تعصب‌آمیزی که در جریان این قضیه صورت گرفت، به سردرگمی

سیاسی و مشکلات عملیاتی منجر گردید.

همین طور البته نه کاملاً یکسان، در منطقهٔ آبخازی<sup>۱</sup> نیز نیروهای ائتلاف به نمایندگی از شورای امنیت در گرجستان به کار گرفته شدند. عملیات نیروهای «C.I.S.»<sup>۲</sup> در چندین قطعنامهٔ شورای امنیت در ۱۹۹۴ م. مورد تأیید قرار گرفت. عملیات نیروهای «C.I.S.» را می‌توان به عنوان یک موضوع سیاسی منطقه‌ای، به صورت بازگشت به عملیات حفظ صلح به عنوان پوششی با هدف استیلای روسیه قلمداد نمود.

اقدام شورای امنیت نشان می‌دهد که اعطای نمایندگی اعمال قدرت، یک جنبهٔ مهم از وظایف این شورا است. سیاست صدور مجوز (پروانهٔ عبور) از سوی شورا و رویکرد دوگانه دربارهٔ کاربرد منشور، وسیله‌ای را برای اهدافی فراهم می‌کند که طیفی وسیع از حفاظت از مردم در معرض خطر تا ادارهٔ دولتها و حکومتها برای اهداف ژئوپلیتیکی و حمایتی را دربرمی‌گیرد.

### [طراحی تغییر رژیم]

سومین خطر تهدیدکنندهٔ ثبات و حاکمیت قانون، رویهٔ اخیر طرح‌ریزی برای تغییر رژیم (مهندسی تغییر رژیم) به شکل خودیاری است. این گونه تغییر رژیم، معمولاً غیرقانونی تلقی می‌شود، اما غالباً مانند آنچه در ۱۹۸۹ م. در پاناما رخ داد، با اقداماتی ظاهراً قانونی همراه است. بعلاوه، این یک خصیصهٔ موارد اخیر تغییر رژیم است که

۱. «Abkhaz» یا «Abkhazia» یک جمهوری نیمه استقلال یافته به مساحت ۸۶۰۰ کیلومتر مربع در غرب قفقاز در ساحل دریای سیاه است. یک جمهوری خودمختار (De jure) در داخل گرجستان، ولی مستقل (De facto) از گرجستان است. بحران میان آبخاز و گرجستان لاینحل باقی مانده و قرارداد آتش‌بس در ۱۵ می ۱۹۹۵ منعقد شده و نیروهای حافظ صلح ملل (UNOMIC) در منطقه مستقر شده‌اند. در ۲۲ نوامبر ۱۹۹۶ م. انتخابات برگزار شده است، ولی از سوی حکومت گرجستان و جامعهٔ بین‌المللی به رسمیت شناخته نشده است (ر.ک: <http://en.wikipedia.org/wiki/Abkhazia>) (م).

۲. «C.I.S.» مخفف «the Commonwealth of Independent States» سازمان مشترک المنافع دولتهای تازه استقلال یافته، شامل یازده جمهوری شوروی سابق است که در ۱۹۹۱ م. تأسیس گردید و ترکمنستان در ۲۰۰۵ م. از آن خارج شد. مرکز آن در مینسک، بلاروس است. این سازمان شباهت زیادی به E.C. یا اتحادیهٔ اروپا دارد (ر.ک: [www.cisstat.com/eng/cis.htm](http://www.cisstat.com/eng/cis.htm)) (م).



از مسئله قانونی بودن آن صرف نظر می‌شود. بررسی موردی نمونه‌ها، مشکلات بیشتری را به وجود می‌آورد؛ زیرا حقایق ماجرا ممکن است در پس پرده و مبهم باقی بماند.

از پیچیدگی‌های خاص این موضوع (تغییر رژیم)، این است که آیا تغییر رژیم می‌تواند یک جنبه از دفاع قانونی تلقی گردد و بر اساس این ممکن است جنبه قانونی بیابد یا نه؟

روشن است که عملیات نظامی ایالات متحده در افغانستان با هدف خشکاندن ریشه‌های تروریسم که مستقیماً علیه ایالات متحده عمل می‌کرده، انجام شده و هدف آن، حذف رژیم طالبان، یعنی حکومت بالفعل<sup>۱</sup> افغانستان بوده است.

نخستین قطعنامه شورای امنیت که پس از واقعه ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ م. تصویب شد، صریحاً به حق ذاتی دفاع مشروع فردی یا جمعی بر اساس منشور اشاره می‌کند. ایالات متحده در پاسخ به حملاتی که از سوی افراد دارای ملیتهای متفاوت (نه ملت افغانستان)، این نظر را پذیرفت که دولت موقت افغانستان شریک جرم بوده است؛ از این رو، نیروی نظامی را برای حذف آن دولت به کار گرفت و درصدد براندازی سازمان مسئول حمله به نیویورک و واشنگتن و حامیان آنها در افغانستان برآمد. از یک منظر، عملیات آمریکا تا اندازه‌ای، پاسخی به یک حمله نظامی بود که مسئول آن، دولت موقت افغانستان به شمار می‌آمد و بخشی از آن نیز به عنوان دفاع مشروع پیش‌گیرانه برای خشکاندن ریشه تروریسم و جلوگیری از اقدامات آتی آنها بود.

در اینجا مسائل تقریباً لاینحل عالم سیاست ظهور می‌کند؛ زیرا مشکل است که موضوع تغییر رژیم با توسل به زور را با مفهوم دفاع مشروع یا اصل تعیین سرنوشت با هم در آمیزیم. یک مشکل اساسی که بعد از پایان بازی یعنی بعد از عملیات نظامی برای تغییر رژیم پیش می‌آید، دست کم مسئله اعاده مشروعیت است.

با فرض اینکه عملیات در آغاز، قانونی باشد آیا فرایند ریشه‌کنی تروریسم، یک اقدام همیشگی و بدون محدودیت زمانی است؟ در هر صورت، تغییر رژیم با توسل

۱. de facto.

به زور به نام دموکراسی تقریباً به معنای به فراموشی سپردن کامل عقاید رایج درباره دولت و اعتبار آن است و ریشه‌های خارجی دارد؛ از این رو، به بی‌ثباتی درازمدت منجر می‌گردد.

## [عملیات نظامی پیشگیرانه]

چهارمین خطر تهدید کننده ثبات و اصل مشروعیت، توسل به عملیات نظامی پیش‌گیرانه است که در قالب برخی اشکال اشغال انجام می‌شود. اهدافی که برای این گونه اقدامات در رویدادهای اخیر ذکر شده، جلوگیری از تروریسم و برطرف کردن یک تهدید اساسی ناشی از سلاحهای کشتار جمعی بوده است.

از جمله مسائل ویژه‌ای که عملاً پیش‌آمد، حق آگاهی و تردید درباره اهداف جانبی و رای اهداف اعلام شده بود. عملیات نظامی علیه عراق در این باره، بسیار جالب توجه و نمونه آشکاری از این ماجراست. انگلستان این عملیات را به رئیس شورای امنیت در ۲۱ مارس ۲۰۰۳ م. چنین گزارش می‌کند:

این عملیات در پی یک دوره بلندمدت عدم همکاری عراق با کمیسیون ویژه سازمان ملل (UNSCOM)، کمیسیون بازرسی، تحقیق و تفحص سازمان ملل (UNMOVIC) و آژانس بین‌المللی انرژی اتمی (IAEA) و تأکیدات متعدد شورای امنیت مبنی بر امتناع عراق از رعایت تعهدات خلع سلاح صورت گرفته است که از سوی شورا از جمله در قطعنامه‌های ۶۷۸ (۱۹۹۰)، ۶۸۷ (۱۹۹۱) و ۱۴۴۱ (۲۰۰۲) مقرر شده بود. شورا در قطعنامه ۱۴۴۱ (۲۰۰۲) تأکید کرده که دسترسی عراق به سلاحهای کشتار جمعی، تهدیدی برای صلح و امنیت بین‌المللی است و عراق آشکارا تعهداتش را نسبت به خلع سلاح نقض کرده و در نتیجه، شرایط آتش‌بس ۱۹۹۱ م. را در خاتمه جنگ که از سوی شورا در قطعنامه ۶۸۷ (۱۹۹۱) مقرر شده بود، عیناً نقض کرده است. اقدام نظامی تنها زمانی انجام شد که روشن گردید، راه دیگری برای وادار کردن عراق به پیروی [از قطعنامه‌های شورا] وجود ندارد.

هدف از این اقدام، برقراری تضمینی برای پیروی عراق از تعهدات خلع سلاح، چنان که شورا مقرر داشته، می‌باشد. همه اقدامات نظامی محدود به حداقل اقدامات ضروری برای تضمین این هدف است. این عملیات مطابق با حقوق بین‌الملل مخاصمات مسلحانه انجام خواهد گرفت. اهداف به دقت انتخاب می‌شود

تا از صدمات انسانی پرهیز شود. پادشاهی انگلستان منحصرأً به قطعنامه‌های شورا تکیه می‌کند و اعلام می‌دارد که این اقدام نظامی به اقدامات ضروری برای تضمین پیروی عراق از تعهدات خلع سلاحش محدود شده است.

فرض کنیم پیروی عراق اکنون مسلم باشد یا برعکس، اکنون ثابت شود که ادعاهای عدم پیروی اصلاً واقعیت نداشته است، نتیجه چه خواهد بود؟ چرا نیروهای بریتانیایی هنوز در عراق می‌جنگند؟ بر اساس نامهٔ بریتانیا، اهداف جانبی آشکارشده مثل تحمیل سیاستهای اقتصادی و اجتماعی در نظر گرفته شدهٔ خارجی، بیش از اختیارات قانونی است. نامه‌های فرستاده شده به شورای امنیت از سوی ایالات متحده و استرالیا نیز به همین مسائل منجر می‌شود.

### [مشکلات پس از تغییر رژیم]

پس از پایان بازی تغییر رژیم، مشکلات متعددی بروز کرده است. نخست، مسئله کنترل در موقعیتی است که اشغالگر در آن مشروعیت ندارد؛ بنابراین، مشروعیتش بیش از گروههای شورشی نیست. مشکل دوم در دورهٔ پس از اشغال است؛ اگر واژهٔ درستی باشد، شکافهایی بین اهداف اعلام شده، اقدام اولیه و اهداف بلندمدت ایجاد می‌شود.

### [مشروعیت دروغین]

آخرین خطر تهدیدکنندهٔ ثبات و حاکمیت قانون، ایجاد یک فضای مشروعیت ضعیف و وضعیتهایی با مشروعیت دروغین از ۱۹۹۰ م. به بعد است. این دسته خطرناک تا حدی نتیجهٔ خطرهایی است که پیش از این تشریح کردم. مثال این نوع خطر، عملیات حفظ صلح است که عموماً به جابه‌جایی یا اغتشاش در ساختارهای دولتی موجود مربوط می‌شود. از سویی، این گونه قضایا متضمن شرایطی است که تغییر رژیم ناقص یا کند نامیده می‌شود که به نبود کلی دولتی مؤثر منجر می‌گردد.

عملیات به اصطلاح حفظ صلح ممکن است شکل دخالت یک‌جانبه با اهداف سیاسی به خصوص را به خود بگیرد. از یک منظر، دخالت روسیه در بخشهایی از قفقاز دارای چنین خصیصه‌ای بود. در منطقهٔ آبخازی به طوری که رسماً اعلام شد،

اقدام نظامی از سوی نیروهای کشورهای مستقل مشترک‌المنافع که در ۱۹۹۰ م. تأسیس شد، انجام گرفت. این اقدام از سوی شورای امنیت در قطعنامه‌های ۹۳۴ و ۹۳۷ که در ژوئن و ژولای ۱۹۹۴ تصویب شد، مورد تأیید قرار گرفت.

در افغانستان تغییر رژیم طالبان به یک وضعیت کاملاً ناآرام منجر شد. اقدام نظامی ایالات متحده برای محدود کردن شورشهای اجتناب‌ناپذیر انجام گرفت، اما هیچ اثری از دولت ملی نیست. یک بخش از نظامی که فعلاً در آنجا بر سر کار است، از رژیم کرزای می‌باشد که نماینده رهبران جنگ‌جوی قبایل است، رهبرانی که تنها اسماً با گروه کرزای بیعت کرده‌اند. عناصر خارجی که در افغانستان دخیل هستند، بی‌گمان می‌خواهند بر رضایت دولت کرزای تکیه کنند، اما این تنها یک دورهٔ مشروعیت ضعیف را به وجود می‌آورد؛ زیرا وضعیت گروه کرزای وابسته به دخالت خارجی است و تکیهٔ خارجی بر قائم مقامی (داخلی) دارد.

یک نتیجهٔ چنین وضعیتهای با مشروعیت ضعیف، عدم وجود مؤثر یک نظام به رسمیت شناخته‌شدهٔ داخلی است که از تغییر رژیم با توسل به زور و بدون هرگونه جایگزینی مؤثر متعاقب آن ناشی شده است.

حال، به وضعیتهایی در افغانستان و عراق اشاره می‌کنم. در همه یا برخی از این وضعیتهای ویژه‌گیهای زیر آشکار است:

۱. عدم حضور رژیمی که به طور درست و صحیح از نیروهای اشغالگر تشکیل شده باشد.

۲. عدم وجود یک اشغال نظامی مؤثر از هر نوع؛ چه اینکه بیشتر خاک عراق به طور مؤثر اشغال نشده؛ زیرا نیروهای اعزامی برای این منظور کافی نیستند.

۳. عدم وجود روش مناسبی برای اعتبار بخشیدن به یک رژیم جایگزین. در چنین شرایطی، مشروعیت و نظم عمومی در سطح پایینی قرار دارد. بعلاوه، صرفاً مشروعیت رژیم از لحاظ بین‌المللی در خطر نیست، بلکه شرایط اساسی زندگی مردم نیز در خطر است.

پاسخ این پرسش چیست: آیا نظم عمومی بین‌المللی بر مبنای حاکمیت قانون است؟

هیچ پاسخ روشن و آسانی نمی‌توان به این پرسش داد. روابط دولتها مملو از تناقض و عقاید گوناگون و متناقض است. در حقیقت، امروزه دو گونه روابط بین‌المللی وجود دارد که هر یک کم و بیش، به موازات دیگری است؛ یکی شکل عادی است که سبک قدیمی مکی به دیپلماسی بدون اضطراب و توسل به مذاکره، روشهای رسمی و حل و فصل اختلافات است. در مقابل، دیپلماسی و ارائه خواستها وجود دارد که با تهدیدات صریح زورگویانه یا استفاده از زور همراه است.

چندین گروه از دولتها از جمله دولتهای با حاکمیت قانون (قانون‌مدار) به روش دوم گرویده‌اند. در این زمینه، موافقت‌نامه اساسی دیتون ۱۹۹۵ م.، یک نمونه مسلم است. پیش‌درآمد آن، کنفرانس عملیات بمباران از سوی دولتهای عضو ناتو بود و فرایند مذاکره چنان غیر عادی و خارج از مرکزیت واحد بود که کمترین بخش آن را تشکیل می‌داد. شورای امنیت از تلاشهای جامعه بین‌المللی، از جمله تلاش گروه تماس ستایش کرد، اما به عملیات بمباران که گروه تماس با آن در ارتباط بود، هیچ اشاره‌ای نکرد (قطعه‌نامه ۱۰۲۲، مورخ ۱۹۹۵).

در نتیجه، با هیچ زبانی نمی‌توان پیچیدگیها و ابهامهای جهان دیپلماسی و تهدیدات و خطرهای اقدام نظامی را بیان داشت. از یک دیدگاه، حقوق بین‌الملل زنده است و حقیقتاً خودنمایی می‌کند. ترافیک مداوم در دنیای داوری و مذاکره فارغ از زور برای همه رؤیت‌پذیر است. این امور استاندارد و مانوس ثابت می‌کند که حقوق بین‌الملل و دیپلماسی ضروری و اساسی می‌باشد، همان طور که مقررات مربوط به زهکشها، جاده‌های مناسب و مراقبتهای پزشکی لازم است. به عقیده من، قانونمندی (حالت عادی) متناسب با حیطة قهری گسترده، روابط دولتهاست.

این نوع از قانونمندی پایدار خواهد ماند، در عین حال، وقوع حالت غیر عادی نیز ادامه خواهد یافت، اما ماهیت مخلوط قانونمندی (حالت عادی) و حالت غیر عادی، در حال تغییر است. دو عنصر حقیقتاً شیطانی در این مخلوط در حال تغییر، نقش بازی می‌کند. یکی بازیگران حاکمیت قانون، یعنی صالحان و دیگری انسانهای پست و شرور که به طور فزاینده‌ای غیر قابل تشخیص‌اند. دولتهای طرفدار حاکمیت

قانون ممکن است ابتکار عمل در توسل به زور را به دلایل مشکوک قانونی یا به دلایل کاملاً بی‌ارتباط با قانون در دست گیرند؛ مانند آنچه در قضیه عراق با اقدام ناشی از ترس و هراس به منظور مجازات عراق به دلیل مجعول ارتباط عراق با واقعه ۱۱ سپتامبر صورت گرفت.

دومین عنصر شیطانی، آمادگی ظاهری شورای امنیت برای فراهم کردن پوشش قانونی برای اقدامات غیرقانونی اعضای رهبری کننده جامعه بین‌المللی است؛ با وجود شورای امنیت، چه کسی نیاز به مونیخ<sup>۱</sup> دارد؟!

۱. اشاره به «Munich Pact» یا معاهده مونیخ ۱۹۳۸ م. است که از سوی هیتلر و سران بریتانیا و ایتالیا امضا شد. این معاهده، مبین آرامش قبل از طوفان است. در روابط بین‌الملل، «درسه‌های مونیخ» کنایه از عدم توان یا اراده سیاسی در حل بحران می‌باشد. این اصطلاح به صلح طلبی آلمان هیتلری در جریان مذاکرات معاهده مونیخ باز می‌گردد (ر.ک: <http://encyclopedia.thefreedictionary.com>) (م).

# دستور العمل تجارت الکترونیکی و تشکیل قرارداد

## در چشم‌اندازی تطبیقی<sup>۱</sup>

Christina Hultmark Ramberg<sup>۲</sup> □

ترجمه مصطفی‌السان<sup>۳</sup> □

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید □

بهشتی

مقدمه مترجم

۱. مشخصات کتاب‌شناختی مقاله حاضر به شرح زیر است:

Christina Hultmark Ramberg, *The E-Commerce Directive and Formation of Contract in a Comparative Perspective*, Global Jurist Advances, Issue ۲, ۲۰۰۱, vol. ۱, p. ۴۲۹- ۴۵۰.

با توجه به زیاد بودن مستندات اصل مقاله، از چاپ همه آنها خودداری شد. بدیهی است که مستندات و ارجاعات در دفتر مجله برای استفاده خوانندگان موجود است.

۲. نویسنده مقاله، خانم کریستینا هولتمارک رامبرگ، استاد حقوق تجارت در دانشگاه گوتنبرگ (University of Göteborg) سوئد است. وی رئیس هیئت نمایندگی سوئد در گروه کاری تجارت الکترونیکی آنسیترال، رئیس هیئت تدوین قانون مدنی اروپا، عضو بخش حقوقی کمیسیون فناوری اطلاعات سوئد و یکی از کارشناسان پروژه اتاق بازرگانی بین‌المللی راجع به تجارت الکترونیکی در پاریس می‌باشد (برای آگاهی بیشتر از آثار علمی و سوابق ایشان، ر.ک: <http://www.hgu.gu.se/item.aspx?id=۳۰۰۷>) < (م).

۳. mostafaelsan@yahoo.com

این مقاله، پاره‌ای از مسائل ناشی از تطبیق دستورالعمل تجارت الکترونیکی با حقوق داخلی قراردادها را با تأکید بر مواد ۹-۱۱ راجع به تشکیل قرارداد با وسایل الکترونیکی بررسی می‌کند. در تمام قسمتهای مقاله، مطالعات تطبیقی با قانون متحدالشکل معاملات الکترونیکی ایالات متحده (یوتا)، اصول حقوق قرارداد اروپا و قانون نمونه آنسیترال دربارهٔ تجارت الکترونیکی انجام شده است.

### مقدمه

دستورالعمل تجارت الکترونیکی بسیاری از عنوانهای مرتبط با تجارت الکترونیکی را شامل می‌شود. این مقاله، پاره‌ای از مسائل ناشی از تطبیق دستورالعمل تجارت الکترونیکی با حقوق داخلی حاکم بر قرارداد را با تأکید بر مواد ۹-۱۱ راجع به تشکیل قرارداد با وسایل الکترونیکی بررسی می‌کند. در تمام قسمتهای مقاله، قانون متحدالشکل معاملات الکترونیکی ایالات متحده (یوتا)، اصول حقوق قرارداد اروپا و قانون نمونه آنسیترال دربارهٔ تجارت الکترونیکی مورد مطالعه تطبیقی قرار گرفته است.

## هدف دستورالعمل تجارت الکترونیکی

هدف جامع دستورالعمل تجارت الکترونیکی، تدوین ساختاری حقوقی است تا حرکت روان بازار داخلی اروپا را تسهیل نماید. مادهٔ ۱ دستورالعمل تجارت الکترونیکی مقرر می‌دارد:

این دستورالعمل به دنبال این است که نقشی در عملکرد مناسب بازار داخلی با تضمین مبادلهٔ آزاد خدمات جامعهٔ اطلاعات بین کشورهای عضو، ایفا نماید.

مبادلهٔ آزاد، با ایجاد ساختار حقوقی مشترک و مطمئن برای تجار و مصرف‌کنندگان در بازار داخلی، به بهترین شکل ممکن به دست می‌آید. تأکید بر اعتماد در دستورالعمل را علاوه بر سایر قسمتهای آن، در موادی که برای تشریفات شکلی قراردادهای بر خط وضع حکم می‌نماید، می‌توان دید. این طرز تفکر مورد نیاز است؛ زیرا افراد دخیل در این قراردادها دربارهٔ اینکه قراردادهای برخط اثر حقوقی دارند یا نه، تردید نموده‌اند.



در اصل، پیش‌نویس دستورالعمل تجارت الکترونیکی حاوی جزئیات مقررات حقوق خصوصی در این باره بود که قراردادهای الکترونیکی چگونه منعقد شود. به لحاظ اینکه پیش‌نویس نخست در بخشی که به حقوق قرارداد ارتباط داشت، به شدت مورد انتقاد قرار گرفت، ممکن بود یکی از راه‌حل‌ها این باشد که در دستورالعمل از پرداختن به مسائل مرتبط با قراردادها در مفهوم عام آن اجتناب شود. اگرچه این، راه‌حلی نبود که انتخاب شد و به جای این کار، مواد مربوط باقی ماند، از نظر ماهوی از موادی که به قلمرو حقوق خصوصی تعلق داشت، به مقرراتی که نه حقوق خصوصی و نه عمومی بود، تغییر یافت. از آن جهت که اثری برای عدم انطباق با قواعد لحاظ نشده است، به نظر می‌رسد می‌توان تشخیص داد که مقررات فوق، ضمانت اجرای حقوق خصوصی یا حقوق عمومی را دارد. نتیجه این وضعیت، سه ماده مبهم با منطقی ناآشناست. اثر گریزناپذیر چنین ابهام و تردیدهایی، مشکل تطبیق این دستورالعمل با حقوق داخلی کشورهاست. یک معضل پیش‌نویس دستورالعمل و مشکل مشابه آن، تصویب و اجرای متفاوت آن از سوی کشورهای عضو است؛ از این رو، به جای ایجاد یک نظام حقوقی یکنواخت برای مصرف‌کنندگان و تجار مشغول در بازار داخلی، در نقطه تضاد آن، یعنی ایجاد نظام‌های حقوقی گوناگون برای تجارت الکترونیکی قرار داریم. این امر، دسترسی آسان و کم‌هزینه تجار به مصرف‌کنندگان بازار داخلی را مختل می‌کند و مصرف‌کنندگان اروپایی را نیز از مزایای تهیه اقسام گوناگون کالاها و خدمات مورد نیاز از جایی که برمی‌گزینند و به نوبه خود به خرید آسان محصولات متنوع منجر می‌شود، محروم می‌سازد.

### مقررات اتحادیه اروپا و ضوابط بین‌المللی تجارت الکترونیکی

متأسفانه تدوین‌کنندگان دستورالعمل تجارت الکترونیکی از کارهایی که در مقیاس جهانی انجام یافته، متأثر نشده‌اند. به نظر می‌رسد این امر، ناشی از ناآگاهی از اهمیت دورنمای جهانی است؛ زیرا در دیباچه (۶۱) دستورالعمل آمده است:

اگر بازار واقعاً در سطح بین‌المللی از وسایل الکترونیکی استفاده نماید، در آن

صورت، اتحادیه اروپا و اغلب کشورهای غیر اروپایی باید با یکدیگر در زمینه ایجاد قوانین و تشریفات هماهنگ، اختلاط نمایند.

با این حال، آثار نادری از این اختلاط بین‌المللی در پیش‌نویس مقررات مربوط به قرارداد در دستورالعمل تجارت الکترونیکی به چشم می‌خورد. اگر دقت شود، دستورالعمل از کنوانسیون وین دربارهٔ بیع بین‌المللی کالا، اصول حقوق قرارداد اروپا و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، قانون نمونه آنستیرال دربارهٔ تجارت الکترونیکی یا قانون متحدالشکل معاملات الکترونیکی ایالات متحده (یوتا)، هیچ تأثیری نپذیرفته است.

ایراد عمده به پیش‌نویس مواد مربوط به حقوق قرارداد در دستورالعمل تجارت الکترونیکی، این بود که تمام کشورهای عضو (غیر از بریتانیا)، کنوانسیون وین را که در آن به انعقاد قرارداد پرداخته شده، تصویب کرده‌اند.<sup>۱</sup> طبیعتاً، اگر کنوانسیون وین در اتحادیه اروپا کنار گذاشته شود، تأسف آور خواهد بود؛ زیرا اکنون نقش عمده‌ای در یکنواخت‌سازی حقوق قرارداد اروپا ایفا می‌کند. همچنین کنوانسیون مذکور با قراردادهای الکترونیکی فروش اموال منقول مطابقت دارد؛ اگرچه کنوانسیون وین همهٔ اقسام قراردادهای الکترونیکی را شامل نمی‌شود؛ زیرا تنها در بیع بین اموال منقول و قراردادهای بین تجار، قابل اجراست.<sup>۲</sup> این اشکال را می‌توان با تعمیم قابلیت اجرایی مواد کنوانسیون به انعقاد قراردادها، برطرف کرد.

با اینکه کنوانسیون بر قراردادهای مصرف‌کننده اجراشدنی نیست، تفاوت عمده‌ای میان نحوهٔ انعقاد قراردادهای تاجر با مصرف‌کننده در مقایسه با قراردادهای بین تجار وجود ندارد. مهم‌ترین تضمین کنوانسیون برای حمایت از مصرف‌کنندگان در قراردادها، تجویز دوران تزلزل (حق انصراف یا لغو) قرارداد و ایجاد اطمینان در این زمینه است که شرایط بیع باید به طور متعادل، نه به طور فاحش به ضرر

۱. دانمارک، سوئد و فنلاند، قسمت دوم کنوانسیون وین را که به قواعد انعقاد قراردادها می‌پردازد، تصویب نکرده‌اند. اقداماتی برای تصویب قسمت مذکور در این کشورها صورت گرفته است.  
 ۲. علاوه بر این، کنوانسیون وین دربارهٔ حراجها که احتمالاً یکی از روشهای پرکاربرد انعقاد قرارداد در محیط اینترنتی خواهد بود، اجرایی نیست.

مصرف کننده، تنظیم گردد. با لحاظ اینکه اتحادیه اروپا در قالب دستورالعملهای گوناگون حمایت از مصرف کننده، هم‌اکنون حوزه‌ای وسیع و هماهنگ برای قرارداد مصرف کننده در اینترنت به شمار می‌آید، مسئله نیاز به حمایت صریح تر از مصرف کننده در قراردادهای الکترونیکی، گریبان گیر اتحادیه است.<sup>۱</sup>

یکی دیگر از منابع الهام بخش مقررات راجع به قرارداد در دستورالعمل تجارت الکترونیکی، اصول حقوق قرارداد اروپا و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی می‌باشد. مورد اخیر (اصول قراردادهای الکترونیکی) اگرچه راهبردی ارزشمند برای حکومتی که مایل باشد، شهروندانش در عرصه بین‌المللی فعالیت نمایند، ارائه می‌کند، قراردادهای مصرف کننده را شامل نبوده، ماهیت بین‌المللی دارد و بدین لحاظ کمتر به بحث ما ارتباط می‌یابد.

شایان یادآوری است که دستورالعمل تجارت الکترونیکی از اصول حقوق قرارداد اروپا در قانونگذاری قراردادهای بهره نمی‌گیرد. اصول حقوق قرارداد اروپا مقررات عامی برای انعقاد قراردادهاست که به طور کلی، با حقوق ماهوی قرارداد اغلب کشورهای عضو و به همان اندازه با کنوانسیون وین هماهنگی دارد. اصول حقوق قرارداد اروپا بر قراردادهای مصرف کننده قابل اجراست و انعقاد قرارداد به شیوه الکترونیکی را مورد توجه قرار می‌دهد. اصول مذکور بر مبنای ملاحظات کلی استوار است و تدوین کنندگان آن، برخی از متخصصان برجسته حقوق قرارداد در اروپا هستند. متأسفانه ضرورت انجام کار تخصصی مشابهی در فرایند پیش‌نویس دستورالعمل تجارت الکترونیکی نادیده گرفته شده است. اگر پیش‌نویس بخش مربوط به قرارداد در دستورالعمل، کیفیت لازم را داشت، در آن صورت، امکان پذیرش قواعد حقوق خصوصی با تعیین ضمانت اجرای صریح برای عدم اجرای آن به وجود می‌آمد و این امر، به حقوق قرارداد واقعاً یکنواخت در تمام کشورهای

۱. برای نمونه، ر.ک: دستورالعمل قراردادهای از راه دور اتحادیه اروپا، مصوب ۱۹۹۷ م. و دستورالعمل اتحادیه اروپا درباره شروط غیر منصفانه در معاملات مصرف کننده مصوب ۱۹۹۳ م. همچنین به مقررات اخیرالتصویب بروکسل که مقررات حمایت از مصرف کننده در زمینه صلاحیت را دربردارد و نیز به مذاکرات اخیر کمیسیون اروپا درباره تجارت الکترونیکی و خدمات مالی.

عضو اتحادیه منجر می گردید. فصل دوم اصول حقوق قرارداد اروپا نشان می دهد که رسیدن به حقوق خصوصی یکنواخت در درون اتحادیه اروپا، بدون چشم پوشی از ساختار و محتوا امکان پذیر است.

یکی دیگر از منابعی که ظاهراً در تدوین بخش حقوق قرارداد دستورالعمل تجارت الکترونیکی بدان توجه نشده، قانون نمونه آنسیترال درباره تجارت الکترونیکی است. این قانون، بر اصل مهم کارکرد مساوی مبتنی می باشد که ابزار بسیار سودمندی در تحلیل مسائل مربوط به تجارت الکترونیکی به شمار می آید. این قانون به طور گسترده در کشورهای زیادی پذیرفته شده است.<sup>۱</sup> ماده ۵ قانون نمونه آنسیترال مقرر می دارد:

داده پیام صرفاً نباید به دلیل شکل الکترونیکی آن، فاقد اثر حقوقی، بی اعتبار یا اجرایی بودن شناخته شود.

نشان مبهمی از این اصل را می توان در ماده ۵ دستورالعمل اروپایی امضاهای الکترونیکی یافت.<sup>۲</sup> با این همه، دستورالعمل تجارت الکترونیکی به آن هیچ اشاره ای ندارد. شایسته بود تا علت تصمیم اتحادیه اروپا در ارجاع ندادن به مفهوم «کارکرد مساوی» مذکور در قانون نمونه، در دیباچه دستورالعمل به روشنی شرح داده می شد. آنچه اتحادیه اروپا با دستورالعمل تجارت الکترونیکی در صدد نیل به آن بود، به گونه ای بسیار کارآمد از قانون متحدالشکل معاملات الکترونیکی (یوتا)<sup>۳</sup> درباره تجارت الکترونیکی تأثیر پذیرفته، در ایالات متحده آمریکا محقق گردید. اصل

۱. برای مثال، آرژانتین، استرالیا، برمودا، کلمبیا، فرانسه، هنگ کنگ، کره جنوبی، هند، ایرلند، فیلیپین، سنگاپور و اسلونی آن را پذیرفته اند.

۲. ماده ۵ دستورالعمل ۱۹۹۹/۹۳ اتحادیه اروپا، مورخ ۱۳ دسامبر ۱۹۹۹ م. [مقرر می دارد]: «... ۲. دولتهای عضو باید تضمین دهند که امضای الکترونیکی به صرف شرایط زیر، فاقد اثر حقوقی یا قابلیت استناد در دادسیهای حقوقی نخواهد بود:

- شکل الکترونیکی آن؛

- همراه نبودن آن با گواهی مصدق؛

- همراه نبودن آن با گواهی مصدق صادره از سوی شخص مجاز به گواهی؛ یا

- عدم ایجاد آن با یک وسیله مطمئن ایجاد الکترونیکی امضا.

کارکرد یکسان به موجب بخش ۷ با یوتا عجین شده است:

الف) یک مدرک یا امضا نباید صرفاً به این دلیل که به شکل الکترونیکی صادر یا زده شده، از نظر حقوقی بی اعتبار یا اجرانشدنی شناخته شود.  
ب) قرارداد نباید صرفاً به این دلیل که در انعقاد آن از مدرک الکترونیکی استفاده شده، از نظر حقوقی بی اعتبار یا اجرانشدنی شناخته شود.

یوتا که در آگوست ۱۹۹۹ م. اجرانشدنی شناخته شد، بسیار موفق بوده است. بر خلاف دستورالعمل تجارت الکترونیکی که کشورهای عضو اتحادیه اروپا به پذیرش آن ملزم‌اند، ایالات آمریکا در صورت تمایل مختارند یوتا را به تصویب رسانند. تا ژانویه ۲۰۰۱ م. (تمام یا قسمتی از یوتا) از سوی ۲۳ ایالت پذیرفته شد. در جریان تصویب دستورالعمل تجارت الکترونیکی، کمیسیون اروپا می توانست از مشارکت تدوین کنندگان یوتا بهره جوید. با وجود اینکه تصویب یوتا در فضایی آزاد انجام گرفت - به گونه‌ای که تمام اشخاص ذی نفع (برای مثال و کلا، استادان دانشگاه و مردم عادی از جمله اروپاییها) به همکاری دعوت شدند- در دستورالعمل هیچ اثری از این مشارکت دیده نمی شود.

## شرایط شکلی مکتوب<sup>۱</sup> و امضا<sup>۲</sup> در قراردادهای الکترونیکی (مادّه ۹)

یکی از مباحث عمده مربوط به تجارت الکترونیکی این است که آیا مدارک دیجیتال، «مکتوب» شمرده می شوند یا نه و اینکه این مدارک، چگونه باید امضا شوند تا شرایط حقوقی لازم برای امضا و دست نوشته را دارا باشند.

### «مکتوب» در یوتا

یوتا در راستای هماهنگی با مواد ۵ و ۶ قانون نمونه آنسیترال، مبنایی غیر تشریفاتی در پیش گرفته است که براساس آن، اغلب داده پیامهای دیجیتالی، مکتوب به شمار

۱. Writing.

۲. Signature.

می آید.<sup>۱</sup>

یوتا بر امکان اصلاح مفهوم «مکتوب» تأکید دارد و تصریح می کند که نامه الکترونیکی و علایم دیجیتالی، مشروط به اینکه بتوان آنها را به شکل واضح و قابل درکی در آورد، مکتوب شمرده می شود.

بخش ۷ (ج) یوتا: اگر به موجب قانون، مکتوب بودن مدرکی الزامی باشد، مدرک الکترونیکی این شرط را داراست.

بخش ۲ (۷) یوتا: «مدرک الکترونیکی»<sup>۲</sup> مدرکی است که با دستگاههای الکترونیکی ایجاد، تولید، ارسال، ابلاغ، دریافت یا ذخیره شده است.

بخش ۲ (۱۳) یوتا: «مدرک»<sup>۳</sup> اطلاعاتی است که در وسیله ای مشخص (قابل مشاهده) ثبت شده یا در یک واسطه الکترونیکی یا چیزی دیگر ذخیره شده و بتوان آن را به شکل واضح و قابل درکی در آورد.

## مکتوب در اصول حقوق قرارداد اروپا

اصول حقوق قرارداد اروپا برای مفهوم مکتوب در مدارک الکترونیکی مقررات صریحی دارد که بر خوانا بودن مدرک تأکید دارد:

ماده ۱-۳۰۱ (ماده ۱-۱۰۵ سابق): مفهوم برخی از اصطلاحات:

... (۶) اظهار «کتبی»<sup>۴</sup> شامل ارتباط انجام شده با تلگرام، تلکس، تلفاکس، نامه الکترونیکی و آن دسته از وسایل ارتباطی می باشد که توانایی فراهم سازی مدارک خوانا از اظهارات دو طرف رابطه را دارد.

۱. ماده ۶ قانون نمونه آنستیرال درباره تجارت الکترونیکی مقرر می دارد:

۱. در هر مورد که قانون، مکتوب بودن اطلاعات را لازم می شمارد، داده پیام نیز کفایت خواهد کرد، مشروط بر اینکه اطلاعات موجود در آن را بتوان، تا حدی که وافی به مقصود باشد، بازیابی نمود.

۲. بند «۱» در هر صورت اجرا خواهد شد؛ اعم از اینکه مندرجات مدرک مبین تعهدی بوده یا اینکه قانون برای اطلاعاتی که به شکل مکتوب نیست، آثار خاصی قائل باشد.

۳. مقررات فوق در موارد زیر مجری نخواهد بود....

۲. Electronic record.

۳. Record.

۴. Written.

## امضا در یوتا

برخورد یوتا با امضای دیجیتال نیز تشریفات نیست و تصریح دارد که اگر به موجب قانون، امضای قراردادی الزامی باشد، این شرط شکلی می‌تواند با وسایل الکترونیکی مجهز به فناوری تولید امضا محقق شود، مشروط به اینکه قصد امضا محرز باشد.<sup>۱</sup>

بخش ۷(د) یوتا: اگر قانون در موردی، امضا را لازم بداند، امضای الکترونیکی حایز شرایط قانونی است.

بخش ۲(۸) یوتا: «امضای الکترونیکی» به معنای صدای الکترونیکی، رمز یا فرایندی است که به یک مدرک، الصاق یا به طور منطقی با آن همسان شده و این الصاق یا همسانی از سوی شخصی با قصد امضای آن مدرک انجام گرفته است.

## امضا در قانون نمونه آنسیترال درباره تجارت الکترونیکی

ماده ۷ قانون نمونه بر شناسایی و قصد تصدیق تأکید دارد:

۱. اگر قانون، امضای شخصی را لازم بداند، این شرط در مورد داده‌پیام نیز وجود دارد، اگر:

الف) شیوه‌ای برای شناسایی آن فرد و مشخص کردن اینکه وی اطلاعات موجود به شکل داده‌پیام را تصدیق نموده، وجود داشته باشد؛

ب) شیوه مذکور در تشخیص هدف از ایجاد یا ابلاغ داده‌پیام با لحاظ تمام قراین، از جمله توافقات مربوط استنادپذیر باشد....

## امضا در دستورالعمل امضاها الکترونیکی اتحادیه اروپا

دستورالعمل اروپایی امضاها الکترونیکی به قصد امضا اشاره‌ای ندارد. مواد مربوط به امضاها الکترونیکی پیشرفته (مطمئن) در دستورالعمل مذکور بر شناسایی امضاکننده از طریق تصریح به ملاحظات فنی مبتنی است؛ به گونه‌ای که از این طریق، شخص امضاکننده تعیین شود.<sup>۲</sup>

۱. یوتا فقط وصیت‌نامه‌ها، متمم‌های وصیت‌نامه و تراست‌های مبتنی بر وصیت را به موجب بخش ۳(ب)(۱) استثنا کرده است.

۲. ماده ۲ مقرر می‌دارد:

... «امضای الکترونیکی» داده‌ای به شکل الکترونیکی است که به داده‌پیام الصاق یا به نحو منطقی

## روش غیر مستقیم در دستورالعمل تجارت الکترونیکی

ماده ۹ (۱) دستورالعمل تجارت الکترونیکی صراحتاً به شرح واژه‌های «مکتوب» و «امضا» نمی‌پردازد:

دولتهای عضو باید جواز انعقاد قرارداد الکترونیکی را در نظام حقوقیشان تضمین کنند، به ویژه اینکه مقررات جاری بر قراردادهای، در استفاده از قراردادهای الکترونیکی معنی ایجاد نکرده، به فقدان اثر یا اعتبار حقوقی این قراردادها بر مبنای تشکیل آنها با وسایل الکترونیکی منجر نشود.

تلویحاً از ماده ۹ چنین استنباط می‌شود که دولتهای عضو مجاز نیستند، استفاده از نوشته قلم و کاغذی و امضای قلم و کاغذی را برای انعقاد قراردادها، اجباری نمایند (استثنائات این قاعده در مباحث بعدی می‌آید). بهتر بود که دستورالعمل تجارت الکترونیکی، مسئله مکتوب و امضای الکترونیکی در متن الکترونیکی را برای اجتناب از هر ابهامی مطرح می‌ساخت. از دستورالعمل تجارت الکترونیکی نمی‌توان استنباط کرد که کدام دسته از امضاهای الکترونیکی مقبول است.

### کدام دسته از امضاهای الکترونیکی معتبر است؟

با توجه به اینکه دستورالعمل تجارت الکترونیکی باعث ابهامهایی شده و در عمل نیز از قابلیت استناد امضاهای الکترونیکی به عنوان مدرک و نه به عنوان یکی از شرایط شکلی اعتبار قراردادهای سخن گفته است، تکلیف به پذیرش امضاهای الکترونیکی در حقوق قرارداد که در این دستورالعمل مقرر گردیده، راهکار مطلوبی به شمار می‌آید. معنایی که دستورالعمل امضاهای دیجیتالی به دست داده، بیشتر مورد

با آن همسان شده و روشی برای تصدیق و گواهی قلمداد می‌شود؛

۲. «امضای الکترونیکی پیشرفته» به معنای هر امضای الکترونیکی است که واجد شرایط زیر باشد:

(الف) بدون هیچ تردیدی به امضاکننده منتسب باشد؛

(ب) با آن بتوان امضاکننده را شناسایی کرد؛

(ج) ایجاد آن به وسیله دستگاههایی صورت گیرد که امضاکننده توان کنترل شخصی بر آن داشته

باشد؛

(د) به گونه‌ای با داده پیام همسان گردد که هرگونه تغییری در داده بعد از امضا، قابل تشخیص

باشد؛ ...



اختلاف است. بعضی از دولتهای عضو، آن را فقط در حوزه ادله اثبات دعوا تفسیر می‌کنند و برخی دیگر، جنبه‌های قراردادی را نیز مشمول آن می‌دانند. در مقایسه با دستورالعمل تجارت الکترونیکی، این ابهامها ناچیز شمرده می‌شود.

با اینکه اشکال ماده ۹ دستورالعمل تجارت الکترونیکی این است که دولتهای عضو را از تحمیل الزامهای علمی و فنی خاصی به عنوان شرایط شکلی لازم برای تحقق امضا منع نمی‌کند، امکان دارد برخی از دولتهای عضو به استناد ماده ۵ دستورالعمل امضاهای الکترونیکی، تصریح نمایند که شرایط شکلی امضا طبق قانون آنها صرفاً با امضای الکترونیکی پیشرفته تحقق می‌یابد که این امضا نیز بر روش ایجاد امضای مطمئن (مطابق با ماده ۵(۱) دستورالعمل امضاهای الکترونیکی) مبتنی می‌باشد. [باید گفت] این نگرش بسیار خطرناک خواهد بود. در دیباچه ۳۴، ۳۵ و ۳۶ دستورالعمل تجارت الکترونیکی، دولتهای عضو، تقریباً به اعمال چنین قیدی ترغیب شده‌اند.

بعید نیست که در آینده، برخی از دولتهای عضو فقط امضاهای الکترونیکی از نوع مشخص را پذیرفتنی بدانند، در حالی که کشورهای دیگر به تبعیت از یوتا و قانون نمونه آنسیترال درباره تجارت الکترونیکی، دیدگاه موسّعی در این باره خواهند داشت؛<sup>۱</sup> در نتیجه، معیارهای گوناگونی در کشورهای مختلف به کار گرفته خواهد شد. این امر بالقوه به ناهماهنگی نظامهای حقوقی درباره امضاهای الکترونیکی پذیرفته شده در کشورهای عضو منجر خواهد گردید که به نوبه خود، آثار زیانباری بر بازرگانی الکترونیکی در درون اتحادیه اروپا خواهد داشت.

به نظر می‌رسد دستورالعمل تجارت الکترونیکی برای اجرا در دولتهای عضو که باید از تشریفات اداری زائد و شکل‌گرایی اجتناب نمایند، دارای نقص فاحش

۱. یوتا... قواعد مربوط به تحمیل مسئولیت را به گونه‌ای ساده و منطقی بیان داشته که با نبود قاعده عام‌الشمول برای گواهی در حال حاضر و امکان ارائه چنین معیارهایی در آینده از سوی سازمانهای ذیربط، توافقیهای خصوصی و رویه‌های معمول مطابقت دارد. با وجود اینکه قانونگذار از توصیف کارکردهای خاص فناوری تجارت الکترونیکی یا تطبیق این نوع فناوریها با واقعیهای بازار پفره رفته، به خوبی انگیزه طراحی قالب تجارت الکترونیکی برای آینده را از سوی اشخاص دخیل فراهم ساخته است.

است. اگر دستورالعمل مذکور عبارات بخشهای (د) ۷ و (ا) ۳ را به کار می‌برد، از این جهت ممکن بود مطلوب‌تر باشد.

## حمایت از قصد التزام امضاکننده

در میان شرایط قانونی امضا، تحقق اینکه امضاکننده واقعاً قصد متعهد ساختن خویش را داشته، اهمیت ویژه‌ای دارد. دستورالعمل امضاهای الکترونیکی در تعریف «امضای الکترونیکی پیشرفته» قصد حقیقی التزام را به دقت تحلیل نکرده؛ در نتیجه، در بیان شرایط شکلی کامل نیست.

در عمل، کارکرد امضا تشخیص هویت امضاکننده می‌باشد که این کارکرد - برای مثال- با استفاده از امضای الکترونیکی پیشرفته، فناوریهای رمز عبور یا یک نامۀ الکترونیکی ساده قابل حصول است، اما در اغلب موارد، هدف مقنن از تعیین شرایط شکلی برای امضا دستیابی به این کارکرد نیست؛ برای نمونه، اگر حقوق داخلی، مکتوب بودن و ممضی بودن ضمانت شخصی (کفالت) را الزامی نماید، هدف از تحمیل شرایط شکلی مذکور این است که ضامن قبل از التزام به چنین تعهد سنگینی، دوچندان بیندیشد. این به نفع شخص استنادکننده به امضاست که سند مذکور را برای اثبات اصالت امضاکننده ارائه نماید. شخص استنادکننده باید اقدامات لازم را برای به دست آوردن دلیل مطمئن و مسلم بر اصالت امضاکننده انجام دهد. قوانین راجع به امضا به ندرت چگونگی شکلی امضا را توضیح داده است؛ به گونه‌ای که حتی یک «X» خالی می‌تواند کفایت کند. در عوض، بر شخص استنادکننده است که امضاها را با مبنا قرار دادن ارزش اثباتی آنها، بپذیرد یا نپذیرد.<sup>۱</sup>

تشخیص دقیق هدف از الزام قانونی به کتبی بودن برخی مدارک، بسیار مشکل است. ما با شیوۀ قلم و کاغذی سنتی اغفال شده‌ایم و از پدیده‌های جدید در

۱. این تکامل تدریجی از قانون نمونه به یوتا را می‌توان به عنوان پیشرفت عمده مقررات قانون نمونه به شمار آورد. در حقیقت، یوتا تنها قانونی نیست که به این مرحله رسیده، بلکه قانون متحدالشکل تجارت الکترونیکی کانادا نیز امکان استفاده از امضای دیجیتالی برای تنفیذ یک مدرک را پذیرفته است.

هراسیم. با این حال، بنا بر مطالعات انجام شده، به این نتیجه می‌رسیم که باید بر قصد امضاکننده تأکید و از آن، حمایت ویژه‌ای شود:

دلایلی برای انحراف یوتا از قانون نمونه می‌توان ارائه کرد. نخست اینکه به موجب اکثر قوانین داخلی در ایالات متحده، امضا ممکن است با وسایل مختلف، بدون اینکه قابلیت اعتماد آن وسیله بررسی شود، انجام گیرد؛ بنابراین، قانون متحدالشکل تجاری، امضا را به طور موسع تعریف کرده است؛ به گونه‌ای که حروف چینی ماشینی و شیوه علامت‌گذاری را که امکان دارد به اندازه امضاهای دستی قابل اعتماد نباشد، دربرمی‌گیرد. در شرایطی که به موجب قانون مذکور هر علامتی کافی خواهد بود، یوتا صرفاً از این رویه پیروی نموده و علایم الکترونیکی را بدون هیچ معیار و مبنای اعتمادآوری کافی شمرده است. دوم اینکه تدوین‌کنندگان یوتا اعتراف کرده‌اند که در اغلب مواقع، اعتبار امضاها با دلایل خارجی اثبات می‌گردد؛ برای مثال، این قید که امضا در حضور شهود زده شود یا به ثبت برسد، یوتا این قیود را حذف نکرده و به همین دلیل، این قبیل از ملاکهای اعتبار امضا، هنوز هم وجود دارد. سوم اینکه یوتا تصدیق می‌کند که خواه سندی امضا شده باشد یا نه و خواه به وسیله اصل ساز یا شخصی دیگر امضا شود (یعنی به وی قابل انتساب باشد) و خواه چیزی که بر قصد امضا دلالت کند، ضمیمه گردد یا نه، باز مسئله محل اشکال است. از نظر یوتا، اثبات انتساب داده پیام بر عهده مدعی قرار دارد. در مقام اثبات این امر، مدعی باید قابل اعتماد بودن شیوه امضای خود و معتبر بودن پیوستگی امضا و متن امضا شده را مدلل نماید. در صورتی که تردیدی در تشخیص هویت امضاکننده در میان نباشد (یعنی امضاکننده مسئولیت داده پیام را بر عهده گیرد)، به اثبات «مطمئن» بودن شیوه امضا نیازی نیست. آخرین مورد اینکه یوتا تفاوت میان شرایطی که ممکن است به موجب قانون، رعایت آن برای اعتبار حقوقی امضا لازم باشد و آنچه امکان دارد طرفین آن را به عنوان رویه‌های تجاری اعمال کنند، مورد توجه قرار داده است؛ بنابراین، برخی از شرکت‌های تجاری، بدون نیاز به تصریح قانونی می‌توانند در مواردی، امضا را لازم بدانند و همین طور مقرر نمایند که امضاهای انجام شده تصدیق شود یا به ثبت برسد. حتی اگر قانون چنین قیدی را نداشته باشد، بدیهی است که این کار برای کاهش مخاطرات تجاری انجام می‌شود.

هیچ یک از دستورالعمل امضاهای الکترونیکی و دستورالعمل تجارت

الکترونیکی به قصد امضا اشاره نکرده است. بسیار مفید می‌بود اگر دستورالعمل تجارت الکترونیکی تصریح می‌کرد که در صورت استفاده از فناوری خاص و مشروط به قابل اثبات بودن امضا، برای اعتبار آن به رعایت شرایط شکلی نیازی نیست. همچنین مفید می‌بود که به اهمیت قصد امضا در معاملات الکترونیکی توجه بیشتر می‌کرد. بعلاوه، اگر دستورالعمل تجارت الکترونیکی وظیفه اثبات اصالت امضاکننده را بر عهده شخص استنادکننده قرار می‌داد و این موضوع، در ردیف شرایط قانونی امضاها به شمار نمی‌آمد - چون در شمول حقوق ادله نیست - بسیار ارزشمند می‌بود.

یوتا بر قصد امضا تأکید دارد. بر اساس این، شخصی که امکان انعقاد قرارداد را در یک پایگاه اینترنتی فراهم می‌سازد، مکلف است از شیوه غیر مبهمی در پایگاهش استفاده کرده، طرف مقابل را که با کلیک بر روی دکمه‌ای خاص یا وارد کردن رمز عبور یا اجرای امضای دیجیتالی، خود را متعهد و ملتزم می‌سازد، به بهترین شکل ممکن توجیه کند. اگر به موجب قانون، امضای معامله‌ای الزامی باشد، این تعهد در صورتی محقق می‌گردد که قصد قبول تعهد و امضا در پایگاه اینترنتی به اثبات رسد. حتی اگر قانون چنین الزامی نداشته باشد، طراحی پایگاه به شرح فوق مصلحت خواهد بود؛ بنابراین، تنظیم قرارداد را می‌توان بدین شیوه اثبات کرد که شخصی با رعایت تشریفات مشخص شده در پایگاه اینترنتی، صریحاً قصد التزام خویش را ابراز داشته است.

### استثنائات

در نگاه نخست، ممکن است چنین به نظر آید که دستورالعمل تجارت الکترونیکی را نمی‌توان از بعد مجاز ساختن مکتوب و امضای الکترونیکی، به طور مطلق اجرا کرد. با این حال، با لحاظ امکان وجود محدودیت و استثنا برای تمام اقسام قرارداد در طول مدتی که امضای سنتی رواج داشته، دستورالعمل تجارت الکترونیکی نیز ممکن است در عمل نتواند در مواردی، ارتباط الکترونیکی را مجاز بداند. انتقال اموال غیر منقول، قراردادهای منعقدشده با دخالت محاکم، مقامات عمومی یا دفاتر

اسناد رسمی، قرارداد کفالت و قراردادهای مشمول حقوق خانواده، از جمله موارد خارج از عموم ماده ۹ می‌باشند. در اغلب دولتهای عضو اتحادیه اروپا، این استثنائات در صورت شرط بودن امضا برای اعتبار قرارداد، تمام (یا حداقل، اکثر) قراردادها را در برمی‌گیرد؛ بنابراین، ماده ۹ دستورالعمل تجارت الکترونیکی اثری بیش از شناسایی امضاهای الکترونیکی در همان وضعیت سابق آن را ندارد. با وجود این، اگر یکی از دولتهای عضو اتحادیه به استثنا متمایل باشد، باید دلیل این محدودیت را برای کمیسیون تشریح نماید. همین امر، دولتهای عضو را به بررسی دقیق این موضوع مجبور خواهد کرد که چرا امضای الکترونیکی برای مثال نمی‌تواند در کفالت یا معاملات ملکی به کار گرفته شود. در اکثر موارد، این بررسی نشان خواهد داد که علت اصلی رعایت شرایط شکلی به این امر که فناوری امضای الکترونیکی به اندازه کافی نمایانگر قصد متعهد شدن هست یا نه، بستگی ندارد. اگر وجود قصد امضا در معاملات الکترونیکی مسلم باشد، در اغلب موارد، وجود استثنا دلیل بر بطلان این دسته از معاملات نخواهد بود.

بخش سوم یوتا نیز مکتوب و امضای الکترونیکی را در مورد وصیت‌نامه‌ها، متمم وصیت‌نامه‌ها و تراستهای مبتنی بر وصیت نمی‌پذیرد.<sup>۱</sup> محدودیت مذکور در یوتا بسیار مضیق‌تر از دستورالعمل تجارت الکترونیکی می‌باشد. البته قلمرو اجرایی یوتا در مقایسه با دستورالعمل تجارت الکترونیکی وسیع‌تر است؛ زیرا نه تنها قراردادها، بلکه تمامی معاملات از جمله معاملات دولتی، تحت شمول یوتا قرار می‌گیرد. تصریح به «قصد امضا» باعث شده تا یوتا محدودیت کمتری در مقایسه با دستورالعمل تجارت الکترونیکی داشته باشد.

## اطلاعات لازم برای تشکیل قرارداد (ماده ۱۰)

دستورالعمل تجارت الکترونیکی مقررات وسیعی را درباره اطلاعاتی که باید برای تشکیل قراردادها ارائه گردد، در برمی‌گیرد؛ از جمله اینکه سرویس‌دهنده باید درباره

۱. علاوه بر این، یوتا به استثنائاتی که با لحاظ مواد ۲ و ۲ (الف) بخش ۱۰۷-۱ قانون متحدالشکل تجاری (UCC) می‌تواند وارد گردد نیز توجه دارد.

مراحل فنی لازم برای تشکیل قرارداد، نحوه رفع اشکالات موجود، مقررات به کاررفته، شروط قراردادی و قواعد عمومی، اطلاعات لازم را ارائه نماید.<sup>۱</sup> الزام به ارائه این اطلاعات می تواند مسئله ساز باشد. به موجب حقوق داخلی برای تشکیل عقد، روش مشخصی وجود دارد. اغلب قراردادها را بدون تبادل اطلاعات معین، از جمله در مورد شرایط تشکیل قرارداد، می توان منعقد کرد. در حقوق قراردادهای داخل، طبق قواعد عمومی به این مسئله پاسخ داده شده است که در صورت عدم توافق صریح بین طرفین در مورد نحوه انعقاد، قرارداد چگونه تشکیل می شود.

البته بهتر است که طرفین قبل از مذاکرات مقدماتی، آگاهی متعارفی از تشریفات انعقاد قراردادها داشته باشند. در شیوه سنتی، اغلب موارد، طرفین بر متنی که تشریفات انعقاد قرارداد در آن مندرج است، توافق می کنند. به همان صورت در اینترنت نیز سرویس دهنده خدمات، بیشتر مواقع، شرایطی را برای نحوه تشکیل عقد در پایگاه اینترنتی ارائه می کند. اگر طرفین توافقیهای مقدماتی مذکور را به عمل نیاورده باشند، امارات قانونی برای تعیین تکلیف در هر مورد به اجرا گذاشته خواهد شد.

آنچه با ماده ۱۰ دستورالعمل تجارت الکترونیکی ارتباط می یابد، این است که بر عدم ارائه اطلاعات روشن از سوی سرویس دهنده، چه اثری مترتب است. تکلیف دولتهای عضو به تهیه موازینی برای اطمینان از ارائه اطلاعات مناسب از سوی

۱. ماده ۱۰ مقرر می دارد:

اطلاعاتی که باید ارائه شود:

۱. علاوه بر اطلاعاتی که به موجب حقوق اتحادیه اروپا ارائه آن الزامی شناخته شده، دولتهای عضو باید تضمین دهند که جز در صورت توافق معایر بین طرفین عقد، البته نه مصرف کنندگان، حداقل، اطلاعات زیر از سوی سرویس دهنده به طور شفاف، کامل و بدون ابهام و قبل از اینکه متقاضی خدمات سفارش خود را تقدیم دارد، ارائه شود:

الف) مراحل مختلف فنی لازم برای انعقاد قرارداد؛

ب) اعلام بایگانی یا عدم بایگانی مدارک انعقاد قرارداد از سوی سرویس دهنده و ذکر قابل بازیافت بودن این مدارک؛

ج) روشهای فنی تشخیص و تصحیح اشتباهات، قبل از نهایی شدن سفارش؛

د) زبانهای پیشنهاد شده برای تشکیل قرارداد.

تأمین کنندگان خدمات، ناشیانه به شمار می آید. آیا دستورالعمل تجارت الکترونیکی، دولت‌های عضو را به گماشتن «پلیس اینترنتی» برای تعقیب عدم اطلاع‌رسانی از سوی تأمین کنندگان خدمات ملزم می کند؟ اگر پاسخ مثبت باشد، ابزار فشار مأمور پلیس اینترنتی چیست؟ حکم به جریمه یا حبس؟ آیا ترک فعل مذکور جرم است؟ آیا مقصود واقعی تدوین کنندگان دستورالعمل، تنظیم ماده‌ای چنین مبهم بوده است؟ یا آنها صرفاً خواسته‌اند بگویند که ارائه اطلاعات درباره بسیاری از مسائل از سوی تجار، امری مطلوب است؟ ممکن است در تدوین این ماده، هیچ اثر حقوقی قصد نشده باشد، با این حال، جز در صورت تصویب صوری، به ندرت می توان در یک قانون، ماده‌ای یافت که هیچ‌گونه اثر حقوقی نداشته باشد. افزون بر این، ماده‌ای با این محتوا که تلقی خاصی درباره آن وجود دارد، به دقت و استادانه تدوین شده است.

بیشتر دولت‌های عضو به موجب قواعد عمومی حاکم بر قرارداد در عرصه داخلی، به شرطی که در مذاکرات مقدماتی قرارداد ذکر نشده، روی خوش نشان نخواهند داد، به ویژه اگر فناوری موجود، انجام دادن چنین کاری را تسهیل کرده باشد. در مواجهه با این مسئله که آیا قرارداد منعقد شده است یا نه، اکثر دولت‌های عضو با در نظر گرفتن حقوق داخلی حاکم بر قرارداد، از پذیرش اینکه یک قرارداد الزام آور به هنگام انجام تشریفات مبهم پایگاه اینترنتی، منعقد و مصرف کننده بدون هیچ اطلاعی با کلیک بر روی نقطه خاصی متعهد شود، خودداری می کنند. قوانین داخلی قرارداد در اکثر کشورها، تضمین‌هایی برای ابراز صریح و بدون ابهام اراده دربردارد؛ از این رو، محتوای ماده ۱۰، درباره اطلاعات مربوط به مراحل فنی لازم برای انعقاد قرارداد و شروط قراردادی، از نظر حقوق قرارداد، حمایت جدیدی را دربرندارد.

اگر مصرف کننده (مشتری) دچار اشتباه شود، با اطلاعاتی که به موجب ماده ۱۰ برای نحوه تصحیح اطلاعات ارائه شده، نمی توان کمک زیادی به او کرد. آنچه مصرف کننده واقعاً نیاز دارد، قواعد مجری برای پردازش غلط اطلاعات است. در این باره، به توضیحاتی که در مورد ماده ۱۱ ارائه شده، مراجعه شود.

به نظر می‌رسد ماده ۱۰ در عمل، هیچ مشکلی را حل نمی‌کند. در حقوق قرارداد هر کشوری، قواعد عامی برای فراهم‌سازی اطلاعاتی که در دستورالعمل مورد اشاره قرار گرفته، وجود دارد. محتوای ماده ۱۰، تنها به سردرگمی و ابهام در مقررات داخلی کشورهای عضو منجر می‌گردد و از عوامل ناهماهنگی حقوقی در اتحادیه اروپا می‌باشد.

## تأیید (ماده ۱۱)

پیش‌نویس دستورالعمل تجارت الکترونیکی، شیوه‌نویسی برای انعقاد قراردادها ارائه می‌کرد. عقیده بر این بود که قرارداد به صرف تبادل ایجاب و قبول، وجود اعتباری نمی‌یابد، بلکه لازم است که دوباره تأیید گردد. پیش‌نویس مذکور به جای تشریفات دو مرحله‌ای، روشی سه مرحله‌ای پیشنهاد می‌کرد. خوشبختانه پیش‌نویس تغییر یافت.<sup>۱</sup> با این حال، آنچه از متن اصلی باقی مانده است به ابهام در ماده ۱۱ منجر شده است. [این ماده مقرر می‌دارد]: «سرویس دهنده به تأیید دریافت پیام از سوی گیرنده، بدون تأخیر ناروا و با وسایل الکترونیکی ملزم می‌باشد».

## هدف از تکلیف به تأیید

قاعده مذکور منطق روشنی ندارد. هدف اصلی از الزام به گواهی، این است که با صدور آن، انعقاد بدون ابهام قرارداد به اثبات رسد. البته چنین تأییدی در تمامی قراردادها بااهمیت است و به قراردادهای الکترونیکی اختصاص ندارد، با این حال، در حقوق، قاعده عامی با مضمون لزوم تأیید قرارداد وجود ندارد. در طول قرنهای متمادی، بدون نیاز قانونی به تأیید قرارداد، امور مربوط به خوبی اداره می‌شد و تجارت الکترونیکی این وضعیت را تغییر نداده است. غالباً این تصور که زمانی قراردادهای الکترونیکی بیش از قراردادهای قلم و کاغذی «سستی» منعقد خواهد شد، بسیار دشوار می‌نماید.

۱. یکی از متخصصان حقوق تجارت معتقد است قواعد حقوق تجارت باید «دقیق» (یعنی بازتاب روشی باشد که معاملات تجاری فی‌الواقع بر اساس آن انجام می‌شود)، نه اینکه فقط (به دلیل ارائه آن از سوی یکی از اساتید بزرگ حقوق، شاید به عنوان نظر شخصی وی)، «بدیع» باشد.



## واژه‌شناسی

از نظر حقوق داخلی قرارداد، اگر تأییدیه واقعاً «قبول» تلقی شود، اهمیت فوق‌العاده‌ای می‌یابد. در عمل، تشخیص اینکه کدام پیامها ایجاب یا قبول به شمار می‌آید، دشوار است. گاهی اوقات، مدرکی که با عنوان «تأییدیه» یا «تصدیق» مشخص گردیده، از نظر حقوقی، «قبول» قلمداد می‌شود؛ از این رو، پیش از ارسال قبول (تأییدیه) برای طرف مقابل، قراردادی منعقد نشده است. گاهی «تأییدیه»، صرفاً یادآور تعهداتی است که طرفین بدان ملتزم‌اند. امکان انعقاد قرارداد به صرف تبادل ایجاب و قبول و بدون وصول هیچ تأییدی نیز وجود دارد. هنگامی که قراردادی در شرف انعقاد است، تأییدیه صرف نظر از ارزش اثباتی آن، فاقد هرگونه اثر حقوقی می‌باشد؛ در نتیجه، فقدان تأییدیه‌ای که فقط تعهدات ناشی از یک قرارداد انعقاد یافته را بازگو کند، فاقد هرگونه اثری در حقوق خصوصی است. تطبیق دادن اسناد دارای عنوان «تأیید» یا «سفارش» با مفاهیم حقوقی ایجاب و قبول، شیوه‌ای مرسوم و قدیمی در سیستم‌های حقوقی است. مسائل عملی ناشی از تعریف وضعیت حقوقی برای تأییدیه با ارائه مفهومی کاملاً جدید از تصدیق سفارش در دستورالعمل تجارت الکترونیکی، پیچیده‌تر نیز شده است. پیش از این، هیچ کدام از مفاهیم «تصدیق» و «سفارش» در مقررات راجع به انعقاد قراردادها به کار نرفته بود.

در حقوق قراردادها، تمایل شدیدی به بهره‌گیری از تشریفات ایجاب و قبول در تشکیل قراردادها وجود دارد. در اصول حقوق قرارداد اروپا و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی برای رها شدن از مفاهیم ساختگی و اجتناب‌ناپذیر حقوقی که از ایجاب و قبول نشئت می‌گیرد، به «توافق واجد شرایط» اشاره شده است. اصطلاحات و ساختار دستورالعمل تجارت الکترونیکی نشان می‌دهد که تدوین‌کنندگان آن با چنین مباحثی که از واقعیتهای ابتدایی حقوق به شمار می‌رود، بیگانه بوده‌اند.

## آثار

جدای از بحث واژه‌شناسی، آثار قاعده تأیید نیز باید مورد توجه قرار گیرد. اگر چنین تأییدیه‌ای ارائه نشود، آثار حقوقی آن چه خواهد بود و آثار حقوقی تأییدیه

صادر شده طبق دستورالعمل تجارت الکترونیکی چیست؟

به سبب اینکه قواعد حقوق خصوصی در تدوین ماده مذکور کنار گذاشته شد، در مقام تبیین آثار تدوین دستورالعمل تجارت الکترونیکی از نظر حقوق خصوصی باید محتاط بود. اگر تأییدیه از حیث حقوق خصوصی فاقد هرگونه اثر باشد، دولتهای عضو باید ضمانتهای اجرایی دیگری علیه تجاری که چنین تأییدیه‌ای را در قراردادهای الکترونیکی صادر نکنند، در نظر بگیرند؛ بنابراین، برای مثال، مأمور رسیدگی به شکایات مصرف کننده می‌تواند تجاری را که تأییدیه مذکور را صادر نکرده‌اند، تعقیب نموده، ایشان را به جریمه نقدی محکوم کند. جایگزین دیگر این است که فقدان تأییدیه، یک جرم کیفری در نظر گرفته شود. نظر به اینکه دولتهای عضو، شیوه‌های گوناگونی برای حمایت از مصرف کنندگان، در خارج از حیطه حقوق خصوصی دارند، بسیار محتمل است که ماده ۱۰، در مورد تأییدیه به روشهای مختلفی اجرا گردد.

با وجود این، به طور کلی، بدیهی است که دستورالعمل، احتمال دارای اثر بودن عدم ارائه تأییدیه از جنبه حقوق خصوصی را رد نکرده است. هدف از ارجاع ماده ۱۰ به تراضی طرفین این بوده که تأییدیه به عنوان یکی از مبانی حقوق خصوصی مطرح شود؛ زیرا در صورتی که این قاعده به عنوان یکی از قواعد حقوق خصوصی مورد پذیرش قرار نگیرد، نمی‌توان بر آن تراضی نمود. شایسته نیست که روشی کاملاً جدید در انعقاد قراردادها معرفی شود که به موجب آن، زمان انعقاد قرارداد، یک مرحله تغییر یافته، (به جای زمان قبول به زمان صدور تأییدیه) عقب‌تر می‌رود. تغییر در قواعد اساسی حقوق قرارداد، بسیار ظریف‌تر از آن است که در اینجا مطرح شده است و به منطقی قوی‌تر نیاز دارد. به عنوان یک راه حل، می‌توان شخصی که تأییدیه را دریافت نکرده، برای تقاضای جبران خسارت مجاز دانست؛ اگرچه در عمل، این خسارت فاقد اهمیت است؛ زیرا در اکثر موارد، میزان آن - اگر باشد - بسیار کم خواهد بود.

در یوتا و قانون نمونه آنستیرال دربارهٔ تجارت الکترونیکی، مسئلهٔ صدور تأییدیه در مورد قراردادهای الکترونیکی مطرح نشده است. به نظر می‌رسد اتحادیهٔ اروپا به قاعدهٔ تصدیق سفارشات در تجارت الکترونیکی نیازی ندارد. استفادهٔ ارادی اکثر تجار از تأییدیه‌ها همان‌گونه که در معاملات کاغذی نیز اتفاق می‌افتد، پذیرفتنی است. این امر با تجارت آسان هماهنگی داشته، در اکثر موارد، هزینه‌های تجاری را با کاهش خطر سوء تفاهم، کاهش می‌دهد. قانونی کردن تصدیق سفارشات، تنها به مقرراتی تشریفاتی و دست‌وپاگیر و حتی بدتر از آن، تشدّد مقررات و آرا در هریک از کشورهای عضو منجر می‌گردد. بنابراین، حتی اگر در دستورالعمل برای فقدان تأییدیه، اثری لحاظ می‌شد، تدوین‌کنندگان آن باید می‌دانستند که تعیین ضمانت اجرا برای چنین امری، هیچ منطقی نخواهد داشت.

### زمان دریافت؛ بند ۱ مادهٔ ۱۱

مسئله‌ای که مکرراً مورد بحث قرار می‌گیرد، این است که داده‌پیام، چه موقع «مخبره»، «ارسال» و «دریافت» می‌گردد. وضعیت این اصطلاحات در مواردی که ارسال، انصراف یا رد شدن یک پیام مشخص نیست، باید تفکیک گردد. در جهان کاغذی، عرف تعیین تکلیف کرده و ما کاملاً می‌دانیم که پیام چه زمانی از نظر حقوقی، «مخبره» یا «واصل» شده است. در روابط الکترونیکی، این عرف هنوز شکل جامعی ندارد.

در اکثر قوانین ملی راجع به قرارداد، قواعد صریحی برای تعیین زمان دریافت یا ارسال پیام وجود ندارد. این قواعد به موجب عرف و رویهٔ قضایی، تکامل یافته و به ندرت در مقررات بدان تصریح شده است. با وجود تمام این مسائل، مادهٔ ۱۱ دستورالعمل تجارت الکترونیکی، دولتهای عضو را به اجرای اصول زیر ملزم می‌کند: «فرض می‌شود که سفارش و تأییدیهٔ وصول، هنگامی دریافت شده که مخاطب، بتواند بدان دسترسی یابد».

اصول حقوق قرارداد اروپا، راه حلی برای یکنواخت‌سازی قواعد راجع به ابلاغ

ارائه نموده است. اصول مذکور نیز زمان وصول اطلاعات به مخاطب را به شرح زیر توصیف می‌کند:

ماده ۳۰۳:۱. ابلاغ

۱. پیام را با هر وسیله‌ای، اعم از مکتوب و غیر آن که متناسب با شرایط باشد، می‌توان ابلاغ نمود.
۲. با لحاظ بندهای «۴» و «۵»، هر ابلاغی فقط از زمان رسیدن آن به مخاطب، دارای اثر حقوقی است.
۳. پیام زمانی به مخاطب رسیده که به مرکز امور تجاری یا به نشانی پستی وی، یا اگر فاقد این دو باشد، به اقامتگاه عرفی او تحویل داده شود.
۴. اگر شخصی به دلیل عدم اجرای تعهد یا بدین دلیل که این عدم اجرا از سوی وی قابل پیش‌بینی بوده، به طرف مقابل ابلاغ نماید و ابلاغیه به نحو مناسب مخابره شده یا تحویل داده شود، تأخیر یا اشتباهی که در نقل و انتقال ابلاغیه روی می‌دهد یا عدم وصول آن، مانع از اثر حقوقی آن نمی‌شود. ابلاغ مذکور از زمانی که در شرایط معمول باید به دست مخاطب می‌رسید، دارای آثار حقوقی است.
۵. اگر خبر انصراف از محتوای یک ابلاغ، قبل یا همزمان با وصول آن به مخاطب برسد، ابلاغیه مذکور هیچ اثری نخواهد داشت.
۶. «ابلاغ» در این ماده، انتقال و مخابره تعهد، اظهارنامه، ایجاب، قبول، تقاضانامه، درخواست یا هر اعلامیه دیگری را شامل می‌شود.

با این همه، اصول حقوق قرارداد اروپا با داده‌پیامهای الکترونیکی مطابقت ندارد؛ برای مثال، معنای واقعی «وصول» در فضای الکترونیکی و نیز مفهوم «مرکز امور تجاری»، «نشانی پستی» و «اقامتگاه عرفی» در محیط الکترونیکی، در هاله‌ای از ابهام قرار دارد.

یوتا و قانون نمونه آنستیرال درباره تجارت الکترونیکی، درباره زمان و مکان ارسال و وصول داده‌پیام، وضع قاعده کرده است.<sup>۱</sup> این دو قانون، تمام مدارک

۱. ماده ۱۵ قانون نمونه آنستیرال درباره تجارت الکترونیکی مقرر می‌دارد:

[ماده ۱۵: زمان و مکان ارسال (مخابره) و دریافت داده‌پیام]

۱. در صورت عدم توافق مغایر بین فرستنده و گیرنده، مخابره داده‌پیام زمانی انجام می‌شود که به یک سیستم اطلاعاتی خارج از دسترس شخص فرستنده یا شخصی که داده‌پیام را به نمایندگی از

الکترونیکی را شامل می‌شود، در حالی که دستور العمل تجارت الکترونیکی، صرفاً سفارشات و تأییدیه وصول را در بر می‌گیرد.

دستور العمل تجارت الکترونیکی بر «قابلیت دسترسی» تأکید دارد. تعیین زمان دقیق دسترسی به یک داده پیام، مشکل است. یوتا مفهوم کلی و مبهم «توانایی دسترسی» را با معرفی این شرط الزامی که داده پیام به سیستم پردازش اطلاعات گیرنده وارد شود و به شکلی باشد که سیستم مذکور توانایی پردازش آن را داشته باشد، به دقت تحلیل می‌کند:

بخش ۱۵ یوتا - بندهای «الف» و «ب» (بندهای «ج» و «د» ذکر نمی‌شود) الف) جز در صورتی که بین فرستنده و گیرنده به گونه‌ای دیگر توافق شده باشد، یک مدرک الکترونیکی، زمانی ارسال گردیده است که:

۱. اگر به طور صحیح ارسال شده یا به گونه مقبول دیگری به سیستم پردازش اطلاعاتی که گیرنده برای دریافت مدارک الکترونیکی طراحی نموده یا از آن استفاده می‌کند، وارد شود یا به گونه‌ای باشد که اطلاعاتی از این قبیل، از آن

وی ارسال می‌دارد، وارد شود.

۲. در صورت عدم توافق مغایر بین فرستنده و گیرنده، زمان وصول داده پیام به شرح زیر تعیین می‌شود:

الف) اگر مخاطب، سیستم اطلاعاتی را برای وصول داده پیام طراحی نموده باشد، وصول زمانی است که:

یک. داده پیام به سیستم اطلاعاتی طراحی شده وارد شود؛  
دو. اگر داده پیام به آن بخش از سیستم اطلاعاتی گیرنده (مخاطب) که جزء سیستم اطلاعاتی طراحی شده نیست، فرستاده شود، وصول زمانی است که مخاطب به آن دست یابد.

ب. اگر مخاطب سیستم اطلاعاتی طراحی شده (برای این منظور) نداشته باشد، وصول با ورود داده پیام به سیستم اطلاعاتی (عمومی) وی تحقق می‌یابد.

۳. بند «۲» در صورتی که محل وقوع سیستم اطلاعاتی، متفاوت با محلی باشد که در آنجا به موجب بند «۴» فرض می‌شود که داده پیام وصول شده، اعمال می‌گردد.

۴. در صورت فقدان توافق مغایر بین فرستنده و گیرنده، فرض می‌شود که داده پیام از محلی ارسال شده که مرکز امور تجاری فرستنده آنجاست. در اجرای این بند:

الف) اگر فرستنده یا گیرنده بیش از یک مرکز تجارت (کسب) داشته باشد، محلی که نزدیک‌ترین ارتباط را با معامله مورد بحث دارد یا موقعی که اساساً معامله‌ای انجام نشده، محلی که عمده‌ترین مرکز تجارت شخص در آنجا قرار دارد، [ملاک قرار می‌گیرد].

ب) اگر فرستنده یا گیرنده، مرکز امور تجاری نداشته باشد، اقامتگاه عرفی او ملاک قرار می‌گیرد.

ارسال می‌شود و گیرنده، توانایی بازیابی آن مدارک الکترونیکی را داراست؛

۲. به شکلی باشد که سیستم بتواند آن را پردازش کند؛

۳. به یک سیستم پردازش اطلاعات، خارج از کنترل فرستنده یا شخصی که به نمایندگی از وی، آن مدارک الکترونیکی را ارسال می‌کند، وارد شود یا به سیستم پردازش اطلاعاتی که از سوی گیرنده طراحی شده یا استفاده می‌شود و در کنترل گیرنده قرار دارد، داخل شود.

ب) جز در صورتی که بین فرستنده و گیرنده به گونه‌ای دیگر توافق شده باشد، یک مدارک الکترونیکی، زمانی واصل گردیده که:

۱. به سیستم پردازش اطلاعاتی که گیرنده، آن را برای بازیافت مدارک الکترونیکی طراحی نموده یا مورد استفاده قرار می‌دهد، وارد شود؛

۲. به شکلی باشد که سیستم بتواند آن را پردازش کند.

در تجارت الکترونیکی، این مسئله که چه کسی خطر نرسیدن داده‌پیام یا تأخیر در وصول آن را به مخاطب بر عهده می‌گیرد، به دلیل ماهیت اعتباری معاملات و اهمیت فوق‌العاده مسئله زمان در آنها، مهم به نظر می‌رسد. دستورالعمل تجارت الکترونیکی، صرفاً اقسام محدودی از داده‌پیام (سفارش و تأییدیه وصول) را ذکر می‌کند که فاقد هرگونه اثر از حیث حقوق خصوصی است؛ زیرا چنین اثری پیش‌بینی نشده و مسکوت مانده است. بعلاوه، قاعده‌ای که دستورالعمل تجارت الکترونیکی آن را وضع کرده، ابعاد مشخصی ندارد؛ بدین سبب که معنای «توانایی دسترسی» در محیط الکترونیکی، به طور کامل معلوم نیست.

با توضیحات یوتا، می‌توان به راه حل جامعی در تعیین زمان و مکان دقیق انتقال ریسک دست یافت. مبنایی که از یوتا به دست می‌آید، برای بازار اروپا بسیار مفیدتر از مقرراتی است که در دستورالعمل تجارت الکترونیکی درباره زمان وصول (داده‌پیام) وجود دارد.

## اشتباه در اعلام اراده؛ بند «۲» ماده ۱۱

بیشتر کاربران وسایل الکترونیکی ارتباط، سرعت انجام معاملات را در اینترنت دیده‌اند. شاید بیشتر آنها، سهولت اشتباه در آن فضا را نیز تجربه کرده باشند؛ مثلاً

کلید «ارسال» زودتر از معمول فشار داده، یا گزینه «بله، من قبول دارم» به اشتباه انتخاب شده و در نتیجه، به جای یک دانه، یک کیلوگرم فلفل سفارش داده شود. حتی بدتر از این هم ممکن است رخ دهد: یک بار یکی از دانشجویان که در بانک کار می‌کند، ۱۰۰۰۰ فقره از سهام شرکت اریکسون را به قیمت بازار بورس در قبال سهام شرکت اریکسون به ارزش ۱۰۰۰۰ واحد پولی سوئد (معادل ۱۰۰۰ یورو) سفارش داد. اشتباه در اعلام اراده، ارتباط تنگاتنگی با حالتی دارد که یک شخص بدون داشتن قصد التزام، به موجب یک قرارداد متعهد می‌شود. همان طور که قبلاً تشریح شد، مسلماً قصد التزام در معاملات الکترونیکی باید حقیقتاً موجود باشد. این امر، از نظر جلوگیری از اشتباه در اعلام اراده اهمیت زیادی دارد.

### تحمل خطر ناشی از اشتباهات در حقوق سنتی

مسئله اشتباه، پیشینه‌ای طولانی دارد. ثابت شده که ایجاد تعادل میان منافع شخصی که در واقع، با اعلام اشتباهی اراده خود در پذیرش برخی از تعهدات متعهد نمی‌شود و شخصی که بدون علم به اشتباه، بر تعهد مذکور تکیه کرده و لوازم اجرای آن را فراهم می‌سازد، بسیار مشکل است. معمولاً خطر ناشی از اشتباه بر دوش اشتباه‌کننده گذاشته می‌شود. توجیه منطقی این رسم چنین بوده که این قاعده، انگیزه‌ای برای دقت عمل و جلوگیری از اشتباه پدید می‌آورد. بنا بر تحلیل دیگر، شخصی که اشتباه در برابر او واقع شده، باید مورد حمایت قرار گیرد؛ زیرا هیچ راهی برای پی بردن به اشتباه پیش روی او نبوده است. در وهله نخست، ناعادلانه به نظر می‌رسد که آثار اشتباه را بر شخصی تحمیل نمود. با وجود این، شخصی که با اعتماد به اشتباه، خسارت می‌بیند، مستحق جبران نیز خواهد بود. در عمل، تشخیص اینکه آیا مدعی، مرتکب اشتباه شده یا فقط قصد انصراف از قرارداد را داشته، بسیار مشکل است. از این بُعد، دو مسئله عمده وجود دارد؛ نخست اینکه چگونه می‌توان روی دادن یک اشتباه و نبودن قصد انصراف را اثبات کرد؟ دوم اینکه مرجح بودن تحمیل خطر به شخصی که بر اشتباه طرف مقابل تکیه کرده، به نوع قرارداد و زمانی که اشتباه کشف شده و طرف مقابل از آن اطلاع یافته، بستگی دارد.

در برخی از قراردادها، عملاً معیار قاطعی برای تشخیص عوض شدن نظر یکی از طرفین و تمایل او به لغو قرارداد یا انصراف از ایجاب یا پیشنهاد مزایده، وجود ندارد. قاعده مهم «الزام آور بودن قراردادها» درباره تمام اقسام عقود، به ویژه جایی که اعلام اشتباه در نخستین فرصت انجام می‌گیرد، کاربردی ندارد؛ به عبارت دیگر، هرگاه شخصی مرتکب اشتباه می‌شود و سریعاً طرف مقابل را آگاه می‌سازد، شخص اخیر لزوماً متحمل خسارت نمی‌شود؛ برای مثال، در مورد تولیدات مصرفی همچون خودرو، دوچرخه، وسایل آشپزخانه و کالاهایی از این قبیل، تحمیل آثار ناشی از اشتباه به متعهد، عرفاً نامطلوب به نظر می‌رسد.

در سایر اقسام قراردادها، ضرورت دارد که طرفین عقد بتوانند قصد التزام خویش را به طور قطعی اعلام کنند. این امر، برای نمونه، در مورد حراجها، مبادلات و فروش محصولات در معرض تغییرات سریع از حیث قیمت، همانند سهام، اوراق قرضه و کالاهای تجاری صدق می‌کند. اگر فرصتی برای گریز از چنین قراردادهایی با تمسک به اشتباه باشد، در آن صورت، طرفین قرارداد با انجام معامله نسبتاً بد، بر استناد به اشتباه وسوسه می‌شوند (مثلاً خریدار می‌تواند در صورت تنزل قیمتها بعد از خرید، مدعی اشتباه از ناحیه خود شود). اگر چنین قراردادهایی به دلیل وقوع اشتباه تأیید نشود، طرفی که بر تعهد تکیه نموده، ضرر خواهد کرد و این، روش درستی برای تحمیل خطر نخواهد بود؛ زیرا وی قصوری نکرده و در مقابل اشتباهی که دیگری انجام داده، وسیله‌ای برای دفاع از خویش ندارد.<sup>۱</sup>

قسم سوم قراردادها، برای مثال، عقودی است که معامله در آن در معرض نوسان شدید قیمت نیست و همین امر، اقدام طرف مقابل به انعقاد قراردادهای دیگر (با مقاطعه کاران جزء یا عمده‌فروشان) و کشانده شدن او را به حالت انفعالی در پی دارد؛ مثل اینکه با لحاظ قرارداد منعقدشده، در صدد قرارداد جدید بر نمی‌آید، بدین دلیل که قرارداد نخست پر و بال او را بسته است. نتیجتاً، تعیین مرز حقیقی میان قراردادهایی که گمان اشتباه در آنها وجود دارد و قراردادهایی که چنین نیست،

۱. به علاوه، اگر در ماهیت الزام آور ایجاب و قبول تردید وجود داشته باشد، کل بازار خسارت خواهد دید.



## اشتباه در محیط الکترونیکی

دو جنبه مهم روابط الکترونیکی، سرعت و خودکار بودن آن است. دو جنبه مذکور، خطر اشتباهاتی را افزایش می‌دهد که جبران یا جلوگیری از آثار آنها - قبل از وصولشان به دست مخاطب و قبل از اینکه مخاطب با اعتماد به آن اشتباهات عملی را انجام دهد - آسان نیست. بررسی ادبیات حقوقی و لوایح پیشنهادی از سوی دستگاههای قانونگذاری در سالهای اخیر، نشان از امکان توجیه اشتراک مسئولیت در حالت اشتباه در تجارت الکترونیکی دارد و می‌توان طرف اشتباه کننده را مورد حمایت قرار داد. تمایل به تحمیل مسئولیت کمتر به طرفی که در اعلام اراده اشتباه کرده است، در بند «۲» ماده ۱۱ دستورالعمل تجارت الکترونیکی یافت می‌شود:

سرویس دهنده باید وسایل فنی لازم و قابل استفاده را به گونه‌ای فراهم سازد که شخص مرتبط با وی بتواند قبل از سفارش دادن، خطاها را شناسایی و اصلاح نماید.

اگرچه در غیر از قراردادهای بین تجار نیز می‌توان بر چنین حمایتی تراضی نمود، اعمال آن در قراردادهای مصرف کننده الزامی است. حتی در یوتا حمایتی بیش از آنچه گفته شد، از اشتباه کننده به عمل آمده است. بخش (۲) ۱۰ در مورد آثار تغییر یا اشتباه مقرر می‌دارد:

اگر به هنگام نقل و انتقال مدرک الکترونیکی میان طرفین معامله، تغییر یا خطایی در آن روی دهد، قواعد زیر اجرا خواهد شد:

۱. اگر طرفین بر شیوه مطمئنی برای کشف تغییرات یا خطاها تراضی نموده باشند و یکی از آنها طبق شیوه مذکور عمل نموده و طرف دیگر چنین نکند. در این صورت، اگر شخص اخیر با کشف تغییرات یا خطاها، منطبق با آن عمل نماید، ممکن است از آثار تغییر یا خطا در مدارک الکترونیکی مصون بماند.

۲. در یک معامله اتوماتیک که در آن شخص انسانی دخالت دارد، ممکن است آثار مدرک الکترونیکی که ناشی از خطای شخص حقیقی به هنگام معامله با نماینده الکترونیکی طرف مقابل باشد، شامل شخص مذکور نشود، مشروط به اینکه نماینده الکترونیکی فرصتی را برای اجتناب یا تصحیح خطاها از ناحیه آن

شخص فراهم نسازد و زمانی که شخص حقیقی بر وجود خطا آگاهی یابد: الف) بلافاصله طرف مقابل را از وجود خطا و اینکه قصد التزام به محتوای مدرک الکترونیکی واصله را ندارد، آگاه سازد.

ب) راهنماییهای طرف مقابل را به طور معمول رعایت کرده، بر حسب تعلیمات طرف مقابل، مورد معامله را - در صورتی که دریافت داشته- به او مسترد دارد یا به دلیل خطاهایی که در مدرک الکترونیکی روی داده، مطابق با دستور طرف مقابل، آن را نابود سازد.

ج) اگر عوض را از طرف مقابل دریافت داشته، از آن منتفع نشود.  
 ۳. اگر هیچ کدام از بندهای «۱» و «۲» اجرا نگردد، آثار تغییر یا اشتباه با تمسک به قوانین دیگر، از جمله مقررات مربوط به اشتباه و در صورتی که قراردادی در بین باشد، براساس آن، تعیین می گردد.  
 ۴. توافق خصوصی مغایر با بندهای «۲» و «۳» مورد قبول نیست.

در حقیقت، یوتا قاعده سنتی اشتباه در اعلام اراده را وارونه می کند. معمول است که طرف اشتباه کننده مسئول اشتباه خویش باشد، اما به موجب یوتا بار اثبات مسئولیت بر دوش شخصی گذاشته شده که بر اشتباه تکیه کرده است. هدف از این امر، وادار ساختن طراحان پایگاه اینترنتی به تعبیه گزینه «آیا در انتخاب خود مطمئن هستی؟» در پایگاه خود می باشد تا از این طریق، سرعت معاملات کاهش یافته، خطر اشتباه در معاملات اینترنتی کمتر شود. اگر چنین تشریفات در پایگاه اینترنتی منظور گردد، اشتباه کننده مسئول آثار ناشی از اشتباه خود خواهد بود.

باید این نکته مهم یادآوری شود که مقررات فوق آمره است و طرفین قرارداد حتی در معاملات بین تجار، نمی توانند بر خلاف محتوای بخش ۱۰ یوتا توافق نمایند و اینکه این قاعده را نمی توان در معاملاتی که در معرض نوسان سریع قیمت است، اعمال نمود (بخش ۱۰ یوتا، شرح ۶).

قانون نمونه آنسترال درباره تجارت الکترونیکی، در ماده ۱۳ ضمن بحث از انتساب داده پیام به مسئله اشتباه نیز می پردازد؛<sup>۱</sup> اگرچه ماده مذکور به بحث ما ارتباط

۱. داده پیام اگر از سوی اصل ساز ارسال شود، به وی منتسب خواهد بود.

۲. در رابطه میان مخاطب و اصل ساز، چنین فرض می شود که داده پیام به اصل ساز منتسب است،

دارد، تفسیر و تحلیل آن بسیار مشکل است. بنا بر راهنمای تدوین قانون نمونه، هدف از تصویب این ماده، تعارض آن با آثار و مبانی حقوقی لحاظ شده به موجب قواعد قابل اجرای حقوق داخلی نیست (پاراگراف ۴۸). با وجود ذکر این نکته، پاراگراف ۵ تصریح می‌کند که مخاطب می‌تواند بر مبنای این فرض عمل نماید که داده‌پیام با «آنچه اصل ساز، قصد ارسال آن را داشته» مطابقت دارد. چنین استنباط می‌شود که فرض مذکور دربارهٔ اشتباه، با قواعد قابل اجرا در حقوق داخلی کشورها تعارض دارد و با کنار هم گذاشتن آنچه در راهنمای تدوین قانون نمونه آمده (از جمله پاراگراف ۴) می‌توان به این نتیجه رسید که مخاطب به شرط داشتن حسن نیت

در صورتی که ارسال آن:

الف) توسط شخصی باشد که نسبت به هر کاری در مورد داده‌پیام از طرف اصل ساز مجاز بوده؛  
ب) از طریق یک سیستم اطلاعاتی بوده که توسط یا به نمایندگی از اصل ساز به گونه‌ای طراحی شده تا به طور خودکار عمل کند.

۳. دربارهٔ رابطهٔ میان مخاطب و اصل ساز، مخاطب حق دارد که داده‌پیام را منسوب به وی پنداشته، بر مبنای همین فرض اقدام نماید، مشروط به اینکه:

الف) به منظور اطمینان از تعلق داده‌پیام به اصل ساز، مخاطب به همان روش مقرر بین وی و اصل ساز عمل نموده باشد؛ یا

ب) دریافت داده‌پیام از سوی مخاطب، نتیجهٔ فرایندی باشد که شخص مرتبط با اصل ساز یا نمایندهٔ او را قادر ساخته که به شیوهٔ مبین اصالت داده‌پیامهای مخاطب، دسترسی یابد.

۴. بند «۳» در موارد زیر جاری نخواهد بود:

الف) از زمانی که مخاطب، اختطاری دال بر اینکه داده‌پیام متناسب به اصل ساز نیست، دریافت دارد؛ یا

ب) دربارهٔ قسمت «ب» از بند «۳»، هنگامی که مخاطب با توجه به جوانب امر و استفاده از فرایند علمی مورد توافق، بداند یا باید می‌دانست که داده‌پیام به اصل ساز تعلق ندارد.

۵. در هر مورد که داده‌پیام، واقعاً یا بنا به فرض، متعلق به اصل ساز می‌باشد، مخاطب حق دارد که آن را به وی منتسب نماید. دربارهٔ رابطهٔ میان مخاطب و اصل ساز، مخاطب حق دارد که فرض نماید داده‌پیام به همان مضمون که اصل ساز قصد ارسال آن را داشته، دریافت شده و می‌تواند بر مبنای همین فرض عمل نماید. اگر اصل ساز بداند یا باید می‌دانست که جوانب معمول امر مراعات گردیده یا به همان شیوهٔ مورد تراضی عمل شده، در این صورت، نمی‌تواند مدعی هرگونه اشتباه و خطا در محتوای داده‌پیامهای واصله شود.

۶. مخاطب حق دارد که هر کدام داده‌پیامهای واصله را مجزا فرض کرده، بر مبنای همین فرض عمل نماید، مگر اینکه داده‌پیامی، نسخهٔ دوم و اصلاح‌شدهٔ داده‌پیام دیگر باشد و مخاطب با توجه عرفی به جوانب امر یا شیوهٔ فنی مورد توافق، بداند یا باید می‌دانست که داده‌پیام دو نسخه‌ای است.

و نا آگاهی از وقوع اشتباه، می تواند بر مبنای داده پیام الکترونیکی عمل کند. با این همه، به محض اینکه مخاطب از اشتباه آگاهی یابد، دیگر نمی تواند بر مبنای آن عمل کند؛ چرا که آثار پذیرش عمل و تکیه بر اشتباه مشخص نیست. معلوم نیست که اگر مخاطب، در موعدی که داده پیام (در اینجا، ایجاب) هنوز دارای اعتبار است، قبول را ارسال نماید، این عمل به تشکیل یک قرارداد الزام آور منجر می شود یا اینکه صرفاً حق جبران خسارت را ایجاد می کند.

به رغم اشکالهایی که در تفسیر ماده ۱۳ وجود دارد، ذکر این نکته اهمیت دارد که آنسیترال در ابتدای دهه ۱۹۹۰ م. به مسئله اشتباه در روابط الکترونیکی اشاره کرده بود. ماده ۱۳ قانون نمونه، به تشریح راه حل مناسب برای این مسئله می پردازد. اصول حقوق قرارداد اروپا روشی بسیار قدیمی درباره اشتباهات دارد و تصریح می کند که طرف اشتباه کننده، مسئولیت ناشی از اشتباه در اعلام اراده را تحمل می نماید.<sup>۱</sup>

پیش نویسان اصول حقوق قرارداد اروپا، راه گریز بسیار محدودی را برای تحمیل مسئولیت به سرویس دهنده (مسئول پایگاه اینترنتی) در نظر گرفته اند. این گریز در صورتی است که «اشتباه از اطلاعاتی که طرف دیگر ارائه نموده، ناشی شده باشد».

۱. ماده ۱۰۳-۴ (ماده ۶۱۰۳ سابق): اشتباه موضوعی و حکمی:

۱. بعد از انعقاد قرارداد، یکی از طرفین می تواند با ادعای اشتباه حکمی یا موضوعی، آن را ابطال نماید، اگر:

- الف-۱. اشتباه ناشی از اطلاعات داده شده از سوی طرف مقابل باشد؛ یا
۲. طرف مقابل به حدوث اشتباه آگاهی داشته یا باید آگاه می بود و تحمیل آثار اشتباه به اشتباه کننده، مغایر با حسن نیت یا حسن معامله باشد.
۳. طرف مقابل نیز مرتکب اشتباه مشابهی شده باشد.

←

→ (ب) طرف قرارداد بداند یا عرفاً باید می دانست که اگر اشتباه کننده به واقع امر آگاه می بود، چنین قراردادی را مطلقاً منعقد نمی کرد یا با شرایطی کاملاً متفاوت قصد می نمود.

۲. اشتباه کننده حق ابطال قرارداد را ندارد، اگر:

- الف) با لحاظ اوضاع و احوال واقعه، هیچ عذری برای اشتباه نبوده است.
  - ب) تحمیل آثار اشتباه به موجب قراین یا اوضاع و احوال بر وی مرجح باشد.
- ماده ۱۰۴-۴ (ماده ۶۱۰۴ سابق): اشتباه در اظهار یا انتقال مطلب همانند اشتباه شخصی که قصد خویش را اعلام یا ارسال می نماید، مشمول ماده ۱۰۳-۴ خواهد بود.

می‌توان اثبات کرد که طراحی نادرست پایگاه اینترنتی سبب اشتباه شده است. البته بهتر بود که اصول حقوق قرارداد اروپا صراحتاً به این مطلب می‌پرداخت. اگر دولتهای عضو اتحادیه اروپا به دقت روشهای جدید را در مورد اشتباه بررسی کرده، راه حل مشترکی از حیث حقوق خصوصی، به بهترین شکل ممکن، در این زمینه ارائه می‌دادند، بسیار ارزشمند بود.

## آثار بروز خطا

اگرچه هر یک از یوتا و دستورالعمل تجارت الکترونیکی در زمینه اشتباه، مبنای منطقی یکسانی دارد، ابزارهای رسیدن به هدف در آنها متفاوت است، در حالی که یوتا صراحتاً ضمن بهره‌گیری از قواعد حقوق خصوصی، اشتباه‌کننده را مجاز می‌سازد تا ادعای اشتباه از سوی سرویس‌دهنده را مطرح نماید. دستورالعمل تجارت الکترونیکی نیز آثار عدم مراعات «اصول ایمنی» در پایگاه اینترنتی را تبیین نمی‌کند. تنها چاره‌ای که فراروی دولتهای عضو قرار داده شده، تبعیت از ماده ۲۰ است که به طور عام و مبهمی تصریح می‌کند: «تضمینهایی که آنها (مالکان پایگاههای اینترنتی) فراهم می‌سازند، باید مؤثر، مناسب و راهگشا باشد». با وجود این ماده، هنوز هم با این مسئله روبه‌رو هستیم که آیا ضمانتهای اجرایی بر مبنای حقوق خصوصی تعیین می‌گردد یا بر اساس مقررات دیگر. شاید این ضمانت اجرا، پرداخت جریمه به دولت یا مشمول یکی از عناوین حقوق کیفری باشد.

## نتیجه‌گیری

باید از تغییر جزئی در محتوای قاعده سنتی حاکم بر اشتباه در اعلام اراده و تبدیل آن به قاعده‌ای پویا دفاع کرد. نگرانی عمده درباره‌ی رویه دستورالعمل اروپایی درباره‌ی اشتباه، احتمال اتخاذ تدابیر متفاوت در این زمینه در کشورهای عضو اتحادیه اروپاست. این امر به نوبه خود، مشکلاتی را برای تجاری ایجاد می‌کند که صرف نظر از اینکه در کدام کشور به کسب و کار مشغول‌اند، خواهان تبعیت از رویه یکسان می‌باشند.

## ملاحظات نهایی

انتقاد عمده به دستورالعمل تجارت الکترونیکی این است که این دستورالعمل، نسبت به تشکیل قرارداد بعد از آگاه نمودن طرف مقابل و تأیید سفارشات، به مواد ۱۰ و ۱۱ نیازی ندارد. در عوض، اتحادیه اروپا باید اقدامات زیر را انجام دهد:

۱. آثار حقوقی مکتوب و امضای الکترونیکی را بیشتر تبیین نماید.
۲. مفهوم «وصول» و «توانایی دسترسی» در مورد داده‌پیامهای الکترونیکی را بیشتر روشن تر کند.
۳. آثار اشتباه در اعلام اراده (بروز خطا) در قراردادهای الکترونیکی را به صراحت بیان کند.

از این ابعاد، یوتا سند قانونی بسیار مفیدی به شمار می‌آید.<sup>۱</sup> غالباً فرایند تصویب دستورالعملها را نمی‌توان به طور دقیقی با مراحل تدوین قوانین نمونه در ایالات متحده مقایسه نمود؛ زیرا اولاً، اجباری بودن الحاق به دستورالعمل به محدودیتهایی منجر می‌شود، حال آنکه این تضییق در سند قانونی که تصویب آن اختیاری است، وجود ندارد. جایی که پیش‌نویسان به اجباری بودن تصویب یک مقرر آگاه باشند، رسیدن به هماهنگی و توافق همه‌جانبه و تأثیرگذار، بسیار مشکل است. علاوه بر این، در موردی که جذب تصویب اختیاری و تلاش برای یافتن راه‌حلهای جذاب در میان نباشد، پیش‌نویسان به ارتقای کیفیت اسناد قانونی رغبت کافی نشان نخواهند داد.

ثانیاً، سنت تصریح نکردن به ضمانتهای اجرایی و آثار قانونی، باعث شده تا دستورالعمل در کشورهای مختلف به روشهای گوناگون به تصویب برسد؛ لذا اصلی‌ترین هدف دستورالعمل حاصل نمی‌گردد. بنابراین، می‌توان گفت: زمانی که تجار باید از رویه‌های مختلفی در هریک از کشورهای عضو استفاده کنند، بازار

۱. در مقایسه با قانون متحدالشکل معامله اطلاعات رایانه‌ای [UCITA]، پیش‌بینی می‌شود که در آینده، یوتا موفقیت بیشتری کسب نماید. این پیش‌بینی از طرفی، به لحاظ احتمالات موجود، مختصر، هماهنگ و ساده بودن آن است و از طرف دیگر، بدین دلیل است که یوتا بر روشهای فنی موجود صحه نمی‌گذارد.

داخلی نمی‌تواند چنانچه باید، فعالیت کند. تنها هدف هماهنگ‌سازی حقوقی، رسیدن به این است که تجار و مصرف‌کنندگان بدون روبه‌رو شدن با مشکلی در مرز بین کشورها، در بازار داخلی فعالیت نمایند. تا زمانی که قواعد حقوقی، اداری و تشریفاتی با همدیگر در تعارض است، این هدف حاصل نخواهد شد. در دیباچه (۵) دستورالعمل تجارت الکترونیکی، چنین آمده است:

توسعه خدمات اطلاعات اجتماعی در درون اتحادیه با برخی از موانع حقوقی در فعالیت مناسب بازار داخلی روبه‌روست که اعمال آزادی تأسیس بنگاه و آزادی تأمین خدمات را مقداری کم‌رنگ می‌سازد. این موانع از اختلافات موجود در قانونگذاری ناشی می‌شود....

متأسفانه، آرمان قانونگذاری متحدالشکل از طریق تصویب دستورالعمل تجارت الکترونیکی، تحقق‌پذیر به نظر نمی‌رسد.

امروزه، با استقلال بیش از پیش فنون تجارت از مرزهای جغرافیایی و ملی، یک فرصت طلایی برای تحقق عملی تصور بازار داخلی آرمانی فراهم شده است. نیت پسندیده اتحادیه اروپا در تسهیل و توسعه این روند با تهیه چارچوب قانونی مشترک در قالب دستورالعمل، به قانونگذاری ناهماهنگ دولتهای عضو منجر خواهد گردید و دسترسی تجار را به تمام بازار داخلی، پیچیده و سخت‌تر هم خواهد نمود.<sup>۱</sup> امید است که در جریان تدوین قانون مدنی اروپا، از طریق تدوین مبانی قانونی واقعاً هماهنگ برای تجارت الکترونیکی و غیرالکترونیکی، اقدامات عمده‌ای برای تسهیل دسترسی کم‌هزینه تجار و مصرف‌کنندگان به بازار داخلی صورت گیرد.

به رغم انتقادات وارده، مواد ۹-۱۱ دستورالعمل تجارت الکترونیکی به عنوان مبنایی برای طراحی درست و ایمن پایگاههای اینترنتی، کاربرد مؤثری داشته است. در حقیقت، به نفع تجار است که توصیه‌های ارائه‌شده برای نحوه فراهم‌سازی

۱. شاید بهتر این بود که پیش‌نویس اصلی با آن تشریفات سه‌مرحله‌ای برای تشکیل قرارداد ابقا می‌شد؛ چراکه به سختی می‌توان گفت که آیا داشتن قانون مشخص - ولو با کیفیت بسیار پایین - که حاکم بر قواعد موجود حقوق خصوصی باشد، ترجیح دارد یا آشفته‌بازار فعلی که نبود قانون در آن، صرفاً به ناهماهنگی حقوقی در اتحادیه اروپا منجر شده است.

اطلاعات فنی لازم را جهت انعقاد قرارداد، شروط قراردادی و شرایط عمومی بپذیرند.

در مرحله بعد، باید بررسی تأییدهای صادرشده و امکان تصحیح اشتباهات مورد توجه قرار گیرد. البته پرداختن به این مسائل راهگشا در یک قانون اختیاری، از گنجاندن آن در مقرره‌ای اجباری بهتر است. سیاست‌مداران راهکارهای دیگری غیر از قانونگذاری برای نیل به تصورات خود در داشتن جامعه پیشرفته، در اختیار دارند. راهکارهای معتدل‌تری همانند تدوین بهترین راهبرد و رویه‌ها از سوی نهادهای حکومتی، در اکثر مواقع، بسیار مؤثرتر از قانونگذاری است. این امر، به ویژه در تحولات معاصر، نمود بیشتری دارد.

از منظر حقوق قرارداد، دستورالعمل تجارت الکترونیکی، نه تنها هیچ ارزشی ندارد، بلکه دارای آثار زیانباری نیز هست. بر اساس این، باید معتقد گردید که دستورالعمل تجارت الکترونیکی، جنبه‌های دیگری از روابط الکترونیکی را دربرمی‌گیرد که ممکن است در رشد و ترقی بازار داخلی اروپا تأثیرگذار باشد. این قبیل جنبه‌های غیر قراردادی در این مقاله مورد بررسی قرار نگرفته است.



# تَرْجَمُ حَكِيمًا هُمَا

## موجز المقالات

### المادى السابعى من قانون المسؤولىى المدنىى؛ دراسى وتحلىلاً

- الدكتور أمىر حسىن آبادى
- أستاذ مساعد فى كلىة الحقوق بجامعة الشهد بهشى

قد يمكن أن يكلف القانون الكفيل لىقوم برعاىة المجنون أو الصغىر، أو يكلفه على الحفاظ علىهما؛ كما أنه يمكن وجوب قىام الكفيل برعاىتهما أو الحفاظ علىهما طبقاً لاتفاقىة مبرمة بىنه وبنى ولى كل واحد منهما؛ وعلى هذا الأساس فإنه إذا فرط الكفيل أو الكفلاء فى تأدىة المهام حىال من ىجب علىهم القىام بكفالتة من الصغار والمجانىن؛ سواء كان الكفيل قانونىاً، كالأب والأم؛ أو اتفاقىاً، كالمستشفى وروضة الأطفال، فسوف ىكونون مسؤولىن عن تعوىض خسائر ألقوها به. وهناك سؤال ىطرح نفسه وهو أنه: إذا كان الضامن، أى من ألق الخسائر، ولداً غىر شرعى (ولد الزنا)، فمن سوف ىعوض الخسائر؟ الأبواه العرقىان أم لا؟ والإجابة هى أن أصحاب النظر لىسوا على رأى واحد فى هذا الصدد.

ولكن حسب مادة من مواد القانون الفرنسى قررتها السلطة التشرىعية فى العام الواحد بعد الألفىن المىلادى (٢٠٠١ م). ىتمتع الولد غىر الشرعى بجمىع ما ىتمتع به

الولد الشرعيّ سوى الميراث؛ حيث هناك قيود للأولاد غير الشرعيّين للتمتّع بالميراث، فإذا فيما إذا ألحق الطفل غير الشرعيّ خسارةً بالآخرين فيجب على الوالدين الطبيعيّين أي العرفيين أن يقوموا بتعويض الخسارة معاً.

وهناك مادّة في القانون الإيرانيّ في هذا المضمّار، وهي المادّة السابعة والسّتين بعد الألف والمئة (١١٦٧) تنصّ على أنّ «الطفل المولود من السّفاح لا يلحق بالزّاني»، ولكن حسب ما قرّرتّه الهيئة العامّة للمحكمة العليا للقضاء في هذا المجال اعتبر الوالد الزّاني أباً عرفياً للطفل. وذلك في رأيه السابع عشر بعد السّتمئة (٦١٧)، المؤرّخ ١٣٧٦/٤/٣ هـ. ش. وبما أنّ الهيئة العامّة الآنفة اعتبرت الزّاني، الأب العرفيّ للطفل، فيجب عليه تأدية جميع ما يؤدّيه الأب من واجبات، ومن جملة ما أخذ بطاقة الجنسيّة للطفل؛ فإذا إن قصّر الأب العرفيّ، الذي يُعدّ كفيلاً قانونياً للطفل، في رعايته وألحق الطفل خسارة بالآخرين بسبب هذا التقصير فالأب العرفيّ أي الزّاني، سوف يعوّض الخسارة حسب المادّة السابعة من قانون المسؤوليّة المدنيّة.

وإذا لم يكن باستطاعة الكفيل أن يعوّض الخسارة فيجب تعويضها من أموال المجنون أو الصغير. وفي هذا الافتراض يطرح سؤال وهو هل أنّ الصغير أو المجنون يعوّضان الخسارة أصالّةً عنهما أو نيابةً عن الكفيل؟ الجواب هو أنّ هذه المسألة من القضايا الخلافيّة، بيد أنّ ما يخطر بالبال هو أنّه يستطيع كلّ من الصغير والمجنون بعد تعويض الخسارة يأخذها من الكفيل شريطة أن يكون الكفيل موسراً ومستطيعاً لأداء ما عليه من دين الصغير أو المجنون.

المفردات الرئيسيّة: الكفيل، المجنون أو الصغير، الرعاية، المحافظة، استطاعة تعويض الخسارة، الإعسار.

## دراسي مشاكل علم الإجرام في إيران في مجالات التعليم والبحوث

- الدكتور علي حسين نجفي أبردآبادي؛ أستاذ في كليّة القانون بجامعة الشهيد بهشتي
- الدكتور حسين غلامي؛ أستاذ مساعد في كليّة القانون والعلوم السياسيّة بجامعة العلامة

الطباطبائي

علم الإجرام، كفرع اختصاصيٍّ، يدور موضوعه حول أسباب اقتراف الجرائم ودراستها العلميّة. ويمضي من نشوء هذا العلم في العالم أكثر من مئة سنة. وممّا يجدر ذكره أنّ هذا العلم وما يتعلّق به من فروع أخرى، كعلم الاجتماع الجنائيّ، وعلم النفس الجنائيّ، وجرائم الأحداث؛ دخل الجامعات الإيرانيّة منذ ما يربو على خمسين عاماً. وتمّ تدريس هذه الفروع ودراستها ضمن البرامج التعليميّة في كلّ من كليات القانون، وجامعة الشرطة، كما أنّه تمّ إدراج هذه المواضيع وتدريسها والبحث عنها في المنهج الدراسيّ لكليات العلوم الاجتماعيّة تحت العناوين التالية: علم اجتماع الشذوذ، وعلم الآفة الاجتماعيّ. وعلم الإجرام نفسه؛ بيد أنّ هذه الفترة الزمنيّة من ماض علم الإجرام وفروعه الأخرى، إلا أنّ هذا الفرع لم يشهد توسّعاً يجدر به في مجتمعنا الإيرانيّ سواء في الحقل التعليميّ والحقل الدراسيّ، فلا يزال يقاسي معضلاتٍ في جانبه النظريّ والتطبيقيّ كليهما.

وقد تمّ تنظيم هذا المقال في قسمين هما: معالجة المشاكل في الحقل التعليميّ، وسبب قضايا دراسيّة تخصّ علم الإجرام وهي صعوبات نوعاً ما حالت دون توسّع هذا الفرع. وفي ختامه المطاف اقترح الكاتب مناهج وحلولاً لحلّ هذه الصعوبات، فضلاً عمّا شدّد عليه من ضرورة تطوّر علم الإجرام وتوسيعه في إيران.

المفردات الرئيسيّة: علم الإجرام، علم الإجرام التطبيقيّ، الجرائم، الدراسات الإجراميّة، الوقاية من اقتراف الجرائم، إعادة تأهيل المجرمين.

## القوانين والأحكام العقوبيّة الإيرانيّة

### بشأن الأحداث والمراهقين الجانحين بين الحال والمستقبل

□ الدكتورة نسرین مهرا  
□ أستاذ مساعد في كلیّة القانون بجامعة الشهيد بهشتي ورئيسة اللجنة الإيرانيّة لقانون العقوبات

إنّ الأحداث والمراهقين أكثر تأثراً بالآفات الناجمة عن الأحداث الاجتماعيّة كالشذوذ، والجنوح؛ وذلك لما يتميّزون به من الطفولة والحدّانة والشخصيّة. وعلى هذا الأساس يمكن القول بأنّ الأحداث والمراهقين المجرمين هم ضحايا تفریط الدوائر الاجتماعيّة من الأسرة، والمدرسة، والحيّ...؛ لأنّها فرطت في مهامّها

وبالتالي هناك ملحوظة هامة يجدر الانتباه إليها وهي أنّ الجانحين من الأحداث والمراهقين بحاجة ماسة إلى رعاية القانون حفاظاً على صيانة حقوقهم، علماً بأنّ القوانين العقوبية تضمّمهم إلى حدّ ما وفي فترات خاصّة من أعمارهم، أيّام الطفولة والمراهقة، وبالتالي يخضعون لما يحكم القانون عليهم بسبب اقترافهم ما يخرق القانون من أعمال وتصرفات إجرامية؛ فكما أنّ القانون قد يحكم عليهم، فيجب أن يشملهم الرعاية القانونية في هذه الظاهرة أيضاً لتُصان حقوقهم.

وإنّ السياسة الافتراقية الراجعة إلى الفرق بين جنوح الأطفال تجد مكانتها وتفسيرها وتبريرها في هذا الإطار؛ لأنها جاءت لصيانة حدود القانون من جانب، ورعاية حقوق الجانحين من الأطفال والأحداث من جانب آخر.

وتمّ في هذا المقال قراءة الأساليب العالقة لقانون العقوبات في إيران إزاء الأطفال الجانحين كما أنّه تمّ فيه تدقيق المناهج العقوبية المتكهنّة في سياق «مشروع تأسيس محكمة الأحداث والمراهقين» أو على حدّ تعبير مجلس الشورى الإسلامي «مشروع معالجة جرائم الأحداث». وهذا المشروع إن تمّ المصادقة عليها في مجلس الشورى الإسلامي فسوف تصبح المصدر الأصليّ لقانون العقوبات للأحداث الإيرانيين في المستقبل.

وهناك نقطة أخرى تناولت الكاتبة تحليلها في هذا المقال وهي المميّزات الراهنة والمستقبلية لقانون العقوبات الإيرانيّ للأحداث، وبالأخير تؤكد الكاتبة على أهميّة الاتجاه الافتراقيّ النابع من رؤية المشروع وتعامله مع هذا القسم من الجانحين.

المفردات الرئيسيّة: الجرائم، الأحداث والمراهقين، القوانين العقوبية الإيرانية، مشروع تأسيس محكمة الأحداث والمراهقين.

## إجراءات الأجهزة الحكوميّة على صعيد الوقايي من الجرائم

□ أميرحسن نيازپور

□ طالب في مرحلة الدكتوراه في فرع قانون العقوبات وعلم الإجرام بجامعة الشهيد بهشتي

إنّ الوقاية من الجرائم إلى جانب القمع، في هذه الأيام من أكثر الأدوات تأثيراً في

السياسة الجنائية تعتبر ردّ فعل للجرائم وإنّ الدوائر الجامعية والمؤسسات شبه الجامعية في إيران، تبذل جهوداً من خلال التعليم والبحوث في هذا المجال كما أنّ الأجهزة التنفيذية والقضائية من منطلق تنفيذ سياساتها، وبرامجها، ومشاريعها الكثيرة بذلت جهوداً في هذا الاتجاه للوصول إلى غايتين اثنتين هما: إثراء المكتبة القانونية في مجال الوقاية من الجرائم في إيران؛ وتقلص معدل الجرائم. وبذلك تمّ قطع أشواط ملحوظة في تحقيق الهدفين الآنفين.

هذا، ولكن مع ذلك كلّ هناك عراقيل كثيرة تواجهها الدوائر الجامعية والمؤسسات شبه الجامعية في هذا الصدد في كلا مجاليّ التعليم والبحوث؛ كما أنّ الأجهزة التنفيذية والقضائية تجابه نواقص في وضع السياسة، وتنفيذ البرامج، والمشاريع الوقائية من الجرائم. وسعى الكاتب في هذا المقال أن ينهج اتّجهاً تحليلياً ومن ثمّ يقترح مناهج مناسبة في هذه الأرضية وذلك بعد تعيين هوية التحديات العالقة أمام الوقاية من الجرائم في إيران.

**المفردات الرئيسية:** الوقاية من الجرائم، الدوائر الجامعية والمؤسسات شبه الجامعية، الوقاية الاجتماعية من الجرائم، الأجهزة التنفيذية والقضائية.

## مبدأ الشرعيّ للجرائم والعقوبات في ضوء الفقه والقانون

□ السيّد أحمد سجّادي نژاد

□ طالب في مرحلة الدكتوراه في فرع قانون العقوبات وعلم الإجرام في الجامعة الرضوية

لقد تمّ في هذا المقال دراسة تحليلية عن مبدأ الشرعية لكلّ من الجرائم والعقوبات كما تمّ فيه نقد واستعراض ما يسمّى بصراحة الموادّ والمبادئ القانونية التي استشهد بها الكتاب في هذا الصدد. وتجدر الإشارة إلى أنّ مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بدوره يضمّ مبادئ مختلفة؛ منها: مبدأ شرعية الجرم، ومنها: مبدأ شرعية شكل العقوبات ومستواها؛ غير أنّ هذا المبدأ يختلف عن مبدأ الالتزام بالقانون. وأخيراً ارتأى الكاتب أنّ مبدأ شرعية نوع العقوبات وقدرها يفقد المواصفات العلمية خلافاً لمبدأ شرعية الجرم نفسه؛ حيث أنّه يتمتع بالمعايير العلمية.

المفردات الرئيسية: القانون، الجرم، العقوبات، مبدأ الشرعية، مبدأ الالتزام بالقانون، البراءة، الحرية.

٢٠٤

## الاعتقال في الإدانات الماليّة؛ قراءى فقهيّ وقانونيّ

- مجتبي تقى زاده داغيان
- ماجستير في القانون الخاصّ

إنّ حافز الحؤول دون الاستغلال والاحتيال دفع المشرّع إلى تشريع قوانين تكهّن فيها عقوبة السجن للمدانين الماليّين، إلا أنّ المشرّع لم يسوّغ عقوبة الاعتقال للمُعسرين. ولكنّه هناك نقطتان هامتان سكت عنهما المشرّع وهما نوعيّة معالجة الإعسار، وأثر نوع الدّين في دراسة الإعسار؛ الأمر الذي أخذّه الفقهاء بعين الاعتبار ومن ثمّ درسوه في نصوصهم الفقهيّة، علماً بأنّ هاتين النقطتين أثارتا بعض الخلافات بين القضاة في إصدار آرائهم القضائيّة، وبالتالي إلى إصدار الحكم من قبل المحكمة العليا للقضاء.

ولقد بذل الكاتب في مقاله هذا جهوداً لكشف القناع عن وجه القانون في هذا المجال، وذلك بالاعتماد على النصوص الفقهيّة واقترح ما يأتي: إذا كان ما يسبّب الدّين ديةً أو صداقاً أو ضماناً وادّعى المجرم الإعسار في تأدية الدّين فسوف يعتبر دعواه؛ وأمّا إذا كان المجرم من الذين لهم ماضٍ في الاستطاعة الماليّة، أو دينه ثمنُ البيع أو الاقتراض فسوف يعتقل حتّى يحرز إعساره للمحكمة وذلك ياتيانه بشهود يصدّقون ما يدّعيه.

إنّ هذا الحلّ الذي ينسجم تماماً والمعايير الفقهيّة والشرعيّة يؤدّي إلى الحدّ من عدد المسجونين الماليّين.

المفردات الرئيسية: الإدانات الماليّة، السجن، دعوى الإعسار، نوع الدّين، ماضٍ الاستطاعة.



of the insolvent people. The silence of law-maker with respect to the manner of proceeding insolvency and also the effect of the type of a debt in proceeding insolvency which is seen in the jurisprudential texts and the jurists' judgments, has been resulted in some disagreement in judicial decisions and finally amounted to giving judgment by the supreme court.

In this article it has been tried to interpret laws in reliance on the jurisprudential texts. Moreover, it has been suggested that if the subject matter of debt is blood-money, marriage settlement (or marriage portion) and guarantee, the convicted party is regarded as insolvent when he claims insolvency.

Furthermore, with respect to those convicted ones who have previous record of solvency (financial ability) or the subject of their debt is the purchase money or the money borrowed, they would be arrested until their insolvency is established and their witnesses are produced. This solution which conforms to jurisprudential and religious requirements, amounts to the reduction of the number of financial prisoners.

**Key words:** *Financial convictions, Imprisonment, Insolvency claim, Type of debt, Previous record of solvency.*



## The Principle of “Legitimacy of Offences and Punishments in Islamic Jurisprudence and Law”

- *Sayid Ahmad Sajadi Nejad*
- *Ph.D. Student of criminal law and criminology in Razavi University of Islamic Sciences*

In this article, the principle of legitimacy of offences and punishments which in turn involves in itself different principles, including the principle of legitimacy of crime and legality of the type and amount of punishment and which differs from the principle of legalism, has been analyzed. Furthermore, the legal articles or principles which have been relied upon by the authors to prove that particular case have been analyzed. Finally the principle of legality of the type and scope of punishment, as opposed to the legitimacy of and offence itself, has been recognized as a non-scientific affair.

**Key words:** *Law, Crime, Punishment, The principle of legitimacy, Legalism, Acquittal, Liberty.*

### The Examination of Arrest in Finacial Convictions in Accordance with Islamic Jurisprudence and Legal Principles

- *Mojtaba Taghi Zadeh Daghyan*
- *Senior Expert of Private Law*

To prevent abuse or fraud, the law-maker, by enacting laws, was induced to foresee imprisonment for the people who were sentenced financially. However the legislator has not authorized the imprisonment

**Key words:** *Criminality, Juvenile delinquency, Iranian criminal laws, Formation of juvenile Court Bill, The law relating to juvenile crimes.*

## **Iranian Governmental Institutions Actions on Prevention of Criminality**

□ *Amir Hassan Niazpour*

□ *A Ph.D. student in criminal law at Shahid Beheshti University*

Prevention of crime today along side with retribution is one of the most effective means of criminal policy in responding criminality. Scientific institutions through their educations and programs and executive and judicial institutions through their policies, programs and diverse projects have tried to enrich the written texts in this area and reduce the criminality in Iran.

But there are some barriers for scientific Institutions in educating and researching in this area and executive and judicial institutions face some difficulties in policy making and performing the programs and projects in this respect. In this article we have taken an analytical approach to study the challenges confronting the prevention of criminality in Iran and suggest some guidelines in this respect.

**Key words:** *Prevention of criminality, Scientific institutions, Societal crime prevention, Executive and judicial institutions.*

# Iranian Criminal Laws Relating to Juvenile Delinquency: Past and Present

□ *Dr. Nasrin Mehra*

□ *Assistant professor of the faculty of law of Shahid Beheshti University*

Due to their age and their undeveloped personality, children and young persons are more vulnerable towards deviance and delinquency. Children and young persons who commit crime are victims of failure of social institutions such as school, family, neighborhood, ... in carrying out their duties. Although children and young persons from a particular stage in their lives are to a certain extent regarded as criminally competent and as a result, for the fact of their offence will be liable to criminal sanctions, however, they are invariably in need of support through out the said process. It is in such framework that the differential penal policy in respect of juvenile delinquents appear justifiable and meaningful.

In this article on the one hand, the present approach adopted by the Iranian criminal justice system in respect of juvenile delinquency and the approach adopted in the “Formation of Juvenile Court” Bill (or as the Islamic Consultative Assembly puts it Bill of “The Law Relating to Juvenile Crimes”) which in the event of being passed by the Parliament will form the future of the juvenile criminal justice system. On the other hand, some aspects of the present and future of the Iranian juvenile justice system is considered and the importance of adoption of a differential approach by the legislature has been stated and stressed upon.



# The Pathology of Teaching and Research of Criminology in Iran

- *Dr. Ali-Hossein Nadjafi, Professor at the faculty of law of Shahid Beheshti University*
- *Dr. Hossein Gholami, Assistant professor at the faculty of law of Allameh University*

The history of criminology as a specialized discipline, the subject of which consists of scientific observation and study of the causes of criminal activity goes back as far one hundred years. Criminology and its related disciplines such as criminal sociology, criminal psychology and juvenile delinquency have been part of teaching curriculum of the law schools and police academy and have also been taught under the heading of sociology of deviance or social pathology within the social sciences departments of various universities over the past fifty years in Iran. However, in spite of such long history of existence the applied aspects of criminology due to the problems in relation to its manner of teaching and research has not been developed as well as expected.

This article which consists of two parts on the one hand, explores the teaching related problems and on the other, the research related problems of criminology as the causes of its lack of development in Iran. Ultimately, in addition to putting forward ways of curbing the said problems, the expansion of criminology and its related disciplines has been stressed upon.

**Key words:** *Criminology, Applied criminology, Delinquency, Research of criminology, Prevention of criminology.*

In French law, by virtue of a statute which was passed by the legislature (parliament) in the year ۲۰۰۱, an illegitimate child enjoys the whole rights that a legitimate child possesses. Of course, the only limitation for the illegitimate child is from the viewpoint of heritage. So, if an illegitimate child inflicts losses upon others, his or her putative parents are jointly and separately responsible to compensate the losses inflicted.

According to article ۱۱۶۷ of the civil code of Iran “a child born of adultery shall not belong to the adulterer”, but in accordance with the supreme court decision as a unified judicial precedent N. ۱۱۷ D. ۳/۴/۱۳۷۶ sh. The general council of justice of supreme court, regarded the adulterer as putative father of the child. Thus, the whole duties of a father including getting identity (birth) certificate are up to him. So, the corollary is that, if the putative father, who is regarded as a legal supervisor of the child, fails to guard him, where upon the minor inflicts losses upon others, then in accordance with the article ۷ of tort law, it is up to the putative father (adulterer) to compensate the losses. If the guardian cannot afford to compensate the damages, then the losses would be compensated from the minor’s or insane’s property. Whether the minor or insane indemnify the losses personally or as a successor of the guardian, they are indemnified from his or her property, there is a difference of opinion. It seems that, after the compensation, the minor or insane party can refer to the guardian if he is solvent.

**Key words:** *Guardian, Insane or minor, Guardianship, Taking care of, Solvency (or can afford to indemnify), Insolvency.*

# Abstracts

## Examination and Analysis of the Article V of Tort Law

- *Dr. Amir Hossein Abadi*
- *Assistant professor in the law faculty of Shahid Beheshti University*

By virtue of law or as a result of an agreement a guardian can undertake the responsibility of custodianship or taking care of a minor or an insane person. If the guardians whether legal –like parents- or contractual ones –such as hospital or nursery- fail to guard the minor or insane, they would be bound to compensate the losses or damages which were inflicted by them. If an illegitimate child inflicts losses upon others, whether his or her putative parent is responsible for the losses or not, there is a difference of opinion here.

# Table of contents

## Researches:

Examination and Analysis of the Article V of Tort Law/ Dr. Amir Hossein Abadi .....	۳
The Pathology of Teaching and Research of Criminology in Iran	
Dr. Ali-Hossein Nadjafi & Dr. Hossein Gholami .....	۲۳
Iranian Criminal Laws Relating to Juvenile Delinquency: Past and Present	
Dr. Nasrin Mehra .....	۴۱
Iranian Governmental Institutions Actions on Prevention of Criminality	
Amir Hassan Niazipour .....	۶۱
The Principle of “Legitimacy of Offences and Punishments in Islamic Jurisprudence and Law”/ Sayid Ahmad Sajadi Nejad .....	۸۹
The Examination of Arrest in Finacial Convictions in Accordance with Islamic Jurisprudence and Legal Principles/ Mojtaba Taghi Zadeh Daghyan .....	۱۱۰

## Translations:

The Rule of Law in International Affairs	
Ian Brownlie/ Trans. by: Dr. Ali Reza Hojjat Zadeh .....	۱۳۳
The E-Commerce Directive and Formation of Contract in a Comparative Perspective	
Christina Hultmark Ramberg/ Trans. by: Mostafa Elsan .....	۱۵۹

## Translation of Abstracts:

Arabic Translation/ Mirza Ali Zadeh .....	۱۹۳
English Translation/ Rajab Ali Mohammad Abadi .....	۲۰۶